



HAL
open science

Libertés académiques et autonomie des universités en Allemagne

Pauline Grampp

► **To cite this version:**

Pauline Grampp. Libertés académiques et autonomie des universités en Allemagne. Droit. Université de Strasbourg, 2018. Français. NNT : 2018STRAA008 . tel-02062338

HAL Id: tel-02062338

<https://theses.hal.science/tel-02062338v1>

Submitted on 8 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES ED 101
Institut de Recherche Carré de Malberg (IRCM)

THÈSE présentée par :

Pauline GRAMPP

soutenue le : **24 septembre 2018**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit public**

Libertés académiques et autonomie des universités en Allemagne

THÈSE dirigée par :

M. WACHSMANN Patrick Professeur, Université de Strasbourg

Codirigée par :

M. JOUANJAN Olivier Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

RAPPORTEURS :

Mme. GAILLET Aurore Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

M. HOCHMANN Thomas Professeur, Université de Reims Champagne-
Ardenne

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. LAFAIX Jean-François Professeur, Université de Lorraine

À ma grand-mère.

SOMMAIRE

Principales abréviations	V
Remerciements	VII
Introduction	1

Première partie

Dimension subjective de la liberté de la science : un droit constitutionnel de défense

Titre 1. Protection des biens et des personnes	45
Chapitre 1. Le champ d'application matériel de la liberté de la science : les domaines protégés	47
Chapitre 2. Le champ d'application personnel de la liberté de la science : les personnes protégées.....	107
Titre 2. Protection des garanties	163
Chapitre 1. Les garanties générales de la liberté de la science.....	167
Chapitre 2. Les garanties particulières de la liberté de la science : le statut spécifique de l'universitaire.....	225

Deuxième partie

Dimension objective de la liberté de la science : un cadre positif de valeurs

Titre 1. Garanties institutionnelles	291
Chapitre 1. Institution universitaire et organisation universitaire : les effets sur la capacité fonctionnelle d'une université	293
Chapitre 2. Le statut juridique de l'université et la distinction des affaires académiques et publiques.....	363
Titre 2. Fonction de promotion et de stabilisation du droit fondamental de la liberté de la science	443
Chapitre 1. Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté au moyen de la participation des membres.....	447
Chapitre 2. Obligations positives de l'Etat en vue de l'élargissement des effets du droit fondamental de la liberté de la science sur les tiers	497
Conclusion générale	555
Bibliographie	565
Table des matières	605

Principales abréviations

BAG	Bundesarbeitsgericht
BaWüVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bundesgesetzbuch
BremVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
BVerfG	Beschluss des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
G. C.	Grande Chambre
GG	Grundgesetz
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HmbVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
HRG	Hochschulrahmengesetz
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
L. F.	Loi fondamentale
LSAVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
MVVerf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
NdsVerf	Niedersächsische Verfassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRWVerf	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rec.	Recueil

RhPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
SaarlVerf	Verfassung des Saarlandes
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SHVerf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein
StGH	Strafgerichtshof
t.	tome
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VvB	Verfassung von Berlin
WRV	Weimarer Reichsverfassung

Remerciements

Je souhaite remercier le professeur Olivier Jouanjan pour son soutien et la confiance qu'il m'a accordée tout au long de mes recherches. Son sens critique et sa capacité de ne rien considérer comme acquis m'ont poussée dans mon travail de réflexion à remettre en question les sujets mêmes de la recherche et de la discussion. Je le remercie également en cela ; si la quête de la vérité doit rester en partie vaine, le chemin parcouru change également l'individu qui s'y essaye.

Je tiens à remercier l'Université de Strasbourg, son École doctorale des sciences juridiques et son Institut Carré de Malberg qui m'ont enseigné le sens d'une institution basée sur la collégialité et sur la place essentielle de l'individu dans l'ensemble de ses rouages. Nombre de professeurs appartenant à l'institution universitaire, qu'ils viennent de l'ouest ou de l'est du Rhin, m'ont redonné confiance lorsque j'étais en proie à certains doutes sur la réception même de ce sujet. Mes remerciements s'adressent encore à mes amis docteurs et doctorants avec qui j'ai pu partagé cette ascèse silencieuse.

Enfin, je souhaite remercier ma famille et mes proches pour leurs relectures avisées, leur patience à presque toute épreuve et leur écoute bienveillante, parmi eux, mon père, mon frère, ma sœur, Christophe, Louise, Juliette et Gabriel.

INTRODUCTION

Le concept historique de l'Université allemande : « Einheitsuniversität »

Les premières *universités* apparaissent en Italie aux X et XIème siècle avec l'école de médecine de Salerno et l'école de droit de Bologne. La plus ancienne *université* dans le territoire de l'actuelle Allemagne est l'Université de Ruprecht-Karl de Heidelberg en 1386, la troisième institution sur le sol de l'empire romain germanique après Prague et Vienne. L'*université* tient son nom du terme latin « *universitas litterarum* »¹. Pendant l'époque moderne, la guerre de Trente ans marqua cependant un premier coup d'arrêt à l'universalisme avec la montée des Etats absolutistes et le durcissement des clivages religieux. Les historiens Christophe Charle et Jacques Verger écrivent à ce propos que « un peu partout, les princes soucieux d'éviter à la fois la contagion de l'« hérésie » et les sorties de numéraire tout en contrôlant parfaitement les conditions de formation des futures élites de leurs Etats, prirent des ordonnances interdisant à leurs sujets d'aller étudier à l'étranger et déclarèrent ne plus reconnaître la validité des diplômes obtenus au-delà des frontières »². La longue évolution des universités se caractérise par une série d'obstacles empêchant souvent les bienfaits d'une complète « maturation » mais ne remettant jamais tout à fait en cause l'idéal de l'universalité des savoirs.

L'histoire de l'université allemande se comprend au regard de son histoire territoriale et régionale. En Allemagne, il n'existait pas de formation coopérative universitaire comme à Paris ou à Bologne au XIème siècle et seulement quelques universités dépendaient de l'initiative des pouvoirs publics. La plupart des universités

¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, 2. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Wissenschaft, 2011, p. 53.

² C. Charle, J. Verger, *Histoire des universités, XIIème-XXIème siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, p. 57.

procédaient d'une volonté princière ou municipale, qui représentait un instrument d'autorité sur le territoire ou « landesherrlich ». Aux XIV et XVème siècle, émerge l'université du Land ou « Landesuniversität » et en 1502, la création de l'Université de Wittenberg provoqua une triple césure. Elle favorisait la réforme religieuse (Reformation) qui amenait avec elle une profonde modification du paysage universitaire. La nouvelle pensée tournée vers l'humanisme repoussa l'obscurité du « savoir » de la période du Moyen-âge et l'université s'affranchit de ses « autoritates » (théories des savants réputés)³.

Concurremment, trois puissances spirituelles et sociales sont à l'origine de la création des universités françaises. L'Eglise médiévale, d'abord, mit en place les trois grades du baccalauréat, de la licence et du doctorat. Ces grades représentaient la « distinction sociale du savoir et de l'autorité d'enseigner, que l'antiquité méditerranéenne n'avait pas éprouvé le besoin d'exprimer »⁴. Déjà, le 13 avril 1231, la bulle pontificale *Parens scientiarum* venait confirmer les libertés et privilèges universitaires⁵. L'université s'établit ensuite par les villes et l'Etat se révéla comme la troisième puissance intellectuelle. Les universités médiévales allemandes et françaises, bien qu'à une échelle différente, pouvaient alors se définir au départ comme étant solidement attachées à un territoire. Les franchises universitaires des institutions médiévales ont permis aux premières corporations de se libérer des puissances locales. L'université moderne allemande inventa encore le concept de « Einheitsuniversität ».

La « Einheitsuniversität » peut s'analyser comme un accomplissement de ce que les historiens nommèrent la Révolution allemande. Selon l'expression de McClelland, l'Allemagne était déjà « la terre d'élection » des réformes de l'époque moderne, de l'université du XVI au XVIIIème siècle. Le droit naturel fut enseigné par Pufendorf de 1661 à 1668 à Heidelberg, à la faculté des arts mais pas à la faculté de droit. A la même époque, à l'Université de Göttingen, de nouvelles matières feront l'objet d'enseignements comme l'histoire, la géographie, la physique, les mathématiques appliquées mais aussi le droit naturel et la science administrative. Les professeurs y publiaient beaucoup, dirigeaient des revues scientifiques en langue allemande et exerçaient une recherche très importante⁶. Plus d'un siècle avant l'Université de Berlin de Humboldt, Georg Ernst Stahl, chimiste et médecin allemand, fondateur de la physiologie moderne appartenait à l'Université de Halle avec encore Christian Thomasius (1655-1728), initiateur de l'« Aufklärung » allemande. Thomasius était un juriste, spécialiste du droit de la nature et des gens, poursuivant l'héritage de Grotius par l'intermédiaire de Pufendorf. Le droit naturel joua en Allemagne un rôle essentiel pour la sécularisation de la philosophie et de la culture dans son ensemble. La

³ C. Fraenkel-Haeblerle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 20-22.

⁴ A. Dupront, *La chaîne vive, l'Université, école d'humanité*, Paris, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2003, p. 14.

⁵ C. Charle, J. Verger, *Histoire des universités, XIIème-XXIème siècle, op. cit.*, p. 13.

⁶ *Ibid.*, p. 70-73.

libertas philosophandi, s'inscrivait comme le fondement nécessaire du travail universitaire⁷.

L'essence de la « Einheitsuniversität » provenait de l'Université de Berlin de 1810. Sa fondation par le philosophe Wilhelm von Humboldt traduisait moins un « fait isolé d'un grand homme » que l'expression d'un processus général dans lequel le rôle de l'université se transforma. Avant l'avènement de l'université moderne allemande de la « Einheitsuniversität », la recherche avait lieu en dehors de l'université. Ce type d'activité était l'apanage des « Académies » et des sociétés savantes ou « Gelehrtenvereine ». Afin que l'Université moderne allemande puisse « s'inventer », la fin du cycle précédent était nécessaire. La fermeture des Universités de Paderborn, Münster et Duisburg en 1818 marqua la fin d'une phase de l'université étatisée qui avait commencé avec les princes allemands ; la « mort » de l'université allemande ou en allemand « deutschen Universitätssterbens » était actée⁸.

Selon Humboldt et la théorie du « Kulturstaat » qui définit l'Etat comme le promoteur de la culture et de la connaissance, le modèle de transmission des connaissances de l'université prussienne du XIXème reposait sur l'idée que la science formait à la pensée de la solitude et de la liberté académiques ou en allemand, « akademische Einsamkeit und Freiheit ». En ce sens, la mission de l'université n'était pas d'enseigner directement un savoir technique et spécialisé ou une science appliquée mais de susciter l'envie des études à la jeunesse. La corporation de savants bénéficiait de la liberté d'enseignement et la libre administration académique dominait le paysage universitaire. Dans ce cadre, l'Etat devait garantir l'indépendance et la nomination des professeurs. L'exercice des activités scientifiques était conditionné par l'unité de la recherche et de l'enseignement ; la science doit être considérée comme un bien, une valeur qui obligent la société à en prendre soin. La protection et la promotion de la science ou « Wissenschaftspflege » devraient conduire aussi bien à l'autonomie de l'université qu'à l'autonomie de la personne. La formation de l'individu se base sur la raison et l'indépendance intellectuelle, elle ne prépare pas à une profession particulière. La science devait se référer à une connaissance universelle qui représentait au XIXème siècle la philosophie et les disciplines de culture générale, en d'autres termes, les sciences de l'esprit. Selon ce modèle, l'université ne transmet pas directement des connaissances utilisables mais explique comment les connaissances ont été découvertes.

⁷ G. Gusdorf, *L'université en question*, Les classiques de sciences sociales, Paris, Études et documents, Payot, 1964, p. 53-56.

⁸ M. Asche, « Das « große Universitätssterben » in den Jahrzehnten um 1800 », p. 25-48, dans R. Pöppinghege, D. Klenke, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Bd. 18, Köln, SH-Verlag, 2011.

La « Einheitsuniversität » se charge alors de la mission de stimuler l'intérêt scientifique des étudiants qui procèdent eux-mêmes à des recherches dans les lois et dans les principes naturels. Selon ce modèle, le professeur n'est pas quelqu'un qui transmet le contenu d'un enseignement mais davantage quelqu'un qui montre aux étudiants comment une discipline scientifique peut être abordée afin d'en obtenir de nouveaux résultats. Les études doivent moins servir à l'acquisition d'un savoir qu'à l'amélioration de la capacité de résolution de problèmes⁹. Dans cet esprit, Georges Gusdorf écrivait que « l'étudiant, qui œuvre pour la formation supérieure de l'esprit, doit être libre de ses activités, et maître de son emploi du temps. Toute obligation précise, toute assiduité imposée constitue un manquement à cette règle ; la contrepartie étant, bien entendu, une maturité suffisante pour que celui qui jouit ainsi de la pleine liberté en use sans en abuser. Les maîtres doivent comprendre, de leur côté, que supprimer le risque de l'abus, c'est supprimer la liberté. »¹⁰.

Les ambitions de la « Einheitsuniversität » touchèrent aussi la France et la vague de réformes de la fin du XIX^e siècle. Jules Ferry, prônait la méthode expérimentale en écrivant que « nous aurions obtenu un grand résultat s'il nous était possible de constituer un jour des universités rapprochant les enseignements les plus variés pour qu'ils se prêtent un mutuel concours, gérant elles-mêmes leurs affaires, pénétrées de leurs devoirs et de leur valeur, s'inspirant des idées propres à chaque partie de la France dans la variété que comporte l'unité du pays. Je ne me dissimule pas que le temps est nécessaire pour un tel succès ; que dans ces sortes d'entreprises, quelques légitimes que soient les ambitions, il ne faut rien précipiter, rien hasarder ».

Cette réforme française, « sans précipitation », passait par le décret du 25 juillet 1885 qui restaura la personnalité civile des facultés et la possibilité d'emploi de subventions pour créer de nouveaux enseignements. Après un premier projet abandonné en 1885, la loi de finance du 28 avril 1893 définissait un établissement public comme « le corps formé par la réunion de plusieurs facultés de l'Etat dans un même ressort académique [...] investi de la personnalité civile. [...] Il sera soumis, en ce qui concerne ses recettes, ses dépenses et sa comptabilité, aux prescriptions qui seront déterminés par un règlement d'administration publique ». C'est avec la loi promulguée le 10 juillet 1896 que tous les corps de facultés devenaient des universités et que le conseil général des facultés prit le nom de conseil d'université. Les conseils statuaient sur tous les actes d'administration des biens de l'université, discutaient des actes de disposition, d'acquisition, d'aliénation, d'échanges et d'emprunts et donnaient leur avis sur le budget. La vie scientifique se fondait sur la liberté scientifique ; le professeur doit être maître de son programme et l'obligation de

⁹ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 25-26.

¹⁰ Dans le chapitre « De quelques malentendus : propédeutique et agrégation », G. Gusdorf, *L'université en question*, op. cit., p. 99-118.

soumettre chaque année le programme de son cours à l'administration centrale est abolie¹¹.

En Allemagne, le réformateur de Weimar, Carl-Heinrich Becker remarquait au début du XXème siècle l'importance du contrôle administratif sur les universités allemandes par rapport à l'autonomie dont les institutions bénéficiaient en Angleterre et aux Etats-Unis. Toutefois, l'autonomie intellectuelle en Allemagne contrastait avec l'absence de liberté intellectuelle dans les pays anglo-saxons. Existerait-il une corrélation entre une forte autonomie administrative et gestionnaire, un contrôle réduit des pouvoirs publics et une autonomie intellectuelle limitée ? Nous aurons l'occasion de donner une réponse à ce questionnement dans cette étude. Carl-Heinrich Becker croyait aussi à la nécessité des disciplines transversales comme la sociologie et la pédagogie « pour redonner à l'université sa mission de réflexion générale et de guide d'action ». Selon le politicien, « il faut lutter contre les tendances dissolvantes qui menacent la quête de la vérité : la diffusion du positivisme et de la spécialisation qui rompt avec l'encyclopédisme et l'inspiration philosophique ». La réforme allemande se traduisait alors par un retour aux sources, contre « l'américanisme qui se pose pour seul vrai »¹².

Il faudrait citer les propos de Georges Gusdorf qui semble percevoir le délitement de la « Einheitsuniversität » qui se profilait pourtant au XXème siècle, en France au moins ; « Nous sommes tellement habitués à l'état de choses actuel que ces critiques paraîtront surprenantes à la plupart des universitaires français. Depuis cent cinquante ans, les Facultés font chambre à part ; elles ont perdu jusqu'à l'idée qu'il pourrait y avoir une vie commune. L'École de Droit, l'École de Médecine, fières de leurs traditions respectives, gèrent, chacune pour sa part, un patrimoine bien délimité. Les frontières épistémologiques sont devenues des cloisons étanches rigoureusement aseptisées, au-delà desquelles l'exercice même de l'intelligence et de l'imagination semble paralysé. Chacun se sent maître d'un patrimoine dont il interdit jalousement les avenues aux étrangers. La médecine aux médecins, le droit aux juristes, l'histoire aux historiens, la physique aux physiciens, tels sont les slogans en vigueur dans notre Université, infidèle à l'exigence de son nom, et dont le mot d'ordre le plus juste serait sans doute : chacun pour soi et Dieu pour tous¹³ ». Les réformes actuelles en France, à travers le projet et la concrétisation de l'université unique notamment, ne seraient qu'un pâle reflet de l'ambition historique de la « Einheitsuniversität ».

¹¹ L. Liard, « Universités », Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire publié sous la direction de Ferdinand Buisson, 1911, l'édition électronique.

¹² Ou en allemand « alleinseligmachend Amerikanismus », C. Charle « Les références étrangères des universitaires », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 3/2003, n° 148, p. 8-19.

¹³ G. Gusdorf, *L'université en question*, op. cit., p. 140.

Le principe de libre administration dans l'ouverture de l'université à la société au XXème siècle

Une des composantes essentielles de la « Einheitsuniversität » se réalise à travers le concept de libre administration. Le principe de libre administration permet notamment aux membres de la corporation universitaire de se doter de leurs propres représentants et d'une réglementation adaptée à leur *profil* scientifique. En fonction des périodes historiques, la libre administration profite tour à tour, à la corporation des savants, aux associations estudiantines ou aux directions des universités qui impulsent la stratégie générale de l'établissement. L'étendue du principe de libre administration pose également la question de la distance entre l'université et la société et les risques de politisation de la première. La participation de la société civile et l'intégration des perspectives de la société au sein du processus décisionnel de l'institution, plutôt que l'exportation des intérêts de l'université dans la société, peuvent porter atteinte au principe de libre administration. L'analyse du principe de libre administration peut dès lors apporter de nouveaux développements juridiques sur la voie de l'institutionnalisation de l'université.

Dans le *Dictionnaire de Trévoux* rédigé au XVIIIème siècle, à l'article *Université*, le terme renvoie à un « Nom collectif qui se dit d'une compagnie composée de plusieurs Collèges établis dans une ville, où il y a des Professeurs en diverses sciences pour les enseigner et où l'on prend des degrés ou certificats d'études. On appelle aussi Université des communautés des villes et leur sceau a pour légende : « *Sigillum Universitatis* ». L'université est donc une communauté, une corporation¹⁴. La corporation est indissociable de l'université et cette-dernière ne peut se définir qu'en raison d'une corporation.

Carl Heinrich Becker en 1919 présentait déjà la théorie de la libre administration universitaire qui reposait sur un concept en faveur d'une « Constitution » d'université. A la suite des propositions des universités, le *preussische Staatsministerium* votait, le 20 mars 1923, les « Grundsätze einer Neuordnung der preussischen Universitätsverfassung »¹⁵, dans lesquels, pour la première fois, il fut question officiellement de « libre administration ». La deuxième étape significative dans le sens de la libre administration universitaire intervenait dans la Constitution de Weimar et dans son article 142. Avant cette Constitution, il existait uniquement une garantie individuelle en faveur d'une science et d'un enseignement libres. Le pouvoir constituant a pu reconnaître également un niveau de garantie institutionnelle. Le principe de libre administration s'analysait donc comme un des effets de la « constitutionnalisation » des universités au sens strict et de la mise en œuvre d'une garantie au profit de l'institution universitaire.

¹⁴ A. Dupront, *La chaîne vive, l'Université, école d'humanité, op. cit.*, p. 15.

¹⁵ Ou les « principes d'une réorganisation de la constitution de l'université prussienne ».

Introduction

Ainsi, la position forte de l'Etat dans l'administration des établissements d'enseignement supérieur modernes se trouvait dès lors compensée par la définition du domaine de la libre administration académique. Le cœur de la libre administration académique se situe là où l'Etat reconnaît son incompetence matérielle ; l'établissement détient un cahier des charges propre ou en allemand, « *personaler Ausgestaltung der Hochschule* ». La mise en œuvre du principe eut également des conséquences sur l'évaluation de l'activité scientifique nécessitant un personnel avec une certaine qualification scientifique¹⁶. En ce sens, le concept de libre administration entraîne l'élaboration de liens juridiques particuliers entre les membres des établissements. Les professeurs d'université au sens large et les étudiants appartiennent au domaine particulier du « *öffentlichen Dienst- und Mitgliedschafts- (Benutzungs-) Rechtes* »¹⁷.

Selon le principe de libre administration, le régime de l'établissement d'enseignement supérieur était envisagé comme une zone particulière du système scolaire mais également comme un domaine de l'administration de la science. La libre administration d'une université se justifie surtout par le statut spécifique du professeur, distinct des statuts des professeurs des *Volksschulen* et des *Gymnasium* édictés pendant la période de réforme prussienne. Les particularités juridiques de l'enseignement supérieur comme l'habilitation, le recrutement, la liberté d'enseignement ou l'éméritat, se précisèrent jusqu'au début du XX^e siècle parallèlement à la reconnaissance d'une autonomie institutionnelle. Néanmoins, la titularisation et le processus de fonctionnarisation des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur ne seront jamais totalement aboutis, d'où l'expression de Max Weber pour désigner la fonction de « *Wissenschaft als Beruf* »¹⁸.

Dès le début du XX^e siècle, l'augmentation du nombre d'étudiants et de leur importance au sein de l'institution universitaire rejoint une *nouvelle* phase de politisation de l'université. Ensuite, la mise au pas de l'enseignement supérieur par le régime nazi a « contribué » à long terme à déstabiliser les fondements même du modèle universitaire germanique, notamment à travers les directives idéologiques dans les disciplines telles que l'anthropologie, la médecine et l'ethnologie. Les libertés académiques ont été largement restreintes ; la nomination des recteurs dépendait du pouvoir en place, la libre administration universitaire est supprimée et les universités ont assisté à l'épuration des professeurs juifs ou de gauche¹⁹.

La plupart des universités ré-ouvrent leurs portes quelques semaines, voire quelques jours après la fin de la 2nd Guerre mondiale avec trois missions principales pour les forces d'occupation : la reconstruction matérielle et institutionnelle des universités, la

¹⁶ T. Oppermann, *Kulturverwaltungsrecht : Bildung, Wissenschaft, Kunst*, J. C. B. Mohr Siebeck, 1969, p. 99.

¹⁷ Cette expression peut être traduite par un droit de la fonction publique et des membres de l'établissement.

¹⁸ T. Oppermann, *Kulturverwaltungsrecht : Bildung*, op. cit., p. 102.

¹⁹ C. Charle, J. Verger, *Histoire des universités, XII^e-XXI^e siècle*, op. cit., p. 123-124.

dénazification du corps enseignant et la réforme du système traditionnel universitaire. Les étudiants n'étaient pas forcément en accord avec les enseignants et les réformes, la réaction fut alors la création des « studentische Gemeinschaft » ou communautés estudiantines.

Dans ce contexte, plusieurs groupes et organisations participèrent au processus de réforme des universités, parmi eux, les puissances d'occupation et leurs officiers pour l'enseignement supérieur ainsi que les gouvernements des Länder, les universités, la conférence des recteurs de l'Allemagne de l'Ouest ou « Westdeutsche Rektorenkonferenz », le « Verband Deutscher Studentenschaften » qui représentait l'ensemble des étudiants devant les instances universitaires, les pouvoirs publics et les instituts scientifiques, les associations estudiantines évangéliques et catholiques et les groupes politiques d'étudiants, par exemple le « Sozialistische Deutsche Studentenbund », le « Liberale Studentenbund Deutschlands » ou le « Ring Christlich-Demokratischer Studenten »²⁰. Ce changement de paradigme participe donc de l'élargissement de la corporation académique au sein de la participation institutionnelle.

Deux politiques furent mises en œuvre des deux côtés du rideau de fer allemand. A l'Est, la loi relative au système unifié d'éducation socialiste²¹ avait pour ambition d'ouvrir les universités à l'ensemble de la population ; « La formation générale des étudiants et la vie sociétale dans les établissements d'enseignement supérieur de la République démocratique d'Allemagne doit être organisée de telle façon à ce que l'idéologie socialiste imprègne l'ensemble du processus d'éducation et de formation »²². A l'Ouest, la volonté politique essayait d'associer la société à la prise de décisions dans le domaine de l'enseignement supérieur. Les réformes entreprises entre 1968 et 1973 en Allemagne de l'Ouest ont été largement inspirées par les revendications des groupes estudiantins. La loi du Land de la Hesse du 16 mai 1966 joua un rôle précurseur dans ce processus. Dans les années qui suivirent, d'autres Etats fédérés allemands se dotèrent de lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur « réformées ». En outre, l'introduction des « Gesamthochschulen »²³ venait concrétiser la volonté de mettre sur un pied d'égalité les conceptions politiques et les objectifs de la science²⁴.

²⁰ H. Kleifeld, « Hochschulpolitik als Arbeitsfeld studentischer Verbindungen », p. 129-145, dans R. Pöppinghege, D. Klenke, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch, op. cit.*

²¹ Gesetz über das einheitliche sozialistische Bildungssystem vom 25.2.1965, GBl. Der DDR 1965 I, Nr. 6, 85f.

²² „die gesamte Ausbildung der Studenten und das gesellschaftliche Leben an den Hochschulen der DDR so zu gestalten seien, dass die sozialistische Ideologie den gesamten Erziehungs- und Ausbildungsprozess durchdringt, Beschluss des Staatsrates der DDR vom 3.4.1969, GBl. Der DDR 1969 I, Nr. 3, 9, cité dans W. Lambrecht, „Lange Linien“ und Brüche in der (deutsch-) deutschen Hochschulpolitik nach 1945“, p. 146-157, dans R. Pöppinghege, D. Klenke, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch, op. cit.*

²³ La *Gesamthochschule* est un type d'établissement d'enseignement supérieur qui se veut général. Il combine les caractéristiques des universités et des « Fachhochschule » qui sont des établissements

Le postulat défendu dans cette étude tient dans le fait que le principe de libre administration ne doit pas être entendu comme diluant les objectifs de la science, il s'inscrit comme un principe de base de la pensée de la « Einheitsuniversität » allemande. C'est alors au pouvoir constituant de démontrer sa volonté de retranscrire les paramètres essentiels de cet idéal et de concevoir « la liberté de la science ». Historiquement, les systèmes constitutionnels « allemands » restèrent fidèles aux principes des années 1815/1830²⁵. La Constitution prussienne de 1850 garantit dans son article 20 « la liberté de la science et de son enseignement ». Il s'agit pour la première fois, d'une consécration constitutionnelle, pourtant cette disposition comme sa reprise dans l'article 142 de la Constitution de Weimar tournaient au ralenti dans la mesure où le législateur simple pourrait les modifier²⁶. Les dispositions de la Loi fondamentale de 1949 en ont pris le contrepied.

Consécration internationale, européenne et nationale de la liberté de la science

« Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » dispose l'article 27, alinéa 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels de 1966 fait mention que les Etats parties, « s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices²⁷ ». Ici, un espace de libre exercice de la science est instauré, l'intrusion étrangère à la science est limitée. Dans un second temps, le Pacte de 1966 vient garantir un minima de promotion et d'encouragement de la science par l'intermédiaire des Etats contractants²⁸.

Selon un avis du Comité économique et social européen, « la liberté de recherche est une condition fondamentale pour parvenir à une science créative, à de nouvelles découvertes et à des techniques innovantes, sans préjudice des limites fixées par la législation en ce qui concerne les questions à caractère éthique et d'une bonne utilisation des ressources allouées »²⁹. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2006 s'appuie sur la Magna Charta Universitatum de 1988 pour rappeler la liberté académique et l'autonomie des universités. Elle souligne le rôle des

de sciences appliquées. Ce type d'université a peu à peu été abandonné pour lui préférer de nouvelles possibilités de structures organisationnelles internes.

²⁴ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 18-19.

²⁵ O. Jouanjan, « Une origine des droits fondamentaux » en Allemagne : le moment 1848 », *Petites affiches*, RDP 2012, n°3, *LGDJ*, p. 766-784.

²⁶ T. Oppermann, *Kulturverwaltungsrecht : Bildung, Wissenschaft, Kunst, op. cit.*, p. 79.

²⁷ Art. 15, §3 du Pacte international relatif aux droits et politiques de 1966 (PIDESC).

²⁸ Art. 1, §2 PIDESC « Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture ».

²⁹ Avis du 30 décembre 2006 du Comité économique et social européen dans X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, p. 579.

universités dans la perpétuation de « la tradition de l'humanisme européen » et dans le développement des civilisations. L'Assemblée reconnaît que l'université doit aussi satisfaire les besoins de la société et ne pas se complaire dans une « tour d'ivoire », les universités « doivent être suffisamment proches de la société pour contribuer à la solution des problèmes fondamentaux, mais, en même temps, garder une distance critique et une approche à long terme ». L'Assemblée parlementaire prône un rôle actif de l'université, qu'elle prenne des initiatives dans l'évolution des sociétés³⁰.

La plupart des pays membres de l'Union Européenne (entre autres, la Pologne, l'Autriche, l'Espagne, la Slovaquie ou encore l'Italie) accordent à la liberté académique une valeur constitutionnelle. La nouvelle Charte des droits fondamentaux qui est dotée d'une véritable force contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2010, s'inspire de cette tendance majoritaire. Le traitement à venir de cette liberté fondamentale va sans doute dépendre de l'engagement de l'Union dans la politique universitaire. Il ne s'agit pour l'instant, en aucun cas d'une harmonisation de législation mais d'une coopération entre les Etats³¹.

La Cour de justice de l'Union européenne précise que l'objectif de la Charte est de réaffirmer « les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats-Membres, du Traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention EDH, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la CJCE et de la CEDH »³². Certes, bon nombre d'Etats membres garantissent la liberté de la science dans leur droit national mais surtout à un niveau individuel, l'autonomie de l'université reste, quant à elle, un concept très disparate. On ne sait donc pas si une autonomie institutionnelle réside dans la protection du droit de l'Union³³.

Les rédacteurs du droit de l'Union Européenne ont choisi de consacrer une liberté de la science distincte de la liberté d'expression, ce qui supposerait alors un régime d'exception. L'article 13 de la Charte européenne des droits fondamentaux dispose que « Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée ». Les concepteurs reprennent la notion de liberté académique,

³⁰ Recommandation 1762 (2006) « Liberté académique et autonomie des universités », discussion par l'assemblée le 30 juin 2006, texte adopté par l'assemblée le 30 juin 2006. Cependant le rapport du 25 août 2014 de l'assemblée parlementaire ne fait aucunement mention de la protection de la liberté académique ou de l'autonomie de l'enseignement au sein des universités. Il ne fait que rappeler le processus de Bologne, la mise en place de l'Espace européen de l'enseignement supérieur et l'utilité des classements internationaux, « outil de marketing », rapport 13585 25/08/2014, « Bonne gouvernance et meilleure qualité de l'enseignement », Paolo Corsini (Italie).

³¹ J-E. Charlier, S. Croché. « Le processus de Bologne, ses acteurs et leurs complices », *Education et sociétés*, v. n°12, n°2, 2003, p. 13-34.

³² CJCE, arrêt du 27 juin 2006, Parlement européen contre Conseil, C-540/03, Rec. 2006 p. I-5769, point 38, cité dans A. Prüm, R. Ergéc, « La liberté académique », « Les facultés de droit dans la réforme universitaire (suite) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 oct. 0101, n°1, RDP 2010-1-001, p. 3.

³³ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 435.

« academic freedom » ou « akademische Freiheit » ; notion utilisée en France bien qu'on lui préfère souvent le terme de libertés universitaires. Selon Jürgen Schwarze, la notion de « recherche » exprimée dans la première phrase de l'article 13 semblerait plus étendue que la recherche découlant uniquement de la liberté académique ou universitaire³⁴. D'autres auteurs estiment que la référence à la liberté académique ne concernerait que la liberté d'enseignement³⁵ : la liberté de créer des établissements d'enseignement figurant dans un article spécifique³⁶. La différence sémantique entre « respecter » la liberté académique et affirmer que la recherche et l'enseignement sont « libres » peut également provoquer un décalage, de la même façon que la désunion de l'enseignement et de la recherche³⁷.

La Convention européenne des droits de l'homme quant à elle, ne contient pas de disposition spécifique relative à la liberté académique ou plus généralement à la liberté de la science. En effet, l'article 10, paragraphe 1^{er} protège le droit à l'expression d'une opinion dans les communications scientifiques dans la recherche et l'enseignement. La Convention compte alors les communications scientifiques dans sa liste relative à l'expression de l'opinion³⁸. Néanmoins, dans plusieurs décisions récentes, la Cour européenne concède un régime plus favorable aux universitaires du fait de « l'importance de la liberté académique, qui autorise notamment les universitaires à exprimer librement leurs opinions sur l'institution ou le système au sein duquel ils travaillent ainsi qu'à diffuser sans restriction le savoir et la vérité »³⁹. La Cour semble modifier encore sa position dans l'affaire Bruno Gollnisch où elle met un frein à la spécificité universitaire en invoquant « les obligations de réserve et de tolérance » ou encore « les devoirs et responsabilités qui incombent au requérant en tant qu'enseignant »⁴⁰. En outre, la Convention garantit-elle l'autonomie de l'institution universitaire ? Une protection expresse de la liberté académique en faveur de l'université ne figure pas parmi les principes défendus par la Convention. Il n'y a pas de dimension expressément organisationnelle ni procédurale⁴¹.

La question des dimensions protégées par la liberté académique se pose également aux Etats-Unis. La Cour suprême rattache la liberté académique à la liberté d'expression garantie par le premier amendement de la Constitution⁴². La question de l'étendue de la liberté académique a été reposée en octobre 2003, à la suite du

³⁴ J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2.Auflage, Freiburg, C. H. Beck, 2009, p. 2233.

³⁵ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p.437.

³⁶ Art. 14, §3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2009.

³⁷ J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, op. cit., p.2233.

³⁸ La Cour européenne des droits de l'homme utilise cette liberté d'expression « extensible » aux universitaires, CEDH, arrêt du 24 juin 1996, *Marais c. France*, 24 juin 1996, req.n° 31159/96.

³⁹ CEDH, 2ème section, arrêt du 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, req.n°17089/03, §35 ; voir encore CEDH, 2ème section, arrêt du 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italie*, req.n°39128/05.

⁴⁰ CEDH, 5ème section, déc. du 7 juin 2011, *Bruno Gollnisch c. France*, req.n°48135/08.

⁴¹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p.432.

⁴² A. Prüm, R. Ergéc, « La liberté académique, Les facultés de droit dans la réforme universitaire (suite) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, RDP 2010-1-001, n° 1, p. 3.

rapport « Academic freedom and National Security in a time of crisis »⁴³ de l'association américaine des professeurs d'université, réaffirmant la liberté académique comme une composante de la liberté intellectuelle à côté de la liberté d'expression, la liberté de la presse et la liberté de religion. La Déclaration sur « l'academic freedom » est rédigée en 1915. La liberté académique est définie dans la déclaration comme « dans son essence, [...] la liberté de poursuivre la profession de savant selon les standards de cette profession ». Bien que la dimension individuelle figure au premier plan, elle sous-tend un aspect collectif et corporatif de la liberté.

La casuistique américaine attribue quatre pans à la liberté académique : la liberté de recherche et de publication, la liberté d'enseignement, la liberté d'expression dans la salle de cours et la liberté d'expression en dehors de l'université. L'association des professeurs a déjà précisé notamment en 1929 que le « caractère scientifique d'une recherche doit être jugée selon les standards scientifiques et non pas selon les croyances de l'opinion politique ». La déclaration précise aussi qu' « une fois recruté, le savant a des obligations professionnelles à accomplir dans lesquelles les autorités l'ayant recruté n'ont ni compétence, ni droit moral pour intervenir »⁴⁴.

La dimension professionnelle de la liberté de la science se retrouve dans la doctrine juridique française. La liberté académique en France ne bénéficie que d'une reconnaissance implicite, elle n'est pas inscrite ni dans la Constitution, ni dans le Code de l'éducation. La doctrine parle moins de libertés académiques ou de libertés universitaires que de garanties statutaires des enseignants-chercheurs. Elle se réfère donc davantage à la profession des universitaires et à leur liberté professionnelle. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 janvier 1984, a consacré le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Par conséquent, les libertés universitaires sont garanties par la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution qui réserve la compétence législative aux « libertés publiques » et aux « garanties fondamentales » accordées aux fonctionnaires. De plus, l'article 34 de la loi Faure⁴⁵ fait explicitement référence aux « traditions universitaires ». L'université et ses libertés sont en effet caractérisées par une forte influence de la coutume en France. Selon le doyen Vedel, « l'indépendance du corps universitaire et l'autogestion de l'enseignement supérieur reposent bien autant sur une tradition et sur des mœurs que sur des

⁴³ «Academic Freedom and National Security in a Time of Crisis», *Report of the AAUP Special Committee on Academic Freedom and National Security in a Time of Crisis, October, 2003.*

⁴⁴ O. Beaud « Academic Freedom : les chemins américains de la liberté universitaire », *Critique* 4/2010, n°755, p. 291-305.

⁴⁵ Loi n°68-978 d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, art. 34, « les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions de la présente loi, les principes d'objectivité et de tolérance », Art. 952-2 du Code de l'éducation.

textes »⁴⁶. Sur la reconnaissance explicite d'une garantie institutionnelle, les textes français n'en disent mot.

Pour autant, cette étude n'a pas pour ambition de mener une analyse comparatiste entre le droit allemand et le droit français dans le domaine de l'enseignement supérieur. Il s'agira davantage de prendre le point de vue de la doctrine allemande et de se référer à certains points de repères en droit français en la matière. Le droit de l'enseignement supérieur français s'inspire également de bon nombre de principes allemands⁴⁷ mais il n'existe pas toujours de perspective comparatiste entre les deux domaines.

Par ailleurs, d'un point de vue terminologique et au cours de cette étude, nous préférons le terme d'« université » lorsque nous présentons des considérations générales qui ne réclament pas de distinction quant au statut juridique d'un établissement d'enseignement supérieur. De la même façon, le terme d'« universitaire » désigne l'ensemble du personnel enseignant-chercheur d'une université distinct par exemple du groupe des étudiants ou des collaborateurs scientifiques. Le « professeur d'université » ou son équivalent français d'enseignant-chercheur sera utilisé en référence à sa capacité à diriger des recherches et à son influence particulière dans le système universitaire. Le terme de « scientifique » pourra également être employé pour définir l'ensemble des chercheurs sans distinction du lieu de recherche ou d'appartenance à une institution. Enfin, si les libertés académiques correspondent davantage à la nature de la protection des enseignants-chercheurs en France, la Constitution allemande consacre la liberté de la science.

La liberté de la science dans le droit fédéral et dans le droit des Etats fédérés allemands

La Loi fondamentale allemande consacre une place à part entière à la liberté académique. Elle est inscrite à l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande⁴⁸. On ne retrouve pas expressément la notion de liberté académique, la doctrine allemande parlera davantage de la liberté de la science ou « Wissenschaftsfreiheit ». La Loi fondamentale distingue l'art et la science, la recherche et l'enseignement. En ce sens, cette logique rappelle la Constitution de

⁴⁶ Cité dans O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 35.

⁴⁷ Par exemple, en 1877, l'institution des maîtrises de conférences et des chargés de cours rappela la catégorie des *privat-dozenten* allemands. Plus tard, le droit français créa un grade supérieur pour l'accès aux fonctions enseignantes, loi n°84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches dans son article premier, « L'habilitation à diriger des recherches sanctionne la reconnaissance du haut niveau scientifique du candidat, du caractère original de sa démarche dans un domaine de la science, de son aptitude à maîtriser une stratégie de recherche dans un domaine scientifique ou technologique suffisamment large et de sa capacité à encadrer de jeunes chercheurs. Elle permet notamment d'être candidat à l'accès au corps des professeurs des universités », sur le modèle de l'habilitation allemande, pour pallier la suppression de la thèse d'Etat.

⁴⁸ Art. 5, Abs. 3, S. 1 GG : „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“.

Weimar dans laquelle la liberté de l'art, de la science et de son enseignement sont garanties. Il y a cependant une différence quant à la place de la liberté de la science dans la Constitution. Celle de Weimar consacrait cette liberté dans la quatrième partie des droits fondamentaux dans son article 142, partie clairement distincte du droit fondamental traditionnel de la liberté d'opinion et de la presse protégée à l'article 118.

Dans la Loi fondamentale de 1949, la liberté de la science est placée après la liberté d'expression, protégée à l'article 5, alinéa premier bien que la liberté de la science ne soit pas soumise aux mêmes limites de l'article 5 alinéa 2. Les différences de limitation pour les deux alinéas 1 et 3 supposent alors un effort de distinction entre les garanties fournies par ces deux dispositions, la liberté d'expression et la liberté de la science. Enfin, puisque l'article 5, alinéa premier protège aussi les activités d'expression artistique et scientifique par la parole, l'écrit et l'image, l'article 5, alinéa 3 pourra offrir une protection particulière⁴⁹. L'article 5, alinéa 3, en plus de protéger les moyens d'expression et de diffusion des arts et des sciences, accorde des garanties supplémentaires au bénéficiaire de la liberté de la science. Par exemple, les dispositions relatives aux fonctionnaires de l'article 33 s'effacent devant la liberté de la science⁵⁰.

La liberté de la science en tant que droit fondamental peut être située dans un cadre constitutionnel plus large. Selon la hiérarchie des normes en droit allemand, le droit fédéral doit respecter la Loi fondamentale. Ce sont ensuite les Constitutions des Länder qui se situent en dessous du droit fédéral, puis le droit des Etats fédérés. L'article 142 de la Constitution allemande prévoit que le droit des Länder doit être pris dans le respect des droits fondamentaux. Par conséquent l'ensemble des dispositions relatives aux différents systèmes universitaires des Länder doivent aussi garantir la liberté de la science prévue à l'article 5, alinéa 3. Une vue d'ensemble des lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur actuelles des Länder est complexe⁵¹.

⁴⁹ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Stark, *Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Präambel Art. 1 -19*, 6. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2010, p. 625-626.

⁵⁰ H. Jarass, „Artikel 5“, H. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 14. Auflage, München, C. H. Beck, 2016, p. 238-239.

⁵¹ Sans que la liste soit exhaustive, voici les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur dans les différents Länder allemands : Le Bade-Wurtemberg : Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg du 1er janvier 2005 ; La Bavière : Bayerisches Hochschulgesetz du 23 mai 2006 ; Berlin : Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin du 13 février 2003 ; Le Brandebourg : Gesetz über die Hochschulen des Landes Brandenburg du 18 décembre 2008 ; Brême : Bremisches Hochschulgesetz du 9 mai 2007 ; Hambourg : Hamburgisches Hochschulgesetz du 18 juillet 2001 ; La Hesse : Hessisches Hochschulgesetz du 14 décembre 2009 ; Mecklembourg-Poméranie : Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern du 5 juillet 2002 ; La Basse-Saxe : Niedersächsisches Hochschulgesetz du 26 février 2007 ; La Rhénanie du Nord : Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen du 1^{er} janvier 2007 ; La Rhénanie-Palatinat : Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz du 21 juillet 2003 ; La Sarre : Saarländisches Universitätsgesetz du 23 mai 2004 ; La Saxe : Sächsisches Hochschulgesetz du 10 décembre 2008 ; La Saxe-Anhalt : Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt du 5 mai

A côté de la liberté de la science, il y a aussi des règles de répartition de compétences quant à l'organisation du système universitaire. Dans le système juridique général allemand et selon la Loi fondamentale, la compétence de principe appartient aux Länder sauf si la compétence est prévue expressément dans la liste des compétences appartenant à l'Etat fédéral selon l'article 30⁵². En outre, le droit fédéral prime le droit des Etats fédérés⁵³. Quant aux compétences exclusives de l'Etat fédéral, l'article 32, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande règle les relations avec les Etats étrangers, ce qui peut avoir un impact sur les universités dans le cadre de la coopération internationale pour la recherche et l'enseignement⁵⁴. L'Etat fédéral doit encore assurer la protection de la propriété intellectuelle prévue à l'article 73, alinéa 1^{er}, numéro 9⁵⁵. Dans la théorie générale de l'Etat, l'article 83 de la Loi fondamentale prévoit que « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ». Et cela concerne de la même manière les lois cadres fédérales ou « Rahmengesetze »⁵⁶. Les compétences concurrentes de l'Etat fédéral et des Etats fédérés seront abordées ultérieurement dans notre étude dans la mesure où la réforme du fédéralisme de 2006 a pu avoir des répercussions sur l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur.

La compétence législative cadre de l'Etat fédéral qui comprenait le pouvoir d'édicter des principes généraux selon l'ancien article 5 alinéa premier de la Loi fondamentale a été abrogée en 2006. Cela n'a pourtant pas encore abouti à la suppression de la loi cadre relative aux établissements d'enseignement supérieur. A la place de cette loi devrait être mise en place une « loi de la liberté de la science » ou « Wissenschaftsfreiheitsgesetz ». Bien que cette loi d'abrogation paraisse nécessaire et prévisible, elle n'est toujours pas adoptée⁵⁷. C'est ainsi que la « Hochschulrahmengesetz » dans sa dernière version prévoit une compétence de l'Etat fédéral selon l'article 125a, alinéa premier, phrase première de la Loi

2004 ; Le Schleswig-Holstein : LHG Schleswig-Holstein du 28 février 2007 ; Thuringe : Thüringer Hochschulgesetz du 21 décembre 2006 ; Voir encore le site www.hochschulverband.de.

⁵² Art. 30 GG, „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“.

⁵³ Art. 31 GG, „Bundesrecht bricht Landesrecht“.

⁵⁴ Art. 32, Abs. 1 GG, „Die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten ist Sache des Bundes.“

⁵⁵ Art. 73, Abs. 1, Nr. 9 GG, „Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über: den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht“.

⁵⁶ En outre, selon l'article 84, alinéa 3, « Le Gouvernement fédéral contrôle que les Länder exécutent les lois fédérales conformément au droit en vigueur » et « Le Gouvernement fédéral peut édicter des prescriptions administratives générales avec l'approbation du Bundesrat » comme le dispose l'article 84, alinéa 2, Art. 83 GG, „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt“ ; Art. 84 Abs. 2, 3 GG, „Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen“. „Die Bundesregierung übt die Aufsicht darüber aus, dass die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Rechte gemäß ausführen. Die Bundesregierung kann zu diesem Zwecke Beauftragte zu den obersten Landesbehörden entsenden, mit deren Zustimmung und, falls diese Zustimmung versagt wird, mit Zustimmung des Bundesrates auch zu den nachgeordneten Behörden“.

⁵⁷ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 14.

fondamentale, toutefois les réglementations fédérales peuvent être remplacées par le droit des Länder⁵⁸.

La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur contient des dispositions générales dans son premier paragraphe en rappelant les différentes missions d'un établissement d'enseignement supérieur, le principe d'égalité entre hommes et femmes, le financement de l'Etat dans le domaine universitaire ou la promotion de la recherche, de l'enseignement et du progrès scientifique⁵⁹. La liberté de l'art et de la science, de la recherche, de l'enseignement et des études est protégée au paragraphe 4⁶⁰. Cette disposition précise en premier lieu que le Land et les établissements doivent respecter la liberté fondamentale des membres de l'université protégée par l'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande. Elle définit ensuite la liberté de la recherche puis la liberté d'enseignement et enfin la liberté des études, cette-dernière ne figurant pas dans la Loi fondamentale.

Ce sont aussi les Constitutions des Länder qui garantissent à la fois, le droit fondamental de la liberté de la science mais également, à la différence de la Loi fondamentale, des garanties de liberté et d'existence pour l'université elle-même⁶¹ et des garanties explicites de libre administration⁶². En outre, une partie des Constitutions assurent le caractère public des universités⁶³. Il ne s'agit pas de la consécration d'un monopole « régalien » mais davantage du maintien de la tradition d'un système universitaire public⁶⁴. Des dispositions protégeant la liberté de la science existent encore dans les règlements des universités⁶⁵ ou dans des textes normatifs plus ponctuels⁶⁶. Après avoir installé la liberté de la science dans son cadre constitutionnel, disposons-la dans la théorie générale des droits.

⁵⁸ Art. 125a, §1, S.2 GG.

⁵⁹ §2 Aufgaben (Missions) ; §3 Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Egalité entre femmes et hommes) ; §5 Staatliche Finanzierung (Financement de l'Etat) ; §6 Bewertung der Forschung, Lehre, Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und der Gleichstellung der Geschlechter (Valorisation de la recherche, de l'enseignement et de la promotion du progrès scientifique et de l'égalité des sexes).

⁶⁰ §4 Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung, Lehre und Studium (Liberté de l'art et de la science, de la recherche, de l'enseignement et des études).

⁶¹ Art. 20, Abs. 1 Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953 ; Art. 60, Abs. 1, S. 1 Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946 ; Art.5, Abs. 2 Niedersächsische Verfassung vom 19. Mai 1993 ; Art. 39, Abs. 1, S. 2 Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947 ; Art. 33, Abs. 2, S. 2 Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947.

⁶² Art. 20, Abs. 2 (BaWüVerf) ; Art. 138, Abs. 2, S. 1 Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 ; Art. 60, Abs. 1, S. 2 (HessVerf) ; Art. 5, Abs. 3 (NdsVerf) ; Art. 16, Abs. 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950 ; Art. 39, Abs. 1, S. 1 (RhPfVerf) ; Art. 33, Abs. 2, S. 1 (SaarlVerf).

⁶³ Art. 138, Abs. 1, S. 1 (BayVerf) ; Art. 34, S. 1 Verfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947.

⁶⁴ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 13.

⁶⁵ Verfassung Humboldt Universität (constitution de l'Université Humboldt de Berlin),

⁶⁶ Richtlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und für den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten an der Technischen Universität München (Directive de l'Université technique de Munich relatif aux bonnes pratiques de la science),

Théorie générale des droits fondamentaux

Selon l'acception traditionnelle libérale de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande⁶⁷, les droits fondamentaux définissent en premier lieu la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de l'Etat : les droits défensifs du citoyen contre l'Etat. Ces droits appartiennent au statut négatif ou *negativen Status*. Leurs contreparties s'inscrivent dans les actions positives de l'Etat qui dépendent du statut positif au sens strict. Ces actions positives sont attachées au *Leistungsbegriff*⁶⁸. La notion de « Leistung » encore appelée « Anspruch » s'appréhende difficilement en droit français. Elle désigne aussi bien le droit ou la prétention, dans un sens revendicatif, du fait de faire valoir son droit et de l'exercer dans l'ordre juridique. Ainsi, à un droit subjectif ne correspond qu'un certain nombre d'obligations potentielles tandis qu'une obligation effective coïncide avec l'exercice d'un droit. De la même façon, on peut renoncer au recouvrement d'un droit mais pas renoncer à un droit en tant que tel⁶⁹. Une comparaison peut être menée avec la distinction en droit français entre droit liberté et droit créance. La première catégorie désignerait le droit de faire quelque chose et la seconde suppose une intervention extérieure pour bénéficier de ses droits. L'une rappelle la sphère d'autonomie destinée à l'individu et l'autre s'illustre dans une habilitation à « exercer un changement au sein d'un rapport de droit donné »⁷⁰.

Si la Loi fondamentale reste très discrète quant à la formulation des *Leistungsrechte*, trois décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en particulier en font mention : la décision « Numerus clausus Urteil I », la décision relative à la « Vorschaltgesetz für ein Niedersächsisches Gesamthochschulgesetz » et en 1951, la décision « Fürsorge »⁷¹. Dans cette dernière, selon la Cour, l'individu ne posséderait aucun droit subjectif à une action positive. L'obligation d'action pour l'Etat ne correspondrait à aucun droit positif. Mais dans la décision de 1975, un pas supplémentaire est entamé par la Cour, il existerait un droit minimum d'existence au profit de l'individu, correspondant à un droit positif. Avec la reconnaissance du droit fondamental des étudiants dans le domaine de l'admission dans la jurisprudence « Numerus Clausus », la Cour constitutionnelle fédérale allemande tire plusieurs conséquences à propos des droits créance.

L'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande protégeant la liberté de la science reconnaît un droit subjectif à la mise en œuvre de certaines mesures d'organisation

⁶⁷ BVerfGE 7, 98, déc. du 15 janvier 1958, „Lüth“.

⁶⁸ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 582, 2015, p. 395-405.

⁶⁹ E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, p. 8-9. On distingue une „Verzicht auf Anspruchserhebung“ et une „Verzicht auf das Recht“ : „Die Möglichkeit der Entäußerung eines Rechts ist von diesem Recht selber zu unterscheiden“.

⁷⁰ J-F. Kervégan, « Éléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis, Philosophie analytique du droit, Revue philosophique*, 2011. 21, p. 112-132.

⁷¹ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, « numerus clausus I » ; BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“ ; BVerfG 1, 97, déc. du 19 décembre 1951, « Hinterbliebenenrente I ».

des pouvoirs publics⁷². Il est cependant difficile de donner une définition claire des *Leistungsrechte* dans la mesure où il faut comprendre l'étendue des droits négatifs et des actions positives. Il existerait deux catégories : les *Leistungsrechte* au sens large et les *Leistungsrechte* au sens strict. Les premiers comptent les droits de protection, les droits d'organisation et de procédure et les droits à des prestations au sens strict⁷³. La jurisprudence distingue encore les *Leistungsrechte* originaires ou *Teilhaberechte*⁷⁴ des *Leistungsrechte* dérivés⁷⁵.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, de façon générale, n'est pas forcément très explicite sur la frontière entre ces deux dimensions, négative et positive. Par exemple, elle a pu laisser ouverte la question des bénéficiaires d'un droit fondamental en considérant qu'il s'agissait d'un droit objectif⁷⁶. Dans la décision « Schleyer », à propos de la lutte contre le rançonnement terroriste, il est exclusivement question d'obligations de la part de l'Etat et à aucun moment de la protection de droits individuels⁷⁷. Dans une décision de 1978, la Cour différencie les droits fondamentaux et l'obligation de protéger qui rentre dans une dimension objective⁷⁸. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, malgré une tendance à la mise en œuvre objective des droits fondamentaux, use davantage d'une interprétation subjective des droits. Privilégier une interprétation, subjective ou objective tient compte notamment de l'objectif poursuivi et de sa légitimité⁷⁹.

Selon Carl Schmitt il faut certes distinguer la liberté de sa garantie mais il est nécessaire de promouvoir aussi bien l'une que l'autre. La correspondance d'un droit subjectif à une obligation juridique désigne un rapport juridique ou en allemand, « Rechtsverhältnis ». Celui qui « s'oblige » doit assurer un certain comportement envers celui qui bénéficie du droit subjectif. Les obligations sont elles aussi fondées par des normes. En revanche, cela ne correspond pas à une seule obligation mais à un champ d'obligations potentielles. Le rapport entre le droit subjectif et l'« Anspruch » est cependant toujours resté mal défini par la doctrine⁸⁰. Afin de

⁷² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁷³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 405.

⁷⁴ La Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu par exemple la garantie d'un minimum d'existence sur le plan économique : BVerfGE 125, 175, déc. du 9 février 2010, « Hartz IV », la garantie en question vaut sous-réserve de l'état des finances.

⁷⁵ „Ansprüche auf Chancengleichheit und leistungsgerechte Teilhaben vorhandenen staatlichen Leistungen“, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative à l'accès aux établissements reconnaît un droit à l'égalité des chances et pose l'exigence d'augmentation des capacités d'un établissement d'enseignement supérieur, cité dans C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 68.

⁷⁶ S'agissant du droit à l'avortement et du délai légal, BVerfGE 39, 1, déc. du 25 février 1975, „Schwangerschaftsabbruch“.

⁷⁷ BVerfGE 46, 160, déc. du 16 octobre 1977, „Schleyer“.

⁷⁸ BVerfG 49, 89, déc. du 8 août 1978, „Kalkar I“.

⁷⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 411-413.

⁸⁰ „Die Doktrin hat diesen offenkundigen Zusammenhang zwischen subjektivem Recht und Verhaltensnormen bisher kaum analysiert und damit die Frage im Dunkeln gelassen, welche Seite des Verhaltens des Verpflichteten die Rechtsverletzung bewirkt und worin das die Rechtswidrigkeit konstituierende Element besteht“, *ibid.*, p. 107-108.

poursuivre l'effort de définition de l'obligation juridique positive, revenons-en à une de ses composantes essentielles, la question du rôle de l'Etat.

Tout d'abord, les obligations juridiques positives n'ont pas uniquement des effets sur la puissance publique. L'obligation de protection ou « *Schutzpflicht* » permet également d'engager la responsabilité de l'Etat en cas d'ingérences du privé. Cette obligation impose à l'Etat de préserver un domaine des atteintes causées par des acteurs privés. Le contenu de la *Schutzpflicht* tient en une obligation d'action pour l'Etat⁸¹. Il incombe à l'Etat et à ses organes de protéger, de valoriser et d'organiser le domaine juridique⁸². La jurisprudence constitutionnelle a pu reconnaître un droit fondamental subjectif à la concrétisation d'une *Schutzpflicht*⁸³. Le champ de protection d'une *Schutzpflicht* correspond à celui d'un droit défensif⁸⁴. Nous achèverons notre étude par la question de l'obligation de protection de l'Etat.

Les obligations juridiques positives au sens large et l'obligation de protection au sens strict appartiennent à la dimension objective des droits fondamentaux. Le contenu des droits fondamentaux dans sa dimension objective n'a pas absorbé la dimension juridique subjective, la jurisprudence constitutionnelle en a fait un élément différencié⁸⁵. Tous les droits subjectifs reposent sur des normes de droit objectives. Les droits défensifs subjectifs sont des conséquences juridiques de normes objectives dans le domaine des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a très tôt mis en exergue la signification du caractère objectif de l'ordre constitutionnel en faveur de l'épanouissement des libertés individuelles⁸⁶. Le contenu du droit objectif allemand correspond à la conception du « *Gewährleistungsstaat* ». Dans un « *Gewährleistungsstaat* », la quantité des prestations de l'Etat est limitée par rapport à l'Etat providence⁸⁷.

Cela conduit alors, à la possibilité de discriminer une action positive de l'Etat d'une ingérence de celui-ci dans l'exercice des droits fondamentaux. Cette démarche permet une fois de plus de circonscrire un droit subjectif d'une obligation juridique de l'Etat. La jurisprudence constitutionnelle a mis en valeur la distinction entre un droit subjectif et une obligation de l'Etat dans la décision « Kalkar I »⁸⁸. Afin de protéger au mieux le domaine des droits défensifs, la Cour constitutionnelle fédérale allemande exige une anticipation des ingérences éventuelles et futures de la part des pouvoirs

⁸¹ BVerfGE 39, 1, déc. du 25 février 1975, „Schwangerschaftsabbruch I“.

⁸² « ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich », BVerfGE 115, 118, déc. du 15 février 2006, „Luftsicherheitsgesetz“.

⁸³ BVerfG 77, 170, déc. du 29 octobre 1987, « Lagerung chemischer Waffen ».

⁸⁴ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 52-54.

⁸⁵ Par exemple, pour la liberté de la science, « Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG enthält danach neben einem Abwehrrecht « eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm », BVerfGE 35, 79 (112), déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁸⁶ BVerfGE 6, 32 (40f), déc. du 16 janvier 1957, „Elfes“.

⁸⁷ K. Schedler, „Gewährleistungsstaat, eine Konzeption für den Staat im New Public Management“, dans *Berliner Debatte Initial*, 11. Jg. , Nr. 3, 2000, p. 5-18.

⁸⁸ BVerfGE 49, 89, déc. du 8 août 1978, « Kalkar I ».

publics. La Cour a défini une « klassischen Grundrechtseingriff »⁸⁹ en posant plusieurs conditions⁹⁰. L'ingérence doit reposer tout d'abord sur un acte juridique à l'origine de l'action en cause, que cette action soit directe et guidée par une volonté publique et impérative. Le concept d'ingérence a été élargi, désormais, cela comprend aussi les atteintes effectives, indirectes, non ciblées et non impératives.

Afin qu'une ingérence de la puissance publique puisse être justifiée par la Constitution et ne pas représenter une atteinte aux droits fondamentaux des individus, certaines conditions formelles et matérielles sont à remplir. Les exigences formelles regroupent toutes les questions relatives aux droits fondamentaux devant faire l'objet d'une loi pour être limités : la *Wesentlichkeitstheorie*, la *Zitiergebot*, l'interdiction de prendre une *Einzeilfallgesetz*, la compétence législative, le respect de la procédure législative et l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la norme. Les exigences matérielles concernent la protection de l'essence du droit fondamental, le principe de proportionnalité et la *Wesensgehaltsgarantie*. Parmi les limites expresses aux droits fondamentaux, il existe la réserve de loi ou *Gesetzesvorbehalt* qui peut se définir comme simple ou qualifiée. Lorsque la réserve de loi est qualifiée, l'habilitation à prendre une mesure limitative dépend alors d'exigences supplémentaires. Pour les droits fondamentaux qui ne connaissent pas de limitation expresse⁹¹, la solution est motivée par la théorie de l'unité de la Constitution⁹². Quant à la résolution de la *Kollision* entre plusieurs droits fondamentaux, elle ne peut pas se déduire directement de la Constitution, comme certaines formulations de la Cour le sous-entendent, c'est au législateur d'interpréter les normes sous le contrôle du juge et en respectant le principe de proportionnalité⁹³.

La réserve de loi ou « Gesetzesvorbehalt » est une technique prévue par la Constitution afin de limiter les droits fondamentaux et de permettre alors l'intervention des pouvoirs publics. Selon cette technique, la réglementation qui prévoit une restriction doit être contenue dans une loi et ne peut pas prendre la forme d'un règlement, d'un acte de l'administration ou d'une décision de justice. La réserve de loi (*Gesetzesvorbehalt*) ne doit pas être confondue avec la « Vorbehalt des Gesetzes » ou « Wesentlichkeitsgrundsatz » bien que ces deux théories contribuent, d'une certaine manière, au maintien de l'essence des droits fondamentaux et des principes démocratiques dans l'exercice des libertés. D'un côté, la réserve de loi « Gesetzesvorbehalt » correspond à un régime de limitation des droits fondamentaux. D'un autre côté, la « Vorbehalt des Gesetzes » implique que des actes juridiques faisant autorité peuvent être pris uniquement sur la base d'une autorisation légale.

⁸⁹ Ou en français, une « ingérence classique à un droit fondamental ».

⁹⁰ „Rechtsförmiger Vorgang verstanden, der 2. Unmittelbar und 3. Gezielt (final) durch ein vom Staat verfürgtes, erforderlichenfalls 4. Zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt“, BVerfGE 105, 279, déc. du 26 juin 2002, „Osho“.

⁹¹ BVerfG 30, 173, (191f.), déc. du 24 février 1971, « Mephisto ».

⁹² „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestaltete Rechtswert“, BVerfG 28, 243, (261), déc. du 26 mai 1970, « Dienstpflchtverweigerung ».

⁹³ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, op. cit., p. 26.

La réserve de loi comme technique de limitation des droits fondamentaux, s'applique notamment à la liberté d'expression ou à la liberté d'agir de la personne. La première difficulté relative aux normes fondamentales qui peuvent être limitées par une réserve dite simple tient en ce que ces normes bénéficient d'une protection moindre si elles peuvent être restreintes par les pouvoirs constitués. En effet, la « Wesensgehaltsgarantie »⁹⁴ dans la doctrine allemande pourrait être mise à mal lorsqu'une loi générale restrictive toucherait à l'essence d'un droit fondamental. Par conséquent, la « limite des limites » se traduit par le fait que la substance des droits fondamentaux ne doit pas être atteinte par la limitation. Une seconde difficulté tient dans l'affirmation selon laquelle les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont liés par le respect des droits fondamentaux⁹⁵. Dans la mesure où le législateur peut limiter un droit fondamental, il n'est plus forcément lié à celui-ci. Il s'agira alors d'avoir recours au principe de proportionnalité et de peser « le pour et le contre » concernant les différents intérêts en présence⁹⁶.

L'article 19 de la Constitution allemande régit la technique constitutionnelle « classique » de la réserve de loi⁹⁷. Le premier alinéa dans sa première phrase détermine la « Allgemeingebot » et la seconde phrase, la « Zitiergebot ». Le législateur est donc tenu de prendre une loi générale s'il souhaite restreindre un droit et d'y citer expressément le droit fondamental concerné par la limitation. En d'autres termes, les deux premiers alinéas de l'article 19 posent l'exigence de la généralité de la loi et celle de la référence explicite au droit fondamental dans la loi de restriction. L'étendue de la « Zitiergebot » est définie restrictivement selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁹⁸. S'agissant de l'exigence de la généralité de la loi⁹⁹, la Cour s'intéresse à l'objectif de la mesure ; l'article 19, alinéa premier, phrase première de la Loi fondamentale est l'équivalent d'un principe d'égalité spécial ou en allemand « spezieller Gleichheitssatz ». L'exigence de la généralité de la loi suppose

⁹⁴ Art. 19, Abs. 2 GG. La « Wesensgehaltsgarantie » contient toutefois une faible signification pratique, selon la doctrine, elle aurait surtout une valeur déclaratoire. Cette notion est davantage associée à une fonction de compréhension et d'interprétation des droits fondamentaux. Elle s'adresse avant tout aux pouvoirs publics. Elle concerne en premier lieu le principe du respect de la dignité de l'homme, elle peut aussi se combiner à l'article 79, alinéa 3 de la Constitution allemande et protéger ce que l'on appelle la garantie d'éternité ou « Ewigkeitsklausel ».

⁹⁵ Art. 1, Abs. 3 GG, „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“, (Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable).

⁹⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 112-113.

⁹⁷ Art. 19 GG, 1. „Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muss das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muss das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen“. 2. „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“, (1. Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. 2. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné).

⁹⁸ L'exigence de citation du droit fondamental ne peut s'appliquer qu'aux droits fondamentaux avec réserve de loi, BVerfG 64, 72, (79f.), déc. du 4 mai 1983, « Prüflingenieur ». En outre, la « Zitiergebot » peut porter uniquement sur les lois au sens formel.

⁹⁹ BVerfGE 99, 367, (400), déc. du 2 mars 1999, « Montan-Mitbestimmung ».

également le respect du principe de la séparation des pouvoirs et de la faculté d'empêcher la mise en œuvre d'actes de l'administration sous la forme d'une loi¹⁰⁰.

La pensée à l'origine de la réserve de loi ne reproduisait pas une volonté de limiter un droit fondamental mais au contraire, restreignait la possibilité de limitation de celui-ci en ne l'autorisant que sous la forme d'une loi générale. L'interdiction de limiter les droits fondamentaux avec une loi particulière, qui ne s'adresserait qu'à un groupe d'individus, repose sur la méfiance du droit nazi qui pouvait utiliser la loi comme un instrument de discrimination. L'exigence de la généralité de la loi n'est pas en soi un droit fondamental¹⁰¹. Certains auteurs définissent cette exigence comme le pilier du principe de séparation des pouvoirs ou la pierre angulaire de l'Etat de droit¹⁰². D'autres auteurs, plus pessimistes, voient dans cette protection incomplète des droits, un « garant négligeant » de la liberté¹⁰³.

A côté de l'exigence de généralité de la loi, l'obligation d'énoncer le droit fondamental dans la loi (ou « Zitiergebot ») diffère de la « Wesensgehaltsgarantie » qui empêche de toucher à l'« essentialité » des droits fondamentaux dans un sens matériel ; il s'agit ici d'une garantie relative à la forme. Elle poursuit deux objectifs ; pour les uns, elle possède une fonction préventive pour le législateur qui doit être conscient de sa responsabilité dans la limitation des droits fondamentaux. Les auteurs parlent encore de cette exigence comme une limite mentale ou psychologique. Il s'agit d'une précaution procédurale pour éviter les atteintes non justifiées aux droits fondamentaux et aboutir à un processus transparent.

Selon la conception de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'article 19 ne s'applique pas à tous les droits fondamentaux mais uniquement à ceux qui sont soumis à une réserve de loi spécifique par rapport à l'ensemble des droits protégés constitutionnellement. La Cour parle de droits fondamentaux qui « en raison d'une réserve spécifique contenue dans la Loi fondamentale, peuvent être limités par une loi ou en raison d'une loi »¹⁰⁴. Certains droits fondamentaux ne rentrent donc pas dans le champ d'application de la disposition de l'article 19 : les droits fondamentaux contenant des réserves générales (Art. 2, Abs. 1 GG, Art. 12, Abs. 1, S. 2 GG¹⁰⁵) et

¹⁰⁰ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht, op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹ BVerfG 117, 302, déc. du 27 février 2007, „Art. 19 Einigungsvertrag“.

¹⁰² « Pfeiler des Gewaltenteilungsprinzips », « Eckstein des Rechtsstaats », Hild. Krüger, DVBl. 1955, 758, 760 ; 791, 795, cité dans P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1766.

¹⁰³ G. Kirchhof, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, S. 196, cité dans P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1766.

¹⁰⁴ BVerfGE 24, 367, déc. du 18 décembre 1968, „Hamburgisches Deichordnungsgesetz“.

¹⁰⁵ Art. 2, Abs. 1 GG, „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“, (Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale) ; Art. 12, Abs. 1, S. 2 GG, « Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden », (Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi).

les droits fondamentaux garantis sans limite ou « schrankenlos » (Art. 4, Abs. 1, 2 GG relatif à la liberté de religion et d'exercice du culte, Art. 5, Abs. 3, S. 1 GG relatif à la liberté de la science, Art. 9, Abs. 3 GG, relatif à la liberté d'association)¹⁰⁶.

Ensuite, l'exigence de précision et de clarté de la loi fait référence à la liberté de faire un recours, au principe de confiance et au principe d'interdiction de la rétroactivité du droit¹⁰⁷. Cette exigence découle du principe de l'Etat de droit en raison de la nature même des droits fondamentaux. Quatre conditions en résultent afin de justifier une limitation d'un droit fondamental : la nécessité d'un but légitime, l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. Une mesure est adéquate et respecte le critère de la « Geeignetheit » si elle peut être favorable au succès escompté¹⁰⁸. La limitation des droits fondamentaux sera adaptée lorsque le bien constitutionnel en cause (ou « Rechtsgut ») sera effectivement protégé¹⁰⁹. Un moyen sera qualifié de nécessaire ou « erforderlich » lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen moins lourd, en fonction de l'objectif poursuivi¹¹⁰. On cherche si une mesure plus douce aurait pu être utilisée par rapport aux effets sur les tiers et par rapport aux conséquences sur la communauté dans son ensemble. Un moyen est proportionné ou « angemessen » lorsqu'au regard du but il devient acceptable pour les intéressés¹¹¹. Il faut dégager les conséquences positives et négatives du moyen en cause¹¹². Les positions juridiques de chacune des parties sont identifiées et le poids de chacune de ces positions est déterminé en fonction de l'intensité de l'atteinte (fréquence, durée et ampleur). Plus un droit fondamental se voit limité, plus l'objectif à atteindre doit être important et la justification, pertinente¹¹³.

De façon générale, le principe de proportionnalité ne s'applique pas de la même façon selon les domaines protégés constitutionnellement et selon les types de droits fondamentaux qu'il tend à concilier. Les droits fondamentaux soumis à une réserve simple pourront être limités lorsqu'un but protégeant l'intérêt général le justifie. Au contraire, lorsqu'il est question d'un droit fondamental sans réserve de loi, la volonté de protéger l'intérêt général ou en allemand « Gemeinwohlinteresse » ne suffit pas à

¹⁰⁶ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p.1773-1774.

¹⁰⁷ BVerfG 19, 342, (348f.), déc. du 15 décembre 1965, « Wencker ».

¹⁰⁸ « dem gewünschten Erfolg förderlich sein können », BVerfGE 100, 313, (373), déc. du 14 juillet 1999, « Telekommunikationsüberwachung I ». La « Geeignetheit » dépend d'un examen de la réalité effective et pose les justes prévisions de la mesure. Sur l'étendue de la capacité de la Cour dans le contrôle des prévisions par rapport à ceux du législateur, BVerfGE 50, 290, (332f.), déc. du 1^{er} mars 1979, « Mitbestimmung ». „Ein Mittel ist [...] dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet [zur Zweckerreichung], wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt“, BVerfGE 115, 276, déc. du 28 mars 2006, „Sporwetten“.

¹⁰⁹ C. Starck, „Artikel 1“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 147.

¹¹⁰ „Das Mittel ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“, BVerfG 30, 292, déc. du 16 mars 1971, „Erdölbevorratung“.

¹¹¹ BVerfGE 100, 313, (375f.), déc. du 14 juillet 1999, „Telekommunikationsüberwachung I“.

¹¹² C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht, op. cit.*, p. 35.

¹¹³ M. Wienbracke, « Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz », *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2/2013, p. 149-153.

justifier la limitation de ce droit. Le but légitime qui justifie une limitation d'un droit fondamental sans réserve pourra exister uniquement dans la volonté de protéger d'autres droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale.

Enfin, un dernier outil dans la dogmatique de limitation des droits par la puissance publique reste à être précisé ; le concept général de *Schranken-Schranken* désigne l'ensemble des limitations qui valent pour le législateur lorsqu'il réduit l'utilisation des droits fondamentaux. Les *Schranken-Schranken* sont contenues dans les droits fondamentaux. De la même façon, une réserve de loi ou une réserve parlementaire peuvent être qualifiées de *Schranken-Schranken* selon la dogmatique des droits fondamentaux. Selon la Cour, la frontière la plus significative est le principe de proportionnalité¹¹⁴ en ce que l'Etat poursuit un objectif en tant que tel, avec des moyens particuliers, que la mise en œuvre des moyens soit en accord avec l'obtention de l'objectif et que la mise en œuvre des moyens soit nécessaire avec l'obtention de l'objectif¹¹⁵.

A coté de l'étude de la limitation des droits fondamentaux, la *classification* des droits fondamentaux permet également de dissocier l'*essence subjective* d'un droit fondamental de son obligation juridique positive, correspondante et potentielle. En premier lieu, si l'on distingue les champs d'application matériel et personnel (« *Schutzbereich* ») de l'objet à protéger en tant que tel (« *Schutzgegenstand* »), la détermination des bénéficiaires et des destinataires d'une norme fondamentale peut également renseigner sur la définition du contenu d'un droit fondamental en raison de sa « nature ». Parmi les droits fondamentaux bénéficiant aux personnes physiques, la doctrine allemande use de deux catégories de droits en fonction de leurs bénéficiaires : les *Menschen Grundrechte* invocables par toute personne « naturelle » et les *Deutschengrundrechte*, réservés aux citoyens allemands.

Depuis la première moitié du XIXème, domine la conviction selon laquelle les citoyens s'associent, par un acte de « libre législation », à une communauté politique et fixent l'organisation concrète d'une société dans une constitution. Les étrangers hors de l'Union européenne sont tout de même protégés par l'article 2, alinéa premier de la Constitution allemande¹¹⁶. Pour les citoyens de l'Union, les libertés fondamentales du droit de l'Union et l'interdiction de discrimination subsidiaire de l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union interdisent les différences de traitement entre les personnes juridiques de l'Union et les personnes juridiques nationales. Les citoyens de l'Union peuvent donc recourir aux droits fondamentaux des allemands en raison de la primauté du droit de l'Union européenne consacrée à

¹¹⁴ Le principe de proportionnalité est appliqué à la lumière de la « *Übermaßverbot* » qui vient interdire l'excès dans l'action gouvernementale ou législative. La jurisprudence constitutionnelle et la doctrine ont aussi développé la « *Untermaßverbot* », le pendant de la « *Übermaßverbot* », BVerfGE 88, 203, déc. du 28 mai 1993, « *Schwangerschaftsabbruch II* ».

¹¹⁵ Th. Kingreen, R. Porscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, Schwerpunkte Pflichtfach, 33. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2017, p. 77-87.

¹¹⁶ BVerfGE 78, 179, déc. du 10 mai 1988, « *Heilpraktikergesetz* ».

l'article 23, alinéa premier, phrase 2 de la Loi fondamentale¹¹⁷. La figure de la relation d'autorité particulière vient de la fin du XIXème et sert en particulier une stricte relation entre l'Etat et le citoyen afin de réaliser des missions particulières publiques¹¹⁸.

A ce stade de l'étude, nous pouvons également exclure de fait certaines personnes morales de la protection des droits fondamentaux. En effet, ni l'Etat fédéral, ni les Etats fédérés ne peuvent invoquer la protection des droits fondamentaux ou se prévaloir de la dimension juridique objective des droits fondamentaux. Tous les services indirects de l'administration publique qui exercent des missions publiques sont aussi exclus de leur champ d'application en principe¹¹⁹. En règle générale, une personne physique ou morale ne peut pas être à la fois assimilée à un bénéficiaire et à un destinataire. Le respect des droits fondamentaux s'impose à tous les destinataires des droits fondamentaux ou « Adressaten ». Les destinataires regroupent l'ensemble des pouvoirs publics : les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire¹²⁰. Les pouvoirs publics désignent encore les autorités publiques des Länder, les corporations de droit public de l'Etat fédéral et des Etats fédérés, les établissements publics et les fondations.

Ces autorités seront liées au respect des droits fondamentaux dans la mesure où elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique. L'article 20 de la Loi fondamentale¹²¹ leur impose le respect de la Constitution au sens large tandis que son article 1^{er} renvoie précisément au respect des droits fondamentaux. Toutefois, la Constitution allemande ne définit pas les missions que les pouvoirs publics décident effectivement d'exercer. En outre, les missions dites publiques (ou « Öffentliche Aufgabe ») peuvent aussi être remplies par des services organisés selon un régime de droit privé ou par le moyen de délégations de compétences. Par conséquent, de la même façon, ces services particuliers seront liés au respect des droits fondamentaux¹²² et ne pourront pas, en principe, bénéficier directement de la protection des droits fondamentaux.

Le pouvoir législatif comprend tous les organes qui participent à la procédure législative : le pouvoir législatif parlementaire de l'Etat fédéral et le pouvoir législatif parlementaire des Länder. En d'autres termes, cela concerne tous les actes des organes concourant à la formation de la loi au sens formel, y compris les décisions

¹¹⁷ BVerfG 129, 78, (94f.), déc. du 19 juillet 2011, „Anwendungserweiterung“.

¹¹⁸ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, op. cit., p. 3-5.

¹¹⁹ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19*, op. cit., p. 1829.

¹²⁰ Art. 1, Abs. 3 GG, « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ».

¹²¹ Art. 20, Abs. 3 GG, « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

¹²² C. Starck, „Artikel 1“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19*, op. cit., p. 124-125.

relatives à l'approbation des engagements internationaux de l'Etat fédéral¹²³ par le Bundestag, le Bundesrat et les parlements des Länder, les lois prises dans le cadre de l'état de nécessité législative¹²⁴ et les lois votées dans le cadre de l'état de défense par la Commission commune¹²⁵. Les lois de transposition de normes internationales entrent aussi dans cette définition ; dans ce cas, selon les propos de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le législateur doit respecter un standard minimum de droits fondamentaux¹²⁶. Enfin, les actes des corporations publiques et de leurs subdivisions qui n'ont pas la valeur d'une loi sont aussi soumis au respect des droits fondamentaux. Cela vaut surtout pour les actes des comités d'enquête parlementaire selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹²⁷.

Ensuite, l'autorité exécutive désigne l'ensemble des organes exerçant les activités publiques (gouvernement et administration) ainsi que les autorités publiques particulières, qui bénéficient d'une certaine marge d'autonomie. Toutes les activités de la puissance publique servant l'accomplissement de missions publiques, nonobstant le type d'acte (acte administratif, contrat), les moyens utilisés et le droit régissant l'activité (public, privé), seront soumises au respect des droits fondamentaux¹²⁸.

En dehors de ces cas particuliers, les droits fondamentaux peuvent sous certaines conditions précisées à l'article 19, alinéa 3 de la Constitution allemande profiter à des personnes morales. Cependant, l'article 19, alinéa 3 ne vaut que pour les personnes morales nationales allemandes¹²⁹. La notion de personne morale au sens de l'article 19 n'est pas entendue dans un sens étroit mais plusieurs difficultés se posent alors : la principale tenant au fait que les droits fondamentaux défendent en priorité les individus. La doctrine et la jurisprudence allemandes ont mis en place un

¹²³ Art. 59, Abs. 2, S. 1 GG, « Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale ».

¹²⁴ Lorsque le chancelier fédéral propose une motion de confiance et qu'elle n'est pas approuvée par la majorité des membres du Bundestag et que le chancelier ne demande pas la dissolution du Bundestag, l'article 81 de la Constitution allemande trouve à s'appliquer. Art. 81, Abs. 1 GG, « Si, dans le cas prévu à l'article 68, le Bundestag n'est pas dissous, le Président fédéral peut à la demande du Gouvernement fédéral et avec l'approbation du Bundesrat, déclarer l'état de nécessité législative à propos d'un projet de loi que rejette le Bundestag bien que le Gouvernement fédéral l'ait déclaré urgent. Il en est de même lorsqu'un projet de loi a été rejeté bien que le Chancelier fédéral y ait lié la demande prévue à l'article 68 ».

¹²⁵ Art. 115e, Abs. 1 GG, « Si, pendant l'état de défense, la Commission commune constate à la majorité des deux tiers des voix exprimées, correspondant à la majorité des membres la composant, que des obstacles insurmontables s'opposent à la réunion en temps utile du Bundestag ou que celui-ci ne peut délibérer faute de quorum, la Commission commune se substitue au Bundestag et au Bundesrat, et exerce l'ensemble de leurs prérogatives ».

¹²⁶ BVerfGE 89, 155, déc. du 12 octobre 1993, „Maastricht“.

¹²⁷ BVerfGE 67, 100, déc. du 17 juillet 1984, „Flick-Untersuchungsausschuss“.

¹²⁸ C. Starck, „Artikel 1“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 126.

¹²⁹ „Nach Art. 19 Abs. 3 GG stehen die den natürlichen Personen eingeräumten Grundrechte auch juristischen Personen zu, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Diese Erweiterung der Grundrechte erstreckt sich jedoch kraft ausdrücklicher Verfassungsvorschrift nur auf inländische juristische Personen“, BVerfGE 21, 207, déc. du 1^{er} mars 1967, „Flächentransistor“.

raisonnement complexe afin de contourner ce paradoxe. Les personnes morales qui entrent dans le champ d'application de l'article 19, alinéa 3 ne peuvent pas invoquer tous les droits fondamentaux et notamment ceux qui touchent à l'existence physique de l'homme comme la protection de la dignité humaine¹³⁰.

Concernant les personnes « juridiques », à la différence des personnes « naturelles », la doctrine parle d'une « Teilrechtsfähigkeit » ou d'une capacité juridique partielle à bénéficier de droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle fédérale allemande justifie l'inclusion d'une personne morale dans le champ d'application des droits fondamentaux seulement dans le cas où leur constitution et leur activité procèdent du libre épanouissement des personnes « naturelles »¹³¹. Cet impératif correspond au „personal Substrat“. De plus, selon la Cour, ce qui serait décisif n'est pas le substrat mais la « *grundrechtstypische Gefährdungslage* », c'est-à-dire, si la situation de la personne morale est comparable à celle d'une personne physique qui jouit d'une protection des droits fondamentaux contre l'Etat. Un droit fondamental peut donc s'exercer de façon corporative¹³².

Deux conditions générales sont nécessaires dans la jurisprudence afin qu'une personne morale au sens large puisse invoquer la protection de droits fondamentaux. Tout d'abord, ses actions doivent tendre à la protection des intérêts individuels de ses membres. Ensuite, la personne morale susceptible d'être titulaire de droits fondamentaux doit justifier d'une certaine indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics puisque ces-derniers sont les destinataires des droits fondamentaux.

La formulation de l'article 19, alinéa 3 de la Loi fondamentale selon laquelle les personnes morales peuvent bénéficier de droits fondamentaux « lorsque leur nature le permet » ou en allemand, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“, peut couvrir plusieurs interprétations. On peut entendre que toutes les personnes morales ne peuvent pas bénéficier des droits fondamentaux. La capacité s'attache au titulaire lui-même. Cela aurait pour conséquence d'exclure certaines personnes morales du bénéfice des droits fondamentaux. La seconde interprétation donne à penser que l'ensemble des personnes morales peut en être titulaire toutefois, ces bénéficiaires ne pourront recourir qu'à certains droits fondamentaux en particulier. Les deux interprétations sont possibles et ne s'excluent pas forcément l'une par rapport à l'autre¹³³.

¹³⁰ „Das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, ist gemäß Art. 19 Abs. 3 GG nicht auf juristische Personen anwendbar“, BVerfG 95, 220, déc. du 26 février 1997, „Aufzeichnungspflicht“.

¹³¹ „rechtfertigt eine Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der Durchgriff“, BVerfGE 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“.

¹³² BVerfG 122, 342, déc. du 17 février 2009, „Bayerisches Versammlungsgesetz“.

¹³³ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1818.

La notion de « nature » ou en allemand « Wesen » renvoie directement à la nature des droits fondamentaux. En d'autres termes, elle fait appel au cœur de la protection des droits fondamentaux, soit, à la dignité de l'individu et à sa liberté. Dans la mesure où la « nature » des personnes morales diffère de celle des droits fondamentaux, leur capacité sera conditionnée en premier lieu par la dimension subjective des droits individuels. En effet, la capacité d'une personne morale s'exerce au service de la protection des droits fondamentaux individuels selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹³⁴ et la majorité de la doctrine. Le terme de « nature » s'entend alors dans un sens fonctionnel. La jurisprudence constitutionnelle parle de la « Durchgriffsthese » ou de la théorie de l'inclusion. Les personnes morales sont intégrées dans la protection des droits fondamentaux à la condition qu'elles aient pour objectif de promouvoir les intérêts individuels.

La capacité de bénéficier de droits fondamentaux pour une personne morale est conditionnée ensuite, par la maîtrise pour la personne morale, de l'exercice de certaines compétences en vue de la réalisation de ses propres objectifs¹³⁵. La doctrine allemande assimile cette deuxième fonction à une « valeur ajoutée, spécifique à un domaine (constitutionnel) protégé » ou en allemand « Schutzgutspezifischer Mehrwert »¹³⁶. La compétence fonctionnelle dont la personne morale doit disposer afin de bénéficier de cette « valeur ajoutée » a été justifiée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision « Facharzt »¹³⁷ pour une personne morale liée aux pouvoirs publics. Cela résulte à la fois du principe de l'Etat de droit et du principe démocratique ; selon la Cour, la Constitution exige que la puissance publique dépende d'une répartition claire des pouvoirs dans toutes ses manifestations de sorte que les libertés individuelles soient respectées et les abus de pouvoir, évités.

Par conséquent, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés de capitaux, les fondations de droit privé et les partis politiques peuvent bénéficier de la protection des droits fondamentaux dans la mesure où ils jouissent d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'Etat. Dans quelle mesure les partis politiques peuvent-ils

¹³⁴ „wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck freier Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der 'Durchgriff' auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt“, BVerfG 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“ ; BVerfG 23, 153, déc. du 6 mars 1968, „Schatzanweisungen“ ; BVerfG 41, 126, déc. du 13 janvier 1976, „Reparationsschäden“ ; BVerfG 53, 1, déc. du 4 décembre 1979, „Schulbücher“ ; BVerfG 75, 192, déc. du 14 avril 1987, „Sparkassen“.

¹³⁵ Le fait, pour une personne morale, de mettre en œuvre ces compétences, indique l'étendue de son indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Cela peut concerner notamment les syndicats selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfG 30, 227, déc. du 24 février 1971, « Vereinsname ».

¹³⁶ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1822.

¹³⁷ BVerfG 33, 125, déc. du 9 mai 1972, „Facharzt“, lorsque les pouvoirs publics ont accordé une certaine autonomie à une personne morale, le législateur doit s'abstenir d'exercer une influence totale sur le contenu des décisions adoptées par les organismes corporatifs, „bleibt auch im Rahmen einer an sich zulässigen Autonomiegewährung der Grundsatz bestehen, dass der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben darf“.

recourir à la protection de droits fondamentaux ? La Cour constitutionnelle fédérale allemande répond partiellement à cette question dans une décision de 1992. La Cour était interrogée sur la question de l'étendue de la participation des partis politiques et de leur influence dans les établissements de radio et de télévision.

Dans cette décision, la Cour rappelle que l'article 5, alinéa 1^{er} exige une diversité dans les opinions diffusées, la plus large et la plus complète possible. La Cour précise encore certaines particularités relatives aux partis politiques. En premier lieu, les partis sont distincts de l'Etat¹³⁸ ; les partis politiques agissent dans le domaine de l'Etat, ils n'appartiennent pas à l'Etat proprement dit¹³⁹. Les partis politiques sont des organes d'action politique qui, selon les principes démocratiques ne peuvent pas subir d'influence de l'Etat¹⁴⁰. Les partis peuvent être titulaires des droits fondamentaux qui, selon l'article 19, alinéa 3, sont compatibles avec leur nature et cela indépendamment de leur capacité juridique¹⁴¹. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les partis politiques peuvent invoquer le respect de la liberté d'expression¹⁴² et le respect de la liberté de diffusion audiovisuelle.

L'indépendance dont doit faire preuve la personne morale, illustrée par l'exemple des partis politiques, a pour conséquence qu'une personne morale exerçant un recours à l'appui de droits fondamentaux dans le but de défendre les intérêts de la puissance publique sera exclue du champ d'application de la protection constitutionnelle. En ce sens et en principe, les personnes morales de droit public, notamment les corporations de droit public (ou « Körperschaft »), les établissements publics (ou « Anstalt ») et les fondations de droit public (ou « Stiftung ») ne peuvent pas bénéficier de droits fondamentaux¹⁴³. En d'autres termes, la capacité de bénéficier de droits fondamentaux pour une personne morale de droit public ne peut pas être reconnue

¹³⁸ „Die vom Grundgesetz vorausgesetzte Staatsfreiheit der Parteien erfordert nicht nur die Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit vom Staat sondern auch, dass die Parteien sich ihren Charakter als frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen bewahren“, BVerfGE 85, 264, déc. du 9 avril 1992, „Parteifinanzierung II“ ; BVerfGE 107, 339, déc. du 18 mars 2003, „NPD-Verbotsverfahren“.

¹³⁹ „Insbesondere die Beziehungen zwischen den Verfassungsorganen und den politischen Parteien stehen unter dem Verfassungsgebot der grundsätzlich staatsfreien und offenen Meinungs- und Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen“, BVerfGE 20, 56, déc. du 19 juin 1966, „Parteifinanzierung I“.

¹⁴⁰ BVerfG 11, 266, déc. du 12 juillet 1960, „Wählerversammlung“.

¹⁴¹ „Parteien sind Träger aller Grundrechte, die gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit“, BVerfGE 121, 30, déc. du 12 mars 2008, „Parteilbeteiligung an Rundfunkunternehmen“.

¹⁴² BVerfG 90, 241, déc. du 13 avril 1994, „Ausschweitzlüge“.

¹⁴³ „die Grundrechtsfähigkeit auf juristische Personen des öffentlichen Rechts im Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu erstrecken. Wenn die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt betreffen, so ist es damit unvereinbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen; er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein“, BVerfG 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“ ; BVerfG 45, 63, déc. du 7 juin 1977, „Stadtwerke Hameln“ ; BVerfG 96, 231, déc. du 9 juillet 1997, „Müllkonzept“ ; BVerfG 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, „Sasbach“ ; BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“ ; BVerfG 70, 1, déc. du 14 mai 1985, „Orthopädietechniker-Innungen“ ; BVerfG 75, 192, déc. du 14 avril 1987, „Sparkassen“ ; BVerfGE 85, 360, déc. du 10 mars 1992, „Akademie-Auflösung“ ; BVerfG, déc. du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11.

si la personne en cause exerce des prérogatives de puissance publique. En principe, une personne morale de droit public ne peut pas être à la fois bénéficiaire et destinataire de droits fondamentaux¹⁴⁴.

La possibilité de bénéficier de droits fondamentaux s'est notamment posée pour le cas des communes qui disposent pourtant d'une autonomie décisionnelle par rapport à l'Etat¹⁴⁵. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a répondu par la négative dans une affaire de 1982¹⁴⁶, allant à l'encontre d'une partie de la doctrine. L'objet du recours constitutionnel portait essentiellement sur la question de savoir si le requérant, une municipalité, pouvait se prévaloir de la violation de droits constitutionnellement garantis, en l'espèce, du droit de propriété dans le domaine de la réglementation des centrales nucléaires. Dans les faits, le 10 octobre 1973, la centrale nucléaire « Süd GmbH » demande au ministère de l'économie et du transport du Land de Bade-Wurtemberg une autorisation d'homologation. Les autorités en charge du projet ont alors permis aux opposants de soulever des objections à l'encontre de ce projet dans un temps limité. La commune requérante, située à proximité du site prévu de la centrale nucléaire, s'est vu rejeter ses objections. A l'appui de son recours, la commune requérante invoque son droit à une certaine autonomie vis-à-vis du gouvernement du Land et la violation de son droit de propriété protégé par l'article 14 de la Loi fondamentale.

Dans sa décision, la Cour constitutionnelle fédérale allemande conclut à l'irrecevabilité du recours dans la mesure où le requérant n'est pas détenteur du droit fondamental de la garantie de propriété¹⁴⁷. Selon la Cour, les droits fondamentaux doivent être entendus dans le sens de la protection des personnes physiques privées contre les atteintes des pouvoirs publics, le seul fait que des intérêts individuels coexistent au sein d'une personne morale ne justifie pas que cette-dernière puisse bénéficier de droits fondamentaux.

La Cour considère qu'une municipalité ne remplit pas les conditions et qu'elle ne se trouvait pas dans une « situation particulièrement exposée aux risques pour les droits fondamentaux » ou « grundrechtstypischen Gefährdungslage », comme pouvaient l'être des propriétaires terriens individuels. La Cour constitutionnelle fédérale allemande poursuit en se demandant si une commune peut se prévaloir de la violation du droit fondamental de garantie de la propriété lorsqu'elle ne se trouve pas dans le domaine d'exercice de ses prérogatives de puissance publique. Elle répond là encore par la négative puisque la commune ne se trouvera pas non plus dans une

¹⁴⁴ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1828.

¹⁴⁵ Art. 28, Abs. 2, S. 1 GG, « Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois ».

¹⁴⁶ BVerfG 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, „Sasbach“.

¹⁴⁷ „Soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geltend macht, ist ihre Rüge unzulässig; denn die Beschwerdeführerin ist nicht Rechtsinhaberin des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG“, BVerfG 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, „Sasbach“.

situation particulièrement risquée pour les droits fondamentaux¹⁴⁸. Le régime applicable aux municipalités leur donne la possibilité de posséder des biens mais leur droit de propriété ne sera pas protégé par les droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu également se prononcer sur la capacité d'organismes publics de sécurité sociale de bénéficier de la protection de droits fondamentaux. En 1967, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a refusé de reconnaître la capacité d'un organisme de sécurité sociale, personne morale de droit public¹⁴⁹. Il s'agit de corporations de droit public jouissant d'une certaine autonomie et financée principalement par les contributions des assurés et des employeurs. Ici, elle exclut l'organisme en tant que bénéficiaire des droits fondamentaux en considérant que l'application des droits fondamentaux ne peut en aucun cas être justifiée par le seul fait que la personne morale défende des intérêts individuels.

Dans cette affaire, l'organisme des travailleurs en cause qui possède la capacité juridique. Il a été fondé par les gouvernements des Länder et reste soumis à la surveillance des autorités compétentes. Cette organisation dispose d'une certaine autonomie reconnue par la loi. Elle possède une assemblée représentative, élue par les assurés et les employeurs et une direction collégiale, choisie par l'assemblée représentative sur proposition du conseil d'administration, nécessitant toutefois la confirmation des pouvoirs publics. En outre, bien que cet organisme bénéficie d'une certaine autonomie, il met en œuvre des compétences publiques dans l'accomplissement de ses tâches, y compris le droit de mettre en œuvre des sanctions administratives. La Cour définit donc les organismes d'assurance comme des personnes morales de droit public possédant la capacité juridique et appartenant au domaine de « l'administration indirecte » de l'Etat au sens large.

Dans une décision de 1984¹⁵⁰, la Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et complète sa jurisprudence. Elle rapporte d'abord certains éléments de contexte des années 90 ; les dépenses publiques de l'assurance maladie avaient considérablement augmenté au cours des dernières années, c'est pourquoi, le législateur fédéral a adopté une loi relative à la maîtrise des coûts d'assurance maladie en 1977 afin de doter les organismes d'organes autonomes, servant d'instruments efficaces de régulation dans ce domaine. Les déficits de l'assurance maladie ne pouvant plus être jugulés, le législateur fédéral a pris des mesures supplémentaires en 1982, visant à renforcer et à améliorer ces instruments organisationnels, en particulier dans la fourniture des aides médicales. Grâce à la réorganisation des services et à l'amélioration de la concurrence dans ce domaine, les coûts auront alors pu être réduits.

¹⁴⁸ „Die Frage, ob einer Gemeinde außerhalb des Bereichs der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zusteht, ist zu verneinen; die Gemeinde befindet sich auch bei Wahrnehmung nicht-hoheitlicher Tätigkeit in keiner "grundrechtstypischen Gefährdungslage", BVerfG 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, „Sasbach“.

¹⁴⁹ BVerfG 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“.

¹⁵⁰ BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“.

Les organismes requérants dans cette affaire, qui sont aussi compétents dans le domaine de l'assurance, allèguent une violation de leurs droits fondamentaux vis-à-vis des dispositions de cette loi fédérale. Sur la recevabilité du recours, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que ces organismes, en tant que personnes morales ne peuvent pas invoquer de violation de droits fondamentaux « en raison de leur nature »¹⁵¹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne donne pas de formulation plus précise quant à cette condition en conservant une certaine marge d'appréciation dans le domaine.

En outre, si la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne s'attache pas au régime juridique des organismes requérants, elle lie explicitement le terme de « nature » aux missions exercées. En d'autres termes, plus la personne morale de droit public met en œuvre des actes d'autorité publique, moins elle pourra prétendre au bénéfice de droits fondamentaux. En l'espèce, les organismes requérants sont des corporations de métiers, des associations d'artisans indépendants exerçant la même profession ou exerçant une profession semblable. Ces corporations de droit public jouissent d'une certaine autonomie mais restent soumises à une tutelle, ou en allemand « Aufsicht », de la chambre des métiers. Elles doivent remplir un certain nombre de missions, principalement dans le domaine du système de formation des artisans.

Ces corporations de droit public exercent donc, comme l'Etat, des missions publiques et font partie de l'administration publique au sens large. Les dispositions législatives contestées sont adoptées dans le domaine de l'administration publique dans lequel ces organismes exercent leurs missions. En outre, ces missions ne sont pas tournées directement vers la protection de droits fondamentaux en particulier. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en conclut que les corporations requérantes ne remplissent pas les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public peuvent bénéficier partiellement de droits fondamentaux. Les dispositions contestées ne font que prolonger la compétence souveraine de la puissance publique. Le recours constitutionnel, en tant que moyen juridique de défense du citoyen de ses droits fondamentaux, ne peut pas être utilisé pour protéger le système de répartition des compétences entre les autorités publiques¹⁵².

¹⁵¹ „Auf die beschwerdeführenden Innungen und Innungsverbände als juristische Personen sind die Grundrechte in dem hier maßgeblichen Zusammenhang "nach ihrem Wesen" nicht anwendbar die Beschwerdeführer zu I, II, 1 und III, 1 bis 3 können mithin durch die angegriffenen gesetzlichen Vorschriften nicht in ihren Grundrechten verletzt sein“, BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“.

¹⁵² „Die beschwerdeführenden Innungen erfüllen auch nicht die Voraussetzungen, unter denen juristischen Personen des öffentlichen Rechts partiell Grundrechtsfähigkeit zukommt. Denn ihre hier in Frage stehende Tätigkeit ist nicht einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich ähnlich wie dem der Wissenschaft oder des Rundfunks [...] Hoheitliche Funktionen können aber nicht Gegenstand des Grundrechtsschutzes sein ; die Verfassungsbeschwerde als Rechtsbehelf des Bürgers zur Verteidigung seiner Grundrechte kann nicht dazu benutzt werden, die Zuständigkeitsordnung im Verhältnis der Hoheitsträger untereinander zu schützen“, BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“.

Introduction

Ce raisonnement s'étend aux personnes morales de droit privé, contrôlées par les pouvoirs publics¹⁵³.

En définitive, afin de déterminer si une personne morale de droit public ou une personne morale exerçant des prérogatives de puissance publique peut bénéficier de la protection de droits fondamentaux, trois critères peuvent être utilisés si la personne invoque des droits fondamentaux en dehors du cadre de ses prérogatives de puissance publique ; il faut que la personne morale serve la protection des libertés individuelles, que sa création et son fonctionnement soient le résultat du libre développement des individus et qu'elle soit dans une situation particulière de risque pour les droits fondamentaux. La présence d'intérêts individuels et le fait, pour une personne morale, de profiter d'une certaine autonomie ne suffisent pas pour admettre leur capacité : les tribunaux peuvent également s'intéresser aux missions effectivement exercées par la personne morale. La détermination des bénéficiaires et des destinataires n'apparaît pas comme le seul moyen de la dogmatique des droits fondamentaux ayant pour dessein la classification des droits et la définition de leur contenu.

Dans un but de classification des droits, on peut s'intéresser, en second lieu, aux fonctions des droits fondamentaux. L'étude des fonctions ne renseigne pas sur l'art et la manière de protéger les droits fondamentaux mais vient définir les garanties des droits fondamentaux. La systématisation ne sert pas à exclure les fonctions les unes par rapport aux autres mais à les rendre complémentaires. En cela, Jellinek distinguait le statut négatif (*Freiheit vom Staat*), le statut positif (*Freiheit nicht ohne den Staat*), le statut actif (*Freiheit im und für den Staat*) et le statut passif. La typologie actuelle repose davantage sur la reconnaissance internationale des droits de l'homme. Il apparaît encore une forme de rayonnement des droits fondamentaux dans le sens d'une réinterprétation de l'ensemble du droit à la lumière des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux n'entraînent pas uniquement des effets entre le citoyen et l'Etat mais encore sur la relation du citoyen avec les tiers.

Dans un but de systématisation, les droits fondamentaux ayant une portée de droit subjective se retrouvent dans les *Abwehrrechte*, les *Leistungsrechte* et les *Mitwirkungsrechte*¹⁵⁴ et les droits fondamentaux possédant une portée objective caractérisent les *Ausstrahlungswirkungen*¹⁵⁵, les *Schutzpflichten*, les mesures visant à protéger l'organisation et la procédure et les *Einrichtungsgarantien*¹⁵⁶ ou garanties institutionnelles sur lesquelles nous allons dès lors nous pencher. L'ensemble de ces

¹⁵³ „Die zu einer Entschädigung verpflichtete öffentliche Hand kann nicht mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG habe nicht vorgelegen“, BVerfG 45, 63, déc. du 7 juin 1977, „Stadtwerke Hameln“, BVerfG, déc. du 3 novembre 2015, 1 BvR 1766/15.

¹⁵⁴ Les « Mitwirkungsrechte » se définissent ici comme des droits de participation dans l'Etat.

¹⁵⁵ Les « Ausstrahlungswirkungen » peuvent se traduire en français comme des effets de rayonnement des droits fondamentaux sur les tiers.

¹⁵⁶ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, op. cit., p 16-17.

fonctions révèle la pertinence de cette étude prônant l'imbrication parfois défailante de ces dimensions, dans la jurisprudence et *a fortiori*, dans la pratique.

Carl Schmitt propose une autre forme de classification des droits fondamentaux en accordant davantage de poids à ces garanties institutionnelles. Dans son mode de classification, il distingue le droit-liberté, en lien direct avec l'individu, qui correspondrait à la dimension défensive au sens strict du droit subjectif¹⁵⁷. Le droit-liberté ne nécessite pas d'intermédiaire pour être effectif. Cette liberté ne peut pas bénéficier à une institution selon Schmitt à cause de son caractère individualiste. Elle va au contraire servir de rempart pour protéger l'individu de l'institution. Ces droits-libertés sont en principe illimités et c'est l'intervention de l'Etat ou de toute autre autorité qui doit rester contrôlable et mesurable¹⁵⁸.

La deuxième catégorie regroupe les droits politiques, associés au citoyen de l'Etat, les droits du « status activus ». Ce sont des droits fondamentaux qui découlent de la partie organisationnelle d'une Constitution. Selon Schmitt, ils sont largement en lien avec les obligations du citoyen¹⁵⁹. Parallèlement aux droits politiques, les droits de l'individu à une prestation sociale ou culturelle forment une autre catégorie. En revanche, l'inexistence d'un droit à une prestation ou de créance ne démontre pas directement la possibilité d'un recours de l'intéressé contre l'Etat. Il s'agit cependant de traduire la dimension objective des droits fondamentaux puisque cela traduit une action positive de l'Etat dans la garantie des droits¹⁶⁰.

¹⁵⁷ C. Schmitt, « Grundrechte und Grundpflichten » (1932), dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 181-230.

¹⁵⁸ On peut citer quelques exemples comme l'inviolabilité de la personne ou du domicile, le secret de la correspondance, la liberté d'expression ou de réunion, dans la Constitution de Weimar du 11 août 1919, Art. 114 (inviolabilité de la personne) "(1) Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig." ; Art. 115 (inviolabilité du domicile) „Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn eine Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig.“ ; Art. 117 (secret de la correspondance) „Das Briefgeheimnis sowie das Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis sind unverletzlich. Ausnahmen können nur durch Reichsgesetz zugelassen werden.“ ; Art. 118 (liberté d'expression) „(1) Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“ ; Art. 123 (liberté de réunion) „(1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln.“.

¹⁵⁹ On y trouve le droit de vote, le droit au temps libre par rapport au temps de travail, les dispositions relatives aux charges publiques, dans la Constitution de Weimar du 11 août 1919, Art. 22(droit de vote) „(1) Die Abgeordneten werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl von den über zwanzig Jahre alten Männern und Frauen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Der Wahltag muss ein Sonntag oder öffentlicher Ruhetag sein.“ ; Art. 160 (droit aux congés) „Wer in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis als Angestellter oder Arbeiter steht, hat das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter nötige freie Zeit. Wieweit ihm der Anspruch auf Vergütung erhalten bleibt, bestimmt das Gesetz.“ ; Art. 134 (charges publiques) „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“.

¹⁶⁰ On peut citer la promotion et le soin portés à l'art et à la science, la protection des monuments d'art, la garantie de la propriété intellectuelle ou l'aide de l'Etat accordée aux familles, dans la

Introduction

Les droits et les prétentions des corporations publiques vis-à-vis de l'Etat forment une autre catégorie selon Schmitt, par exemple les droits des communautés religieuses, et se distinguent des garanties institutionnelles qui représentent les garanties de droit constitutionnel d'une institution de droit public. Il s'agit d'abord du droit à la libre administration des communes et des groupements de communes¹⁶¹. Ce droit ne peut pas être modifié par une simple loi. Cette disposition ne contient pas seulement le droit de s'administrer librement sans immixtion de l'Etat, elle contient un véritable principe de construction étatique ; il existe un droit « municipal » fondamental. Schmitt voit une autre garantie institutionnelle dans l'institution du fonctionariat allemand ou « Institution des deutschen Berufsbeamtentums » protégée aux articles 128 à 130 de la Constitution de Weimar.

La garantie institutionnelle relative au fonctionariat des articles 128 et suivants de la Constitution de Weimar a été traduite à l'article 33, alinéa 4 et 5 de la Loi fondamentale. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a jusque là tenu comme absolument nécessaire le fait de considérer la pensée de l'époque de Weimar comme la base de la tradition¹⁶². L'article 33, alinéa 5 de la Loi fondamentale constitue un droit invocable directement¹⁶³. L'article 33, alinéa 5 est une norme structurelle à l'intérieur du droit constitutionnel de l'organisation ou « Verfassungsorganisationsrechts », de sorte que cet article lie le législateur dans sa mission de perfectionner le droit de la fonction publique dans le temps¹⁶⁴.

Ensuite, une garantie institutionnelle assure la promotion des arts et de la science et surtout la liberté d'enseignement des universités allemandes à l'époque de Weimar, reposant sur l'article 142 de sa Constitution. Certaines créances ou prétentions peuvent découler de cette garantie mais selon Schmitt, uniquement dans un sens institutionnel et non individuel ou privé. En outre, Schmitt estime que la libre administration ne représente pas une « Institution » en tant que telle, au même titre

Constitution de Weimar du 11 août 1919, Art. 142 (promotion de la science et des arts) „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei. Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil.“ ; Art. 150 (protection des monuments) „Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft genießen den Schutz und die Pflege des Staates.“ ; Art. 158 (propriété intellectuelle) „(1) Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs.“ ; Art. 119 (aides d'Etat aux familles) „(2) Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden.“.

¹⁶¹ Constitution de Weimar du 11 août 1919, Art. 127 „Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze.“.

¹⁶² „Die Einrichtungsgarantie, die in Art. 33 Abs. 5 GG liegt, behindert den Wandel bei der Ausgestaltung des Berufsbeamtentums nicht. Die Garantie der hergebrachten Grundsätze soll es gerade nicht ausschließen, gesellschaftliche Entwicklungen aufzunehmen und durch Änderungen des Beamtenrechts zu berücksichtigen. Der Siegeszug der Teilzeitarbeit ist das vielleicht eklatanteste Beispiel dafür“, BVerfG 58, 68, déc. du 23 janvier 1981, 2 BvR/1067/80.

¹⁶³ La fonction publique fédérale ou « Bundesbeamtentum » est garantie en tant que « Einrichtung », « gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll“, BVerfGE 3, 58, déc. du 17 décembre 1953, „Beamtenverhältnisse“ ; BVerfG 8, 1, déc. du 11 juin 1958, „Teuerungszulage“.

¹⁶⁴ J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 578.

que la libre administration communale. En règle générale, la libre administration ou « Selbstverwaltung » se définit comme un principe¹⁶⁵. Carl Schmitt relève enfin une dernière catégorie, celle de la garantie d'une institution de droit privé (« Institutsgarantie »)¹⁶⁶.

La notion et le contenu d'une garantie institutionnelle ne sont pas évidents à tracer. Si Carl Schmitt évoque la garantie institutionnelle de l'université ou à tout le moins dans le domaine de l'« enseignement », il parle encore d'un véritable droit fondamental de l'Université allemande. Néanmoins, la frontière entre un droit subjectif et une garantie institutionnelle reste imprécise et le droit allemand ne tranche jamais tout à fait en faveur d'une définition précise.

D'un côté, Schmitt considère que la garantie de l'institution doit primer les droits subjectifs afin de satisfaire la conciliation des intérêts individuels emprunts à la divergence. La liberté elle-même serait dépendante de l'organisation. La liberté n'est plus pensée par l'individu mais par une création sociétale, c'est un produit déterminé et sa réalisation est liée à une réalité sociétale. La dimension institutionnelle des droits fondamentaux grossit le caractère conditionnel social de l'épanouissement de la liberté. L'élément central qui était l'individu tend à disparaître en devenant alors lui-même un élément dérivé du champ sociétal¹⁶⁷.

La doctrine allemande, quant à elle, reconnaît plus facilement un caractère secondaire¹⁶⁸ à une garantie institutionnelle et plus largement, au contenu objectif des droits fondamentaux. Le contenu objectif viendrait donc « servir » la concrétisation et la réalisation de la dimension individuelle des droits fondamentaux. De la même façon, la Cour constitutionnelle fédérale allemande déclare que la fonction objective, dans sa définition originelle, permet de compléter la dimension défensive¹⁶⁹. Parallèlement, Carl Schmitt a décrit la construction « organique » des droits fondamentaux qui intègre l'individu dans un groupe social. Les garanties institutionnelles, définies comme « les garanties constitutionnelles d'une institution de droit public en tant que telle », jouent un rôle dans ce processus.

Pour Schmitt, « les droits fondamentaux de l'Etat libéral-bourgeois sont des droits de liberté : propriété privée comme libre domination à volonté, liberté d'habitation, liberté

¹⁶⁵ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 152.

¹⁶⁶ On entend ici institution pour désigner le mariage ou la propriété qui ne sont en rien des établissements publics. La propriété bénéficie aussi d'une protection de l'Etat et de la Constitution, autre que le droit-liberté de l'inviolabilité qui s'attache directement à l'individu, dans la Constitution de Weimar du 11 août 1919, Art. 153 „(1) Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.“

¹⁶⁷ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, *op. cit.*, p. 140-173.

¹⁶⁸ Ou dans la doctrine allemande, « dienende Charakter ».

¹⁶⁹ „Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte hat « ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung » und « lässt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbstständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt »“, BVerfGE 50, 290 (337), déc. du 1^{er} mars 1979; „Mitbestimmung“.

d'expression, liberté d'association et de réunion. La liberté n'est pas une institution juridique (« Rechtsinstitut »), ni une organisation (« Einrichtung ») ou un établissement (« Anstalt ») ; elle peut encore moins être une institution organisée et formée du droit public. [...] Ce qu'est la liberté, seul peut le décider en dernière instance, celui qui doit être libre. Sinon, comme l'indiquent toutes les expériences, c'est vite la fin de la liberté. Cette liberté, et principalement la liberté de l'individu isolé, est malheureusement menacée continuellement et donc nécessite la protection et la garantie. Il en résulte une édification de normes juridiques et d'institutions étatiques destinées à la protection de la liberté qui peut également être qualifiée de garantie de liberté ou « Freiheitsgarantie ». Les droits fondamentaux de liberté, c'est-à-dire la sphère où n'intervient pas l'Etat, sont environnés d'institutions juridiques, de normes typiques et mêmes d'institutions étatiques dont la garantie signifie quelque chose d'autre que la garantie de la liberté elle-même »¹⁷⁰.

Ni le législateur, ni même le constituant ne pourraient supprimer une garantie institutionnelle. En revanche, le législateur pourrait les modifier dans la mesure où elles sont la conséquence normative d'une expérience historique. En ce sens, la doctrine de Schmitt distingue la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux ou en allemand « Verfassungsgarantie » de la garantie légi-constitutionnelle ou « verfassungsgesetzliche Garantie », correspondant aux garanties institutionnelles¹⁷¹. Selon Schmitt, « par la réglementation légi-constitutionnelle, on peut accorder une protection spéciale à certaines institutions. Cette réglementation a alors pour but de rendre impossible leur abrogation par une loi ordinaire. Un manque de précision dans le vocabulaire entraîne une confusion avec les droits fondamentaux, alors que la structure de ces garanties est logiquement et juridiquement tout à fait différente de celle d'un droit de liberté. Même lorsque des droits subjectifs d'individus ou de corporations sont liés à une garantie institutionnelle, ce qui n'est pas nécessairement le cas, il ne s'agit pas de droits fondamentaux. La garantie institutionnelle est limitée par essence. Elle n'existe qu'à l'intérieur de l'Etat et ne repose pas sur l'idée d'une sphère de liberté illimitée en principe, mais porte sur une institution reconnue juridiquement qui, en tant que telle, est toujours une entité circonscrite et délimitée, servant à des tâches et à des buts définis, même si ses fonctions peuvent ne pas être définies dans le détail et s'il subsiste une certaine « universalité du domaine d'action ».

Les droits fondamentaux protègent la sphère de liberté individuelle privée. La délimitation du champ d'application d'une garantie institutionnelle est plus complexe. L'expression de « décrite et circonscrite, au service de missions et objectifs particuliers » de Carl Schmitt renvoie davantage au pendant négatif de la définition des droits fondamentaux plutôt qu'à son propre contenu. Plus précisément, puisque les droits fondamentaux s'adressent aux individus, les garanties institutionnelles

¹⁷⁰ O. Beaud, « Légalité et légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d'une « contre-constitution » allemande », dans *Crise et pensée de la crise en droit, Weimar, sa république et ses juristes*, textes réunis par J-F. Kervégan, Lyon, ENS, 2002.

¹⁷¹ U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, Jus Publicum 99, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 29.

bénéficieraient à chaque communauté organisée et naturelle contre les atteintes de l'Etat¹⁷².

Par conséquent, puisque le contenu objectif des droits fondamentaux n'aurait pas d'existence autonome par rapport aux libertés individuelles, ce serait davantage les exigences constitutionnelles relatives à l'organisation et à la procédure qui viendraient garantir l'exercice effectif des droits fondamentaux dans un groupe. Concrètement, le législateur va mettre en œuvre des dispositions formelles en faveur de l'accomplissement des libertés. L'organisation et la procédure sont devenues un élément central de la dogmatique des droits fondamentaux¹⁷³. Les principes structurels dans le droit de l'organisation et la procédure servant de cadre à la garantie institutionnelle se développent dans les années soixante-dix. C'est à cette période que la distinction entre le droit formel (droit de l'organisation et de la procédure) et le droit matériel (droits et obligations entre l'Etat et le citoyen et entre les citoyens eux-mêmes) se précise.

Dans une plus large perspective, si la mission du droit formel est la concrétisation du droit matériel, quelle serait alors la signification du droit formel pour le droit matériel¹⁷⁴? Dans son ouvrage, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, Schmitt affirme que l'essence de la Constitution se trouve dans les garanties institutionnelles¹⁷⁵. Peut-on par conséquent avancer que l'essence du droit matériel se trouve dans le droit formel au sens d'une garantie institutionnelle ? S'il faut maintenir le sujet individuel au cœur de la protection constitutionnelle, comment pourrait-on enrichir la liberté de la science au moyen de la garantie institutionnelle de l'université ? Quels sont encore les liens entre les exigences organisationnelles et procédurales et la garantie institutionnelle de l'établissement ?

Cette étude tend à démontrer que sans considération de priorité ou de hiérarchie, la garantie institutionnelle dans sa dimension objective devrait compléter et parfaire la protection de la liberté de la science et l'épanouissement de l'individu. Elle s'inscrit donc dans ce processus de définition du droit subjectif de la liberté de la science et de sa garantie institutionnelle. D'un autre côté, une revalorisation de la garantie institutionnelle de l'université entraîne-t-elle des conséquences sur l'exercice des libertés individuelles ? Sans toutefois, les opposer, les mettre en concurrence ou faire primer l'une sur l'autre, il serait plus avantageux de les faire coexister pour donner plus de poids à chacune de ces deux dimensions et atteindre les objectifs communs de l'autonomie de l'institution, de l'individu et de la science.

Une véritable définition positive de la nature juridique des garanties institutionnelles fait toujours défaut. Le critère de « fonction au service d'une autre fonction » ne suffit pas pour dessiner les contours précis d'une garantie institutionnelle et notamment

¹⁷² *Ibid.*, p. 25.

¹⁷³ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 340-347.

¹⁷⁴ C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, op. cit., p. 50.

¹⁷⁵ Voir par exemple, S. Baume, *Carl Schmitt, penseur de l'Etat, Genèse d'une doctrine*, Paris, Presses de Sciences po, 2012.

quant au champ d'application personnel d'un bénéficiaire par rapport à l'autre¹⁷⁶. Dans la dogmatique des droits fondamentaux allemande, un droit fondamental peut se comprendre dans sa dimension subjective afin de défendre l'individu contre les ingérences de l'Etat. L'étude du droit subjectif constitutif appartient à la théorie spéciale des droits fondamentaux ; la dimension subjective de la liberté de la science garantit un droit constitutionnel de défense (Première partie). Cette dimension première existe dans un domaine plus général correspondant à la dimension objective des droits fondamentaux. L'Etat fédéral allemand, dans son rôle de « Gewährleistungsstaat », garantit et promeut les droits fondamentaux dans un cadre positif de valeurs (Seconde partie). Si la fonction défensive des droits fondamentaux est plus évidente à appréhender quant au rôle de l'Etat, comment « se saisir » de la fonction objective des droits ?

Les changements sociaux peuvent également éroder l'objectif et le sens de la protection des droits fondamentaux¹⁷⁷. La dimension des droits fondamentaux objective, flexible et modulable peut aussi servir les arguments économiques ou « scientifico-sociétaux ». L'interprétation élastique de la protection des droits fondamentaux ne remet pas uniquement en question l'autonomie du droit mais aussi, s'illustre comme un obstacle à la fonction de stabilisation des droits fondamentaux des libertés¹⁷⁸. Notre étude posera encore la question de l'ouverture réelle des concepts normatifs à l'ensemble des changements quant à la délégation du pouvoir décisionnel et à la séparation fonctionnelle des pouvoirs mais aussi introduira les problématiques relatives à l'adéquation, à l'effectivité et à la rationalité du système de l'enseignement supérieur et de son organisation. La liberté de la science peut se trouver « tiraillée » entre un système de protection objectif et le droit fondamental individuel de la recherche et de l'enseignement¹⁷⁹.

¹⁷⁶ U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, op. cit., p. 89.

¹⁷⁷ Par exemple, la liberté d'enseignement peut être façonnée comme une garantie objective dans un système de formation, en accordant la priorité à la mission de formation d'un établissement d'enseignement supérieur.

¹⁷⁸ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 327.

¹⁷⁹ BVerfGE 50, 290, déc. du 1^{er} mars 1979, „Mitbestimmung“.

Première partie

DIMENSION SUBJECTIVE DE LA LIBERTE DE LA SCIENCE : UN DROIT CONSTITUTIONNEL DE DEFENSE

La figure du droit subjectif possède un caractère conditionnel¹⁸⁰. Elle est applicable pour une période définie, c'est une composante de l'histoire du droit, de l'évolution des relations juridiques mais aussi de l'histoire des modes de pensée juridique. La conceptualisation du droit subjectif passe par la définition et la limitation du domaine. La doctrine allemande appelle cette science de la conceptualisation, « *allgemeine Rechtslehre* »¹⁸¹. La théorie générale des droits fondamentaux contribue à la doctrine de la pensée normative traduisant à la fois la *liberté* et la *libération* de l'individu. Hanna Arendt décrit la notion de liberté dans la pensée révolutionnaire. L'apparition de droits individuels réside dans la liberté face à la contrainte injustifiée. Selon Blackstone, cette liberté peut se définir comme « la capacité d'aller et venir [...] sans incarcération ni entrave, si ce n'est en application de la loi ». Dans la déclaration américaine des droits, une liberté essentielle s'inscrit dans « le droit du peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour le redressement de ses griefs ». Arendt décrit la liberté comme le résultat d'une libération. Si par exemple, la libération signifie le droit de se rassembler sans entrave

¹⁸⁰ „Der Begriff des subjektiven Rechts, wie er hier verstanden wird, ist dem Recht im objektiven Sinn untergeordnet, ein technisches Hilfsmittel zur Darstellung der rechtlichen Verhältnisse, das als formallogisches Gebilde weltanschaulich neutral ist und einer wertfreien wissenschaftlichen Betrachtung offensteht“, E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, *op. cit.*, p. 26-28.

¹⁸¹ „Begriffe sind Ausgangspunkte und Bausteine jeder Wissenschaft; sie sind das Bindeglied zwischen der Wissenschaft und ihrem Gegenstand“, *Ibid.*, p. 36-38.

ni ingérence de la puissance publique, la liberté ou le droit réel s'illustrera dans la possibilité de participation aux affaires de l'Etat au sens large.

De la même façon, la libération du domaine de la science prescrit un libre espace de recherche et d'enseignement sans empreinte étatique ou extérieure et la liberté s'exercera effectivement dans la possibilité d'avoir une influence réelle dans la politique de l'université. « Nul ne serait en mesure d'atteindre le lieu où règne la liberté s'il ne pouvait circuler sans entrave » précise Arendt¹⁸². Semblable à la distinction entre le droit et la prestation réelle, la frontière entre la libération et la liberté reste complexe mais cela ne doit pas pour autant signifier que les deux notions sont identiques ; leur distinction permet de protéger au mieux leurs spécificités.

La fonction traditionnelle et originelle des droits fondamentaux en général et de la liberté de la science en particulier s'inscrit dans la défense de l'individu contre les ingérences des pouvoirs publics. Si la protection des personnes et des biens découle directement de la dimension subjective de la liberté de la science (Titre 1^{er}), par le moyen des garanties de la liberté de la science, le droit peut également empêcher les ingérences à l'encontre du domaine de la science plus largement (Titre 2nd). A travers cette protection, la dimension subjective de la liberté de la science protégerait davantage les intérêts *individuels* des différents acteurs de la science plutôt que l'intérêt *privé* des bénéficiaires des droits fondamentaux. Le droit subjectif de la liberté de la science fait valoir l'autonomie de la science en assurant une protection adaptée à l'ensemble de ses *interprètes* individuels et collectifs.

L'autonomie de la science est indissociable du concept de science qui n'est pas sans relever certaines difficultés sémantiques. Il renvoie aux caractéristiques scientifiques de la rationalité, de la méthodologie, de la systématisation, de la possibilité de contrôler la science, de l'ouverture à la critique, des comportements et des décisions ayant pour objectif la découverte de nouveaux résultats¹⁸³. Le concept de science repose principalement sur deux paramètres, utilisés notamment par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son acception de la liberté de la science : le *principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement* et la *quête de la vérité*. Ces conditions imposent à la recherche et à l'enseignement une perpétuelle remise en question et la diversité des hypothèses de recherche. Le juriste Schleiermacher évoquait que si l'on cherche à « isoler toute entreprise scientifique subsistante en l'arrachant à ses rapports vivants, l'intention ou du moins l'effet inconscient d'une telle action serait indubitablement d'étouffer la liberté de l'éducation supérieure et tout esprit scientifique, avec pour conséquence infaillible la

¹⁸² H. Arendt, *De la révolution*, folio essais, Gallimard, p. 45.

¹⁸³ M. Antoni, „Artikel 5“, Hömig/ Wolff (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 122.

domination de l'esprit professionnel et une pitoyable étroitesse dans l'ensemble des études »¹⁸⁴.

La véritable mise à mal de la « Einheitsuniversität » et de son principe de l'unité de l'enseignement et de la recherche tient pour beaucoup d'auteurs à l'augmentation du nombre d'étudiants et du nombre d'années d'études, et ce dès la fin de la 2nd Guerre mondiale. En 1964, le président du Conseil scientifique, Friedrich Schneider émettait des doutes sur la transposabilité du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement et faisait état d'objectifs plus simples¹⁸⁵. D'un autre côté, le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement se réinventait en même temps que l'université « réformée » ; un institut de « Hochschuldidaktik¹⁸⁶ » fut créé à la « Technische Universität » de Berlin en 1969, en 1970 à l'Université de Hambourg, un centre interdisciplinaire pour la « Hochschuldidaktik » et la « Deutsche Forschungsgemeinschaft » en 1972 instaura un *Schwerpunktprogramm*¹⁸⁷ de « Hochschuldidaktik »¹⁸⁸. L'augmentation des étudiants à l'université justifie-t-elle l'abandon pur et simple du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement ?

Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement dans le domaine de l'enseignement supérieur repose sur la quête de la vérité. La vérité guide la science et le processus scientifique. La quête de la vérité commande la diversité et l'impartialité de la science. En ce sens notamment, l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur français pose que « le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise politique, économique ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir, il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique »¹⁸⁹.

¹⁸⁴ F. Schleiermacher, « Pensées de circonstances sur les Universités de conception allemande », (1808), traduction par A. Laks, dans Schelling, Fichte, Schleiermacher, Humboldt, Hegel, *Philosophies de l'Université, l'idéalisme allemand et la question de l'Université*, Paris, Payot, 1979, p. 267-290.

¹⁸⁵ Geschäftsstelle des Wissenschaftsrates : Protokoll der 1. Sitzung des Ausschusses für Fragen der Studienreform am 8.7.1964, BArch B 247, Nr. 116.

¹⁸⁶ Ou en français, de didactique de l'enseignement supérieur.

¹⁸⁷ Dans ce contexte, un *Schwerpunktprogramm* est un programme prioritaire mis en œuvre par la Communauté de recherche allemande en vue d'une coopération suprarégionale. Les programmes prioritaires sont en général des nouveaux projets originaux correspondant à des champs disciplinaires émergents.

¹⁸⁸ W. Rudloff, „Die Studienreform in der Hochphase der Hochschulexpansion: Zwischen Effektivierung und Projekt?“ dans R. Pöppinghege, D. Klenke, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, op. cit., p. 186-216.

¹⁸⁹ X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit..

Titre 1

PROTECTION DES BIENS ET DES PERSONNES

La liberté de la science peut se définir dans sa dimension personnelle, individuelle et « intérieure ». A travers le processus de formation de la pensée scientifique, la liberté de la science pose comme condition la recherche de la vérité pour le scientifique dans un espace hors d'atteinte des pouvoirs publics et sociétaux. Une fois le travail de recherche et d'appropriation de ces recherches accompli, le scientifique pourra transmettre et communiquer ses travaux et son enseignement au public. Cette deuxième phase symbolise la médiation et le lien entre d'un côté, l'ascèse silencieuse du chercheur et de l'autre, l'expression et la confrontation de ses travaux dans le cadre de sa mission, le chercheur participant au progrès de la science et de la connaissance.

La liberté de l'art, indissociable de la liberté de la science et contenue dans la même disposition de la Constitution allemande provient du même cheminement dogmatique. Elle est aussi guidée par une recherche de la vérité et suppose la création d'une œuvre et sa communication au public. En revanche, la liberté de l'art s'éloigne de la liberté de la science en ce qu'elle peut se fonder sur des concepts purement irrationnels. Art et science révèlent des notions parfois inaccessibles au droit positif, ce qui prouve en même temps, la richesse de l'esprit intellectuel fondé sur la raison, la portée de l'autonomie individuelle et le potentiel de créativité et de progrès d'une société.

Si la liberté de l'art protège indistinctement toutes les activités créatives, la question se pose pour la liberté de la science qui peut entendre distinctement la liberté de la

recherche de la liberté de l'enseignement. Dans la pratique, la mise en œuvre de la liberté de la science impose peu à peu une dissociation de ces deux types d'activité allant à l'encontre du principe de la « Junktum » de l'enseignement et de la recherche, symbole de l'Université allemande, selon lequel l'enseignement n'est que le résultat de la recherche, cette-dernière devant être enrichie par l'enseignement vivant d'une discipline. Que la liberté de la science entende une ou plusieurs libertés, ses garanties doivent permettre l'autonomie de l'individu dans le domaine scientifique. C'est à travers l'étude du régime de la liberté de la science dans la Loi fondamentale que l'exigence du principe d'unité pourra être justifié et mis en valeur. La liberté de la science est un droit dit « spécifique » dans la dogmatique des droits fondamentaux et il protège des activités particulières. Il s'agira, dans ce premier chapitre, d'en comprendre toute la mesure (Chapitre 1^{er}).

L'ensemble des libertés fondamentales s'inscrivent donc avant tout comme des libertés individuelles dont les pouvoirs publics sont les destinataires et les individus, les bénéficiaires. En outre, l'existence et l'étendue de la capacité de bénéficier de droits fondamentaux pour une personne morale dépendra de son autonomie et de sa possibilité de s'organiser selon ses propres moyens mais encore de la situation de risque d'atteintes aux droits constitutionnellement protégés dans laquelle elle se trouve ; ces considérations conduisent à l'étude du champ d'application personnel de la liberté de la science (Chapitre 2nd).

Chapitre 1

Le champ d'application matériel de la liberté de la science : les domaines protégés

Dans le processus de définition de la science, la Cour constitutionnelle fédérale allemande use expressément des mots de Wilhelm von Humboldt de la « quête de la vérité ». Cette formulation symbolise l'exigence d'impartialité de la science. La condition du processus de la quête est que la vérité dont il est question ne peut jamais être découverte totalement. Qu'en est-il, dans une société dans laquelle, la vérité semble être remplacée par la performance et que la recherche de la « vérité économique » se substitue à l'ambition de Wilhelm von Humboldt ? Existe-t-il des garanties juridiques suffisantes pour maintenir l'exigence de l'impartialité au cœur du domaine de la science ? Les dispositions constitutionnelles et législatives peuvent-elle défendre négativement la science afin qu'elle existe pour elle-même, avant de profiter à l'abonnissement des civilisations ?

Une des hypothèses de réflexion tient en ce qu'il n'existe pas de critère universel de la vérité mais qu'il y a des critères formels de la vérité, s'expliquant par la grande diversité des objets. La vérité est une notion normative, régulatrice, une notion d'orientation et de progrès¹⁹⁰. La vérité ne guide pas seulement le progrès de la science, elle conditionne également la diversité des opinions et l'accès aux informations dans une société démocratique. Parallèlement, aujourd'hui, les médias de masse mettent à mal la liberté de la presse en se livrant à la désinformation et à la manipulation des citoyens. De nouveaux instruments juridiques sont sans doute nécessaires pour garantir la véracité des sources et leur diversité. Certains auteurs dénoncent l'activité de sélection des acteurs contemporains dans le champ des

¹⁹⁰ R. Boudon, *La rationalité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 88.

médias. Il existerait des « filtres, liés à la structure économique des entreprises médiatiques, à leur financement par la publicité, à la dépendance des journalistes envers leurs sources, aux campagnes de critiques menées pour les intimider et à l'idéologie régnante, qui conduisent mécaniquement à l'élimination ou à la marginalisation des données et des points de vue susceptibles de saper le soutien aux intérêts politiques et économiques dominants »¹⁹¹. L'exigence de l'impartialité de la science rejoint le maintien de la diversité des opinions dans une société démocratique.

La liberté de la science contient plusieurs composantes. Envisager la liberté de la recherche et la liberté de l'enseignement comme un socle juridique unifié permettrait la réalisation de nouvelles perspectives vis-à-vis des garanties de la liberté de la science. Si le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement est absent de la doctrine française, il est une des caractéristiques principales de l'Université de Humboldt en Allemagne. A côté de la liberté de la recherche et de la liberté de l'enseignement, le principe d'unité s'inscrit comme un fondement de l'Université allemande traditionnelle qui a connu une large expansion dans les différents modèles universitaires en Europe et sur la scène internationale. Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement symbolisait historiquement le progrès dans la recherche et dans les connaissances par une formation générale et abstraite.

Aujourd'hui, l'Europe semble suivre, au premier abord, la voie de la réciprocité des activités de la recherche et de l'enseignement. En effet, la Magna Charta des universités européennes, résultat final de la proposition adressée à l'Université de Bologne de 1986, énonce dans ses principes fondamentaux que « l'activité didactique est indissociable de l'activité de recherche afin que l'enseignement soit à même de suivre l'évolution des besoins comme les exigences de la société et des connaissances scientifiques »¹⁹². En d'autres termes, l'enseignement serait inséparable de la recherche dans la mesure où il suit l'évolution de la société et reste en adéquation avec elle. La charte met un point d'honneur à intégrer les disciplines universitaires dans le contexte contemporain. Toutefois, le second principe fondamental de la charte peut laisser planer certains doutes quant à sa véritable portée.

La charte reflète-t-elle la pensée de l'indispensable association tirée de la liberté de la science ? La formule de la charte enrichit-elle les propos selon lesquels la recherche et l'enseignement sont indissociables en faisant référence aux besoins de la société ? Envisager les activités de la recherche et de l'enseignement avec les termes « afin que » fait-il apparaître au contraire une condition à l'unité des activités ? Si les objectifs énoncés par la Charte ne sont pas remplis, la « junktim » de la recherche et de l'enseignement doit-elle passer au second plan ? Toutes ces

¹⁹¹ C. Girard, „De la presse en démocratie, la révolution médiatique et le débat public“, dossier : Presse et démocratie, 2011, accessible sur le site la.vie.des.idees.fr.

¹⁹² Second principe fondamental de la « Magna charta universitatum » du 18 septembre 1988. La Magna Charta est signée à Bologne par 388 recteurs des principales universités à travers le monde.

questions illustrent à la fois la nécessité de redécouverte du principe de l'unité des activités scientifiques mais encore les difficultés d'adaptation de ce principe, au système de l'enseignement supérieur qui peine dans l'exercice de l'autocritique. Au centre de toutes ces problématiques trône le concept de science, décrivons d'abord ce qu'il révèle pour lui-même (Section 1) et ensuite, pour les libertés individuelles et pour l'épanouissement intellectuel de l'individu dans le domaine de la science (Section 2).

Section 1. Définition du bien protégé de la « science »

En Allemagne, la liberté de la science, comme la liberté académique sont associées au concept de science ou « Wissenschaft ». La science selon Wilhelm von Humboldt est une recherche de la vérité désintéressée qui n'a d'autres objectifs que la science elle-même. La science possède donc une valeur en soi. La recherche désintéressée vient accroître le savoir et les connaissances. Il n'y a qu'une recherche autonome et indépendante des intérêts de la société civile qui puisse parvenir à la conservation de ses objectifs intrinsèques.

En outre, la liberté de la science provenait de l'esprit des lumières ; les scientifiques procédaient d'un discours intellectuel. Aujourd'hui la science est devenue essentiellement « recherche » et n'entraîne plus forcément de débat public. Le fait qu'il n'y ait plus suffisamment de communication autour des enjeux de la science provoque en toute logique un défaut au niveau de la formation des citoyens et dans leur capacité de faire des choix politiques¹⁹³. Le mode de communication des connaissances est pourtant ce qui caractérise la rationalité propre de la science et permet notamment de distinguer la recherche fondamentale de la recherche appliquée.

Deux éléments peuvent caractériser la science humboldtienne ; en premier lieu, la rationalité propre de la science détermine sa raison d'être (§1). C'est en analysant les paramètres et les composants de la science d'un point de vue interne que l'on peut envisager sa complexité ; la science possède une valeur en soi. Ce faisant, cela aura des conséquences d'un point de vue externe, dans les rapports entre la science et la société. En second lieu, la valeur intrinsèque de la science exige que cette dernière soit exempte de tout objectif politique ou sociétal, elle n'a pour objectif que le progrès de la science elle-même (§2).

¹⁹³ T. Willholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 269-270.

§1 Les paramètres et les valeurs de la science : savoir, connaissance et vérité

La science contient un certain nombre de valeurs autour du savoir, de la connaissance et de la vérité. Le terme de « science » est emprunté au terme latin « scientia » qui signifie la connaissance au sens large et plus particulièrement, la connaissance scientifique. A l'origine, la science est indissociable de la philosophie, dans la mesure où ces deux disciplines cherchent à découvrir la vérité. La science fait intervenir le concept de la *simplicité* d'Alain Berthoz qui traduit « l'ensemble des propriétés qui font apparaître comme simple (éventuellement intelligible) ce qui est complexe. En cela, « la science est la recherche d'une cohérence causale et non pas la recherche d'une réponse aux questions qu'on lui pose »¹⁹⁴. Afin d'accéder à la vérité, le scientifique doit se décharger de ses propres opinions pour instaurer une nouvelle démarche, la plus objective possible. Chez les philosophes grecs comme Platon et Aristote, « la philosophie est la science, le savoir véritable et authentique ». L'allégorie de la Caverne de Platon décrit ce projet d'atteindre la vérité en se détachant de ces ombres qui ne sont pas la « véritable » réalité¹⁹⁵.

Historiquement, le concept de « connaissance scientifique » ne s'institutionnalise qu'à la fin du XIX^{ème} siècle bien que la recherche dans les sciences naturelles expérimentales s'exerce depuis la période de la Renaissance. A partir du XIX^{ème}, se forment des communautés scientifiques, bénéficiant à la fois d'une protection dans leur organisation et d'une autonomie importante vis-à-vis des pouvoirs extérieurs. Avec l'augmentation des innovations et le développement des méthodologies scientifiques, de nouvelles formes d'organisation apparaissent dans les instituts de recherche, souvent soumis à un régime de droit privé, parfois à l'initiative des scientifiques eux-mêmes. Ces transformations dans la connaissance scientifique sont décrites par la doctrine comme une phase de professionnalisation de la recherche et de la science¹⁹⁶.

En Allemagne, c'est à l'époque de Weimar que se développe l'argumentation selon laquelle la science possède ses spécificités et sa rationalité propre. Le principe de rationalité de la science exige notamment de porter une attention particulière au pluralisme scientifique. En d'autres termes, la rationalité propre de la science se définit dans le pluralisme scientifique et disciplinaire, détaché de toute forme de valeur. Les valeurs révèlent le paradoxe de la science. D'un côté, la quête scientifique elle-même ne peut pas être dénuée de sens, elle s'accompagne donc de valeurs, et d'un autre côté, la science doit maintenir une certaine distance avec toute

¹⁹⁴ R. Boudon, *La rationalité*, op. cit., p. 56.

¹⁹⁵ P. Fontaine, « Qu'est-ce que la science ? De la philosophie à la science : les origines de la rationalité moderne », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 92, n°1, 2008, p. 6-19.

¹⁹⁶ H.-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, p. 20-23.

forme de valeur afin de conserver son impartialité et sa rationalité qui la caractérisent.

Comprendre les spécificités de la science et les valeurs particulières auxquelles elle doit rester étroitement liée, permet de mettre en avant et de conserver une place à part entière à la rationalité propre de la science (A). La jurisprudence allemande utilise le critère de la quête de la vérité afin de déterminer s'il s'agit d'une recherche scientifique pouvant bénéficier de la protection de la liberté de la science. La notion de vérité se laisse difficilement appréhendée et notamment par le droit ; la doctrine s'en remet alors à l'hypothèse de l'existence de sa valeur intrinsèque (B).

Bien que la notion de vérité reste difficile à délimiter, la valeur intrinsèque de la vérité donne comme probable que la science, comme la vérité, se comprennent par et pour elles-mêmes. La quête de la vérité n'a d'intérêt que pour elle-même. En ce sens, elle se compose d'une série de convictions. La valeur intrinsèque de la vérité n'est pas identique pour l'ensemble de ces convictions. En revanche, la valeur intrinsèque des vraies convictions ne peut pas se mesurer par rapport à leur bénéfice. La valeur intrinsèque de la connaissance dépendrait davantage du degré de leur « universalité » et de leur généralité¹⁹⁷. L'enjeu est alors de comprendre selon quels critères varie la valeur intrinsèque de la vérité et ce qu'elle peut apporter en tant que telle, à la traduction en droit positif de la quête de la vérité.

A. La rationalité propre de la science

La science possède une pluralité de sens. Le Trésor de la langue française définit la science comme « la somme de connaissances qu'un individu possède ou peut acquérir par l'étude, la réflexion ou l'expérience ¹⁹⁸ ». La science, dans sa forme symbolique d'artefact culturel, dépasse le seul individu et se traduit comme la somme des résultats de la recherche qui se trouvent dans les revues scientifiques, dans les livres, dans les conférences mais aussi dans les brevets. Le concept de science peut également désigner une profession qui exige une formation spécifique et en général, des titres académiques et le jugement par les pairs. La notion de science peut encore être comprise comme une activité créative et créatrice qui est exercée par des personnes formées spécifiquement et conduite dans la perspective de nouveaux résultats scientifiques. Toutes ces conceptions doivent être combinées entre elles¹⁹⁹ afin de parvenir à une définition de la rationalité propre de la science.

La rationalité de la science n'empêche pas son intégration dans la société. Selon Johann Gottlieb Fichte, Wilhelm von Humboldt et Helmut Schelsky, la science pure

¹⁹⁷ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 141-142.

¹⁹⁸ *La rationalité scientifique aujourd'hui*, sous la dir. de C. Debru, J-P Kahane et E. Sanchez-Palencia, Paris, EDP Sciences, 2016, p. 7.

¹⁹⁹ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, Bielefeld, Transcript, Sciences studies, 2012, p. 45.

est utile de façon indirecte à la vie pratique des individus et aux missions sociétales des pouvoirs publics. Humboldt pense que la science profite à la vie pratique si elle paraît l'oublier dans une certaine mesure²⁰⁰. Il faut à la fois que l'université produise du savoir utile et en même temps, elle ne peut pas être réduite à cela, les fonctions de créativité de l'université doivent être favorisées. A l'aide du concept de la rationalité propre, la science conserverait son domaine particulier et ne pourrait pas être noyée dans un schéma purement sociétal.

La rationalité propre de la science provient de la représentation de la « raison raisonnée » ou « constituée », liée à une raison raisonnante (ou constituante). Cette raison raisonnante repose sur une quête de fondements, une philosophie des sciences au sens strict. Elle est en cela nécessaire à la raison raisonnée, dynamique et créatrice. Selon Einstein, « le progrès réel de la science exige une conscience des fondements de ce qui est et de ce qu'il y a ». Pour Einstein, la quête de la vérité et de l'intelligibilité de la réalité du monde, de la réalisation d'une vérité provisoire des phénomènes sous forme de théorie et ce, en raison même de cette quête inlassable, réclame l'implication étroite de la philosophie dans les sciences et inversement ; « La rationalité a assuré le passage de la science de la nature, d'une science du mouvement à une science de la matière espace/temps/énergie ». En d'autres termes, le concept de rationalité permet de relier science et philosophie et ce, plus largement que le concept de raison²⁰¹.

Dans son approche de la rationalité de la science, Einstein mène « une réflexion critique sur les fondements conceptuels de la science, la mise en cause de ses principes, la critique de sa logique aussi bien que la réflexion sur sa portée et ses rapports avec les autres sphères de la connaissance humaine éthiques, politiques et anthropologiques »²⁰². La théorie de la connaissance d'Einstein veut éviter le savoir fixe et figé. Le concept de la rationalité propre de la science démontre que la science naît d'un programme vague : « décrire le réel tel qu'il est ». C'est un programme dont la valeur est indémontrable « car les valeurs ultimes sont indémontrables ». Raymond Boudon s'interroge, « Qu'est-ce au juste que le réel de la science cherche à atteindre puisqu'on ne pourrait répondre à cette question qu'une fois le programme de la science achevé ? »²⁰³.

²⁰⁰ W. v. Humboldt, *Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1809, „Die Wissenschaft aber gießt oft dann ihren wohlthätigsten Segen auf das Leben aus, wenn sie dasselbe gewissermaßen zu vergessen scheint“, D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, *op. cit.*, p. 300.

²⁰¹ N. Naifar, *Rationalité de la science d'Albert Einstein*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 7-12.

²⁰² « Le fait de redonner un sens nouveau aux concepts de matière, d'espace, de temps et de masse remet en question les fondements conceptuels de la rationalité newtonienne et toute la physique classique dont elle est la base. Einstein instaure une rationalité non classique, révolutionnaire, sans nier la portée scientifique des théories de Newton et ses principes désormais applicables », *Ibid.*, p. 15-18.

²⁰³ R. Boudon, *La rationalité*, *op. cit.*, p. 90.

La rationalité propre de la science s'entend dans la mesure où la science s'exerce selon des paramètres qui lui sont propres. La doctrine utilise le terme de valeur. La science se rattache ainsi à plusieurs valeurs. Tout d'abord, la science s'exerce par le moyen des différentes disciplines. La médecine, le droit ou la philosophie s'analysent à partir de leur propre langage et de leurs propres codes. La science possède donc l'ensemble des valeurs contenues dans les disciplines scientifiques et académiques. L'exigence de l'acquisition de compétences et d'expérience dans une discipline commande l'organisation et la répartition des tâches au sein du domaine de la science, au niveau académique et au niveau des instituts de recherche. Le principe de qualification disciplinaire en droit allemand ou « Fachprinzip » aura des conséquences directes dans l'organisation des établissements d'enseignement supérieur et au niveau de la représentation des différents acteurs scientifiques d'un établissement²⁰⁴. La science possède encore une valeur méthodologique, elle est caractérisée par un processus de recherche logique et organisé. Enfin, afin de distinguer la science de la non-science, il faut que la science réponde à la condition dite de « falsifiabilité ».

En premier lieu, la discipline scientifique s'inscrit comme la structure de base de la science académique. Une discipline pose un standard de rationalité, de méthodes et de procédures. Les disciplines agencent le système interne, segmenté et fonctionnel de la science académique. Elles représentent la structure de libre organisation de la science²⁰⁵. La notion de discipline se réfère le plus souvent au cadre universitaire. En effet, « une discipline est une discipline reconnue par l'institution par excellence qu'est l'académie²⁰⁶ ». Chaque discipline possède son propre champ d'étude et une démarche méthodologique singulière. La discipline peut enfin se caractériser à travers la mise en œuvre de connaissances et d'un savoir particulier. C'est la méthodologie et la démarche qui caractérisent la discipline et non l'objet. En effet, un même objet peut être étudié par plusieurs disciplines²⁰⁷.

En revanche, la discipline ne doit pas se couper d'une réalité sociologique et historique. Par exemple, le droit enseigné à l'université est aussi un « fait social et comme tel, dérive de la nature des choses »²⁰⁸. Traditionnellement, dans les facultés de droit, une part de la doctrine estime que « le prestige du Code civil qui [...] serait dépositaire de la vérité juridique à travers la révélation du Droit est pour une bonne part dans cette nécessité intégriste et cette vocation déterministe du Droit en général

²⁰⁴ Voir IIème Partie, Titre 2, Chap. 1^{er}, Section 2 « Les droits de participation des membres de l'université ».

²⁰⁵ H-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 89.

²⁰⁶ P. Wafeu toko, « Les forces créatrices du droit universitaire », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 octobre 0901, n°5, RDP 2010-5-01, p. 1479.

²⁰⁷ A. Beitone, C. Dollo, E. Hemdane, J-R Lambert, *Les sciences économiques et sociales, Enseignement et apprentissage*, Bruxelles, De Boeck, 2013, chap. 2. 1 « Les disciplines scientifiques ».

²⁰⁸ R. Dreier, « Zum Begriff der « Natur der Sache » », cité dans P. Wafeu toko, « Les forces créatrices du droit universitaire », op. cit., p. 1479.

et du droit universitaire en particulier »²⁰⁹. Le terme de « vérité » n'a pas besoin du complément « juridique » ; la discipline en cause doit nécessairement être remise en question et ne peut pas s'inscrire dans un savoir « souverain » et immuable.

La discipline peut se comprendre selon trois dimensions fondamentales. La discipline représente d'abord une communauté de chercheurs ou de praticiens. Elle peut aussi se définir dans sa dimension pédagogique en ce qu'elle diffuse des connaissances et participe au processus de formation des étudiants. La discipline s'inscrit enfin comme une spécialité au sens épistémologique. Ces trois dimensions se complètent mais peuvent aussi s'opposer. Selon la doctrine, « la discipline est donc une réalité communautaire, identitaire »²¹⁰. Pierre Bourdieu désignait l'ensemble de chercheurs, leurs instances de validation des résultats et leurs activités dans le domaine de la science par l'expression de « champ scientifique »²¹¹. Chaque discipline isolément, comme l'ensemble des disciplines, possèdent par conséquent un système particulier de valeurs.

De même, historiquement, les facultés ont été créées en fonction de chaque discipline. D'un autre côté, afin de conserver l'unité de la science, l'université doit « maintenir » les facultés entre elles. A ce propos, Louis Liard, à l'origine de la loi du 10 juillet 1896 marquant la renaissance des universités françaises, a développé sa « théorie de l'Université », exposée dans le rapport sur le projet de loi déposé par Raymond Poincaré en 1895. Il écrit que le système « repose sur l'idée fondamentale de la science et de la solidarité des enseignements [...] l'idée des Universités ne fait qu'un avec l'idée même de la science. La Faculté isolée, c'est une école spéciale, particulière, qui ne voit et ne peut voir qu'un fragment de la science et des choses. L'Université, au contraire, c'est l'école universelle, ouverte à toutes les sciences, les enseignant, les cultivant toutes, les unissant toutes comme elles sont unies dans l'esprit humain et dans la réalité et en dégagant l'unité fondamentale qui en est l'âme commune »²¹². La valeur de la discipline implique à la fois la spécificité et la mise en œuvre de codes particuliers et dans un même temps, la discipline doit se rallier aux autres disciplines en gardant toujours un ancrage dans la réalité sociale afin de (re)former la rationalité de la science au service du progrès des connaissances.

En second lieu, la méthode de la science doit rester largement ouverte, c'est le pluralisme scientifique ou « Wissenschaftspluralismus ». Les découvertes scientifiques ne se limitent pas aux méthodes rationnelles. Cela ne signifie cependant pas que tout est science. La science ne s'appréhende pas selon la

²⁰⁹ *Ibid.*, p.1479.

²¹⁰ M. Fansten, « Ancrage disciplinaire, formation, courants de pensée », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 102, n°3, 2010, p. 14-22.

²¹¹ A. Beitone, C. Dollo, E. Hemdane, J-R Lambert, *Les sciences économiques et sociales, Enseignement et apprentissage*, op. cit.

²¹² J-J. Bienvenu, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire (suite), La fabrication d'une loi sur l'Université. La loi du 10 juillet 1896 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 septembre 1101, n°6, RDP 2009-6-001, p. 1539.

question de l'existence d'une vérité matérielle indépendante de la conscience humaine et d'un monde réel mais rassemble les activités méthodologiques du processus de connaissance qui sont à définir de façon autonome dans leur épistémologie et dans leur scientificité, dépendants des présupposés changeants. L'ensemble des règles de la méthode permet de structurer une discipline et de stimuler la créativité de la recherche. Presque tous les scientifiques se sont essayés à l'exercice de la rédaction de règles de méthode. Bien que ces règles ne prédisent pas nécessairement la réussite scientifique, « elles permettent d'établir un bilan de l'état des pratiques ». De plus, ces règles « permettent de décider si un argument, un comportement, une discipline [...] est suffisamment « scientifique »²¹³ ».

La valeur de la méthode permet alors en troisième lieu de pouvoir critiquer et vérifier les résultats de la recherche. A partir du XVII^{ème} siècle, le terme de science se formalise et désigne « une connaissance universelle, nécessaire et vérifiable, exprimée par des lois ». Le rôle du scientifique est de découvrir et de mettre à jour ces lois qui règlent les phénomènes de la nature et expriment des rapports universels. En outre, afin de définir le caractère de « scientificité », il faut distinguer la science de la non-science. Karl Popper explique que la rationalité propre de la science et du savoir scientifique s'inscrivent dans le respect de la condition de « falsifiabilité ».

En d'autres termes, « une théorie n'est scientifique que si ses énoncés sont susceptibles d'être soumis à des protocoles d'expérimentation capables d'en montrer la vérité ou la fausseté ». La science doit donc pouvoir s'accompagner en toutes circonstances d'une vérification expérimentale. Toutes les disciplines cherchent alors à devenir « exactes » et « objectives ». L'objectivité de la science impose un certain détachement des valeurs acquises. Max Weber décrit le projet des disciplines scientifiques comme devant être « libres de toutes valeurs »²¹⁴. Si cela vaut avant tout pour les sciences expérimentales, les sciences humaines et sociales tendent aussi vers l'objectivité dans la mesure où ces disciplines doivent se décharger des présupposés et rester ouvertes à la discussion scientifique et critique.

Selon Pierre Grelley, sociologue et linguiste de formation, « la méthode expérimentale est une démarche scientifique qui consiste à contrôler la validité d'une hypothèse au moyen d'épreuves répétées, au cours desquelles on modifie un à un les paramètres de situation afin d'observer les effets induits par ces changements ». C'est donc un processus mettant en œuvre une série de vérifications dont les conditions sont fixées par des règles de méthode. La méthode expérimentale a été formalisée dans les années 1970 avec la méthode dite Oheric, acronyme qui en

²¹³ B. Latour, « Nouvelles règles de la méthode scientifique », *Revue Projet*, vol. 268, n°4, 2001, p. 91-100.

²¹⁴ P. Fontaine, « Qu'est-ce que la science ? De la philosophie à la science : les origines de la rationalité moderne », *op. cit.*, p. 6-19.

décrit toutes les étapes : observation, hypothèse, expérience, raisonnement, interprétation et conclusion²¹⁵.

Puisque le type de méthode ne détermine pas de la scientificité d'une recherche, la valorisation de la méthode inductive ne compromet pas la poursuite d'une méthode déductive et inversement. La méthode scientifique d'Einstein notamment était davantage déductive qu'inductive. En d'autres termes, le scientifique part d'une hypothèse pour l'appliquer à un cas d'observation. Il pose l'hypothèse a priori d'une relation entre différentes variables, qu'il va ensuite appliquer à l'étude de plusieurs observations. A l'inverse, la démarche inductive part d'observations pour à terme formuler une hypothèse ou un modèle scientifique. Albert Einstein écrivait à ce propos que « les progrès véritablement importants réalisés dans notre connaissance de la nature sont nés d'une démarche presque diamétralement opposée à la démarche inductive »²¹⁶. L'acquisition de nouveaux résultats scientifiques peut dépendre également d'une combinaison de ces deux types de méthode.

La falsifiabilité de la science doit enfin favoriser la légitimité même de la science. Bourdieu, à ce propos, ajoutait que « les règles du champ scientifique sont telles que l'on ne peut triompher de ses adversaires que par la qualité des arguments que l'on invoque, arguments qui doivent respecter des règles de cohérence et de corroboration empirique ». Cela aura alors un impact sur l'exercice du « pouvoir symbolique » au sein des institutions de recherche. Selon Bourdieu, « la science est le moins illégitime de tous les pouvoirs symboliques »²¹⁷.

La science peut donc se définir à travers la combinaison de plusieurs valeurs. En outre, la singularité scientifique repose sur le fait que la science ne doit être commandée par aucune d'entre elles. En effet, « la science est libre de toute considération de valeur ; bien qu'elle repose sur des valeurs, parmi lesquelles, le paradoxe mérite d'être relevé, figure aux toutes premières places l'exclusion des jugements de valeur : et la vie est dirigée par des valeurs. La science a informé notre environnement naturel et social et continue de le faire ; elle a rendu possible la maîtrise sur la nature et sur l'histoire »²¹⁸. Pour que la science puisse effectivement exercer « son pouvoir », il faut qu'elle dépende de sa rationalité propre. L'exigence de conserver une certaine distance d'avec un ensemble de valeurs n'est rendue possible qu'à travers une quête objective de la vérité. L'expression de la « neutralité

²¹⁵ P. Grelley, « Contrepoint - La méthode expérimentale », *Informations sociales*, vol. 174, n°6, 2012, p. 23.

²¹⁶ A. Einstein, *Œuvres choisies, 5, Science, Ethique, Philosophie*, textes choisis et présentés par Jacques Merleau-Ponty et Françoise Balibar, traduits de l'allemand par Emanuelle Aurenche, Jacques Duvernet, Jean-Philippe Mathieu, Michel Netzer, Françoise Willmann et le groupe de traduction de l'ENS Fontenay-Saint-Cloud, Sources du savoir, Seuil, CNRS, 1991, p. 102, cité dans N. Naifar, *Rationalité de la science d'Albert Einstein*, *op. cit.*, p. 26.

²¹⁷ A. Beitone, C. Dollo, E. Hemdane, J-R Lambert, *Les sciences économiques et sociales, Enseignement et apprentissage*, *op. cit.*

²¹⁸ E. Weil, *Essais et conférences*, t.1, Paris, Plon, 1970, p. 288, cité dans P. Fontaine, « Qu'est-ce que la science ? De la philosophie à la science : les origines de la rationalité moderne », *op. cit.*, p. 6-19.

axiologique » défendue par Max Weber décrit l'objectif du scientifique tendant d'atteindre un maximum d'objectivité en s'interdisant tout jugement de valeur et toute critique de ce qui fait l'objet de son analyse²¹⁹.

B. La valeur intrinsèque du savoir et de la vérité

C'est au début du siècle dernier que Moritz Schlick et Wolfgang Frühwald affirment que l'enseignant et l'étudiant doivent concourir à la recherche de la vérité. La valeur de la science en tant que telle prend davantage d'ampleur après la 2nd Guerre mondiale et notamment en réaction au totalitarisme du troisième Reich. Michel Polanyi défend la liberté de la science dans une société libérale, qui doit aboutir en priorité au progrès de la science et de la connaissance²²⁰. La condition du progrès de la science tient en ce qu'elle doit tendre vers la découverte de la vérité. L'idée de vérité est absolutiste, le théoricien ne peut pas prétendre à une certitude absolue. Karl Popper écrivait que « nous sommes des chercheurs de vérité mais nous n'en sommes pas les propriétaires »²²¹.

Pour tenter de préciser les contours de la liberté de la science dans son arrêt de principe « Hochschulurteil », la Cour constitutionnelle fédérale allemande fait deux remarques. La Cour précise d'abord que la quête de la vérité doit s'effectuer selon l'objet et la forme d'un essai sérieux et planifié²²². Cette condition renvoie à l'approche méthodologique de la science. Ensuite, la Cour empreinte la terminologie de Wilhelm von Humboldt et précise que la vérité n'est quelque chose de pas encore totalement décelé et de ne jamais complètement découvert²²³.

Selon la Cour, il n'est donc pas question de préciser les contours de la liberté de la science en y invoquant une méthode particulière (liberté de méthode). Les contenus et les méthodes sont ouverts mais nécessitent un effort planifié d'explication et d'ordonnement rationnel. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère notamment que les annonces publicitaires ne peuvent pas bénéficier de la protection de la liberté de la science dans la mesure où elles ne démontrent pas un essai de

²¹⁹ R. Boudon, *La rationalité*, *op. cit.*, p. 90.

²²⁰ M. Polanyi, 1951, "We must reassert that the essence of science is the love of knowledge and that the utility of knowledge does not concern us primarily. We should demand once more for science that public respect and support which is due to it as a pursuit of knowledge and of knowledge alone. For we scientists are pledged to values more precious than material welfare and to a service more urgent than that of material welfare", cité dans D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, *op. cit.*, p. 19-20.

²²¹ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « Remarques sur la vérité », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, Champs essais, 1979. p. 98-102.

²²² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „nach Inhalt und Form ernsthafte und planmäßige Versuch“.

²²³ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „um etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes“.

recherche de la vérité, sérieux et planifié²²⁴. Il s'agissait en l'espèce dans cette affaire, de publicités en faveur d'un sanatorium, à l'initiative du requérant, exerçant la profession de médecin, qui avait déjà publié plusieurs ouvrages décrivant les bienfaits des cures. Dans cette affaire, la Cour explique clairement que, l'utilisation économique de résultats scientifiques peut faire l'objet d'annonces publicitaires mais cette utilisation sera protégée par d'autres droits fondamentaux²²⁵.

Si la vérification de l'utilisation d'une méthode à travers la formule d'un « essai sérieux et planifié » ou à l'inverse le constat d'une absence d'un essai sérieux et planifié procèdent d'un examen relativement clair pour les tribunaux allemands, la motivation de la vérité pour le scientifique reste très délicate à appréhender. La première étape du raisonnement sera de s'essayer à la définition de la notion de la vérité. Dans un second temps, afin de s'approcher au plus près de ce concept, sans prétention d'atteindre sa vérité, il faudra comprendre la théorie de sa valeur intrinsèque.

Une certaine conception de la vérité peut être d'abord dégagée au niveau de la jurisprudence européenne. Encore une fois, la Cour européenne des droits de l'homme ne protège pas la liberté académique par une disposition spécifique dans la Convention européenne des droits de l'homme, elle l'intègre dans les garanties relatives à la liberté d'expression de l'article 10. La Cour n'utilise pas forcément l'expression de « quête de la vérité ». Pour s'approcher de la notion de vérité, la Cour tient compte de la distinction qui doit être opérée entre les faits et les jugements de valeur²²⁶. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'un côté, la liberté académique « autorise notamment les universitaires à exprimer librement leurs opinions sur l'institution ou le système duquel ils travaillent ainsi qu'à diffuser sans restriction le savoir et la vérité »²²⁷. D'un autre côté, l'obligation de prouver la véracité d'un jugement de valeur est irréalisable et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même²²⁸. Dans cette formulation on retrouve l'exigence de recherche de la vérité sans que son but ne puisse être atteignable effectivement.

Le processus de recherche de la vérité n'est donc pas conditionné par une quelconque obligation, ce qui nuirait à l'essence de la liberté. Les termes de la Cour européenne restent dans une certaine mesure plus confus que ceux de la Cour constitutionnelle fédérale allemande puisque la liberté académique doit correspondre au cadre de la liberté d'expression. L'absence d'obligation de prouver la véracité de propos permet une définition plus large de la liberté académique mais, en même

²²⁴ BVerfG 71, 162, déc du 19 novembre 1985, „Frischzellentherapie“, „Untersagt sind nur werbemäßige Ankündigungen, die schon ihrer Natur nach nicht als Wissenschaft im Sinne eines ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung der Wahrheit angesehen werden können“.

²²⁵ BVerfG 71, 162, déc du 19 novembre 1985, „Frischzellentherapie“, „Allenfalls die wirtschaftliche Ausnutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse kann Gegenstand von Werbeaussagen sein; diese Nutzung ist typischer Schutzgegenstand anderer Grundrechte“.

²²⁶ CEDH, déc. du 23 juin 2009, *Sorguc c. Turquie*, req. n° 17089/03.

²²⁷ CEDH, déc. du 23 juin 2009, *Sorguc c. Turquie*, cons. 35.

²²⁸ CEDH, déc. du 23 juin 2009, *Sorguc c. Turquie*, cons. 29.

temps, relativise les particularités de la rationalité propre de la science et a fortiori, de la valeur intrinsèque de la vérité.

La Cour européenne des droits de l'homme se base notamment sur la Recommandation 1762 de 2006 qui dispose que « la liberté académique, dans la recherche comme dans l'enseignement, devrait garantir la liberté d'expression et d'action, la liberté de communiquer des informations de même que celle de rechercher et de diffuser sans restriction le savoir et la vérité ». En outre, « l'Histoire a montré que les atteintes à la liberté académique et à l'autonomie des universités ont toujours entraîné un recul sur le plan intellectuel et donc une stagnation économique et sociale »²²⁹.

La Cour européenne peut se servir du terme de vérité à propos de l'article 8 de la Convention protégeant « un droit à l'identité et à l'épanouissement individuel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »²³⁰. La Cour défend la possibilité d'avoir accès à ses origines, la revendication de connaître son histoire personnelle « au nom de la vérité biologique »²³¹. Selon la Cour, la jouissance effective du droit au respect de la vie privée peut être conditionnée par « l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité »²³². La découverte de la vérité est ici rapportée au processus d'épanouissement de l'individu, plus spécifiquement à la découverte de la vérité biologique et génétique.

La Cour européenne utilise encore l'expression de quête de la vérité dans une affaire de 2003 en considérant que le fait de « contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité »²³³.

Dans les faits, Roger Garaudy, écrivain, philosophe et ancien homme politique est l'auteur de nombreux livres relatifs à l'histoire et à la philosophie mais aussi à la religion. Plusieurs plaintes des chefs de contestation de crimes contre l'humanité, de diffamation publique raciale et de provocation à la haine ou à la violence à raison de la race ou de la religion furent déposées à l'encontre du requérant pour son ouvrage intitulé « Les mythes fondateurs de la politique israélienne » publié en 1995. La Cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 12 septembre 2000, conclut que « la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité [...] est également caractérisée lorsque, sous couvert de recherche d'une supposée vérité historique, elle tend à nier les crimes contre l'humanité commis par les nazis à l'encontre de la

²²⁹ Recommandation 1762 (2006) adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en vue de la sauvegarde de la liberté d'expression académique.

²³⁰ CEDH, arrêt du 6 février 2001, req. n° 44599/98, *Bensaid c. Royaume-Uni*, §47.

²³¹ CEDH, arrêt du 13 février 2003, req. n° 42326/98, *Odièvre c. France*, §28.

²³² CEDH, arrêt du 13 février 2003, req. n° 42326/98, *Odièvre c. France*, §29.

²³³ CEDH, 4ème sect., déc. du 24 juin 2003, req. n° 65831/01, *Garaudy c. France*.

communauté juive ; tel est le cas en l'espèce ». D'un côté la Cour européenne des droits de l'homme associe explicitement la « quête de la vérité » à un « travail de recherche » dans un sens avant tout objectif. La Cour de cassation, quant à elle, ajoute la dimension d'une « recherche d'une supposée vérité » qui s'intéresse directement à la motivation du requérant et fait davantage apparaître une appréciation subjective en la matière.

En outre, selon la Cour européenne, le principe énoncé par l'article 7 de la Convention européenne « pas de peine sans loi » peut se voir limité par un « droit à la vérité ». En l'espèce, un ancien agent des services de sécurité de la République socialiste soviétique de Lituanie fut condamné en 2004 en Lituanie pour crime de génocide, commis en 1953 à l'encontre de partisans lituaniens entrés en résistance contre le régime soviétique. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant « allègue que sa condamnation pour génocide s'analyse en une violation de l'article 7 de la Convention, estimant notamment que les juridictions internes ont adopté une interprétation large de ce crime »²³⁴. Le problème qui se posait était celui de la définition du crime de génocide en 1953, dans la mesure où la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, ratifiée par l'URSS le 3 mai 1954, n'est pas rétroactive et ne vise pas la destruction de partisans ou de membres d'un groupe politique.

Dans cette affaire, la Cour européenne vient élargir la notion de quête de la vérité au besoin de la société de connaître son passé et « les événements douloureux qu'elle a vécu ». Elle décrit cette quête comme un processus social complexe. En outre, si d'un côté, la Cour doit faire respecter les principes découlant de l'article 7, elle doit encore « s'inspirer[r] de ces principes plus généraux relatifs au droit à la vérité et au bannissement de l'impunité »²³⁵. La quête de la vérité s'inscrit là encore dans un processus de construction ou de reconstruction des individus par les liens sociaux et révèle toutes les difficultés relatives à la question de la recherche de la « vérité historique ».

La « vérité » scientifique peut être appréhendée dans un sens pragmatique, comme élément d'un processus de communication. Dans ce cas, ce sont les sujets de la liberté de la science qui doivent se charger d'en être les médiateurs. Il s'agira alors d'une reconnaissance contingente dans le temps et dans une discipline comme objet de la connaissance scientifique. Celui qui cherche la vérité en développant des moyens de communication dans la pensée scientifique, agit de façon scientifique. C'est encore, l'incapacité à faire confiance qui peut représenter un obstacle à l'accès à la vérité et à sa transmission dans la mesure où la communication de la vérité passe par ce lien de confiance entre les individus²³⁶.

²³⁴ CEDH, arrêt du 20 octobre 2015, req. n° 35343/05, *Vasiliauskas c. Lituanie*.

²³⁵ CEDH, arrêt du 20 octobre 2015, req. n° 35343/05, *Vasiliauskas c. Lituanie*, §27.

²³⁶ *La rationalité scientifique aujourd'hui*, sous la dir. de C. Debru, J-P Kahane et E. Sanchez-Palencia, *op. cit.*, p. 35-42.

Si la vérité scientifique dépend de son processus de communication et donc des individus, la quête de la vérité doit cependant rester conditionnée par son objectivité. En effet, « la philosophie, c'est-à-dire la science s'oppose à l'opinion comme la vérité, universelle et nécessaire, s'oppose à l'idée reçue, particulière et contingente ». Ainsi l'objectivité du savoir scientifique doit primer la subjectivité de l'opinion qui ne peut pas être démontrée. De la même façon, Einstein rejette le réalisme naïf qui repose sur la description du monde tel qu'il est perçu par nos sens. Ce réalisme s'oppose à la connaissance rationnelle qui dépend de l'objectivité et de constantes invariantes²³⁷.

De ce « réalisme naïf » découle la connaissance subjective. Ce type de connaissance peut se définir comme une connaissance « organismique » car elle consiste dans les dispositions des organismes tandis que la connaissance objective fait référence au contenu logique des théories et des hypothèses. De ce postulat, Karl Popper décrit trois types de mondes. Le monde « 1 » représente le monde physique, le monde « 2 » indique celui de nos expériences conscientes, enfin le monde « 3 » traduit les contenus logiques des livres, des bibliothèques et des mémoires d'ordinateur. La connaissance subjective qui relève du monde « 2 » dépend du monde « 3 » et de la formulation de ses théories dans un langage²³⁸. Bien que cette faculté de compartimentation joue un rôle essentiel, la difficulté principale reste en ce que l'objectivité de la connaissance peut être considérée comme une quête vaine²³⁹.

En définitive, une absence d'obligation de prouver la véracité peut affaiblir la valeur de la vérité et par conséquent, la rationalité propre de la science. La quête de la vérité se rattache au processus de l'épanouissement de l'individu au sein d'une société. Elle pose également la question de l'existence d'une vérité historique et de l'appréciation subjective ou objective qu'implique l'examen de la motivation du

²³⁷ N. Naifar, *Rationalité de la science d'Albert Einstein*, op. cit., p. 30.

²³⁸ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « La connaissance au sens objectif », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, op. cit., p. 136-138.

²³⁹ Georges Gusdorf écrivait en 1968 que « la crise de l'Université apparait comme une crise de la vérité. Les professeurs comme les étudiants semblent avoir complètement oublié que l'université est le lieu propre de la raison ; elle transmet la raison constituée des connaissances déjà acquises ; elle met en œuvre la raison constituante de la recherche intellectuelle et scientifique », G. Gusdorf, *La nef des fous. Université 1968*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1969, p. 188. L'auteur a emprunté le titre de son ouvrage « la Nef des fous » à Sébastien Brant qui décrivait en 1494 la mutation des catégories sociales. D'après Gusdorf, « aujourd'hui, dans le contexte historique du carnaval de toutes les valeurs, le Bateau ivre de l'Université, complètement désarmé, menace de sombrer. L'équipage s'est mutiné ; l'état-major a perdu la tête ; personne ne commande, et d'ailleurs personne n'obéit. C'est la Saison en enfer, où les vérités elles-mêmes sont devenues folles ». La notion de vérité est au cœur de sa réflexion, comme d'un paradis perdu qui était pourtant la condition de la raison. Gusdorf écrit encore à propos de la vérité que « la recherche de la vérité, l'enrichissement du savoir se situent à un niveau où l'actualité de l'événement perd toute valeur contraignante ». En outre, l'application du vocabulaire partisan aux activités de la fonction enseignante est absurde et dangereuse ; elle suscite la confusion et soulève les passions dans un domaine où seule doit régner l'impartialité du savoir ». Cinquante ans après ses lignes, si les « menaces » envers la quête de la vérité s'inscrivent davantage dans une perspective économique et capitaliste plutôt que politique, Georges Gusdorf dépeint une réalité empreinte d'une « réelle vérité ».

scientifique. Ensuite, la vérité peut se définir dans un sens pragmatique, quant à son mode de communication. Elle dépendra, dans ce cas, des acteurs de la science. La vérité doit restée distincte, autant que possible, de la subjectivité des opinions. Toutefois, pour des raisons épistémologiques, la connaissance objective paraît impossible, c'est le même constat pour le critère de la quête de vérité ou « Wahrheitssuche ».

Si la notion de vérité n'est donc jamais effectivement maîtrisée et qualifiable, elle peut être utilisée en ce sens qu'elle possède une valeur intrinsèque. La vérité et le savoir possèdent en soi une valeur intrinsèque. Pour Torsten Wilholt, cela rejoint la thèse selon laquelle la vraie conviction, ou en allemand, « wahre Überzeugung » possède une valeur intrinsèque. En d'autres termes, il faut justifier et motiver la quête de connaissances à travers la formulation et la recherche de vraies convictions. Celui qui cherche de nouveaux savoirs, aspire *ipso facto* à cette recherche de vraies convictions. Le fait que la vérité ait une valeur en soi ne peut pas être prouvé et motivé, c'est une idée entendue par tous et donc devenue vrai, une « argumentum ad populum ».

La valeur intrinsèque de la vérité et du savoir est profondément enracinée dans l'histoire de la pensée occidentale. Platon, mais surtout Aristote, écrivait dans son ouvrage « Métaphysique » que « tous les hommes désirent par nature savoir » ou dans l'« éthique oedémique », que l'« on désire toujours vivre parce que l'on désire toujours apprendre ». Dans l'éthique à Nicomaque, Aristote déduit que le bon et le mauvais dans la pensée représente le vrai et le faux²⁴⁰. Saint Thomas d'Aquin décrivait la vérité comme un « bien de l'intelligence ». En outre, « est vertueux l'homme qui s'attache au bien de la raison. Pourtant le bien de la raison réside en la vérité en tant que son propre objet ». John Finnis déclare en 1977 à Oxford qu'« il est évident en soi qu'aussi bien la vie que la vérité sont bonnes de façon intrinsèque, directe et fondamentale ». Selon sa thèse, il serait absurde de vouloir prouver que la vérité et le savoir sont des biens objectifs qui contiennent un but différent que leur propre objectif. Il veut démontrer que le rejet de la valeur intrinsèque de la vérité est une contradiction performative²⁴¹.

Le théoricien a pour mission de chercher la vérité et plus particulièrement les « théories vraies ». Avec cela, dans la mesure où il ne peut jamais justifier l'affirmation selon laquelle une théorie scientifique est vraie, il convient de rechercher selon Popper « quels principes de préférence devrions-nous adapter ? Certaines théories sont-elles « meilleures » que d'autres ? ». La définition de préférences se réalise à partir d'un ensemble de théories concurrentes, présentées comme des solutions à un problème. Dans ce sens, le théoricien qui s'intéresse à la découverte de la vérité doit aussi s'intéresser à la découverte des faussetés et des erreurs. Avec cette méthode d'élimination, le théoricien peut réussir à isoler une théorie vraie, en revanche, « en aucun cas, la méthode n'est en mesure d'établir sa vérité, même si

²⁴⁰ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 117.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 120-122.

elle est vraie ; car le nombre de théories susceptibles d'être vraies demeure infini, à tout instant et après un nombre de tests cruciaux, aussi grand qu'on voudra »²⁴².

La science se caractérise donc par sa rationalité propre, conditionnée elle-même par la recherche de la vérité. Dans son sens pragmatique, la vérité dépend des sujets de la liberté de la science. La liberté du sujet s'inscrit dans un processus de recherche pour lequel aucun but ne lui est assigné. Malgré l'instabilité inhérente à la notion de vérité, une certitude tient en l'exemption d'objectifs sociétaux attribués à la science. La vérité en tant que telle possède sa propre finalité endogène. Concurrément, l'université ne peut pas disposer d'une liberté pleine et entière mais la condition de l'existence d'une liberté de pensée entre ses murs suppose la garantie d'un territoire réservé, animé par le seul objectif de la quête de la vérité. Pour décrire ce « domaine réservé », les antiques parlaient de la forme pure de la *théoria* qui ne se préoccupait d'aucune considération technique ni pratique²⁴³. La garantie d'un territoire réservé fait le lien entre les paramètres et les valeurs de la science et la liberté de recherche.

§2 Signification de la « science » au regard du principe de la liberté de recherche

Si le concept de science repose sur sa rationalité propre, l'exercice de la science dépend de l'étendue du principe de la liberté de recherche. Le principe de la liberté de recherche nécessaire à la quête collective de la vérité apparaît comme essentiel en ce qu'il permet la diversité des hypothèses de recherche et des méthodes appartenant à la définition de la science (A). La diversité dans la recherche conditionne la liberté de choix de l'objet de la recherche et la liberté de choix du but de la recherche. La valeur de la diversité ne condamne pas l'erreur, c'est aussi parfois en se trompant ou en utilisant des méthodes fausses que le chercheur parvient à de nouveaux succès dans la connaissance.

Les chercheurs remarquent les erreurs de leurs pairs et peuvent alors les corriger, il s'agit de la critique réciproque. David Hull décrit un système de « stimulation » ou « Anreizsystem ». Les chercheurs vont acquérir du crédit (ou du discrédit) lorsque d'autres reprennent des résultats puis y font référence dans leurs travaux. La condition de ce système de stimulation se prolonge dans le fait que les différents résultats trouvent une application chez les pairs sinon persiste le danger de l'oubli. Une autre condition réside dans le fait que le scientifique puisse réellement vérifier les résultats d'un autre scientifique, auquel cas, la diversité dans la science n'aurait

²⁴² K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « La préférence pour certaines théories et la recherche de la vérité », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, *op. cit.*, p. 55-60.

²⁴³ P. Macherey, « Kant et le conflit des facultés (1) », accessible sur le site <https://philolarge.hypotheses.org/47>.

pas de valeur épistémologique et il faudrait faire face aux risques tenant aux idéologies et à la propagande.

De plus, le principe de la liberté de recherche suppose que la deuxième recherche reste indépendante de la première. Par exemple, si la proposition de base contient une erreur, il faudra remettre en question les standards et les méthodes de base afin de parvenir à la vérité. La concurrence scientifique entre les individus ou les centres de recherche est primordiale dans ce contexte. Selon Humboldt, le caractère unilatéral doit être banni de la réflexion scientifique. Le mécanisme de la critique réciproque fonctionne mieux dans une diversité synchronique des approches de la recherche plutôt que diachronique (B). Cela nécessite également des moyens et des ressources suffisants pour reprendre la recherche en son point de départ²⁴⁴ dans un environnement favorable à la diversité de la science.

A. Le critère de diversité dans la pensée scientifique

La science, au regard du principe de la liberté de recherche, s'exerce dans un environnement caractérisé par la diversité des sources et des opinions. Ce n'est qu'en fonction de la mise en œuvre de la diversité au sein d'une société pluraliste que les conditions de l'objectivité et de l'impartialité pourront rendre possible l'exigence de la critique réciproque dans le domaine de la science. Il faut dès lors rendre compte d'une partie de la protection de la liberté de la pensée dans le système constitutionnel allemand au service du critère de la diversité dans la pensée scientifique. Tous ces éléments tiennent lieu de justification du concept de la science dans son exercice.

Juridiquement, la liberté de la science au sens d'une « liberté de la pensée scientifique » possède un champ d'application plus large que celui relatif à l'exercice de la liberté de la science. Le régime de protection de la liberté de la pensée ou « Meinungsfreiheit » en Allemagne diffère de celui accordé par la Cour de Strasbourg. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme protège « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Puisque les modalités d'expression ne sont pas nommées expressément, toutes les modalités possibles sont concernées par cette réglementation, de la même façon, la liberté de la presse et la liberté d'information. La liberté de communication des informations qui est expressément reconnue dans la Constitution allemande est aussi protégée par la disposition européenne²⁴⁵.

²⁴⁴ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 83-116.

²⁴⁵ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19*, op. cit., p. 531.

La liberté de la pensée dans la dogmatique allemande des droits fondamentaux, contenue dans la liberté d'expression, suppose la définition de l'« opinion ». La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit une opinion de façon large comme un point de vue, une manière de voir, une conception, une évaluation, un jugement, une estimation ou un avis qu'un individu peut avoir sur toutes les personnes et tous les objets possibles²⁴⁶. La protection de l'opinion ne tient pas compte du fait qu'il s'agisse d'opinions publiques ou privées ou que l'opinion possède une valeur universelle²⁴⁷.

La diffusion d'une opinion possède des liens étroits avec la liberté de la presse. Dans la théorie spéciale relative à la liberté de la presse, il existe une « obligation de vérité » ou en allemand, « Wahrheits- oder Sorgfaltspflicht », obligation qui exige que toutes les informations et les sources soient vérifiées. A défaut, ces informations ne pourront pas bénéficier de la protection de la liberté d'expression. Cela permet notamment aux tiers de s'opposer à la diffusion de fausses informations. Cette obligation de vérité se présente sous la forme d'une loi générale adoptée par la Fédération²⁴⁸. Elle peut aussi faire l'objet d'une réglementation dans le droit des Länder²⁴⁹. En particulier, le devoir de diligence exige pour chaque journaliste qu'il vérifie les faits recherchés, qu'il tienne compte des différentes perspectives, opinions et points de vue d'un fait en particulier²⁵⁰.

La liberté de la pensée et la liberté d'expression de l'opinion favorisent la mise en œuvre durable d'un contre-pouvoir dans une démocratie moderne en vue de promouvoir la diversité des opinions. Deux affaires de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui mettent en valeur cette fonction de la liberté de la pensée pourront être étudiées successivement.

En premier lieu, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a réaffirmé, dans une décision de 2015, la portée de la liberté d'opinion au regard de la liberté de réunion protégée par l'article 8 de la Constitution²⁵¹. Dans les faits, l'administration du Land de Saxe, à l'aide d'une disposition générale ou en allemand, « Allgemeinverfügung »²⁵², réglemente une situation particulière en interdisant toutes

²⁴⁶ BVerfG 33, 1, déc. du 14 mars 1972, „Strafgefangene“.

²⁴⁷ BVerfG 30, 336, déc. du 23 mars 1971, „Jugendgefährdende Schriften“.

²⁴⁸ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 605.

²⁴⁹ Voir par exemple, Gesetz über die Presse (Landespressegesetz Baden-Württemberg), vom 14. Januar 1964 (GBl. S. 11), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Februar 2003, § 6, Sorgfaltspflicht der Presse, „Die Presse hat alle Nachrichten vor ihrer Verbreitung mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Wahrheit, Inhalt und Herkunft zu prüfen. Die Verpflichtung, Druckwerke von strafbarem Inhalt freizuhalten oder Druckwerke strafbaren Inhalts nicht zu verbreiten (§ 20 Abs. 2), bleibt unberührt“.

²⁵⁰ A. Rechmann, *Von Kriegsverächtern und Kriegsverfechtern : die Berichterstattung über den Irak-Krieg 2003 in deutschen und amerikanischen Qualitätszeitungen*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag, 2007, p. 1.

²⁵¹ Art. 8, Abs. 1 GG, « Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalables ».

²⁵² Une disposition générale désigne un acte administratif, lequel s'adresse à un cercle de personnes déterminées en déterminant des critères généraux. On en trouve une définition au §35 de la loi de

les réunions publiques en plein air, dans la ville de Heidenau et ce, du 28 août à 14h au 31 août à 6h.

L'interdiction de réunion a été justifiée par des mesures relatives à l'état d'urgence qui peuvent être mises en œuvre « lorsque les autorités administratives ne disposent pas de moyens suffisants et de forces propres d'administration et d'exécution pour protéger les biens garantis par la Constitution ». En l'espèce, certaines associations avaient organisé une fête de bienvenue pour accueillir des étrangers et la police craignait des manifestations violentes à l'occasion de ce rassemblement.

La Cour considère que l'interdiction de réunion dans l'ensemble de la ville pour la durée du week-end n'est pas proportionnée au but recherché dans la mesure où le champ d'application de la mesure est trop large et qu'il existait d'autres alternatives moins restrictives. La Cour poursuit en associant à la liberté de réunion une « capacité fonctionnelle de la démocratie ».

En d'autres termes, la liberté de réunion contient une fonction corrective, parallèlement aux partis politiques et aux médias, afin de compenser l'écart qui existe entre les représentants et les représentés dans un Etat libéral et démocratique. Cela fait donc partie de la légitimation démocratique. Les citoyens, à travers la liberté de réunion, expriment leur volonté d'acceptation ou de refus de la politique. L'expression de la souveraineté du peuple représente un élément du pluralisme politique²⁵³.

Dans une seconde affaire, la liberté de la presse, dans le prolongement de la liberté de la pensée, est d'une importance fondamentale dans une société démocratique selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle considère la presse comme un contre-pouvoir qui permet l'existence d'une société démocratique²⁵⁴. En l'espèce, la Cour a notamment déclaré que les mesures de perquisition et de saisie judiciaire dans les locaux de la rédaction d'un magazine mensuel politique, ordonnées par le tribunal d'instance de Potsdam, l'avaient été en violation du droit fondamental de la liberté de la presse.

Dans cette affaire, le journal en question avait diffusé un reportage sur un terroriste en utilisant les éléments d'un dossier du Service fédéral de renseignement inaccessible au public. Selon la Cour, les mesures de perquisition constituent une

procédure administrative, § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft“.

²⁵³ BVerfG, déc. du 29 août 2015, 1 BvQ 32/15, „Versammlungsverbot in Heidenau“, „Den am Wochenende stattfindenden Versammlungen ist eine besondere Bedeutung beizumessen, weil das Wochenende für erwerbstätige Teile der Bevölkerung oftmals die einzige Möglichkeit ist, sich am Prozess der öffentlichen Meinungsbildung durch ein „Sich-Versammeln“ zu beteiligen und im Wortsinne „Stellung zu beziehen““.

²⁵⁴ BVerfGE, déc. du 27 février 2007, 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06.

violation de l'article 5, alinéa 1^{er}, car « les mesures de perquisition et de saisie judiciaire dans une enquête contre des membres de la presse sont illicites au niveau constitutionnel, si elles sont ordonnées dans le seul but ou le but principal de découvrir leur informateur »²⁵⁵.

La liberté de la pensée, la liberté d'opinion et la liberté de la presse sont donc essentielles à la libre formation de l'opinion. « La presse sert la pensée démocratique »²⁵⁶. Elle favorise le débat et la lutte des opinions, elle est la condition de la démocratie moderne²⁵⁷. Il n'existe toutefois aucune obligation juridique pour le citoyen ou pour la presse de concourir à la formation de l'opinion politique²⁵⁸.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la formation de l'opinion s'exerce à la suite de la réception des informations nécessaires à l'individu dans la détermination de ses convictions et précède l'expression de son opinion²⁵⁹. La « liberté » de la formation de l'opinion ne figure pas explicitement dans la Constitution allemande. Dans la mesure où elle s'exerce au stade de la pensée, elle ne nécessite pas de protection à travers un droit fondamental particulier²⁶⁰. La formation de l'opinion passe toutefois par la possibilité de collecte et de conservation d'informations et de sources. Une composante essentielle du processus de formation de l'opinion tient alors dans la garantie de la liberté d'information et dans l'obligation de l'Etat de promouvoir la diversité des opinions, toutes deux comprises dans la protection de la liberté d'expression de l'opinion.

La liberté d'information est une composante de la liberté d'expression de l'opinion et est protégée expressément par l'article 5, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale²⁶¹. Toutefois, elle n'est pas conditionnée par une obligation d'informer ou d'instruire sur

²⁵⁵ BVerfGE, déc. du 27 février 2007, 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06, „Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln“, jurisprudence citée dans M. Verpeaux, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3/2012 (N° 36), p. 135-155.

²⁵⁶ Bayerisches Pressegesetz (BayPrG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 2000, Art. 3, Abs. 1, „Die Presse dient dem demokratischen Gedanken“.

²⁵⁷ BVerfGE 7, 198, déc. du 15 janvier 1958, „Lüth“; BVerfG 62, 230, déc. du 15 novembre 1982, „Boykottaufruf“; BVerfG 76, 196, déc. du 14 juillet 1987, 1 BvR 362/79; BVerfGE 102, 347, déc. du 12 décembre 2000, „Schockwerbung I“; BVerfGE 20, 162, déc. du 5 août 1966, „Spiegel“.

²⁵⁸ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 526.

²⁵⁹ BVerfG 54, 208, déc. du 3 juillet 1980, „Böll“; BVerfG 61, 1, déc. du 22 juin 1982, „Wahlkampf/CSU: NPD Europas“, „Durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist sie, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist, welche Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet. Was dagegen nicht zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen kann, ist nicht geschützt, insbesondere die erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptung“.

²⁶⁰ Contrairement à la liberté de la pensée ou « Meinungsfreiheit » qui est le terme générique regroupant toutes ses déclinaisons dont la liberté de la presse, la liberté de la radio et de la télévision ou la liberté d'information.

²⁶¹ Art. 5, Abs. 1 GG, « Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio et la télévision (Rundfunk) et les films sont garanties. Il n'y a pas de censure ».

tout ou sur quelque chose en particulier. Le choix de l'information par l'individu représente l'aspect le plus important de cette liberté. L'individu définit lui-même l'objet et la source de l'information, c'est le cœur de la garantie constitutionnelle qui fait primer la dimension juridique subjective défensive par rapport à la dimension objective.

Les sources d'information regroupent l'ensemble des supports d'information (les documents écrits, les émissions de radio et de télévision, les films, internet,..) pourvu que les informations parviennent au public. L'objet de l'information peut être lui-même la source²⁶². En outre, la notion d'accessibilité de l'information détermine le champ d'application du droit fondamental. Toutefois, la liberté d'information n'oblige pas directement l'Etat : par exemple, l'accès aux registres publics, aux expositions, aux musées ou aux archives peut être limité par les pouvoirs publics²⁶³.

La liberté d'information peut se décomposer d'abord en une perspective active qui se traduit autour du droit d'informer les autres. Cette perspective contient le droit de partager des informations et le droit de les diffuser. La liberté d'information suppose encore une forme passive qui désigne le droit pour le citoyen de chercher des informations, de créer ou de recueillir des informations. La dimension juridique subjective de la liberté d'information suppose que l'Etat maintienne un espace de liberté, s'empêche d'intervenir dans ce cadre et limite l'intervention des tiers dans cet espace. Parallèlement, la mission objective de l'Etat est d'agir positivement en faveur de la diversité et de la pluralité des opinions.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a créé une obligation à l'égard de l'Etat, en faveur de la diversité et de la pluralité des opinions dans la presse dans sa décision « Spiegel » de 1966²⁶⁴. Une des conditions de la presse libre s'inscrit dans la concurrence « intellectuelle » au sens large mais aussi au sens économique. La liberté de la presse ne peut qu'exister dans une société démocratique dans laquelle s'exerce le pluralisme politique. Plusieurs moyens peuvent être mis en œuvre : des moyens financiers (sous la forme de subventions) ou des moyens juridiques qui vont être développés ici : à travers la mise en œuvre du principe d'égalité, dans le cadre des missions publiques ou par le moyen de l'interdiction de la censure.

En premier lieu, en application du principe d'égalité, les mesures de l'Etat en faveur de la diversité ne rentrent pas, en principe, en conflit avec la liberté de la presse. S'agissant des subventions accordées à la presse, elles doivent avoir pour objectif de rétablir une égalité sur le marché. Elles doivent être réparties selon un certain nombre de critères légaux préétablis. D'autres tempéraments peuvent être mis en œuvre pour garantir la pluralité et la diversité à travers des mesures de

²⁶² C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 540-541.

²⁶³ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz-IFG), Loi relative à la réglementation de l'accès aux informations de l'Etat fédéral.

²⁶⁴ BVerfGE 20, 162, déc. du 5 août 1966, „Spiegel“, „Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten“.

décartellisation des entreprises de presse ou de plafonnement des parts de marché dans ces entreprises.

La presse peut être organisée en second lieu, dans le cadre des missions publiques, contrôlées par le législateur²⁶⁵. La doctrine allemande parle de « Öffentliche Aufgabe ». Comme pour la liberté de la presse, la Cour constitutionnelle fédérale allemande garantit la pluralité et la diversité des opinions sur les ondes dans sa décision « Rundfunk » de 1961²⁶⁶. Les Länder peuvent aussi mettre en œuvre certaines mesures en ce sens²⁶⁷.

Enfin, l'interdiction de la censure est précisée dans la garantie de la liberté d'expression de l'opinion de l'article 5²⁶⁸. Les pouvoirs publics veillent à ce que la censure n'ait pas lieu dans une société démocratique afin de maintenir la pluralité des supports de l'expression comme la diversité du contenu des opinions. Le terme de censure désigne l'interdiction préventive ou la décision de suppression en amont de diffusion d'une opinion²⁶⁹. Le processus de censure peut se décliner sous quatre formes ; une interdiction sans habilitation particulière de l'expression d'une opinion, une obligation de soumettre l'expression de l'opinion à une autorité compétente avant sa diffusion, une autorisation ou une interdiction délivrée par une autorité et enfin, un moyen de contrainte de la part d'une autorité pour imposer des interdictions. L'interdiction de la censure ne peut pas être considérée comme un droit fondamental à part entière qui pourrait être limité ou restreint, il s'agit davantage d'une « limite aux limites » ou « Schrankeschranke »²⁷⁰ dans la dogmatique des droits fondamentaux.

Afin d'éviter les atteintes répétées à la liberté d'expression et de garantir la diversité des opinions, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a depuis longtemps

²⁶⁵ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 556-560.

²⁶⁶ BVerfGE 12, 205, déc. du 28 février 1961, „Rundfunkentscheidung“, „Art. 5 GG fordert Gesetze, durch die die Veranstalter von Rundfunkdarbietungen so organisiert werden, dass alle in Betracht kommenden Kräfte in ihren Organen Einfluss haben und im Gesamtprogramm zu Wort kommen können, und die für den Inhalt des Gesamtprogramms Leitgrundsätze verbindlich machen, die ein Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten“.

²⁶⁷ Voir par exemple, Rundfunkgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LRG NW) in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 24. August 1995 (GV. NW. 1995 S. 994), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Februar 1998 (GV. NW. 1998 S. 148), Loi relative à la radio et télédiffusion pour le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, § 2, Abs. 3, „Vollprogramme sind Rundfunkprogramme mit vielfältigen Inhalten, in welchen Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung einen wesentlichen Teil des Gesamtprogramms bilden“.

²⁶⁸ Art. 5, Abs. 1, S. 2 GG, « Il n'y a pas de censure ». L'interdiction de la censure a d'abord été transcrite dans la Constitution de Francfort de 1849 (Frankfurter Reichsverfassung), puis dans la Constitution prussienne de 1848 (Preußische Verfassung) et dans la Constitution de Weimar de 1919 (Weimarer Reichsverfassung), Art. 118, Abs. 2, „Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden“.

²⁶⁹ BVerfG 33, 52, déc. du 25 avril 1972, „Zensur“, „Zensur“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG ist nur die Vorzensur“.

²⁷⁰ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 587-588.

encadré la possibilité de limitation de cette liberté²⁷¹. Dans une décision de 2009²⁷², la Cour constitutionnelle fédérale allemande a renforcé la protection de la liberté d'expression en conditionnant davantage la possibilité de limitation de la part de l'Etat. En effet, l'objectif poursuivi par l'Etat ne peut pas être considéré comme « légitime », « s'il anéantit le principe de liberté même, qui est à la base du droit fondamental en cause ». En d'autres termes, le législateur ne peut pas limiter l'expression d'opinions qui entraînent des conséquences dangereuses ou dont le contenu serait contraire à la Constitution, il peut seulement agir lorsque les conséquences négatives de l'expression d'une opinion sont réelles et effectives et entraînent la mise en danger des biens des individus ou de l'Etat.

Le critère de la diversité serait donc un *principe juridique* à part entière dans la dogmatique et dans la jurisprudence constitutionnelles allemandes. Il sert, dans le domaine de la science, de « passerelle » entre l'exercice de la science au moyen du principe de liberté de recherche et l'exigence de la critique réciproque. En faveur de cette dernière, la perspective synchronique suppose de faire *table rase* de la recherche avant d'entamer le processus de quête de la vérité. La diversité synchronique des approches scientifiques participe également de l'ambition de la connaissance.

B. Perspective synchronique et contextualisée : critique réciproque

Afin de parvenir à la définition de la « connaissance parfaite », Platon décrit la fusion de deux formes d'intelligence, d'un côté l'intellect, nécessaire pour résoudre les problèmes scientifiques et politiques, et de l'autre, le sentir qui se caractérise par une forme d'intuition, de flair. A partir de là, trois éléments se conjuguent pour aboutir à la « connaissance parfaite ». La fusion réussie de l'intelligence théorique et du sentir doit se fondre dans une action orientée vers le salut commun et la conviction que, pour éviter l'errance, les individus et les entités politiques doivent se fixer un but unique et trouver le cheminement qui mène de leur situation actuelle à ce but idéal²⁷³.

C'est aussi la mission première du constituant d'atteindre cette fusion, privilégiant une démarche synchronique. Sans la prétention d'encadrer la notion de la « connaissance parfaite », le constituant allemand va chercher à traduire cet objectif à atteindre dans les textes. Dans la Loi fondamentale, la notion de science est liée

²⁷¹ BVerfG 13, 97, déc. du 17 juillet 1961, „Handwerksordnung“, Elle impose au législateur la fixation d'un but légitime lorsqu'il souhaite mettre en œuvre une mesure restrictive de liberté. Ainsi, l'examen du juge constitutionnel ne doit pas porter uniquement sur la question de la conformité avec la Constitution du but invoqué. De surcroît, le législateur ne doit pas se fonder sur une appréciation manifestement et objectivement erronée des circonstances de fait.

²⁷² BVerfG 124, 300, déc. du 4 novembre 2009, „Rudolf Hess Gedenkfeier“.

²⁷³ N. Naifar, *Rationalité de la science d'Albert Einstein*, op. cit., p. 7-12.

explicitement aux termes de recherche et d'enseignement. Elle permet également d'envisager une conception plus large que la science « uniquement » académique. Par ailleurs, le critère de scientificité de la recherche et de l'enseignement conditionne la protection de ces deux activités par la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Les notions de science, de recherche et d'enseignement contenues dans l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale ne se lisent pas comme une simple énumération dénuée de lien mais posent une certaine hiérarchie. Le terme générique de « science » possède une valeur particulière tandis que la recherche et l'enseignement correspondent à la recherche scientifique et à l'enseignement scientifique, deux concepts plus spécifiques.

Cela signifie aussi qu'il n'y a pas de science en dehors des domaines de la recherche et de l'enseignement. Pour autant les notions de recherche et d'enseignement ne doivent pas être comprises comme une simple répétition d'un concept déjà garanti tel que la liberté de la science. Ils expriment davantage que les seules manifestations de la science en ce qu'ils décrivent l'acquisition du savoir et sa reproduction.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit la science comme un domaine libre et autonome. Bien que la mission de la politique au sens large consiste à orienter la science et la recherche afin que la société puisse se développer, le droit de la liberté de la science repose sur le principe selon lequel la science doit restée exempte de toute utilisation à des fins uniquement politiques et sociétales²⁷⁴. De plus, l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale ne protège selon la Cour, aucune conception particulière de la science ou une théorie précise de la science. Ce serait incompatible avec les principes de « Unvollständigkeit » et de « Unabgeschlossenheit » qui entourent la notion de quête de la vérité²⁷⁵.

La Cour poursuit en déclarant que le droit fondamental de la liberté de la science ne dépend ni de la pertinence de la méthode et des résultats, ni de la solidité de l'argumentation et de la démonstration ou du fait que le point de vue ou la preuve soient complets. Sur la question d'une science juste ou non, la vérité ou la fausseté de résultats ne peuvent qu'être appréciées en fonction de critères scientifiques²⁷⁶.

²⁷⁴ Wissenschaft ist ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung. Zwar ist es Aufgabe der Politik, Grundentscheidungen dazu zu treffen, wo und in welchen Fächern geforscht werden soll und hierbei mit Blick auf die gesellschaftliche Entwicklung auch Schwerpunkte zu setzen. Dem Freiheitsrecht liegt jedoch auch der Gedanke zugrunde, dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsvorstellungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient, BVerfG 127, 87, déc. du 20 juillet 2010, „Hamburgisches Hochschulgesetz“.

²⁷⁵ Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt aber nicht eine bestimmte Auffassung von Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie. Das wäre mit der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit unvereinbar, die der Wissenschaft trotz des für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs eignet, BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, „Jugendgefährdende Schriften“.

²⁷⁶ Der Schutz dieses Grundrechts hängt weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege, die einem wissenschaftlichen Werk zugrunde liegen. Über gute und

Cela renvoie directement au contenu de la rationalité propre de la science. Les conceptions qui participent de la discussion scientifique sont soumises à la « révision » scientifique et aux changements selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande²⁷⁷. Que signifie alors la nécessité de révision et de discussion scientifiques pour le chercheur dans l'exercice de sa liberté ?

Karl Popper définit la méthode scientifique critique comme « la méthode des conjectures audacieuses et des tentatives ingénieuses et rigoureuses pour les réfuter ». Une conjecture audacieuse s'analyse à son tour comme une théorie qui possède un grand contenu, nécessairement plus grand que la théorie antérieure qu'elle va supplanter. Toutefois, si la nouvelle théorie ne parvient pas à être réfutée, la conjecture tient en ce que cette nouvelle théorie « constitue une meilleure approximation de la vérité que l'ancienne »²⁷⁸.

A l'origine de sa démarche, Popper compare la théorie d'Einstein, la psychanalyse freudienne, la psychologie individuelle adlérienne et le marxisme. Il constate que les trois dernières participent des mythes de la science et que l'attitude critique d'Einstein, dans le sens d'une possible infirmation de sa théorie, est caractéristique de la science. A l'image de Hume, Popper pense que les sciences reposent sur une démarche déductive et non pas inductive ; « La conception de théories abstraites est antérieure et autonome par rapport aux faits issus des observations et expériences ». Popper démontre alors l'insuffisance de la vérification dans le domaine de la science. D'autre part, une multitude d'expériences corroborant une théorie scientifique « ne la confirme pas avec certitude et universellement »²⁷⁹.

Il existe néanmoins une difficulté dans la démarcation entre une démarche scientifique et une démarche spéculative. Pour la résoudre, la science doit fonctionner, selon Popper, de manière déductive, du général de la théorie au particulier du fait empirique. Pour ce faire, quatre étapes de vérification sont nécessaires. Tout d'abord, il faut procéder à une évaluation de la cohérence du système théorique, puis mettre en évidence la forme logique de la théorie. Il faut ensuite la comparer à d'autres théories et enfin, réaliser des tests empiriques. Plutôt que de rester cantonné au schéma classique de la vérification et de la réfutation qui s'en suit, « l'observation d'un seul fait ne corroborant pas la théorie réfute celle-ci ».

schlechte Wissenschaft, Wahrheit oder Unwahrheit von Ergebnissen kann nur wissenschaftlich geurteilt werden, BVerfGE 90, 1, voir encore BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, „KPD-Verbot“.

²⁷⁷ „Auffassungen, die sich in der wissenschaftlichen Diskussion durchgesetzt haben, bleiben der Revision und dem Wandel unterworfen“, BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, „Jugendgefährdende Schriften“.

²⁷⁸ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « La méthode scientifique », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, *op. cit.*, p. 146-147.

²⁷⁹ P. Juignet, « Karl Popper et les critères de la scientificité », dans *Philosophie, science et société* [en ligne], 2015. Disponible à l'adresse : <https://philosciences.com/Pss/philosophie-et-science/methode-scientifique-paradigme-scientifique/112-karl-popper-et-les-criteres-de-la-scientificite>.

Tant qu'une théorie n'est pas réfutée, Popper la définit comme « corroborée ». L'approche du vrai se substitue à la vérité absolue²⁸⁰.

La méthode désignée correspond à la méthode critique pouvant se définir comme une méthode d'essai et d'élimination des erreurs. Cette méthode propose des théories et les soumet à des tests, en revanche, « la méthode n'a pas le pouvoir de nous dire avec certitude laquelle des théories est vraie ; et aucune autre méthode non plus n'en est capable. Elle demeure applicable, mais elle n'est pas conclusive »²⁸¹.

C'est la méthode et non le résultat qui permet de juger de la scientificité. En d'autres termes, l'induction serait constitutif d'un raisonnement fautif qui « tire une conclusion certaine sur l'avenir à partir des irrégularités du passé ». Il n'est donc pas question de la viabilité d'une seule réfutation, « c'est plutôt un ensemble concordant de réfutations qui fait effet pour remettre en cause une théorie dans les sciences ». Toutefois, il faut garder à l'esprit la diversité des disciplines en tant que telle. Par exemple, la biologie nécessite une observation conséquente et première. En cela, « la forme générale de la connaissance ne peut être qualifiée de « déductive » »²⁸².

Le fait de tester les théories scientifiques met en œuvre le rôle de la discussion critique, en d'autres termes, participe de la discussion rationnelle. Le concept de critique rejoint ici celui de la rationalité. « La discussion critique ne peut jamais établir de raison suffisante pour prétendre qu'une théorie est vraie ; elle ne peut jamais « justifier » notre prétention à la connaissance » mais peut établir des raisons suffisantes à constater qu'une théorie « à la lumière d'une discussion critique approfondie et de tests rigoureux ingénieux, [...] [sera] de loin la meilleure », que cette théorie soit, « parmi les théories, en concurrence la plus proche de la vérité »²⁸³.

Au niveau du droit constitutionnel, la liberté de la science protège également les opinions minoritaires ainsi que les recherches et les résultats qui se révèlent comme erronées ou incorrectes. De même, les procédures « non-orthodoxes » ou intuitives jouissent de la protection du droit fondamental selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande²⁸⁴. La seule condition est contenue dans la définition de la science²⁸⁵.

²⁸⁰ P. Juignet, « Karl Popper et les critères de la scientificité », dans *Philosophie, science et société*, *op. cit.*

²⁸¹ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « La préférence pour certaines théories et la recherche de la vérité », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, *op. cit.*, p. 55-60.

²⁸² P. Juignet, « Karl Popper et les critères de la scientificité », dans *Philosophie, science et société*, *op. cit.*

²⁸³ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « La discussion critique, la préférence rationnelle et le problème du caractère analytique de nos choix et de nos prédilections », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, *op. cit.*, p. 147-150.

²⁸⁴ Die Wissenschaftsfreiheit schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -Ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives

Cette conception de la science implique, selon la Cour, que l'Etat, pour la réglementation de la vie scientifique dans les universités, ne soit pas figé à une liberté absolue en faveur des activités de recherche et d'enseignement du scientifique. En cela, l'Etat ne doit pas négliger les autres domaines protégés par la Loi fondamentale qui coexistent au sein d'une institution universitaire. La distance qui doit être aménagée entre la liberté d'une part et la société et l'Etat d'autre part, n'empêche pas l'intégration et la discussion des problèmes sociétaux²⁸⁶. Au regard de la valeur du droit fondamental, cet espace de liberté ne peut pas être isolé de l'Etat et de la société, mais elle est garantie en faveur d'une science au service du bien être de l'individu et de la communauté²⁸⁷.

La liberté de la science est indissociable de la communauté et de l'opinion publique. Selon Popper, qu'il s'agisse de la science, de la philosophie ou de la pensée rationnelle, le point de départ est le sens commun. « Nos innombrables suppositions relevant du sens commun _ notre fond de connaissance issu du sens commun, comme on peut les appeler _ qui constituent notre point de départ, nous pouvons tous à tout instant les mettre en question et les critiquer ». En définitive, « toute science et toute philosophie sont du sens commun éclairé ». La capacité du théoricien est aussi d'apprendre de ses erreurs, en prenant conscience d'avoir commis une erreur. Ainsi, selon les mots de Karl Popper, « le sens commun constitue notre point de départ et (que) la critique est le grand instrument qui nous permet de progresser »²⁸⁸. Avant l'apparition et la systématisation de la critique, le développement de la connaissance avait déjà lieu mais « seule la science remplace l'élimination de l'erreur dans la lutte violente pour la vie par la critique rationnelle et non violente »²⁸⁹.

La question du contexte social et culturel d'une connaissance ou d'une théorie ne doit pas être occultée sous prétexte d'une volonté d'objectivisation de la science. Popper expliquait que la théorie marxiste mêle des aspects politiques, sociaux, économiques et idéologiques. De la même façon, la psychologie s'occupe de faits

Vorgehen den Schutz des Grundrecht, BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, „Jugendgefährdende Schriften“.

²⁸⁵ Voraussetzung ist nur, daß es sich dabei um Wissenschaft handelt, BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulteil“.

²⁸⁶ Aus alledem folgt, daß der Staat für die Regelung des wissenschaftlichen Lebens in seinen Universitäten nicht auf die absolute Freiheit für die Forschungs- und Lehrtätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers unter Vernachlässigung aller anderen im Grundgesetz geschützten Rechtsgüter festgelegt ist, zu deren Wahrung die Universität ebenfalls berufen ist oder die durch ihren Wissenschaftsbetrieb betroffen sind. Die Distanz, die der Wissenschaft um ihrer Freiheit willen zu Gesellschaft und Staat zugebilligt werden muß, enthebt sie auch nicht von vornherein jeglicher Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Problemen, BVerfG 47, 327, déc. du 1er mars 1978, „Hessisches Hochschulgesetz“.

²⁸⁷ Dieser Freiraum ist nach der Wertung des Grundgesetzes nicht für eine von Staat und Gesellschaft isolierte, sondern für eine letztlich dem Wohle des Einzelnen und der Gemeinschaft dienende Wissenschaft verfassungsrechtlich garantiert, BVerfG 47, 327.

²⁸⁸ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « Le point de départ sans assurance : le sens commun et la critique », traduit de l'anglais par J-J. Rosat, *op. cit.*, p. 85-87.

²⁸⁹ K. Popper, *La connaissance objective, une approche évolutionniste*, « Sur la science : le développement de la connaissance face à la critique et à l'inventivité », *ibid.*, p. 151.

individuels, historiques et toujours contextualisés. Une dernière condition se dessine alors dans la prise en charge par une institution, garante de la rigueur scientifique et de son évolution ; « une connaissance demande une prise en charge collective qui apporte progressivement les conditions de validité scientifique »²⁹⁰.

Pour conclure, ces quelques mots peuvent illustrer cette prise en charge collective et institutionnelle ; « Il faut absolument qu'à l'Université l'institution scientifique publique comprenne encore une Faculté qui, indépendamment des ordres du gouvernement par rapport à ses doctrines, ait la liberté, sinon de donner des ordres, du moins de porter un jugement sur eux tous, dont l'affaire soit l'intérêt scientifique, c'est-à-dire celui de la vérité, et où la raison soit autorisée à parler ouvertement ; car, sans cette liberté, la vérité ne pourrait se manifester (au préjudice du gouvernement même), alors que la raison cependant est libre de par sa nature et n'accueille aucun ordre lui enjoignant d'accepter quelque chose pour vrai (aucun *crede*, simplement un libre *credo*)²⁹¹ ».

Section 2. Détermination du comportement protégé par la liberté de la science

L'étude du concept de « science » et de ce que cela implique au niveau de son exercice conduit à l'analyse du comportement protégé par le droit fondamental de la liberté de la science, en d'autres termes, à la délimitation du cadre des activités scientifiques. L'expression « une liberté faite de libertés » pour désigner la liberté de la science en France est empruntée au doyen Vedel dans son article « Les libertés universitaires », publié en 1960 dans la Revue de l'enseignement supérieur²⁹². La liberté de la science ou la liberté académique se compose de la liberté de la recherche et de la liberté de l'enseignement. L'étendue des activités scientifiques dépendra alors des deux lectures possibles de la liberté de la science.

La liberté de la science peut être appréhendée comme un tout illustrant alors le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement (§2). Ce principe est considéré par la jurisprudence comme une clause fonctionnelle permettant la mise en œuvre d'une organisation universitaire appropriée à la science. Certains tempéraments peuvent être formulés quant à la portée de ce principe. En effet, si la jurisprudence allemande n'utilise ce principe qu'en tant que clause fonctionnelle,

²⁹⁰ P. Juignet, « Karl Popper et les critères de la scientificité », dans *Philosophie, science et société*, *op. cit.*.

²⁹¹ P. Macherey, « Kant et le conflit des facultés (1) », *op. cit.*.

²⁹² G. Vedel, « Les libertés universitaires », *Rev. Ens. Sup.* 1960, n°3, p. 134 ; « Défense et illustration de l'université napoléonienne », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 802 ; « Itinéraire. Conversations avec Marc Riglet », *Commentaire* 1999, n°85, p. 8, cité dans O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 53.

celui-ci protégera uniquement l'universitaire pris individuellement dans une dimension subjective et non traduire en même temps une véritable interdépendance et une réelle réciprocité entre la recherche et l'enseignement dans son sens objectif.

La jurisprudence allemande reste imprécise quant aux effets du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement sur le droit de l'enseignement supérieur et utilise davantage ce principe dans le prolongement de la dimension subjective et individuelle de la liberté de la science. L'approche subjective défend les individus contre les interventions de l'extérieur sans forcément envisager des garanties objectives qui favoriseraient l'unité de la recherche et de l'enseignement dans l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur.

La jurisprudence associe le principe d'unité de la recherche et de l'enseignement à une clause dite « fonctionnelle » dans la mesure où l'Etat et les établissements d'enseignement supérieur doivent mettre en place une organisation appropriée à la science. Ce type d'organisation n'entraîne pas forcément la réciprocité des activités de recherche et d'enseignement mais insiste seulement sur le fait que les activités doivent être exercées dans un espace libre, conforme aux exigences du domaine de la science. Limiter le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement à une clause fonctionnelle ne ferait que prolonger les garanties déjà contenues dans la dimension individuelle de la liberté de la science ou découlant des droits de participation accordés aux membres d'un établissement. Ce principe mérite alors d'être clarifié quant à ses implications et ses conséquences ; en dépassant le rôle d'une clause uniquement fonctionnelle, le principe pourrait offrir de nouvelles garanties dans la protection institutionnelle et objective de la liberté de la science.

La liberté de la science peut encore être entendue en distinguant la liberté de la recherche de la liberté de l'enseignement (§1). La différenciation de la recherche et de l'enseignement se révèle parfois nécessaire dans la mesure où elle permet de protéger le scientifique uniquement chercheur qui n'exerce pas d'activités liées à l'enseignement et qui bénéficie aussi de la liberté de la science²⁹³. Dans la dogmatique de la théorie spéciale des droits fondamentaux de la liberté de la recherche, la recherche se définit comme un effort structuré de quête de la vérité, caractérisée par un attribut scientifique et une indépendance méthodologique tandis que la liberté de l'enseignement se définit comme une véritable fonction qui repose elle-même sur trois composantes, la liberté pédagogique, la liberté critique et la neutralité de l'enseignement. Entendre la liberté de la science comme un tout ou comme une combinaison de libertés aura des conséquences directes sur les activités des bénéficiaires.

²⁹³ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 424.

§1 Une liberté faite de deux libertés à part entière : l'étendue du champ de protection des activités de recherche et d'enseignement

La liberté de la science est constituée principalement de deux libertés, la liberté de la recherche (A) et la liberté de l'enseignement (B). La Loi fondamentale protège « l'art et la science, la recherche et l'enseignement ». Les deux activités sont inscrites explicitement dans le texte constitutionnel allemand qui protège à la fois le chercheur et l'enseignant. Si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'attarde davantage sur la définition de la recherche, elle entend l'enseignement comme « la transmission, fondée sur des principes scientifiques, des résultats de la recherche ».

La liberté de la recherche suppose que le chercheur puisse choisir librement son thème de recherche, ses méthodes scientifiques et ses techniques de recherche. Il est ensuite libre de publier les résultats de ses recherches. Comme pour la liberté de l'art, liberté associée à la liberté de la science dans la lettre de la Constitution allemande, la jurisprudence et la doctrine maintiennent une définition ouverte de la liberté de la recherche pour laisser libre cours à la créativité du chercheur dans le domaine de la science. Au niveau terminologique, la « liberté de la recherche » désigne plus aisément l'acceptation large de cette liberté alors que la « liberté de recherche » désigne plus précisément la protection des activités de recherche dans une dimension active. On retrouve cette même différence pour la liberté de l'enseignement. La doctrine juridique française ne fait pas forcément de distinction entre les deux types d'expression et peut utiliser l'ensemble de ses termes sans constater clairement de distance sémantique.

La liberté de l'enseignement du professeur se retrouve dans la jurisprudence française dans l'indépendance dont jouit le médecin selon le commissaire du gouvernement Jacques Théry²⁹⁴. La liberté de l'enseignement dans la théorie allemande comprend la capacité de choisir librement le contenu précis de l'enseignement, les méthodes pédagogiques et le mode d'examen. En outre, l'enseignant doit pouvoir exposer, en toute objectivité, les différents jugements de valeur tout en s'abstenant d'imposer aux étudiants une quelconque vérité immanente²⁹⁵. La liberté de la recherche et la liberté de l'enseignement entretiennent un lien permanent avec la quête de la vérité et avec le critère de la scientificité.

²⁹⁴ « Le médecin n'a pas à dire ou à prescrire à son client ce que ce dernier attend de lui ; il a à dire ou à prescrire ce qu'il estime être de l'intérêt du malade qui s'est confié à lui. Il en va de même du maître : il n'a pas à enseigner aux étudiants ce que ceux-ci souhaitent entendre, il a la charge de leur dire ce qu'il estime être indispensable à leur éducation ou à leur formation », Conseil d'Etat, Sect., arrêt du 5 avril 1974, « Sieur Leroy », n° 88572, *AJDA*, 1974, p. 441.

²⁹⁵ A. Prüm et R. Ergéc, « La liberté académique, Les facultés de droit dans la réforme universitaire », *op. cit.*, p. 3.

A. La recherche, un effort structuré de quête de la vérité

Olivier Beaud définit la liberté de la recherche comme un droit de participer à un processus de recherche dans un espace exempt de toute immixtion commerciale ou politique et un droit de voir ses résultats de la recherche accessibles au grand public²⁹⁶. La liberté de la recherche en France a été précisée dans une décision du Conseil constitutionnel à propos de l'usage du français dans les publications scientifiques, ce qui a permis d'affirmer que le législateur ne pouvait pas subordonner l'octroi d'aides en faveur de travaux de recherche à l'engagement de diffuser les dits travaux en français²⁹⁷. Le Conseil constitutionnel a justifié l'application du principe de libre diffusion des travaux scientifiques sur la base de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression. La liberté de la recherche n'a donc pas d'existence juridique propre en droit français en dehors du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Ni le Code de la recherche, ni le Code de l'éducation ne mentionnent explicitement la liberté de la recherche²⁹⁸. Il n'existe a fortiori aucune définition précise en droit français de l'étendue de la protection accordée aux titulaires de la liberté de la recherche, ni de systématisation d'un ensemble de critères à remplir pour en bénéficier. Dans la doctrine allemande, bien que son objet doit rester largement ouvert et exempt de toute idéologie politique ou juridique, deux caractéristiques peuvent être retenues dans la définition de la recherche : l'attribut scientifique et l'indépendance méthodologique. En premier lieu, pour que la liberté de la recherche trouve à s'appliquer, il faut que l'activité en cause soit marquée par un attribut scientifique, c'est la définition positive (1°).

Selon son acception négative, la recherche se caractérise, en second lieu, par le fait qu'elle ne dépende d'aucune méthode en particulier, pourvu qu'il y ait un essai planifié et organisé de recherche (2°). Qu'il s'agisse du critère de l'attribut scientifique ou de celui de l'indépendance de la méthode, la clé de compréhension de la liberté de la recherche tient en une définition qui doit restée ouverte, de la même façon que l'on ne peut pas définir avec précision l'essence d'une liberté qui repose sur l'autonomie de l'individu et sur sa capacité propre à décider du contenu de ses libertés individuelles.

1° Absence de définition du contenu de la recherche compensée par le critère de l'attribut scientifique

De la même façon que pour la liberté de l'art, la définition du champ d'application de la liberté de la recherche n'apparaît pas comme évidente ; si la Loi fondamentale inscrit la recherche dans les domaines protégés par l'article 5, elle ne définit pas le

²⁹⁶ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, op. cit., p. 61.

²⁹⁷ Conseil Constitutionnel, décision du 29 juillet 1994, n° 94-345.

²⁹⁸ X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 579.

contenu de la recherche. Comme pour la recherche, la difficulté tient dans la capacité de définir juridiquement ce qu'est l'art et dans la possibilité de différencier les activités artistiques des autres moyens de communication de l'individu²⁹⁹. Le mode de protection des activités artistiques révèle un grand nombre de similarités avec celui des activités de recherche. Tout d'abord, la liberté de l'art était également garantie dans la Constitution de Weimar, dans son article 142³⁰⁰. Dans ce texte, la liberté de l'art était déjà associée à la liberté de la science et de son enseignement, toutefois le contenu de la notion d'art n'avait pas été forcément débattu.

Ensuite, la disposition constitutionnelle relative à la liberté de l'art³⁰¹ s'inscrit, plus que pour tout autre droit fondamental, dans l'exigence d'ouverture de la notion d'art, condition d'existence et d'effectivité de cette liberté. Bien que la jurisprudence parvienne à préciser les différentes activités et à distinguer certains exercices de style au cas par cas, la définition de la notion de l'art reste très complexe³⁰². Cette disposition constitutionnelle est confrontée au paradoxe même de la liberté. En effet, si la notion au cœur de la protection est définie avec précision, le bénéficiaire de la protection ne pourra plus s'approprier sa liberté en tant qu'individu autonome. A l'inverse, plus une notion à protéger demeure floue dans le droit positif, moins les garanties qui s'y rapportent seront effectives.

L'Etat, qui garantit la liberté de l'art, doit renoncer à une appréciation fixe et fermée de sa qualité et de sa valeur afin de ne pas restreindre la liberté en elle-même. En outre, à la différence des supports de la liberté d'expression, la puissance publique ne peut pas définir les support ou les mode de diffusion et de production de l'art dans la mesure où le choix du support entre aussi dans le champ d'application du domaine de protection de l'art. Si la Constitution allemande ou la jurisprudence énuméraient les supports possibles de l'art, d'autres supports seraient exclus de la protection, ce qui affaiblirait la disposition constitutionnelle relative à l'expression artistique. L'exigence selon laquelle il faut préciser les contours de la liberté de l'art ne doit pas être comprise en rattachant l'art à un certain contenu, à une méthode particulière ou à une tendance artistique précise. En effet, cela aurait pour conséquence d'exclure

²⁹⁹ P. M. Lynen, *Kunstrecht 1 : Grundlagen des Kunstrechts*, Wiesbaden, Springer VS, 2013, p. 21.

³⁰⁰ Art. 142 WRV, „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei. Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil“.

³⁰¹ Art. 5, Abs. 3, S. 1 GG, « L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres ».

³⁰² Les activités protégées par la liberté de l'art regroupent plusieurs facettes de l'exercice artistique : la fabrication et le processus de création de l'œuvre, la création de l'œuvre, l'œuvre elle-même en tant que résultat du processus de création et la médiation de l'œuvre aux tiers. En dehors de la production de l'œuvre, la liberté de l'art protège aussi sa préparation avec par exemple l'acquisition du matériel nécessaire ou l'entretien d'un local. Toutes les conditions nécessaires à la création pour l'artiste doivent être protégées des atteintes de l'Etat. Dans le processus de création, le libre choix du thème de l'artiste est garanti, que l'art soit engagé (BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“) ou qu'il s'agisse d'une caricature ou d'une satire (BVerfG 75, 369, déc. du 3 juin 1987, „Strauss-Karikatur“) Toutefois, toutes les caricatures ne tombent pas dans le domaine de protection de la liberté de l'art (BVerfG 86, 1, déc. du 25 mars 1992, „TITANIC/ge. Mörder“). La publicité peut aussi être considérée comme une forme d'art³⁰², de même, la pornographie (BVerfG 83, 130, déc. du 27 novembre 1990, „Josephine Mutzenbacher“, „Ein pornographischer Roman kann Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sein“).

un certain nombre d'œuvres de la protection constitutionnelle. En outre, la définition constitutionnelle de l'art ne peut pas renvoyer à une simple conception esthétique ou philosophique de l'art, à une critique d'art de la profession ou à une opinion de l'artiste.

Cependant, ce que l'Etat ne peut définir, l'Etat ne peut le protéger ; si tout peut être qualifié d'art et si chaque individu peut être désigné comme un artiste, l'art ne se différencierait pas des autres activités individuelles et ne pourrait donc pas être protégé en particulier à l'aide d'une disposition spécifique dans la Constitution allemande. Chaque disposition constitutionnelle contenue dans le catalogue des droits fondamentaux exige de tendre vers une définition constitutionnelle pour à la fois, déterminer le champ d'application de la liberté de l'art et ensuite, tracer la limite de cette liberté vis-à-vis des autres droits fondamentaux. Ce n'est que dans ces conditions que la liberté de l'art possédera une valeur réelle de droit fondamental.

Enfin, la protection de l'article 5 dans le sens de la liberté de l'art doit être rattachée à une forme de tolérance et de neutralité face à la compréhension pluraliste de l'art libre. La neutralité de la puissance publique suppose que les garanties de la liberté ne tiennent pas compte des convictions de l'artiste³⁰³. Le succès et la renommée de l'artiste ne rentrent pas non plus en jeu. La protection s'exerce en dehors du fait que l'œuvre ait été créée de façon intentionnelle. La notion d'art n'exige pas forcément de consensus à propos d'une œuvre pour que celle-ci tombe dans le domaine de protection de la liberté de l'art. Enfin, les formes de l'art ne sont pas uniquement les formes connues comme la peinture, la photographie, la littérature, la musique ou le théâtre ; la définition de l'art doit permettre d'intégrer dans la protection des formes nouvelles d'art pour favoriser la dimension créative d'une société³⁰⁴.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande utilise trois critères pour définir la notion d'art dans sa célèbre décision « Mephisto » de 1971³⁰⁵ : un critère matériel, un critère formel et un critère relatif à la communication de l'œuvre qui doit s'inscrire dans la durée³⁰⁶. D'abord, le critère matériel suppose une création libre ou « *freie schöpferische Gestaltung* » traduisant les expériences et ressentis de l'artiste. Il est

³⁰³ La notion d'art désigne, au sens large, une conception particulière et une quête individuelle de la vérité, peu importe la matière ou le domaine. Ce processus intellectuel s'accompagne d'une méthode propre de valorisation. L'art est ce que chaque individu peut définir comme tel. Les arts s'illustrent de l'architecture à l'art figuratif, en passant par la littérature et la musique jusqu'à l'art interprété comme le théâtre et l'opéra. Il s'agit de faire la différence entre ce qu'est de l'art et ce qui n'en est pas. Une distinction peut être faite quant à l'objectif d'une création artistique ; l'art n'a pas d'utilisation pratique, contrairement notamment à l'artisanat. J. Möcke, *Musiktheater und Vertragsrecht, die Verträge im Musiktheaterbetrieb vom Gastspiel- bis zum Tarifvertrag im Wandel der Zeit*, Hamburg, Diplomica Verlag GmbH, 2013, p. 7.

³⁰⁴ C. Stark, „Artikel 5, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 630-633.

³⁰⁵ BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“.

³⁰⁶ BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“, „Das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung (ist darin zu sehen), dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.

question d'un processus conscient ou inconscient qui n'est pas forcément dicté par un comportement rationnel. L'art représente selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande « l'expression directe de la personnalité individuelle de l'artiste »³⁰⁷. Ensuite, le critère formel met en avant la singularité de l'œuvre tenant à un support particulier ou « bestimmtes Werktyp »³⁰⁸.

On pourrait cependant remettre en question l'exigence d'un support particulier dans le cas où cela serait incompatible avec l'introduction de nouveaux moyens d'expression artistique dans cette protection ou le caractère de longue durée d'une œuvre qui réduit aussi les possibilités de l'art en excluant par exemple les performances artistiques. Il faudrait davantage entendre l'expression de support particulier comme désignant un support spécifique ou remarquable. Sur le critère du caractère de longue durée, l'accent peut être mis sur la communication et la transmission de l'œuvre. Ainsi, selon la doctrine, la liberté de l'art peut se définir comme « toute création qui est transmise par le moyen d'une structure reconnaissable, dans une forme typique de l'art ou dans une nouvelle forme similaire et qui ne tombe ni dans le domaine de protection de la liberté de la science, ni dans celui de la liberté d'opinion et de réunion »³⁰⁹. Le concept d'art, comme la notion de « recherche », se détermine donc par un contenu ouvert, renforcé par une attitude neutre des pouvoirs publics.

Dans le but d'accorder une véritable protection à la liberté de la recherche, il faut alors dépasser l'absence de définition du contenu de la recherche. Pour ce faire, les activités de la recherche sont caractérisées par l'attribut scientifique³¹⁰. L'attribut scientifique indique, que l'activité, pour être qualifiée d'activité de recherche, doit avoir un lien substantiel avec la science. Par conséquent, la combinaison du concept de science avec la notion de recherche de l'article 5, alinéa 3 renseigne moins sur la définition de la science elle-même que sur l'étendue de la notion de la recherche, circonscrite par l'attribut scientifique. Dans la jurisprudence allemande, ce-dernier peut se traduire tout d'abord par l'exigence de la découverte de nouveaux résultats

³⁰⁷ BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“, „die freie schöpferische Gestaltung [...] in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen, es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“.

³⁰⁸ BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“, „dass bei formaler, typologischer Betrachtung der Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind“.

³⁰⁹ „Kunst ist jede schöpferische Gestaltung, die vermittelt wird durch eine wie auch immer geartete erkennbare geistige Struktur in herkömmlicher kunsttypischer oder in ähnlicher neuartiger Formgebung und die nicht unter das *aliud* des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit fällt und ein *plus* gegenüber den Schutzbereichen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit darstellt“, C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 632.

³¹⁰ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, Rdnr. 352, p. 647.

dans le domaine de la science qui pourront être ensuite validés par un processus de recherche de la vérité.

En premier lieu, la jurisprudence allemande a pu considérer que la condition de découvrir de nouveaux résultats peut être déterminante dans la qualification juridique de la liberté de la recherche³¹¹. Le Tribunal fédéral du travail a estimé que des intervenants au sein d'un établissement d'enseignement supérieur exercent une activité de recherche dans la mesure où celle-ci apporte et transforme de nouvelles connaissances afin de garantir et d'élargir la discipline scientifique en cause. Dès lors que cette condition est remplie, selon le Tribunal fédéral du travail, la liberté de la recherche protège les décisions relatives aux questions de la recherche, les méthodes scientifiques utilisées, la valorisation et la diffusion des résultats de la recherche, ainsi que le processus de recherche.

Le scientifique, à l'aide d'une méthode planifiée, doit exercer une recherche responsable qui s'étend de la validation à la remise en cause des résultats scientifiques. Seront alors protégées l'ensemble des informations relatives à l'état de la recherche à travers la lecture, l'écoute de conférences, les colloques, l'usage de bibliothèques et de médias électroniques, la visite de musées, de collections, d'archives, l'expérience, la collecte de faits. Les travaux préparatoires scientifiques, comme la recherche de matériel et de données, la constitution d'un index de doctrine, la valorisation d'une recherche³¹², l'intégration de moyens de recherche, le contrôle interne et externe de la recherche et enfin la publication entrent dans la définition de la recherche scientifique.

En second lieu, la liberté de la recherche protège non pas un droit à la vérité mais un droit à la recherche. On exclut par conséquent toutes les formes d'idéologies, de propagande qui se définissent déjà comme une vérité. Les actions idéologiques, la propagande politique et l'endoctrinement idéologique ne rentrent pas dans le champ d'application de la notion de recherche. La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée sur la question de la frontière entre la liberté de recherche et la doctrine politique en 1956, dans sa décision « KPD-Verbot »³¹³. L'intention du KPD (parti communiste d'Allemagne) était de promouvoir et d'étendre la théorie Marxiste-léniniste pour la faire valoir en tant que véritable thèse scientifique. Selon la Cour, la théorie marxiste, sur laquelle repose le parti communiste, ne peut pas être considéré comme un objectif de la science puisque cette-dernière doit rester libre de toute doctrine idéologique. En outre, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il

³¹¹ BAG, déc. du 27 mai 2004, 6 AZR 130/03.

³¹² Dans le sens de la protection de la valorisation de la recherche, le tribunal administratif du Land de Bade-Wurtemberg s'est posé la question de savoir si le processus de plastination rentrait dans le domaine de la science (VGH Baden-Württemberg, déc. du 29 novembre 2005, 1 S 1161/04). Selon le tribunal de la ville de Mannheim, la découverte, le développement et l'application de la plastination servant de méthode de préparation anatomique entrent dans le domaine de la liberté de la science et de la recherche dans la mesure où la liberté de la recherche rassemble le questionnement et la méthodologie aussi bien que la valorisation des résultats de la recherche et sa publication. Le critère de la découverte de nouveaux résultats est donc interprété largement par la jurisprudence allemande.

³¹³ BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, „KPD-Verbot“.

n'y a pas lieu de trancher sur la question de la vérité scientifique dans cette décision³¹⁴.

Une théorie politique ne peut pas se baser sur des fondements dits scientifiques pour prendre de l'ampleur, convaincre sur la scène politique et alors bénéficier de la protection de la liberté de la recherche. La frontière entre recherche et activité politique tient dans le fait que les résultats de la recherche scientifique n'ont pas pour objet d'influencer certaines actions³¹⁵. Relativement à une activité politique, il y aura la protection de l'article 5, alinéa 1^{er}, de l'article 8 et de l'article 21, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale³¹⁶. La propagande politique au sein de l'université par la distribution de tracts, le port d'affiches, le boycott de cours ne rentre pas dans la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première. De la même façon, les associations et syndicats étudiants ne bénéficient pas de la liberté de la science. La critique des enseignements et de la politique universitaire ne tombe pas dans la liberté de recherche mais dans la liberté d'expression.

En 1994, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a eu à se prononcer sur la détermination des contours de la recherche au regard du processus de recherche de la vérité³¹⁷. La loi relative à la protection de la jeunesse dans les écrits et les médias³¹⁸ prévoit que les écrits qui mettent en danger moral les enfants et les jeunes doivent être répertoriés. Parmi ces écrits, la loi fédérale entend ceux qui poussent à la haine raciale et à la glorification de la guerre. En revanche, un écrit qui sert l'art et la science, la recherche et l'enseignement ne pourra pas figurer sur cette liste³¹⁹. Dans cette décision, la Cour a considéré en l'espèce que le livre ayant pour sujet la seconde guerre mondiale ne remplissait pas les critères applicables à la recherche et à son attribut scientifique.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande décrit alors son raisonnement. Eu égard au processus de recherche de la vérité, puisque la protection de la liberté de la

³¹⁴ BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, „KPD-Verbot“, „Soweit es sich hierbei um wissenschaftliche Erkenntnisse, um Wissenschaft im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handelt, ist diese Wissenschaft als solche selbstverständlich frei, sie kann vorgetragen, gelehrt, weiterentwickelt, allerdings auch diskutiert und bekämpft werden. Sie ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens; ihr wissenschaftlicher Wahrheitsgehalt kann der Beurteilung eines Gerichts nicht unterliegen“.

³¹⁵ BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, „KPD-Verbot“, „Die eindeutig bestimmbare Grenze zwischen wissenschaftlicher Theorie und politischem Ziel liegt dort, wo die betrachtend gewonnenen Erkenntnisse von einer politischen Partei, also einer ihrem Wesen nach zu aktivem Handeln im staatlichen Leben entschlossenen Gruppe, in ihren Willen aufgenommen, zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden. Dann kann allerdings auch die Theorie Bedeutung gewinnen, nicht aber als solche, sondern weil sie zur Ermittlung und Deutung der Ziele der politischen Partei maßgebende Anhaltspunkte liefern kann“.

³¹⁶ Art. 5, Abs. 1 GG (relatif à la liberté d'expression), Art. 8 GG (relatif à la liberté de réunion) et Art. 21, Abs. 1 GG (relatif à la libre formation des partis politiques).

³¹⁷ BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, 1 BvR 434/87, „Jugendgefährdendenschriften“.

³¹⁸ Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GjS), in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1985 (BGBl. I S. 1502), geändert durch Artikel 16 des Gesetzes vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186/3197), geändert durch Artikel 6 des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG) vom 22.07.1997 (BGBl. I S. 1870).

³¹⁹ §1, Abs. 2, Nr. 2 GjS, „Eine Schrift darf nicht in die Liste aufgenommen werden [...] wenn sie der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient“.

recherche ne varie pas en fonction de la pertinence de la méthode et des résultats, ni du bien-fondé de l'argumentation et de la démonstration, la question de l'exactitude des résultats ne peut être jugée que scientifiquement. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne se prononce donc pas sur la « scientificité » de l'ouvrage mais seulement s'il s'agit d'une recherche sérieuse³²⁰. Elle s'intéresse à la façon dont les résultats ont été acquis. Selon la Cour, le livre fait de la propagande en faveur d'une conception politico-historique particulière et ne se consacre pas à la quête de la vérité. Le caractère révisionniste de l'ouvrage retranscrit une vision de l'histoire qui s'éloigne de la vérité car, selon la Cour, il n'y a pas d'effort sérieux de recherche et il manque des références aux écrits relatifs à la seconde guerre mondiale³²¹. Comme pour les doctrines politiques ou idéologiques, ce livre ne sera pas protégé par la liberté de la recherche mais par la liberté d'expression.

D'autres situations peuvent entraîner certaines difficultés et écarter une recherche du processus de recherche de la vérité. Il faut faire la distinction entre un processus de recherche de la vérité et l'objectif absolu de parvenir à la vérité. Le cheminement intellectuel représente l'élément central de la protection de la liberté de la recherche. Lorsqu'il s'agit de protéger d'autres aspects des activités individuelles, d'autres droits fondamentaux seront concernés. La liberté de la recherche peut notamment être confrontée à la liberté de croyance ou à la liberté de religion. La différence entre la liberté de la recherche et la liberté de religion réside dans le critère rationnel du processus. Le religieux tient des notions pour vérité alors que le chercheur ne cesse de remettre en question les vérités déjà « acquises ». Toutefois, la théologie appartient aussi à la définition de la recherche. Les facultés de théologie exercent des activités scientifiques dans le cadre de leur liberté religieuse³²².

Si l'unique objectif de la recherche se traduisait par la découverte de la vérité et ne reposait pas sur un processus de recherche, la protection de la liberté de la recherche serait moins évidente. En effet, bien que l'enquête d'un détective, d'un avocat ou d'un juge soit déterminé par la recherche de faits avérés, elle n'entre pas

³²⁰ BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, 1 BvR 434/87, „Jugendgefährdendenschriften“, „Der Wissenschaftsbegriff, den es seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, entspricht den Anforderungen des Grundgesetzes. Das Bundesverwaltungsgericht hat erkannt, dass ein Werk nicht schon deswegen unwissenschaftlich ist, weil es Fehler aufweist oder in die Irre führt. Es hat vielmehr darauf abgestellt, ob es sich bei dem Werk um einen ernsthaften Versuch zur Findung der Wahrheit handelt. Dabei begegnet es keinen Bedenken, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht schon von der wissenschaftlichen Einkleidung auf die Wissenschaftlichkeit des Werks geschlossen, sondern [...], ob dieses auch nach der Art der Gewinnung seiner Ergebnisse als Wissenschaft gelten kann“.

³²¹ BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, 1 BvR 434/87, „Jugendgefährdendenschriften“, „Diese Auffassung wird insbesondere durch die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts gestützt, der Beschwerdeführer habe die seiner These entgegenstehende Literatur völlig ausgespart. In der Tat hätte er auf eine Fülle nach den Quellen gearbeiteter wissenschaftlicher Untersuchungen sowie auf Dokumentationen, Tagebücher und Monographien zurückgreifen können, die Aussagen zum Kriegswillen Hitlers und zu dessen Verantwortung für den Ausbruch des Zweiten Weltkrieges enthalten. Auf diese wird nicht einmal im Quellenverzeichnis des Buches hingewiesen“.

³²² BVerfG, 122, 89, déc. du 28 octobre 2008, 1BvR 462/06, „Wissenschaftsfreiheit in der Theologie“.

dans la notion de recherche³²³ dans la mesure où elle ne se concentre pas sur le processus de recherche. Pour conclure, la recherche caractérisée par son attribut scientifique dépend d'une validation rationnelle. L'exercice d'un processus rationnel de recherche conditionne la protection de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale. Si la vérité n'est rien qui ne soit jamais totalement découvert, la liberté de recherche garantit un droit de rechercher la vérité. Si la vérité est considérée comme découverte ou acquise dans l'exercice d'une activité, la jurisprudence appliquera la liberté d'expression, qui peut être plus restrictive que la liberté de la science.

2° L'indépendance méthodologique

L'indépendance méthodologique est le deuxième critère dans la définition de la recherche comprise dans la liberté de la science. Cette indépendance signifie que le contenu et les méthodes de la recherche sont ouverts mais nécessitent un effort planifié d'explication et d'ordonnancement rationnel ; pour bénéficier de la protection de la liberté de la science, la recherche suppose une méthodologie scientifique.

Plusieurs personnes peuvent prendre part à une activité de recherche spécifique en y contribuant chacun de manière différente, mettre en œuvre une méthode propre et alors bénéficier de la liberté de la recherche. Cependant, des individus exerçant des travaux préparatoires à la recherche de façon non autonome ou aidant dans les activités scientifiques ne jouiront pas de la même protection selon les tribunaux allemands³²⁴. Cette distinction ne dépend pas ici du bénéficiaire mais de la façon dont il mène l'activité en cause.

En effet, dans une décision de la Cour administrative fédérale allemande de 1981, des étudiants tuteurs, n'appartenant pas au groupe des membres scientifiques, ne peuvent pas bénéficier de la protection de la liberté de la recherche au motif qu'ils ne disposent pas d'une responsabilité propre (ou « *Eigenverantwortung* ») dans leurs activités scientifiques. La Cour ajoute que ce type de personnel sera sous la responsabilité d'un professeur ou d'assistants. De plus les tuteurs ne réalisent aucune prestation scientifique dans la mesure où ils ne sont là que pour soutenir et encourager les étudiants dans leurs études³²⁵. Par conséquent, le critère de l'indépendance méthodologique suppose que le scientifique doit mettre en œuvre une méthode propre et ne pas suivre quelque chose de préétabli ou aider des scientifiques dans leurs démarches.

³²³ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 647.

³²⁴ BVerwG, déc. du 18 mars 1981, 6 P 17.79.

³²⁵ BVerwG, déc. du 18 mars 1981, 6 P 17.79, „Danach stehen sie unter der fachlichen Verantwortung eines Professors oder Hochschulassistenten. Sie bieten auch keine eigene wissenschaftliche Leistung, weil sie nur das Studium der Studenten und studentischen Gruppen unterstützen und dabei lediglich bereits dargebotenen Stoff vortragen, mit den Betreuten durcharbeiten und vertiefen“.

En premier lieu, pour bénéficier de la liberté de la science, la notion de recherche ne dépend pas d'une méthode scientifique de recherche classique, ni de l'obtention de résultats homologués par la recherche. Toutefois, s'il y a une liberté de choix de méthode et de choix de procédé scientifique, il faut une méthode. Comme vu précédemment, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la quête de la vérité doit s'effectuer selon l'objet et la forme d'un essai sérieux et planifié³²⁶. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande est constante à ce sujet, suivie par l'ensemble des autres juridictions³²⁷.

En outre, ce n'est pas au chercheur de décider de façon autonome si une activité particulière tombe ou non sous la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale en fonction du type de méthode utilisé. Les organes étatiques, les institutions ou les tribunaux ont aussi un rôle à jouer dans l'examen de la méthodologie scientifique ; les étapes des méthodes de la recherche sont distinctes de façon claire de ce qui pourrait caractériser une démarche « pseudo-scientifique ».

La liberté de la recherche au sens large englobe trois phases du point de vue de la méthodologie scientifique : l'identification et le choix de l'objet de la recherche, le choix et la conduite d'une démarche ou d'un procédé scientifique et l'interprétation et l'évaluation des résultats de la recherche. En outre, les tribunaux allemands ont précisé plusieurs conditions relatives à la méthodologie scientifique qui permettent d'établir un premier faisceau d'indices : un questionnement défini scientifiquement selon un plan organisé et l'utilisation de méthodes reconnues scientifiquement³²⁸. L'expression de « méthode reconnue scientifiquement » n'est pas interprétée de façon restrictive : les résultats dits intuitifs, c'est-à-dire provenant d'une recherche exercée en dehors des carcans de l'école de pensée traditionnelle ou reposant sur des méthodes scientifiques non *orthodoxes* pourraient aussi être protégés par la liberté de la recherche.

De plus, il n'est pas décisif que cet essai planifié et sérieux soit couronné d'un succès. La protection de la liberté de la recherche ne tient pas compte de la

³²⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „nach Inhalt und Form ernsthafte und planmäßige Versuch“.

³²⁷ Voir par exemple BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, „Jugendgefährdende Schriften“, „Das Bundesverwaltungsgericht hat erkannt, dass ein Werk nicht schon deswegen unwissenschaftlich ist, weil es Fehler aufweist oder in die Irre führt. Es hat vielmehr darauf abgestellt, ob es sich bei dem Werk um einen ernsthaften Versuch zur Findung der Wahrheit handelt“ ; BVerfG 71, 162, déc. du 19 novembre 1985, „Frischzellentherapie“, à propos de la protection des annonces publicitaires par la liberté de la science, „Untersagt sind nur werbemäßige Ankündigungen, die schon ihrer Natur nach nicht als Wissenschaft im Sinne eines ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung der Wahrheit“; BAG, déc. du 21 juin 1989, 7 ABR 58/87, „Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sind Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre frei. Das Bundesverfassungsgericht definiert als Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafte planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“ ; dies folge „unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis“ ; KG, déc. du 30 novembre 2004, 5 U 55/04, „Untersagt sind nur werbemäßige Ankündigungen, die schon ihrer Natur nach nicht als Wissenschaft im Sinne eines ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung der Wahrheit angesehen werden können“.

³²⁸ Voir notamment VG Köln, déc. du 17 février 2004, 7 K 8281/01.

reconnaissance ou de la réputation du chercheur dans la communauté scientifique. Une certaine reconnaissance de la part d'autres scientifiques peut cependant être un autre indice ; la seule allégation d'exercer des activités scientifiques ne suffit pas³²⁹.

En second lieu, s'agissant de la conduite proprement dite de la démarche scientifique, il n'y a pas forcément de lien établi avec le lieu où la recherche a été pratiquée³³⁰. Toutefois, dans la mesure où le domaine de la science doit être exercé dans un espace libre de toute influence de l'Etat, un lieu dominé par la hiérarchie des pouvoirs publics doit posséder sa propre organisation et doit permettre le libre choix des méthodes et des thèmes de recherche pour que les activités qui y sont exercées puissent bénéficier de la protection constitutionnelle.

La jurisprudence a pu considérer que l'Institut des sciences sociales de l'armée exerce de la recherche³³¹. L'Institut ne peut pas ici être entendu comme faisant partie du ministère de la défense et soumis à la hiérarchie des pouvoirs publics. Pour que l'institut exerce de la recherche scientifique, il faut qu'il promeuve une activité scientifique libre des atteintes de l'Etat, qu'il accomplisse les projets confiés en respectant des méthodes scientifiques et que les résultats de la recherche soient publiés. On retrouve ici les conditions tenant au mode de communication de la recherche. L'Institut de sciences sociales possède sa propre organisation et sa propre structure de direction et poursuit ses propres missions.

La protection de la liberté de la recherche permet donc au scientifique de se défendre contre les atteintes de l'Etat ou d'autres autorités de la société civile, c'est une conséquence juridique du principe de la dimension défensive. D'un autre côté, le droit fondamental de la liberté de la recherche ne confère à son bénéficiaire aucun droit à obtenir de l'Etat une quelconque faveur, une éventuelle prestation, la restitution de données utiles à la recherche ou encore un droit d'accès à certaines archives publiques.

Il n'existe dans la Constitution allemande, aucune obligation juridique pour l'Etat ou un institut privé de conférer au titulaire de la liberté de la recherche un droit à l'information relatif à la récupération de données qui ne seraient pas accessibles au grand public ou un droit à l'ouverture d'archives en vue de réaliser une recherche scientifique. C'est au législateur de régler les dispositions relatives à l'accès aux informations. En Allemagne, les lois fédérales ou régionales relatives aux archives publiques,³³², encadrent l'accès et l'utilisation des archives, motivée par des

³²⁹ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 648-649.

³³⁰ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 25-26.

³³¹ BAG, déc. du 19 mars 2008, 7 AZR 1100/06.

³³² Gesetz über die Sicherung und Nutzung von Archivgut des Bundes (Bundesarchivgesetz - BArchG) vom 06. Januar 1988 (BGBl. I S. 62), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 38 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154), pour les Länder, voir par exemple, Gesetz über die Sicherung und Nutzung öffentlichen Archivguts im Lande Nordrhein-Westfalen (Archivgesetz Nordrhein-Westfalen - ArchivG NRW) pour le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie.

objectifs scientifiques³³³. La loi régionale du Land de Westphalie du Nord dispose que les archives contiennent des documents qui ont une valeur pour la science et la recherche, pour la formation politique et historique, pour la législation, pour la jurisprudence, pour les institutions et pour les tiers³³⁴. Les délais de protection applicables à l'utilisation des archives sont différents lorsque l'utilisation en cause poursuit des objectifs dits scientifiques³³⁵.

En définitive, la liberté de la recherche se révèle être un droit autour duquel on peut difficilement établir des frontières dans la doctrine allemande et surtout quant au critère de l'indépendance méthodologique. L'auteur, Rudolf Smend a déjà prouvé en 1927 que le caractère de la recherche scientifique n'est pas relié à une forme particulière et ne peut donc pas être défini de manière formelle. Les questions de contenu et de méthode restent largement ouvertes, c'est le pluralisme scientifique. De plus, la recherche, comme la science ne peuvent pas se définir spécifiquement comme un produit de l'esprit puisque l'art est aussi un produit de l'esprit et répond à un régime distinct³³⁶. Si le critère de l'attribut scientifique permet d'éclairer le contenu de la liberté de la recherche, il ne vient pas résoudre la difficulté de définition du concept de « science ».

Pour en avoir une idée plus précise, il faut se fonder sur le droit de rechercher la vérité. Ce droit se détermine davantage en fonction du processus mis en œuvre qu'à travers les résultats scientifiques obtenus. Le chercheur ne doit pas se contenter de vouloir produire certains résultats à tout prix. C'est la méthodologie scientifique et un effort de recherche planifié et sérieux, qui conditionnent l'objectif de la recherche³³⁷. Si la liberté de la recherche au sens de la Loi fondamentale n'exige aucune méthode préétablie, elle dépend d'un large faisceau d'indices dépendant de la diversité de la science.

B. De la liberté de l'enseignement à la « fonction d'enseignement »

La liberté de l'enseignement, bien que parfois malaisément distincte de la liberté d'expression en droit français, présuppose une liberté pédagogique, une liberté critique et la neutralité de l'enseignement. En outre, la doctrine de l'idéal de l'Université de Wilhelm von Humboldt de l'Allemagne du début du XIX^e siècle met

³³³ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 651.

³³⁴ §2, Abs. 6 ArchivG NRW.

³³⁵ §7, Abs. 6, Nr. 3 ArchivG NRW.

³³⁶ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 647.

³³⁷ VG Köln, déc. du 17 février 2004, 7 K 8281/01, „Ein wissenschaftlicher Zweck ist gegeben, wenn die Verwendung des Betätigungsmittels im Rahmen eines nach Inhalt und Form ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung von Erkenntnissen erfolgen soll“.

en avant le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement (ou « Junktim »), selon lequel, l'enseignement doit être adossé à la recherche. Comme la liberté de la recherche, la liberté de l'enseignement est donc particulièrement liée à l'université. L'enseignement scientifique signifie pour un chercheur, « la transmission de l'état des recherches effectuées par soi-même ou par autrui »³³⁸. La garantie de la liberté se limite à l'enseignement scientifique qui traduit le lien avec la recherche scientifique exercée par l'enseignant. L'enseignement scientifique intègre aussi la communication des résultats des autres chercheurs. Celui qui fait de la recherche lui-même dans un domaine peut juger la recherche d'autres et la transmettre par le moyen de l'enseignement scientifique.

En France, il faut d'abord distinguer la liberté de l'enseignement de la liberté de création d'universités au sens de la loi du 12 juillet 1875 relative à la liberté de l'enseignement supérieur. Ensuite, l'utilisation dans les textes de la liberté de l'enseignement serait davantage cantonnée à une liberté exercée dans le primaire et dans le secondaire. Le domaine universitaire impliquerait plus une « fonction d'enseignement dans le supérieur qui détermine la nature et les contours exacts de cette liberté d'enseignement »³³⁹. La fonction d'enseignement se détache de la fonction dite administrative dans la mesure où elle ne suit pas une politique donnée, un programme donné ou la pensée de l'Etat. De façon analogue, Jean Rivero affirmait que l'universitaire possédait « l'entière liberté d'enseigner ce qu'il estime vrai dans la discipline qui est la sienne, quelles que soient les implications philosophiques ou politiques de cette vérité »³⁴⁰.

Selon les propos d'Olivier Beaud, la liberté pédagogique est le premier corollaire de la liberté de l'enseignement ; le programme est certes fixé au niveau national mais les universitaires choisissent librement leur méthode et le contrôle des connaissances. La liberté de l'enseignement contient ensuite une liberté critique et comme un effet miroir, cette liberté critique est compensée par la neutralité religieuse et politique qui est exigée d'un enseignant³⁴¹. Retrouve-t-on la pensée relative à une véritable fonction d'enseignement comprenant toutes ces déclinaisons de la liberté dans la dogmatique des droits fondamentaux allemande ?

En droit allemand, comme pour la liberté de la recherche, pour que certaines activités puissent bénéficier de la protection de la liberté de la science, la liberté de l'enseignement suppose la scientificité de celui-ci. Selon la Cour administrative fédérale allemande, l'ensemble des enseignements délivrés à l'université ne peuvent pas être qualifiés d'enseignement scientifique ; en effet, il ne s'agit pas uniquement d'enseignements tenus par des enseignants habilités dans le domaine de la recherche scientifique. Lorsque l'enseignement peut être qualifié d'enseignement

³³⁸ En allemand, „die Vermittlung des selbst oder von anderen Erforschten“.

³³⁹ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op cit.* , p. 76-79.

³⁴⁰ J. Rivero, « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n°3, p. 128.

³⁴¹ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op cit.* , p. 76-79.

scientifique, l'enseignant en sera responsable selon la Cour³⁴². La notion de responsabilité se retrouve pour l'enseignant comme pour le chercheur.

Tout d'abord, la question de la scientificité de l'enseignement conduit à certaines distinctions quant à l'ensemble du personnel susceptible d'enseigner dans les établissements d'enseignement supérieur allemands. Là encore, cela ne dépend pas du bénéficiaire mais bien du type d'activité. Par exemple, les enseignants en langues étrangères dans l'enseignement supérieur ne prennent pas part à la liberté de l'enseignement au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande³⁴³. En outre, les activités du personnel enseignant des « Fachhochschule » ou établissement d'enseignement supérieur de sciences appliquées peuvent être protégés par la disposition constitutionnelle uniquement dans le cas où les enseignants sont chargés de missions de recherche scientifique à côté de leurs missions d'enseignement³⁴⁴.

La même difficulté se pose pour les lecteurs travaillant dans un établissement d'enseignement supérieur³⁴⁵. Un lecteur est un enseignant qui en règle générale exerce des cours de philologie ou de linguistique dans sa langue maternelle. En cela, les lecteurs se rapprochent des enseignants en langues étrangères, dont les activités sont exclues de la protection générale de la liberté de la science. Les lecteurs allemands exerçant à l'université se consacrent aux activités d'enseignement et ne sont pas employés à un poste de recherche. Néanmoins, ils organisent et décident de leurs examens. La Cour fédérale allemande du travail précise que les lecteurs dispensent des sciences pratiques aux étudiants d'une université dans des matières particulières. L'exercice de leur enseignement peut se cantonner à la transmission d'un savoir pratique dans les sciences professionnelles ou s'étendre à un enseignement qui repose sur l'acquisition de nouveaux résultats. La Cour conclut que c'est uniquement dans la mesure où leur activité d'enseignement concourt à la garantie et au développement d'une discipline scientifique qu'elle peut être protégée par la liberté de la science³⁴⁶. C'est donc le critère de l'attribut scientifique qui vient là encore conditionner le bénéfice de la liberté de l'enseignement.

Ainsi, les activités des chargés d'enseignement, des assistants scientifiques, des collaborateurs scientifiques et autres peuvent bénéficier de la protection de la liberté de l'enseignement dans la mesure où ils sont responsables de leur activité

³⁴² BVerwG, déc. du 18 mars 1981, 6 P 17.79, „Wissenschaftliche Lehre umfasst nicht jede im Universitätsbereich stattfindende Lehrveranstaltung, sondern nur solche Lehrveranstaltungen, die von einer auf dem fraglichen Fachgebiet ausgewiesenen, auch als Forscher tätigen Lehrperson abgehalten werden. Wissenschaftliche Lehrveranstaltungen liegen dagegen nicht vor, wenn sie von weisungsmäßig abhängigen, d.h. wissenschaftlich nicht eigenverantwortlichen Personen durchgeführt werden“.

³⁴³ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 655-657.

³⁴⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 32-33.

³⁴⁵ BAG, déc. du 27 mai 2004, 6 AZR 132/03.

³⁴⁶ BAG, déc. du 27 mai 2004, 6 AZR 132/03, „Soweit Lektoren im Rahmen ihrer Lehrtätigkeit an der Sicherung und Ausweitung des Erkenntnisstandes einer wissenschaftlichen Disziplin mitwirken, nehmen sie ihrerseits an der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 5 Abs. 3 GG teil“.

d'enseignement et qu'ils rattachent autant que possible leur enseignement à l'enrichissement d'une discipline scientifique. L'enseignement qui est mis en place sur instruction ou qui découle d'une consigne ne tombe pas dans le champ de protection de l'article 5 alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. En outre, une activité exercée par un universitaire bénéficiant d'une habilitation³⁴⁷ apparaît comme un « gage » supplémentaire pour bénéficier de la liberté de l'enseignement puisque l'individu est déjà habilité à diriger des recherches. L'attribut scientifique de l'enseignement et le lien entre la liberté de l'enseignement et la liberté de la recherche est alors « présumé ».

Après avoir envisagé les particularités de la liberté de l'enseignement par rapport à certaines activités, il faut s'intéresser au champ d'application matériel de la liberté proprement dit. Entrent dans la définition des activités de l'enseignement scientifique protégé par l'article 5, alinéa 3, phrase première, les formes suivantes : l'enseignement à travers l'exposé oral et l'enseignement scientifique provenant des manuels ou de notes retransmises. L'enseignement scientifique peut encore s'exercer par le moyen de revues scientifiques et par la radiodiffusion. Le choix de présentation d'un enseignement et la méthode didactique utilisée appartiennent aussi à la liberté de l'enseignement³⁴⁸.

D'un point de vue jurisprudentiel, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande, dans son arrêt de principe, définit l'enseignement comme la « transmission des résultats de la recherche »³⁴⁹. Elle instaure également une protection particulière au profit du contenu de l'enseignement, sa forme méthodique et le droit de diffusion des réflexions scientifiques³⁵⁰. Dans l'arrêt « Bremer Modell » de 1980, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande insiste sur le libre choix de l'enseignement et ses conséquences quant à l'influence des professeurs d'université dans les organes collégiaux de libre administration. Il était notamment question dans cette affaire de la possibilité d'aménager un droit de vote multiple ou en allemand « Mehrfachstimmrecht » en faveur des professeurs d'université sur les questions relatives à l'enseignement³⁵¹. La liberté de l'enseignement appartenant en premier

³⁴⁷ BVerfG 88, 129, déc. du 3 mars 1993, „Promotionsberechtigung“.

³⁴⁸ Par conséquent, toutes les formes de l'enseignement scientifique sont protégées : les cours magistraux, les travaux dirigés, les séminaires propédeutiques, les séminaires de deuxième cycle, les colloques,... Ainsi que toutes les formes de support : les manuels, les notes, les lettres d'enseignement, les présentations sur Internet,... La liberté de l'enseignement protège aussi l'enseignement de la science en dehors de l'université et ce dans n'importe quelle forme.

³⁴⁹ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „den Charakter der Lehre als der wissenschaftlich fundierten Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“.

³⁵⁰ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

³⁵¹ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Der gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gebotene besondere Einfluss der Hochschullehrer in Kollegialorganen der Gruppenuniversität kann auch mit Hilfe eines Mehrfachstimmrechts der Professorenvertreter sichergestellt werden ; es muss jedoch gewährleistet sein, dass die Hochschullehrer nach der Zahl der ihnen zugewiesenen Sitze in den Gremien angemessen repräsentiert und bei den Beratungen in der Lage sind, ihre möglicherweise unterschiedlichen fachlichen Auffassungen hinreichend zu vertreten. Zur Ausgestaltung des durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dem Gesetzgeber aufgegebenen Schutzes der Lehrfreiheit der Professoren gegen Störungen“.

lieu à la dimension subjective des droits est en lien étroit avec la dimension objective de la liberté de la science.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans sa décision de 1980, renvoie au texte de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. Le législateur définit la liberté de l'enseignement ou « Freiheit der Lehre » au paragraphe 4, alinéa 3³⁵². La loi protège la tenue d'un cours, son contenu et sa méthode. La loi protège encore un droit d'expression des opinions scientifiques et artistiques³⁵³. Cette disposition ne concerne que les activités d'enseignement des établissements d'enseignement supérieur publics et des établissements d'enseignement supérieur reconnus par les pouvoirs publics. Selon la loi, la liberté de l'enseignement est garantie dans ces établissements aussi longtemps qu'il s'y exerce un véritable enseignement scientifique. Au premier niveau, il existe la liberté de l'enseignement des professeurs, qui jouissent du droit de proposer et de conduire des cours. Ce droit est relatif à une discipline scientifique particulière. Puis, selon les dispositions légales, le professeur doit encore faire évoluer sa matière, ce qui contribue à l'ouverture de la science. Le critère de la scientificité de l'enseignement renvoie donc à la nécessité d'évolution, à l'exigence de progrès de la discipline en cause par le moyen de sa transmission.

Le droit fondamental de la liberté de l'enseignement scientifique protège certes l'objet du contenu et de la méthode d'un cours mais les exigences constitutionnelles et légales relatives à la liberté de l'enseignement ne décrivent pas la manière dont devrait être organisé un cours. Il n'est rien précisé non plus quant aux examens ; s'ils doivent faire l'objet d'un exercice écrit ou d'une épreuve orale. Par ailleurs, la liberté de l'enseignement ne commande pas la réussite ou l'échec d'un examen³⁵⁴.

Les examens universitaires, qu'ils s'agissent d'épreuves ponctuelles ou d'examens terminaux pour l'obtention d'un diplôme, sont aussi inclus dans la notion d'enseignement au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande. Cependant, la jurisprudence ne tranche pas la question de savoir si l'activité de l'examineur bénéficie de la protection de la liberté de l'enseignement.

³⁵² §4, Abs. 3 HRG, „Die Freiheit der Lehre (Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes) umfasst, unbeschadet des Artikels 5 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes, im Rahmen der zu erfüllenden Lehraufgaben insbesondere die Abhaltung von Lehrveranstaltungen und deren inhaltliche und methodische Gestaltung sowie das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen und künstlerischen Lehrmeinungen. Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane in Fragen der Lehre sind insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation des Lehrbetriebes und auf die Aufstellung und Einhaltung von Studien- und Prüfungsordnungen beziehen; sie dürfen die Freiheit im Sinne von Satz 1 nicht beeinträchtigen“.

³⁵³ BVerfG 55,37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „im Rahmen der zu erfüllenden Lehraufgaben insbesondere die Abhaltung von Lehrveranstaltungen und deren inhaltliche und methodische Gestaltung sowie das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen und künstlerischen Lehrmeinungen“. Le même raisonnement figure déjà dans la décision BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

³⁵⁴ VGH Hessen, déc. du 29 août 1990, 6 N 3630/87.

En effet, cette activité serait davantage liée à la liberté de la profession de l'étudiant et au fait que l'examineur reste plus ou moins lié à ses obligations de service³⁵⁵.

Le corollaire de la liberté de l'enseignement des professeurs et la liberté d'étudier des étudiants. Plus que la liberté de la recherche, la liberté de l'enseignement place l'enseignant et l'étudiant dans un rapport direct. De plus, si l'université doit promouvoir les libertés individuelles des universitaires, parmi elles, la liberté de l'enseignement, elle doit aussi remplir une fonction de formation des étudiants. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les universités ne doivent pas seulement servir la promotion de la science mais doivent aussi remplir la fonction de formation afin que les étudiants puissent accéder à des « professions particulières »³⁵⁶. Il n'existe pas de droit, découlant de la liberté d'apprendre, à exercer une influence sur un enseignement. Une distinction peut toutefois être faite entre les cours magistraux dans lesquels le professeur est seul orateur et les exercices et les séminaires dans lesquels les étudiants peuvent aussi exprimer leur opinion scientifique. Le recouvrement de frais d'inscription ne porte pas atteinte à la liberté d'apprendre car c'est l'offre d'étude qui est garantie en tant que prestation de l'Etat et non la gratuité des études.

De nouvelles questions viennent aujourd'hui heurter la conception cruciale de la fonction d'enseignement au sens d'une liberté pédagogique et critique, particulièrement attachée à une institution scientifique. Dans quelle mesure la « modularisation » des enseignements, les examens obligatoires en fin de module et le système des points ECTS mis en place à la suite du processus de Bologne pourront-ils être articulés avec la liberté de l'enseignement au sein des universités. La Cour constitutionnelle allemande a dû examiner un recours d'une faculté de sciences économiques d'un établissement d'enseignement supérieur qui invoquait une violation de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale et de la liberté d'organisation de l'enseignement vis-à-vis de l'introduction contraignante de la structure « bachelor/master ». La Cour, en l'espèce, a rejeté, *a limine*, la requête, en raison, selon elle, d'un manque de motivation³⁵⁷.

³⁵⁵ VGH Baden-Württemberg, déc. du 29 octobre 2004, 9 S 2089/04, „Offen kann bleiben, ob eine Prüfertätigkeit überhaupt am grundrechtlichen Schutz der Wissenschaftsfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG teilnimmt und ob und inwieweit es im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist, dass der Antragsteller keine dienstrechtlich vermittelten Aufgaben in Forschung und Lehre wahrnimmt, er also nicht mehr aufgrund funktionaler Pflichten kraft seines Amtes lehrt und forscht, sondern er von seinen Lehr- und Verwaltungspflichten entbunden ist und lediglich von einer ihm weiterhin zustehenden (Lehr-)Berechtigung Gebrauch macht. Denn wie bereits das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, gehören Vorschriften über die Bestellung eines Prüfungsausschusses jedenfalls zu denjenigen Regelungen, die im Hinblick auf das Grundrecht der Studenten auf Berufsfreiheit zur Gestaltung des Prüfungsverfahrens, insbesondere auch zur Zusammensetzung und Zuständigkeit von Prüfungsgremien, erforderlich sind“.

³⁵⁶ BVerfG, déc. du 3 septembre 2014, 1 BvR 3048/13, „[...] da die Hochschulen nicht nur der Pflege der Wissenschaften dienen, sondern auch die Funktion von Ausbildungsstätten für bestimmte Berufe haben“. Voir aussi BVerfGE 126, 1, déc. du 13 avril 2010, „Fachhochschullehrer“.

³⁵⁷ BVerfG, déc. du 7 août 2007, 1 BvR 2667/05.

La liberté de l'enseignement, distincte de la liberté de la recherche au sens de la Loi fondamentale ne doit pas être reléguée au second plan ou encore figurer dans un système de protection qui privilégierait la mission de formation des étudiants au détriment de la liberté de l'enseignement. La fonction d'enseignement, servant la promotion de la science, et la fonction de formation sont à distinguer l'une de l'autre mais ne doivent pas forcément s'opposer. La Cour constitutionnelle n'est pas toujours très claire à ce sujet dans la mesure où elle peut insinuer que la fonction principale d'une université est celle de la formation³⁵⁸.

En Allemagne comme en France, la portée de la liberté de l'enseignement a tendance à s'éloigner de celle de la liberté de la recherche bien que le schéma de pensée des deux libertés soit complémentaire. En allant plus loin, la liberté de l'enseignement ne peut pas s'entendre en dehors de la liberté de la recherche. Le critère de scientificité domine la notion d'« enseignement » tout en exigeant une conception ouverte et diversifiée de la forme et du contenu de l'activité. La liberté de l'enseignement met aussi en œuvre la responsabilité du professeur. En outre, la « fonction d'enseignement » se retrouve également dans la nécessité de faire évoluer une discipline scientifique à travers son enseignement. La liberté de l'enseignement au sens d'une fonction permet de conserver cette dimension active de la liberté et de maintenir la transmission de la connaissance dans un processus ouvert et pluraliste au sein de l'institution universitaire. Bien que la liberté de la recherche et de l'enseignement peuvent être analysées de façon distincte, le principe de la « Junktim » permet de réconcilier leurs fondements réciproques.

§2 Vers une exigence constitutionnelle de la jonction de l'enseignement et de la recherche?

La Cour constitutionnelle fédérale allemande entend le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement comme une clause fonctionnelle. En d'autres termes, le principe d'unité sert la dimension fonctionnelle de l'institution universitaire selon la conception de la Cour. Il permet, avec d'autres principes que nous étudierons ultérieurement, de mettre en œuvre une organisation adaptée à la science (ou « Wissenschaftsadäquanz »). Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement est donc assimilé à un principe d'organisation.

Entre autres, la question d'une organisation adaptée au contenu scientifique de l'enseignement et celle relative à une organisation adaptée au contenu scientifique de la recherche se résolvent de façon autonome l'une par rapport à l'autre dans la

³⁵⁸ BVerfG, déc. du 7 février 2007, 1 BvR 2667/05, „Die Hochschulen dienen nicht nur der Pflege der Wissenschaft, sondern haben vor allem auch die Funktion von Ausbildungsstätten für bestimmte Berufe“. La Cour ajoute que l'enseignement doit être orienté vers la pratique professionnelle puisque l'université accomplit une mission de l'Etat. „Die auf einen berufsqualifizierenden Abschluss zielende Lehre ist eine den Universitäten und Fakultäten einfachgesetzlich übertragene staatliche Aufgabe“.

jurisprudence allemande. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle ne conserve pas une double dimension, une approche subjective des droits fondamentaux et une dimension objective et institutionnelle des droits ; elle n'accorde pas, au principe d'unité de la recherche et de l'enseignement, une double protection, protégeant l'individu dans son exercice complet de la science.

Si le principe n'est envisagé que dans une seule dimension, il ne pourra pas entraîner d'interdépendance effective de la recherche et de l'enseignement à l'université. Les activités de recherche et d'enseignement ne seront comprises qu'en lien avec la protection des intérêts d'un individu ou en fonction de l'influence des individus dans le processus décisionnel. Deux conséquences peuvent poindre. En premier lieu, les activités de la recherche et de l'enseignement ne pourront pas être caractérisées par leur fondement commun, la science. On pourra y voir une certaine hiérarchie dans les activités ; l'enseignement devient la première mission des universités, devant la recherche. En second lieu, les activités d'enseignement pourront s'opposer aux activités de recherche. Le principe serait à terme défavorable aux bénéficiaires de la liberté de la science (A).

Au contraire, le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement devrait aussi être inscrit en tant que garantie institutionnelle : garantie qui s'ajouterait à la dimension subjective et individuelle « préférée » par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le principe pourra être entendu à la fois comme protégeant le socle unifié de la recherche et de l'enseignement au sein de l'université et comme protégeant l'individu dans sa démarche scientifique entière et vivante qui allie enseignement et recherche (B).

Le principe permet enfin de conserver une double approche méthodologique scientifique. Le but ultime de l'université ne représente pas le savoir mais davantage « l'art d'utiliser le savoir ». Devant la quantité incommensurable des connaissances, il faut concilier un esprit d'ordre et l'art de la mémoire. Il est moins question d'apprentissage de connaissances pour l'étudiant que d'une formation autour de la faculté d'apprendre. Si l'individu possède cette faculté, il pourra alors assimiler des connaissances sur un temps beaucoup plus long. L'apprentissage s'inscrit dans une perspective infinie. Selon Fichte, l'étudiant ne doit pas répéter les connaissances qu'il a apprises, il est nécessaire que l'étudiant soit en mesure de pouvoir créer quelque chose d'autre, voire que l'étudiant aguerri propose à son tour un problème à résoudre³⁵⁹. Cet enseignement exhaustif en lien avec la recherche n'est possible qu'avec la reconnaissance complète d'un principe pluridimensionnel.

³⁵⁹ J-G. Fichte, « Plan déductif d'un établissement d'enseignement supérieur à fonder à Berlin » (1807), (enseignement) A. Renaut, dans Schelling, Fichte, Schleiermacher, Humboldt, Hegel, *Philosophies de l'Université, l'idéalisme allemand et la question de l'Université*, op. cit., p. 170-196.

A. Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement en tant que clause fonctionnelle : l'absence de réciprocité de la recherche et de l'enseignement

Selon la doctrine, le lien entre recherche et enseignement pourrait s'inscrire autant dans l'aspect individuel que dans l'aspect institutionnel de la liberté de science³⁶⁰. L'interdépendance de la recherche et de l'enseignement se traduit en allemand par le terme de « Junktum ». Il provient du latin «iunctum» et traduit la connexion de deux concepts. Les deux paramètres sont interdépendants et ne peuvent pas être envisagés autrement que comme un tout. La Cour Constitutionnelle fédérale allemande a estimé, par exemple, que la phrase 2 du paragraphe 3 de l'article 14 de la Loi fondamentale relatif au droit de propriété contenait une « Junktumklausel » ou clause de non-disjonction³⁶¹.

La clause de non-disjonction du droit de propriété précise les règles relatives à l'expropriation. La clause remplit trois fonctions centrales de protection. Elle garantit la protection du citoyen, puisqu'elle prévoit que dans tous les cas de l'expropriation, l'individu bénéficiera d'une compensation ; le citoyen obtiendra cette contrepartie uniquement si le législateur définit avec précision les conditions de l'expropriation. La clause possède alors une fonction préventive destinée au législateur, dans la mesure où elle le contraint à anticiper clairement l'étendue de la compensation. Enfin, elle garantit la compétence du parlement ; le domaine de réglementation relatif à l'expropriation lui est réservé. La clause de non-disjonction s'adresse exclusivement au législateur. Une loi prévoyant une expropriation qui ne satisferait pas les exigences qui découlent de la clause, serait contraire à la Constitution. Une indemnisation insuffisante ne pourra pas être corrigée par les tribunaux mais par le législateur par le moyen d'une loi³⁶².

A la différence du droit de propriété, il n'est pas question d'une clause de non-disjonction mais d'une « junktum fonctionnelle » à propos de la connexion recherche et enseignement³⁶³. Le régime classique d'une clause de non-disjonction ne peut pas lui être appliqué. En d'autres termes, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande utilise ce principe juridique pour aboutir à une organisation adaptée au domaine de la science sans forcément faire découler des effets concrets de non-disjonction. Il n'existe pas non plus de réserve parlementaire découlant de la clause fonctionnelle de la recherche et de l'enseignement.

³⁶⁰ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p.351.

³⁶¹ Voir Art.14, Abs. 3, S.2 GG « Sie [die Enteignung] darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. » dans BVerfGE 4, 219, déc. du 21 juillet 1955, „Junktumklausel“.

³⁶² O. Depenheuer, „Artikel 14“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1*, op. cit., Art. 14 GG, Rdnr. 437, p. 1472.

³⁶³E. Schmidt-Assmann, JZ 1995, 2 (10) cité dans K.F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 425.

La clause fonctionnelle contenue dans le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement, entraîne toutefois certaines conséquences quant aux mesures d'organisation qui doivent être adaptés aux critères de la science. Ici, la science n'est pas entendue au sens large mais il est question de la science qui se compose de la recherche et de l'enseignement, pris distinctement. En d'autres termes, la jurisprudence exige certaines mesures adaptées au domaine de la recherche et des mesures d'organisation garantissant les intérêts de l'enseignement. Il y aura une organisation adaptée à la recherche et une organisation propre à l'enseignement. Ces mesures, en plus d'être distinctes les unes des autres, peuvent parfois se contredire.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré dans son arrêt de principe du 29 mai 1973 que « sans une organisation adaptée et sans des moyens financiers correspondant, décidée uniquement par l'Etat, une recherche indépendante et un enseignement scientifique ne pourraient plus être exercés »³⁶⁴. Le tribunal en a déduit une obligation de garantie fonctionnelle ou « Funktionsgewährleistungspflicht »³⁶⁵. En d'autres termes, l'Etat est tenu de maintenir un système universitaire fonctionnel³⁶⁶. La notion d'adaptation (ou « Adäquanz ») suppose la mise en œuvre de principes normatifs. Ces principes normatifs sont énoncés ensuite par la Cour constitutionnelle allemande fédérale allemande.

La Cour précise qu'elle ne peut pas définir avec précision la forme organisationnelle la plus adaptée à la science mais énumère les principes relatifs aux organes collégiaux dans les affaires relevant directement de la recherche et de l'enseignement. Elle ne parle pas des affaires relevant directement de la science mais fait la distinction entre les deux types d'activités. « Le groupe des universitaires doit être homogène (doit contenir des caractéristiques spécifiques pour ne pas être confondu avec les autres groupes), pour les décisions qui relèvent directement de l'enseignement, le groupe des universitaires doit exercer une influence déterminante (plus de la moitié), pour les décisions relevant directement de la recherche ou du recrutement des universitaires, il doit exercer une influence cruciale et pour les décisions sur les questions de la recherche et de l'enseignement, une participation indifférenciée des groupes non scientifiques est exclue³⁶⁷ ».

³⁶⁴ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „ohne eine geeignete Organisation und ohne entsprechende finanzielle Mittel, über die im wesentlichen nur noch der Staat verfügt, heute in weiten Bereichen der Wissenschaft, insbesondere der Naturwissenschaften, keine unabhängige Forschung und wissenschaftliche Lehre mehr betrieben werden kann“.

³⁶⁵ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Der Staat hat die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern. Das bedeutet, dass er funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen hat“.

³⁶⁶ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 13.

³⁶⁷ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Soweit gruppenmäßig zusammengesetzte Kollegialorgane über Angelegenheiten zu befinden haben, die Forschung und

La Cour constitutionnelle traite donc différemment une organisation adaptée à la recherche et une organisation adaptée à l'enseignement. Ici, la Cour utilise une appréciation objective de la notion d'organisation adaptée en fonction de la participation des universitaires dans le processus décisionnel. Elle se base alors sur la dimension objective du principe d'unité de la recherche et de l'enseignement en tant que clause fonctionnelle, en ne se limitant pas à une interprétation subjective de la liberté de la science. Pourtant, le principe n'offre aucune garantie d'*unité* des activités ; la participation de l'universitaire diffère selon l'activité en cause. En outre, l'organisation de l'activité de l'enseignement est de plus en plus au cœur des préoccupations de l'université.

La place de l'enseignement est plus conséquente à l'université par rapport au temps consacré à la recherche ; le professeur d'université français est un « enseignant-chercheur ». Chacune des disciplines répond à des problématiques bien distinctes et sera soumise à un régime particulier de la part de la doctrine et de la jurisprudence en France et en Allemagne. Toute la politique de l'« organisation du service » exploite la qualité d'enseignant universitaire sans qu'il n'y ait forcément de lien avec sa qualité de chercheur. L'universitaire se voit attribuer de plus en plus d'obligations de services, ce qui le confine davantage au rôle d'enseignant.

Si la *maxime* dans le droit de l'enseignement supérieur français de « l'intérêt du service » ne se retrouve pas explicitement en Allemagne, le tribunal constitutionnel de Leipzig justifie l'augmentation des obligations d'enseignement par le fait que l'universitaire est lié à son établissement et donc à ses différentes missions. L'université ne doit pas seulement garantir un libre espace d'exercice de recherche et d'enseignement pour l'individu mais doit aussi respecter l'objectif de formation des étudiants³⁶⁸. Si l'universitaire est lié à ses missions, le tribunal ne fait pas mention du principe d'unité de la recherche et de l'enseignement, il associe davantage la mission d'enseignement à la mission de formation d'un établissement d'enseignement supérieur. De plus, le tribunal précise que le droit fondamental de la liberté de la science ne se rattache pas à un espace général du scientifique mais protège deux

Lehre unmittelbar betreffen, müssen folgende Grundsätze beachtet werden: Die Gruppe der Hochschullehrer muss homogen, dh nach Unterscheidungsmerkmalen zusammengesetzt sein, die sie gegen andere Gruppen eindeutig abgrenzen. Bei Entscheidungen, welche unmittelbar die Lehre betreffen, muss die Gruppe der Hochschullehrer der ihrer besonderen Stellung entsprechende maßgebende Einfluss verbleiben. Diesem Erfordernis wird genügt, wenn diese Gruppe über die Hälfte der Stimmen verfügt. Bei Entscheidungen, die unmittelbar Fragen der Forschung oder die Berufung der Hochschullehrer betreffen, muss der Gruppe der Hochschullehrer ein weitergehender, ausschlaggebender Einfluss vorbehalten bleiben. Bei allen Entscheidungen über Fragen von Forschung und Lehre ist eine undifferenzierte Beteiligung der Gruppe der nichtwissenschaftlichen Bediensteten auszuschließen“.

³⁶⁸ VG Leipzig, déc. du 12 décembre 2012, NC 2 L 301/12, „Dabei bleibt insbesondere zu berücksichtigen, dass auch der Hochschullehrer in den Hochschulbetrieb eingebunden ist und sich deshalb solche Einschränkungen gefallen lassen muss, die mit Rücksicht auf die Zwecke der Universität, zu denen insbesondere auch die Funktion als Ausbildungsstätte gehört, als notwendig erscheinen“.

domaines à part entière de « recherche » et d'« enseignement »³⁶⁹. Par conséquent, poursuit le tribunal, la liberté de l'enseignement est conditionnée par la singularité et la spécificité (« Eigenart ») de l'enseignement qui renvoie aussi à la formation des étudiants et à leur libre choix de formation³⁷⁰.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande va plus loin dans une décision de 2014³⁷¹. La Cour rappelle que les limitations à la liberté de la science peuvent servir la protection du système universitaire fonctionnel aussi bien que la protection d'autres biens protégés par la Constitution. Dans cette affaire, c'est le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement, en tant que clause fonctionnelle, qui vient limiter la liberté de la science en restreignant la liberté de l'enseignement en fonction de la mission de formation de l'université. En d'autres termes, la garantie d'un système universitaire fonctionnel complétée par la mise en œuvre de la clause fonctionnelle du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement entre en contradiction avec la liberté de la science de l'universitaire pris individuellement. L'objectif du principe de l'unité n'a plus rien à voir avec celui de l'enrichissement de l'enseignement par la recherche.

Dans la mesure où l'enseignement devient la « première activité » d'une institution universitaire devant la recherche, il fait encore l'objet de transformations vers de nouveaux modèles pédagogiques. La formation universitaire repose désormais sur la « modularisation » des enseignements. Les modules qui remplacent les disciplines sont indépendants les uns des autres et l'activité de l'enseignement n'est plus envisagé comme un processus continu qui dépend de la recherche. Pour une part de la doctrine, l'offre d'enseignement découle surtout d'une construction bureaucratique³⁷². L'activité de l'enseignement peut prendre de nouvelles formes et par conséquent ne plus être appréhendée comme la réciproque de la recherche.

La nouvelle architecture de grades et de diplômes mise en place par le processus de Bologne a pour objectif d'harmoniser le système universitaire européen de grades et

³⁶⁹ VG Leipzig, déc. du 12 décembre 2012, NC 2 L 301/12, „In diesem Zusammenhang bedarf der Betonung, dass Art. 5 Abs. 3 GG schon seinem Normtext nach keinen allgemeinen Freiraum des Wissenschaftlers, sondern die sachlich zwar eng zusammenhängenden, gleichwohl aber jeweils eigenständigen Bereiche "Forschung" und "Lehre" schützt“.

³⁷⁰ VG Leipzig, déc. du 12 décembre 2012, NC 2 L 301/12, „Im Gegenteil setzt dieses Freiheitsrecht die vom Grundgesetz als selbstverständlich vorausgesetzte Eigenart der Lehre, die Gegenstück der Ausbildung und damit einer elementaren Voraussetzung freier Berufsausübung ist und herkömmlich den Hochschulen und ihren wissenschaftlichen Organisationsstrukturen obliegt“.

³⁷¹ BVerfG, déc. du 3 septembre 2014, 1 BvR 3048/13, „Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit von Hochschullehrenden können insbesondere durch das Ziel der – ihrerseits durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten – Erhaltung und Förderung der Funktionsfähigkeit der Hochschulen sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Vor allem müssen die Universitäten und Fachbereiche ihre Aufgaben in Lehre und Forschung erfüllen können. Zu berücksichtigen sind auch die in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechtspositionen der Studierenden, da die Hochschulen nicht nur der Pflege der Wissenschaften dienen, sondern auch die Funktion von Ausbildungsstätten für bestimmte Berufe haben“.

³⁷² E. F. Darraz, G. Lenhardt, R. D. Reisz, M. Stock, *Hochschulprivatisierung und akademische Freiheit, Jenseits von Markt und Staat: Hochschulen in der Weltgesellschaft*, Bielefeld, Science Studies, 2010, p.109 et 160.

diplômes : le bachelor, le master et le doctorat. Chaque niveau d'étude est validé lorsque le nombre de crédits européens est obtenu. Le grade de licence sanctionne désormais un parcours de six semestres. L'enseignement n'est donc plus scindé annuellement mais morcelé par semestre. La conception modulaire est davantage utilisée dans les domaines de la formation continue, faisant appel à une organisation gestionnaire, « de type industriel et managérial ». Derrière la notion de module s'exerce « un découpage pédagogique des savoirs initié par l'enseignant »³⁷³. Les formations morcelées ne correspondent plus forcément au modèle d'études général et abstrait qui liait enseignement et résultats de la recherche.

La Cour constitutionnelle allemande et l'utilisation du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement comme une clause fonctionnelle tendent à séparer les activités de la recherche et de l'enseignement. L'enseignement se détache de plus en plus de la recherche et est soumis à de nouvelles exigences d'efficacité et de rationalité dans son organisation. L'approche fonctionnelle est donc réductrice par rapport aux enjeux de la liberté de la science et de l'association humboldtienne de la recherche et de l'enseignement.

B. L'unité de la recherche et de l'enseignement, d'une « clause fonctionnelle » à une véritable garantie institutionnelle ?

La conjugaison recherche-enseignement connaît paradoxalement un regain constitutionnel dans les garanties des réglementations des Länder qui elles, se rangent davantage dans la perspective institutionnelle de la liberté de la science³⁷⁴. De la même façon, la jurisprudence devrait reconnaître une place constitutionnelle à part entière au principe de l'unité de recherche et d'enseignement pour en faire une véritable garantie institutionnelle plus qu'une seule clause fonctionnelle. Les imprécisions quant aux conséquences juridiques réelles de ce principe peuvent desservir la liberté de la science et les libertés individuelles.

Si le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement paraît trop à l'étroit dans une clause fonctionnelle pour aboutir à une véritable garantie d'interdépendance, le principe devrait être reconnu explicitement par la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme une garantie institutionnelle. La clause fonctionnelle ne permet pas de réunir les deux activités, elle ne peut que les protéger de façon autonome et ce, parfois au détriment de l'universitaire. Une garantie institutionnelle pourrait au contraire, joindre la recherche et l'enseignement et renforcer l'autonomie académique institutionnelle dans son ensemble. Certains indices dans la jurisprudence allemande montrent toutefois que le principe peut y être sous-entendu en ce sens.

³⁷³ M. Miguet, « Depuis une décennie, la FAD dans les universités françaises », Au croisement des discours de modernisation et du terrain, *Distances et savoirs*, 2011/3, vol. 9, p. 331-347.

³⁷⁴ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 425.

La jurisprudence allemande laisse entrevoir dans sa jurisprudence des « traces juridiques » de la jonction effective de l'enseignement et de la recherche. En premier lieu, en 1978, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a expliqué que dans les universités publiques, il n'y a pas uniquement l'enseignement mais aussi la recherche, qui, en raison du lien étroit entre recherche et enseignement, vise la publicité et la publication des résultats de la recherche³⁷⁵. La formulation reste large mais le lien entre les activités est tout de même marqué. En 2010, la Cour constitutionnelle utilise explicitement le terme de « principe d'unité de la recherche et de l'enseignement (« Grundsatz der Einheit von Forschung und Lehre ») pour affirmer que le principe n'a pas pour conséquence de priver les « Fachhochschule » de la protection du droit fondamental de la liberté de la science³⁷⁶. Bien que cela participe de la confusion du régime des établissements d'enseignement supérieur³⁷⁷, le principe d'unité est ici interprété dans le sens d'un élargissement de la protection de la liberté de la science aux établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées.

La Cour administrative fédérale allemande a, quant à elle, estimé que l'appellation « enseignement scientifique » ne concerne pas tous les enseignements qui ont lieu à l'université mais seulement les enseignements qui se rattachent à une matière de recherche et qui auraient pu être exercés par un chercheur. Il n'y a pas d'enseignement scientifique lorsqu'il s'agit d'un enseignement qui découle de certaines directives ou lorsque la personne n'en est pas responsable scientifiquement³⁷⁸. C'est aussi ce qui ressortait de la définition de la liberté de l'enseignement de la jurisprudence allemande. Sans énoncer explicitement le principe d'unité de la recherche et de l'enseignement, la Cour administrative fédérale interprète l'activité d'enseignement à la lumière du principe.

L'équivalent du Conseil des Prud'hommes, le « Bundesarbeitsgericht », définit la recherche comme « une activité intellectuelle avec l'objectif de découvrir de nouveaux résultats, de façon méthodologique, systématique et vérifiable ». De plus, « la recherche, avec le concept d'enseignement, forment le terme générique de la

³⁷⁵ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“, „Grundsätzlich ist nicht nur die Lehre, sondern auch die Forschung an den öffentlichen Universitäten aufgrund der engen Verbindung von Forschung und Lehre auf Publizität und Veröffentlichung der Forschungsergebnisse hin angelegt“.

³⁷⁶ BVerfG 126, 1, 13 avril 2010, 1 BvR 216/07, „Auch der Grundsatz der Einheit von Forschung und Lehre führt nicht dazu, dass wissenschaftliche Lehre institutionell zwingend an Universitäten gebunden ist und Fachhochschullehrern das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit folglich nicht zustehen kann“.

³⁷⁷ Voir Première Partie, Titre 2, Chapitre 1^{er}, Section 2, §2 « Limite au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement : la tendance contemporaine à la dissociation de la recherche et de l'enseignement et la mise en avant des spécificités de chacune des activités ».

³⁷⁸ BVerwG, déc. du 18 mars 1981, 6 P 17.79, „Wissenschaftliche Lehre umfasst nicht jede im Universitätsbereich stattfindende Lehrveranstaltung, sondern nur solche Lehrveranstaltungen, die von einer auf dem fraglichen Fachgebiet ausgewiesenen, auch als Forscher tätigen Lehrperson abgehalten werden. Wissenschaftliche Lehrveranstaltungen liegen dagegen nicht vor, wenn sie von weisungsmäßig abhängigen, d.h. wissenschaftlich nicht eigenverantwortlichen Personen durchgeführt werden“.

science qui contient tout ce qui, selon la forme et le contenu, peuvent être considérés comme un essai sérieux et organisé de recherche de la vérité »³⁷⁹. Une jurisprudence de 2015 confirme le fait que la recherche et l'enseignement sont en lien étroit et peuvent être désignés par le terme générique (ou « Oberbegriff ») de la science³⁸⁰. C'est alors le concept même de science qui traduit et légitime le principe de l'unité.

Le tribunal du Land de Hesse indique que la recherche et l'enseignement peuvent être orientés à la poursuite d'un effort de vérité et que la science est sous la responsabilité du scientifique³⁸¹. Le tribunal poursuit en affirmant que la liberté de l'enseignement protège un enseignement contenant une approche méthodologique ; « Comme l'histoire de la liberté de la science le confirme, la liberté de la recherche regroupe le questionnement et les principes de la méthodologie ainsi que la valorisation des résultats de la recherche et le droit de critiquer des opinions enseignantes scientifiques »³⁸². Pour le tribunal, la liberté de la recherche se confond dans la liberté de l'enseignement au regard de l'objectif commun de la quête de la vérité et de leurs principes méthodologiques. Enfin, la responsabilité du scientifique implique, d'une certaine manière, un exercice complet de la science.

En second lieu, la jurisprudence allemande transmet aussi quelques indices quant à la dénomination proprement dite du scientifique, en lien avec l'interdépendance enseignement-recherche. Le bénéficiaire de la liberté de la science pourra être désigné selon les cas comme un professeur d'établissement d'enseignement supérieur ou « Hochschullehrer », comme un professeur ou « Professor » (qui ne peut être employé qu'en référence à l'université) ou comme un scientifique en tant que tel ou « Wissenschaftler » (bien qu'il exerce uniquement ses activités au sein d'une institution universitaire). La jurisprudence utilise aussi le terme de « Professorengruppe », pour désigner le groupe des universitaires accomplissant les activités de recherche et d'enseignement. La traduction littérale du terme français d'enseignant-chercheur n'existe pas dans la terminologie allemande. Le droit de l'enseignement supérieur allemand sous-entend donc le lien entre l'enseignement et la recherche en désignant le professeur d'université.

³⁷⁹ BAG, déc. du 11 mars 1999, 2 AZR 427/98, „Forschung meint die geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen und bildet zusammen mit dem Begriff der Lehre den Oberbegriff der Wissenschaft, der alles umfasst, was nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.

³⁸⁰ LAG Köln, déc. du 23 janvier 2015, 4 Sa 773/14, „Dabei bringt der gemeinsame Oberbegriff "Wissenschaft" den engen Bezug von Forschung und Lehre zum Ausdruck“.

³⁸¹ VGH Hessen, déc. du 29 décembre 1993, 11 TH 2796/93, „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt als Abwehrrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe und steht jedem zu, der wissenschaftlich tätig ist. Damit sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden.“

³⁸² VGH Hessen, déc. du 29 décembre 1993, 11 TH 2796/93, „Wie auch die Geschichte der Wissenschaftsfreiheit bestätigt, umfasst die Freiheit der Forschung insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung; die Freiheit der Lehre insbesondere deren Inhalt, den methodischen Ansatz und das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen Lehrmeinungen“.

En France, la loi Savary du 26 janvier 1984 procédait à la redéfinition des missions des enseignants-chercheurs : ils ont une double mission, l'enseignement et la recherche³⁸³. L'universitaire n'est pas forcément un chercheur qui enseigne ou un enseignant qui fait des recherches, il évolue dans ces deux types d'activités sans qu'un lien ne soit forcément nécessaire à leur accomplissement. Un enseignant-chercheur exerce une double mission, celle de faire progresser la recherche et celle de transmettre les connaissances acquises à ces étudiants. Le trait d'union signifie-t-il le dédoublement des fonctions, la distinction de celles-ci ou une interdépendance entre les activités de la recherche et de l'enseignement ?

Tout d'abord, le Code de l'éducation décompose le personnel enseignant de l'enseignement supérieur en comptant les enseignants-chercheurs appartenant à l'enseignement supérieur, d'autres enseignants ayant également la qualité de fonctionnaire, des enseignants associés ou invités et des chargés d'enseignement³⁸⁴. Ainsi, les enseignants-chercheurs ne représentent qu'une partie du personnel enseignant d'un établissement d'enseignement supérieur. En outre, « les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche »³⁸⁵. La loi distingue les fonctionnaires qui n'exercent que des fonctions d'enseignement et les fonctionnaires qui n'exercent que de la recherche, de ceux qui possèdent cette double mission. La dénomination « enseignant-chercheur » entend donc au moins le dédoublement des activités. Enfin, la loi prévoit que « leurs statuts leur permettent d'exercer ces missions simultanément ou successivement »³⁸⁶. Si l'interdépendance des activités n'est pas clairement affirmée, il est sous-entendu que le personnel des enseignants-chercheurs doit exercer les deux.

Dans les textes allemands, le personnel académique est désigné par le terme de « Hochschullehrer » et « Hochschullehrerin », terme que l'on pourrait traduire comme professeur d'université ou plus généralement, comme professeur d'établissement d'enseignement supérieur. Les « Hochschullehrer » comprennent les professeurs ou « Professoren » et ce que l'on appelle les « Juniorprofessor »³⁸⁷. Ces derniers ont un rôle moins important dans la recherche, ils sont recrutés en raison de leur doctorat et non de leur habilitation. Cette catégorie de professeur d'établissement

³⁸³ O. Dord, « Réforme du statut des enseignants-chercheurs : universités vs. Universitaires ? », *AJDA* 2010, p. 323.

³⁸⁴ Art. L. 952-1 du Code de l'éducation, « Sous réserve des dispositions de l'article L. 951-2, le personnel enseignant comprend des enseignants-chercheurs appartenant à l'enseignement supérieur, d'autres enseignants ayant également la qualité de fonctionnaires, des enseignants associés ou invités et des chargés d'enseignement ».

³⁸⁵ Art. L. 952-2 du Code de l'éducation.

³⁸⁶ Art. L. 952-2-1 du Code de l'éducation.

³⁸⁷ §42 Hochschulrahmengesetz (HRG), „Das hauptberuflich tätige wissenschaftliche und künstlerische Personal der Hochschule besteht insbesondere aus den Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern (Professorinnen und Professoren, Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren), den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Lehrkräften für besondere Aufgaben“.

d'enseignement supérieur a été créée en 2002 lors de la cinquième modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. Un professeur exerce à la fois des activités de recherche et d'enseignement. Les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur n'envisagent pas non plus de distinction entre les activités de recherche et d'enseignement et utilisent aussi la dénomination de « Hochschullehrer »³⁸⁸ ou celle de « Professor »³⁸⁹ composant le groupe des professeurs ou « Professorengruppe »³⁸⁹.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande utilise plusieurs termes différents dans sa jurisprudence. Elle peut évoquer de façon générale « la participation des scientifiques » ou « Wissenschaftler » dans le processus décisionnel d'un établissement d'enseignement supérieur eu égard à la nécessité d'une organisation adaptée à la science³⁹⁰. Le terme de scientifique est utilisé ici pour désigner spécifiquement l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur. Cela permet également à la Cour de ne pas distinguer les activités de recherche et d'enseignement lorsqu'elle évoque la participation des membres scientifiques dans les affaires relevant de la science. La Cour constitutionnelle fédérale allemande peut aussi associer plus facilement la protection de la liberté de l'enseignement au « Hochschullehrer » qui appartient au groupe des « Hochschulprofessoren »³⁹¹. Dans une décision plus récente de la Cour, le « Hochschullehrer » désigne l'individu qui peut bénéficier de la liberté de la science au sein de l'institution universitaire³⁹², parmi d'autres bénéficiaires possibles. La Cour n'adopte pas toujours le même terme pour désigner l'universitaire mais elle ne distingue pas explicitement le type des activités exercées dans son raisonnement.

Traditionnellement, l'interdépendance des deux disciplines se révèle dans la mesure où l'une traduit la mise en pratique de l'autre. Selon, certains auteurs, l'unité servirait à ce que l'enseignement prolonge la médiation pédagogique et didactique des

³⁸⁸ Voir par exemple §10, Abs. 1, Nr. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG); §49 Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz.

³⁸⁹ Voir par exemple, §32, Abs. 1 Hessisches Hochschulgesetz (HHG); §50, Abs. 2, Nr. 3 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HG MV); §9 Gesetz über die Universität des Saarlandes.

³⁹⁰ BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07, „Die mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Mitwirkung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern im wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge einer Hochschule erstreckt sich auf alle wissenschaftsrelevanten Entscheidungen“.

³⁹¹ BVerfG, déc. du 3 septembre 2014, 1 BvR 3048/13, „Die Freiheit der Lehre für Hochschullehrerinnen und -lehrer wird insoweit auch durch ihr konkretes Amt bestimmt“, „Da die Lehre zu den dienstlichen Pflichten der Hochschulprofessorinnen und Hochschulprofessoren gehört, sind auch Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane über die inhaltliche, zeitliche und örtliche Koordination der von der Hochschule anzubietenden Lehre und über die Verteilung und Übernahme von Lehrverpflichtungen grundsätzlich zulässig“.

³⁹² BVerfG, déc. du 17 février 2016, 1 BvL 8/10, „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt Hochschullehrende, Fakultäten und Fachbereiche sowie Hochschulen, also Universitäten und Fachhochschulen, und die privatrechtlich organisierte Wissenschaft“, (L'article 5, paragraphe 3, phrase 1 de la Loi fondamentale protège les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur, les facultés et les composantes, aussi que les établissements d'enseignement supérieur, c'est-à-dire les universités et les « Fachhochschule » et la science organisée par le droit privé).

résultats scientifiques à l'extérieur de l'université³⁹³. La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a cependant pas tranché sur la question de savoir si les deux activités devaient être entendues comme étant attachées à la personne de l'universitaire ou protégées d'un point de vue institutionnel en faveur de l'ensemble du domaine de la science. Pour une majorité d'auteurs, le manque de garantie d'un point de vue institutionnel est préjudiciable pour la recherche et l'enseignement. La Cour n'en donne pas de définition très claire dans son arrêt « Hochschulurteil », l'enseignement est la transmission scientifique fondée sur les connaissances acquises par le moyen de la recherche et la recherche un présupposé nécessaire³⁹⁴. La Cour dispose que l'enseignement défini par l'article 5, alinéa 3, phrase première ne résulte pas uniquement des résultats de la recherche propre. Elle ne suit pas à la lettre la doctrine qui considère que le lien entre la recherche et l'enseignement est la condition nécessaire et suffisante pour protéger le travail de l'enseignant à travers la liberté académique³⁹⁵.

Ainsi, la garantie constitutionnelle de l'unité enseignement et de la recherche n'est pas explicite et selon certains auteurs elle ne peut pas être déduite de la seule exigence d'une organisation universitaire en adéquation avec la science. En effet, lorsque la Cour Constitutionnelle fédérale allemande répond à la question de la compatibilité d'une mesure législative ou purement organisationnelle avec la liberté académique, elle l'examine au cas par cas³⁹⁶. Lorsqu'elle s'interroge sur une réglementation relative à l'offre d'enseignement ou à l'organisation des examens par exemple, cela n'aura pas forcément d'incidence sur le milieu de la recherche proprement dit. Comme l'article 5, paragraphe 3 de la Loi fondamentale fait une différence sémantique entre les deux disciplines, la Cour Constitutionnelle semble, de la même façon, entendre deux rationalités distinctes.

La difficulté de la reconnaissance d'une garantie constitutionnelle vient aussi du fait que la Cour Constitutionnelle fédérale allemande fait primer le droit individuel de défense de la liberté de la science par rapport à un droit fondamental objectif et institutionnel. Une part de la doctrine va plus loin en précisant que dans la perspective individuelle des droits fondamentaux, le modèle de l'unité de la recherche et de l'enseignement se présenterait comme improductif³⁹⁷. Néanmoins, les garanties institutionnelles présentes dans les Constitutions des Länder offrent aux universités et à leurs entités une possibilité de protéger les droits fondamentaux en complément de la Constitution fédérale. En ce sens, les garanties institutionnelles et la liberté de la science coexistent dans une relation de complémentarité et de réciprocité, dans laquelle liberté et institution se rejoignent.

³⁹³ Dreier/Pernice, GG Art 5 III (Wissenschaft), Rn 32 cité par S. Kempen, *Beck'scher Online-Kommentar GG*, Art.5 Abs.3 Rn 179-185.2.

³⁹⁴ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, en allemand, „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“, „notwendige Voraussetzung“.

³⁹⁵ A-K Kaufhold, *Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbefähigtes Grundrecht ?*, NJW 2010, 3276.

³⁹⁶ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 422-423.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 423.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La liberté de la science peut être entendue comme constituée de deux libertés, la liberté de la recherche et la liberté de l'enseignement mais elle peut aussi reposer sur le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. On peut définir chacune des libertés selon ses caractéristiques propres : la liberté de la recherche repose sur son attribut scientifique et son indépendance méthodologique et la liberté de l'enseignement se caractérise comme une fonction d'enseignement. Le critère de l'attribut scientifique permet alors aux pouvoirs publics de s'abstenir de définir le contenu de la liberté de recherche.

La liberté de la recherche et la liberté de l'enseignement peuvent encore être envisagées comme un tout. La recherche et l'enseignement se définissent par leur attribut scientifique et par le fait que les activités peuvent suivre n'importe quelle méthode, pourvu qu'elle soit scientifique. La recherche et l'enseignement sont indissociables l'une de l'autre puisqu'elles ont un objectif commun, la quête de la vérité. C'est la quête de la vérité qui est le fondement de la liberté de la science et l'essence de ce droit fondamental. Cette quête des connaissances, fondée sur le principe de la critique réciproque offre un socle solide et unifié à la rationalité propre de la science.

Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement, plus qu'une seule clause fonctionnelle ou un principe organisationnel, peut entraîner une interdépendance juridique entre les deux activités dans un cadre institutionnel et servir la protection du droit fondamental de la liberté de la science ainsi que chaque universitaire participant au processus d'autonomie de la science. Le principe de l'unité devrait servir l'élargissement du champ d'application de la liberté de la science plutôt que venir opposer la liberté de la recherche à la liberté de l'enseignement désavantager en fin de compte les bénéficiaires du droit fondamental.

CHAPITRE 2

Le champ d'application personnel de la liberté de la science : les personnes protégées

Les droits fondamentaux sont avant tout entendus comme dans leur dimension subjective : l'Etat ou toute autre autorité ne peuvent pas s'immiscer dans le domaine des libertés individuelles des citoyens. Dans le cas d'atteintes injustifiées aux droits fondamentaux, les individus doivent pouvoir exercer des recours devant les tribunaux allemands. La Cour constitutionnelle fédérale allemande admet la recevabilité de recours constitutionnels des personnes physiques en ce sens que les droits fondamentaux servent en priorité les individus contre les atteintes de la puissance publique. La Cour peut aussi admettre sous certaines conditions la violation d'un droit fondamental d'une personne morale. Les bénéficiaires individuels et collectifs des droits fondamentaux seront envisagés dans un premier temps (Section 1).

Si la liberté de la science est garantie avant tout en faveur de ses bénéficiaires directs, la doctrine use également d'une conception fonctionnelle du bénéfice de la liberté de la science en vue d'étendre le processus de gain de connaissances par l'intervention d'autres acteurs. En cela, les étudiants peuvent être désignés comme des bénéficiaires indirects de la liberté de la science en ce qu'ils participent, dans une certaine mesure, à l'institution universitaire (Section 2). En outre, depuis les années 70, la question de l'existence d'un droit aux études en tant que droit fondamental s'est insérée dans les débats de la doctrine allemande, sous la forme d'un éventuel droit à la formation qui découlerait d'un droit au travail ou « Recht auf Arbeit ». Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'exercice d'un emploi conditionne l'existence économique de l'individu et en même temps joue un rôle dans l'épanouissement de sa personnalité. Le droit au travail influe à la fois sur la

sphère professionnelle des individus mais encore sur l'identité et le statut des bénéficiaires des droits fondamentaux³⁹⁸.

Concernant le droit au travail, il n'y a pas de doute sur le fait qu'il existe une obligation constitutionnelle de création d'emplois pour les pouvoirs publics. Cependant, un droit subjectif au travail en faveur de l'individu ne peut pas être déduit de l'obligation positive de l'Etat³⁹⁹. En outre, les pouvoirs publics ne détiennent pas le monopole de la création d'emplois dans le milieu économique, c'est pourquoi la Constitution allemande ne peut pas reconnaître de droit subjectif à l'emploi⁴⁰⁰. Quel serait le type de protection accordé aux bénéficiaires, découlant d'un droit à la formation par rapport à la protection des bénéficiaires directs de la liberté de la science ?

En Allemagne, la réforme constitutionnelle du 28 août 2006 (Föderalismusreform I) a entraîné de profonds changements dans le droit de l'enseignement supérieur en abrogeant la compétence de la Fédération prévue à l'ancien article 75 de la Loi fondamentale. Les questions relevant de l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur au sens strict (entendues distinctement des dispositions relatives à l'accès aux établissements d'enseignement supérieur) sont réglées par le paragraphe 27 et suivants de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur et la réglementation relative aux diplômes est contenue aux paragraphes 9 à 13 et 15 à 20 de cette même loi. Ces domaines appartiennent dorénavant à la compétence de la législation concurrente de la Fédération et des Länder de l'article 74 de la Loi fondamentale, avec une possibilité de dérogation de la part des Länder. Les Länder détiennent une compétence législative exclusive concernant le domaine de l'accès aux établissements d'enseignement supérieur, du statut des étudiants et de la réglementation relative aux droits d'inscription. Le droit relatif aux études et aux étudiants revient donc désormais majoritairement aux Länder. Un cadre commun existe encore s'agissant de la « répartition » des étudiants dans les établissements et de la délivrance des diplômes. Avant de proposer une analyse de la liberté des étudiants au regard de la liberté de la science, il faut d'abord en déterminer les bénéficiaires « naturels ».

Section 1. Les bénéficiaires de la liberté de la science

De façon générale, le droit fondamental de la liberté de la science protège le scientifique en tant qu'individu, bénéficiaire « naturel » et l'institution scientifique en tant que personne morale. Les universités de droit public, les universités privées, les

³⁹⁸ BVerfGE 7, 377, déc. du 11 juin 1958, „Apotheken-Urteil“.

³⁹⁹ BVerfGE 84, 133, déc. du 24 avril 1991, „Warteschleife“.

⁴⁰⁰ G. Manssen, „Artikel 12“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C; Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1093.

instituts de recherche ou encore les facultés peuvent bénéficier de droits fondamentaux dans la mesure où ils participent à la recherche et à l'enseignement scientifiques.

Souvent, les résultats provenant de l'activité scientifique de ces établissements ne peuvent pas être attribués à un universitaire en particulier, le processus de recherche nécessite donc une protection spécifique à l'ensemble de la communauté scientifique au sein de l'institution. Un établissement en tant que personne morale pourra être considéré comme un sujet de droit de la liberté de la science. Il existe ainsi trois sujets de droit distincts dans le domaine universitaire qui bénéficient pourtant de la même liberté ; l'université et la faculté représentant les bénéficiaires collectifs et l'universitaire, désigné comme un bénéficiaire individuel.

La liberté de la science s'entend en priorité dans sa dimension individuelle et subjective en protégeant les individus qui exercent des activités de recherche et d'enseignement. Dans la dogmatique des droits fondamentaux, cette protection accordée aux bénéficiaires individuels est spécifique par rapport à d'autres droits fondamentaux, dans la mesure où elle vise à terme l'intérêt commun (§1).

A coté de cette conception purement individuelle de la liberté de la science, les droits fondamentaux peuvent aussi bénéficier aux personnes morales. En effet, en vertu de l'article 19, alinéa 3 de la Loi fondamentale, « les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet »⁴⁰¹ (§2). Afin de déterminer si une personne morale est nationale ou étrangère (« inländisch » ou « ausländisch »), il faut déterminer le lieu du siège de la personne morale⁴⁰². En outre, les personnes morales possédant leur siège dans un Etat membre sont protégées de la même façon que les personnes juridiques nationales. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a en effet concédé des droits fondamentaux aux personnes juridiques étrangères⁴⁰³.

§1 Les bénéficiaires individuels du droit fondamental dans l'intérêt commun : les titulaires directs et indirects

Dans la doctrine allemande, un bénéficiaire individuel de droits fondamentaux est une personne physique ou naturelle à qui appartient un droit fondamental. La capacité de jouir des droits fondamentaux possède les mêmes caractéristiques que la capacité juridique contenue dans le code civil allemand (ou « Bürgerliches Gesetzbuch »). Dans la mesure où les droits fondamentaux remplissent avant tout

⁴⁰¹ Art. 19, Abs. 3 GG, „Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“.

⁴⁰² « tatsächlichen Aktionszentrum », ce qui détermine son « Sitz », BVerfGE 21, 207, déc. du 1er mars 1967, „Flächentransistor“.

⁴⁰³ « Verfahrensgrundsätze, die für jedes gerichtliche Verfahren gelten und daher auch jedem zugutekommen müssen », BVerfG 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“.

une fonction défensive, l'objet protégé par le droit fondamental appartient à la personne en tant que telle⁴⁰⁴.

La question de l'âge de l'individu ne rentre pas en compte pour bénéficier de droits fondamentaux sauf si cela est expressément indiqué dans la Constitution allemande. Néanmoins, c'est la majorité de l'individu qui détermine sa capacité à revendiquer ses droits fondamentaux. Le bénéfice et l'exercice des droits fondamentaux sont conditionnés par la capacité naturelle de discernement de l'individu. Cela rejoint l'objectif de promotion de l'exercice autonome des libertés individuelles, exercice fondé sur la raison de l'homme. En règle générale, la question du discernement est déterminée par les lois⁴⁰⁵. En outre, certains droits fondamentaux spécifiques peuvent exiger des conditions supplémentaires.

Les universitaires sont, en premier lieu, les bénéficiaires « privilégiés » et directs de la liberté de la science, en ce qu'ils sont les principaux acteurs dans l'exercice des activités de recherche et d'enseignement. D'autres individus, comme des assistants ou des lecteurs, peuvent recourir à cette protection au sein d'un établissement d'enseignement supérieur. En second lieu, le droit fondamental de la liberté de la science peut s'appliquer à un certain nombre d'individus dans la mesure où ce droit profite, à terme, à l'ensemble d'une communauté. La liberté de la science s'inscrit dans un régime particulier par rapport à d'autres droits fondamentaux uniquement empreints d'une utilisation privée. En ce sens, c'est une liberté individuelle qui sert les attentes de la communauté. Les individus qui pourront alors s'en prévaloir peuvent être désignés comme des bénéficiaires indirects.

Tout d'abord, la liberté de la science protège celui qui est actif scientifiquement ou qui ambitionne de l'être⁴⁰⁶ au sein d'un établissement d'enseignement supérieur ou dans un autre lieu de recherche selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande. D'autres caractéristiques spécifiques relatives au bénéficiaire permettent de maintenir une conception ouverte du droit fondamental de la liberté de la science. Le fait de tirer avantage de cette protection ne dépend pas de la formation suivie par l'individu, du niveau intellectuel du bénéficiaire de la liberté, de la renommée scientifique ou encore d'une reconnaissance de la part de la société ou de la communauté scientifique. Le régime de protection ne tient pas non plus compte du fait que le bénéficiaire ait poursuivi ses travaux dans une bibliothèque scientifique ou dans un laboratoire particulier, dans un établissement d'enseignement supérieur qui bénéficie de financements publics ou de financements mixtes.

Un individu qui exerce dans un établissement totalement privé pourra, de la même façon, être protégé par la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale. La liberté de la science protège aussi bien le chercheur privé que

⁴⁰⁴ M. Sachs, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 3. Auflage, Köln, Springer, 2017, p. 86.

⁴⁰⁵ Voir par exemple, BVerfGE 59, 360, déc. du 9 février 1982, „Schülerberater“.

⁴⁰⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will“.

l'universitaire et tout autant le nouvel arrivant dans une institution de recherche que l'individu ayant déjà été gratifié par un prix Nobel. Enfin, il n'y a pas de distinction selon que le bénéficiaire exerce des activités liées à la recherche ou des activités liées à l'enseignement⁴⁰⁷. Certaines différences peuvent toutefois être relevées en fonction des responsabilités des scientifiques, supportées au sein d'un établissement.

La liberté de la science appartient aux professeurs des universités. Le titre de professeur peut être obtenu uniquement dans les établissements d'enseignement supérieur qui possède le « Promotionsrecht »⁴⁰⁸. Le groupe des universitaires comprend les « Professoren » et les « Juniorprofessoren »⁴⁰⁹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande justifie le fait que les universitaires représentent les bénéficiaires directs de la liberté de la science parce qu'ils occupent une « fonction clé » dans le domaine de la science et au sein des établissements d'enseignement supérieur⁴¹⁰. L'universitaire est à la fois un chercheur et un enseignant académique, qui, en raison de son habilitation ou d'une autre qualification de même valeur est capable d'exercer des matières scientifiques dans la recherche et dans l'enseignement⁴¹¹. C'est la définition matérielle de l'universitaire, utilisée dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative allemande qui prime dans la qualification de « bénéficiaire direct »⁴¹². Si le bénéfice direct de la liberté de la science au profit des universitaires n'est pas remis en question, d'autres postes au sein d'un établissement d'enseignement supérieur méritent certains éclaircissements de la jurisprudence allemande.

A l'université, les assistants peuvent aussi bénéficier de la protection de la liberté de la science s'ils exercent des activités de recherche ou des activités d'enseignement. Toutefois, ils ne doivent pas se trouver dans une relation de dépendance vis-à-vis d'un universitaire ou soumis à des injonctions particulières. La Cour administrative fédérale allemande a précisé l'étendue du bénéfice de la liberté de la science des chargés de cours ou « Privatdozenten ». La Cour estime qu'il ne résulte pas du droit fondamental de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale, un droit pour le chargé de cours de participer aux élections du conseil de libre

⁴⁰⁷ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, 2. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Wissenschaft, 2011, p. 5.

⁴⁰⁸ Le « Promotionsrecht » désigne l'habilitation d'une université ou d'un établissement d'enseignement supérieur d'octroyer le diplôme de doctorat. Comme en France, le doctorat est obtenu une fois que l'étudiant a présenté une thèse.

⁴⁰⁹ La distinction parfois imprécise dans les textes allemands entre la catégorie des « Professoren » et des « Juniorprofessoren », sera abordée dans les développements qui concernent le statut des professeurs d'université, voir Première Partie, Titre 2, Chap.2, S. 2, §1, B. « Le principe d'homogénéité de la corporation universitaire en Allemagne ».

⁴¹⁰ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁴¹¹ „Dabei ist als Hochschullehrer, unabhängig von seiner dienstrechtlichen Stellung, der akademische Forscher und Lehrer zu verstehen, der aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen gleichbewerteten Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut ist“, BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁴¹² Voir notamment, BVerfG, déc. du 16 août 2001, 1 BvL 6/01; OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 28 septembre 1990, 15 A 584/87; BVerwGE, déc. du 13 décembre 1995, 6 C 7/94.

administration de l'établissement d'enseignement supérieur. Il s'agissait, dans l'affaire en l'espèce, de confronter le droit de l'enseignement supérieur du Land de Westphalie du Nord aux dispositions de la Constitution allemande. Dans cette décision, la Cour administrative fédérale rappelle que le législateur a pour mission de concilier les différents intérêts et l'ensemble des fonctions qui caractérisent les groupes de personnes au sein de l'établissement. Un chargé de cours ne peut donc pas prétendre intégrer le groupe des universitaires dans la mesure où il n'est pas suffisamment lié à la recherche académique ; il ne rentre donc pas dans la définition matérielle de l'universitaire⁴¹³. Les assistants pourront jouir de la protection de la liberté de la science dans leurs activités de façon limitée. En outre, comme indiqué précédemment, les « Lektoren » qui en règle générale, ne sont pas responsables de leurs enseignements, ne peuvent pas être des bénéficiaires directs de la liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale⁴¹⁴.

La possibilité d'invoquer la liberté de la science pour les auxiliaires scientifiques et les assistants d'études n'est pas exclue aussi longtemps que, dans leurs missions où parallèlement à leurs missions, ils exercent leur propre recherche scientifique. Le fait d'apporter une aide à des membres de l'université dans le cadre de projets de recherche qui sont menés et dirigés par un universitaire, ne peut pas être défendu au nom de la liberté de la science. Dans ce cas, ce ne sont pas aux assistants d'invoquer la liberté de la science mais au professeur responsable des recherches de défendre ses intérêts scientifiques propres. Le même raisonnement s'applique pour les activités de préparation des enseignements scientifiques.

Enfin, celui qui organise la recherche ou la promeut financièrement et n'exerce pas d'autorité publique ou une quelconque autorité, pourrait aussi se prévaloir de l'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande. Un régime semblable vaut pour l'éditeur ou l'imprimeur d'ouvrages et de revues scientifiques⁴¹⁵. En effet, la liberté de la science ne rassemble pas uniquement les participants directs à un projet de recherche mais peut aussi concerner ceux qui viennent apporter les moyens nécessaires à son exercice, au sens large. Selon la doctrine, l'éditeur de travaux scientifiques peut

⁴¹³ „Nach der im Berufungsurteil wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist im Grundgesetz zwar keine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs und dementsprechend auch kein bestimmtes System von Mitwirkungsrechten an der Selbstverwaltung der Hochschule vorgegeben. Gestaltet der Hochschulgesetzgeber jedoch die Organisation der Wissenschaftsverwaltung unter Berücksichtigung der verschiedenartigen Interessen und Funktionen, die für die in der Hochschule tätigen Personengruppen charakteristisch sind (Gruppenuniversität), [...] Die wissenschaftliche Qualifikation, die der Habilitierte - hier der habilitierte Privatdozent - aufweist, vermag mithin, wie der Senat zur Gruppenzugehörigkeit habilitierter Assistenzprofessoren und wissenschaftlicher Mitarbeiter nach (früherem) rheinland-pfälzischem Hochschulrecht entschieden hat, als solche den durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Status des Hochschullehrers im materiellen Sinne nicht zu begründen. Die umfassende und selbständige Vertretung eines Faches in Forschung und Lehre, durch die der Hochschullehrer im materiellen Sinne "mit der Sache der Wissenschaft besonders eng verbunden ist", kommt einem Privatdozenten nicht zu“, BVerwGE, déc. du 30 mai 1988, 7 B 173.87.

⁴¹⁴ BAG, déc. du 27 mai 2004, 6 AZR 132/03.

⁴¹⁵ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 667.

aussi bénéficiaire, en son nom propre, de la liberté de la science en ce qu'il participe à la chaîne de création de richesses et y apporte sa contribution distincte, essentielle et indispensable⁴¹⁶.

Afin de résoudre dans un second temps la question de l'identification des éventuels bénéficiaires indirects de la liberté de la science, il faut au préalable confronter le droit fondamental de l'article 5, alinéa 3 avec les autres droits fondamentaux protégés. Tout d'abord, comme introduit auparavant, la Constitution allemande distingue deux catégories de droits fondamentaux. La première catégorie définit les droits fondamentaux appartenant aux nationaux comme aux non nationaux, ainsi qu'aux apatrides ; ils sont désignés par la doctrine à l'aide de l'expression de « Jedermann-grundrechte ». La seconde catégorie désigne les « Deutschen-Grundrechte » et ne sont octroyés qu'aux citoyens allemands. Les « Deutschen-Grundrechte » contiennent notamment les « Bürgerrechte », qui énoncent certains droits politiques⁴¹⁷. En conséquence, la doctrine différencie les « Jedermann-Grundrechte » des « Deutschen-Grundrechte » dans la dimension individuelle des droits fondamentaux. L'ensemble des droits fondamentaux ne bénéficie pas à tous les individus confondus ; il existe toutefois, une protection minimale liée au respect des droits de l'homme qui profite à tous.

Le droit fondamental de la liberté de la science fait partie de la première catégorie des « Jedermann-Grundrechte » et s'applique donc à toutes les personnes physiques ou « naturelles » susceptibles d'exercer des activités scientifiques. Il n'est pas seulement réservé aux citoyens allemands. La formulation de l'article 5, alinéa 3 ne désigne aucun individu en particulier et met en place une large protection à la différence notamment de la liberté d'association qui garantit à « tous les allemands », le droit de fonder des associations ou des sociétés⁴¹⁸. En ce sens, la liberté de la science peut se rapprocher de la liberté de religion (« Religionsfreiheit »), de la protection du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications de l'article 10, alinéa 1^{er} (« das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis »), de la garantie de l'inviolabilité du domicile de l'article 13, alinéa 1^{er} (« die Unverletzlichkeit der Wohnung ») et de la garantie de propriété de l'article 14, alinéa 1^{er}

⁴¹⁶ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 7.

⁴¹⁷ „Die Bürgerrechte des status activus sind Deutschen-Grundrechte, deren Ausübung davon abhängig gemacht werden kann, dass der betreffende Deutsche im Bundesgebiet wohnt“, Les droits fondamentaux qui appartiennent à tous les individus sont majoritaires dans la Constitution allemande. On trouve les formulations « allen Menschen » (Art. 3, Abs. 1 GG), « jedem » (Art. 2, Abs. 1 GG et Art. 5, Abs. 1, S. 1 GG), « jedermann » (Art. 9, Abs. 3, S. 1 GG notamment), „niemand“ (Art. 3, Abs. 3 GG; Art. 4, Abs. 3, S. 1 GG), „jemand“ (Art. 19, Abs. 4). Pour d'autres articles, on déduit qu'il n'y a pas d'exclusion (Art. 5, Abs. 3 GG, Art. 4, Abs. 1 et 2 GG, Art. 10 S. 1 GG). Dans les autres cas, on utilise la formulation „alle Deutschen“ (Art. 8, Abs. 1 GG; Art. 9, Abs. 1; Art. 11, Abs. 1; Art. 12, Abs. 1, S. 1 GG) ou « jeder Deutsche » (Art. 33, Abs. 1 et 2 GG) cité par C. Stark, „Artikel 1“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 117-118.

⁴¹⁸ Art. 9, Abs. 1 GG, « Tous les Allemands ont le droit de fonder des associations ou des sociétés », voir encore, Art. 11, Abs. 1 GG, liberté de circulation, « Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral » et Art. 12, Abs. 1 GG, liberté de profession, « Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation ».

(« Eigentumsgarantie »). Dans le texte constitutionnel, ces droits fondamentaux ne distinguent pas de bénéficiaires en particulier et visent ainsi l'ensemble des personnes naturelles, indépendamment du fait qu'elles possèdent la nationalité allemande. C'est ce que la doctrine qualifie de « Jedermann-Grundrecht », pouvant se traduire comme le « droit fondamental de tout un chacun ».

Ensuite, la doctrine constitutionnelle allemande marque une différence fondamentale entre la liberté de la science en tant que « Jedermann-Grundrecht » et d'autres droits fondamentaux, davantage empreints de l'utilisation privée. La liberté de choix de la profession de l'article 12, la liberté d'agir qui mène à l'épanouissement de la personne, protégée à l'article 2 ou encore l'inviolabilité du domicile prévue à l'article 13 ne possèdent pas la même fonction vis-à-vis de leurs bénéficiaires. Certes, ces droits fondamentaux visent la protection de l'ensemble de la communauté mais ce de façon indirecte⁴¹⁹. S'il existe bien la volonté de préservation d'un intérêt commun dans ces libertés, leur fonction dans le domaine privé figure au premier plan. La protection du bien commun apparaît seulement comme un objectif secondaire, une fois que les intérêts individuels ont été garantis.

La liberté de la science ne s'entend pas de la même façon selon le juriste Schiedermaier ; elle existe avant tout pour satisfaire l'ensemble de la communauté. La liberté de la science ne vient pas servir en premier lieu des intérêts individuels, il ne s'agit pas a fortiori d'un privilège de l'universitaire. C'est une liberté individuelle qui doit satisfaire les attentes de l'ensemble de la communauté. Schiedermaier résume ce propos en utilisant l'expression de « drittnütziges Grundrecht ». On pourrait rapprocher cette conception de celle de l'indépendance des juges prévue à l'article 97, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande⁴²⁰ ; de la même façon, les juges jouissent de leur indépendance dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté et contre les ingérences de l'Etat dans la justice⁴²¹.

La liberté de la science peut donc être définie comme une liberté « au service de » la communauté ou « dienende Freiheit ». Dans ce sens, la liberté de la science peut rejoindre l'esprit de la liberté d'expression de l'opinion de l'article 5, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Toutes les composantes de libertés contenues dans la disposition constitutionnelle de la liberté d'expression poursuivent l'objectif commun de servir la libre formation de l'opinion individuelle. La jurisprudence protège la dimension subjective de cette liberté (liberté d'information, liberté d'opinion, liberté de la presse et liberté de l'audiovisuel) et ce aussi longtemps que cet objectif général est maintenu. L'expression d'un « drittnütziges Grundrecht » se décline dans l'objectif fonctionnel d'aboutir à un processus de formation libre de l'opinion publique pour les établissements publics de radio et de télévision. Cette fonction se situerait en parallèle de la dimension individuelle de la liberté de l'audiovisuel et à côté de la

⁴¹⁹ Par exemple, l'inviolabilité du domicile permet de garantir la paix sociale en protégeant en premier lieu la propriété privée.

⁴²⁰ Art. 97, Abs. 1 GG, « Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ».

⁴²¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 5-6.

protection de l'établissement public en tant qu'institution à part entière⁴²². La liberté de l'audiovisuel, comme la liberté de la science bénéficierait à des titulaires indirects afin d'étendre les garanties du droit fondamental.

Dans ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu la protection de la liberté de l'audiovisuel de l'article 5, alinéa 1^{er} à un programmeur radio dans une décision du 20 février 1998⁴²³. Elle justifie sa décision par le fait que ce droit fondamental peut être invoqué à l'appui de tout recours des personnes physiques ou morales qui diffusent des programmes, sans considération de la forme juridique publique ou privée de l'établissement, sur exploitation commerciale ou sans but lucratif. Pour déterminer si un programmeur peut bénéficier de la liberté de l'audiovisuel, la Cour tient compte de ses activités effectivement exercées.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande va plus loin en admettant que le droit fondamental de la liberté audiovisuelle peut aussi bénéficier à un candidat qui souhaite obtenir une licence audiovisuelle auprès de l'autorité régionale des médias⁴²⁴. Pour cela, la Cour précise que l'étendue de la protection des droits fondamentaux relatifs au champ d'application personnel dépend en grande partie de la « situation de risque d'atteintes » pour ces droits. En l'espèce, le risque d'influer sur la liberté de programmation est particulièrement important dans le cadre de la sélection des candidats. La Cour traduit ces exigences à l'aide d'une obligation objective du législateur dans la sélection des candidats⁴²⁵. Un programmeur radio ou un candidat de l'audiovisuel ne peuvent pas être considérés comme des bénéficiaires directs de la liberté de l'article 5, alinéa 1^{er}, ils peuvent toutefois être protégés par cette disposition en tant qu'acteurs indirects participant au processus plus large de la libre formation de l'opinion publique.

Ainsi, l'universitaire, bénéficiaire direct, qui exerce librement ses activités de recherche et d'enseignement à travers la liberté de la science, participerait également à un effort commun en tant que fonctionnaire de l'Etat au sens large⁴²⁶. La liberté de la science en protégeant ses bénéficiaires individuels directs et indirects, les intègre dans le processus collectif du progrès de la science et de la société. Le fait d'élargir la possibilité de bénéficier de la liberté de la science à des

⁴²² J. Niebler, *Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel zur Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag*, Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Band. 32, Francfort, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2009, p. 227.

⁴²³ BVerfG 97, 298, déc. du 20 février 1998, „extra-radio“, „Die Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG steht als Gewährleistung der Programmfreiheit allen Veranstaltern von Rundfunkprogrammen zu“.

⁴²⁴ BVerfG 97, 298, déc. du 20 février 1998, „extra-radio“, „Auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit können sich auch Bewerber um eine Rundfunklizenz im Zulassungsverfahren vor der Landesmedienanstalt berufen“.

⁴²⁵ BVerfG 97, 298, déc. du 20 février 1998, „extra-radio“, „ In den genannten Entscheidungen sind diese Anforderungen allerdings als objektivrechtliche Verpflichtungen des Rundfunkgesetzgebers entwickelt worden“.

⁴²⁶ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 119-122.

titulaires indirects permettrait une réception plus étendue des résultats de la connaissance. Afin de promouvoir encore davantage la liberté de la science et l'autonomie du processus scientifique, certaines personnes morales peuvent se prévaloir du droit fondamental de la liberté de la science.

§2 Les bénéficiaires collectifs du droit fondamental

L'article 19, alinéa 3 de la Loi fondamentale précise que les droits fondamentaux valent aussi pour les personnes juridiques du pays dans la mesure où cela est compatible avec leur nature. Cela ne traduit pas forcément l'idée d'une communauté de volonté, en effet, l'université représente différents intérêts protégés par des droits fondamentaux⁴²⁷. L'ensemble de ces intérêts conduisent-ils à une protection juridique distincte de celle qui découlerait de la somme des intérêts au sein d'une institution ? Afin de comprendre en quoi une organisation « propre », présente au sein d'une institution publique, peut jouir de droits fondamentaux au même titre que les individus (B), il faut dépasser la contradiction initiale de la protection réservée aux individus contre la puissance publique (A).

A. Justification et nécessité de dépassement de la protection traditionnelle des droits fondamentaux individuels

La justification de la possibilité de reconnaissance du bénéfice de droits fondamentaux pour les personnes morales découle notamment de la conciliation entre la dimension juridique subjective d'un droit fondamental et sa dimension juridique objective (1^o). Le *passage* entre les deux dimensions peut nécessiter la reconnaissance d'un droit « subjectif » à exiger des actions positives de la part des pouvoirs publics : la mise en œuvre d'un « droit fondamental objectif ». Ce type de conciliation a été davantage approfondi par la jurisprudence constitutionnelle allemande à propos de la liberté d'expression. Un détour par l'article 5, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale relatif à la liberté d'expression peut éclairer les fondements constitutionnels de la capacité des personnes morales à bénéficier du droit fondamental de la liberté de la science par rapport aux possibilités d'actions d'une personne physique.

Cette capacité, réservée traditionnellement à la protection de la sphère privée des individus, s'entend également du point de la théorie spéciale des droits fondamentaux, relativement aux « doubles droits fondamentaux » ou en allemand, « Doppelgrundrechte » (2^o). La théorie des droits fondamentaux doubles renvoie par ailleurs au schéma philosophique de pensée de la « Gestalt-théorie » allemande,

⁴²⁷ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 372.

permettant la valorisation d'une protection subjective propre de l'institution, distincte de celle accordée à chacun des bénéficiaires individuels.

1° La conciliation de la dimension juridique subjective et de la dimension objective au regard de la liberté d'expression de l'opinion

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a davantage explicité la justification et le processus de conciliation de la dimension subjective et objective de la liberté d'expression en général et de la liberté audiovisuelle en particulier. En outre, la doctrine pose des conditions en faveur de l'existence d'un droit fondamental objectif : un droit individuel protégé par la Constitution allemande permettant d'exiger des prestations positives de l'Etat. Le point de départ de la réflexion s'intéresse également à la détermination des contours d'une dimension par rapport à l'autre.

Si la liberté d'expression est traditionnellement associée à sa dimension défensive et subjective pour la préserver des atteintes de l'Etat ou des tiers, le citoyen peut-il exiger la mise en œuvre d'actions positives de l'Etat pour faciliter l'exercice de sa liberté ? Une partie de la réponse peut être donnée dans le cadre des exigences relatives à l'organisation des institutions de radio et de télévision, soumises au droit public et subventionnées par les pouvoirs publics des Länder. La dimension objective de la liberté d'expression se traduit alors dans les garanties institutionnelles accordées au système public de la radiodiffusion et de la télévision.

Dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande « Spiegel », il y aurait une tendance à opposer la mission publique de la presse ou en allemand « Öffentliche Aufgabe », au droit fondamental subjectif de la liberté de la presse. En d'autres termes et au regard des faits de l'espèce, le droit fondamental subjectif d'un membre du journal « Spiegel » s'opposerait aux garanties dont bénéficie l'institution dans son ensemble⁴²⁸. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en revanche, a pour objectif de renforcer les droits subjectifs en s'appuyant sur le caractère institutionnel de la liberté de la presse. La consolidation de la dimension subjective est, encore une fois, nécessaire au processus démocratique ; c'est une jurisprudence récurrente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁴²⁹.

Traditionnellement, la liberté d'expression de l'opinion est entendue dans sa dimension de défense contre les atteintes de l'Etat. La formulation de l'article 5, paragraphe 1^{er}, avec les termes de « s'informer sans entraves » (« ungehindert »), ou « liberté » (« Freiheit »), oriente clairement la protection vers un droit subjectif. L'ensemble des droits fondamentaux assure un cadre exempt des atteintes de la puissance publique afin que les individus puissent exercer librement leurs actions mais également leurs inactions.

⁴²⁸ BVerfGE 20, 162, déc. du 5 août 1966, „Spiegel“.

⁴²⁹ Par exemple, BVerfGE 50, 290, déc. du 1^{er} mars 1979, „Mitbestimmung“.

En effet, le citoyen bénéficie aussi du droit de ne pas être contraint d'exprimer une opinion particulière, de cacher ou de dissimuler une opinion, ou encore du droit de ne pas s'informer. Les droits fondamentaux perdraient de leur sens s'ils ne garantissaient que les actions positives de l'individu. La composante négative résulte, de la même façon, du caractère de défense des droits fondamentaux. L'action de ne pas exprimer une opinion sur un sujet particulier est une décision souveraine de l'individu, le résultat de son niveau d'information, de son implication, de sa participation ou de son intérêt au sens large.

A côté de la dimension défensive de la liberté, il existe pour le citoyen des droits à certaines prestations qu'il peut obtenir de l'Etat⁴³⁰, justifiées par le principe démocratique ou le principe de l'Etat social. Concrètement, il s'agit de compenser les inégalités de fait existant dans le domaine de la communication de masse. Certains de ces droits ne trouvent pas leur origine dans la Constitution allemande, par exemple il peut s'agir d'aides publiques accordées en faveur de la promotion des droits fondamentaux⁴³¹.

Selon certains auteurs, pour déduire une interprétation des droits fondamentaux en faveur de l'existence réelle de prestations de la part de l'Etat et pour renforcer de fait la dimension objective de la liberté d'expression de l'opinion, le juge doit développer une nouvelle compétence, liée au caractère social de l'Etat. Cela repose notamment sur la qualité dynamique de la Constitution ; le texte fondamental ne protégerait pas seulement la liberté d'un point de vue négatif ou selon une dimension de défense contre les atteintes mais serait orienté en faveur de la concrétisation d'une action positive de l'Etat. La difficulté principale tient en ce que l'objet de la prestation de l'Etat reste très imprécise. En outre, des questions d'ordre budgétaire entrent en jeu, ce qui n'est pas forcément le cas pour les droits fondamentaux dans leur dimension défensive.

La mise en œuvre concrète des prestations de l'Etat en faveur de l'individu découlerait de l'article 1^{er} de la Constitution selon lequel, « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Selon la doctrine, trois conditions seraient nécessaires pour qu'il existe un droit fondamental objectif : une garantie matérielle contraignante d'un droit fondamental, la détermination précise de l'objet de la prestation et la garantie de moyens financiers nécessaires mise en œuvre par le législateur⁴³².

La Loi fondamentale allemande oblige l'Etat à promouvoir les arts, la culture et la science dans sa mission de « Kulturstaat ». Il existerait donc la justification d'une garantie matérielle contraignante. Ensuite, le contenu de la prestation pourrait être défini par l'exigence de pluralité et de diversité des opinions, déjà développée plus

⁴³⁰ En allemand, la doctrine parle de « Leistungsanspruch ».

⁴³¹ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 532-533.

⁴³² C. Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*, Tübingen, J. C. B. Mohr Siebeck, 1995, p. 281-282.

haut. Il existerait donc un droit fondamental positif de la liberté d'expression de l'opinion et plus particulièrement, un droit fondamental positif de la liberté audiovisuelle. Dans quelle mesure un bénéficiaire individuel de la liberté d'expression pourrait recourir à la protection de ce droit fondamental objectif au sein d'une institution publique ?

La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit l'organisation de la radio et de la télévision comme une mission publique ou « Öffentliche Aufgabe »⁴³³. Toutefois, cette organisation n'est pas la propriété de l'Etat et elle n'exerce pas, directement ou indirectement, de mission de l'Etat au sens strict⁴³⁴. L'organisation de la radio et de la télévision s'inscrit dans la société, pour autant, elle ne peut pas être confiée exclusivement à un groupe de la société civile. Dans le système relatif à la radio et à la télévision, les pouvoirs publics des Länder sont compétents pour créer ce type d'activité et pour la mise en œuvre des garanties dans le cadre de l'organisation. Ils assurent la liberté dans l'organisation, concilient les différents droits fondamentaux des bénéficiaires et promeuvent la diversité. De façon générale, les établissements publics de radio et de télévision ont aussi pour mission de favoriser les droits fondamentaux ou en allemand « Grundversorgung ».

La promotion des droits fondamentaux se définit comme une mission générale de la puissance publique au sens large. Il existe encore une mission spécifique aux établissements publics de radio et de télévision. Cette mission regroupe les fonctions essentielles du système de radio et de télévision favorables à l'ordre démocratique et à la vie culturelle au sein de la République fédérale⁴³⁵. La mission générale est liée à cette mission spéciale. En effet, l'étendue de la protection des droits conditionne la pluralité des programmes et la garantie de fonctionnement de l'organisation d'un point de vue technique et financier⁴³⁶. Les établissements publics de l'audiovisuel bénéficient de la liberté de la radio dans le cadre de leur mission accordée par la loi. Ils sont créés en tant qu'établissement public et profitent d'une certaine autonomie dans le but de favoriser la réalisation effective de la liberté fondamentale. Tous les

⁴³³ BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, „2. Rundfunkentscheidung“.

⁴³⁴ BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, „2. Rundfunkentscheidung“, „Sie (l'organisation) kann nach Art. 5 GG nicht Sache des Staates sein, also weder unmittelbar noch mittelbar zur staatlichen Aufgabe gemacht werden“.

⁴³⁵ BVerfGE 73, 118, déc. du 4 novembre 1986, „4. Rundfunkentscheidung“, „In der dualen Ordnung des Rundfunks, wie sie sich gegenwärtig in der Mehrzahl der deutschen Länder auf der Grundlage der neuen Mediengesetze herausbildet, ist die unerlässliche "Grundversorgung" Sache der öffentlich-rechtlichen Anstalten, deren terrestrischen Programme nahezu die gesamte Bevölkerung erreichen und die zu einem inhaltlich umfassenden Programmangebot in der Lage sind. Die damit gestellte Aufgabe umfasst die essentiellen Funktionen des Rundfunks für die demokratische Ordnung ebenso wie für das kulturelle Leben in der Bundesrepublik. Darin finden der öffentlich-rechtliche Rundfunk und seine besondere Eigenart ihre Rechtfertigung. Die Aufgaben, welche ihm insoweit gestellt sind, machen es notwendig, die technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen ihrer Erfüllung sicherzustellen“.

⁴³⁶ BVerfGE 73, 118, déc. du 4 novembre 1986, „4. Rundfunkentscheidung“, „Solange und soweit die Wahrnehmung der genannten Aufgaben durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam gesichert ist, erscheint es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk“.

organes de l'établissement doivent concourir à cet objectif. La doctrine parle d'une « binnenpluralistische Organisation »⁴³⁷. En d'autres termes, l'établissement de droit public est agencé de façon à ce que l'ensemble des organes dépendent d'une répartition des compétences favorable à la diversité des programmes et des opinions.

La détermination des compétences des organes ne joue pas uniquement un rôle dans la mise en œuvre et le maintien de la pluralité des programmes, en outre, les règles de composition de ces comités conditionnent une répartition claire des responsabilités. Il faut éviter la prédominance de groupes particuliers de la société ou du politique en conservant une certaine distance avec les affaires de la puissance publique. Encore une fois, les fonctions de ces établissements ne se définissent pas comme découlant d'une mission régaliennne, d'une mission de droit public ou d'une mission de l'administration publique, l'organisation exerce une mission en faveur de la diversité des intérêts.

L'organisation de la radio et de la télévision fait enfin l'objet d'une surveillance. Le contrôle des programmes doit s'effectuer par un organe indépendant. L'activité de contrôle représente davantage qu'un simple droit de regard et doit toujours poursuivre le même objectif, veiller à la pluralité des opinions. Un simple « pilotage automatique » des membres de l'institution ne peut pas se substituer au contrôle des programmes. Il y a aussi un droit de regard de la puissance publique (des Länder), qui reste toutefois subsidiaire⁴³⁸.

En définitive, la particularité du droit fondamental de la liberté de l'opinion tient en ce que sa dimension subjective de défense est aussi conditionnée par l'interprétation de sa dimension objective et des garanties offertes par l'Etat. L'accès aux sources et aux informations ne doit pas être empêché ou restreint par l'Etat selon la dimension subjective de la liberté. Par ailleurs, l'Etat doit mettre en œuvre certaines mesures pour favoriser la diversité des sources, c'est la dimension objective. La liberté d'opinion peut alors s'accompagner d'une certaine insécurité dans la mesure où la définition de la dimension objective d'une liberté reste souvent plus vague et ce en particulier, pour la liberté de l'audiovisuel. Les trois conditions développées par la doctrine de la garantie matérielle contraignante du droit fondamental en cause, de la détermination précise de l'objet de la prestation et de la garantie de moyens nécessaires par le législateur, sont-elles applicables à la liberté de la science en faveur d'un « droit fondamental objectif » ? Afin d'ajuster les critères d'un droit fondamental subjectif à ceux d'un droit fondamental objectif, la jurisprudence constitutionnelle use de la théorie des « droits fondamentaux doubles ».

⁴³⁷ Ce type d'organisation se retrouve dans le système interne de l'université qui sera étudié dans la seconde Partie, voir Titre 1, Chap. 2, S. 1, §1, B, 1° « Modes d'organisation et „Binnenorganisation“ ».

⁴³⁸ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 577-578.

2° La théorie des « droits fondamentaux doubles »

Bien que l'article 19 énonce clairement que la Constitution allemande reconnaisse certaines formes de jouissance collective des libertés, ces dispositions s'exercent dans le contexte fonctionnel des garanties des droits fondamentaux des libertés individuelles. La raison pour laquelle il existe une garantie de protection des droits fondamentaux pour les personnes morales ne tient pas dans l'intérêt de l'organisation elle-même mais au regard de l'intérêt des individus qui forment le groupe. L'article 19, alinéa 3 de la Loi fondamentale doit protéger l'épanouissement de la liberté, médiatisé par un groupe formé de personnes physiques. Par conséquent, un groupe peut être considéré uniquement comme un bénéficiaire « potentiel » de droits fondamentaux. Si son processus de formation provient effectivement de l'expression du libre épanouissement de ses individus et que certains risques d'atteintes de la part de la puissance publique existent pour les libertés des personnes physiques, alors la personne morale pourra bénéficier de la protection de droits fondamentaux⁴³⁹.

Dans le domaine particulier de l'enseignement supérieur, bien que la question de l'applicabilité des droits fondamentaux au profit des personnes morales a été souvent débattue, cette possibilité reste nécessaire afin de construire un vrai lien entre l'organisation autonome et ses membres. Le bénéfice des personnes morales a des conséquences sur le fait que les individus deviennent les véritables *membres* de l'organisation. La reconnaissance de cette capacité conditionne l'existence d'une structure interne qui favorise, de façon autonome, le processus volontaire des différents membres pouvant alors se consacrer à la réalisation d'un projet commun. Une organisation ne peut pourtant pas jouir d'un droit général à l'indépendance, d'une autonomie corporative totale, puisque la liberté individuelle du scientifique pourra toujours prévaloir⁴⁴⁰.

Afin de surmonter cette difficulté conceptuelle, la doctrine constitutionnelle allemande désigne certains droits fondamentaux comme des « Doppelgrundrechte » ou « droits fondamentaux doubles ». Ils sont au nombre de trois : la liberté d'exercice de la religion protégée par l'article 4, alinéa 2 de la Loi fondamentale⁴⁴¹, la liberté de réunion et d'association de l'article 9, alinéa 1^{er} et 3^e⁴⁴² et la liberté de la science et de l'art garantie par l'article 5, alinéa 3, phrase première. La double garantie de ces droits fondamentaux contient une dimension individuelle qui protège réciproquement les membres des communautés religieuses, les individus qui souhaitent s'associer

⁴³⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 372.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 373-374.

⁴⁴¹ Art. 4, Abs. 2 GG, « Le libre exercice du culte est garanti ».

⁴⁴² Art. 9, Abs. 1 GG, « Tous les Allemands ont le droit de fonder des associations ou des sociétés », Abs. 3, « Le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions ». Sur la double garantie de la liberté de réunion, voir notamment K. Popp, *Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung*, *Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht*, Band. 20, Berlin, Duncker u. Humblot, 1975, p. 70 et s.

dans la sphère publique et les membres de la communauté scientifique et artistique. Dans un même temps, une seconde garantie assure une protection au groupe dans son ensemble. La double garantie défend les communautés religieuses, les groupes participant à des réunions et les associations ainsi que la communauté scientifique et artistique contre les atteintes de l'Etat ou de la société civile.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a précisé le régime du « droit fondamental double » de la liberté de coalition dans sa décision « Koalitionsfreiheit » de 1954⁴⁴³. En l'espèce, la coalition requérante en cause est une coalition patronale de la région de Bamberg en Allemagne. Parmi ses missions, l'association représente ses membres dans les instances judiciaires dans le domaine du travail. La Cour constitutionnelle fédérale doit examiner la question de la recevabilité du recours constitutionnel en tant que « coalition » propre. En d'autres termes, une coalition patronale possède-t-elle un droit à participer à la négociation d'une convention collective (Tarifvertrag) ? Bien qu'il n'existât pas de disposition expresse dans la Constitution de Weimar relative à la reconnaissance de la capacité d'une association de personnes, la Cour constitutionnelle en a déduit le bénéfice de l'article 9, alinéa 3 de la Loi fondamentale en faveur des associations. Elle justifie ce régime particulier par deux arguments.

En premier lieu, selon la Cour, la liberté de coalition n'est pas un droit fondamental en lien direct avec l'existence ou l'intégrité d'une personne physique. Ensuite, l'applicabilité des droits fondamentaux n'est pas limitée aux seules personnes physiques selon les dispositions de l'article 19, alinéa 3. Cette disposition constitutionnelle protège donc la coalition en tant que telle et pas uniquement les membres pris séparément.

En outre, le droit fondamental de la liberté de coalition ne protège pas seulement le processus d'association en tant que tel mais aussi la coalition en vue de la réalisation d'un objectif particulier, en l'espèce la défense active des intérêts des employeurs et des employés⁴⁴⁴. Ainsi, un droit fondamental qui s'accompagne d'une double garantie protège les membres individuels et les membres en tant que coalition. La coalition patronale est protégée en ce qu'elle vise la réalisation d'un objectif particulier. Par analogie, la « corporation » universitaire pourrait remplir ces conditions.

Dans la mesure où il existe un droit fondamental de l'université, il ferait partie à la fois de la catégorie des « droits fondamentaux doubles » ou en allemand « Doppelgrundrechte » dans la mesure où la communauté scientifique dans son ensemble peut se prévaloir de la liberté de la science mais encore, le droit fondamental de l'université compte parmi les exceptions au principe selon lequel les

⁴⁴³ BVerfGE 4, 96, déc. du 18 novembre 1954, „Hutfabrikant“.

⁴⁴⁴ BVerfGE 4, 96, déc. du 18 novembre 1954, „Hutfabrikant“, „Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluss als solchen, sondern den Zusammenschluss zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen“.

personnes morales de droit public sont exclues de la protection des droits fondamentaux. L'université ne peut pas être cantonnée au stade de « bénéficiaire potentiel » dans la mesure où ses *membres* sont au cœur de l'organisation scientifique. En effet, comme vu dans le chapitre précédent, afin que la science puisse rester conforme à sa rationalité propre, elle doit être exercée par des membres appartenant à la communauté scientifique. Accorder une influence aux membres scientifiques dans le processus institutionnel participe de l'épanouissement des individus dans le domaine de la liberté de la science.

Selon la doctrine, l'université, en tant qu'organisation complexe, représente forcément davantage que la somme des droits individuels de la liberté de la science. L'« autonomisation » de l'université remplit ici une fonction de distanciation nécessaire pour créer un lieu de participation, de libre administration et de représentation pluraliste⁴⁴⁵. L'organisation, en tant que bénéficiaire des droits fondamentaux, représente la protection objective de la liberté de la science, quasi-institutionnelle. Le bénéfice des droits fondamentaux pour une personne morale est conditionné, en contrepartie, par le fait que l'institution accomplisse effectivement ses missions de recherche et d'enseignement.

La possibilité de bénéficier de droits fondamentaux des personnes morales ne vaut donc pas uniquement afin de promouvoir les libertés individuelles de ses membres, l'université posséderait un intérêt propre. Dans ce dernier cas, la capacité des personnes morales de recourir à la protection du droit fondamental de la liberté de la science contiendrait davantage que la somme des libertés et des volontés individuelles. Il s'agirait d'une liberté du groupe, de la corporation universitaire au sens traditionnel et humboldtien du terme ; la communauté scientifique défend ses intérêts propres au nom de l'autonomie de la science contre les atteintes des pouvoirs extérieurs. C'est encore la justification de la capacité de l'université de bénéficier de droits fondamentaux qui fonde la participation des membres dans le processus décisionnel et la mise en œuvre d'une organisation propre.

B. Les exceptions tenant à la mise en œuvre d'une organisation propre et à l'exercice de missions non étatiques

Si l'on applique à l'université, les critères qui ont été développés dans l'introduction, relatifs à la possibilité pour les personnes morales de droit public de bénéficier de certains droits fondamentaux, l'institution publique universitaire remplirait l'ensemble des conditions. Elle bénéficie d'abord d'une certaine autonomie et a pour mission de concilier les différents intérêts de ses membres au sein de son organisation. Ensuite, le droit fondamental de la liberté de la science favorise un espace libre dans le domaine de la science, l'université promeut la liberté de la science dans sa

⁴⁴⁵ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 375.

dimension individuelle. La création et l'organisation de l'université doivent parvenir à l'autonomie de la science et à l'autonomie des membres de la corporation. Enfin, le domaine de la science peut être qualifié comme un lieu particulièrement risqué pour les droits fondamentaux. L'université, institution de droit public figure d'exception par rapport aux personnes morales exerçant des prérogatives de puissance publique au même titre que les communautés religieuses qui bénéficient du statut de corporation de droit public et les établissements publics de radio et de télévision.

Ces trois catégories de personne morale dérogent à la règle selon laquelle les personnes morales de droit public ne peuvent pas être bénéficiaires de droits fondamentaux. La Cour Constitutionnelle fédérale allemande justifie ces trois exceptions dans la mesure où ces personnes morales se trouveraient dans une situation juridique « risquée », comparable à l'antagonisme classique entre l'Etat et le citoyen⁴⁴⁶. Les établissements publics de radio et de télévision peuvent donc invoquer le droit fondamental de la liberté de la radio et de la télévision ou « Rundfunkfreiheit »⁴⁴⁷, les communautés religieuses, le droit fondamental de la liberté d'exercice de la religion ou « Religionsausübungsfreiheit »⁴⁴⁸ et les universités, le droit fondamental de la liberté de la science.

En premier lieu, les communautés religieuses qui ont le statut de corporation de droit public en droit allemand, peuvent être titulaires de droits fondamentaux. C'est ce qui a été décidé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans une décision du 28 avril 1965⁴⁴⁹ à propos de l'Eglise néo-apostolique du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie. Cette disposition date de l'époque de la non-séparation entre Etat et Eglises et n'était prévue, à l'origine, que pour les grandes confessions chrétiennes. Depuis 1919 ce statut peut être conféré également à d'autres communautés religieuses, si elles font preuves, à travers leur nombre de membres et leur constitution interne, de continuité et stabilité⁴⁵⁰. Les corporations religieuses en droit

⁴⁴⁶ BVerfG 95, 220, déc. du 26 février 1997, „Aufzeichnungspflicht“, pour les établissements publics de radio et de télévision ; BVerfG 19, 129, déc. du 4 octobre 1965, „Umsatzsteuer“, pour les Eglises, les communautés religieuses et les autres personnes juridiques dont le but est la promotion et la mise en valeur d'une croyance religieuse ou la proclamation de la croyance de leurs membres, dans la jurisprudence, „Religionsgesellschaften und andere juristische Personen, deren Zweck die Pflege oder Förderung eines religiösen Bekenntnisses oder die Verkündigung des Glaubens ihrer Mitglieder ist, können Träger des Grundrechts aus Art. 4 GG sein“ ; et pour les universités, BVerfG 15, 256, déc. du 16 janvier 1963, „Universitäre Selbstverwaltung“, „In der Regel können zwar weder der Staat noch seine Einrichtungen Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte in Anspruch nehmen, insofern sie nicht gleichzeitig Träger und Adressat von Grundrechten sein können. Dieser Grundsatz gilt jedoch dann nicht, wenn Einrichtungen des Staates Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie vom Staat unabhängig sind. Das ist insbesondere bei den deutschen Universitäten der Fall, die zwar in der Regel vom Staat gegründet sind und auch von ihm unterhalten werden, aber in Wissenschaft, Forschung und Lehre frei sind. Deshalb muss auch den Universitäten wie den Fakultäten ohne Rücksicht auf ihre allgemeine oder besondere Rechtsfähigkeit die Möglichkeit gegeben sein, dieses von ihnen beanspruchte Grundrecht im Verfahren der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen“ ; Voir encore, BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“ ; BVerfG 75, 192, déc. du 14 avril 1987, „Sparkassen“ ; BVerfGE 85, 360, déc. du 10 mars 1992, „Akademie-Auflösung“.

⁴⁴⁷ Art. 5, Abs. 1 S. 2 GG.

⁴⁴⁸ Art. 4, Abs. 1 et 2 GG.

⁴⁴⁹ BVerfG 19, 1, déc. du 28 avril 1965, „Neuapostolische Kirche“.

⁴⁵⁰ Art. 140 GG, Art. 137, Abs. 5, S. 2 WRV.

public ne participent pas à l'administration d'État ; elles restent séparées de l'État et sont en contact avec lui comme des personnes juridiques privées.

La Cour explique que le bénéfice des droits fondamentaux n'est pas exclu par le fait que la personne morale soit une corporation de droit public et que les communautés religieuses occupent une position particulière par rapport à l'État car elles n'ont pas été créées par lui et ne remplissent pas de missions régaliennes. Selon la Cour, ces communautés religieuses peuvent donc être titulaires de droits fondamentaux. De plus, d'après le système politique et religieux établi par la Loi fondamentale, il n'existe pas d'Église d'État. En d'autres termes, chaque communauté religieuse organise et administre ses affaires propres de façon indépendante et ce, dans le cadre du respect des lois. Elles concèdent leurs ministères sans que l'État ou la société civile ne puissent interférer.

Ainsi, l'État reconnaît à certaines communautés religieuses le droit à la libre administration ; l'État ne doit pas s'immiscer dans leurs affaires internes et la communauté règle elle-même ses affaires propres. Leur autonomie ne doit pas être remise en question par rapport au fait qu'elles possèdent le statut de corporation de droit public. Selon la Cour, l'autorité d'une communauté religieuse bénéficiant du statut de corporation de droit public se définit comme une autorité publique mais pas comme une autorité étatique⁴⁵¹. Selon les propos de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les missions exercées par ces communautés ne découlent donc pas originellement de la nature de l'État et ne sont pas soumises à la tutelle de l'État. En l'espèce, les décisions relatives à la création d'associations ecclésiastiques appartiennent au domaine propre des communautés religieuses dans la mesure où elles concernent leur constitution et leur organisation. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu reconnaître explicitement la compatibilité de la liberté d'exercice du culte des communautés religieuses garantie par l'article 4 avec leur statut de corporation de droit public⁴⁵².

La deuxième exception concerne les établissements publics de radio et de télévision qui peuvent invoquer le recours à l'article 5, alinéa 2, phrase première de la Loi fondamentale. L'élargissement de l'application du droit fondamental de la liberté de l'audiovisuel ne peut pas s'étendre toutefois à la liberté de la presse⁴⁵³. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que les établissements publics de l'audiovisuel peuvent se trouver dans une situation de risque pour les droits fondamentaux et précise leur régime dans la décision « 2. Rundfunkentscheidung ».

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait répondre à la question de savoir si les activités des établissements publics de radio et de

⁴⁵¹ BVerfG 19, 1, déc. du 28 avril 1965, „Neuapostolische Kirche“, „Infolge dieser öffentlichen Rechtsstellung und öffentlichen Wirksamkeit der Kirchen, die sie aus ihrem besonderen Auftrag herleiten und durch die sie sich von anderen gesellschaftlichen Gebilden grundsätzlich unterscheiden, ist kirchliche Gewalt zwar öffentliche, aber nicht staatliche Gewalt“.

⁴⁵² BVerfG 42, 312, déc. du 21 septembre 1976, „Inkompatibilität/Kirchliches Amt“.

⁴⁵³ BVerfG 59, 231, déc. du 13 janvier 1982, „Freie Mitarbeiter“.

télévision étaient qualifiées de commerciales ou de professionnelles⁴⁵⁴. La loi relative à la taxe sur la valeur ajoutée de 1967⁴⁵⁵ faisait la distinction entre un établissement entrepreneurial qui exerce une activité commerciale ou professionnelle et un établissement dans le cadre de l'exercice de l'autorité publique qui ne poursuit aucune activité commerciale ou professionnelle. Selon les requérants, des établissements publics de radio et de télévision de Bavière, du Land de Hesse, l'établissement de l'Allemagne du nord, du Land de Brême, du Land de la Sarre, l'établissement « Süddeutsche », « Südwestfunk » et « Westdeutsche », la disposition attaquée serait contraire au droit fondamental de la liberté de l'audiovisuel.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a d'abord admis la recevabilité du recours dans la mesure où les établissements publics de radio et de télévision entrent dans le champ d'application de l'article 19, alinéa 3 en tant que « personne morale » et parce que « leur nature leur permet ». La Cour a ensuite conclu que selon les principes d'organisation des établissements publics de radio et de télévision, ces établissements ne pouvaient pas être considérés comme des entreprises engagés dans une activité commerciale ou professionnelle. En effet, ils remplissent des missions de droit public⁴⁵⁶. La disposition contestée est donc une violation de l'article 5, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande.

Les universités publiques sont la troisième exception parmi les personnes morales de droit public pouvant bénéficier de droits fondamentaux. Elles sont certes créées par l'Etat et entretenues par lui mais jouissent de la protection d'un droit fondamental particulier, celui de la liberté de la science. Dans ce contexte, la doctrine allemande définit la liberté de la science comme un droit fondamental fonctionnel ou « Funktionsgrundrecht ». L'université peut bénéficier de la liberté de la science dans la mesure où elle contribue à la fonction de promotion de la science⁴⁵⁷.

L'université possède son organisation propre, elle dispose d'une certaine autonomie vis-à-vis de l'Etat. Toutefois, elle ne pourra pas recourir aux droits fondamentaux lorsqu'elle exerce des activités directement liées à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. La Cour constitutionnelle fédérale allemande justifie la

⁴⁵⁴ BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, „2. Rundfunkentscheidung“.

⁴⁵⁵ §2, Abs. 3, Satz 2 Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer) vom 29. Mai 1967 (BGBl. I S. 545).

⁴⁵⁶ BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, „2. Rundfunkentscheidung“, „Aus den dargelegten Grundsätzen und Grundzügen der Organisation des Rundfunkwesens ergibt sich, dass die Rundfunkanstalten nicht als Unternehmer, die eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausüben, angesprochen werden können. Sie erfüllen in Wirklichkeit öffentlich-rechtliche Aufgaben“. Enfin, comme déjà évoqué, bien que les établissements publics de radio et de télévision fassent partie de l'espace public, ils doivent rester exempts d'influence de l'Etat au sens large et des groupes sociaux. BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, „2. Rundfunkentscheidung“, „Danach verlangt Art. 5 GG, „dass dieses "moderne Instrument der Meinungsbildung" weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe überlassen wird“. Et comme étudié plus haut, ces établissements ne sont pas la propriété de l'Etat et n'exerce pas, directement ou indirectement, de mission de l'Etat au sens strict.

⁴⁵⁷ P. M. Huber, „Artikel 19“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1831.

capacité de l'université dans la mesure où elle se trouve dans une situation de risque pour les droits fondamentaux⁴⁵⁸. La liberté de la science dans le sens d'un droit fondamental de l'université exige une organisation spécifique et le respect du principe de subsidiarité.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu la capacité des universités de bénéficier de droits fondamentaux dans sa décision « Universitäre Selbstverwaltung » de 1963⁴⁵⁹. Dans les faits, le tribunal administratif du Land de Hesse avait condamné l'Etat fédéré de Hesse pour avoir décidé seul de la nomination d'un professeur associé à l'Université Justus Liebig de Giessen. L'Université et sa faculté de médecine invoquent une violation de l'article 5, alinéa 3 à l'appui de ce recours constitutionnel. L'Université de Giessen fut créée par la loi du 11 septembre 1950 adoptée par les pouvoirs publics du Land de Hesse en tant qu'établissement d'enseignement supérieur scientifique.

Cet établissement administre ses affaires internes relatives à la recherche, à l'enseignement et à l'éducation par le moyen de ses propres organes et possède une composante pour la recherche et la formation médicale (« medizinische Akademie »). Le recteur, le sénat et le conseil de la composante de médecine représentent les organes de l'établissement. Avec la loi du 2 juillet 1957, l'établissement d'enseignement supérieur est devenu une université portant le nom de « Justus Liebig Universität » qui, en tant qu'institution du Land, conserve une autonomie académique. Cette Université se compose de quatre facultés, dont la faculté de médecine qui a remplacé la composante de médecine (« medizinische Akademie »).

Le professeur associé exerçait déjà des activités scientifiques au sein de la composante de médecine et a été nommé par le gouvernement hessois sans que l'établissement d'enseignement supérieur n'en ait fait la proposition expressément. Les requérants, composés de l'Université et de sa faculté, arguent le fait que l'Université doit être partie à l'affaire dans la mesure où elle possède la capacité juridique selon le droit relatif aux établissements d'enseignement supérieur. En outre, la faculté devrait bénéficier de la même légitimité en ce qu'elle est une composante juridique de l'Université. Les requérants poursuivent en démontrant que si l'Université ne se prononçait pas en dernier lieu quant au recrutement d'un professeur, elle devait au moins pouvoir conserver une force de proposition. Alors que le gouvernement hessois considère que ni l'Université, ni la faculté ne peuvent être parties dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande doit se prononcer sur la recevabilité du recours constitutionnel.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne suit pas l'argumentation des requérants et rappelle que les recours constitutionnels doivent servir la protection des droits fondamentaux. Selon la Cour, la légitimité du recours tient ici en ce que les requérants invoquent une violation de l'article 5, alinéa 3, phrase première en vertu

⁴⁵⁸ Voir notamment, BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, „Zahntechniker-Innungen“.

⁴⁵⁹ BVerfG 15, 256, déc. du 16 janvier 1963, „Universitäre Selbstverwaltung“.

de l'article 103 de la Loi fondamentale⁴⁶⁰. La Cour poursuit en précisant que le recours aux droits fondamentaux n'est pas exclu par le fait que l'Université et dans la même mesure, la faculté, fassent partie de la structure étatique au sens large. Le principe selon lequel les établissements ne peuvent pas être à la fois destinataires et bénéficiaires de droits fondamentaux ne vaut pas selon la Cour, lorsque les établissements publics défendent des droits fondamentaux en restant indépendant des pouvoirs publics.

Les universités allemandes qui sont certes créées et entretenues financièrement par les Länder, sont libres dans les domaines de la science, de la recherche et de l'enseignement. Par conséquent, selon la Cour, les universités comme les facultés peuvent exercer un recours constitutionnel et ce, sans tenir compte de leur capacité juridique générale ou spéciale⁴⁶¹. Les facultés et les unités de formation et de recherche sont également titulaires du droit fondamental de la liberté de la science en tant que personne morale de droit public⁴⁶².

Les communautés religieuses, les établissements publics de radio et de télévision et les universités font donc figure d'exception parmi les personnes morales de droit public. Bien que ces institutions au sens large fassent partie de l'architecture publique, les missions qu'elles exercent ne peuvent pas être assimilées à des missions étatiques au sens strict. La mise en œuvre d'une organisation propre en vue de la réalisation de missions particulières justifie le double rôle de l'institution universitaire dans la protection des droits fondamentaux ; l'université défend les intérêts individuels des membres et en même temps, son intérêt propre, correspondant à l'autonomie de la science.

L'hypothèse selon laquelle l'ensemble de l'organisation dirigée vers cette mission commune représente davantage que la somme des intérêts des parties se retrouve dans la dimension philosophique de la Gestalt-théorie. Cette théorie peut encore être désignée comme le gestaltisme ou la théorie de la forme, reconnue depuis les travaux des psychologues allemands de l'école de Berlin, Max Wertheimer, Kurt Koffka et Wolfgang Köhler. Pour les gestaltistes, « le tout est plus important que l'ensemble des parties » en percevant les choses, les objets, les concepts et les événements globalement et non dans leurs détails⁴⁶³. L'université peut s'entendre alors comme un « ensemble dynamique de parties interdépendantes agencées en fonction d'un but ».

⁴⁶⁰ Art. 103, Abs. 1 GG, « Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu ».

⁴⁶¹ BVerfG 15, 256, déc. du 16 janvier 1963, „Universitäre Selbstverwaltung“, „Deshalb muss auch den Universitäten wie den Fakultäten ohne Rücksicht auf ihre allgemeine oder besondere Rechtsfähigkeit die Möglichkeit gegeben sein, dieses von ihnen beanspruchte Grundrecht im Verfahren der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen“.

⁴⁶² BVerfG 15, 256, déc. du 16 janvier 1963, „Universitäre Selbstverwaltung“ ; BVerfG 75, 192, déc. du 14 avril 1987, „Sparkassen“ ; BVerfG 93, 85, déc. du 31 mai 1995, „Universitätsgesetz NRW“.

⁴⁶³ N. Crombez, *La Gestalt : Psychologie de la forme, L'environnement et les formes influencent-ils nos décisions ?*, Namur, 50 minutes.fr, 2014, p. 5-7.

D'un côté, les théories associationnistes se fondent sur la décomposition en « micro-éléments » afin de définir un phénomène par agrégation. La Gestalt théorie tend à démontrer que « les relations qui unissent les parties pour former un tout ont autant d'importance sur le comportement du tout que leur composition »⁴⁶⁴. Si la Gestalt théorie est aujourd'hui davantage exploitée dans la théorie des organisations au regard des études de management, elle contribue clairement à la justification de la capacité des personnes morales à bénéficier du droit fondamental de la liberté de la science afin d'obtenir davantage que l'action des seuls individus dans la défense de leur liberté. La Gestalt théorie annonce également les premiers développements relatifs à la notion d'institution sur laquelle nous reviendrons ultérieurement.

Les établissements publics de radio et de télévision ou les universités, en tant qu'organes indépendants de l'Etat peuvent faire valoir les intérêts des individus par la mise en place d'une organisation propre et par l'exercice de missions qui n'appartiendraient pas à l'Etat, par nature. S'ils justifient d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'influence de l'Etat, ils pourront exercer des recours en tant que véritables titulaires de droits fondamentaux. Les droits fondamentaux de la liberté de l'audiovisuel et de la liberté de la science contiennent davantage que la protection des individus et leur organisation propre, ils visent la réalisation de missions propres servant le bien commun : la diversité des opinions et l'autonomie de la science. En outre, parmi les bénéficiaires individuels indirects de la liberté de la science, les étudiants ne sont pas les bénéficiaires « naturels » de la liberté de la science. Néanmoins, ils représentent une partie de la communauté universitaire au sens large, qui peut aussi participer à l'effort commun.

Section 2. Les étudiants, bénéficiaires de la liberté de la science ?

Les étudiants au sein de leurs corporations sont en *concurrence* avec la corporation académique des savants depuis longtemps déjà et cette confrontation symbolise l'identité de l'institution universitaire. A partir de 1190, les étudiants se regroupèrent en « nations » comme les Anglais, les Allemands et les Provinciaux. Les maîtres prêtaient serment à la Commune et les étudiants s'organisaient entre eux et façonnaient leurs propres enseignements. Ce furent ensuite ces « nations » qui se rassemblèrent en universités avec à leur tête, un recteur⁴⁶⁵. Sur la question des différentes formes de participation au sein d'un établissement, l'Europe du XIIème et XIIIème siècle se divisait en deux. D'un côté, l'Europe dans sa moitié nord connaissait des universités sous la forme d'associations de maîtres ou des

⁴⁶⁴ A. Desreumaux, *Théorie des organisations*, 2^{ème} édition, Les essentiels de la gestion, 2005, p. 40.

⁴⁶⁵ C. Charle, J. Verger, *Histoire des universités, XIIème-XXIème siècle*, op. cit., p. 12.

fédérations d'écoles comme à Oxford et Paris. Les arts libéraux et la théologie y étaient les disciplines les plus enseignées.

D'un autre côté, dans les pays méditerranéens, les universités provenaient des associations d'étudiants dont les maîtres restaient la plupart du temps exclus comme à Bologne. Les universités exerçaient surtout l'enseignement du droit et de la médecine, soumis à un contrôle ecclésiastique à l'extérieur de l'institution. Le point commun de ces deux types d'universités s'inscrivait dans leur appartenance au mouvement associatif. En effet, les institutions se dotaient de statuts et de représentants élus. La constitution en association permettait de développer une entraide mutuelle et la garantie de leur protection face à la population et aux autorités locales. Les *statuts* favorisaient la réglementation de l'exercice autonome de leurs activités⁴⁶⁶. Dans la théorie contemporaine des droits fondamentaux, le modèle corporatif étudiant s'est quelque peu effacé en faveur de l'individualisation de ses participants.

Si les professeurs des universités sont les premiers bénéficiaires de la liberté de la science et jouissent d'une influence décisive au sein de l'université, l'étudiant peut, dans une certaine mesure, jouir de certaines garanties en vertu de cette liberté. Une fois leur immatriculation obtenue, à la suite de l'admission dans un établissement d'enseignement supérieur, les étudiants peuvent prétendre au fait d'appartenir à l'institution universitaire. D'autre part, si les étudiants ne sont pas les bénéficiaires directs de la liberté de la recherche et de l'enseignement, ils ont droit au libre choix de leur formation dans le cadre de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Ils sont donc soumis à un double statut comprenant des garanties liées à la liberté de la science et des garanties découlant de la liberté de formation (§1).

Certains domaines juridiques sont protégés et encadrés par la jurisprudence allemande en faveur des étudiants et de la mission de formation d'un établissement d'enseignement supérieur. Par exemple, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les dispositions de l'article 12 exigent que les examens doivent mettre en valeur des capacités spécifiques liées au monde professionnel du candidat⁴⁶⁷. Bien que l'établissement d'enseignement supérieur ne soit pas tenu de reproduire tous les caractères d'une profession dans le cadre des examens, il faut encore que l'examen reflète de façon partielle les futures exigences professionnelles, à plus forte raison lorsque l'exercice d'un emploi peut s'accompagner d'une certaine insécurité⁴⁶⁸.

En dehors de ces domaines particuliers, l'étudiant bénéficie d'une liberté générale, aussi appelée « liberté des études » dans la doctrine allemande. La liberté des études est à circonscrire parmi d'autres libertés et garanties. Elle entretient d'abord un lien étroit avec la liberté de l'enseignement du professeur d'université. Elle peut aussi se réaliser à travers d'autres libertés fondamentales inscrites dans la

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 14-15.

⁴⁶⁷ BVerfG 80, 1, déc. du 14 mars 1989, 1 BvR 1033/82, 1 BvR 174/84.

⁴⁶⁸ BVerfG 13, 97, déc. du 17 juillet 1961, „Handwerksordnung“.

Constitution allemande comme le respect du principe d'égalité (article 3) ou la garantie d'un recours effectif devant les tribunaux (article 19, alinéa 4). La liberté des étudiants peut encore entrer en conflit avec la liberté de l'enseignement dans le cadre de l'organisation des activités d'enseignement.

Aujourd'hui, si le droit des étudiants relève de plus en plus de la compétence des Länder, les établissements d'enseignement supérieur possèdent davantage de moyens pour adapter les règles relatives aux études et à la participation des étudiants au fonctionnement de plus en plus spécifique de chacun des établissements. La question de la gouvernance entre les pouvoirs publics et les établissements sera abordée, dans un second paragraphe, au regard de la liberté du choix de formation des étudiants (§2).

§1 Le double statut de l'étudiant : liberté de la science et liberté du choix de formation

Friedrich Carl von Savigny affirmait que « le salut et la chute des universités sont déterminés par trois côtés distincts, en tant qu'y concourent les gouvernements, les enseignants et les étudiants »⁴⁶⁹. Selon le juriste, les étudiants occupent donc une place à part entière au sein de l'institution universitaire à côté des membres scientifiques, ce qui leur vaut certains droits de participation dans l'établissement (B). Dans la mesure où les étudiants jouent un rôle dans le processus commun de la science au sein d'un établissement d'enseignement supérieur, ils peuvent être assimilés à des bénéficiaires indirects de la liberté de la science.

La doctrine allemande utilise le terme de « Studentenschaft » ou « Studierendenschaft » pour désigner l'ensemble des étudiants inscrits dans un établissement d'enseignement supérieur. On pourrait le traduire par une « communauté étudiante » sans qu'il n'y ait de véritable équivalent dans la langue française quant au rôle effectif de ce groupe au sein de l'institution universitaire. Lorsqu'il est question précisément d'une association d'étudiants prévue par la loi ou par le règlement intérieur de l'établissement, la doctrine parle d'une « verfasste Studierendenschaft ». Il faut alors distinguer une association d'étudiants de la « communauté étudiante » qui constitue un groupe d'intérêts en tant que tel.

Si la doctrine constitutionnelle allemande ne reconnaît pas explicitement que les étudiants sont les bénéficiaires directs de la liberté de la science au même titre que les universitaires, la liberté des études ou « Freiheit des Studiums » pose certaines exigences en faveur du groupe des étudiants dans l'organisation du domaine de la science. Les étudiants possèdent un double statut qui dépend à la fois de la liberté

⁴⁶⁹ F. C. von Savigny, « Essence et valeur des universités allemandes », traduction par O. Jouanjan, Paris, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°23, 2003, p. 189.

de la science et de la liberté dans le choix de la profession et de la formation (article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale). Par exemple, la Haute Cour administrative fédérale estime que les règlements relatifs aux études et les règlements relatifs aux examens sont à concilier en priorité avec le droit fondamental des étudiants de la liberté de choix de la profession⁴⁷⁰.

Les droits des étudiants dans le domaine de l'enseignement supérieur ne sont pas toujours très clairs dans la jurisprudence et dans la doctrine et subissent parfois les aléas découlant des modifications du droit de la formation universitaire. La protection de la liberté des études s'exerce alors par le moyen d'une combinaison de plusieurs droits fondamentaux (A).

A. La protection de la liberté des études par le moyen d'une combinaison de droits fondamentaux

Un droit fondamental d'apprendre (Lernfreiheit) n'existe pas à proprement parlé dans la jurisprudence ou dans la doctrine au profit de l'étudiant⁴⁷¹. De la même façon, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne tranche pas en faveur d'un véritable droit fondamental dans sa célèbre décision « Bremer Modell »⁴⁷². Dans cette affaire, le législateur du Land de Brème avait inscrit, parallèlement à la liberté de la recherche et de l'enseignement, la liberté d'étudier. Cette-dernière comprenait le droit pour les étudiants, dans le cadre de cours magistraux, d'exprimer leur avis sur leur contenu, l'organisation et la conduite de ce cours⁴⁷³.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que cette règle ne contrevient aucunement à la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première qui protège les professeurs. En revanche, la Cour précise qu'elle ne règlera pas la question de l'étendue de la liberté des études (Freiheit des Studiums) et des garanties constitutionnelles qui pourraient en découler⁴⁷⁴. Selon la Cour, bien que l'organisation des enseignements tombe dans la protection de la liberté d'enseignement des professeurs, cela n'empêche pas de reconnaître aux étudiants

⁴⁷⁰ BVerwG, déc. du 22 août 2005, 6 BN 1.05, „Studien- und Prüfungsordnungen der Hochschule sind vorrangig an dem Grundrecht der Studenten auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu messen. Eine Kollision mit dem Grundrecht der Hochschullehrer auf Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) ist nur denkbar, soweit von den gestellten Leistungsanforderungen Rückwirkungen auf die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltungen ausgehen“.

⁴⁷¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 522-523.

⁴⁷² BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“.

⁴⁷³ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Die Freiheit des Studiums umfasst, unbeschadet der Studien- und Prüfungsordnungen, insbesondere die freie Wahl von Lehrveranstaltungen, das Recht, innerhalb eines Studienganges Schwerpunkte nach eigener Wahl zu bestimmen sowie die Erarbeitung und Äußerung wissenschaftlicher und künstlerischer Meinungen“.

⁴⁷⁴ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Inwieweit die Freiheit des Studiums verfassungsrechtlich geschützt ist, braucht im Rahmen des vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens nicht abschließend entschieden zu werden“.

certains droits en faveur de l'expression des opinions qui découlerait de la « liberté des études »⁴⁷⁵.

Enfin, selon la Cour, dans la mesure où l'étudiant participe à l'enseignement scientifique, il peut aussi bénéficier du droit fondamental de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande⁴⁷⁶. Il va donc falloir concilier les intérêts des professeurs d'université au nom de la liberté de l'enseignement et les intérêts des étudiants qui participent dans une moindre mesure aux activités de l'université. Selon la Cour, la liberté de la science ne garantit aucun droit absolu en faveur du professeur d'université au sein de l'établissement s'il ne tient pas compte des autres membres de l'université⁴⁷⁷.

A la différence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui ne s'exprime qu'à demi-mots, la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur garantit expressément un droit aux études ou « Freiheit des Studiums »⁴⁷⁸. Cette liberté d'apprendre comprend d'abord un droit individuel d'aménager de façon responsable ses études dans le cadre de l'organisation des enseignements. Elle comprend ensuite le droit d'avoir la possibilité de choisir entre différentes matières au sein d'un même cursus. Enfin l'étudiant doit être en mesure de construire sa propre opinion en lien avec l'enseignement scientifique et doit pouvoir exprimer sa propre critique.

La protection de l'étudiant s'articule autour de quatre piliers fondamentaux dans la doctrine allemande : la liberté d'enseignement (Lehrfreiheit), la liberté de choix de profession (Berufsfreiheit), l'égalité des chances (Chancengleichheit) et la garantie de l'existence d'un recours juridique effectif pour l'étudiant (Rechtsschutzgarantie)⁴⁷⁹. Dans l'hypothèse où l'étudiant ne peut recourir à aucune de ces garanties, l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale protégeant la liberté d'action générale pourra être invoqué à l'appui d'un recours. En effet, la liberté d'action générale offre une

⁴⁷⁵ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Dies kann aber nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber im Interesse der Lehrfreiheit der Professoren auf die Gewährung der von ihm aus der „Studienfreiheit“ abgeleiteten Meinungsäußerungsrechte der Studenten völlig verzichten müsste“.

⁴⁷⁶ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Zumindest soweit der Student bereit und in der Lage ist, in diesem Sinne an der wissenschaftlichen Lehre teilzunehmen, kann auch ihm das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zustehen“.

⁴⁷⁷ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“, „Die Wissenschaftsfreiheit sichert dem an der Universität tätigen Hochschullehrer keine Bestimmungsrechte ohne jede Rücksicht auf die anderen Universitätsmitglieder“.

⁴⁷⁸ Art. 4, Abs. 4 HRG, „Die Freiheit des Studiums umfasst, unbeschadet der Studien- und Prüfungsordnungen, insbesondere die freie Wahl von Lehrveranstaltungen, das Recht, innerhalb eines Studiengangs Schwerpunkte nach eigener Wahl zu bestimmen, sowie die Erarbeitung und Äußerung wissenschaftlicher und künstlerischer Meinungen. Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane in Fragen des Studiums sind insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation und ordnungsgemäße Durchführung des Lehr- und Studienbetriebes und auf die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Studiums beziehen“.

⁴⁷⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 522.

protection complémentaire aux droits dits « non spécifiques » dans la dogmatique des droits fondamentaux⁴⁸⁰.

En premier lieu, bien que la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne reconnaisse pas explicitement un droit aux études en faveur des étudiants, la jurisprudence allemande démontre que la liberté des étudiants s'inscrit davantage dans le champ d'application de la liberté du choix de profession de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale que dans celui de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première. La liberté des études peut donc se définir comme une composante du droit à la formation (Ausbildungsfreiheit).

La liberté de profession de l'article 12 garantit à chaque allemand et à chaque citoyen de l'Union européenne un droit au libre choix d'une profession et au libre choix d'une formation. De l'article 12 de la Loi fondamentale découle donc un droit aux études dans un établissement d'enseignement supérieur ou en allemand, « Recht auf ein Hochschulstudium »⁴⁸¹.

La liberté du choix de la formation entraîne certaines conséquences juridiques dans l'organisation universitaire. Par exemple, le recouvrement de droits d'inscription n'est pas exclu selon les dispositions constitutionnelles ; il n'existe pas de droit à la gratuité des études. Cependant, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu la compatibilité de la nécessité de frais d'inscription avec les dispositions relatives à la liberté de la profession dans la mesure où la possibilité de bénéficier de certaines aides financières est maintenue⁴⁸². En outre, le paiement de droits d'inscription ne doit pas empêcher un groupe particulier de la population d'intégrer un établissement d'enseignement supérieur, ni représenter une entrave non proportionnée à l'accès aux établissements d'enseignement supérieur⁴⁸³. Enfin, l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale ne donne pas droit à des moyens permettant de financer un enseignement ou un apprentissage⁴⁸⁴. L'Etat est donc tenu d'organiser régulièrement des possibilités de formation en faveur des individus mais il n'est pas tenu de mettre en œuvre une formation gratuite.

La liberté des études ne sera pas soumise aux mêmes limites que la liberté de la science. En effet, la liberté des études, au même titre que la liberté du choix de la profession peut trouver des limites dans la protection d'un bien commun qui exige une protection particulière et ce, par le moyen d'une loi. Pour qu'une loi générale puisse limiter la liberté, elle devra satisfaire les exigences du principe de

⁴⁸⁰ Voir Deuxième Partie, Titre 2, Chap. 2nd, S. 2, §2, A. « Limite de la concurrence économique dans les universités et dans le domaine de la science à travers la distinction entre la liberté de la science et la liberté générale d'action ».

⁴⁸¹ G. Manssen, „Artikel 12“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1095.

⁴⁸² BVerfGE 112, 226, déc. du 26 janvier 2005, „Studiengebühren“.

⁴⁸³ BVerwGE, déc. du 29 avril 2009, 6 C 16. 08.

⁴⁸⁴ BVerwGE 102, 142, déc. du 23 octobre 1996, 6 C 1. 94.

proportionnalité et ce que la jurisprudence allemande nomme la « Drei-Stufen-Theorie »⁴⁸⁵.

La « théorie des trois niveaux » ou en allemand, « Drei-Stufen-Theorie » implique que soit distingués trois types de réglementation selon l'intensité de l'atteinte : la réglementation relative à l'exercice d'une profession, la réglementation subjective qui se rapporte à un individu (par exemple dans le droit des examens) et la réglementation objective qui vient généralement protéger un domaine constitutionnel particulièrement important. A l'aide de cette théorie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle peut alors distinguer la liberté d'exercice d'une profession ou d'une formation de la liberté de choix d'une profession ou d'une formation. En principe, cette-dernière ne peut pas être limitée par le législateur.

Le législateur est également tenu d'organiser ce libre exercice de la formation. Dans le domaine de l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur, le législateur doit garantir notamment aux candidats une présentation claire des formations qui leur sont ouvertes. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère notamment que les exigences relatives aux examens dans les établissements d'enseignement supérieur doivent être prévues dans une loi formelle⁴⁸⁶.

En effet, les décisions essentielles dans le droit des examens touchant à leurs objectifs, leurs exigences, leur contenu et leur procédure doivent être réglées par le législateur⁴⁸⁷. Selon la doctrine, ces obligations ne sont pas forcément respectées jusque là⁴⁸⁸. Par ailleurs, le contenu exact des examens peut être précisé par la voie réglementaire. Cela est justifié par la formulation même de la disposition constitutionnelle relative au droit de la profession, selon laquelle, « l'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi »⁴⁸⁹. La liberté des études comprise dans la liberté de la profession bénéficie donc d'un régime moins favorable que celui de la liberté de la science dans la mesure où la possibilité de sa limitation par le législateur n'est pas conditionnée par la protection d'un domaine constitutionnel.

⁴⁸⁵ BVerfGE 7, 377, déc. du 11 juin 1958, „Apotheken-Urteil“.

⁴⁸⁶ BVerfG 84, 34, déc. du 17 avril 1991, „Gerichtliche Prüfungskontrolle“, „Vorschriften, die für die Aufnahme des Berufs eine bestimmte Vor- und Ausbildung sowie den Nachweis erworbener Fähigkeiten in Form einer Prüfung verlangen, greifen in die Freiheit der Berufswahl ein und müssen deshalb den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG genügen. [...] Die Leistungsanforderungen in einer solchen Prüfung und die Maßstäbe, nach denen die erbrachten Leistungen zu bewerten sind, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; [...] Grundrechtsschutz ist auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken; die Grundrechte beeinflussen demgemäß nicht nur das gesamte materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz Bedeutung hat“.

⁴⁸⁷ BVerfG 76, 171, déc. du 14 juillet 1987, „Standesrichtlinien“.

⁴⁸⁸ G. Manssen, „Artikel 12“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1134.

⁴⁸⁹ Art. 12, Abs. 1, S. 2 GG, „Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“.

En second lieu, l'étudiant est protégé par le principe du respect de l'égalité. La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit le principe d'égalité comme un principe fondamental qui tend à s'appliquer quant aux dispositions relatives aux examens dans les établissements d'enseignement supérieur⁴⁹⁰. La question de l'égalité des chances dans le domaine des examens est examinée de façon stricte par les tribunaux allemands.

En outre, selon la doctrine, l'anonymat est une garantie de l'égalité dans la procédure d'examen tout comme l'exigence de la présence de deux examinateurs⁴⁹¹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a notamment considéré comme contraire à la Constitution le fait de privilégier les candidats d'un Land plutôt qu'un autre pour attribuer les places dans une formation universitaire⁴⁹². Une autre garantie découle du principe d'égalité selon laquelle, il ne peut pas y avoir de changement soudain dans les exigences relatives aux examens⁴⁹³.

Ensuite, la garantie d'un recours effectif devant les tribunaux est aussi invocable par un étudiant et repose sur l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale selon lequel « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Ainsi, « lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire »⁴⁹⁴. La garantie d'une protection juridique effective de l'article 19 ne réserve pas un droit à l'ouverture d'une voie de recours particulière, toutefois l'accès à l'ensemble des tribunaux ne doit pas être entravé de façon déraisonnable pour l'individu en cause.

Selon la doctrine, cette disposition constitutionnelle se justifie dans la mesure où les droits fondamentaux ne peuvent être effectifs uniquement s'ils s'imposent dans un conflit juridique. L'Etat de droit garantit alors un droit substantiel à la mise en œuvre d'un contrôle juridique effectif. Cette disposition ne connaît pas de limite expresse dans la Constitution mais reste soumise aux limitations immanentes à la Constitution. L'article 19 protège de toutes les atteintes aux droits fondamentaux, causées par la puissance publique.

Enfin, un recours administratif peut être envisagé par un étudiant contre des atteintes à la liberté des études au sens large en s'appuyant sur la liberté d'action générale de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. C'était notamment le cas dans un arrêt de 2000 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁴⁹⁵. Le requérant, un étudiant

⁴⁹⁰ BVerfG 52, 380, déc. du 13 novembre 1979, „Schweigender Prüfling“, „Zwar wird im Prüfungsrecht im allgemeinen der auf Art. 3 Abs. 1 GG beruhende Grundsatz der Chancengleichheit im Vordergrund stehen“.

⁴⁹¹ C. Stark, „Artikel 3“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 308.

⁴⁹² La Cour constitutionnelle fédérale allemande a interdit la possibilité de mettre en œuvre une « Landeskinderklauseln », BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

⁴⁹³ BVerfG, déc. du 25 juin 1974, 1 BvL 11/73.

⁴⁹⁴ Art. 19, Abs. 4 GG, „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben“.

⁴⁹⁵ BVerfG, déc. du 4 août 2000, 1 BvR 1510/99, „Semesterticket“.

inscrit depuis 1989 à l'Université Gerhard-Mercator de Duisburg remettait en question la constitutionnalité de l'introduction d'un « Semesterticket » par l'établissement, qui permettait l'utilisation gratuite des transports publics pour les étudiants. Pour financer cette mesure, la contribution des étudiants avait été augmentée. La Cour constitutionnelle fédérale allemande admet la recevabilité du recours de l'étudiant invoquant sa liberté d'action générale. Toutefois, la Cour confirme l'arrêt de la Cour administrative fédérale et ne conclut pas à la violation de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale dans la mesure où la contrainte pour les étudiants est justifiée par un intérêt public légitime. En outre, l'atteinte à la liberté d'action du requérant satisfait les exigences de proportionnalité, d'adaptation et de nécessité puisque la charge que l'on fait peser aux étudiants est raisonnable par rapport aux avantages dont bénéficieront les destinataires de la mesure.

La protection accordée à l'étudiant, dominée par la liberté du choix de formation dans un établissement d'enseignement supérieur, se conjugue avec des garanties découlant de la liberté de la science en ce que cette-dernière confère aux étudiants certains droits de participation. Bien que l'étudiant ne reste pas à l'université aussi longtemps qu'un professeur, il bénéficie de certains droits collectifs dits d'« affiliation » en tant que membre du « groupe des étudiants ».

B. Les droits d'affiliation de l'étudiant et sa participation institutionnelle

L'ouverture des droits d'affiliation qui découlent de l'obtention du statut d'étudiant dépend de son immatriculation. Une fois l'immatriculation obtenue, la doctrine allemande systématise les droits dont bénéficient les étudiants : des droits relatifs aux études (conduite des études et obtention de diplômes), un droit à ce que le domaine des études soit organisé de telle façon que les étudiants puissent obtenir leur diplôme dans des conditions raisonnables⁴⁹⁶, des droits liés au statut de l'étudiant (par exemple un droit à un congé dans certains cas) et des droits d'affiliation (les étudiants bénéficient de certains droits corporatifs dans la mesure où ils deviennent membres de l'établissement et peuvent participer à l'organisation de l'université)⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ „Recht auf Teilnahme an den in den Studien- und Prüfungsordnungen vorgesehenen Lehr- und sonstigen Veranstaltung und Prüfungen“, cité dans M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 568.

⁴⁹⁷ Par exemple, Art. 17, Abs.1; Art. 18 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG), §§ 9, 10 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW). Les particularités sont fixées dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder et dans les règlements fixés par les établissements, la même chose vaut pour les comités propres aux étudiants, par exemple Art. 52 BayHSchG. L'étudiant est également entendu comme un membre d'un établissement d'enseignement supérieur dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. La loi mentionne les membres d'un établissement dans son troisième chapitre, §41 « Studentenschaft » HRG.

L'immatriculation formalise le lien entre l'étudiant et l'Etat. Le candidat est intégré dans l'université en étant inscrit dans son matricule. Il obtient alors un numéro d'immatriculation. L'immatriculation est un acte administratif⁴⁹⁸ par lequel l'étudiant devient un membre de l'établissement d'enseignement supérieur. Cet acte formalise l'entrée de l'étudiant au sein de la communauté universitaire. L'immatriculation peut être également retirée dans certains cas. On distingue le retrait de l'immatriculation de l'« exmatriculation » qui est régie dans des dispositions particulières des lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur⁴⁹⁹.

Quelle est l'étendue de la participation accordée au groupe des étudiants ? La liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale fonde-t-elle une obligation de participation des étudiants au sein des comités décisionnels d'un établissement d'enseignement supérieur ? Si l'on répond par la positive, une organisation adaptée au domaine de la science⁵⁰⁰ exigerait une participation des étudiants en tant que groupe d'intérêt à part entière. Les étudiants contribueraient à l'organisation du domaine de la science en fonction de leurs responsabilités, œuvrant à l'objectif commun de l'autonomie de la science. A l'inverse, à défaut d'une obligation, la participation s'inscrirait uniquement comme une faculté en faveur de la corporation estudiantine se limitant au cadre de la mission de formation de l'université.

L'organisation universitaire met en place une procédure décisionnelle aux mains de la corporation des « enseignants et des enseignés », comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision « Hochschulurteil »⁵⁰¹. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur précise que la participation dans les organes de l'université est un droit et une obligation pour tous les membres⁵⁰². Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il n'y a en effet, aucune objection constitutionnelle à la participation des étudiants dans la gestion du domaine de la science⁵⁰³. La Cour constitutionnelle fédérale allemande poursuit en déclarant que les étudiants ne peuvent pas être considérés comme de simples

⁴⁹⁸ §35 Landesverwaltungsverfahrensgesetz für Baden-Württemberg vom 12. 04. 2005 (loi de procédure administrative du Land du Bade-Wurtemberg), „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft“.

⁴⁹⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 565-567.

⁵⁰⁰ Voir IIème Partie, Titre 2, Chapitre 1 « Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres ».

⁵⁰¹ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Dieses Organisationssystem geht davon aus, dass "die Angelegenheiten der Universität als einer Körperschaft der Lehrenden und Lernenden grundsätzlich in die Beratungs- und Entscheidungskompetenz aller ihrer Mitglieder fallen“ (so die Westdeutsche Rektorenkonferenz in ihrer Entschließung vom 22. Mai 1968)“.

⁵⁰² §37, Abs.1 , S. 1, 2 HRG.

⁵⁰³ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Solange und soweit sie an der Forschung und wissenschaftlichen Lehre teilnehmen, steht auch ihnen das Recht aus Art. 5 Abs. 3 GG zu, so dass schon deshalb keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ihre Mitsprache in der Wissenschaftsverwaltung bestehen“.

élèves ou comme « le seul objet de la transmission du savoir ». En ce sens et en règle générale selon la Cour, la participation estudiantine ne peut pas être considérée comme étrangère à la science ou en allemand, « Wissenschaftsfremd ». Enfin, les étudiants ont encore un intérêt vis-à-vis de l'établissement d'enseignement supérieur en ce que l'institution représente la médiation avec le milieu professionnel. Cet intérêt justifie alors leur participation dans l'accomplissement des missions de l'université.

Si la participation des étudiants au sein du processus décisionnel de l'établissement d'enseignement supérieur n'est pas contraire à la liberté de la science, les tribunaux allemands ne règlent pas uniformément la question de l'étendue de leur participation. Elle est tantôt facultative, tantôt rendue obligatoire. D'un côté, la cour administrative d'appel du Land de Rhénanie-Palatinat a déduit de l'arrêt de principe « Hochschulurteil » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande que l'autonomie de l'établissement d'enseignement supérieur de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale ne fonde pas une obligation de participation pour le groupe des étudiants mais entraîne une simple faculté⁵⁰⁴. En l'espèce, il s'agissait de la question de leur participation dans un comité compétent dans la réglementation des procédures d'examen.

D'un autre côté, en 2010, la cour administrative d'appel de Hambourg estime que les étudiants font partie des membres de l'établissement et en tant que telle, le groupe des étudiants est lié aux autres membres d'un établissement d'enseignement supérieur. Plus précisément, le groupe des étudiants est associé au groupe des universitaires, au groupe des collaborateurs scientifiques et au groupe des collaborateurs non scientifiques. L'ensemble des représentants choisis dans chacun des groupes possède un droit de vote dans les organes décisionnels collégiaux de l'administration de l'établissement d'enseignement supérieur, au sénat de l'université comme au conseil de faculté. Selon la Cour, la participation à la libre administration est un droit et une obligation pour ses membres⁵⁰⁵.

Aussi longtemps que les étudiants sont associés aux autres groupes d'un établissement d'enseignement supérieur, le groupe des étudiants participe à l'organisation de la science au sein des universités. Cependant, cela ne leur donne pas le droit d'invoquer une violation de la garantie de libre administration⁵⁰⁶. C'est ce qu'a dégagé la Cour constitutionnelle du Land du Brandebourg dans un arrêt de 2013. En cause, le groupe des étudiants ici « Studierendenschaft » de l'Université technique de Cottbus de Brandebourg, un établissement d'enseignement supérieur

⁵⁰⁴ OVG Rheinland-Pfalz, déc. du 29 septembre 1995, 2 C 12228/94.

⁵⁰⁵ OVG Hamburg, déc. du 23 février 2010, 3 Bf 70/09, „Dabei hat der Gesetzgeber an die Gruppen der Hochschullehrer, wissenschaftlichen Mitarbeiter, sonstigen (nichtwissenschaftlichen) Mitarbeiter und der Studierenden angeknüpft; diese Personen sind Mitglieder der Hochschule. Den von diesen Gruppen gewählten Vertretern sind Stimmrechte in den kollegialen Beschlussorganen der Hochschulverwaltung -im Akademischer Senat sowie im Fakultätsrat -zugeteilt. Die Mitwirkung an der Selbstverwaltung ist Recht und Pflicht der Mitglieder“.

⁵⁰⁶ VerfG Brandenburg, déc. du 18 octobre 2013, 25/13.

public selon les dispositions de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Brandebourg, invoquait une violation de son droit à la libre administration protégé par la Constitution du Land⁵⁰⁷.

Dans cette affaire, le groupe des étudiants considérait que les dispositions de la loi de modernisation des établissements d'enseignement supérieur⁵⁰⁸ ne tenaient pas compte de leur droit de participation. La Cour estime que le groupe des étudiants représente une partie de la corporation de l'Université, toutefois son droit de participation à l'administration de l'établissement doit s'exercer dans le cadre des lois. Les droits corporatifs des étudiants ne peuvent pas s'exercer à l'encontre des autres groupes pour faire valoir une violation des droits fondamentaux. Selon la Cour, il n'y a que l'Université qui bénéficie du droit à la libre administration garanti par la Constitution du Land, et ce, dans le but de défendre les droits fondamentaux de l'ensemble de ses membres. La Cour constitutionnelle du Land de Brandebourg n'a pas réglé l'ensemble des questions. En effet, qu'en serait-il dans le cas où le groupe des étudiants, à l'appui du droit de la libre administration, ne s'était pas opposé à un autre groupe d'intérêts de l'établissement ? Un groupe d'étudiants pourrait-il représenter les intérêts d'un établissement contre les atteintes des pouvoirs publics au nom du principe de libre administration ?

Une des applications concrètes et moins discutée en doctrine de la participation des étudiants concerne les questions relatives aux examens. Cette participation découle de la même façon, des droits d'affiliation des étudiants. La question des règlements relatifs aux examens touchait traditionnellement à la liberté d'enseignement des professeurs de l'enseignement supérieur. Toutefois, la réglementation se diversifie de plus en plus dans ce domaine. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur en règlent certains aspects⁵⁰⁹. C'est ensuite aux Länder de compléter ces normes cadres. Les universités sont aussi compétentes pour édicter des règlements d'examen des établissements d'enseignement supérieur⁵¹⁰.

Les candidats à un examen doivent pouvoir émettre des objections quant à la procédure des examens⁵¹¹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a reconnu lorsqu'elle avait à se prononcer sur le choix de l'examen d'un questionnaire à choix multiples pour des étudiants de la faculté de médecine. Selon la Cour, les examens sous la forme d'un questionnaire à choix multiples nécessitent des dispositions procédurales particulières dans le but de protéger le droit fondamental de la liberté de formation. En outre, les tribunaux ont pour mission de contrôler la fiabilité des résultats d'examens sous la forme de questionnaires à choix multiples.

⁵⁰⁷ Art. 32, Abs. 1 Verfassung des Landes Brandenburg, „Hochschulen haben im Rahmen der Gesetze das Recht auf Selbstverwaltung, an der Lehrende, andere Beschäftigte und Studierende beteiligt sind“.

⁵⁰⁸ Gesetz zur Neustrukturierung der Hochschulregion Lausitz vom 11. Februar 2013 (GVBl 2013 I Nr. 4, Hochschulneustrukturierungsgesetz).

⁵⁰⁹ §10, Abs. 2; §15; §16 HRG.

⁵¹⁰ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 39.

⁵¹¹ BVerfG 84, 59, déc. du 17 avril 1991, „Multiple Choice Verfahren“.

A l'origine de cette décision, les recours constitutionnels étaient dirigés à l'encontre de résultats d'examens négatifs et de leur contrôle de la part des tribunaux administratifs. La Cour constitutionnelle fédérale allemande rapporte que les désaccords sur la pertinence et sur la clarté des questions de l'examen ainsi que sur l'exactitude scientifique des réponses, ont déjà fait l'objet de nombreuses procédures devant les tribunaux. Dans cette affaire, l'un des requérants avait échoué pour la deuxième fois à cet examen préliminaire et allègue que les connaissances exigées ne devaient pas être attendues dans cet examen et que pour une question précise, la réponse exacte ne figurait pas parmi les propositions du questionnaire. Selon la Cour, les plaignants affirment à juste titre que les tribunaux administratifs n'ont pas entendu les objections des étudiants, ce qui constitue une violation de l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale⁵¹². Dans le domaine des examens, les étudiants, en ayant la possibilité de pouvoir émettre des objections, participent au domaine de la science. Ils ont un droit de critique qui est justifié à la fois par le fait qu'ils sont les bénéficiaires indirects de la liberté de l'enseignement à travers la formation de l'université, mais également, parce que les étudiants représentent les futurs acteurs de la science au sens large.

Si la participation des étudiants apparaît comme une garantie dans l'organisation universitaire, la jurisprudence n'est pas unanime sur son étendue. Il ne s'agirait donc pas pour l'étudiant de participer à l'ensemble des conseils décisionnels sur des questions relatives à l'enseignement et à la recherche, mais davantage pour lui, d'être responsabilisé au sein de l'institution universitaire comme un membre à part entière de la communauté au sens large. C'est cette responsabilité qui ferait le lien entre les garanties découlant de la liberté de la science et la mise en œuvre de la liberté de formation de l'étudiant.

§2 Évolutions dans le droit de l'admission des étudiants dans les établissements d'enseignement supérieur

A côté des droits d'affiliation dont bénéficie l'étudiant, ce-dernier possède encore certains droits relatifs à la conduite de ses études en vue d'obtenir un diplôme. Il n'existe pas d'obligation constitutionnelle pour l'État de créer une offre d'étude ou une place de formation, toutefois l'étudiant bénéficie d'un droit au maintien des prestations de l'Etat au sein des établissements publics d'enseignement supérieur en droit allemand (B).

Depuis notamment le processus de Bologne au niveau européen, l'étudiant est davantage considéré comme un usager d'un établissement d'enseignement

⁵¹² BVerfG 84, 59, déc. du 17 avril 1991, „Multiple Choice Verfahren“, „Hingegen rügen die Beschwerdeführer mit Recht, dass die Verwaltungsgerichte ihren Einwänden gegen die angegriffenen Prüfungsbescheide nicht nachgegangen sind. Darin liegt ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG“.

supérieur, entreprise de formation, plutôt qu'un véritable membre de la corporation universitaire. Cette tendance peut s'observer à travers la procédure de « sélection » des étudiants à l'entrée à l'université.

L'ensemble des questions relatives au droit de l'admission dans un établissement d'enseignement supérieur (Hochschulzulassungsrecht) doivent respecter les exigences constitutionnelles de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande. En d'autres termes, un candidat qui remplit les exigences de qualification requises pour un cursus particulier, possède « un droit à l'admission » dans un établissement d'enseignement supérieur selon la liberté du choix de la formation⁵¹³. Pour que les garanties de l'article 12, alinéa 1^{er} s'appliquent, la liberté du choix de la formation de l'étudiant doit maintenir un lien étroit avec le monde professionnel. En effet, la liberté du choix de la formation ne concerne pas les établissements scolaires dans la mesure où il n'y a pas de lien direct avec une activité professionnelle. La condition pour bénéficier de cette liberté est également l'obtention du baccalauréat allemand ou « Abitur ». Le droit à l'admission dans la formation de son choix dans un établissement d'enseignement supérieur ne vaut pas uniquement en faveur du premier cursus mais aussi vis-à-vis d'un second diplôme ou d'un troisième⁵¹⁴. La protection du droit fondamental s'atténue toutefois lorsque l'étudiant fait des demandes multiples de formations offertes par l'Etat. Pour le cas d'un étudiant qui modifie son parcours d'études pour la deuxième fois ou plus, des raisons particulières peuvent être exigées même lorsqu'il y a des places existantes dans l'établissement d'enseignement supérieur en cause⁵¹⁵.

Ce qui a été profondément modifié concernant la procédure traditionnelle de répartition des étudiants, s'inscrit dans le transfert de cette procédure à une fondation de droit public. Les Länder ont conclu le 5 juin 2008 un contrat relatif à la création d'une institution générale en faveur de l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur⁵¹⁶. Cette fondation de droit public a été créée selon le droit du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie et a aujourd'hui son siège à Dortmund. Elle doit à la fois protéger les compétences des établissements d'enseignement supérieur dans le domaine de l'admission et dans un même temps, mettre en œuvre une procédure centralisée d'attribution des places disponibles⁵¹⁷.

Avant la jurisprudence « Numerus Clausus » des années soixante-dix, la question de l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur était uniquement l'objet des statuts universitaires et le législateur régional laissait une large marge de

⁵¹³ BVerfG, déc. du 22 octobre 1991, 1 BvR 393, 1 BvR 610/85.

⁵¹⁴ BVerfGE 43, 291, déc. du 8 février 1977, „Numerus clausus II“.

⁵¹⁵ G. Manssen, „Artikel 12“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1096.

⁵¹⁶ Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 05.06.2008.

⁵¹⁷ Art. 2 „Aufgaben der Stiftung“ (Missions de la fondation) Staatsvertrag, „Die Stiftung hat die Aufgabe, 1. nach Maßgabe des nachfolgenden Abschnitts 2 die die Leistungen der Stiftung in Anspruch nehmenden Hochschulen bei der Durchführung der Zulassungsverfahren zu unterstützen, 2. nach Maßgabe des nachfolgenden Abschnitts 3 das zentrale Vergabeverfahren durchzuführen“.

manœuvre aux établissements. En conséquence, à côté du critère traditionnel de la note obtenue à l'« Abitur », les établissements ont développés des séries de nouveaux critères, ce que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a largement critiqué dans sa décision « Numerus Clausus » et notamment à la lumière du principe de la réserve de loi. Les Länder se sont alors accordés dans un « Staatsvertrag » pour la première fois en 1973, sur des critères d'admission, sur la détermination de la capacité de formation d'un établissement et sur l'instauration d'une répartition centrale des places d'étude. L'entrée en vigueur en 1976 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur a pour conséquence d'ajouter des critères supplémentaires. En 1998, les établissements peuvent pour la première fois adopter une procédure de sélection propre.

Actuellement, plusieurs séries de normes différentes encadrent la réglementation relative aux études dans les établissements d'enseignement supérieur. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur donne les grands principes du droit de l'admission des établissements d'enseignement supérieur. Elle peut être complétée par des lois prises par les Länder. Un « traité » conclu entre tous les Länder peut venir détailler les dispositions relatives à l'admission des étudiants. Chaque Land édicte ensuite des règlements administratifs et chaque établissement met en œuvre ses propres règles à travers son règlement intérieur. Enfin, les décisions de la conférence du ministère de la culture (« Kultusminister konferenz ») peuvent influencer le droit de l'admission des étudiants mais ne sont pas contraignantes.

La sélection engagée par les établissements, plus ou moins explicite dans les textes, correspond à une volonté de coupler davantage la formation universitaire avec les besoins du monde professionnel et du marché. Si la liberté des études au sens large, ou la liberté du choix de la formation semblent être mises à mal, c'est une réelle insécurité juridique qui se profile inévitablement pour les candidats (A).

A. Liberté des études *versus* fonction de formation

Pour introduire cette réflexion, un aperçu des pratiques européennes et françaises peut être envisagé. Le droit de la capacité des établissements d'enseignement supérieur et le droit des admissions ont eu une résonance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a notamment validé la conformité du numerus clausus et de la sélection universitaire dans un arrêt de 2013⁵¹⁸. Le numerus clausus fixe un nombre maximal de candidats autorisés à intégrer la formation délivrée par un établissement d'enseignement supérieur. En l'espèce, une sélection est mise en place dans une faculté de médecine italienne par le moyen d'un concours d'entrée.

⁵¹⁸ CEDH, 2e Sect., déc. du 2 avril 2013, *Tarantino et a. c. Italie*, req. n° 25851/09, 29284/09 et 64090/09.

La jurisprudence de la Cour avait déjà établi que « les garanties de l'article 2 du Protocole n°1 s'appliquent aux établissements de l'enseignement supérieur [et] que le droit à l'accès à ces établissements d'enseignement supérieur existants [...] constitue un élément inhérent au droit à l'instruction »⁵¹⁹. Dans l'affaire de 2013, la Cour juge que le mécanisme de *numerus clausus* était bien prévu par la loi italienne et poursuivait un but légitime. En effet, cette procédure de sélection aspirait « à parvenir à de hauts niveaux de professionnalisme, en garantissant un niveau minimum et adéquat de formation au sein des universités dans des conditions appropriées, [cette ambition] étant d'intérêt général ». La Cour européenne des droits de l'homme évoque une « mise en balance » entre « les intérêts individuels des requérants » et « ceux de la société dans son ensemble, ce qui inclut les autres étudiants suivant une formation universitaire ». Enfin, sur la question de la proportionnalité, « l'évaluation des candidats via des tests pertinents afin d'identifier les étudiants les plus méritants est une mesure proportionnée visant à garantir un niveau minimal et adéquat d'enseignement à l'université » selon la Cour.

L'opinion en partie dissidente du Juge Pinto de Albuquerque démontre toutefois que le droit de bénéficier d'un enseignement universitaire est un droit de l'homme. En d'autres termes, les Etats parties ont des obligations positives « non seulement d'ouvrir l'accès aux écoles et aux établissements d'enseignement existants et de reconnaître officiellement les cursus suivis jusqu'à leur terme, mais aussi de favoriser l'accès à l'instruction pour tous les enfants, si nécessaire en ouvrant de nouvelles formations ». En outre, le juge fait un lien étroit avec la liberté académique et l'autonomie institutionnelle, « meilleure assurance du respect de la liberté d'enseigner et du droit à l'instruction ». Selon lui, plus l'établissement bénéficie d'une autonomie institutionnelle, plus la marge d'appréciation de l'Etat est étroite et ne devrait donc pas imposer de réglementation aussi précise. Enfin, « le critère ultime pour apprécier les candidats est leur mérite, et non les besoins du marché ». Qu'en est-il alors de la marge de manœuvre effective de l'établissement sur ces questions ?

En France, le droit relatif aux admissions dans les établissements d'enseignement supérieur repose sur des dispositions du Code de l'éducation. Si le droit à l'éducation ou la liberté des études dans le domaine de l'enseignement supérieur n'existent pas dans les textes juridiques français, les étudiants bénéficieraient indirectement d'un droit à la formation. En d'autres termes, les établissements d'enseignement supérieur ont une obligation positive de formation des étudiants. Toutefois, l'obligation négative de l'Etat de ne pas s'immiscer dans la liberté des études ne trouve aucune traduction concrète dans le droit positif français.

Le Code de l'éducation contient des dispositions générales visant à la formation des étudiants. Les objectifs du service public de l'enseignement supérieur s'inscrivent notamment dans la contribution à la réussite de toutes les étudiantes et de tous les

⁵¹⁹ CEDH, G.C., déc. du 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98.

étudiants⁵²⁰. Les établissements ont pour mission « la formation initiale et continue tout au long de la vie », ainsi que « l'orientation, la promotion sociale et l'insertion professionnelle »⁵²¹. L'article L. 123-4 rappelle encore la mission de formation et d'orientation des étudiants. En outre, « les étudiants élaborent leur projet d'orientation universitaire et professionnelle en fonction de leurs aspirations et de leurs capacités ainsi que des perspectives professionnelles »⁵²² et un bureau d'aide à l'insertion professionnelle des étudiants intervient dans chaque université qui permet le lien entre les formations proposées par l'université et le monde professionnel⁵²³.

Le droit relatif aux admissions dans les établissements d'enseignement supérieur français distingue les dispositions communes à tous les établissements de certaines dispositions particulières. Aux termes de son article L. 717-1, « des décrets en Conseil d'Etat fixent les règles particulières d'organisation et de fonctionnement des grands établissements » qui peuvent déroger aux dispositions communes en la matière. Ainsi, les établissements « traditionnels » ne peuvent pas prendre des mesures propres, les procédures de sélection sont mises en œuvre au niveau national.

Seuls, les grands établissements⁵²⁴ peuvent bénéficier d'un régime spécifique dans ce domaine mais celui-ci reste fixé par le pouvoir réglementaire⁵²⁵. Le Conseil d'Etat est allé plus loin en admettant la possibilité pour un grand établissement d'instaurer une procédure de sélection propre pour l'inscription dans le premier cycle⁵²⁶. A l'occasion d'un recours en excès de pouvoir, l'Université Paris-Dauphine demande au Conseil d'Etat l'annulation d'une ordonnance par laquelle le juge des référés a suspendu l'exécution d'une décision du président de l'Université rejetant la demande d'inscription d'un étudiant en première année dans cet établissement.

Le Conseil d'Etat estime que « le décret du 26 février 2004 portant création de l'université de technologie en sciences des organisations et de la décision de Paris-Dauphine, qui donne à cette université le statut de grand établissement au sens de l'article L. 717-1 du code de l'éducation, a prévu à son article 3 que l'Université Paris-

⁵²⁰ Art. L. 123-2 du Code de l'éducation.

⁵²¹ Art. L. 123-3 du Code de l'éducation.

⁵²² Art. L. 611-3 du Code de l'éducation.

⁵²³ Art. L. 611-5 du Code de l'éducation.

⁵²⁴ Art. L. 717-1-1 du Code de l'éducation, « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 711-3, la qualification de grand établissement peut être reconnue, à compter de la publication de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche, soit à des établissements de fondation ancienne et présentant des spécificités liées à leur histoire, soit à des établissements dont l'offre de formation ne comporte pas la délivrance de diplômes pour les trois cycles de l'enseignement supérieur ».

⁵²⁵ Voir notamment Conseil d'Etat, décision du 8 juillet 2005, n°266900, « Considérant qu'au regard de ces dispositions le Gouvernement pouvait, sans entacher le décret attaqué d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, donner à l'université Paris-Dauphine, transformée en grand établissement, la faculté de sélectionner les étudiants à l'entrée du premier cycle et de délivrer les diplômes propres ».

⁵²⁶ Conseil d'Etat, décision du 28 décembre 2005, n°285760.

Dauphine pouvait délivrer des diplômes propres ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le diplôme universitaire de gestion et économie appliquée de Dauphine est un diplôme propre à cette université ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que l'Université Paris-Dauphine pouvait légalement, même en l'absence d'arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur, instaurer une sélection pour l'inscription en première année du diplôme universitaire de gestion et économie appliquée de Dauphine ».

En dehors de ces dispositions particulières qui concernent l'accès aux sections de techniciens supérieurs, aux instituts, aux écoles et aux préparations à celles-ci, aux grands établissements et à tous les établissements où l'admission est subordonnée à un concours national, jusqu'à la loi du 8 mars 2018⁵²⁷, le premier cycle était « ouvert à tous les titulaires du baccalauréat et à ceux qui ont obtenu l'équivalence ou la dispense de ce grade en justifiant d'une qualification ou d'une expérience jugées suffisantes ». Dorénavant, « sur la base de leurs résultats au baccalauréat, les meilleurs élèves dans chaque série et spécialité de l'examen de chaque lycée bénéficient, dans le cadre de la procédure de préinscription [...], d'un accès prioritaire à l'ensemble des formations de l'enseignement supérieur public, y compris celles où une sélection peut être opérée. Le pourcentage des élèves bénéficiant de cet accès prioritaire est fixé par décret. L'autorité académique réserve dans les formations de l'enseignement supérieur public un contingent minimal de places au bénéfice de ces bacheliers »⁵²⁸.

Ensuite, tous les étudiants ayant obtenu un diplôme sanctionnant les études du premier cycle peuvent accéder aux formations du deuxième cycle⁵²⁹ et l'accès en deuxième année d'une formation du deuxième cycle est de droit pour ceux qui ont validé la première année⁵³⁰. L'arrêté du 25 avril 2002 relatif au diplôme national de master précise qu'est « de droit » l'accès à un master du « même domaine » pour un étudiant ayant obtenu une licence. Au début de l'année 2016, le Conseil d'Etat a précisé ce système pour l'entrée dans les établissements d'enseignement supérieur et l'accès aux formations du deuxième cycle⁵³¹. Dans son avis, il considère que la capacité d'accueil d'un établissement, le succès à un concours ou à l'examen du dossier des candidats ne pouvaient pas avoir d'influence sur l'admission à une formation en deuxième cycle. L'admission est de droit et la sélection ne peut être que dérogatoire en étant prévue par un décret édicté après avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche fixant une liste limitative des formations sélectives.

Le décret du 25 mai 2016 relatif au diplôme national de master ajoute toutefois que l'inscription d'un étudiant qui souhaite poursuivre sa formation dans une autre

⁵²⁷ Loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants (1).

⁵²⁸ Art. L. 612-3-1 du Code de l'éducation.

⁵²⁹ Art. L. 612-6 du Code de l'éducation.

⁵³⁰ Art. L. 612-6-1 du Code de l'éducation.

⁵³¹ Conseil d'Etat, décision du 10 février 2016, n°394594, 394595.

mention de master dans le même établissement est conditionnée par l'examen du responsable de cette formation. En outre, si l'étudiant souhaite poursuivre son master dans un autre établissement duquel il était inscrit, le responsable de la formation de l'établissement d'accueil vérifie que les unités d'enseignement déjà acquises par l'étudiant lui permette de poursuivre sa formation afin d'obtenir le diplôme de master.

Le Conseil d'Etat, saisi en recours en excès de pouvoir contre ce décret de 2016 au motif qu'il prévoit une sélection au sein du deuxième cycle, a rejeté la requête⁵³². Ce décret autorise les établissements à fixer certaines modalités de sélection en fonction de la capacité d'accueil de l'établissement d'enseignement supérieur pour certaines mentions de master (précisées en annexe du décret). Cela peut consister notamment à la mise en place d'un concours ou à l'examen du dossier du candidat⁵³³. Le Conseil d'Etat ne remet pas non plus en question ces dispositions de « sélection » existant plus qu'à demi-mot. Ainsi, bien que l'accès à l'université reste en principe exempt de toute sélection, la fonction de formation des établissements impose des règles procédurales de plus en plus strictes, sans qu'il n'existe de cadre juridique uniforme, pouvant accentuer une certaine insécurité juridique pour les étudiants. Les réformes applicables à la rentrée universitaire 2018 semblent franchir le pas de la sélection pour l'entrée en premier cycle. Elles visent notamment à éviter le système du tirage au sort, institué dans les filières très demandées comme la médecine, la psychologie ou le droit. Les universités devront dorénavant établir une liste « d'attendus » par filière qui viendra sélectionner les étudiants à l'entrée de certains cursus.

En Allemagne, on retrouve les mêmes enjeux et une volonté politique semblable quant à la sélection plus ou moins assumée des établissements d'enseignement supérieur et des pouvoirs publics. Certains aspects du droit de l'admission et de la capacité des établissements d'enseignement supérieur sont clairement tournés vers un droit permettant de « servir » la gouvernance générale des établissements. Les étudiants n'ont plus forcément « droit au chapitre » tandis que les pouvoirs publics se tournent vers une forme de planification de l'enseignement et de la formation, pouvant se heurter à la liberté de la science.

Dans une affaire de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 2016, elle a expliqué que le droit relatif à l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur intervient dans la liberté d'organisation des établissements d'enseignement supérieur dont bénéficie le législateur qui peut dès lors l'admission de certains étudiants⁵³⁴. La mise en œuvre de limites dans le droit de l'admission doit être conciliée avec la liberté de la science mais aussi avec la liberté de choix de la formation de l'article 12 de la Loi fondamentale. Dans cette affaire, les requérants sont des établissements d'enseignement supérieur qui considèrent que l'obligation

⁵³² Conseil d'État, décision du 6 juillet 2016, n° 400994.

⁵³³ Art. 2 du décret n° 2016-672 du 25 mai 2016 relatif au diplôme national de master.

⁵³⁴ BVerfG, déc. du 29 juin 2016, 1 BvR 590/15.

d'admission provisoire d'étudiants en dehors de la capacité d'accueil fixée de l'établissement est une atteinte à la liberté de la science. La Cour rejette le recours en considérant que la question du nombre d'admissions relève d'un accord entre les pouvoirs publics et l'établissement d'enseignement supérieur.

S'agissant de la question de l'action des pouvoirs publics dans ce domaine, en premier lieu, la Cour administrative fédérale allemande, déjà en 1978, n'a pas retenu les prétentions d'un requérant évincé par une procédure de sélection⁵³⁵. Le requérant avait candidaté pour l'admission au cursus de médecine auprès de l'office central chargé de la répartition des places d'études⁵³⁶. Par une décision du 5 mars 1976, l'office rejetait sa demande en raison de l'atteinte du nombre maximal de candidats. Au contraire, le requérant estimait que le nombre maximal fixé pour ce cursus (ou *numerus clausus*) ne correspondait pas à une impossibilité d'accueil pour l'établissement concerné. La Cour administrative fédérale allemande considère que le droit de la capacité des établissements d'enseignement supérieur relève de la responsabilité du législateur et que les détails peuvent ensuite être déterminés dans des règlements et notamment par le moyen d'accords conclus entre les Länder ou « *Staatsverträge* ».

En outre, selon la Cour administrative fédérale, la capacité de l'établissement a été mesurée à l'aide de critères objectifs et transparents. La Cour administrative suprême fédérale confirme sa position deux ans plus tard en estimant que la mise en place d'un *numerus clausus* par les pouvoirs publics du Land (en l'espèce, le ministère de la culture) n'est pas contraire à l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Il faut concilier la liberté de la science avec la mission de formation de l'université et tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence selon la Cour⁵³⁷.

Concernant les différents niveaux de réglementation dans ce domaine et l'influence de plus en plus conséquente des pouvoirs publics, la Cour administrative fédérale allemande a considéré qu'un règlement édicté par le ministère de la culture du Land du Bade-Wurtemberg en faveur d'une évaluation générale de la capacité d'accueil et de la détermination de l'attribution des places disponibles n'était pas contraire au droit fédéral⁵³⁸. Ce règlement ne contredit pas la répartition des compétences selon la Loi fondamentale. Le droit de la capacité des établissements d'enseignement supérieur peut donc être déterminé par des dispositions cadres, mettant en œuvre une réglementation unique au niveau du Land pour un certain nombre d'établissements. Ce cadre ne contrevient, selon la Cour administrative fédérale, ni à la responsabilité du législateur dans ce domaine, ni à l'autonomie des universités dans la mesure où il s'inscrit dans la mission de formation des établissements.

⁵³⁵ BVerwG, déc. du 7 juin 1978, 7 C 7.77.

⁵³⁶ En allemand, il s'agit du „Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen“ ou „ZVS“.

⁵³⁷ BVerwGE, déc. du 8 février 1980, 7 C 93.77.

⁵³⁸ BVerwG, déc. du 18 septembre 1981, 7 N 1.79.

En second lieu, si l'entrée à l'université, hors faculté de médecine, doit, en règle générale, restée exempte de toute forme de sélection, l'accès en master est toutefois conditionné par l'obtention d'un diplôme d'établissement d'enseignement supérieur et par la mise en œuvre de critères supplémentaires des établissements conformément aux dispositions de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Pour que les établissements d'enseignement supérieur puissent édicter des conditions d'accès supplémentaires, il faut que ces conditions soient étroitement liées avec les exigences thématiques et qualitatives du cursus en cause ainsi qu'avec une qualification dite professionnelle. Les conditions d'accès supplémentaires doivent également être posées de façon claire et précise⁵³⁹ et doivent être contenues dans une loi⁵⁴⁰.

A propos de la mise en œuvre d'exigences relatives au droit d'accès dans un cursus de master, des établissements d'enseignement supérieur du Land de Berlin ont exercé un recours contre la 11^{ème} loi de modification de la loi de Berlin relative aux établissements d'enseignement supérieur entrée en vigueur le 6 juillet 2006, introduisant des règles relatives aux conditions d'accès pour les cursus de master et un contrôle d'opportunité dans le cadre de la validation des statuts des établissements d'enseignement supérieur de la part des pouvoirs publics⁵⁴¹.

Selon la Cour constitutionnelle de Berlin, un recours à l'encontre des limitations légales quant à l'accès aux cursus de master d'une Université n'est pas recevable. Les dispositions contenues dans la loi ne constituent pas une atteinte substantielle, ni à la liberté de la science, ni à l'autonomie des universités, toutes deux protégées dans la Constitution de Berlin. La Cour poursuit en précisant que les établissements d'enseignement supérieur ne possèdent pas une liberté totale dans l'organisation de leurs cursus de masters.

En effet, poursuit la Cour, la liberté de l'enseignement est indissociable de la mission de formation à l'emploi ; le cursus de master qui intervient après l'obtention d'un premier diplôme laisse moins de marge de manœuvre pour l'établissement en tant que tel. En outre, la liberté de la recherche et de l'enseignement et la capacité fonctionnelle de l'établissement dans sa mission de formation doivent être harmonisées. Enfin, selon la Cour, l'objet de la réglementation n'est pas en lien direct avec la recherche et l'enseignement. Au demeurant, il serait particulièrement compliqué de souscrire à ce dernier argument.

Plusieurs éléments sont donc observables en ce qui concerne la conciliation de la liberté des études avec la fonction de formation des universités. En premier lieu, le droit de l'admission possède un lien étroit avec la mission de formation de l'université. En d'autres termes, les droits des étudiants ne sont pas les seuls à être pris en compte dans le domaine de l'accès aux établissements d'enseignement

⁵³⁹ VG München, déc. du 28 septembre 2009, M 4 09. 3618.

⁵⁴⁰ VG München, déc. du 9 mai 2007, 7 CE 07. 551, en lien avec la forme mais aussi le fond.

⁵⁴¹ VerfGH des Landes Berlin, déc. du 4 mars 2009, 199/06.

supérieur. La mission de formation de l'université vient légitimer, en second lieu, une large compétence des Länder sans prendre en réelle considération le principe d'autonomie des établissements. Qu'il s'agisse de l'entrée à l'université ou de l'accès en master, le droit allemand relatif à l'admission (édicte par les Länder) dans les établissements d'enseignement supérieur pose des conditions toujours plus strictes, que les établissements peuvent adapter plus ou moins à leurs cursus propres et spécifiques.

L'évolution dans le droit de l'admission des étudiants supposerait davantage d'autonomie pédagogique pour les établissements vis-à-vis des pouvoirs publics. La réglementation dans ce domaine touche dans une certaine mesure à la libre administration des universités. Enfin, la mise en œuvre des règles relatives à l'admission dans les établissements nécessite une certaine harmonisation globale qui permettrait d'unifier les différents niveaux de réglementation sous la forme de principes cadres en laissant la possibilité aux établissements d'être une force de proposition et une force d'exécution. La liberté du choix de la formation se retrouve enserrée dans cette nouvelle gouvernance et au cœur d'une superposition de normes dans le droit de l'admission de l'enseignement supérieur.

B. Le droit au maintien des prestations de l'Etat (derivatives Teilhaberecht) dans une nouvelle forme de gouvernance

Deux décisions principales de la Cour constitutionnelle fédérale allemande posent les critères tenant à l'admission des étudiants : « Numerus Clausus I » et « Numerus Clausus II ». La Cour constitutionnelle fédérale allemande accorde la possibilité aux établissements d'enseignement supérieur, dans certaines conditions, de sélectionner les candidats. Le rôle de la Cour est indispensable dans ce domaine dans la mesure où le droit de l'admission n'est que très peu harmonisé sur l'ensemble du territoire et dépend d'une pluralité d'acteurs, à différents niveaux normatifs. Qu'en est-il de l'existence et de la portée du droit au maintien des prestations de l'Etat dont l'étudiant devrait bénéficier ? L'exigence d'égalité entre les candidats et le processus d'homogénéisation dans la réglementation des Länder peuvent-ils porter atteinte aux intérêts des autres groupes de l'université ?

Un « numerus clausus » peut être mis en œuvre si les places disponibles dans l'établissement d'enseignement supérieur ne correspondent pas aux différentes demandes de formation de la part des étudiants⁵⁴². Dans cette célèbre affaire du même nom, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait examiner deux procédures d'admission dans le cursus de médecine à l'Université de Hambourg et de Munich et devait se prononcer sur la question de leur compatibilité avec la Loi fondamentale. La loi relative à l'Université de Hambourg du 25 avril 1969 prévoyait

⁵⁴² BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

que le nombre d'admissions à un cursus universitaire pouvait être limité, aussi longtemps que cela était nécessaire, compte tenu de la capacité de l'Université de garantir un cadre adapté à la conduite des études. L'Université devait, au préalable, examiner si elle pouvait mettre en œuvre certaines mesures moins lourdes afin d'éviter des restrictions aux admissions.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, c'est au législateur à qui revient le soin de prendre les décisions importantes relatives aux conditions de limitation des admissions et aux critères applicables de sélection. Les établissements peuvent être autorisés à régler certains détails dans la réglementation en restant dans le respect du cadre de la loi⁵⁴³.

Dans l'arrêt de principe « Numerus clausus I », la Cour constitutionnelle fédérale définit la portée de l'article 12, alinéa 1^{er} dans ce domaine. Elle rappelle que l'étudiant bénéficie de la protection de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale qui lui garantit un droit au libre choix d'une formation. En outre, la Cour n'a pas envisagé ce droit fondamental uniquement dans sa perspective défensive mais lui a accordé un caractère préventif.

En d'autres termes, bien que le droit fondamental de la liberté de la profession n'accorde pas directement un droit à la création d'une nouvelle place dans un établissement, il offre certaines garanties moins contraignantes qui doivent être mises en œuvre par les pouvoirs publics. Pour qualifier le droit fondamental du libre choix de la formation, la Cour constitutionnelle fédérale allemande utilise l'expression d'un droit « dérivatif de participation » (ou « derivatives Teilhaberecht »). A la différence d'une véritable garantie d'obtenir une place dans un établissement (qui pourrait correspondre à un « droit fondamental objectif »), ce droit dérivatif confère à son destinataire un droit au maintien des services et des prestations de l'Etat dans le domaine de l'enseignement supérieur.

Dans l'affaire en l'espèce, les limitations détaillées du nombre de places dans une formation sont réglées par des règlements d'admission dans lesquels figurent en outre, les dispositions relatives à la sélection et au nombre de candidats pouvant être admis. Ces règlements sont décidés par le sénat académique (au niveau de l'université) après consultation des différentes composantes⁵⁴⁴. A travers la multiplication des normes et des restrictions, dans quelle mesure le droit au maintien

⁵⁴³ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

⁵⁴⁴ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“, §17 hamburgische Universitätsgesetz vom 25. April 1969, „Die Zulassung kann für einzelne Fachrichtungen beschränkt werden, wenn und solange dies mit Rücksicht auf die Aufnahmefähigkeit der Universität erforderlich ist, um ein ordnungsgemäßes Studium in der betreffenden Fachrichtung zu gewährleisten. Vor der Einführung einer Zulassungsbeschränkung ist insbesondere zu prüfen, ob und wie weit die Universität Maßnahmen, vor allem auf dem Gebiet der Studienreform, treffen kann, die geeignet sind, eine Zulassungsbeschränkung zu vermeiden. Zulassungsbeschränkungen werden durch Zulassungsordnungen geregelt, in denen auch Bestimmungen über die Auswahl und die Zahl der zuzulassenden Bewerber zu treffen sind. Zulassungsordnungen werden vom Akademischen Senat nach Anhörung der beteiligten Fachbereiche beschlossen“.

des prestations publiques peut-il rester effectif ? La Cour constitutionnelle fédérale allemande va poser certaines conditions à la lumière de la liberté du choix de la profession de l'article 12, alinéa 1^{er} et de la garantie du respect de l'égalité entre les candidats de l'article 3 de la Loi fondamentale.

Tout d'abord, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, pour que l'on appose des restrictions dans le domaine des admissions à l'université, elles doivent être encadrées par la mise en œuvre de dispositions objectives et intelligibles, susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les tribunaux administratifs. Ensuite, pour que cette limite reste conforme au droit de l'enseignement supérieur, il faut que la procédure de sélection des étudiants suive les exigences tenant à l'organisation des études. Enfin, il faut que la situation corresponde à un épuisement des offres de formation, tenant compte de la capacité d'accueil de l'établissement (« Kapazitätserschöpfung »)⁵⁴⁵.

Cette dernière condition relève du droit de la capacité d'accueil des établissements d'enseignement supérieur (« Kapazitätsrecht »). La Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaît une obligation préalable particulière vis-à-vis de l'Etat d'augmenter la capacité d'accueil d'un établissement lorsque les demandes de formation y sont importantes. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'Etat remplit cette obligation qu'il est alors possible de limiter le nombre d'admissions dans un cursus particulier. Le contrôle administratif et constitutionnel des règlements relatifs à la capacité d'accueil des établissements d'enseignement supérieur se limite à un contrôle objectif⁵⁴⁶. L'article 12, alinéa 1^{er} exige toutefois une motivation suffisante de la norme.

En 1984, sur la question de la capacité des établissements d'enseignement supérieur, la Cour constitutionnelle fédérale allemande déclare que le législateur détient la compétence de réformation de l'organisation académique sans que les droits fondamentaux des candidats étudiants ne s'y opposent⁵⁴⁷. Toutefois, à l'occasion de réformes structurelles, il faut éviter autant que possible une réduction de la capacité de formation existante⁵⁴⁸. Le droit de la capacité d'accueil des établissements d'enseignement supérieur met en œuvre les garanties constitutionnelles du droit au maintien des prestations de l'Etat. En d'autres termes et selon les garanties découlant de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, il faut que chaque candidat possède une véritable chance d'admission et que son choix individuel soit pris en compte selon les possibilités offertes par l'établissement.

⁵⁴⁵ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

⁵⁴⁶ BVerwGE 70, 318, déc. du 13 décembre 1984, 7 C 3. 83.

⁵⁴⁷ BVerfG, déc. du 8 février 1984, 1 BvR 580/83, „Hochschule Hannover“.

⁵⁴⁸ BVerfG, déc. du 8 février 1984, 1 BvR 580/83, „Hochschule Hannover“, „Durch Grundrechte von Studienbewerbern wurde der Gesetzgeber nicht daran gehindert, den bisherigen akademischen Mittelbau umzugestalten. Jedoch sind bei solchen Strukturreformen Verminderungen der vorhandenen Ausbildungskapazitäten soweit wie möglich zu vermeiden“.

En dehors des restrictions quant à l'admission dans certains cursus, encadrées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, aucune autre limite n'est recevable en principe. En ce sens, la Cour constitutionnelle du Land de Bavière a pu déclarer que la mise en œuvre d'une limitation relative à l'âge des candidats était incompatible avec la Constitution allemande⁵⁴⁹.

D'un autre, côté, la question de la suppression de places dans les établissements d'enseignement supérieur s'apprécie aussi au regard de l'article 12, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. La suppression de la part des pouvoirs publics doit avoir une justification constitutionnelle⁵⁵⁰. Du point de vue du droit au libre choix de formation et de la liberté de choix de profession, les pouvoirs publics ne peuvent pas seulement invoquer le défaut de perspective d'insertion professionnelle pour justifier la suppression de places d'études. Toutefois, la suppression de places dans un établissement d'enseignement supérieur peut être légitimée par des ressources financières insuffisantes⁵⁵¹.

Dans sa décision, « Numerus clausus II »⁵⁵², la Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et poursuit la mise en œuvre concrète des critères et des principes relatifs au droit de l'admission des étudiants sous la pression de l'entrée en vigueur de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur un an plus tôt. Le principe selon lequel chaque candidat doit détenir une chance réelle d'intégrer le cursus de son choix, principe affirmé par sa première décision de 1970, impose, pour les cursus mettant en œuvre un « numerus-clausus », l'édiction de critères objectifs et adaptés aux individus afin d'éviter l'exclusion de groupes entiers de candidats par le moyen de limitations trop rigides⁵⁵³.

A l'occasion de cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait se prononcer sur la question de la compatibilité avec la Loi fondamentale d'une disposition contenue dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur à propos de l'introduction d'un nombre limité de candidats pour chaque Land. Ce nombre est fixé selon la moyenne obtenue au baccalauréat afin de davantage sélectionner les candidats. Selon la Cour, la fixation d'un nombre de candidats est compatible avec la Constitution allemande dans la mesure où cette réglementation vaut pour la procédure de sélection générale. Une réglementation plus restrictive peut toutefois être contenue dans les dispositions des accords conclus entre les Länder et la Fédération ou « Staatsverträge ». La Cour tempère en estimant que la répartition des places dans les offres de formation, conditionnée par

⁵⁴⁹ VerfGH Bayern 50, 129, déc. du 12 juillet 2013.

⁵⁵⁰ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

⁵⁵¹ G. Manssen, „Artikel 12“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1096.

⁵⁵² BVerfGE 43, 291, déc. du 8 février 1977, „Numerus clausus II“.

⁵⁵³ BVerfGE 43, 291, déc. du 8 février 1977, „Numerus clausus II“, „Dieser Grundsatz stellt in Numerus-clausus-Fächern mit hohem Bewerberüberhang die Aufgabe, den Realisierungsgrad der Chance durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien zu bestimmen, den prinzipiellen Ausschluss ganzer Gruppen geeigneter Bewerber durch starre Grenzziehungen zu vermeiden sowie für angemessene Ausweichmöglichkeiten Sorge zu tragen“.

l'obtention d'une certaine moyenne ou par la mise en œuvre de listes d'attente (procédure utilisée pour les « cursus à numerus-clausus ») peut être remplacée par d'autres procédures de sélection. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il est préférable d'orienter le processus de sélection par des mesures d'accroissement de la capacité d'un établissement.

Aujourd'hui, le droit de l'admission se traduit par une superposition de normes. L'actuelle réglementation relative à l'attribution des places pour les étudiants dans les établissements d'enseignement supérieur est contenue dans la 7^{ème} loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005. Les normes relatives au droit de l'accès et de l'admission dans un établissement d'enseignement supérieur contenues dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur auraient moins de valeur dans la pratique dans la mesure où elles ont été transposées à travers les accords conclus entre les Länder (ou « Staatsverträge »). Ces derniers ont une valeur d'acte administratif selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁵⁵⁴.

Ces actes conclus par les Länder supposent que ces derniers prennent leurs responsabilités en faveur d'une coopération dans la protection effective des droits fondamentaux. Cette responsabilité est fondée sur le fait que la protection des droits fondamentaux soit garantie de la même façon selon les Länder. Ces accords mettent en œuvre une procédure commune relative à la répartition des offres de formation. Bien que l'accord règle certaines matières appartenant au droit constitutionnel, son objet est d'utiliser pleinement la capacité des établissements d'enseignement supérieur de l'Allemagne et de répartir ensuite les candidats en tenant compte des places disponibles. Il s'agit là encore de compenser les différences entre les Länder⁵⁵⁵. En outre, le fait que ces accords soient qualifiés d'acte administratif, n'empêche pas qu'ils soient soumis à l'approbation des parlements des Länder.

Sur ce principe, les Länder ont conclu en 2006 un nouveau « traité » relatif aux attributions de places⁵⁵⁶ et ont adopté une réglementation correspondante au niveau des Etats fédérés par le moyen de lois de transposition édictées par les parlements des Länder. Ce sont les recommandations du Conseil scientifique en faveur de la réforme relative à l'accès à l'université du 30 janvier 2004 qui ont été à l'origine de l'ensemble du processus⁵⁵⁷.

Ces réglementations ont été complétées par des règlements administratifs relatifs à la capacité d'accueil des établissements d'enseignement supérieur ou

⁵⁵⁴ BVerfGE 42, 103, déc. du 7 avril 1976, „Staatsvertrag“.

⁵⁵⁵ BVerfGE 42, 103, déc. du 7 avril 1976, „Staatsvertrag“, „Der Zweck des Vertrages ist, die Kapazitäten der Hochschulen der Bundesrepublik Deutschland voll auszunutzen, die zur Verfügung stehenden Studienplätze auf die Studienplatzbewerber nach in allen Ländern gleichen Grundsätzen zu verteilen und Vorteile und Nachteile im Verhältnis von Land zu Land auszugleichen“.

⁵⁵⁶ Gesetz zum Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen vom 21. November 2006.

⁵⁵⁷ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 35-36.

« Kapazitätsverordnungen »⁵⁵⁸ qui fixent pour un établissement un nombre maximal d'étudiants pouvant s'inscrire dans une filière. Ces règlements édictés au niveau des Länder doivent toutefois rester en conformité avec la loi cadre relative aux établissements d'enseignement supérieur et notamment rester en adéquation avec les missions des établissements de recherche, à savoir, les missions d'enseignement et de formation⁵⁵⁹.

Ainsi, depuis le semestre d'hiver de 2006/2007⁵⁶⁰, chacun des cursus correspondant à une offre de formation d'un établissement d'enseignement supérieur peut limiter leur nombre d'admissions. Les dispositions toujours en vigueur de la loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur prévoit que 20% des places des établissements seront réservés aux « meilleurs bacheliers » ou « Abiturbesten ». Ces derniers peuvent choisir dans quel établissement ils souhaiteraient étudier. La plus grande part des offres de formation sera ensuite attribuée selon la procédure propre de chacun des établissements. La répartition classique des places fonctionnait traditionnellement en fonction d'une seule condition : celle de l'obtention de l'examen d'Etat final (« Abitur »)⁵⁶¹. Le droit fondamental au maintien des prestations de l'Etat en faveur de l'étudiant devrait alors s'adapter aux procédures particulières des établissements. Si les pouvoirs publics doivent en premier lieu veiller à l'accroissement des offres de formation disponibles, les établissements d'enseignement supérieur peuvent fixer des restrictions relatives à leurs cursus propres, en tenant compte du profil général de l'établissement.

Par exemple, la Cour constitutionnelle de Munich a précisé certains détails quant aux conditions d'accès pouvant être mises en œuvre par les établissements dans une affaire de 2008. La requérante a obtenu un diplôme équivalent au baccalauréat en Allemagne en juin 2008 en obtenant une moyenne de 1,9 et a demandé son admission pour le semestre d'hiver 2008/2009 dans le cursus de licence d'études de nutritionniste à l'Université technique. Son admission a été refusée en août 2008 au motif que la requérante ne possédait pas une moyenne suffisante.

⁵⁵⁸ Par exemple, Verordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularnormwerte und die Festsetzung von Zulassungszahlen (Kapazitätsverordnung - KapVO) vom 14. Februar 1994 ; Kapazitätsverordnung des Landes Sachsen-Anhalt (KapVO) vom 24. Januar 1994 ; Thüringer Verordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularnormwerte und die Festsetzung von Zulassungszahlen (Thüringer Kapazitätsverordnung – ThürKapVO -) vom 13. August 1993.

⁵⁵⁹ §29, Abs. 2 HRG, „Ist nach der Feststellung der Zentralstelle (§ 31) zu erwarten, dass an den Hochschulen im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht alle Bewerber eines Studiengangs zugelassen werden können, so darf für diesen Studiengang die Zahl der von der einzelnen Hochschule höchstens aufzunehmenden Studenten (Zulassungszahl) nicht niedriger festgesetzt werden, als dies unter Berücksichtigung der personellen, räumlichen, sächlichen und fachspezifischen Gegebenheiten zur Aufrechterhaltung einer geordneten Wahrnehmung der Aufgaben der Hochschule in Forschung, Lehre und Studium sowie in der Krankenversorgung unbedingt erforderlich ist“.

⁵⁶⁰ Les établissements d'enseignement supérieur allemands ne désignent pas leur année universitaire avec les semestres 1 et 2 mais avec le semestre d'hiver et le semestre d'été.

⁵⁶¹ Traditionnellement, la répartition était de la compétence du ZVS ou « Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen ». On attribuait au niveau central des places dans les universités. Aujourd'hui, seul un tiers des places est encore attribué par le ZVS et plus particulièrement pour les cursus de médecine, de pharmacie, de psychologie, de vétérinaires et de dentisterie. Voir notamment le site prévu à cet effet : <http://www.hochschulstart.de>.

La procédure d'admission pour ce cursus universitaire comprenant un test d'aptitude est conditionnée par deux étapes pour lesquelles il faut obtenir au minimum 74 points, ce que n'a pas obtenu la requérante. Cette dernière conteste son refus d'admission et demande sa réintégration provisoire dans le cursus de l'établissement. Selon les dispositions de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Bavière, l'université peut, en plus des exigences générales de qualification, exiger le passage d'un test d'aptitude. Il faut toutefois que le cursus s'accompagne d'exigences qualitatives qui justifient la mise en place de cet examen supplémentaire.

Cette procédure complémentaire peut être effective pour certains cursus mais ne doit pas s'inscrire comme une restriction générale supplémentaire à l'entrée à l'université. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur prévoit que la qualification permettant l'admission à un cursus dépend principalement du diplôme du baccalauréat. Quant à l'introduction d'un test d'aptitude qui doit être justifié par l'établissement, il doit rester une exception⁵⁶².

Par rapport à la réglementation bavaroise et selon la Cour constitutionnelle du Land, il y a des doutes considérables quant à savoir si le test d'aptitude ne concerne que l'admission dans certains cursus ou vise à établir une condition générale supplémentaire de « sélection ». La mise en œuvre d'un test d'aptitude, selon la Cour constitutionnelle doit être justifiée par des exigences précises, en lien avec un cursus particulier qui nécessite l'acquisition de certaines compétences⁵⁶³.

Un « Staatsvertrag » de 2008 est venu poursuivre l'harmonisation des dispositions dans ce domaine et conforter la procédure de sélection mise en œuvre par la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur⁵⁶⁴. Les dispositions générales contenues aux paragraphes 31 et 32 de la loi cadre règlent la répartition des places dans les universités. Si 30% des places peuvent être réservées à des groupes particuliers de candidats (candidats venant de l'étranger ou bénéficiant de droits sociaux), 20% des places seront encore accordées aux meilleurs « bacheliers », 20% selon le critère du « Wartezeitquote »⁵⁶⁵ par la fondation au niveau fédéral et les 60% restant dépendront de la procédure de sélection des établissements eux-mêmes.

⁵⁶² §27, Abs. 2 HRG, „Der Nachweis nach Absatz 1 Satz 1 wird für den Zugang zu einem Studium, das zu dem ersten berufsqualifizierenden Abschluss führt, grundsätzlich durch den erfolgreichen Abschluss einer auf das Studium vorbereitenden Schulbildung erbracht“.

⁵⁶³ VG München, déc. du 1^{er} octobre 2008, M 4 E 08/4233.

⁵⁶⁴ Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5. Juni 2008.

⁵⁶⁵ Le « Wartezeitquote » désigne le laps de temps entre le dernier diplôme obtenu et le début des études ou le moment de la reprise d'études. Cette période d'attente peut être utilisée pour faire un voyage à l'étranger, une année de volontariat. Pour qu'elle soit reconnue comme valable selon ce critère, le candidat n'est pas autorisé à s'inscrire dans un établissement d'enseignement supérieur. Si, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le « Wartezeitquote » est en principe incompatible avec le principe d'égalité dans les études à moins que le législateur le mette en œuvre afin d'atténuer la faiblesse des autres critères tenant à l'aptitude en limitant la durée entre les deux périodes.

De plus, le « Staatsvertrag » de 2008 réduit la part des 30% pour les groupes particuliers à 20% et prévoit que les Länder sont compétents pour préciser dans des règlements les détails de la procédure et pour déterminer les critères internes applicables. Le 17 mars 2016, les Länder se sont mis d'accord sur une nouvelle modification⁵⁶⁶ qui se situe encore au stade de la ratification et s'appliquera au plus tôt pour le « Wintersemester » 2018/2019. Elle prévoit notamment une modification dans les critères de sélection par rapport au « Wartezeitquote » qui ne se calculera plus à partir de l'obtention d'un diplôme ouvrant l'accès à un établissement d'enseignement mais sur le nombre de semestres que le candidat doit obtenir.

Certains Länder ont également édicté des dispositions particulières, notamment à propos du fait qu'un autre critère au moins doit prévaloir à côté de celui du niveau de qualification⁵⁶⁷. D'autres Länder laissent une marge de manœuvre aux établissements sur ces questions⁵⁶⁸. En fonction des Länder, il peut aussi y avoir un accord avec le ministère du Land⁵⁶⁹ ou un droit de regard du ministère sur le choix des critères des établissements d'enseignement supérieur⁵⁷⁰.

Il faut encore remarquer une décision récente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. La Cour pose de nouvelles limites à la liberté d'organisation de la procédure de sélection des étudiants des facultés de médecine à la fois pour le législateur régional mais aussi pour les établissements d'enseignement supérieur⁵⁷¹. La Cour examine les dispositions de la loi cadre fédérale des établissements d'enseignement supérieur relatives à la répartition centrale des places disponibles et à la procédure de sélection ainsi que les dispositions de ratification et de transposition du « Staatsvertrag » de 2008 dans les différents Länder. La Cour pose le principe selon lequel les établissements d'enseignement supérieur ne possèdent aucun droit d'édicter de nouveaux critères de sélection. Un droit dans ce sens ou en

⁵⁶⁶ Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 17. März 2016.

⁵⁶⁷ Par exemple, §2a, Abs. 1, Satz 1 in Verbindung mit §6, Abs. 2, Satz 2 des Gesetzes über die Zulassung zum Hochschulstudium in Baden-Württemberg (HZG BW) ; Art. 7, Abs. 1, Satz 1 in Verbindung mit Art. 5, Abs. 5, Satz 2 des Gesetzes über die Hochschulzulassung in Bayern (BayHZG).

⁵⁶⁸ Par exemple, Brandenburg, §10, Abs. 2, Satz 2 der Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2010 (GVBl II Nr. 29), geändert durch Verordnung vom 11. August 2011 (GVBl II Nr. 45) (ZVV BB) ; §2 des Dritten Gesetzes über die Zulassung zum Hochschulstudium in Nordrhein-Westfalen (HZG NRW); Saarland, §4 des Saarländischen Gesetzes Nr. 1666 zur Ratifizierung des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung ; Sachsen, §3, Abs. 1 Sächsisches Hochschulzulassungsgesetz (SächsHZG).

⁵⁶⁹ Par exemple, §8, Abs. 3, Satz 6 Berliner Hochschulzulassungsgesetz (BerlHZG) ; §5, Abs. 1 des Gesetzes zu dem Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung in der aus dem Rubrum ersichtlichen Fassung, §1, Abs. 5, §18 Studienplatzvergabeverordnung Rheinland-Pfalz.

⁵⁷⁰ Par exemple, Hessen, §10, Abs. 3 Hessisches Hochschulgesetz vom 14. Dezember 2009, GVBl I S. 666, i.V.m., §6, Abs. 2, Nr. 2 Hessisches Hochschulgesetz vom 14. Dezember 2009, GVBl I S. 666, in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juni 2012, GVBl I S. 227 (HessHG), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. November 2015, GVBl S. 510 ; §14, Abs. 3, §12, Abs. 2, Nr. 5 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Januar 2011, GVOBl M-V S. 18 (LHG M-V).

⁵⁷¹ BVerfGE, déc. du 19 décembre 2017, 1 BvL 3/14.

allemand « Kriterienerfindungsrecht » pour un établissement serait inconstitutionnel et contreviendrait au principe allemand de la réserve de loi. Les établissements d'enseignement supérieur ont simplement la possibilité de rendre les critères effectifs, faculté justifiée par la liberté de la science selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande. En outre, Les critères de sélection doivent être déterminés par le législateur afin de bénéficier d'une légitimité démocratique.

Ainsi, concernant les différents pourcentages de répartition des places disponibles⁵⁷², la Cour constitutionnelle fédérale allemande estime que l'agencement en trois pourcentages correspond à la liberté d'organisation du législateur. De plus, elle réclame une réglementation en faveur d'une standardisation relative à l'organisation des examens contrôlant l'aptitude des candidats. Il faut encore, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la mise en œuvre d'un mécanisme de compensation vis-à-vis du critère des notes obtenues par le candidat à son « Abitur »⁵⁷³. En ce sens, la Cour ajoute que les critères mis en œuvre par le législateur doivent représenter une certaine diversité afin d'apprécier au mieux les aptitudes des candidats.

D'un côté, l'Etat, au sens large, a l'obligation de tout mettre en œuvre pour garantir le plus grand nombre de places disponibles dans les offres de formation. Les établissements d'enseignement supérieur, d'un autre côté, peuvent ajuster le nombre d'admission en fonction de leurs besoins particuliers en raison d'une part, d'une plus grande autonomie dans leur réglementation mais surtout, en raison de la contrainte de la gouvernance avec les pouvoirs publics. Si l'intervention des pouvoirs publics dans la réglementation relative à l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur représente une garantie pour les étudiants et notamment au regard du principe d'égalité, un pilotage imposé par la fondation en charge de la répartition des candidats au niveau fédéral annoncerait une nouvelle forme de centralisation et de gouvernance verticale et pourrait se heurter à la fois à la liberté d'organisation du législateur du Land et à l'autonomie des établissements. Le droit au maintien des prestations de l'Etat dans les établissements d'enseignement supérieur, garanti par le droit fondamental du libre choix de formation pourrait entrer en conflit avec la fonction de formation des universités. La jurisprudence doit

⁵⁷² Selon les dispositions de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, complétées par celles du „Staatsvertrag“ de 2008, 20% des places disponibles sont réservées aux candidats ayant obtenu la meilleure note à l'examen de l' « Abitur », 20% des places sont attribuées en fonction du « Wartezeitquote » par la fondation au niveau fédéral et les 60% restant dépendent de la procédure de sélection du choix des établissements d'enseignement supérieur eux-mêmes. De plus, jusqu'à 20% des places peuvent être utilisées afin de faire bénéficier des groupes particuliers de candidats pour des raisons sociales et autres.

⁵⁷³ BVerfGE, déc. du 19 décembre 2017, „Verfassungswidrig sind die gesetzlichen Vorschriften zum Auswahlverfahren der Hochschulen insofern, - als der Gesetzgeber den Hochschulen ein eigenes Kriterienerfindungsrecht überlässt, - als die Standardisierung und Strukturierung hochschuleigener Eignungsprüfungen nicht sichergestellt ist, [...] - als im Auswahlverfahren der Hochschulen die Abiturnoten berücksichtigt werden können, ohne einen Ausgleichsmechanismus für deren nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit vorzusehen, - als für einen hinreichenden Teil der Studienplätze neben der Abiturdurchschnittsnote keine weiteren Auswahlkriterien mit erheblichem Gewicht Berücksichtigung finden“.

poursuivre son rôle de « superviseur » face à cet *assemblage de normes* parfois imparfait.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Les « enseignants et les enseignés » sont des membres de l'université et à ce titre, ils participent à la mise en œuvre de la liberté de la science au sein de l'établissement. Les professeurs d'université peuvent être désignés comme les bénéficiaires « naturels » de la liberté de la science. Les étudiants, protégés en premier lieu par la liberté des études qui repose sur la liberté du choix de la formation, peuvent, dans une certaine mesure, être associés au processus décisionnel. Dans les Constitutions des Länder, certaines dispositions prévoient une participation étudiante dans la mesure où les étudiants sont concernés par les affaires en cause⁵⁷⁴ ou pour répondre à des exigences démocratiques⁵⁷⁵. Les étudiants ne peuvent pas être considérés comme de simples élèves et jouissent de « droits d'affiliation ». En ce qu'ils sont intégrés dans la communauté universitaire le temps de leurs études, ils détiennent certaines responsabilités dans le processus global de l'autonomie de la science. Par ailleurs, les évolutions juridiques relatives à l'admission des étudiants révèlent une superposition de supports normatifs provenant de différents organes tels que le législateur de la fédération, le législateur régional et les établissements d'enseignement supérieur eux-mêmes.

A travers la conclusion du « Staatsvertrag » en 2008, les dispositions de la loi cadre fédérale semblent confortées dans le sens d'une nouvelle centralisation des compétences. Les garanties constitutionnelles qui protègent les étudiants ne représentent pas les bases du droit de l'admission et du droit de la capacité dans les établissements d'enseignement supérieur. En d'autres termes, si les étudiants sont complètement exclus de l'organisation universitaire, ils ne seront pas forcément emportés sur le chemin de la responsabilisation dans le domaine de la science. L'esprit critique à la base de l'enseignement scientifique doit pouvoir se concrétiser dans une certaine mesure dans le fonctionnement même de l'institution. Les exigences tenant à l'homogénéisation des conditions d'accès à l'université ne doivent pas avoir pour conséquence de noyer les droits individuels de la corporation académique (enseignants et enseignés) dans une autonomie de « spécialisation » des cursus universitaires, impulsée au niveau central.

La possibilité pour les étudiants de bénéficier indirectement de la liberté de la science rejoint l'hypothèse de Schiedermaier en considérant que la liberté de la

⁵⁷⁴ Art. 138, Abs. 2, S. 1 Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf), „Die Studierenden sind daran zu beteiligen, soweit es sich um ihre Angelegenheiten handelt“.

⁵⁷⁵ Art. 33, S. 3 Verfassung des Saarlandes (SVerf), „Die Studenten wirken in der Erledigung ihrer eigenen Angelegenheiten in demokratischer Weise mit“.

science représente un « drittnütziges Grundrecht » et doit satisfaire les attentes de l'ensemble de la communauté. En ce sens, accorder la protection de la liberté de la science à davantage d'individus ou de groupes permet d'élargir le nombre de participants au processus général de quête de connaissances. Pour cela, il faudrait toutefois clarifier la position et le rôle de l'étudiant au sein de l'institution universitaire et garantir ses moyens d'accès afin de réduire les inégalités juridiques qui se profilent.

* *
*

CONCLUSION DU TITRE 1

La dimension subjective de la liberté de la science protège ses bénéficiaires individuels et collectifs, directs et indirects afin de parvenir à l'objectif plus large de la garantie de l'autonomie de la science. Plus le cercle des bénéficiaires s'élargit et plus le processus de quête des connaissances s'intensifie. La liberté de la science n'offre pas uniquement des « bénéfiques » aux personnes physiques et morales, elle les rend acteurs du processus de l'autonomie individuelle et intellectuelle. La liberté de la science est garantie afin de donner aux individus la possibilité d'acquérir différents moyens d'accéder au savoir.

Selon Kant, c'est l'autonomie de l'homme qui commande cette liberté intellectuelle, indispensable à l'intégrité de la personne humaine. Kant explique que l'autonomie rejoint la morale qui puise elle-même son essence dans la raison. La raison n'est qu'un moyen de parvenir à l'autonomie et c'est la liberté qui ensuite lui donne un sens. Le sens désigne à la fois l'idée d'objectif et de but mais traduit également la justification d'une action. Pour Kant, le cœur de l'appropriation du savoir réside dans l'identification de l'autonomie de la pensée. Le philosophe Fichte prône lui aussi un droit fondamental de liberté de pensée en lien avec la raison. Il ajoute une dimension volontariste ; pour affirmer la liberté et la libre détermination de sa personne, l'individu doit vouloir être libre. Le philosophe Wilhelm von Humboldt décrit le véritable objectif de l'homme comme la quête ininterrompue de la plus grande connaissance, de la plus haute éducation. La liberté se définit alors comme la première condition inaliénable pour atteindre ce degré de savoir⁵⁷⁶.

Si la dimension subjective de la liberté dans le sens de la libération de l'individu est la première condition de l'autonomie de l'individu, la concrétisation de la liberté de la science est déterminée par ses garanties effectives dans le système juridique. En allemand, la pensée dans l'action figurée par les *Leistungsrechte* se distingue de la pensée du droit subjectif. La première décrit le système de procédures et ce qui est concret et visible⁵⁷⁷. C'est l'exercice du droit qui vient définir le contenu et l'ampleur de l'obligation. Aussi longtemps que le droit subjectif ne s'exerce pas, il n'existe

⁵⁷⁶ T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung : Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 43-48.

⁵⁷⁷ E. Bucher: *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, op. cit., p. 8.

qu'une obligation potentielle entre les deux personnes juridiques qui ne se concrétise qu'avec le « recouvrement du droit » ou « Erhebung eines Anspruchs ». Kelsen poursuit le raisonnement en indiquant que l'ordre juridique qui règle le comportement des individus ne serait qu'une somme d'obligations et ce n'est que la réalisation de ces obligations qui permettrait la concrétisation des droits. L'obligation juridique précède alors le droit subjectif⁵⁷⁸. Lorsque l'on parle d'une atteinte à un droit subjectif au sens strict, il s'agit en réalité d'une atteinte à la norme, à l'« Anspruch »⁵⁷⁹. Il faut alors identifier avec précision l'étendue des garanties réellement exigibles de la liberté de la science.

⁵⁷⁸ E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁷⁹ « Rechtsverletzung ist Anspruchsverletzung », *ibid.*, p. 106-108.

Titre 2

Protection des garanties

La protection des garanties de la liberté de la science peut se comprendre au regard de ses garanties générales (Chapitre 1^{er}) et de ses garanties particulières découlant du statut spécifique de l'universitaire (Chapitre 2nd). Afin que la liberté de la science puisse aboutir à l'autonomie de l'individu et à l'autonomie de la science, elle doit être accompagnée de garanties générales. La dogmatique (ou doctrine pour les scientifiques français) des droits fondamentaux allemande s'intéresse à la perspective de l'application pratique des droits fondamentaux à travers l'administration, les tribunaux et leur jurisprudence. La théorie des droits fondamentaux vise à décrire et à caractériser des droits fondamentaux qui peuvent à la fois concerner les garanties d'un système juridique particulier mais également des connaissances générales autour de ces garanties. La détermination des garanties générales de la liberté de la science dépend également de la possibilité d'ingérence des pouvoirs publics et de son régime de limitation, liés au principe de proportionnalité.

Dans la doctrine allemande, le principe de proportionnalité entretient des rapports étroits avec la théorie des principes ou « Prinzipientheorie ». Le caractère de principe entraîne l'application du principe de proportionnalité et inversement. La Cour constitutionnelle a défini de manière plus ou moins claire le principe de proportionnalité comme un principe qui se révèle en raison de la nature des droits fondamentaux⁵⁸⁰. En d'autres termes, cela signifie que le principe de proportionnalité

⁵⁸⁰ „im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“, BVerfG 19, 342, déc. du 15 décembre 1965, „Wencker“.

touche au « caractère de principe » des droits fondamentaux⁵⁸¹. Dans ce sens, on pourrait aussi rapprocher le principe de proportionnalité de la « Wesensgehaltgarantie » de l'article 19, alinéa 2 de la Loi fondamentale qui dispose qu'« il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental »⁵⁸².

Pour mieux appréhender la théorie des principes, il faut comprendre la distinction entre une règle et un principe dans la dogmatique des droits fondamentaux. Cette distinction joue un rôle fondamental quant à la théorie de la limitation des droits fondamentaux. Elle forme le cadre d'une théorie normative matérielle des droits fondamentaux et donne la possibilité de limiter certains droits. Bien que la distinction entre règle et principe ne soit pas neuve, les critères restent flous et la terminologie imprécise ; il s'agit d'une différence de typologie de la norme. Un principe peut se définir comme une norme plus générale, plus universelle. Par exemple, la garantie de la dignité humaine peut être qualifiée de « principe absolu »⁵⁸³.

A l'origine, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les conflits entre la garantie de la liberté de la science et la protection des autres droits protégés par la Constitution devaient être résolus en tenant compte de l'ordre des droits fondamentaux et de « l'unité du système de valeurs constitutionnelles »⁵⁸⁴. La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt de 1978, « Hessisches Hochschulgesetz », utilisait le principe de proportionnalité en mettant en lumière un ordre de valeurs constitutionnelles ou « Wertordnung ». Il était question, bien plus que la mise en œuvre d'un concept rationnel et juridique, d'une appréciation philosophique pour « classer » ou « ranger » les libertés de l'individu. Cet ordonnancement des droits dépendait de la mise en œuvre du principe de proportionnalité qui subordonnait les droits fondamentaux les uns par rapport aux autres⁵⁸⁵. Toutefois, il n'y avait pas de priorité *a priori* conférée à un droit fondamental. C'était au cas par cas que le juge pouvait déterminer la « primauté » d'une liberté sur une autre.

La jurisprudence constitutionnelle a évolué dans le sens d'une appréciation concrète des droits fondamentaux sans forcément se référer aujourd'hui à un quelconque ordre de valeurs. La jurisprudence allemande applique le principe de proportionnalité ou « Verhältnismässigkeitsprinzip » en abandonnant peu à peu la mise en œuvre d'une hiérarchie implicite entre les droits fondamentaux. Pourtant selon certains auteurs, un droit fondamental dominerait dans l'ensemble des situations : le droit à la

⁵⁸¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 100.

⁵⁸² Art. 19, Abs. 2 GG, „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“.

⁵⁸³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 71-74.

⁵⁸⁴ „Die Konflikte zwischen der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit und dem Schutz anderer verfassungsrechtlich garantierter Rechtsgüter [...] nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses Wertsystems durch Verfassungsauslegung gelöst werden“, BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

⁵⁸⁵ BVerfG 83,130, déc. du 27 novembre 1990, „Josephine Mutzenbacher“.

dignité humaine⁵⁸⁶. La protection de la dignité de l'homme est considérée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme la garantie la plus essentielle à respecter et à mettre en œuvre⁵⁸⁷. Les tribunaux allemands ne peuvent pas la concilier avec d'autres libertés.

Par exemple, dans une affaire relative à l'exposition de corps plastinés⁵⁸⁸, la garantie de la dignité de l'homme est invoquée puisqu'il est question de la mort des individus. L'intangibilité de la dignité humaine touche aussi, à côté de la protection de la personnalité post mortem, à la conservation du corps de la personne décédée qui ne peut pas être traitée comme une matière quelconque. La jurisprudence parle de la « dignité du défunt ». Dans ce cas, la dignité ne peut pas être ajustée en fonction de la liberté de la science. De la même façon l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale relatif au droit à la vie ne pourrait pas être mis en balance avec d'autres libertés fondamentales. Ainsi, le principe de proportionnalité, au cœur des garanties générales de la liberté de la science se rapportent à l'essence même de la liberté de la science qu'il nous reste à appréhender.

⁵⁸⁶ Sachs/Bethge GG, Art 5, Rn 232 cité dans BeckOK GG Art .5 Abs.3, Rn 179-185.2, Schemmer, Kempen, Beck'scher Online-Kommentar GG. L'article premier de la Loi fondamentale dispose que la dignité de l'homme est intangible. Art. 1, Abs. 1 GG, „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“, (La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger).

⁵⁸⁷ BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, „KPD-Verbot“ ; BVerfGE 45, 187, déc. du 21 juin 1977, „Lebenslange Freiheitsstrafe“.

⁵⁸⁸ VGH Bayern, déc. du 21 février 2003, 4 CS 03/462.

CHAPITRE 1

Les garanties générales de la liberté de la science

Le droit fondamental de la liberté de la science offre des garanties générales et des garanties particulières aux différents bénéficiaires de la liberté de la science. La question de l'étendue des garanties générales s'intéresse ici à la distinction entre la nécessité de poursuivre « un » objectif scientifique au sens large et le respect de « l' » objectif scientifique entendu strictement (Section 1). En d'autres termes, la quête de la vérité peut-elle être dirigée vers un objectif précis et prédéfini ou ne réclame-t-elle qu'un cadre méthodologique incluant un objectif scientifique peu importe son contenu, pourvu qu'il soit caractérisé comme scientifique ? La définition d'un objectif scientifique sans en préciser le contenu peut apparaître plutôt vague et parfois hésitante. Cela aura alors des conséquences sur celui ou ceux à qui reviennent la charge de définir la science ou/et de la financer. En théorie, la rationalité propre de la science oblige les *titulaires* ou bénéficiaires et les *destinataires* (Fédération et Etats fédérés) à respecter les critères scientifiques et disciplinaires. Comment concilier ces critères avec d'autres impératifs entretenus par la société civile ou par les pouvoirs publics sur la voie de l'objectivisation de la science ?

Au sens large, la notion d'impartialité impose une certaine équité et de ne pas prendre parti pour quelque chose. Dans sa dimension pratique, la notion d'impartialité illustre l'indépendance. L'exigence d'impartialité tout comme celle de la diversité symbolisent l'essence même de la liberté de la science. Le fait pour les pouvoirs publics et les différents représentants des intérêts de la société civile de programmer les résultats de la recherche n'entraîne-t-il pas un appauvrissement de la science dans son ouverture et dans son universalité ? La condition du processus

de la quête tient en ce que la vérité ne peut jamais être découverte totalement. Existe-t-il des garanties juridiques suffisantes pour maintenir l'exigence de l'impartialité au cœur du domaine de la science ? Les dispositions constitutionnelles et législatives peuvent-elle défendre négativement la science afin qu'elle existe pour elle-même, avant de profiter à l'abonnissement des civilisations ?

D'un autre côté, il y a des avantages certains à la coopération entre science et économie : le scientifique puise ses recherches de la pratique et son enseignement contribue à la mise en œuvre du transfert de technologie d'une institution. Le scientifique peut également obtenir des moyens supplémentaires, notamment quand les moyens publics s'amointrissent ou à tout le moins, ne progressent pas. Entre la recherche fondamentale, la recherche appliquée, la recherche publique ou la recherche industrielle, des critères de comparaison peuvent être dégagés comme des critères de distinction dans le but de maintenir les fonctions de chacune dans la société. Néanmoins, envisager des critères de distinction applicables aux différents types de recherche entraîne indirectement la dissociation du régime de la liberté de la recherche et du régime de la liberté de l'enseignement.

Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement est aujourd'hui souvent décrit comme un frein à la mise en place de nouvelles réformes autour de la pluralité des offres de formation, de l'individualisation et de la standardisation des parcours dans l'enseignement supérieur ; c'est la tendance à la dissociation de la recherche et de l'enseignement. En France, le lien entre la recherche et l'enseignement s'estompe au profit de l'exigence apparemment nouvelle de la professionnalisation des études universitaires. Elle est la conséquence du processus dit de « démographisation » de l'enseignement supérieur et de la « programmation de l'homogénéisation des parcours universitaires européens »⁵⁸⁹.

La plupart des auteurs semblent s'accorder sur la polymorphie du terme « professionnalisation ». En effet, l'université du XI^{ème} siècle proposait déjà des formations à visée professionnelle, notamment en droit et en médecine. Catherine Agulhon, maître de conférences en sciences humaines et sociales, définit la professionnalisation comme « un processus de construction identitaire qui passe par l'institutionnalisation d'un cursus reconnu, par l'inscription du statut des emplois dans une grille, par la reconnaissance d'une qualification professionnelle et même par l'institutionnalisation d'un corps professionnel qui se constitue ses valeurs, ses règles déontologiques, ses prérogatives et ainsi la maîtrise de son espace professionnel »⁵⁹⁰. La professionnalisation des études n'est-elle pas contenue dans la formation universitaire reposant sur le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement en offrant au futur citoyen les moyens intellectuels afin d'être autonome dans une profession ? Les réformes en France et en Allemagne sous-

⁵⁸⁹ C. Agulhon, « La professionnalisation à l'Université, une réponse à la demande sociale ? », *Recherche et formation*, 54/2007, p. 11-27.

⁵⁹⁰ C. Agulhon, « La professionnalisation à l'Université, une réponse à la demande sociale ? », *op. cit.*, p. 11-27.

entendent que l'exigence de professionnalisation serait neuve et qu'elle suppose la transmission d'un savoir « fini ». L'exercice de l'enseignement ne nécessiterait plus de lien avec celui de la recherche.

Ce nouveau paradigme s'illustre dans les textes. En France, le Code de l'éducation précise que « le service public de l'enseignement supérieur contribue à la croissance et à la compétitivité de l'économie et à la réalisation d'une politique de l'emploi prenant en compte les besoins économiques »⁵⁹¹. Le législateur en 2007 a ajouté l'orientation, la promotion sociale et l'insertion professionnelle en tant que mission du service public des universités⁵⁹². La référence explicite à la nécessité de professionnalisation des études n'implique pas seulement que l'université doit préparer l'étudiant à l'intégration dans la vie active et professionnelle mais encore que les étudiants puissent être orientés au regard des perspectives professionnelles liées aux besoins de la société⁵⁹³. De la même façon, dans les textes allemands, l'objectif de professionnalisation des études et des étudiants n'est plus entendu implicitement dans la formation universitaire mais il est encadré explicitement dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur⁵⁹⁴. L'objectif de l'enseignement et des études est clairement de préparer aux activités professionnelles⁵⁹⁵, les établissements d'enseignement supérieur ont pour mission de contrôler et de faire évoluer le contenu et la forme des études en fonction du développement de la science et des arts mais aussi eu égard aux besoins de la pratique professionnelle et des changements dans le monde du travail⁵⁹⁶.

Le processus de dissociation de l'enseignement et de la recherche repose encore sur leur régime général de limitation. En effet, le régime de limitation n'est pas identique s'agissant de la liberté de la recherche ou de la liberté de l'enseignement. Si la liberté de la recherche ne connaît pas de limitation explicite dans la Constitution

⁵⁹¹ Art. L. 123-2 du Code de l'éducation.

⁵⁹² Art. L. 123-3 du Code de l'éducation.

⁵⁹³ Art. L. 611-3 du Code de l'éducation, « Les étudiants élaborent leur projet d'orientation universitaire et professionnelle en fonction de leurs aspirations et de leurs capacités ainsi que des perspectives professionnelles liées aux besoins prévisibles de la société, de l'économie et de l'aménagement du territoire avec l'aide des parents, des enseignants, des personnels d'orientation et des professionnels compétents. Les administrations concernées, les régions et, le cas échéant, les autres collectivités territoriales, les entreprises et les associations y contribuent ».

⁵⁹⁴ Dans les missions conférées aux universités, §2, Abs. 1 Hochschulrahmengesetz (HRG), „Die Hochschulen dienen entsprechend ihrer Aufgabenstellung der Pflege und der Entwicklung der Wissenschaften und der Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Sie bereiten auf berufliche Tätigkeiten vor, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und wissenschaftlicher Methoden oder die Fähigkeit zu künstlerischer Gestaltung erfordern“.

⁵⁹⁵ §7 HRG „Ziel des Studiums“ (Objectif des études), „Lehre und Studium sollen den Studenten auf ein berufliches Tätigkeitsfeld vorbereiten und ihm die dafür erforderlichen fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden dem jeweiligen Studiengang entsprechend so vermitteln, dass er zu wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeit und zu verantwortlichem Handeln in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat befähigt wird“.

⁵⁹⁶ §8 HRG „Studienreform“, „Die Hochschulen haben die ständige Aufgabe, im Zusammenwirken mit den zuständigen staatlichen Stellen Inhalte und Formen des Studiums im Hinblick auf die Entwicklungen in Wissenschaft und Kunst, die Bedürfnisse der beruflichen Praxis und die notwendigen Veränderungen in der Berufswelt zu überprüfen und weiterzuentwickeln“.

allemande, elle est soumise aux limitations immanentes à la constitution et ne peut être limitée que par une volonté des pouvoirs publics de protection d'autres biens protégés par la Loi fondamentale. Les tribunaux devront alors procéder à une conciliation des libertés à l'aide du principe de proportionnalité ou en allemand, « Verhältnismässigkeitsprinzip ».

Au contraire, la liberté de l'enseignement est soumise à une limitation expresse prévue par la Constitution allemande. Elle respecte la clause de fidélité à la Constitution dans la mesure où l'enseignement ne doit pas s'ériger contre l'ordre démocratique libéral fondamental. Toutefois, la mise en œuvre de cette limitation reste souvent hésitante dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui préfère appliquer un régime commun de limitation aux deux libertés. Avant d'aborder la question des limites à la liberté de la science dans une seconde section (Section 2), il faut d'abord envisager l'étendue des garanties offertes par la liberté de la science.

Section 1. Etendue des garanties de la liberté de la science : la question de la protection d'un objectif scientifique

La liberté de la science provient de l'esprit des lumières. Aujourd'hui la science est devenue essentiellement « recherche » et n'entraîne plus forcément de débat public. Le fait qu'il n'y ait plus assez de communication autour des enjeux de la science provoque en toute logique un défaut au niveau de la formation des citoyens et dans leur capacité de faire des choix politiques⁵⁹⁷. Le type de mode de communication des connaissances est pourtant ce qui caractérise la rationalité propre de la science et permet notamment de distinguer la recherche fondamentale de la recherche appliquée.

Pour que la liberté de la science soit la plus effective possible, il faudrait que les objectifs « pertinents » de la recherche soit définis en société. Paradoxalement cela signifie que l'on pose des limites sur les choix de projets et sur le travail du scientifique. La liberté doit garantir la diversité épistémique et un partage cognitif du travail dans les sciences. Pour cela, les scientifiques devraient pouvoir choisir individuellement leurs projets spécifiques et leurs points de départ de recherche. Cette liberté « de projet » n'est pas forcément incompatible avec la fixation (externe) d'un agenda de recherche. En effet, dans les institutions de recherches publiques, la stagnation et la réduction du budget institutionnel ont forcé la dépendance aux tiers et dans les entreprises privées de recherche, les directives cadres thématiques

⁵⁹⁷ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 269-270.

existent depuis longtemps déjà⁵⁹⁸. Cette liberté de projet est conditionnée également par le financement du domaine de la science.

La répartition des moyens de recherche, qu'ils proviennent des Länder ou de financements tiers, dépend dorénavant du principe du rendement ou « Leistungsprinzip ». En d'autres termes, les budgets sont accordés en fonction des services et des activités dans les lieux de recherche. La « Communauté allemande de recherche » ou en allemand, la « Deutsche Forschungsgemeinschaft » apparaît sur deux niveaux : favoriser la recherche et l'évaluer. Ensuite, à Bonn, l'Institut pour l'information et la garantie de qualité de la recherche ou en allemand, „Institut für Forschungsinformation und Qualitätssicherung“, aussi connu sous l'abréviation IFQ évalue la „Deutsche Forschungsgemeinschaft“. Depuis 2006 et 2009, cette évaluation met en œuvre une procédure qui vient différencier les universités selon leur profil disciplinaire⁵⁹⁹.

Si l'exercice de la recherche peut suivre un cadre imposé par les pouvoirs publics ou des intérêts divers, la conduite de la science devrait être tournée uniquement vers son propre objectif scientifique (§1). La promotion de la recherche ne suit pourtant pas toujours une répartition claire des moyens et des responsabilités en vue de conserver les critères correspondant à la rationalité propre de la science. La difficulté principale dans ce domaine tient en ce que la liberté de la science, au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première accorde une protection indifférenciée à tous les types de recherche (§ 2).

§1 La conduite de la science vers son propre objectif du progrès scientifique et de la promotion du savoir

L'utilisation instrumentale de la science en vue de satisfaire des objectifs pratiques a accompagné les sciences naturelles depuis leur origine. Le « Novum Organum » de Francis Bacon de 1620 dépeint l'enseignement d'une méthode instrumentale comme une véritable publicité en faveur des sciences expérimentales. Selon lui, « le savoir et le pouvoir de l'homme coïncident ». Les techniques et les sciences sont, pour Bacon, la clé de la maîtrise de l'homme sur le monde physique. Dans son roman utopique de 1622, « La nouvelle Atlantide », il met en lumière les bienfaits de cette coopération à travers de meilleures méthodes en faveur de l'agriculture, utiles dans la fabrication d'objets, mais aussi pour des médicaments et des thérapies⁶⁰⁰.

L'utilité du savoir scientifique a été davantage valorisée plutôt que le concept de la vérité abstraite de la science. Le point commun de référence est devenu l'utilisation

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p.160-161.

⁵⁹⁹ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 279-281.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 148.

et l'application plus ou moins étendue des découvertes scientifiques. Cela ne vaut pas seulement pour les sciences naturelles et techniques mais aussi pour les sciences humaines et de l'esprit. L'utilisation instrumentale de la science et des connaissances scientifiques s'oppose a priori à la poursuite d'un objectif uniquement scientifique qui consiste à ne fixer comme but à la science que le seul progrès scientifique. La jurisprudence allemande fait de la poursuite d'un objectif scientifique, une condition à part entière pour accorder automatiquement la protection de la liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale (A). Afin de garantir que l'activité scientifique ne profite qu'à elle-même, la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale devrait contenir une liberté de moyen mais aussi une liberté de but (B). La liberté de but pourrait être entendue avant tout dans la dimension subjective de la liberté de la science, en ce que des acteurs externes comme l'Etat ou la société civile ne peuvent pas imposer au scientifique d'objectif précis.

A. La définition jurisprudentielle de l'objectif scientifique

Dans la théorie traditionnelle de la liberté académique des universités allemandes, la liberté de la science ne connaît que son propre objectif, le progrès des connaissances. En ce sens, l'Etat ou une autre autorité ne saurait lui imposer des objectifs prédéfinis. La réalité pratique dans l'ensemble du domaine de la science ne peut pas s'en tenir à un constat aussi théorique. La visée de l'objectif scientifique pour des travaux de recherche est tout de même exploitée par la jurisprudence. Les tribunaux allemands parviennent à encadrer la notion d'objectif scientifique selon deux méthodes distinctes.

En premier lieu, la jurisprudence utilise une approche positive en associant la poursuite d'un objectif scientifique à la poursuite d'un intérêt public ou général. En second lieu, elle considère qu'il existe un objectif scientifique lorsque les recherches en cause ne sont pas motivées par un autre objectif précis, décidé par des acteurs distincts du scientifique lui-même. Dans ce cas, elle raisonne selon une approche négative. Pour ces deux types de raisonnement, la jurisprudence adopte la même conclusion ; si l'activité en l'espèce est orientée en vue d'atteindre un objectif scientifique, elle pourra automatiquement bénéficier de la protection de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande. Ces deux types de méthodes s'appliquent toutefois au cas par cas.

En premier lieu, la qualification d'objectif scientifique peut suivre un objectif d'intérêt public. La Cour constitutionnelle de Cologne a rendu une décision en ce sens en 2004. Dans les faits, le 13 avril 2000, le requérant, un avocat souffrant de sclérose en plaques demande à l'institut fédéral régulant les médicaments et les produits médicaux (Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte) de lui délivrer une autorisation selon les dispositions de la loi fédérale relative à la circulation de

substances psychotropes autorisées. L'autorisation consiste à produire du cannabis et, sans en faire le commerce, d'importer du cannabis et du chènevis, d'en acquérir et d'en détenir.

Les raisons avancées de l'utilisation du cannabis consistent dans le fait de pouvoir réduire la maladie de la sclérose en plaques et notamment en cas de spasmes, de tremblements et de douleurs. La prescription de cannabis devrait être indiquée par le médecin. Cela découle d'une recommandation médicale du 10 décembre 1999 et d'une d'expertise du 6 décembre 1999 de la part de deux médecins.

L'institut fédéral finit par refuser de délivrer l'autorisation au requérant dans la mesure où les conditions de la loi fédérale relative à la circulation des substances ne seraient pas remplies⁶⁰¹. En effet, l'autorisation ne poursuivrait ni un intérêt scientifique, ni un intérêt public, ce sont les seules conditions admises pour obtenir ce type d'autorisation.

La Cour constitutionnelle règle l'affaire dans une décision de février 2004 en confirmant la position de l'institut fédéral⁶⁰². Selon elle, le requérant n'a aucun droit de posséder du cannabis et de bénéficier des dérogations de la loi fédérale. L'objectif d'automédication avancé par le requérant n'est pour la Cour, ni un objectif scientifique, ni un objectif d'intérêt général.

La Cour constitutionnelle de la ville de Cologne poursuit en déclarant qu'un objectif scientifique existe lorsque l'emploi de substances psychotropes poursuit un essai de recherche planifié et sérieux selon le contenu et la forme⁶⁰³. Elle ajoute que la reconnaissance d'un essai de recherche est conditionné par le fait que les personnes en charge, justifiant d'une certaine expérience dans la recherche, posent un réel questionnement scientifique selon un plan déterminé, à travers l'utilisation de méthodes reconnues scientifiquement.

En l'espèce, une expérimentation sur soi-même de la part du requérant ne remplit pas ses conditions selon la Cour. Pour étoffer son argumentation, la Cour procède encore à la vérification d'un faisceau d'indices en faveur d'une éventuelle présomption scientifique. Elle considère qu'une certaine qualification scientifique du demandeur fait défaut. Enfin, l'utilisation thérapeutique de substances psychotropes pour une personne ne correspond pas, selon la Cour, à un projet qui vise à satisfaire une préoccupation actuelle de l'ensemble de la communauté, donc il n'y a pas non plus d'intérêt public.

⁶⁰¹ §3, Abs. 2 Betäubungsmittelgesetz (BtMG), „Eine Erlaubnis für die in Anlage I bezeichneten Betäubungsmittel kann das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte nur ausnahmsweise zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken erteilen“.

⁶⁰² VG Köln, déc. du 17 février 2004, 7K8281/01.

⁶⁰³ VG Köln, déc. du 17 février 2004, 7K8281/01, „Der vom Kläger erstrebte Anbau oder Erwerb von Cannabis zum Zweck der Selbstmedikation erfüllt weder einen wissenschaftlichen noch einen anderen im öffentlichen Interesse dienenden Zweck. Ein wissenschaftlicher Zweck ist gegeben, wenn die Verwendung des Betäubungsmittels im Rahmen eines nach Inhalt und Form ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung von Erkenntnissen erfolgen soll“.

L'année suivante, la Cour administrative fédérale allemande casse la décision de la Cour constitutionnelle de Cologne en estimant que la demande d'autorisation d'acquisition de cannabis pour traiter la maladie de la sclérose en plaques ne pouvait pas être refusée au motif que cela ne satisfaisait pas un intérêt public⁶⁰⁴. La Cour ne remettra pas en cause le raisonnement de la Cour constitutionnelle de Cologne quant au fait que l'acquisition de cannabis ne contient pas d'objectif scientifique.

La Cour administrative fédérale allemande, dans cette affaire, ne donne toutefois aucune indication sur l'articulation de l'existence d'un objectif scientifique avec celle d'un objectif d'intérêt public. La Cour ne donne pas de réponse non plus sur le fait qu'un objectif scientifique pourrait être déduit de l'existence d'un objectif d'intérêt public ou, à l'inverse, si un objectif d'intérêt public pourrait découler d'un objectif scientifique. La jurisprudence pourrait mettre en lien ces deux notions pour un encadrement plus précis de l'examen d'un objectif scientifique. D'après la formulation de la loi fédérale relative à la circulation de substances psychotropes autorisées, d'après la conjonction de coordination « ou » (oder) qui distingue l'objectif scientifique de l'intérêt public, les deux objectifs ne seraient pas cumulatifs ni même liés entre eux.

En second lieu, si un objectif autre que scientifique a été fixé pour un type de recherche, cette activité ne saurait bénéficier de la protection de la liberté de la science. Le Tribunal fédéral compétent dans les affaires relatives au travail estime que le demandeur ne bénéficie pas de la protection de l'article 5, alinéa 3, première phrase de la Loi fondamentale bien que son contrat de travail le désigne comme un collaborateur scientifique⁶⁰⁵.

Dans cette affaire, la Cour fédérale reconnaît que le requérant habilité à diriger des recherches, à qui on a conféré le titre de professeur, possède la qualification d'un universitaire et exerce aussi des missions généralement attribuées aux professeurs dans le domaine indépendant de la recherche et de l'enseignement⁶⁰⁶. En outre, le requérant était intégré dans le domaine académique de sa composante en délivrant des cours magistraux dans la discipline de l'éthologie dans laquelle il était libre de déterminer son plan de cours. Le requérant exerce également une recherche indépendante au sein de la « Deutsche Forschungsgemeinschaft ». Enfin, le requérant participe à l'organisation des examens académiques.

Bien que le requérant réponde aux critères statutaires correspondant à la liberté de la science et qu'il remplisse les conditions tenant aux caractéristiques de la

⁶⁰⁴ BVerwGE, déc. du 19 mai 2005, 3 C 17.04, „Der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von Cannabis zur Behandlung einer Multiple-Sklerose-Erkrankung beim Antragsteller kann nicht nach §3 Abs. 2 BtMG mit der Begründung abgelehnt werden, eine solche Behandlung liege nicht im öffentlichen Interesse“.

⁶⁰⁵ BAG, déc. du 11 mars 1999, 2 AZR 427/98.

⁶⁰⁶ BAG, déc. du 11 mars 1999, 2 AZR 427/98, „Der habilitierte Kläger, dem der Titel "außerordentlicher Professor" verliehen war, besitzt die Qualifikation eines Hochschullehrers und nahm, [...], in seinem tatsächlich ausgeübten Tätigkeitsfeld an der GhK durch selbständige Forschung und Lehre auch Professoren Aufgaben wahr“.

recherche et de l'enseignement scientifiques, le Tribunal fédéral du travail ne lui accorde pas cette protection en raison du type de recherche exercé. En l'espèce, le requérant occupait un poste de collaborateur scientifique dans un établissement d'enseignement supérieur pédagogique de la ville de Kassel depuis le 1^{er} février 1974. A partir des années 80, le requérant dirigeait des projets de recherche relatifs à l'éthologie des primates sur des singes vivants. A la suite de plusieurs événements, le nombre de singes a été largement réduit et certains ont été tués par manque de place.

La Cour fédérale considère que la protection de la liberté de la science individuelle ne couvre pas l'abattage d'un grand nombre d'animaux en raison de circonstances particulières. Ces faits ne rentrent pas dans la définition de la recherche⁶⁰⁷. Le terme de recherche implique en effet une activité intellectuelle ayant pour objectif le gain de nouveaux résultats de manière méthodique, systématique et vérifiable et forme avec le concept d'enseignement le terme générique de science, terme qui regroupe tout essai de recherche de la vérité sérieuse dans le fond et dans la forme⁶⁰⁸.

Dans les faits, le nombre d'animaux a été réduit afin d'empêcher la fermeture du local pour animaux. Bien que la liberté de la recherche désigne en particulier le questionnement et les principes méthodologiques tout comme la valorisation de la recherche, les recherches anatomiques du requérant n'étaient pas orientées en priorité vers un essai de recherche sérieux et planifié de la vérité mais devaient remplir l'objectif prévisionnel d'abattre cent soixante-seize primates.

Avec cet objectif le requérant n'était pas actif scientifiquement et donc pas légitime pour bénéficier de la liberté de la science. Par cette action, il n'a pas exercé de recherche au sens constitutionnel du terme. L'action d'abattage n'est pas couverte par la liberté de la science. Si les recherches en cause n'ont pas pour objectif la quête de la vérité mais énoncent un objectif précis différent ou un objectif prévisionnel, elles ne pourront pas être protégées par le domaine de la science bien que l'activité générale du requérant lui aurait permis d'en bénéficier. C'est l'objectif prévisionnel qui exclut la protection de la liberté de la science.

Dans une autre affaire plus ancienne, le Tribunal fédéral du travail utilisait déjà le même raisonnement. Un jardin zoologique peut remplir des objectifs scientifiques dans la mesure où il décide de développer des résultats relatifs à la biologie animale ou qu'il explore les méthodes concernant la conservation des espèces⁶⁰⁹. Toutefois,

⁶⁰⁷ BAG, déc. du 11 mars 1999, 2 AZR 427/98, „[...] unterfallen die Tötungen unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles in dieser Zahl nicht dem Begriff der Forschung“.

⁶⁰⁸ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Horschulurteil“, „Forschung meint die geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen und bildet zusammen mit dem Begriff der Lehre den Oberbegriff der Wissenschaft, der alles umfasst, was nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.

⁶⁰⁹ BAG, déc. du 21 juin 1989, 7 ABR 58/87, „Ein zoologischer Garten kann wissenschaftlichen Bestimmungen dienen, soweit er dazu bestimmt ist, Erkenntnisse über Tierbiologie zu gewinnen oder Methoden der Arterhaltung zu erforschen oder zu entwickeln“.

la conservation d'animaux sauvages ou la conservation des espèces en tant que telle ne représentent pas un objectif scientifique.

Le zoo en question est organisé sous la forme d'une société anonyme (Aktiengesellschaft), dont quatre-vingt-dix pourcent du capital est détenu par la ville. La raison d'être de la société et ses objectifs sont décrits comme tels dans le statut de la personne morale ; la société a pour mission l'installation et l'exploitation d'un jardin zoologique. En particulier, elle doit maintenir les animaux vivants d'après les connaissances en ce domaine, effectuer une contribution en faveur de la conservation des animaux, promouvoir la recherche scientifique dans le domaine de la zoologie et élargir et approfondir les résultats des disciplines de science naturelles en faveur de l'ensemble de la population⁶¹⁰. La société est une « entreprise à but non lucratif qui sert des objectifs d'intérêt général et ce de façon directe et exclusive »⁶¹¹. Il peut y avoir encore un doute quant au terme de « promouvoir » la recherche scientifique à savoir si la recherche est développée par la société directement ou si elle promeut la recherche exercée par d'autres.

Le Tribunal fédéral du travail qualifie le jardin zoologique d'« entreprise mixte » ou « Mischunternehmen ». Selon la taille de l'entreprise, le type d'activités exercées par les employés, la proportion d'employés exerçant des missions relatives à un objet scientifique, le tribunal peut soumettre l'entreprise à un régime particulier de protection. Si plus de la moitié de l'ensemble du temps de travail du personnel sert la mise en œuvre d'objectifs scientifiques alors l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale⁶¹². La société pourra ainsi bénéficier d'un régime dérogatoire à celui des entreprises traditionnelles en raison de la place qu'elle accorde à la poursuite d'objectifs scientifiques.

Les tribunaux allemands qualifient un objectif de recherches scientifiques en utilisant un raisonnement au cas par cas. Une même recherche sur un thème particulier peut être associée à la poursuite d'un objectif scientifique dans certaines circonstances et ne plus bénéficier de la protection de la liberté de la science dans une situation d'espèce différente. La jurisprudence n'offre pas de critères plus détaillés dans la détermination de la scientificité d'un objectif.

⁶¹⁰ §2, Abs. 1 Satzung (Statut de la société anonyme), „Gegenstand und Zweck der Gesellschaft ist die Anlage und der Betrieb eines Zoologischen Gartens in K . Die Gesellschaft hat es sich insbesondere zur Aufgabe gemacht, die im Zoologischen Garten K lebenden Tiere nach dem neuesten Stand tiergärtnerischer Kenntnisse zu halten, hierdurch einen Beitrag zur Erhaltung der Tierwelt unserer Erde zu leisten, wissenschaftliche Forschung auf dem Gebiet der Zoologie zu fördern und naturwissenschaftliche Kenntnisse in allen Bevölkerungskreisen zu verbreiten und zu vertiefen“.

⁶¹¹ §3, Abs. 1 Satzung, „gemeinnütziges Unternehmen, das ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dient“.

⁶¹² §118, Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), „Auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen [...] dienen, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht“.

Que l'objectif scientifique puisse être rapproché d'un objectif d'intérêt public ou qu'il soit clairement distingué d'un objectif caractérisé explicitement comme non scientifique (en général, économique), il reste encore certaines hésitations jurisprudentielles. Les juges doivent protéger une activité contenant un objectif scientifique et dans un même temps, la science doit rester à l'écart de toute forme d'objectivisation. Il faut à présent s'interroger sur la garantie constitutionnelle du droit fondamental de la liberté de la science en tant que telle. En effet, si la méthode d'identification d'un objectif scientifique par la jurisprudence peut varier, qu'en est-il de la protection d'une véritable liberté de but. La liberté de but ou en allemand « Zielfreiheit » est-elle envisagée par la jurisprudence et la doctrine allemandes comme une composante de la liberté de la science, au même titre que la liberté de méthode ou la liberté de moyens ?

B. La question de la liberté de but comme composante de la liberté de la science

La justification politique et publique de la liberté de la science a commencé en Allemagne en réaction à la science du XIX^{ème} siècle. Dans les débats contemporains, certains en viennent à considérer que la protection constitutionnelle de la liberté de la science figure aujourd'hui d'image obsolète. La science n'a plus comme objectif d'éclairer les sociétés comme a été pensée à l'origine la liberté de la recherche mais elle est davantage concentrée afin de satisfaire des objectifs économiques et nationaux⁶¹³.

Dans la dogmatique des droits fondamentaux, l'élément central du domaine de la science s'inscrit à travers la liberté du bénéficiaire individuel de la liberté de la science⁶¹⁴ dans l'exercice de ses activités scientifiques. En effet, il doit bénéficier d'une autonomie dans son approche de la recherche, qu'il s'agisse du choix de la méthode, du choix du point de départ de la recherche, du choix de l'objet de la recherche ou de l'objectif scientifique qu'il souhaiterait atteindre. C'est ce dernier point qui sous-entendrait la garantie d'une liberté de but ou « Zielfreiheit ». Dans la théorie, la science ne s'oblige à aucune quête sociétale. Elle est, au contraire, libre de toute motivation sociétale. Si des autorités autres que les acteurs scientifiques apposent un but à la recherche, ce serait contraire à la liberté de la science. L'Etat doit soutenir financièrement l'université dans son ensemble et satisfaire l'intérêt général et non la mise en œuvre de certains objectifs en particulier.

En ce sens, la cour régionale de Cologne, compétente dans les affaires relatives au travail, estime qu'une requérante n'exerce pas une activité scientifique dans la

⁶¹³ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 268.

⁶¹⁴ Voir Ière Partie, Titre 1, Chap. 2, Sect. 1, §1. « Les bénéficiaires individuels de la liberté de la science dans l'intérêt commun : les titulaires directs et indirects du droit fondamental ».

mesure où elle ne dispose pas d'une liberté suffisante⁶¹⁵. En effet, la requérante est une employée qui est soumise au droit de direction du défendeur dans l'exercice de son activité. Une limitation du droit de direction au sens de la liberté scientifique ne pourrait pas être déduite du contrat de travail de la requérante. Dès lors, selon la cour, on ne peut pas qualifier l'activité de la requérante d'activité purement scientifique.

Lorsqu'une recherche est soumise à des injonctions de la part de la direction, elle ne peut pas être libre quant au choix de son objectif par son auteur. Bien que la requérante, dans cette affaire, bénéficie de moyens financiers et matériels afin de mener librement son activité scientifique (liberté de moyens), la liberté de résultat de ses recherches n'est ici pas garantie. C'est parce que la requérante est soumise à des objectifs décidés par la direction que la cour régionale du travail de Cologne ne peut pas lui accorder la protection de la liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

La jurisprudence peut donc reconnaître que le fait que la direction impose des objectifs au scientifique exclut les activités de ce-dernier de la protection de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Cela laisse à penser que la liberté de but est alors contenue dans la liberté de la science. D'autre part, c'est parce que la protection de la liberté de la science ne trouve pas à s'appliquer que la cour ne peut pas qualifier l'activité de recherche d'activité scientifique. Dans ce cas, la jurisprudence ne raisonne pas à partir de l'activité, pour laquelle elle pourrait imposer une liberté de but. Au contraire, elle considère que dans la mesure où la requérante ne bénéficie pas d'une liberté de but en raison des directives qui lui sont imposées, alors elle ne pourra pas jouir de la protection de la liberté de la science au sens de la Constitution allemande. Cela reviendrait par conséquent à considérer que la liberté de but est une composante de la liberté de la science au sens de la Constitution allemande. Néanmoins, la liberté de but n'étant pas reconnu dans cette affaire, elle s'inscrit davantage comme une condition à remplir pour bénéficier de la liberté de la science plutôt que d'une véritable garantie offerte à l'individu exerçant des activités scientifiques.

La liberté de but (« Freiheit der Ziele ») peut se définir comme le fait d'« enquêter scientifiquement, selon des objectifs librement choisis et de pouvoir les conduire sans entrave ». La liberté de but sous-entend aussi une liberté de moyen (« Freiheit der Mittel ») et ne peut pas en être dissociée. Beaucoup de recherches sont conditionnées par un nombre restreint de moyens. Selon la doctrine, la liberté de moyen peut se comprendre comme la conséquence de la liberté de but⁶¹⁶. C'est parce que le scientifique peut librement choisir ses objectifs qu'il pourra disposer d'un certain nombre de moyens financiers ou autres.

⁶¹⁵ LAG Köln, déc. du 23 janvier 2015, 4 Sa 773/14.

⁶¹⁶ T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 33-42.

Bien que les deux libertés soient liées, la liberté de but peut être plus difficile à appréhender que la liberté de moyen. La liberté de but pourrait également se caractériser, selon l'expression de Franz Himpfsl comme une « liberté programmatique » ou « programmatische Freiheit ». Au contraire de la liberté méthodologique, elle se rapporte non pas au meilleur processus de résolution d'un problème mais à la question de savoir quels problèmes doivent être abordés. Pour quelles raisons les garanties de la liberté de la science devraient comprendre ne liberté programmatique ? La liberté quant au choix des objectifs de la science vient compléter la diversité des approches méthodologiques afin de résoudre des questionnements scientifiques. Par conséquent, elle est donc indissociable à la fois de la qualification disciplinaire du scientifique et de la maîtrise des enjeux scientifiques.

La liberté de choix des objectifs contribue à une plus grande diversité des questions de la recherche. Cette liberté peut difficilement éclore dans une organisation centralisée de la science. Une organisation décentralisée et horizontale permet davantage la diversification du savoir et la diversification des pôles décisionnels. Toutefois, une conception raisonnable de la liberté de but ne peut pas être assimilée avec la possibilité de tout rechercher. La liberté de but devrait davantage être comprise comme conditionnée par la communauté scientifique qui déciderait de la concrétisation de projets de recherche, financés par les moyens disponibles⁶¹⁷. La liberté de but s'identifierait alors comme une composante aussi essentielle que la liberté de méthode, indissociable de la liberté de moyens.

Si la liberté de but se fraie aisément une place dans la théorie des libertés fondamentales, la jurisprudence allemande est confrontée à des paradoxes de taille. Relativement à l'interprétation stricte du régime de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale, la liberté de but n'est pas une condition nécessaire à la protection de la recherche scientifique. En effet, la poursuite d'un intérêt particulier voire mercantile n'exclut pas la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. A l'inverse, la recherche fondamentale en sciences naturelles ou en sciences humaines ne jouit pas d'une protection plus importante par rapport notamment à une recherche orientée sur la pratique.

La poursuite d'un objectif particulier n'exclut donc pas, a priori, la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande et une jurisprudence constante, la science correspond à un domaine de responsabilité autonome pour les scientifiques, un domaine qui ne peut pas être empreint d'une utilité sociétale ou orienté vers des objectifs politiques⁶¹⁸. C'est en ce sens, que la science pourra servir au mieux la

⁶¹⁷ F. Himpfsl, *Die Freiheit der Wissenschaft, Eine Theorie für das 21. Jahrhundert*, Berlin, J. B. Metzler, 2006, p. 89-92.

⁶¹⁸ BVerfG 47, 327, déc. du 1er mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“ ; BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Bereich autonomer Verantwortung, der nicht durch bloße gesellschaftliche Nützlichkeits- und politische Zweckmäßigkeitvorstellungen geprägt sein darf“.

société civile et les grandes lignes politiques. Le développement propre et l'indépendance du domaine de la science doivent être garantis. La garantie d'indépendance ne sert pas uniquement la protection de l'augmentation d'un savoir utilisable par le domaine technique et technologique mais encore, protège la possibilité d'analyse et de maintien de la fonction critique de la science⁶¹⁹.

Ainsi, bien que l'existence d'un objectif scientifique apparaisse comme une condition supplémentaire de la protection de la liberté de la science, la liberté de but n'est pas contenue explicitement dans les garanties de la disposition constitutionnelle, auquel cas, l'exercice de la science dans le cadre de la recherche appliquée ou de la recherche en entreprise ne pourrait pas être protégée. En d'autres termes, si la jurisprudence allemande insiste sur la nécessité de l'existence d'un objectif scientifique pour accorder directement la protection de la liberté de la science, la liberté de but n'est pas garantie en tant que telle dans le champ de protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

Garantir la liberté de but permettrait de mettre en avant le critère de l'impartialité de la science et de la seule quête de la vérité, d'un autre côté, la garantie de la liberté de but peut être un obstacle à la protection d'autres types de recherches. Il faudrait pourtant entendre davantage la liberté de but afin de préciser comment cette composante peut s'articuler avec la liberté de moyens. La reconnaissance de la liberté de but dans le régime de protection de la liberté de la science permet d'intégrer la rationalité propre de la science dans le sens de son impartialité. La liberté de but donne à la fois une dimension concrète aux différentes « valeurs » de la science énoncées plus haut et dans un même temps, elle peut traduire le concept malléable de la valeur intrinsèque de la vérité.

En définitive, la science moderne est caractérisée par deux objectifs, d'un côté, l'aspiration à une fin en soi dans la recherche de la vérité et de la connaissance, de l'autre, l'utilisation pratique du savoir découvert. Cette tendance apparaît a priori comme mettant en œuvre des objectifs contradictoires, dans un même temps, le problème reste volontairement diffus. Cette double structure est née de l'histoire, notamment du XVII^e siècle. Selon le scientifique et philosophe anglais Francis Bacon, la science n'est pas seulement abstraite, elle ouvre des possibilités d'action que la nature rend disponible pour l'homme.

Francis Bacon est le théoricien de la différenciation entre la science pour elle-même et la science tournée vers ses objectifs. Jacobus Le Mort distingue deux forces motrices qui découlent de la science, la curiosité et le profit. Gottfried Wilhelm Leibniz définit la recherche fondamentale dans un contexte de communication. Pour lui, ce type de recherche n'a pas un but en soi mais trouve sa légitimation dans son rôle de

⁶¹⁹ M. Uechtritz, „Kooperationsverträge“ zwischen Hochschulen und gesellschaftlichen Verbänden, *Die Abkommen der Hochschulen mit Arbeitnehmerorganisationen in Bremen, Oldenburg, Bochum und Saarbrücken*, Bd. 454, Berlin, Duncker und Humblot, 1983, p. 133.

force motrice du progrès technique et économique⁶²⁰. La pensée de Bacon contribue à la justification de la liberté de la recherche mais encore, renforce la part du public dans la détermination de l'orientation de la recherche et dans la promotion de la recherche.

§2 Recherche fondamentale et recherche appliquée : la promotion adaptée à l'ensemble de la recherche

Dans le domaine général de la science, la question de la promotion de la recherche renvoie immédiatement à la reconnaissance d'un modèle d'interaction entre les sciences naturelles et les sciences humaines et sociales. Les premières dépendraient-elles d'une rationalité scientifique objective alors que les secondes ne relèveraient que d'une rationalité subjective, voire irrationnelle ? Selon l'hypothèse de Gérard Heinzmann, « la réduction d'une rationalité à l'autre aussi bien que leur distinction de principe est une erreur, institutionnalisée par l'organisation actuelle de nos universités et de nos institutions académiques, où les sciences se trouvent bien séparées des humanités »⁶²¹.

Définir la « rationalité » d'une science par rapport à une autre favoriserait la mise en œuvre d'une promotion adaptée aux types de recherche. La promotion de la recherche repose d'autre part sur la fonction remplie par la recherche en cause dans l'ensemble de la société. La problématique tenant à la promotion de la recherche en fonction de son lien avec la société se pose également à propos de la recherche financée par des moyens tiers provenant de ressources privées. Ce type de recherche n'est pas soutenu par les pouvoirs publics qui œuvrent dans l'intérêt général mais par des moyens externes. Ces financements externes répondent-ils toujours à l'exigence d'une science désintéressée ?

Spécifiquement, la recherche des établissements d'enseignement supérieur, financée par des moyens tiers doit faire l'objet d'une publication de ses résultats. En effet, cela est inscrit explicitement à l'alinéa 2 du paragraphe 25 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur⁶²². Il s'agit d'un impératif exigé également par les lois des Länder relatives aux établissements

⁶²⁰ „Grundlagenforschung, so wird in derartigen Kommunikationskontexten versprochen, ist keineswegs kultureller Selbstzweck, sondern findet ihre Legitimation in ihrer Rolle als besonders relevante Triebkraft des technischen und ökonomischen Fortschritts“, D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, op. cit., p. 16.

⁶²¹ R. Boudon, *La rationalité*, op. cit., p. 75-77.

⁶²² §25, Abs. 2 HRG, „Ein Hochschulmitglied ist berechtigt, ein Forschungsvorhaben nach Absatz 1 in der Hochschule durchzuführen, wenn die Erfüllung anderer Aufgaben der Hochschule sowie die Rechte und Pflichten anderer Personen dadurch nicht beeinträchtigt werden und entstehende Folgekosten angemessen berücksichtigt sind; die Forschungsergebnisse sollen in der Regel in absehbarer Zeit veröffentlicht werden“.

d'enseignement supérieur⁶²³. L'exigence de publication répond à la nécessité de diffusion des résultats scientifiques rappelée au paragraphe 4 de la loi cadre fédérale. Cependant, la possibilité de bénéficier de moyens tiers est-elle encadrée par les textes ? Les pouvoirs publics peuvent-ils imposer des restrictions dans ce domaine ?

Selon la signification objective de la liberté de la science, c'est à l'Etat au sens large, de créer et soutenir financièrement les établissements d'enseignement supérieur en tant qu'infrastructure institutionnelle⁶²⁴. Le financement public, par l'intermédiaire des Länder est désigné par la doctrine comme les « Grundmitteln » ou moyens de base. La détermination de la part de responsabilité de l'Etat dans le domaine de l'enseignement supérieur et dans le domaine de la science pourrait représenter une éventuelle limite à l'influence des acteurs privés. Toutefois la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a jusque là que rarement appliqué ce concept dogmatique de « priorité » des pouvoirs publics dans le domaine de la science.

Si l'obligation positive de l'Etat en faveur de la promotion de la science ne permet pas forcément de limiter et de contrôler l'imbrication des acteurs et des financements privés dans les établissements d'enseignement supérieur, une solution tient dans la différenciation et dans la définition précise des types de recherches et en particulier, de la recherche fondamentale et de la recherche appliquée. Si la doctrine et la jurisprudence parvenaient à distinguer les types de recherche, le cadre de la recherche financée par des moyens privés pourrait être davantage maîtrisé. Au niveau de la jurisprudence constitutionnelle, la Cour constitutionnelle fédérale allemande lance quelques pistes dans le sens de la distinction des types de recherche (B). Pour autant, la liberté de la science protège de façon générale, tous les types de recherches, peu importe leur mode de financement (A).

A. La garantie d'une protection générale de la liberté de la science à tous les types de recherche

La liberté de la science offre une protection générale à l'ensemble de la recherche dans le but de promouvoir la connaissance scientifique dans tous les lieux où se pratique la recherche. Pourtant, historiquement, les lieux de recherche se sont très tôt spécialisés en fonction d'un type de recherche particulier et en vue d'une adaptation des résultats de la recherche. Parfois des types de recherche différents s'exercent au sein d'un même lieu de recherche. Chaque type de recherche peut correspondre à une fonction particulière qu'elle va exercer dans la société.

⁶²³ Par exemple, §70, Abs. 3, S. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW); §66, Abs. 2, S. 1 Gesetz über die Universität des Saarlandes (UG Saar); § 47, S. 2 Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen (SächsHG); §31, Abs. 2, S. 1 Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HSGLSA).

⁶²⁴ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

En Allemagne, la différenciation fonctionnelle de la recherche correspondait notamment à la création des établissements polytechniques d'après le modèle français, qui ne découle plus forcément de l'idéal de Wilhelm von Humboldt. La recherche se développa alors en dehors des universités avec la fondation de la Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft en 1911 et la mise en œuvre de la coopération entre les pouvoirs publics et le monde industriel. Ce type d'instituts possédaient la capacité juridique et disposaient du choix de la forme juridique de leur organisation, ce qui marquait déjà une distance avec l'Etat⁶²⁵.

En parallèle de la différenciation institutionnelle, les mécanismes et les instruments de promotion de la recherche se sont transformés au cours du siècle dernier. Par exemple, en 1898, un groupement d'industriels et de professeurs créèrent une association de promotion de physique et de mathématiques appliquées dans la ville de Göttingen. L'institut qui deviendra la « Deutsche Forschungsgemeinschaft » a été fondée en 1920 sous la dénomination de « Notgemeinschaft der deutschen Wissenschaft ». Dès 1920, il s'agissait d'une institution scientifique bénéficiant de la libre administration dont les missions relèvaient surtout de la promotion de la recherche, puis de la planification de la recherche. Les membres de cet institut de promotion de la recherche étaient avant tout des membres des académies et des établissements d'enseignement supérieur⁶²⁶. Les instituts de recherche se spécialisaient en fonction de leurs missions exercées.

La différenciation fonctionnelle et la différenciation institutionnelle ne sont pas remises en cause aujourd'hui et servent l'accomplissement de la diversité des intérêts du progrès de la science. A l'inverse, tous les types de recherche sont protégés de la même façon alors que chacun joue un rôle distinct dans la société et entretient des rapports différents avec les tiers. Par exemple, la recherche fondamentale devrait subir moins d'influence de la part des tiers (pouvoirs publics, société civile) que la recherche publique ou en allemand « Ressortforschung » qui vient satisfaire des besoins directs.

Ne faudrait-il pas envisager un raisonnement comparable, tenant compte du degré de protection de la liberté de la science, afin de conserver l'exigence d'impartialité de la recherche fondamentale et dans une autre mesure, celle de la recherche appliquée. En effet, si la recherche appliquée peut davantage être intégrée dans un système de rationalité économique et de quête de la performance, la recherche fondamentale, devrait rester très largement ancrée dans un modèle de rationalité propre de la science et de quête de la vérité. Ces deux types de recherche restent essentiels et complémentaires dans le processus général de la quête de la connaissance ; la recherche fondamentale constitue la force motrice de la recherche appliquée.

⁶²⁵ H.-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 24-28.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 29-30.

La liberté de la science protège a priori tous les types de recherche, qu'il s'agisse de la recherche fondamentale, de la recherche publique, de la recherche appliquée ou de la recherche industrielle (2°). La protection constitutionnelle de la liberté de la science ne tient pas compte du fait que la recherche soit financée par des moyens publics ou financée par des moyens provenant du domaine privé (1°).

1° Indifférenciation de la protection selon le financement par des moyens publics ou privés

Les garanties de la liberté de la science ne distinguent pas selon que la recherche est le fruit d'un financement public ou privé, de ressources provenant du budget des Länder ou de ressources provenant d'autres organismes publics. La recherche financée par des moyens tiers est-elle suffisamment encadrée par la réglementation ? Ce type de recherche nécessite-t-il un cadre juridique spécifique distinct de celui de la recherche financée par les pouvoirs publics afin de mettre en avant les spécificités de chacune des recherches ? Le recours à des moyens provenant du privé répond-il forcément aux règles de la transparence et d'une répartition claire des responsabilités vis-à-vis des scientifiques et des tiers ?

La recherche dans les établissements d'enseignement supérieur publics est financée soit directement par des ressources budgétaires (« Haushaltsmitteln ») des Länder soit par des moyens tiers ou privés (« Drittmitteln »). Dans les deux cas, la recherche bénéficie de la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Les « Grundmittel », regroupent les revenus provenant des Länder, les revenus de l'administration. L'appellation « laufende Grundmittel » évoque la part de l'ensemble des dépenses des établissements qui est mis à leur disposition pour satisfaire des dépenses courantes, notamment relatives au personnel, aux bâtiments, matérielles, en dehors de la part consacrée aux investissements.

L'ensemble des dépenses des Länder dans le domaine de l'enseignement supérieur représentait en 2007, 13, 92 milliards d'euros. Tandis que les « Grundmitteln » ont stagné entre 1995 et 2000, les dépenses relatives à l'investissement ont dégonflé : 2,89 milliards en 1995, 3,03 en 2000 et seulement 2,7 en 2007. Les moyens provenant de ressources privées ont largement augmentés. L'ensemble de l'enseignement supérieur comprenant les différents types d'établissements d'enseignement supérieur couvrent, en 2006, 21% de leurs dépenses courantes avec des moyens privés. La « Deutsche Forschungsgemeinschaft » participe à hauteur de 30%, l'Etat, 20%, l'Union européenne, 10%, le monde économique, 25% et les donations et fondations, 15%⁶²⁷. Les moyens tiers ou privés (« Drittmitteln ») détiennent donc une part significative dans le financement des établissements d'enseignement supérieur, en particulier dans la recherche, dans les sciences de l'ingénieur et naturelles. Ces moyens ne sont plus seulement un complément nécessaire pour les établissements allemands mais ils sont devenus essentiels à leur

⁶²⁷ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 710.

fonctionnement. Malgré ce constat, il subsiste toujours des vides juridiques autour de l'utilisation de ce type de moyens de financement.

Selon la définition des statistiques publiques des établissements d'enseignement supérieur⁶²⁸ les moyens tiers sont des moyens qui sont introduits pour la promotion de la recherche et le développement du progrès scientifique et de l'enseignement. Les moyens tiers doivent être attribués aux établissements d'enseignement supérieur directement, à leurs instituts de recherche ou à un scientifique, acteur individuel. La frontière entre les moyens tiers et les dons et les sponsors n'est pas évidente. Les deux formes de financement peuvent entrer dans la même définition, s'ils sont assignés à la promotion de la recherche. Les moyens tiers sont principalement administrés par l'établissement, c'est-à-dire perçus et dépensés par les établissements d'enseignement supérieur directement⁶²⁹.

Les dispositions relatives à la recherche financée par des moyens tiers figurent au paragraphe 25 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur ainsi que dans les dispositions des lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder⁶³⁰. Ces dispositions permettent aux membres de l'université compétents dans la recherche de conduire des projets de recherche qui ne sont pas financés par les Länder. Le terme de recherche financée par le privé ou « Drittmittelforschung » a trouvé une définition légale au paragraphe 25, alinéa 1^{er} de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur⁶³¹. Ce type de financement correspond, selon la loi cadre à la prise en charge d'un projet de recherche qui n'est pas financé par des moyens publics ou des ressources budgétaires (des Länder) mis à disposition des établissements d'enseignement supérieur mais financé par des moyens tiers. La définition légale reste suffisamment large pour intégrer toute forme de « nouveau » financement possible. Le financement tiers regroupe tout ce qui ne provient pas des ressources budgétaires des Länder. Le législateur n'en a donné qu'une définition négative.

Cette même disposition de la loi cadre fédérale règle aussi sous quelles conditions les membres de l'université peuvent exercer de la recherche financée par le privé, si et dans quelle mesure la mise à contribution de ressources peut être exclue et enfin, à qui doit revenir les gains des projets de recherche financés par les moyens tiers. Si

⁶²⁸ En allemand, „amtliche Hochschulstatistik“ (Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 7), Erläuterungen 2.1.). „solche Mittel, die zur Förderung von Forschung und Entwicklung sowie des wissenschaftlichen Nachwuchses und der Lehre zusätzlich zum regulären Hochschulhaushalt von öffentlichen oder privaten Stellen eingeworben werden. Drittmittel können der Hochschule selbst, einer ihrer Einrichtungen [...] oder einzelnen Wissenschaftlern im Hauptamt zur Verfügung gestellt werden. Nicht zu den Drittmitteln zählen zum Beispiel Mittel aus Zentral und Fremdkapital des Trägerlandes“.

⁶²⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, 2. Auflage, *op. cit.*, p. 717.

⁶³⁰ Par exemple, §41 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW LHG); Art.8 Bayerisches Hochschulgesetz (BaySchG); §40 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerLHG).

⁶³¹ Art. 25, Abs. 1 HRG, „Die in der Forschung tätigen Hochschulmitglieder sind berechtigt, im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben auch solche Forschungsvorhaben durchzuführen, die nicht aus den der Hochschule zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln, sondern aus Mitteln Dritter finanziert werden; ihre Verpflichtung zur Erfüllung der übrigen Dienstaufgaben bleibt unberührt. Die Durchführung von Vorhaben nach Satz 1 ist Teil der Hochschulforschung“.

ces dispositions permettent une adaptation à toute forme de coopération, il reste cependant un aspect qui n'est pas réglé dans ce paragraphe concernant l'existence d'une garantie contre un éventuel « éloignement » de la recherche financée par le privé. En effet, aucune garantie n'est prévue dans le cas où la recherche exercée ne rentrerait plus dans le champ d'application d'une recherche dite « scientifique » selon les critères applicables à la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Aucun recours n'est prévu explicitement dans le cas où l'exercice de la recherche ne tendrait plus à l'obtention d'un objectif scientifique alors que la recherche s'effectue dans un établissement d'enseignement supérieur.

Les alinéas 4 à 6 du paragraphe 25 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur règlent la mise en œuvre des projets financés par des moyens privés. Le « Haushaltplan », l'équivalent de la loi de finance française comprend pour chaque année une estimation des recettes et des dépenses pour chaque personne morale de droit public, y compris les universités. Dans le processus budgétaire ou « Haushaltsverfahren », les moyens privés sont intégrés dans le budget de l'Etat fédéral et vont être administrés selon les principes budgétaires en vigueur. Si les moyens reviennent directement aux établissements d'enseignement supérieur et sont administrés par eux, il n'y a pas de détail quant à la répartition des responsabilités entre les organes des établissements, ni même d'un éventuel droit de contrôle des organes collégiaux en la matière. Les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur devront compléter ces dispositions pour ne pas entraîner de déficit de responsabilité dans ce processus.

Enfin, l'alinéa 5 du paragraphe 25 de la loi cadre fédérale prévoit que le personnel financé par des moyens privés est recruté en règle générale selon les mêmes règles juridiques que le personnel d'un établissement d'enseignement supérieur. Il peut alors bénéficier du même statut que le personnel de l'établissement⁶³². En outre, si ce type de personnel peut jouir du même statut, qu'en est-il de sa possibilité d'être protégé par la liberté de la science lorsqu'il sera question d'affaires relevant de la recherche et de l'enseignement ? Ce personnel bénéficie-t-il d'une protection identique alors même qu'il profitera d'une liberté de but beaucoup plus restreinte ?

Les dispositions de la loi cadre règlent seulement le marché de la science pour lui-même. En effet, elles règlent l'organisation de base, nécessaire à la mise en œuvre d'un projet de recherche avec un autre type de financement et l'intégration du personnel correspondant. Une réglementation relative à l'utilisation des résultats de ces projets de recherche fait largement défaut. Les questions intrinsèquement liées à la rationalité propre de la science comme à sa crédibilité, à sa reconnaissance et à sa réputation dans le domaine académique ne rentrent plus forcément en considération.

⁶³² M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 343.

D'un autre côté, la recherche financée par le privé reste souvent le seul moyen de mener des projets de recherche dans un contexte de restriction des ressources budgétaires publiques. La difficulté principale tient en ce que certaines activités de recherche et plus généralement certaines disciplines peuvent et ne pourraient jamais trouver de ressources financières particulières. Une application schématique du critère de « performance de la recherche » dans l'obtention de financements contreviendrait au principe d'égalité entre les différents types de recherche, prévu par l'article 3 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale.

Une seule et même limite figure dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur ; la conduite d'un projet de recherche financé par des moyens tiers ne doit pas altérer l'accomplissement des autres missions de l'établissement d'enseignement supérieur⁶³³. Le second alinéa précise encore que non seulement les autres missions ne doivent pas être altérées mais encore que les droits et les obligations du personnel ne soient pas entravés. Il s'agira alors pour la jurisprudence de déterminer le sens de ces limites. Ainsi, la réglementation relative au financement de la recherche ne distingue pas les ressources publiques des ressources privées, de la même façon, tous les types de recherche sont protégés par la liberté de la science et ne bénéficient pas d'une définition légale propre.

2° Cadre commun à tous les types de recherche malgré leurs spécificités tenant à leurs résultats et à leur mode de communication

Trois types de recherches peuvent être distingués, la recherche fondamentale, la recherche publique ou « Ressort-Forschung » et la recherche appliquée. Parmi elles, d'autres recherches présentent encore d'autres spécificités : la recherche académique traditionnellement incluse dans la recherche fondamentale ou la recherche industrielle qui fait partie de la recherche appliquée. Chacune d'elle répond à des caractéristiques particulières par rapport à leur rattachement éventuel à un objectif de résultat et quant à leur mode de communication. Ces différentes recherches sont parfois exercées dans des lieux de recherche distincts. D'un autre côté, elles peuvent se confondre. Par exemple, à l'occasion de l'exercice d'une recherche fondamentale, cela peut donner lieu à certains résultats d'application. La recherche académique peut aussi prendre la forme d'une recherche appliquée en fonction de ses différents « sponsors ».

S'agissant de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, la dogmatique constitutionnelle se concentre en priorité autour de l'institution universitaire. La recherche académique bénéficie d'une certaine priorité, mais uniquement dogmatique dans la mesure où tous les types de recherche

⁶³³ §25, Abs. 1, S. 2 HRG, „Die in der Forschung tätigen Hochschulmitglieder sind berechtigt, im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben auch solche Forschungsvorhaben durchzuführen, die nicht aus den der Hochschule zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln, sondern aus Mitteln Dritter finanziert werden; ihre Verpflichtung zur Erfüllung der übrigen Dienstaufgaben bleibt unberührt“.

peuvent bénéficier a priori de la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. La recherche académique s'inscrit dans un cadre disciplinaire, elle est institutionnalisée au sein d'une université ou d'un institut de recherche comme le Max Planck Institut en Allemagne. Le choix des thèmes et la conduite de la recherche dépendent des critères internes à la discipline en cause. Une relation particulière existe entre la recherche académique et son mode de communication qui fonctionnent selon un schéma de réciprocité. La recherche académique possède le lien le plus étroit avec l'enseignement scientifique dans les établissements d'enseignement supérieur. La communication des résultats de la recherche garantit un certain standard et la validation des résultats. De plus, la recherche académique peut orienter la recherche future en se révélant être un potentiel innovateur et critique⁶³⁴.

Sous la dénomination, « recherche fondamentale » qui comprend la recherche académique, la doctrine entend chaque recherche, « qui a pour objectif l'élargissement des résultats scientifiques, sans qu'ils soient orientés à une application pratique ». La recherche appliquée, qui est aussi désignée comme une recherche avec un objectif ou une recherche orientée vers son application, se conjugue avec des intentions particulières et des possibilités d'utilisation concrètes. Ce type de recherche existe surtout dans le domaine des sciences naturelles et techniques au sein de l'université comme à l'extérieur. Une forme particulière de la recherche appliquée tient en la recherche industrielle. Il s'agit d'une recherche scientifique qui a pour objet, moins le gain d'un résultat absolu qu'une utilisation économique des résultats concrets de la recherche.

La recherche industrielle représente une part de la recherche appliquée. Elle se caractérise par son lien étroit avec un contexte fonctionnel économique qui augmente la rationalité « performative » de ce type de recherche. La recherche industrielle n'est pas développée pour elle-même, elle vient répondre à un besoin spécifique des objectifs entrepreneuriaux. Le choix des thèmes de la recherche n'est pas orienté par un intérêt scientifique mais ils s'adaptent au domaine de l'entreprise. La programmation de la recherche, son financement et son organisation sont liés à la hiérarchie de l'entreprise. Par rapport à ce type de recherche, une distance suffisante devrait exister entre le processus de production et le processus de développement afin d'assurer une autonomie suffisante à la construction d'un savoir scientifique. Il serait aussi profitable d'instaurer de la coopération avec des établissements d'enseignement supérieur.

La recherche industrielle est aussi de la recherche au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. La garantie constitutionnelle protège la recherche industrielle des ingérences de l'Etat, cependant elle ne lui confère pas un droit à certaines exonérations ou à un encouragement de la part de l'Etat. Les résultats de ce type de recherche ne sont pas forcément publiés afin de garantir la

⁶³⁴ H.-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 97.

valorisation industrielle. En d'autres termes, le transfert efficace des résultats et l'innovation peuvent remplacer l'exigence de validation des résultats de la recherche industrielle. Si ce type de recherche n'est pas exclu de la protection de la liberté de science, il peut encore bénéficier de la protection de libertés économiques⁶³⁵.

Si la recherche fondamentale répond généralement à d'autres exigences que la recherche appliquée, la recherche fondamentale ne doit pas pour autant s'opposer de façon absolue à la recherche appliquée. En effet, la recherche appliquée ne va pas forcément à l'encontre de la créativité scientifique, c'est au scientifique lui-même à qui revient cette responsabilité d'aller plus loin dans un projet défini⁶³⁶. Ce n'est pas la recherche appliquée qui est néfaste en tant que telle pour la créativité du chercheur mais davantage, la détermination de l'objet de la recherche par d'autres. En outre, les instituts de recherche appliquée et les laboratoires industriels offrent un environnement de travail au scientifique réellement productif. L'influence sur l'ordre du jour du scientifique exercée par d'autres acteurs, est surtout problématique vis-à-vis de la recherche fondamentale, dont les effets corolaires seront largement plus imprévisibles, bien que la recherche orientée vers un objectif précis conduise aussi à une certaine imprévisibilité de résultats⁶³⁷. La thèse selon laquelle des objectifs de résultats sont mis en place vis-à-vis d'une recherche en raison de son imprévisibilité contient un grand nombre de contradictions. La seule chose qui paraît tenir est que le progrès de la science dépend bien souvent de découvertes imprévisibles.

L'obtention de nouveaux résultats n'est pas une condition à la recherche programmée. En outre, une recherche planifiée ne signifie pas de façon générale qu'il ne s'agit pas d'une recherche fondamentale. Les innovations scientifiques qui sont orientées sur l'application construisent notre société et son évolution de la même façon que des résultats obtenus à l'aide de la recherche fondamentale. Parfois ces innovations sont tellement intégrées dans le système que l'on ne les remarque même plus⁶³⁸.

Le dernier type de recherche qui s'inscrit dans la recherche publique ou « Ressortforschung » doit être compris comme une recherche qui est soutenue financièrement pour atteindre les objectifs de la politique au sens large, de la législation et de l'administration. Les lieux, dans lesquels ce type de recherche s'exerce, varient entre les branches des ministères et des entités autonomes, comme par exemple, les établissements de recherche fédéraux ou régionaux. La recherche

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 105-106.

⁶³⁶ Par exemple, Sadi Carnot, en cherchant à améliorer la machine à vapeur parvient à la publication en 1824 de « Réflexions sur la puissance motrice du feu ». Louis Pasteur en exerçant de la recherche appliquée sur la culture de microorganismes, deviendra le pionnier de la microbiologie. T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 163.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 164-166.

⁶³⁸ Cela peut être illustré par l'exemple du microscope électronique qui est indispensable aujourd'hui dans toutes les sciences dures, notamment pour les nanotechnologies, mais aussi la pilule contraceptive qui n'aurait jamais pu être obtenue sans l'identification de la stéroïde et du développement de la chimie des stéroïdes, de même que les résultats élémentaires de la chimie organique du XIX^{ème} siècle. *Ibid.*, p. 169.

d'« Etat » entretient à la fois des ressemblances structurelles avec la recherche industrielle mais aussi avec la recherche fondamentale. Elle se situe entre le système propre du domaine de la science et la satisfaction des besoins de la société. La recherche publique doit également servir de moteur au potentiel créatif d'une société.

Le raisonnement reste complexe dans la mesure où au sein d'une entité organisationnelle, la recherche dite publique peut coexister avec d'autres types de recherche. Dans la pratique, la différence est surtout ressentie au niveau de son processus général de communication de la science. A la différence de la recherche académique, la recherche publique sert la mise en œuvre du savoir dans les différentes disciplines, elle n'est pas orientée sur la science fondamentale. Il reste toutefois un processus actif de communication, plus étroit, dans la mesure où le savoir produit n'exige aucune validation discursive. Enfin, la recherche publique ne peut pas faire l'objet uniquement de décisions individuelles ou collégiales mais doit découler des objectifs généraux de l'administration. La recherche publique est soumise à des injonctions concernant la dénomination de ses missions, néanmoins, la méthode utilisée et l'obtention des résultats devraient rester sous la responsabilité du scientifique⁶³⁹.

Les critères relatifs à l'obtention de résultats et à leur mode de communication permettent dans un même temps de relier les différents types de recherche mais encore de les distinguer en fonction de leurs spécificités. Faire correspondre un type de recherche avec un degré de protection de la liberté de la science favoriserait la possibilité de poursuivre des recherches qui ne bénéficient pas de la même attractivité à court terme que les autres recherches. La recherche appliquée, bien qu'elle soit assignée à des objectifs précis, doit conserver une certaine marge de manœuvre et la possibilité pour les scientifiques de maîtriser le processus de recherche, en particulier la liberté de méthode. La recherche publique doit être en mesure de satisfaire les besoins de la société et du politique, mais encore de proposer des thèmes de recherche de façon autonome. La recherche fondamentale, bien qu'elle ne puisse pas satisfaire directement les exigences de la rationalité économique, doit pouvoir impulser l'ensemble de la créativité scientifique.

⁶³⁹ H.-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 101-104.

B. L'identification de critères jurisprudentiels dans la mise en œuvre d'une différenciation des types de recherche

Les tribunaux allemands mettent sur un pied d'égalité la recherche dite fondamentale et la recherche appliquée eu égard aux garanties de la liberté de la science. Toutefois, un certain déséquilibre peut être constaté concernant l'activité, le financement et de façon plus générale, la place accordée à ces deux types de recherche dans le système globalisé de la science. Le rempart constitutionnel pourrait être un instrument palliatif à ce déséquilibre, en définissant et en précisant les différences entre les types de recherche. La différenciation de la recherche fondamentale et de la recherche appliquée peut être comprise comme un mécanisme qui pourrait relativiser le problème de l'objectivisation de la science.

L'exigence de la différenciation des types de recherche doit reposer sur des critères précis tout en conservant une marge de manœuvre au législateur et en respectant la rationalité scientifique et la part d'imprévisibilité de la science. En effet, la recherche, comme la science, ne peuvent pas être enfermées dans une définition qui entraverait par là-même la liberté de la science. Ces critères ne peuvent reposer ni sur la différenciation disciplinaire, ni sur la différenciation fonctionnelle de la recherche. La différence entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée ne tient pas dans la différenciation disciplinaire. En effet, ces recherches, bien qu'elles touchent généralement à des domaines précis, comme les sciences de l'ingénieur pour la recherche appliquée, ne doivent pas être définies en fonction d'un domaine de recherche. Cela provoquerait davantage un processus de fermeture et d'opacité des connaissances plutôt que la mise en œuvre d'une protection adaptée aux types de recherches. Les deux types de recherche ne peuvent pas être hiérarchisés non plus quant à leur fonction. Que la recherche serve en priorité l'application de ses résultats, le profit économique ou le progrès des connaissances scientifiques à long terme, toutes les recherches sont nécessaires et complémentaires dans une société.

Tout d'abord, la doctrine propose des critères selon lesquels la liberté de la science devrait davantage protéger un type de recherche ou un type d'activités. Ces critères reposeraient sur la place des missions, le degré d'autonomie institutionnelle, la garantie de l'autonomie personnelle du scientifique, les actions spécifiques à la science et l'étendue des objectifs correspondant au domaine de la science⁶⁴⁰. Une autre combinaison de critères pourrait être déduite ensuite du raisonnement dogmatique relatif à la liberté de l'art. La jurisprudence allemande et plus particulièrement, la Haute Cour fédérale allemande et la Cour constitutionnelle fédérale allemande semblent prendre un chemin intermédiaire entre ces deux raisonnements.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 99-101.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, toutes les actions relatives à la liberté de l'art ne seront pas protégées de la même façon. En d'autres termes, plus l'action se situe au cœur de la liberté de l'art ou « Kern der Kunstfreiheit », plus la protection sera efficace et étendue. Par exemple, l'action de création d'une œuvre en elle-même connaîtra moins de limites que les actes relatifs à la médiation de l'œuvre avec les tiers qui feront davantage intervenir des droits d'autrui. A ce propos, la Cour constitutionnelle fédérale allemande distingue le « Werkbereich », désignant le domaine de protection qui se rapporte directement à l'œuvre, du « Wirkbereich », lié au domaine de protection qui fait intervenir des liens avec les tiers. Dans la protection de la liberté de l'art, la garantie du « Werkbereich » bénéficiera donc d'une certaine forme de priorité par rapport au « Wirkbereich ». Cette relation dogmatique s'explique alors à l'aide de la théorie des niveaux, ou « Stufentheorie », déjà mentionnée plus haut⁶⁴¹.

Les différents degrés de protection applicables aux activités du champ d'application de l'art pourraient venir éclairer la problématique de la différenciation des types de recherche. Concernant les garanties constitutionnelles de la liberté de l'art, la distinction entre le « Werkbereich » qui règle tout ce qui concerne la prestation elle-même et le « Wirkbereich » qui symbolise le lien avec les tiers, a été introduite dans l'intention de structurer la garantie relative à la liberté de l'art. Elle peut être transposée pour la liberté de la science en raison des nombreux points de comparaison entre ces deux libertés dans la théorie des droits fondamentaux. Dans le domaine de la garantie de la liberté de l'art, la séparation de la sphère privée individuelle de la sphère de liberté au sein de la société ne se définit pas, en règle générale, comme une limite à la première liberté mais comme une différence qui découle de la structure des normes. Il n'est pas question d'enfermer chaque expression de l'art existante mais au contraire que la liberté de l'art rassemble à la fois l'expression et la communication. La liberté de l'art ne donne toutefois pas droit à une forme de communication particulière.

Si l'on applique ce raisonnement à la liberté de la science et aux différents types de recherche, la protection constitutionnelle varierait en fonction de la proximité des activités avec la recherche elle-même et le scientifique pris individuellement. Plus la recherche en cause entretient des liens avec l'extérieur et son application, moins elle pourrait bénéficier d'une large protection de la liberté de la science. A l'inverse, plus la recherche dépend d'une autonomie interne et d'un processus décisionnel restreint, plus elle pourrait jouir d'une protection étendue. Toutefois, il existe également des différences notables entre l'art et la science. Par rapport à l'art, la science est davantage structurée quant à son processus scientifique, ses résultats et la communication de ces résultats. Une simple transposition de la théorie du « Werkbereich » et du « Wirkbereich » ne serait donc pas suffisante. Par exemple,

⁶⁴¹ BVerfG 77, 240, déc. du 3 novembre 1987, „Herrnburger Bericht“, „Die tatsächlichen Umstände, der Grad der Außenwirkung und die Stärke des Kunstbezuges, beeinflussen lediglich die Gewichtung der verfassungsrechtlich geschützten Belange und damit das Abwägungsergebnis“.

les activités d'essai et de préparation dans la recherche ne pourraient pas être protégées en suivant ce raisonnement⁶⁴². De plus, les spécificités tenant au mode de communication de la recherche par rapport à l'expression dans le domaine de l'art pourraient être difficilement prises en compte.

Dans la pratique, la jurisprudence procède alors d'une démarche quelque peu hésitante en tentant toutefois d'établir une certaine forme de distinction entre les types de recherches. Dans une affaire de 2007, le requérant est le directeur du département d'orthopédie de la mâchoire de la clinique de l'Université défenderesse⁶⁴³. Il exerce la plupart de ses activités scientifiques dans le domaine de la biomécanique et a fait breveter plusieurs de ses inventions dans ce domaine. Au cours de ses activités de service, il développe une articulation autonome du genou. En 2002, le requérant déclare à l'Université qu'il ne serait pas prêt à divulguer son invention, comme le prévoit la nouvelle réglementation relative au droit des inventions dans les établissements d'enseignement supérieur, dans la mesure où cette réglementation porterait atteinte à ses droits fondamentaux.

D'abord, la Haute Cour fédérale allemande considère qu'il n'y a pas de violation de la liberté de la science du requérant. En effet, lorsque le législateur attribue aux établissements d'enseignement supérieur l'autorisation de l'utilisation économique des inventions, alors, en règle générale, cela ne tombera pas dans le domaine de protection de la liberté de la science mais le plus souvent dans le champ de protection de l'article 14 de la Loi fondamentale, relatif au droit de propriété. La Cour ne se prononce pas clairement sur la compatibilité de l'obligation de divulgation prévue par la loi fédérale avec la liberté de publication positive du scientifique contenue dans la liberté de la science⁶⁴⁴. Ensuite, selon la Cour, il n'y a pas d'atteinte aux droits fondamentaux du requérant lorsqu'il est question d'un « transfert » dans les missions d'un établissement d'enseignement supérieur. Dans le cas d'espèce, selon les termes de la Cour, une recherche fondamentale exempte d'objectifs a pris la forme d'une recherche réalisée en vue d'obtenir des avantages économiques. La Haute Cour fédérale pose toutefois une limite à ce processus de transformation de la recherche, passant d'un type à un autre ; il ne faut pas que ce processus en vienne à limiter la recherche fondamentale⁶⁴⁵.

Ainsi, la jurisprudence encadre la possibilité de la transformation d'une recherche fondamentale afin qu'elle puisse devenir une recherche appliquée et mettre en œuvre des résultats en vue d'obtenir des avantages économiques. Elle émet une

⁶⁴² H-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 145-146.

⁶⁴³ BGH, déc. du 18 septembre 2007, X ZR 167/05.

⁶⁴⁴ Voir Deuxième Partie, Titre 2, Chap. 2, S. 2, §1, A. « Transition dans l'organisation du mode de communication de la science et de quête de la connaissance ».

⁶⁴⁵ BGH, déc. du 18 septembre 2007, X ZR 167/05, „In einer "Verschiebung" oder "Verlagerung" des Forschungsauftrags der Universitäten von der zweckfreien Grundlagenforschung zur mit aktuellem wirtschaftlichem Nutzen verbundenen Forschung liegt jedenfalls solange noch kein Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen des Klägers, solange diesem nicht angesonnen wird, Grundlagenforschung nicht mehr oder lediglich eingeschränkt zu betreiben [...]“.

seule réserve, la recherche fondamentale ne doit pas subir cette transition et doit pouvoir être maintenue dans le processus global de recherche de l'établissement d'enseignement supérieur. En outre, lorsque la recherche vise en premier lieu l'utilisation économique des résultats, elle ne sera pas protégée par la liberté de la science mais par les libertés économiques garanties par la Constitution allemande. La jurisprudence reconnaît implicitement les liens entre les différents types de recherche et insiste sur deux critères déjà évoqués, l'utilisation économique des résultats de la recherche et la place accordée à chacune des missions d'un établissement d'enseignement supérieur.

Dans une autre affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande se prononce d'abord sur la compatibilité de l'intégration de critères de rationalité dans l'organisation du domaine de la science, puis, sur la différenciation des types de recherche. La Cour estime d'abord que l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale ne contient pas une interdiction d'évaluation de la qualité scientifique ou une interdiction de conditionner les résultats d'une évaluation à une répartition des ressources financières⁶⁴⁶.

Selon la Cour, la volonté du législateur d'allouer des subventions selon des critères rationnels et dans l'intérêt de l'effectivité de l'utilisation des ressources ne contrevient pas à la liberté de la science. Toutefois, en faveur de la garantie d'une évaluation adaptée à la science, et en particulier dans le domaine de la recherche, il est indispensable, selon la Cour constitutionnelle fédérale, d'aménager une participation suffisante aux « représentants » de la science dans la procédure de détermination des critères de répartition. Il faut aussi prendre en considération le fait que ces critères peuvent être différents selon les disciplines et le cas échéant, doivent l'être.

Ensuite, selon la Cour, il faut tenir compte des différences globales, entre une recherche fondamentale qui repose sur un profit à long terme et une activité scientifique orientée sur l'application et la demande, avec des résultats à court terme⁶⁴⁷. Enfin, une évaluation fondée exclusivement ou essentiellement sur un seul critère en vue de l'obtention d'un financement extérieur ne pourrait pas, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, être justifiée constitutionnellement. L'obtention d'un financement extérieur ne doit pas être conditionnée par un type de recherche particulier axé sur des résultats⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“.

⁶⁴⁷ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Außerdem sind disziplinübergreifende Unterschiede in Rechnung zu stellen, etwa hinsichtlich einer abstrakt-theoretischen Grundlagenforschung mit (ungewissem) langfristigem Ertrag gegenüber einer kurzfristig ausgerichteten anwendungs- und nachfrageorientierten wissenschaftlichen Tätigkeit“.

⁶⁴⁸ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Eine Evaluation allein oder ganz wesentlich anhand eines einzigen Kriteriums, etwa eingeworbener Drittmittel, würde dem nicht gerecht. Soweit die Einwerbung von Drittmitteln als Bewertungskriterium dient, darf es sich nicht um Drittmittel handeln, deren Entgegennahme Anreize für eine auftrags- und ergebnisorientierte Forschung setzt“.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, plutôt que de se « contenter » de l'utilisation des notions parfois trop imbriquées de la recherche fondamentale et de la recherche appliquée, insiste sur la différence entre une recherche portée à long terme et une recherche pensée afin de satisfaire des résultats à court terme. Comme dans la jurisprudence de la Haute Cour fédérale, elle déclare que la recherche fondamentale ne doit pas être limitée d'un point de vue des ressources financières par rapport à d'autres types de recherches. La recherche fondamentale et plus précisément, la recherche envisagée à long terme doit bénéficier d'une attention particulière de la part des tribunaux et notamment lorsque les établissements d'enseignement supérieur ne remplissent pas cette mission.

La difficulté première du scientifique n'est donc pas forcément le fait qu'on lui impose certains objectifs dans l'exercice de sa recherche, mais davantage, que des objectifs spécifiques de la recherche soient pensés à court terme. Si la recherche fondamentale apparaît comme mieux définie, elle pourrait probablement conserver ses spécificités et obtenir une protection plus appropriée et plus étendue. D'autre part, selon les mots de Jacques Commaille, professeur de sociologie, il faudrait passer d'une recherche appliquée à une recherche « impliquée », en prenant « en considération les problèmes de société et réviser les fondements des problématiques ». En outre, il faut distinguer des modèles économiques des phénomènes économiques ; il n'y a pas de stricte correspondance entre le modèle et le phénomène. Par conséquent, « l'unité de la rationalité est « une » dans le multiple et cette complexité est à promouvoir et non à subir »⁶⁴⁹.

La doctrine constitutionnelle se tient face à un paradoxe de taille : élaborer un cadre normatif qui puisse évoluer avec son temps, qui ne prône aucune idéologie et qui soit également un moteur afin d'impulser une politique sociétale respectant l'intérêt général et l'intérêt de la science. La doctrine et la jurisprudence ne doivent pas se satisfaire de la mise en œuvre d'un seul critère et a fortiori d'un critère « performatif » pour faire coexister les différents types de recherche et maintenir leurs spécificités fonctionnelles. Le cadre de la promotion de la science nécessite de désigner les « promoteurs » de la science et de la recherche ; il s'agit dès à présent d'étudier les ingérences à la liberté de la science et la légitimité des acteurs « externes » au processus scientifique dans un sens strict.

⁶⁴⁹ R. Boudon, *La rationalité, op. cit.*, p. 77.

Section 2. Ingérences et justification des ingérences au regard des limites à la liberté de la science

Les pouvoirs publics viennent règlementer l'exercice des libertés fondamentales. Pour cela, l'action du législateur doit être motivée par un but particulier. L'ensemble des activités protégées par la liberté de la recherche et par la liberté de l'enseignement ne peuvent pas être restreintes par des lois générales, elles bénéficient d'un régime de limitation particulier dans la dogmatique des droits fondamentaux (§1). Parmi les trois types de limitation des droits fondamentaux en droit allemand applicables aux droits fondamentaux qui sont garantis « sans réserve », aux droits fondamentaux qui contiennent une réserve simple ou « mit einfachem Vorbehalt » et aux droits fondamentaux avec une réserve qualifiée ou « mit qualifiziertem Vorbehalt », la liberté de la science appartient à la première catégorie de droits fondamentaux de la même manière que la liberté de l'art ou la liberté de la religion.

Les droits fondamentaux garantis « sans réserve » ne s'appliquent pas pour autant de façon illimitée, ils dépendent du processus de conciliation des droits protégés par la Loi fondamentale. C'est au juge constitutionnel de se prononcer au cas par cas et de mettre en balance les différents intérêts en présence. En ce sens, la liberté de la science pourra être limitée par le législateur uniquement dans le cas où elle entre en conflit avec des droits constitutionnels situés au même rang qu'elle dans la hiérarchie des normes. Le juge appliquera alors le principe de proportionnalité ou « Verhältnismässigkeitsprinzip » en examinant les trois critères ; afin qu'une atteinte à la liberté de la science se justifie, il faut qu'elle soit nécessaire (« erforderlich »), adaptée (« geeignet ») et mesurée (« angemessen ») par rapport à l'objectif poursuivi. Dans la Constitution allemande, le régime de limitation de la liberté de la science se décompose en deux régimes distincts, l'un pour la liberté de la recherche et l'autre pour la liberté de l'enseignement. Le choix du constituant d'un double régime participe de la fragilité du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement (§2).

§1 Les limites de la liberté de la science : l'encadrement de la possibilité d'ingérence du pouvoir législatif

La liberté de la science n'est soumise à aucune réserve de loi ni à aucune limitation expresse dans la Loi fondamentale allemande (A). La liberté de la science est un droit fondamental dit « sans réserve ». La seule limitation possible doit être prévue et justifiée par la Constitution, c'est ce que la doctrine constitutionnelle définit comme une limitation immanente à la Constitution. La liberté de la science peut être limitée

uniquement par une disposition de même valeur et non par une loi générale. La Cour constitutionnelle fédérale allemande applique donc le principe de proportionnalité (ou Verhältnismässigkeitsprinzip) pour justifier une éventuelle restriction à la liberté de la science.

Il n'existe pas de hiérarchie a priori entre les différents droits fondamentaux, c'est au juge constitutionnel de déterminer au cas par cas quels sont les intérêts en présence et ensuite de les harmoniser. La Cour utilise notamment le principe de la concordance pratique mis en évidence par Konrad Hesse, juriste allemand du XXème siècle, et appliqué notamment dans la décision « Mutzenbacher » de 1990. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait résoudre un conflit (ou « Kollision ») entre l'exigence de protection de la jeunesse et la liberté de l'art⁶⁵⁰. Le principe de la concordance pratique implique la pondération de normes, de valeurs ou de principes sans introduire aucune forme de subordination. Un certain jugement de valeur pourra être apporté et s'appliquera à une situation concrète et aux faits eux-mêmes. Chaque nouvelle situation produit un nouvel ordre de valeurs. Le principe de concordance pratique est encore désigné comme le principe de l'harmonisation pratique.

En dehors de ce régime classique de limitation des droits fondamentaux dit « sans réserve », l'article 5, alinéa 3, phrase 2 contient toutefois une particularité en droit constitutionnel allemand : une clause de fidélité ou de loyauté à la Constitution⁶⁵¹. Cette clause ou « Treueklausel » ne concerne pas la liberté de la science au sens large mais uniquement la liberté de l'enseignement. Selon la « Treueklausel », l'enseignement ne doit pas se délier de la fidélité à la Constitution. Les enseignants, plus que les chercheurs, doivent faire preuve d'une certaine forme de réserve dans leur enseignement et rester cantonnés à une démarche scientifique objective. L'universitaire ne peut pas se servir de l'enseignement pour mener à bien des projets personnels ou engagés. A travers cette clause de fidélité, on fait une véritable distinction entre les garanties applicables aux activités de la recherche et celles applicables aux activités de l'enseignement. Malgré l'existence de cette clause, il reste certaines imprécisions quant à ses effets juridiques réels et quant à son rôle limitatif (B). La clause de fidélité impose-t-elle à l'égard de l'enseignant un véritable

⁶⁵⁰ BVerfG 83, 130, déc. du 27 novembre 1990, „Josefine Mutzenbacher“, „Er [der Gesetzgeber] darf mit Rücksicht auf die Kunstfreiheit jedoch nicht anordnen, bei einer bestimmten Art besonders gefährdender Schriften genieße der Jugendschutz stets und ausnahmslos Vorrang. Gerät die Kunstfreiheit mit einem anderen Recht von Verfassungsrang in Widerstreit, müssen vielmehr beide mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu. Außerdem ist zu beachten, dass die Kunstfreiheit das Menschenbild des Grundgesetzes ebenso mitprägt, wie sie selbst von den Wertvorstellungen des Art. 1 Abs. 1 GG beeinflusst wird. Bei Herstellung der geforderten Konkordanz ist daher zu beachten, dass die Kunstfreiheit Ausübung und Geltungsbereich des konkurrierenden Verfassungsrechtsgutes ihrerseits Schranken zieht. All dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Belange und verbietet es, einem davon generell - und sei es auch nur für eine bestimmte Art von Schriften - Vorrang einzuräumen“.

⁶⁵¹ Art. 5, Abs. 3, S. 2 GG, « La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la constitution », „Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“.

devoir de réserve comme le déclarait avec aplomb la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Gollnisch* de 2011⁶⁵² ? L'exigence et la recherche de l'objectivité scientifique n'est-elle pas déjà contenue dans le critère de la scientificité de l'enseignement et de la recherche ?

A. L'affranchissement de la technique de la réserve de loi : la différence de nature du but recherché par le législateur

La liberté de la science fait partie des droits fondamentaux qui ne peuvent pas être limités par une réserve simple de loi. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les limites prévues à l'article 2, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande⁶⁵³ (le respect des droits d'autrui, de l'ordre constitutionnel et la protection des bonnes mœurs) tout comme celles de l'article 5, alinéa 2⁶⁵⁴ (la conformité aux prescriptions des lois générales, aux dispositions légales relatives à la protection de la jeunesse et le respect du droit au respect de l'honneur personnel) peuvent être difficilement invoquées s'agissant de la limitation de la liberté de la science⁶⁵⁵. L'article 2, alinéa 1^{er} relatif aux limites de la liberté générale d'action paraît trop vague pour la doctrine et n'apporterait rien de plus que la clause de fidélité ou « Treueklausel » applicable à la liberté de l'enseignement⁶⁵⁶. La Cour Constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée sur ce point dans la décision « *Hessisches Universitätsgesetz* » de 1978 en expliquant qu'en raison du principe de subsidiarité, l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale ne pouvait pas s'appliquer à la liberté de la science⁶⁵⁷.

Parmi les droits fondamentaux garantis « sans réserve », on trouve, la liberté de croyance, la liberté de l'art et le droit de refuser le service armé contre sa

⁶⁵² CEDH, déc. du 7 juin 2011, *Gollnisch c. France*, req. n° 48135/08, ADL du 24 juillet 2011. Dans cette affaire, la Cour a considéré qu'il était « légitime pour l'Etat de soumettre ces agents à une obligation de réserve » bien que le requérant était un universitaire et que pour les faits en cause, le requérant était placé « sur un terrain universitaire en sa qualité de professeur des Universités ». La Cour poursuit sur le cas de l'universitaire en précisant que « concernant plus spécialement les enseignants, ceux-ci étant symbole d'autorité pour leurs élèves dans le domaine de l'éducation, les devoirs et responsabilités particuliers qui leur incombent valent aussi dans une certaine mesure pour leurs activités en dehors de l'école ».

⁶⁵³ Art. 2, Abs. 1 GG, « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. »

⁶⁵⁴ Art. 5, Abs. 1 et 2 GG, 1. « Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure ». 2. « Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel ».

⁶⁵⁵ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“; BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, „Jugendgefährdende Schriften“.

⁶⁵⁶ W. Thieme, *Deutsches Hochschulrecht*, p.56 cité dans N. Florio, *La liberté d'expression et la liberté académique dans les universités en droits allemand, français et suisse*, thèse, Lausanne, Imprimerie du « journal de Genève », 1979, p. 194.

⁶⁵⁷ BVerfG 47,327, déc. du 1er mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

conscience. La Cour constitutionnelle, dans sa jurisprudence a précisé les critères des droits fondamentaux garantis « sans réserve » et en particulier concernant sa décision « Dienstpflichtverweigerung »⁶⁵⁸. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il faut tenir compte de « l'unité de la Constitution » en se basant seulement sur des droits au même niveau constitutionnel pour justifier une limitation⁶⁵⁹. La particularité de cette construction, d'après la doctrine, est qu'elle repose sur un modèle qui doit rester ouvert⁶⁶⁰. La Cour constitutionnelle fédérale a tout de même détaillé le régime de limitation « sans réserve » de la liberté de l'art de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale ; quelle est alors la justification du régime de limitation « sans réserve » par rapport aux autres droits fondamentaux ?

La limitation de la liberté de croyance est comparable à celle de la liberté de la science. Selon la jurisprudence constitutionnelle, la question de la formulation des limites à la liberté de croyance peut s'inspirer du raisonnement de la Constitution de Weimar. En effet, les dispositions de la Constitution de Weimar incorporées dans la Loi fondamentale précisent que les droits et les obligations des civils ne doivent être ni limités, ni conditionnés par la liberté de religion⁶⁶¹. Autrement, dit, les droits et les obligations des civils représentent les limites à cette liberté. La Cour constitutionnelle fédérale allemande reste plutôt réticente quant à l'utilisation effective de ces termes. Ces derniers sont mentionnés par la jurisprudence mais ils ne sont pas mis en application par la Cour⁶⁶² car « les droits et les obligations des civils » ne sont pas clairement définis et identifiables.

Avec sa décision « Gesundheitsberufe » de 1971⁶⁶³, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a finalement étendu son raisonnement relatif à la limitation de la liberté de l'art⁶⁶⁴ à la liberté de la religion. La liberté protégée par l'article 4, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale émane de la conception de l'homme comme de l'esprit de l'ensemble des droits fondamentaux, c'est-à-dire de l'image d'un individu responsable qui peut s'épanouir au sein d'une communauté sociale. Par ailleurs, cette communauté sociale d'individus exerce aussi des droits fondamentaux garantis « sans réserve ».

⁶⁵⁸ BVerfG 28, 243, déc. du 26 mai 1970, „Dienstpflichtverweigerung“, à propos de l'article 4, al. 3 de la Constitution allemande, « Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre ».

⁶⁵⁹ BVerfGE 28, 243, déc. du 26 mai 1970, „Dienstpflichtverweigerung“, „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. Dabei auftretende Konflikte lassen sich nur lösen, indem ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat. Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muss in jedem Fall respektiert werden“.

⁶⁶⁰ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 107-108.

⁶⁶¹ Art. 136, Abs. 1 WRV, „Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt“.

⁶⁶² BVerfG 33, 23, déc. du 11 avril 1972, „Eidesverweigerung aus Glaubensgründen“.

⁶⁶³ BVerfG 32, 98, déc. du 19 octobre 1971, „Gesundbeter“.

⁶⁶⁴ BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, „Mephisto“.

Les frontières de la liberté de croyance, comme celles de la liberté de l'art sont seulement définies par la Constitution elle-même. En outre, la liberté de croyance doit être envisagée dans un système de valeurs fondamentales cohérent. Dans le cas particulier de la liberté de croyance, il faut tenir compte de l'impératif de tolérance pour envisager une éventuelle restriction⁶⁶⁵.

Le principe de l'unité de la Constitution évoqué précédemment signifie que les restrictions doivent découler de la Constitution. En outre, les dispositions de la Loi fondamentale ne peuvent pas être entendues isolément. Les normes doivent toutes être appliquées de façon à former une certaine cohérence entre les différents principes fondamentaux. Cet ensemble cohérent de principes fondamentaux pourrait se retrouver dans les « droits et les obligations des civils » hérités de la Constitution de Weimar. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la doctrine majoritaire, cette limitation nécessite également une base légale suffisante⁶⁶⁶, base légale qui viendrait légitimer démocratiquement la restriction du droit fondamental. L'exigence de la base légale ne se justifie non pas au regard de la réserve de loi (« Gesetzesvorbehalt ») mais au nom du principe de la compétence réservée au pouvoir législatif (« Vorbehalt des Gesetzes »), principe étant un instrument juridique pour garantir les droits fondamentaux.

Une autre justification peut être déduite de la détermination de la qualité juridique d'un droit fondamental et de sa dimension positive. Selon la théorie de Friedrich Müller, juriste allemand, aucun droit fondamental ne peut être garanti sans limite⁶⁶⁷. La limitation immanente d'un droit dépend de sa qualité juridique. Müller légitime cette réserve de la qualité juridique des droits fondamentaux par le moyen de l'intégration de ces droits dans un ordre de droit constitutionnel et par l'impossibilité du caractère illimité. Si aucune limitation ne peut être mise en œuvre, l'ensemble de la théorie constitutionnelle serait vidée de son sens. D'après Müller, cette réserve de la qualité juridique ne signifie cependant pas que tous les droits fondamentaux s'accompagnent d'une clause limitative explicite ou implicite. La qualité juridique d'un droit fondamental dépend de sa portée concrète et fonctionnelle.

Selon l'auteur, les droits fondamentaux garantis « sans réserve » possèdent des modalités d'exercice « spécifiques ». Pour que l'exercice d'un droit fondamental puisse être qualifié de « spécifique », il faut qu'il soit nécessaire, indispensable et

⁶⁶⁵ C. Stark, „Artikel 4“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p.481.

⁶⁶⁶ BVerfG 83, 130, déc. du 27 novembre 1990, „Josefine Mutzenbacher“; BVerfGE, 108, 282, déc. du 24 septembre 2003, „Kopftuch“.

⁶⁶⁷ „Als Rechte sind sie durch die Verfassung begründet. Daher ist der sachsystematische Gesichtspunkt ihrer Zugehörigkeit zur (Verfassungs-) Rechtsordnung, aus dem sich die Unmöglichkeit einer Unbegrenztheit „nach allen Richtungen“ ergibt, als unverzichtbare Einsicht jeder Verfassungstheorie oder, wenn man es so formulieren will, als ungeschriebenes Element aller grundrechtlichen Norm Programme festzuhalten. Man mag diesen Vorbehalt auch den Vorbehalt der Rechtsqualität der Grundrechte nennen.“, F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte.: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, p. 41.

essentiel. Pour pouvoir ordonner les droits fondamentaux selon ce critère, Friedrich Müller utilise un test simple. Une possibilité d'action ne peut pas être qualifiée de « spécifique » si elle est interchangeable. Pour illustrer ses propos, Müller prend l'exemple d'un artiste peintre qui peint à un carrefour routier. L'action de peindre en tant que telle est protégée par l'article 5, alinéa 1^{er}, phrase première de la Loi fondamentale. Ce qui n'est pas protégé, c'est ici le lieu d'exercice. Une loi qui interdit de peindre à un carrefour ne restreint aucune forme d'action spécifique d'un droit fondamental, elle ne limite aucune possibilité d'action spécifique du champ d'application de la norme. Elle s'oppose à une action qui tombe dans la périphérie de la liberté de l'art mais qui n'appartient pas à la norme en tant que telle. Une loi de ce type ne devrait, ni représenter, ni favoriser une quelconque atteinte⁶⁶⁸.

La théorie de Müller permet de mettre en valeur la dimension positive de ce que la norme garantit et donne la possibilité de définir l'étendue la garantie⁶⁶⁹. Cette théorie rejoint la nécessité de clarifier l'articulation entre la dimension défensive de la liberté et la dimension positive de la liberté s'adressant aux individus. La liberté de la science dans le sens de la condition d'exercice des activités scientifiques de recherche et d'enseignement contiendrait ce caractère spécifique de non-interchangeabilité et pourrait par conséquent bénéficier du régime le plus favorable des droits fondamentaux : celui des droits fondamentaux sans réserve de loi qui ne peuvent être limités que par des dispositions de même valeur constitutionnelle.

La liberté de la science, de la recherche et de l'enseignement viennent garantir, le gain de la connaissance et la publication des résultats de la recherche. Dans la mesure où il est question de garantir l'autonomie du processus et des résultats de la recherche et encore de leur intermédiation par l'enseignement, les restrictions sont seulement justifiées constitutionnellement lorsqu'elles servent la protection d'autres domaines protégés constitutionnellement. Le processus scientifique, indispensable à l'évolution d'une société, ne peut pas être limité par les pouvoirs constitués. À l'aide du principe de proportionnalité, il s'agira pour la jurisprudence de confronter les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution allemande à la liberté de la science.

Puisque la Cour effectue une conciliation entre un droit fondamental et un autre domaine protégé par la Constitution, elle ne cherche pas forcément à obtenir une optimisation des valeurs juridiques (« Optimierungsgebot »), auquel cas elle outrepasserait ses compétences et empièterait sur celles du législateur. Elle procédera davantage à une approche négative en décidant que la mesure est « inadaptée » ou « non-proportionnée »⁶⁷⁰. Deux exemples concrets peuvent être

⁶⁶⁸ F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, p. 41, cité dans R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 281-283.

⁶⁶⁹ B. Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 41-42.

⁶⁷⁰ C. Stark, „Artikel 1“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19*, op. cit., p. 147.

cités, dans lesquels la liberté de la science est à concilier avec d'autres droits protégés par la Loi fondamentale.

En premier lieu, la liberté de la science peut trouver une limite dans la protection de la personnalité, domaine protégé par l'article 2, alinéa 1^{er}⁶⁷¹. Le droit de ne pas être l'objet de recherche peut entrer en conflit avec la liberté de la science. Certaines données relatives aux personnes peuvent être refusées aux scientifiques ; l'anonymat des données doit garantir une protection effective de la personne. La liberté de la science pourra alors être mise en balance avec le droit individuel de protection de ses données personnelles (« Recht auf informationelle Selbstbestimmung »⁶⁷²). La sauvegarde et l'utilisation de données sont uniquement possibles avec l'accord de l'intéressé. Par conséquent, l'accès aux informations contenues dans les archives administratives ne constitue pas un droit subjectif. L'Etat doit tenir compte de l'importance de la recherche scientifique tout en protégeant les droits de la personne. L'accès doit être refusé au scientifique si ce dernier n'a pas obtenu l'accord de l'intéressé ou si l'exploitation du document touche à la vie privée de l'intéressé⁶⁷³.

La protection des animaux, en second lieu, a été introduite dans le corpus constitutionnel par une loi de modification de la Loi fondamentale⁶⁷⁴. La protection des animaux a trouvé une place dans la Loi fondamentale à l'article 74, alinéa 1^{er}, numéro 20. Auparavant, selon la doctrine, celui qui maltraitait un animal, se retournait contre sa propre dignité humaine. Depuis 2002, la notion de protection animale est reconnue à l'article 20a de la Constitution allemande. La protection animale devient donc aujourd'hui un « domaine » de droit constitutionnel à part entière, garanti par la jurisprudence constitutionnelle sans qu'il ne soit nécessaire d'avoir recours au préambule de la Loi fondamentale. La protection animale a évolué en devenant peu à peu une mission propre des pouvoirs publics et un objectif de valeur constitutionnelle. Le législateur doit notamment prendre certaines mesures de précaution pour mener à bien cette nouvelle mission⁶⁷⁵.

En outre, la Cour constitutionnelle impose la protection des animaux, orientée vers l'éthique et la responsabilité des individus⁶⁷⁶. La Loi fondamentale renvoie donc à la responsabilité de l'individu et à l'acception traditionnelle de la liberté individuelle. L'accord entre la responsabilité et la liberté de l'individu ne vaut pas seulement pour

⁶⁷¹ BVerfG 27, 1, déc. du 16 juillet 1969, „Mikrozensus“.

⁶⁷² Ce droit est une modalité du droit de la personnalité et a été reconnu par la jurisprudence « Volkszählungsurteil » de 1983. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a déduit de l'article 2, alinéa premier et de l'article premier, alinéa premier de la Loi fondamentale, relatif à la protection de la dignité humaine. BVerfGE 65, 1, déc. du 15 décembre 1983, „Volkszählung“.

⁶⁷³ C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 671. .

⁶⁷⁴ Das 50. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 26. 7. 2002 (BGBl. I, S. 2862).

⁶⁷⁵ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 29-30.

⁶⁷⁶ „eines ethisch ausgerichteten Tierschutzes im Sinne einer Mitverantwortung des Menschen für das seiner Obhut anheimgegebene Lebewesen“, BVerfG 48, 376, déc. du 20 juin 1978, „Tierversuche“.

les relations des individus entre eux mais aussi pour l'individu en lien avec son environnement. Les limites relatives à l'expérimentation animale représentent donc des limites au libre exercice de la recherche. Des commissions d'éthique peuvent également être mises en place par des facultés de médecine, des médecins ou par le législateur et venir restreindre la liberté de la science dans le respect du principe de proportionnalité.

C'est au législateur de concilier la protection animale avec l'exigence de la liberté de la recherche. Il n'existe aucune priorité de sauvegarde de l'espèce animale a priori, de la même façon, la liberté de la recherche ne peut pas se justifier dans tous les cas. Par exemple, le législateur utilise le principe de proportionnalité pour justifier de la nécessité de l'expérimentation animale par rapport à la pertinence du résultat scientifique. La loi fédérale de protection des animaux⁶⁷⁷ prévoit notamment que les essais sur les animaux ne doivent être réalisés qu'à des fins scientifiques, pour satisfaire des objectifs essentiels et impératifs de la recherche fondamentale ou d'autres types de recherche avec des visées précises telles que la prévention, l'identification et le traitement de maladies. Personne ne peut infliger des douleurs, des souffrances ou des dommages à un animal « sans raison valable »⁶⁷⁸. Enfin, la loi précise encore que les essais sur les animaux doivent être prévus et entrepris par des personnes qui possèdent les connaissances et les capacités suffisantes⁶⁷⁹. Ces dispositions concernent à la fois la recherche publique ou académique mais aussi la recherche privée.

Ainsi, le principe de proportionnalité et son application renvoient à la nature et à l'essence même des droits fondamentaux et à la question de leur limitation. L'objectif à atteindre lors d'une collision entre deux droits fondamentaux de même valeur s'analyse comme l'élément central du principe de proportionnalité afin de l'inscrire au mieux dans un examen juridique concret. La seule possibilité pour limiter le droit fondamental de la liberté de la science, en évitant de la figer dans un ordre de valeurs constitutionnelles, est de parvenir à un contrôle entier de la norme qui allie les trois critères de la nécessité, de l'adaptation et de la proportion au sens strict.

⁶⁷⁷ Tierschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2006 (BGBl. I S. 1206, 1313), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 13 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2178) geändert worden ist.

⁶⁷⁸ §1, S. 2 TierSchG, „Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen“.

⁶⁷⁹ §7, Abs. 2, S. 2 TierSchG, „Tierversuche dürfen nur von Personen geplant und durchgeführt werden, die die dafür erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten haben“.

B. Les fonctions de la clause de fidélité à la Constitution et la liberté de l'enseignement

Bien que les limitations à la liberté d'expression et à la liberté générale d'action ne s'appliquent pas à la liberté de la science en ce qu'elle n'est pas soumise à un régime de réserve de loi, la possibilité d'une limite de la liberté de la science en vue de protéger l'ordre constitutionnel est toutefois envisagée à la seconde phrase de l'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande⁶⁸⁰. La clause de fidélité constitutionnelle trouve à s'appliquer, que l'enseignement scientifique soit exercé dans un établissement d'enseignement supérieur public ou privé.

La disposition constitutionnelle concerne uniquement la liberté de l'enseignement, la liberté de la recherche n'est pas soumise à cette limite. Le fait que la liberté de l'enseignement ne soit pas soumise au même régime de limitation que la liberté de la recherche tendrait à démontrer le système différencié des deux libertés s'opposant à l'unité des activités de la recherche et de l'enseignement. La Loi fondamentale protège d'abord la recherche et l'enseignement comme composantes du concept plus large de la science et vient ensuite restreindre l'étendue de la liberté de l'enseignement par le moyen de la clause de fidélité. Bien qu'elle soit limitée, la liberté de l'enseignement reste caractéristique de l'enseignement académique, l'enseignement scolaire est protégé par l'article 7 de la Constitution dans lequel, « l'ensemble de l'enseignement scolaire est placé sous le contrôle de l'Etat »⁶⁸¹. La clause de fidélité à la Constitution impose-t-elle une véritable obligation de réserve pour l'enseignant académique au même titre que les obligations auxquelles serait tenu le personnel enseignant du primaire et du secondaire ?

Qu'en est-il en particulier de l'enseignement du droit constitutionnel dans les universités ? Le professeur de droit constitutionnel peut-il s'appuyer sur des thèses critiques à l'égard de la Constitution allemande ou doit-il rester fidèle à la pensée des rédacteurs de la Constitution ? Une première argumentation soutient que le professeur possède une liberté totale dans la mesure où ses remarques sont fondées⁶⁸². D'autres auteurs pensent au contraire que le professeur de droit constitutionnel devrait renoncer à ses convictions propres lorsqu'il enseigne⁶⁸³. En cela, le professeur universitaire jouirait d'une indépendance vis à vis du gouvernement mais pas forcément vis à vis de l'Etat au sens large. La clause de fidélité illustrerait le conflit entre les intérêts de la liberté de l'enseignement et la « raison d'Etat démocratique »⁶⁸⁴. D'un côté, l'enseignant bénéficie d'une liberté pédagogique et critique, indispensable à l'exercice d'une véritable fonction

⁶⁸⁰ Art. 5, Abs. 3, S. 2 GG, „Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“, « La liberté de l'enseignement ne délie pas de la fidélité à la Constitution ».

⁶⁸¹ Art. 7, Abs. 1 GG, „Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates“.

⁶⁸² W.Thieme, *Deutsches Hochschulrecht*, p. 247 cité dans préc. Thèse, N. Florio, p.201.

⁶⁸³ E.Friesenhahn, *Staatsrechtler und Verfassung*, p. 30, cité dans préc. Thèse, N. Florio, p.201.

⁶⁸⁴ A. Schulz-Priessnitz, *Einheit von Forschung und Lehre*, Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 391, Berlin, Duncker und Humblot, 1981, p. 41.

d'enseignement⁶⁸⁵, et de l'autre, il y a cette exigence d'intellection et de prudence qui découlent de la clause et qui pourrait s'apparenter à l'obligation de neutralité.

La « Treueklausel » ou clause de fidélité limite la liberté de l'enseignement au respect de la Constitution allemande. Comment faut-il entendre l'expression du respect de la Constitution ? Le respect de la Constitution peut renvoyer à ses fondements et aux principes d'organisation de l'Etat ; la liberté académique ne doit pas s'ériger contre l'ordre démocratique libéral fondamental⁶⁸⁶. Toutefois, un tempérament peut déjà être soulevé autour de la question des conséquences d'une justification reposant sur la « raison d'Etat démocratique ». En effet, la Loi fondamentale garantit les libertés individuelles contre l'Etat et ses éventuelles dérives ; l'interprétation d'une « raison d'Etat » qui supplanterait la liberté individuelle de la science s'apparenterait à un contre-sens⁶⁸⁷.

En effet, les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire « à titre de droit directement applicable »⁶⁸⁸. La Constitution allemande contient des droits subjectifs aussi bien que de véritables garanties objectives et institutionnelles mais la priorité de fait est accordée à la dimension défensive des droits et libertés. Les destinataires des droits subjectifs sont soumis au respect des droits fondamentaux dans la mesure où ils exercent des missions publiques. Ces dernières peuvent aussi être exercées par des organisations de droit privé. L'existence de la « raison d'Etat » ne pourrait donc pas intervenir comme seule justification à la limitation d'une liberté individuelle comme la liberté de l'enseignement.

L'origine de la disposition relative à la clause de fidélité démontre clairement que l'intervention de la clause dans le texte constitutionnel reposait sur les mauvaises expériences de la période de Weimar, dans laquelle les chaires à l'université étaient très souvent utilisées pour critiquer la République en place. Selon la justification du député Dr. Schmid (SPD), la disposition devait empêcher que, sous le prétexte d'une critique scientifique, les enseignants méprisent la démocratie et ses institutions⁶⁸⁹. Dans ce cas, il ne s'agirait alors pas d'un enseignement conforme au critère de la scientificité. Un accord eut finalement lieu entre les députés du conseil parlementaire à propos de la valeur du droit fondamental de la liberté de l'enseignement dans les universités scientifiques et du caractère scientifique de cet enseignement ; la liberté

⁶⁸⁵ Voir Ière Partie, Titre 1, Chap. 1, S. 2, §1, B. « De la liberté de l'enseignement à la fonction d'enseignement ».

⁶⁸⁶ Art. 20 GG, « Fondements de l'ordre étatique », « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ».

⁶⁸⁷ Ridder/Stein, *Freiheit der Wissenschaft und Schutz von Staatsgeheimnissen*, in DOV 1962, p.365 cité dans préc. Thèse, N. Florio, p. 199.

⁶⁸⁸ Art. 1, Abs. 3 GG, „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“.

⁶⁸⁹ « [...] verhindern, dass unter dem Vorwand wissenschaftlicher Kritik vom Katheder auf seine hinterhältige Politik betrieben werde, die die Demokratie und ihre Einrichtungen nicht kritisiere, sondern verächtlich mache. Dies sei eine Warnung an alle diejenigen, die es versuchen sollten, die Demokratie « wissenschaftlich zu unterlaufen », Matz, in: JöR N. F. Bd. 1 (1951), S. 89 f. und 92, cité C. Stark, „Artikel 5“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 673-674.

de l'enseignement sera garantie dans la mesure où les activités d'enseignement répondront au critère de scientificité⁶⁹⁰.

Dans ce sens, la clause de fidélité peut alors être rattachée à la rationalité propre de la science. L'enseignement qui s'éloigne de cette rationalité contreviendrait à la clause. La clause de fidélité à la Constitution allemande s'apparente donc à la caractéristique commune de la recherche et de l'enseignement : le critère de la scientificité des activités. Les conséquences juridiques de la clause de fidélité ne seraient donc pas distinctes des garanties accordées par la liberté de la science au sens de la Constitution. En outre, plusieurs fonctions peuvent découler de la clause de fidélité : une fonction préventive, une fonction constitutive, une fonction de responsabilisation et enfin une fonction institutionnelle.

Tout d'abord, puisque la clause figure expressément dans le texte constitutionnel, elle peut avoir un rôle de simplification dans l'utilisation de la liberté de la science et remplir une véritable fonction préventive, jouer un rôle de mise en garde. L'enseignant doit se borner à transmettre un enseignement scientifique et réfléchi et doit garder à l'esprit que son enseignement doit rester ouvert. La clause de fidélité constitue pour lui une ligne de conduite à suivre pour mener à bien sa mission. Il ne doit pas se fier aux présupposés des acquis de la science mais doit faire preuve d'un certain recul dans sa démarche.

En ce sens, la clause ne s'accompagne pas forcément d'une réelle force contraignante de la norme, elle constitutionnalise l'esprit de la fonction d'enseignant dans le milieu académique. Plus qu'une limite à la liberté de l'enseignement, la clause en garantit la richesse et la diversité. Les tribunaux allemands ont par ailleurs affirmé que l'exigence de la garantie de fidélité ne contrevient pas à la liberté de la science pour l'universitaire⁶⁹¹. Dans le sens d'une fonction préventive, la clause de fidélité garantit à son tour l'application de la méthodologie scientifique universitaire.

Plus qu'un seul caractère déclaratif, l'article 5, alinéa 3, phrase 2 possède en second lieu, une signification constitutive. En effet, l'enseignement scientifique est lié à la fidélité à la Constitution dans un contexte général. La clause de fidélité renvoie à l'articulation de plusieurs principes qui constituent les fondements de la pensée constitutionnelle allemande. La Constitution dans ce sens n'est pas entendue comme l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale mais renvoie à ce que l'on nomme dans la doctrine « les principes des normes constitutionnelles »⁶⁹². Parmi ces

⁶⁹⁰ A. Schulz-Priessnitz, *Einheit von Forschung und Lehre*, op. cit. , p. 41.

⁶⁹¹ BVerwGE 52, 313, déc. du 22 avril 1977, 7 C 17/74, „Die Forderung nach Gewähr der Verfassungstreue verstößt bei einem Hochschullehrer auch nicht gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG“.

⁶⁹² Art. 18 GG, „Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen“; Art. 21, Abs. 2 GG, „Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische

« principes des normes constitutionnelle » figure la disposition relative à la déchéance des droits fondamentaux de l'article 18 de la Loi fondamentale ; si quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse, de la liberté de l'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association, du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications, de la propriété ou du droit d'asile pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, il sera déchu de ces droits fondamentaux. La seconde disposition traduisant les « principes des normes constitutionnelles » interdit les partis politiques qui portent atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique à l'article 21, alinéa 2 de la Constitution.

Que révèle ces dispositions faisant référence aux « principes des normes constitutionnelles » pour la clause de fidélité de l'enseignement ? L'article 18 relatif à la déchéance des droits fondamentaux peut se caractériser comme une disposition préventive protégeant la Constitution. Cette disposition permet d'éviter de mettre en danger l'ordre démocratique en abusant de l'exercice des droits individuels. Les destinataires de cette disposition sont les individus qui pourraient contrevenir aux principes dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. L'article 18 ne s'adresse non pas aux associations et aux groupes de personnes comme avec l'article 21 mais uniquement aux individus. La déchéance des droits fondamentaux lutte contre « l'hostilité constitutionnelle individuelle » (ou « individuelle Verfassungsfeindschaft »)⁶⁹³. L'exercice des droits fondamentaux n'est pas absolu mais doit exister dans l'ordre établi par la Constitution. Un individu ne peut pas user de ses droits et s'ériger contre l'esprit même des libertés individuelles.

L'article 18 et l'article 21 expriment tous les deux une menace contre l'« ordre constitutionnel ». La notion d'« ordre » posée par la Constitution n'est pas définie par la Constitution elle-même. La jurisprudence la précise en énumérant les principes sur lesquels repose cet ordre : les droits de la personnalité, le droit au libre épanouissement, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du gouvernement, le principe de légalité de l'administration, l'indépendance de la justice, le multipartisme et l'égalité des chances pour tous les partis politiques avec le droit de formation et d'exercice de l'opposition⁶⁹⁴.

L'exigence de respect et de sauvegarde de l'« ordre constitutionnel » auxquels renvoient aussi bien la clause de fidélité que les « principes des normes constitutionnelles » entraîne toutefois des conséquences différentes pour les individus. En effet, la déchéance des droits fondamentaux requiert une action délibérée, un comportement pugnace. Ainsi, dans la mesure où les conditions de l'article 5, alinéa 3, phrase 2 seraient remplies, mais pas celle de l'article 18, la

Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht". Ces dispositions sont relatives à l'ordre fondamental démocratique ou en allemand, « freiheitliche demokratische Grundordnung ».

⁶⁹³ BVerfG 25, 44, déc du 14 janvier 1969, „Durchsetzung von Parteiverboten“.

⁶⁹⁴ BVerfGE 2, 1, déc. du 23 octobre 1952, „SRP-Verbot“.

sanction du manquement de fidélité sera moins radicale que la déchéance des droits. Ce sera ensuite à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de trancher sur la question de la déchéance selon le principe de proportionnalité⁶⁹⁵.

La majorité des droits fondamentaux qui peuvent faire l'objet d'un abus de droit sont des droits en lien avec la communication et l'influence qu'ils peuvent exercer sur autrui, notamment la liberté de la presse et la liberté de l'enseignement. En ce sens, la liberté de l'enseignement se distingue de la liberté de la recherche qui s'exerce dans un contexte plus « privé » et individuel. L'intermédiation des connaissances suppose une vigilance plus grande et permanente dans la façon d'appréhender cette fonction.

Si cette fonction constitutive de la clause de fidélité n'est pas remise en question, certains auteurs pensent que la clause de fidélité ne renvoie pas à certaines dispositions constitutionnelles en particulier mais à l'ensemble des principes fondamentaux de base inscrits dans la Loi fondamentale⁶⁹⁶, qu'il s'agisse des libertés fondamentales ou des principes de l'Etat soumis à une constitution. Dans la mesure où la clause de fidélité renverrait au respect de l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale, il y aurait une séparation stricte entre les limitations de la liberté de l'enseignement et les limitations de la liberté de la recherche qui n'admettent que la nécessité de protection d'autres domaines constitutionnels. Dans un même temps, si la clause incluait toutes les normes constitutionnelles, elle perdrait peut-être de sa singularité dans la dogmatique des droits fondamentaux en vue de l'autonomie de la science et de sa place particulière selon la théorie de Friedrich Müller.

La troisième fonction que l'on peut attribuer à la clause de fidélité est une fonction de responsabilisation. Une autre hypothèse peut alors être envisagée quant au régime général de la liberté de la science qui découlerait de la clause de fidélité. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les droits qui garantissent les libertés individuelles doivent être envisagés à l'aune d'une responsabilité au sein de la communauté⁶⁹⁷. En d'autres termes, l'article 5, alinéa 3 ne réglemente pas seulement un droit fondamental individuel, la disposition est davantage entendue comme une norme de principe figurant le lien entre une science autonome et les pouvoirs publics. L'Etat doit ensuite garantir des mesures d'organisation dans le domaine de la science avec des moyens publics afin de maintenir l'intangibilité du droit fondamental du libre exercice des activités scientifiques tout comme le respect des autres missions légitimes des instituts scientifiques. La clause de fidélité peut être alors un moyen juridique pour responsabiliser le bénéficiaire de la liberté de la science vis-à-vis de l'institution universitaire, de la communauté scientifique et de l'ensemble de la société. Dans ce

⁶⁹⁵ M. Brenner, „Artikel 18, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1728-734.

⁶⁹⁶ R. Thoma, *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer*, p.35, cité dans préc. Thèse, N. Florio, p. 200.

⁶⁹⁷ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

sens, la clause de fidélité dépasserait le seul cadre de la liberté de l'enseignement et viendrait également produire des effets sur la liberté de la recherche.

La fonction préventive qui constitutionnalise l'esprit de la fonction d'enseignement dans la pratique, la fonction constitutive qui décrit les principes des normes constitutionnelles et le respect des droits fondamentaux d'autrui et la fonction de responsabilisation qui lie l'universitaire, la communauté scientifique et la société peuvent être comprises en une seule et même fonction : une fonction institutionnelle. En effet, la fonction institutionnelle de la clause de fidélité implique que la liberté de l'enseignement soit indissociable de l'institution universitaire et des autres missions que l'université exerce et en particulier de la mission de recherche. La liberté de l'enseignement n'existe en tant que telle que pour servir l'accomplissement des missions scientifiques particulières dans un établissement d'enseignement supérieur qui promeut à la fois les libertés individuelles et l'objectif d'une science autonome.

La fonction institutionnelle de la clause de fidélité favoriserait la réciprocité entre ces deux finalités de la liberté de la science en permettant à l'institution universitaire de garantir les droits de chacun de ses membres tout en accomplissant l'ensemble des missions scientifiques. La clause de fidélité ne serait pas uniquement entendue comme une limite ou une restriction à la liberté de la science comme cela a déjà été envisagé par la jurisprudence allemande⁶⁹⁸. Elle pourrait être une garantie supplémentaire de la liberté de la science et de la consécration de son régime particulier. La liberté de la science n'est pas seulement envisagée comme un droit négatif mais comme un droit positif qui favorise l'épanouissement de la science.

En conclusion, la liberté de la science n'étant pas soumise à la technique de la réserve de loi bénéficie d'un régime particulier. La limitation de la liberté de la science ne peut pas se justifier uniquement au vue de la protection d'un but légitime d'intérêt général. La catégorie des droits fondamentaux dits « sans réserve » suppose une limitation immanente à la Constitution. La liberté de la science trouve sa limite dans la protection d'autres droits protégés par la Constitution. Aucun ordre de valeurs n'est préétabli, la Cour constitutionnelle procède à un examen juridique précis afin de parvenir à une conciliation entre les intérêts en présence. Si la liberté de la recherche et la liberté de l'enseignement sont concernées de la même façon par la mise en œuvre du principe de proportionnalité, la clause de fidélité ne s'applique qu'à la liberté de l'enseignement selon la lettre constitutionnelle. La fonction institutionnelle de la clause permettrait toutefois de conserver une approche entière de la liberté de la science qui ne distingue pas les types d'activités et prône l'unité des activités scientifiques en vue de l'autonomie de la science, préservant le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement.

⁶⁹⁸ BVerwGE 52, 313, déc du 22 avril 1977, 7 C 17/74, „Die Forderung nach Gewähr der Verfassungstreue verstößt bei einem Hochschullehrer auch nicht gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG“. Le tribunal avait considéré qu'un fonctionnaire ne peut se décharger de ses obligations administratives et institutionnelles. En outre, l'éventualité qu'un candidat qui se délie de la fidélité à la Constitution lors du processus de recrutement justifie la mise à l'écart d'une proposition de candidature. Le tribunal n'y voit aucune atteinte à la liberté de la science.

§2 Limite au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement : la tendance contemporaine à la dissociation de la recherche et de l'enseignement à travers l'alignement des missions des établissements

En Allemagne, la pratique tend à faire évoluer la recherche et l'enseignement sur deux voies distinctes. Le facteur de l'explosion du nombre d'étudiants depuis vingt ans y joue un rôle significatif. La recherche s'exerce alors dans des lieux spécifiques, dans des instituts tels que la deutsche Forschungs-gemeinschaft, les instituts Max Planck, Leibniz, Helmholtz, parmi les plus importants⁶⁹⁹. En France, il existe trois types de partenaires, les organismes de recherche, les universités et les grandes écoles. En 1939 est créé le Centre national de la recherche scientifique, puis en 1964, l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, une émanation du CNRS, le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives en 1945, l'Institut national de recherche agronomique en 1946 et plus tardivement, l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer en 1984⁷⁰⁰. La diversification des lieux de recherche restreint de fait l'exercice simultané de la recherche et de l'enseignement aux établissements d'enseignement supérieur.

Au reste, l'ensemble des établissements d'enseignement supérieur ne repose plus forcément sur le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement pour atteindre leurs objectifs. Pour cerner davantage l'impact de la dissociation de l'enseignement et de la recherche sur le droit, il faut s'intéresser à l'étude des différentes missions exercées dans les établissements d'enseignement supérieur. La doctrine allemande parle d'une réserve de différenciation ou « Differenzierungsvorbehalt » dans la mesure où les établissements doivent prendre soin de promouvoir les sciences et les arts. En ce sens, la promotion de la science s'apparente au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. En effet, la promotion de la science repose sur le développement de la recherche et sur l'exercice de l'enseignement scientifique qui doit lui aussi évoluer en fonction du progrès des connaissances. Les pouvoirs publics peuvent assigner des missions spécifiques aux établissements d'enseignement supérieur en respectant toutefois la réserve de différenciation qui consiste à promouvoir les sciences et les arts. La multiplication et la diversification des missions exercées dans les établissements d'enseignement supérieur participent de la dislocation du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement (B).

D'autre part, un exemple caractéristique du paysage universitaire allemand illustre cette tendance à la dissociation : le processus de standardisation des établissements d'enseignement supérieur (A). En ce sens, l'Association européenne des universités, association qui recouvre à la fois les universités européennes et les conférences des

⁶⁹⁹ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p.50.

⁷⁰⁰ A. Kahn, V. Péresse, *Controverses: Université, science et progrès*, Paris, Nil, 2011, p. 80.

recteurs nationaux, a enregistré les premières « Fachhochschule »⁷⁰¹ dans le système allemand de l'enseignement supérieur, des établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées dont la mission première ne consiste pas en la promotion de la science.

A. Le processus de standardisation des établissements d'enseignement supérieur : universités et établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées

La tendance à la dissociation des activités de recherche et d'enseignement peut s'observer à travers le processus de rapprochement des différents établissements d'enseignement supérieur dans le paysage universitaire allemand. La convergence des règles relatives à l'organisation des deux types d'établissements d'enseignement supérieur, universités et établissements de sciences appliquées, tendrait surtout à un nivellement sur le modèle des « Fachhochschule » et à une érosion du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement.

Selon une part de la doctrine, la « Fachhochschule » est revalorisée ; l'université se dévalorise⁷⁰². La coordinatrice scientifique allemande Ann-Katrin Kaufhold considère que le débat sur le rapprochement des deux types d'établissements d'enseignement supérieur suit deux principales tendances. Premièrement, les « Fachhochschule » exercent aussi de la recherche, même s'il ne s'agit que d'une recherche orientée par sa mise en application. Et deuxièmement, comme un effet miroir, la recherche dans l'université dite « générale » s'inscrit de plus en plus dans une ambition économique et utilitaire ; il lui revient aussi la mission de former professionnellement. La « Bildung » (formation éducation) se confond dans l'« Ausbildung » (formation apprentissage).

Tout d'abord, le processus européen de Bologne a joué un rôle majeur dans ce rapprochement des établissements d'enseignement supérieur en lançant quatre points de changement dans la législation nationale allemande. La première grande modification a des conséquences sur le temps des études. La réforme du « bachelor-master » règle uniformément la période d'études de trois ans de licence et de deux ans de master alors que la durée d'étude moyenne à l'université est de quatre ans et demi et la durée maximum dans les « Fachhochschule » n'est que de quatre ans. Les dispositions qui y sont relatives figurent au paragraphe 19, alinéa 2, phrase 2, alinéa 3, phrase 2 et alinéa 4 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur.

⁷⁰¹ E. F. Darraz, G. Lenhardt, R. D. Reisz, M. Stock, *Hochschulprivatisierung und akademische Freiheit, Jenseits von Markt und Staat : Hochschulen in der Weltgesellschaft*, op. cit., p. 102.

⁷⁰² A-K Kaufhold, „Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht?“, op. cit., 3276.

Les régimes des « Fachhochschule » et des universités se rapprochent pour une seconde raison tenant aux règles relatives aux examens et aux diplômes dans les établissements. Avant l'introduction du bachelor-master, il était précisé s'il s'agissait d'un diplôme acquis dans une « Fachhochschule » ou dans une université traditionnelle par la mention « FH ». Avec la réforme sur les cycles universitaires, il n'y a plus de distinction. De plus, les étudiants qui obtiennent un diplôme dans les « Fachhochschule » n'ont plus à valider de complément d'étude (Ergänzungsstudium) ou se soumettre à un constat d'aptitude (Eignungsfeststellung) pour accéder à l'université générale. En outre, d'un point de vue organisationnel, les règlements d'examens et les règlements intérieurs se recoupent en grande partie dans les deux types d'établissements d'enseignement supérieur. Les « Fachhochschule » peuvent organiser les mêmes examens que les universités.

Le champ d'application de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur comprend à la fois les universités et les « Fachhochschule », du moment qu'elles bénéficient de la reconnaissance des pouvoirs publics. Selon les termes de cette même loi, ces deux types d'établissements entrent tous les deux dans la catégorie d'établissement d'enseignement supérieur ou en allemand, « Hochschule »⁷⁰³. La loi garantit le respect des dispositions relatives à la liberté de la science prévue par la Loi fondamentale dans ces divers établissements et protège donc de la même façon la liberté de la science, de la recherche, de l'enseignement et des études dans son paragraphe 4 dans tous les établissements d'enseignement supérieur⁷⁰⁴.

L'université « classique » qui associe enseignement et recherche n'est qu'un type d'établissement d'enseignement supérieur en Allemagne. Sont entendus comme des établissements d'enseignement supérieur, les universités, les établissements d'enseignement supérieur pédagogiques, les établissements d'enseignement supérieur d'art, les « Fachhochschule » et les institutions qui sont considérés « selon le droit des Länder comme des établissements d'enseignement supérieur d'Etat », bénéficiant d'une reconnaissance publique⁷⁰⁵. Si la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur les nomment dans son champ d'application, elle ne définit pas précisément chaque type d'établissement, ni ce qu'implique la catégorie générale d'établissement d'enseignement supérieur ou « Hochschule ». Cette réponse ne se trouve pas non plus dans les lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur. Les différences significatives

⁷⁰³ §1 HRG, « champ d'application », „Hochschulen im Sinne dieses Gesetzes sind die Universitäten, die Pädagogischen Hochschulen, die Kunsthochschulen, die Fachhochschulen und die sonstigen Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind“.

⁷⁰⁴ §4 HRG, „Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung, Lehre und Studium“.

⁷⁰⁵ § 1 HRG, „Anwendungsbereich“ (champ d'application), „Hochschulen im Sinne dieses Gesetzes sind die Universitäten, die Pädagogischen Hochschulen, die Kunsthochschulen, die Fachhochschulen und die sonstigen Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind. Dieses Gesetz betrifft, soweit dies in § 70 bestimmt ist, auch die staatlich anerkannten Hochschulen“.

entre les universités et les établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées appelées les « Fachhochschule » peuvent toutefois être relevées.

A l'origine, en premier lieu, une des différences entre le système de l'université « générale » et l'établissement à tendance professionnalisante de la « Fachhochschule » tient dans le fait que la recherche et l'enseignement ne sont pas exercés de la même façon dans ces deux types d'établissement. Dans les universités, on y enseigne traditionnellement les résultats acquis de la recherche. La « Fachhochschule » délivre une formation professionnelle. L'enseignement y est centré sur un savoir-faire plus que sur un savoir. Les « Fachhochschule » préparent à une activité professionnelle avec un enseignement et des études reliés à leur application ; ces établissements sont en lien étroit avec les sciences appliquées pour l'enseignement, dans les études, pour la formation tout au long de la vie et l'exercice de la recherche⁷⁰⁶. L'université a pour ambition d'éveiller ses étudiants à la curiosité scientifique, de leur garantir une indépendance intellectuelle et de rester attentive aux frontières éthiques et morales de la recherche. L'enseignement universitaire est caractérisé par son abstraction. Il faut s'imprégner des théories et des modèles afin de parvenir à leur possible remise en cause. Les universités s'inscrivent dans une perspective d'acquisition de nouvelles connaissances alors que les « Fachhochschule » « préparent » les esprits à une société en adéquation avec les problématiques contemporaines. Le contenu de l'enseignement des « Fachhochschule » ne découle pas de la recherche. Il s'intéresse davantage à l'art et la manière d'appliquer les résultats de la recherche. La loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de la Hesse l'énonce clairement⁷⁰⁷.

Il y a des différences fondamentales en second lieu, concernant la qualification des professeurs dans les universités et dans les « Fachhochschule ». Par exemple, toutes les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur contiennent certains principes relatifs aux examens qui indiquent que les personnes chargées de les organiser doivent justifier de certains diplômes ou pouvoir attester d'une qualification équivalente⁷⁰⁸. Un professeur d'université doit justifier d'une qualification scientifique qui correspond au niveau de l'habilitation. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, puisque les « Fachhochschule » se rattachent aux missions de recherche et de développement des besoins concrets de l'enseignement et non au développement des principes théoriques scientifiques, la preuve d'une aptitude scientifique équivalente à l'habilitation n'est pas nécessaire pour leurs professeurs.

⁷⁰⁶ Par exemple §3, Abs. 4, S. 1 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) ; §3, Abs. 1, S. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

⁷⁰⁷ §4, Abs. 3, S. 1 Hessisches Hochschulgesetz (HHG), „Die Weiterentwicklung der Wissenschaften durch Forschung » obliegt gemäß §4 Abs. 1 S. 1 HHG allein den Universitäten, während die anwendungsbezogene Ausbildung der hessischen Fachhochschulen „auf den Erkenntnissen der Wissenschaft“ beruht“ ; §4, Abs. 3, S. 4 HHG, „Sie [die Fachhochschule] fördert die Erschließung wissenschaftlicher Erkenntnisse für die Praxis“.

⁷⁰⁸ Par exemple Art. 62, Abs. 1, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG).

Les professeurs des « Fachhochschule » doivent par contre justifier d'une expérience dans la pratique professionnelle⁷⁰⁹. A cela s'ajoutent les compétences de méthodologie scientifique appartenant au professeur d'université. Quelqu'un qui a des compétences dans la pratique professionnelle, n'aura sans doute pas la même capacité qu'un professeur d'université. Dans la mesure où il n'est plus fait mention du type de diplôme obtenu en fonction de l'établissement, la différence de qualification des professeurs n'est donc pas prise en compte.

La qualification des professeurs implique encore une distinction relative au droit de délivrer le grade de docteur⁷¹⁰. Le droit de délivrer le grade de docteur ou en allemand « Promotionsrecht » pour une université allemande correspond également à la capacité de pouvoir délivrer des contrats doctoraux et de former de jeunes docteurs. Une partie des lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder associent expressément ce droit avec la formation de la « relève scientifique » en tant que mission propre des universités et notamment la loi de Hambourg⁷¹¹. Les règles relatives au droit de l'habilitation suivent le même raisonnement⁷¹². Ce sont les universités qui détiennent le droit de décerner l'habilitation ou en allemand, « Habilitationsrecht ». D'autres lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur ne font pas de distinction entre les différents types d'établissements d'enseignement supérieur qui sont tous chargés de promouvoir la recherche et de former les futurs chercheurs⁷¹³.

Dans ce cas, bien souvent la seule frontière entre les établissements de recherche et les autres établissements figure dans la mention « correspondant à leurs missions respectives »⁷¹⁴ sans qu'il n'existe de définition précise d'un établissement en fonction de ses missions. Lorsque cette précision ne figure pas dans les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur⁷¹⁵, cela ne signifie pas pour autant que les « Fachhochschule » sont chargées de délivrer des grades.

⁷⁰⁹ BVerfG 88, 129, déc. du 3 mars 1993, „Promotionsberechtigung“.

⁷¹⁰ La qualification juridique de ce droit sera étudié ultérieurement, voir Deuxième partie, Titre 1, chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1° « La compétence de délivrance de la « promotion » et de l'« habilitation » du droit statutaire ».

⁷¹¹ § 4, Nr. 1, S. 3 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG), „Die Universität Hamburg bildet den wissenschaftlichen Nachwuchs heran“.

⁷¹² Par exemple, § 68 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW) ; § 32, Abs. 1, S. 1 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG).

⁷¹³ Art. 2, Abs. 2, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG) ; § 3, Abs. 3 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) ; § 4, Abs. 4 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) ; § 3, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HGMV) ; § 5, Abs. 2, Nr. 2 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHG) ; § 3, Abs. 3 Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HG LSA) ; § 5, Abs. 4 Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG).

⁷¹⁴ En allemand, „entsprechend ihrer Aufgabenstellung“, Art. 2, Abs. 2, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG) ; § 4, Abs. 3 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) ; § 3, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HGMV) ; § 3, Abs. 3 Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HG LSA).

⁷¹⁵ § 3, Abs. 3 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) ; § 5, Abs. 2, Nr. 2 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHG).

Selon une recommandation sur l'avenir de l'université du Conseil scientifique⁷¹⁶ en ce sens, c'est à l'université qu'il incombe de promouvoir la relève scientifique en « prenant soin » des disciplines scientifiques et non aux « Fachhochschule » orientées vers le champ professionnel⁷¹⁷.

La compétence de conférer le droit de délivrer le grade de docteur est conditionnée par l'article 5, alinéa 3, phrase première et par l'article 3, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande relatif au principe d'égalité ; les Länder peuvent accorder ce droit uniquement aux institutions qui possèdent des compétences de direction scientifique. Cela serait donc incompatible avec la pratique des activités dans une « Fachhochschule » et notamment vis-à-vis de la qualification des professeurs. Les « Fachhochschule » ne détiennent pas le droit de délivrer le grade de docteur.

Plusieurs lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder prévoient tout de même, dans ce domaine, certaines dispositions en faveur des « Fachhochschule » mais ce, sous la responsabilité des universités⁷¹⁸. En outre, selon les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder, pour entrer dans une formation doctorale, avoir obtenu un master dans une « Fachhochschule » peut être une condition suffisante⁷¹⁹. Les capacités qui seront évaluées dépendront de l'accomplissement d'un travail scientifique approfondi. Bien que les « Fachhochschule » n'utilisent que partiellement des méthodes scientifiques, le chemin de la formation doctorale est laissé ouvert aux diplômés des « Fachhochschule ».

Une dernière différence significative porte sur les conditions d'admission des étudiants dans les deux types d'établissement. Certaines qualifications sont nécessaires pour accéder aux « Fachhochschule » et d'autres le sont pour intégrer une université. L'étudiant qui peut accéder à l'enseignement universitaire doit justifier d'un baccalauréat (Abitur) et celui qui souhaite entrer dans une « Fachhochschule » doit justifier d'un baccalauréat technique ou « Fachhochschulreife »⁷²⁰. Les bacheliers provenant d'une filière professionnelle sont davantage orientés vers une formation pratique et obtiennent souvent de meilleures moyennes qu'à l'université. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, rattache la nécessité d'un certain niveau scientifique comme condition à une éventuelle progression dans le cursus

⁷¹⁶ Le Conseil scientifique allemand ou « Wissenschaftsrat » est chargé de conseiller le gouvernement fédéral et les gouvernements des Länder sur les questions relatives au développement des établissements d'enseignement supérieur, de la science et de la recherche.

⁷¹⁷ Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur künftigen Rolle der Universitäten im Wissenschaftssystem, Berlin, 27 janvier 2006.

⁷¹⁸ Par exemple §65, Abs. 4 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) ; §67, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

⁷¹⁹ Par exemple, §38, Abs. 3, Nr. 1 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (HG BW) ; Art. 64, Abs. 1, S. 2 Bayerische Hochschulgesetz (BayHSchG) ; §35, Abs. 2, S. 1 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG).

⁷²⁰ Par exemple §49, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW) ; §58, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (HG BW) ; Art. 43, Abs. 1, 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG).

universitaire⁷²¹. Un tel niveau n'est pas exigé pour l'accès à un cursus proposé par une « Fachhochschule » malgré le fait que les conditions d'admission soient également de plus en plus restrictives⁷²².

De façon générale, la Cour constitutionnelle fédérale allemande était traditionnellement favorable à la mise en œuvre d'un régime distinct pour les deux types d'établissements d'enseignement supérieur. Deux décisions de 1982 et 1983 soulignaient les différences fondamentales entre l'université et la « Fachhochschule »⁷²³. La Cour insistait sur la disparité des tâches dans chacun des établissements, la différence de qualification des enseignants ou les différences relatives au contenu de l'enseignement, aux conditions d'admission pour les étudiants et à la place accordée à la recherche. Sur la question de la place de la liberté académique dans les « Fachhochschule », eu égard aux missions effectivement exercées dans les établissements, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande n'a pas encore pris parti clairement bien qu'elle n'ait jamais exclu de fait les professeurs des « Fachhochschule » de sa protection. La Cour administrative fédérale allait dans le même sens que la Cour constitutionnelle en considérant que protection de la liberté de la recherche et de l'enseignement d'un professeur de « Fachhochschule » dépendait des missions de services qui lui sont confiées⁷²⁴.

Le professeur de « Fachhochschule » ne bénéficie donc pas automatiquement de la liberté de la science à la différence d'un professeur d'université. La jurisprudence plus récente confirme une tendance au rapprochement des universités et des « Fachhochschule » sans opter pour une solution nette en faveur de la liberté académique⁷²⁵. Si la question reste ouverte quant au fait de faire bénéficier les professeurs des « Fachhochschule », la Cour constitutionnelle considère que les « Fachhochschule » en tant qu'institution jouissent de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale⁷²⁶. Ce constat peut sembler paradoxal puisque le professeur est lié à l'exercice des missions de recherche et d'enseignement au sein d'une institution scientifique. Si la jurisprudence considère que les activités d'une « Fachhochschule » correspondent aux critères de rationalité scientifique, les professeurs devraient bénéficier de la liberté de la science également à ce titre.

⁷²¹ BVerfGE 64, 323, déc. du 29 juin 1983, „Amtsbezeichnung der Hochschullehrer“.

⁷²² M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 61-68.

⁷²³ BVerfG, déc. du 20 octobre 1982, 1 BvR 1467/80; BVerfGE 64, 323, déc. du 29 juin 1983, 2 BvR 720/79.

⁷²⁴ BVerwGE, déc. du 24 juillet 1986, 7 B 26.86, „Der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass die Freiheit von Forschung und Lehre den Fachhochschullehrern nur nach Maßgabe ihrer dienstlichen Aufgaben anvertraut ist“.

⁷²⁵ Voir notamment, BVerfG 126, 1, déc. du 13 avril 2010, 1 BvR 216/07 ; VG Köln, déc. du 27 janvier 2011, 6 K 758/09.

⁷²⁶ BVerfG, déc. du 17 février 2016, 1 BvL 8/10, „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt Hochschullehrende, Fakultäten und Fachbereiche sowie Hochschulen, also Universitäten und Fachhochschulen, und die privatrechtlich organisierte Wissenschaft“ ; BVerfGE 126, 1, déc. du 13 avril 2010, „Fachhochschullehrer“.

Selon le Conseil scientifique allemand⁷²⁷, il n'est pas exclu que les professeurs des « Fachhochschule » participent à la recherche fondamentale et dans ces conditions, ces professeurs pourront aussi bénéficier de la protection de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. La doctrine reste, quant à elle, partagée. D'un côté, la disposition constitutionnelle ne devrait concerner que l'autonomie de l'université traditionnelle eu égard à la place consacrée à la recherche. La mission centrale d'une « Fachhochschule » n'étant pas de promouvoir la recherche, pas plus que de délivrer un enseignement critique. D'un autre côté, il existe une demande de protection des professeurs des « Fachhochschule ». Si la liberté de la science peut bénéficier aux enseignants en fonction de leurs activités et pleinement à l'institution, la liberté de la science se détache alors implicitement du principe d'unité de la recherche et de l'enseignement qui ne peut pas être considéré comme un principe de base dans les établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées.

En conclusion, à travers le processus de rapprochement des universités et des « Fachhochschule » par le moyen du législateur mais aussi de la jurisprudence, l'enseignement en tant que résultat de la recherche n'est plus l'apanage des seules universités. Si les « Fachhochschule » intègrent dans leurs missions une certaine forme de recherche dans ses locaux, l'enseignement pratiqué à l'université tend à se professionnaliser et à se singulariser dans la pratique. L'éloignement de la recherche et de l'enseignement pourra aussi avoir des conséquences sur la qualification des universitaires et sur leur capacité d'organiser les examens, sur le droit de délivrer le grade de docteur ou encore sur les conditions d'admission à l'université. La dissociation de la recherche et de l'enseignement pourra avoir des effets sur les objectifs même de la recherche et sur la fonction d'enseignement au sens large. La notion de recherche devra accorder une grande place à un type de recherche orienté sur l'enseignement professionnel. Les activités de l'enseignement se calqueront davantage sur l'enseignement secondaire, délivrant le programme énoncé par les pouvoirs publics. La question de la définition légale des missions des établissements d'enseignement supérieur reste donc une composante centrale dans la compréhension du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement.

B. Les effets juridiques de la réserve légale de différenciation des missions des établissements d'enseignement supérieur

Les missions des établissements d'enseignement supérieur se multiplient et se diversifient en heurtant toujours davantage le socle uni de la recherche et de l'enseignement. Pourtant, selon la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieurs allemands, les établissements d'enseignement supérieur doivent veiller au soin et au développement des sciences et des arts dans

⁷²⁷ Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 8), S. 37.

l'accomplissement de leurs missions⁷²⁸. Cela correspond à ce que la doctrine nomme une réserve de différenciation ou « Differenzierungsvorbehalt »⁷²⁹.

En d'autres termes, les établissements doivent participer au progrès de la science et soutenir l'art en même temps qu'ils exercent le reste de leurs missions propres. La réserve de différenciation définit la double mission de recherche et d'enseignement et la réciprocité de ces activités comme une mission centrale des établissements d'enseignement supérieur. Si l'enseignement n'est plus le résultat de la recherche, il n'existe plus de processus vivant s'inscrivant comme une des conditions de l'acquisition de nouvelles connaissances. La réserve de différenciation impose-t-elle effectivement à tous les établissements le fait de promouvoir une recherche et un enseignement caractérisés par leur attribut scientifique ? L'attribution et la répartition des activités et des missions dans les établissements doivent-elles être déterminées selon des critères précis en fonction de la réserve de différenciation ?

Au préalable, ce sont les Länder qui définissent les différentes missions des établissements⁷³⁰. Les missions des universités « classiques » se regroupent traditionnellement autour du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. Les missions diffèrent ensuite selon les types d'établissements d'enseignement supérieur. Comme nous l'avons vu précédemment, l'enseignement dans les « Fachhochschule » est étroitement lié à l'application des résultats scientifiques, « tout enseignement d'un établissement supérieur a aussi pour objectif de préparer à la vie professionnelle ainsi que de parvenir à l'application des résultats scientifiques ou des méthodes scientifiques⁷³¹ ». Ensuite, les établissements d'enseignement supérieur pédagogiques (ou « Pädagogische Hochschule ») exercent des missions spécifiques. Les disciplines qui y sont enseignées se concentrent autour des sciences de l'éducation et de la pédagogie sociale. La recherche dans les établissements d'enseignement supérieur pédagogiques y est principalement de la recherche fondamentale.

En outre, les établissements d'enseignement supérieur d'art (ou « Kunsthochschule ») se divisent en établissement d'enseignement supérieur d'art plastique, en établissement d'enseignement supérieur de musique et en établissement d'enseignement supérieur des médias. D'un point de vue matériel, ils se différencient des universités dans la mesure où leur mission première est la promotion de l'art, puis arrive en second lieu, la promotion de la science. La promotion des arts passe par l'enseignement, l'exercice pratique de l'art et la conduite de projets de développement artistique (« Lehre, Kunstausübung und die Durchführung künstlerischer Entwicklungsvorhaben »). A la place de la dualité de la recherche et de l'enseignement, il est question ici de la triade ou « Dreiheit »

⁷²⁸ §2, Abs. 1, S. 1 HRG, „Die Hochschulen dienen entsprechend ihrer Aufgabenstellung der Pflege und der Entwicklung der Wissenschaften und der Künste“.

⁷²⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 82.

⁷³⁰ § 9, Abs. 1, S. 1 HRG, „Die unterschiedliche Aufgabenstellung der Hochschularten nach §1 S.1 und die Aufgaben der einzelnen Hochschulen werden durch das Land bestimmt“.

⁷³¹ § 2, Abs. 1, S. 1, 2 HRG ; § 7 HRG.

(« Aufgabentrias »). La pratique des arts et les projets de développement des arts forment ensemble le pendant de la recherche.

L'enseignement artistique n'emprunte pas les caractéristiques formelles de l'enseignement traditionnel de l'université. Il favorise davantage le développement artistique de chaque personnalité individuelle. Les établissements d'enseignement supérieur d'art développent la médiation des capacités artistiques, les connaissances et les sciences avec comme objectif de préparer aux emplois artistiques et pédagogiques dans le domaine des arts. Pour l'étudiant de ces disciplines, il ne s'agit pas uniquement d'identifier quel cours magistral l'on va suivre mais davantage quel est le professeur qui l'encadrera et de quelle manière. Cette méthode peut être comparée avec le suivi des masters ou des doctorants dans les universités traditionnelles. Les établissements d'enseignement supérieur d'art favorisent la conciliation des intérêts entre les enseignants qui peuvent davantage « choisir » leurs « élèves » (« *Lehrfreiheit* ») et les apprenants qui peuvent dans une certaine mesure choisir leurs « maîtres » (« *Studierfreiheit* »). Les établissements d'enseignement supérieur d'art mettent en place une procédure de sélection des étudiants ; un niveau suffisant pour entrer à l'université ne satisferait pas forcément les conditions d'entrée requises pour ce type d'établissement, cela passe par un constat d'aptitude en lien avec les disciplines spécifiques enseignées dans l'établissement⁷³².

La pratique de ces établissements fait écho aux principes de Humboldt et du modèle universitaire allemand. Le cœur de la pensée de Humboldt quant au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement s'inscrit dans la coopération et la collaboration de l'enseignant et de l'enseigné autour de la recherche. Traditionnellement, dans l'enseignement académique, le professeur et l'étudiant construisent ensemble la communauté académique et chacun détient sa propre responsabilité dans le processus de la formation académique. Par rapport au modèle particulier des établissements d'enseignement supérieur des arts et de leurs nombreuses similitudes avec le modèle traditionnel de Humboldt, la réception du processus de Bologne y a été par conséquent beaucoup plus délicate.

Le droit du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie a notamment mis en place certaines dispositions afin de faciliter la transposition des normes européennes et de piloter ces changements en maintenant une certaine continuité. Par exemple, la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur d'art du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie prévoit la possibilité de mettre en œuvre des exceptions concernant certains cursus d'études artistiques par rapport à l'obligation de « modularisation » des enseignements et de l'introduction du système de

⁷³² M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 89-90.

crédits⁷³³. La mise en œuvre de la « modularisation » des cursus a des effets directs sur la définition des missions des établissements d'enseignement supérieur.

Les missions spécifiques, d'exercice de l'art et de la réalisation de projets de développement artistique sont difficiles à définir. Elles peuvent s'entendre comme de la recherche au sens large. En effet, le droit fédéral de l'enseignement supérieur relatif à la liberté de la recherche s'applique aussi à l'exercice de l'art et à la réalisation de projets de développement artistique⁷³⁴. En ce sens, la disposition comprend le libre choix du sujet, la liberté de la méthode ainsi que la libre utilisation des résultats et la liberté de leur diffusion. En outre, les décisions des organes de l'établissement doivent rester en lien avec la recherche et avec ce type de projets⁷³⁵.

Le droit des établissements d'enseignement supérieur régional du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie va plus loin en précisant que l'exercice de l'art et les projets de développement d'art ne sont pas uniquement des missions de l'établissement mais aussi des missions relevant du service et de la fonction des professeurs (ou « Dienstaufgaben ») qui correspondent directement à leurs droits et à leurs obligations dans la recherche⁷³⁶. Les établissements d'enseignement supérieur d'art

⁷³³ §52, Abs. 3, S. 2 Gesetz über die Kunsthochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (KunstHG), „Das Ministerium kann in begründeten, auf die Besonderheiten der Kunst bezogenen Fällen Ausnahmen für künstlerische Studiengänge vorsehen“ et Abs. 4, S. 2 KunstHG, „Dies gilt nicht im Bereich der Freien Kunst sowie in begründeten, auf die Besonderheiten der Kunst bezogenen Ausnahmefällen nach Maßgabe von Vereinbarungen zwischen dem Ministerium und der Kunsthochschule für Grade in sonstigen künstlerischen Studiengängen“ ; §56 Abs. 2 KunstHG et §58 Abs. 2 KunstHG, „In künstlerischen Studiengängen, insbesondere im Bereich der Freien Kunst, sind in begründeten, auf die Besonderheiten der Kunst bezogenen Ausnahmefällen nach Maßgabe von Vereinbarungen zwischen dem Ministerium und der Kunsthochschule andere Grade zulässig“ Gesetz über die Kunsthochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (KunstHG).

⁷³⁴ §4, Abs. 2, S. 3 HRG, „Die Sätze 1 und 2 gelten für künstlerische Entwicklungsvorhaben und für die Kunstausbübung entsprechend « et §4, Abs. 2, S. 1 et 2 HRG, „Die Freiheit der Forschung (Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes) umfasst insbesondere die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung. Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane in Fragen der Forschung sind insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation des Forschungsbetriebes, die Förderung und Abstimmung von Forschungsvorhaben und auf die Bildung von Forschungsschwerpunkten beziehen; sie dürfen die Freiheit im Sinne von Satz 1 nicht beeinträchtigen“.

⁷³⁵ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 91-92.

⁷³⁶ § 3, Abs. 1, S. 1 KunstHG, „Die Kunsthochschulen dienen der Pflege der Künste insbesondere auf den Gebieten der bildenden Kunst, der Musik, der darstellenden und der medialen Künste durch Lehre und Studium, Kunstausbübung und künstlerische Entwicklungsvorhaben sowie Weiterbildung“ ; §4, Abs. 2, S.1 à 4 KunstHG, „Die Freiheit der Kunstausbübung, künstlerischer Entwicklungsvorhaben und der Forschung, der Lehre sowie des Studiums entbindet nicht von der Treue zur Verfassung. Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane sind zulässig, soweit sie sich auf die Organisation des jeweiligen Betriebes sowie dessen ordnungsgemäße Durchführung beziehen. Darüber hinaus sind sie zulässig, soweit sie sich auf die Förderung und Abstimmung von Entwicklungs- und Forschungsvorhaben, die Bildung von Schwerpunkten der Entwicklungsvorhaben und der Forschung sowie auf deren Bewertung gemäß §7 Absatz 2, auf die Aufstellung und Einhaltung von Studien- und Prüfungsordnungen, die Erfüllung des Weiterbildungsauftrages und auf die Bewertung der Lehre gemäß §7 Absatz 2 sowie auf die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Studiums einschließlich des Klassenprinzips beziehen. Entscheidungen nach den Sätzen 2 und 3 dürfen die Freiheit der Kunstausbübung, künstlerischer Entwicklungsvorhaben und der Forschung sowie der Lehre nicht beeinträchtigen“ ; §28, Abs. 1, S. 1 KunstHG, „Die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nehmen die ihrer Kunsthochschule obliegenden Aufgaben in Kunst, künstlerischen

sont donc encore largement empreints de la tradition de Humboldt et du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement dans le cadre d'une formation générale et abstraite. Dans ce cas, la réserve de différenciation permet une plus forte résistance au risque de dislocation du principe, initiée notamment par le processus européen de Bologne.

Enfin, ce que l'on nomme les « Berufsakademie » peuvent être comparées aux « Fachhochschule ». Toutefois, ces académies ne rentrent pas dans la catégorie des établissements d'enseignement supérieur au sens de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur mais appartiennent au domaine de la formation tertiaire⁷³⁷. La différence principale avec les universités tient dans le fait qu'elles ne bénéficient pas du principe de libre administration⁷³⁸. Ce sont des instituts de formation professionnelle et scientifique.

A la différence des « Fachhochschule », ces instituts n'exercent aucune recherche, cependant les diplômes qui y sont délivrés sont comparables à ceux délivrés dans les « Fachhochschule ». Par exemple, un diplôme validé en une durée de trois ans peut valoir dans une « Fachhochschule » du Land du Bade-Wurtemberg⁷³⁹. Le Land de Basse-Saxe envisage aussi cette possibilité en considérant que le diplôme d'un niveau bachelor est équivalent à un diplôme obtenu dans un établissement d'enseignement supérieur de sciences appliquées⁷⁴⁰. Si un diplôme obtenu dans une « Berufsakademie » peut trouver une équivalence dans une « Fachhochschule » et si cette-dernière tend à se rapprocher du fonctionnement d'une université, le lien entre l'université et la « Berufsakademie » sera alors de plus en plus étroit. Il n'y a pourtant aucun rapprochement entre les types de missions exercées dans ces deux établissements et a fortiori, aucune analogie possible quant à la mise en œuvre du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement.

D'un côté, la réserve de différenciation, étroitement liée au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement, permet à certains établissements d'enseignement supérieur de conserver un exercice combiné de missions spécifiques comme

Entwicklungsvorhaben, Lehre, Kunstausübung, Forschung und Weiterbildung nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses in ihren Fächern selbständig wahr und wirken an der Studienberatung mit“ ; §61 KunstHG.

⁷³⁷ §1, Abs. 2, S. 1 Gesetz über die Berufsakademien im Lande Baden-Württemberg (Berufsakademiegesetz - BAG), „Berufsakademien gehören dem tertiären Bildungsbereich an ; sie bieten eine Alternative zum Studium an Fachhochschulen und Universitäten“.

⁷³⁸ Voir IIème Partie, Titre 2, Chap. 1^{er}, Section 1. « L'Université allemande, une collectivité de droit public animée par le principe de libre administration ».

⁷³⁹ §1, Abs. 2, S. 3 Berufsakademiegesetz – BAG, „Das nach drei Jahren erfolgreich abgeschlossene Studium und die Ausbildung an der Berufsakademie Baden-Württemberg ist dem Studium in der entsprechenden Fachrichtung an einer Fachhochschule des Landes Baden-Württemberg gleichwertig und vermittelt dieselben Berechtigungen wie ein erfolgreich abgeschlossenes Studium an einer Fachhochschule des Landes Baden-Württemberg“.

⁷⁴⁰ §6 Niedersächsisches Berufsakademiegesetz (Nds.BAkadG), „Für Absolventinnen und Absolventen der Berufsakademien bieten die Fachhochschulen bei Bedarf weiterführende Studiengänge an, die zu einem Diplomgrad gemäß §8 Abs.1 Satz 1 des Niedersächsischen Hochschulgesetzes führen. Diese Studiengänge sind so zu gestalten, dass sie einschließlich der Prüfung innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden können“.

l'exercice de l'art avec la pratique de la recherche. D'un autre côté, le fonctionnement et l'organisation d'autres établissements ne reposent pas sur le principe de réciprocité et sont davantage orientés vers des cursus plus courts. La réserve de différenciation n'aura donc pas les mêmes effets sur tous les établissements d'enseignement supérieur. Outre la nécessité d'un travail d'harmonisation et de définition des différentes missions des établissements, il faudrait que la liberté de la science trouve à s'appliquer en fonction des activités exercées et selon l'étendue de l'application du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement dans chacun des établissements. La réserve de différenciation n'entraîne pas de conséquences juridiques suffisamment claires en faveur du principe d'unité de la recherche et d'enseignement.

L'élargissement des missions dans les établissements d'enseignement supérieur permet d'ouvrir certaines passerelles entre les établissements, les académies et les différents cursus, toutefois cela participe aussi à la confusion des modèles, entre ceux qui bénéficient du principe de libre administration et les autres⁷⁴¹. Le principe de libre administration illustre la composante essentielle de la garantie institutionnelle qui découle de la liberté de la science. Aboutir à une théorie commune pour l'ensemble des établissements d'enseignement supérieur reconnus par les pouvoirs publics, tout en mettant en valeur leurs différences permettrait une définition plus précise des différentes missions et une meilleure compréhension de l'importance de la jonction enseignement et recherche.

Si, dans un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'Etat, on y enseigne des matières scientifiques qui proviennent d'une méthodologie scientifique, en lien avec un processus vivant de recherche, alors cet établissement bénéficie de la protection de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale. Lorsque le lien entre enseignement et recherche est moins net, les garanties découlant de la liberté de la science devraient être alors moins nombreuses. La Cour constitutionnelle fédérale semble déjà emprunter cette voie lorsqu'elle considère que les « Fachhochschule », en tant qu'elles participent à une forme de recherche, jouissent de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale⁷⁴² et la Cour administrative fédérale en considérant que la liberté de la recherche et de l'enseignement d'un professeur de « Fachhochschule » dépendait de ses missions de services⁷⁴³. Il faudrait alors généraliser et clarifier ce raisonnement sur la voie de la différenciation et non de la standardisation des missions.

*

⁷⁴¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 87-88.

⁷⁴² BVerfG, déc. du 17 février 2016, 1 BvL 8/10, „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt Hochschullehrende, Fakultäten und Fachbereiche sowie Hochschulen, also Universitäten und Fachhochschulen, und die privatrechtlich organisierte Wissenschaft“; BVerfGE 126, 1, déc. du 13 avril 2010, „Fachhochschullehrer“.

⁷⁴³ BVerwGE, déc. du 24 juillet 1986, 7 B 26.86, „Der Rechtsauffassung des Verwaltunggerichtshofs, dass die Freiheit von Forschung und Lehre den Fachhochschullehrern nur nach Maßgabe ihrer dienstlichen Aufgaben anvertraut ist“.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les garanties générales de la liberté de la science ont des conséquences tenant au but de la liberté de la science et tenant aux missions des établissements d'enseignement supérieur réunies traditionnellement par le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. La dislocation du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement s'exerce tant au regard de la mise en valeur des spécificités de chacune des activités et tant au niveau des garanties et des limites de chaque composante de la liberté de la science. Alors qu'il faudrait maintenir une certaine réciprocité entre la recherche et l'enseignement dans le cadre de la rationalité propre de la science, les différents types de recherche devraient également être reconnus.

L'impartialité de la science impose une différenciation entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée. Le seul critère de l'objectif scientifique ne pourrait pas tenir dans la mesure où ces deux types de recherches visent le progrès scientifique bien qu'ils empruntent des voies distinctes. Si les deux recherches peuvent être protégées par la liberté de la science, qu'elles soient financées par des moyens publics ou privés, la recherche fondamentale se distingue de la seconde en ce qu'elle ne vient pas satisfaire des objectifs à court terme. Les projets de recherche exercés en vue de l'obtention de certains résultats devraient être soumis à un régime spécifique par rapport aux missions traditionnelles d'une université associées à l'interdépendance de la recherche et l'enseignement. Les différents types de recherche sont identifiables de part leur mode de communication et leur éventuelle objectivisation.

Plusieurs critères peuvent ensuite être avancés par la doctrine sans que, ni la jurisprudence, ni les textes ne parviennent à unifier cette forme de contrôle. Les informations relatives à la place des missions, au degré d'autonomie institutionnelle, à la garantie de l'autonomie personnelle du scientifique, aux actions spécifiques d'un établissement et à l'étendue des objectifs correspondant au domaine de la science pourraient permettre la mise en œuvre d'un cadre approprié en faveur de la promotion de la recherche. Là encore la place centrale des missions d'un établissement nécessite un effort de définition. Ce cadre favoriserait l'exercice de la recherche selon leurs fonctions dans la société et préciserait l'action des « promoteurs » de la science dont le principal reste l'Etat, dans le sens des Länder.

Les ingérences des pouvoirs publics sont donc rendues possibles dans le cadre de la limitation de la liberté de la science. L'action du législateur doit être justifiée par un but légitime et doit respecter le principe de proportionnalité allemand. Bien que la clause de fidélité figure dans la Constitution allemande, elle sert davantage à *inspirer* l'enseignant dans sa fonction. La mise en œuvre de la clause de fidélité à la Constitution ne devrait pas tracer de frontière entre le professeur et le chercheur, de la même façon que la « junktim » associe l'enseignement et la recherche. Les garanties particulières liées au statut spécifique de l'universitaire feront l'objet du second chapitre.

CHAPITRE 2

Les garanties particulières de la liberté de la science : le statut spécifique de l'universitaire

Il a pu déjà être démontré que la liberté de la recherche est le meilleur moyen pour atteindre l'objectif de la diversité. Lorsqu'un chercheur fait correspondre ses projets avec son intérêt personnel, cela conduirait forcément à un partage du travail, favorable à l'objectif collectif de la quête du savoir. L'auteur veut démontrer que certaines décisions prises par les scientifiques peuvent faire transparaître une vision individualiste, voire égoïste, mais peuvent également servir un but épistémique en vertu de la prise de décision collégiale. Le partage cognitif du travail s'articule autour d'un processus décentralisé, et non dépendant de décisions centralisées des acteurs⁷⁴⁴.

Dans une organisation scientifique décentralisée, les scientifiques décident des connaissances nécessaires afin d'estimer leurs chances de succès scientifique en fonction des différents projets possibles. Les scientifiques auront autant besoin d'un savoir global que d'un savoir local. Bien que le savoir global puisse être mis à disposition par la publicité, le savoir local précis est plus accessible dans un système décentralisé. De plus, un système décentralisé encourage le sens de l'initiative et de la créativité. Un scientifique à l'origine d'un projet, pourra mieux le développer et le faire évoluer⁷⁴⁵.

C'est la dimension individuelle de la liberté de la recherche qui prime dans une organisation décentralisée et favorise la liberté de prise de décision individuelle. La liberté individuelle est alors indissociable du principe de communication entre les

⁷⁴⁴ T. Wilholt, *Die Freiheit des Forschung ; Begründungen und Begrenzungen*, op. cit., p. 100-101.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 104.

scientifiques et du droit de diffusion des résultats de la recherche (Section 1). Si le scientifique bénéficie de certaines garanties en tant qu'individu, il existe également au sein du « corps académique ». En tant que tel, il bénéficiera de garanties particulières supplémentaires (Section 2). A ce moment de l'étude, le scientifique permet le lien entre la dimension subjective de la liberté de la science et l'organisation décentralisée d'une institution.

A côté du groupe des étudiants, la corporation académique représente un autre groupe d'intérêt. Elle est incarnée en premier lieu par les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (ou professeurs d'université) ou « Hochschullehrer »⁷⁴⁶. Les autres membres de la corporation académique regroupent différentes catégories du personnel de la recherche et de l'enseignement dans les établissements d'enseignement supérieur mais tous concourent à la réalisation de la liberté académique selon leurs responsabilités.

La première réglementation dans le droit allemand relative aux professeurs datait de 1852. Elle était contenue dans le droit disciplinaire prussien (ou « Preussische Diszplinarrecht). Ce n'est qu'en 1920 que les professeurs d'université ont pu bénéficier d'un cadre législatif spécifique avec l'introduction de l'« Emeritierung »⁷⁴⁷. Après la seconde guerre mondiale, les Länder remplacèrent l'unique loi relative aux fonctionnaires (Beamtengesetz) au niveau fédéral par des lois régionales relatives aux fonctionnaires (Landesbeamtengesetz).

Le droit relatif aux universitaires ne parvient à s'unifier qu'avec la mise en œuvre de la loi cadre fédérale relative aux droits des fonctionnaires du 1^{er} juillet 1957 (Beamtenrechtsrahmengesetz, BRRG). C'est finalement à partir des années soixante-dix que le corps professoral s'entend comme une structure juridique unifiée. La loi cadre fédérale relative aux établissements de l'enseignement supérieur du 26 janvier 1976 règle le droit de service des professeurs (Dienstrecht der Professoren) ainsi que celui du personnel scientifique. Avec la réforme du fédéralisme de 2006, le droit réglementant le service des professeurs revient à la compétence des Länder qui

⁷⁴⁶ Le terme allemand « Hochschullehrer » signifie littéralement professeur d'un établissement d'enseignement supérieur. Ils sont pourtant l'équivalent français des enseignants-chercheurs. Les professeurs au sens strict ou professeurs d'université représentent les universitaires possédant une habilitation à diriger des recherches, l'« Habilitation » en droit allemand. Le terme « universitaire » est un concept plus large et peut désigner l'ensemble du personnel académique et scientifique de l'université allemande.

⁷⁴⁷ L'« Emeritierung » est l'équivalent en France de l'éméritat, à travers lequel « les professeurs des universités admis à la retraite peuvent pour une durée déterminée par l'établissement recevoir le titre de professeur émérite. Ce titre est délivré par le président ou le directeur de l'établissement sur proposition de la commission de la recherche du conseil académique ou, dans les établissements non dotés d'un conseil académique, du conseil scientifique ou de l'organe en tenant lieu, en formation restreinte aux personnes qui sont habilitées à diriger des travaux de recherche », art. 58 du décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

peuvent désormais légiférer de façon indépendante dans les limites posées par le droit constitutionnel⁷⁴⁸.

D'un côté, le corps académique bénéficie de certaines garanties particulières en raison du droit fondamental de la liberté de la science et des dispositions relatives à la libre administration au sein de l'université. D'un autre côté, les universitaires font partie d'une institution publique et en ce sens, ils bénéficient de certaines garanties et sont soumis à des obligations en tant que « fonctionnaire particulier ». Le groupe des universitaires bénéficie alors d'un statut spécifique. Il s'agira tout d'abord d'envisager la définition matérielle de la corporation afin d'identifier précisément ce groupe des universitaires bénéficiant de la plus large indépendance au sein des établissements d'enseignement supérieur, puis de s'intéresser à leur intégration dans la fonction publique, en tant que « fonctionnaire particulier ».

D'un point de vue fonctionnel, l'indépendance des universitaires dans l'exercice de leurs missions tient dans la distinction de leurs tâches premières (recherche et enseignement) et de leurs tâches secondaires. La doctrine différencie les « Primäraufgaben » des « Sekundäraufgaben ». En outre, les lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur se laissent la possibilité de rajouter des missions supplémentaires. En principe, les universitaires peuvent être chargés uniquement de missions attachées à leur établissement d'enseignement supérieur⁷⁴⁹.

A côté des missions premières de la recherche et de l'enseignement, les missions secondaires (« Sekundäraufgaben ») regroupent d'abord les activités relatives aux examens ou « Prüfungstätigkeiten » dans un établissement d'enseignement supérieur. Selon les lois des Länder relatives aux rapports juridiques dans les établissements d'enseignement supérieur, les professeurs doivent ensuite participer au processus de réforme des études. Certes les universitaires ne sont pas tenus de développer des initiatives propres dans ce domaine mais ils peuvent être amenés à contribuer par exemple à l'organisation de l'offre d'études dans les licences et les masters. Les universitaires peuvent encore exercer des missions de conseil dans les études⁷⁵⁰.

La description fonctionnelle du poste d'un universitaire détermine le cadre des missions exercées dans le service. A la différence des fonctionnaires de carrière, les universitaires sont recrutés pour la représentation de leur discipline dans la recherche et l'enseignement. La liste de leurs missions peut connaître certaines modifications mais cela ne vaut pas, en principe, pour les matières en lien avec la

⁷⁴⁸ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 114.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 160.

⁷⁵⁰ Par exemple, §46, Abs. 3 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG), „die Studierenden auch außerhalb der Lehrveranstaltungen in angemessenem Umfang fachlich zu betreuen“, §12, Abs. 4, S. 2 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG), „die Studienfachberatung“, S. 3, „die Mitwirkung an der Studienreform und an Qualitätsbewertungsverfahren“.

recherche et l'enseignement⁷⁵¹. Si la liberté de la science protège avant tout les universitaires pris individuellement contre les atteintes extérieures, leur statut de « fonctionnaire particulier » doit leur accorder les moyens concrets de maintenir leur indépendance dans l'exercice de leurs missions premières.

Section 1. La question de la diffusion et de la publication de la science : la responsabilité de l'universitaire dans l'utilisation des résultats de la recherche

Le contrôle des scientifiques et de leurs activités joue un rôle prépondérant vis-à-vis de l'exigence de la diversité dans le domaine de la science. La doctrine distingue la responsabilité interne du scientifique de sa responsabilité externe. La responsabilité interne est en lien avec la personnalité propre du scientifique et dépendante de son « auto-évaluation » alors que la responsabilité externe porte davantage sur ses activités scientifiques et sur l'appréciation de ses travaux par des acteurs tiers. La responsabilité interne du scientifique se rapporte aux règles relatives à la fabrication du savoir dans l'intérêt du domaine de la science. Cette éthique de la science ne connaît pas d'obligation directe envers les tiers. C'est le scientifique qui est face à ses propres responsabilités. Une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise que le scientifique est tenu d'être responsable devant la société et en particulier pour certains types de résultats. Il doit encore en informer la société civile⁷⁵².

L'universitaire et le scientifique au sens large sont soumis à une certaine responsabilité quant à l'exploitation de leurs résultats qu'ils ont obtenus dans l'exercice de leurs recherches. Si l'universitaire a des devoirs, il a aussi des droits relatifs à l'utilisation de ses résultats de la recherche. En ce sens, la Cour administrative de Berlin s'est prononcée dans un arrêt d'avril 2016⁷⁵³ sur la question de l'accès à l'information et plus particulièrement sur le droit d'accès à un écrit d'habilitation d'un universitaire. En l'espèce, le requérant a été habilité à diriger des recherches par la composante de droit de l'Université libre de Berlin, a occupé un poste de professeur depuis 2000 et exerce la matière de « droit public » à l'Université technique. La Cour estime que l'accès à un écrit d'habilitation avant sa publication pourrait être une atteinte à la liberté de la science du requérant.

⁷⁵¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op cit.*, p. 161.

⁷⁵² BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“, voir encore, VerfGH Nordrhein-Westfalen, déc. du 25 janvier 2000, 2/98 ; OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 19 décembre 2008, 6 B 1607/08 ; BVerfGE, déc. du 24 novembre 2010, 1BvF 2/05.

⁷⁵³ OVG Berlin, déc. du 21 avril 2016, 12 N41.14.

La responsabilité interne du scientifique est encadrée par les dispositions législatives des Etats fédérés. Par exemple, la loi relative aux universités du Land de Hesse, qui a fait l'objet d'un examen de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en mars 1978, définit une obligation de réfléchir aux conséquences sociétales des résultats scientifiques et une obligation d'information du public sur des résultats de la recherche en particulier. C'est au scientifique lui-même de porter ses résultats dans la société civile et d'engager sa responsabilité globale dans le domaine de la science.

Selon la doctrine, l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale fonde alors une responsabilité du scientifique concernant les résultats de la recherche, sanctionnée juridiquement. Il ne s'agit pas seulement d'un rappel moral. Vient aussi la question de la distinction entre le savoir et son application. Le scientifique pourrait être responsable uniquement de la qualité du savoir. Cependant, il est aussi impliqué dans l'utilisation de ce savoir. Quant aux possibilités d'application, cela ne toucherait qu'à la responsabilité de l'utilisateur⁷⁵⁴.

La forme de responsabilité la plus évidente, découlant de la qualité du savoir s'inscrit dans l'exercice du plagiat pour le scientifique. Bien que ce type de fraude soit communément admis et réprouvé par la communauté scientifique, sa philosophie juridique n'en reste pas moins complexe. Anatole France avançait que les vieilles idées « valaient mieux que les nouvelles, étant plus désintéressées [...] ». L'auteur cite encore une définition de Pierre Bayle selon lequel, « Plagier, c'est enlever les meubles de la maison et les balayures, prendre le grain, la paille, la balle et la poussière en même temps ». Anatole France concluait en ce que « le plagiaire est l'homme qui pille sans goût et sans discernement les demeures idéales »⁷⁵⁵. Si l'on rapporte sa pensée au domaine de la science et puisque l'on ne peut pas protéger les idées, il faudrait que celles-ci participent au progrès de la science et de la connaissance pour que leur copie ne puisse pas être qualifiée de fraude scientifique.

L'évaluation du scientifique s'exerce avant tout par le scientifique lui-même qui est libre de choisir sa propre démarche et son propre cheminement. S'il est responsable de ses activités de recherche et d'enseignement, il s'oblige envers lui-même et vis-à-vis de la science à adopter un comportement éthique. Il s'agit tout d'abord d'appréhender la notion de l'éthique scientifique. L'éthique existe-t-elle en tant que concept autonome ou suppose-t-elle de se détacher d'un certain nombre de pré-supposés et ressentis qui menaceraient de troubler une recherche sereine et diversifiée, conditionnée par l'honnêteté intellectuelle ?

Avant d'étudier le cadre juridique de la fraude scientifique au regard de la responsabilité du scientifique ainsi que ses effets et ses conséquences vis-à-vis de la

⁷⁵⁴ H-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 160-161.

⁷⁵⁵ A. France, *Apologie pour le plagiat*, Paris, La petite collection des éditions du sonneur, 2013, date de la première publication 1891, p. 13-14.

question de la diversité de la science (§2), la première interrogation porte sur la responsabilité du scientifique dans la définition propre de l'éthique scientifique (§1). Comment qualifie-t-on un comportement d'éthique ? Cela renvoie-t-il à une conception purement individuelle en lien avec la démarche d'un scientifique ou l'institution scientifique joue-t-elle aussi un rôle dans la prévention, la qualification, le contrôle et la responsabilité découlant de la commission d'une fraude scientifique ?

§1. Éthique propre du chercheur

Puisqu'elle signifie à la fois la mise en œuvre de valeurs scientifiques et la réalisation d'un objectif, la notion d'éthique reste complexe à utiliser et aussi à formaliser dans un cadre normatif. En outre, qui sont les individus ou les groupes d'individus chargés d'appréhender cette notion dans les textes (B) ? Cette notion démontre un lien direct avec la responsabilité du scientifique. Certaines distinctions peuvent être mises en avant et laisser apparaître les premières contradictions auxquelles doit faire face le scientifique dans l'exercice de ses recherches mais également le juriste dans l'appréhension de ces termes (A).

A. Les distinctions et contradictions permettant d'envisager une définition de l'éthique du scientifique

L'éthique propre du chercheur implique que l'individu qui exerce de la recherche doit se fixer ses propres limites en tenant compte de l'objectif de la promotion et de la valorisation des connaissances. Le scientifique doit tenir compte dans ses recherches de l'impact qu'elles pourraient avoir sur la société, à la fois, dans la mise en œuvre de sa démarche scientifique, mais encore dans l'utilisation de ses résultats. L'éthique du scientifique devrait être indissociable du processus d'un essai sérieux et planifié de quête de la vérité. L'éthique s'exerce envers le scientifique pour lui-même et à l'égard des autres scientifiques.

Autour de la notion d'éthique et de responsabilité, une distinction peut être faite entre la valeur et l'objectif scientifique. La communauté scientifique met en œuvre un certain nombre de valeurs particulières qui correspondent aussi à un système de valeurs occidentales. En effet, par exemple, dans la culture asiatique, le moyen pour comprendre une œuvre est de la reproduire. Les valeurs renvoient encore à un mode de pensée et de réflexion particulier pour une discipline. Comme vu précédemment, la rationalité propre de la science repose sur un certain nombre de valeurs dans lesquelles la science ne doit pas se confondre in fine⁷⁵⁶. L'ensemble de valeurs représentant la diversité de la science permet la réalisation de la pluralité des

⁷⁵⁶ Voir Première partie, Titre 1, Chapitre. 1, Section 1, §1, A. « La rationalité propre de la science ».

objectifs scientifiques. Les valeurs caractérisent le parcours de la recherche (et de l'enseignement), mises en œuvre en vue de la concrétisation d'objectifs scientifiques et réfléchis, valeurs et objectifs figurent l'éthique du scientifique.

Ensuite, la notion d'éthique peut se différencier de la notion d'intégrité. La première renverrait à une dimension interne du scientifique pour lui-même alors que la seconde indiquerait le comportement à suivre vis-à-vis des autres scientifiques. Il s'agit dans les deux cas de la responsabilité interne du scientifique. Par exemple, le plagiat pourrait être analysé comme un comportement allant à l'encontre de l'intégrité scientifique. L'intégrité peut encore être comprise comme la conséquence d'un comportement contraire à l'éthique. L'éthique peut aussi être entendue comme une notion plus large qui comprend l'intégrité.

La notion d'éthique dans sa dimension interne fait également intervenir la conscience du scientifique. Le chercheur doit rester consciencieux. La conscience peut renvoyer à l'autoévaluation qu'exerce le scientifique et à son autolimitation en fonction de sa propre éthique et de ses responsabilités. Jean-Pierre Sauvage, prix Nobel de chimie moléculaire, évoque à ce propos la nécessité d'une *objection de conscience* dont devrait faire preuve chaque scientifique dans ses activités⁷⁵⁷.

La philosophie décrit plusieurs approches de l'éthique et de l'intégrité scientifique. Hegel distingue la morale de l'éthique, Aristote a une vision téléologique de l'éthique et Kant associe la notion d'éthique à celle de l'autonomie. En d'autres termes, pour le philosophe, l'éthique définit la capacité pour l'individu de se déterminer lui-même. A la différence de Kant, Fichte pense que l'humain est attaché à un contexte duquel il doit se libérer pour pouvoir agir avec raison⁷⁵⁸. Kant s'attacherait à une éthique absolue et Fichte envisagerait l'éthique comme un objectif à atteindre, une fois l'individu libéré de ses émotions subjectives.

L'éthique et la morale entretiennent des liens étroits et notamment chez Cicéron qui traduit l'éthique par la morale. Pendant des siècles aucune différence n'était tracée entre l'éthique et la morale. L'éthique s'ajoutant à la morale (dans le sens d'un impératif) s'illustre comme la sagesse pratique. Désormais, plutôt que d'être rattachée à la morale, la question du sens scientifique et de la connaissance éthique reposerait sur trois aspects : l'orientation, le poids (la responsabilité) et le sens ressenti. La recherche de l'éthique comprend aussi certains risques. Cette quête peut en effet devenir un prétexte à une idéologie. Il y a encore un risque quant à l'usure des mots, voire de la « juridiciarisation » de la notion d'éthique à travers notamment la multiplication des comités d'éthique.

Paul Ricoeur définissait l'éthique comme la visée de la vie bonne ; être soi, avec les autres, dans des institutions justes. Ce n'est pas de progrès technique dont l'homme

⁷⁵⁷ J-P. Sauvage, « Ethique de la recherche et responsabilité sociale », Conférence du 15 mai 2017 organisée par le Collège des Ecoles doctorales de l'Université de Strasbourg.

⁷⁵⁸ T. Rockmore, « Fichte, éthique et philosophie transcendantale », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 71, n° 3, 2011, p. 343-353.

rêve en premier lieu, mais de progrès humain. La connaissance nourrit et interpelle la réflexion éthique par le savoir qu'elle met à disposition. Les comités d'éthique, qui existent en France depuis les années soixante, se posent la question de la pertinence de la recherche elle-même, l'intérêt de la science et la question de son application⁷⁵⁹. Les notions d'éthique et de responsabilité impliquent alors un comportement particulier du scientifique pour lui-même et un comportement du scientifique envers autrui. Dans les deux cas, le domaine de la science, dans sa dimension individuelle ou dans sa dimension générale, en pâtira en cas de démarche non éthique. C'est au scientifique en premier lieu de réfléchir à la notion de l'éthique mais surtout en tant qu'individu et en tant que citoyen, participant à une plus large communauté que celle des seuls scientifiques et académiciens.

Si la notion d'éthique est complexe à définir, la question d'une responsabilité éthique scientifique des chercheurs renvoie à plusieurs subtilités dans le droit pouvant parfois se contredire. Par exemple, le droit de ne pas divulguer des informations ayant trait à la recherche peut entrer en conflit avec une obligation de divulgation des informations. Au reste, le droit de ne pas divulguer des informations pourrait également se heurter au droit d'exercer une critique sur des travaux scientifiques et à l'obligation de réflexion du scientifique, faisant partie des conditions tenant à la rationalité propre de la science et à la diversité des opinions scientifiques. La Cour de Strasbourg a pu mettre en valeur ces questions dans une affaire de 2012⁷⁶⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la condamnation pénale infligée à un universitaire pour avoir refusé d'appliquer une décision de justice autorisant d'autres chercheurs à consulter les travaux universitaires menés sous sa responsabilité ne violait ni l'article 8, ni l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le requérant invoquait la « confidentialité absolue [faite] aux patients et à leurs parents ».

Plusieurs questions étaient posées et notamment celle de l'existence d'un droit de ne pas communiquer des informations dites confidentielles et celle de la sanction éventuelle de la Cour quant aux actions des pouvoirs publics réprimant la violation d'une obligation de divulguer des documents. La première question reviendrait à exploiter la facette négative de la liberté d'expression de l'article 10 de la Convention dans la mesure où la liberté de la science ne fait pas l'objet d'une protection particulière.

Dans cette affaire, la Cour rappelle en ce sens, les facettes négatives des droits conventionnels. Ensuite, la Cour, regrettant une jurisprudence peu abondante sur la question, n'exclut pas « qu'un droit négatif à la liberté d'expression soit protégé par l'article 10 de la Convention », en d'autres termes, un droit d'un individu de ne pas s'exprimer. La Cour européenne des droits de l'homme préfère toutefois préciser les limites de la portée de sa propre solution. Elle considère en effet que cette question

⁷⁵⁹ « Sciences et société », Communication et formation, formation du 24 octobre 2012, dispensée par le Collège des Ecoles doctorales de l'Université de Strasbourg.

⁷⁶⁰ CEDH, G.C., déc. du 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, req. n° 41723/06.

doit être résolue au cas par cas. Ainsi, malgré la possibilité de reconnaître un droit de ne pas divulguer des informations pouvant être nécessaires à l'exercice de la recherche, selon les juges européens, le chercheur ne pouvait pas, en l'espèce, promettre la confidentialité aux patients. C'est donc l'obligation de divulgation qui prime.

Une autre difficulté à résoudre dans cette affaire est de déterminer si le requérant, en tant que fonctionnaire, avait « un droit négatif autonome, aux fins de l'article 10 de la Convention, de ne pas divulguer les éléments du dossier de recherche alors que, d'une part, ces éléments n'étaient pas sa propriété mais celle de son employeur public – l'université de Göteborg – et que, d'autre part, celui-ci avait véritablement résolu de se conformer aux arrêts définitifs de la cour administrative d'appel accordant [à d'autres chercheurs] l'accès aux éléments du dossier de recherche à diverses conditions »⁷⁶¹. En conclusion, le requérant ne disposait pas de ce « droit négatif » de refuser de divulguer les éléments du dossier de la recherche.

Par ailleurs, le droit pour les chercheurs « de recevoir des informations par le biais de la consultation des documents publics », renvoie à un droit à l'accès à l'ensemble des informations et données publiques. La Cour ajoute que « la législation suédoise soumettait les documents en cause au principe de l'accès du public aux documents officiels, qui permet explicitement aux citoyens et aux médias d'exercer un contrôle sur l'Etat, les municipalités et les autres composantes du secteur public, ce qui contribue au libre échange des opinions et des idées et à une gestion efficace et correcte des affaires publiques »⁷⁶².

En l'espèce, le refus du requérant de laisser d'autres chercheurs accéder à ses travaux de recherche est considéré comme ayant « entravé le libre échange des opinions et des idées sur les travaux en question, en particulier sur les éléments et méthodes utilisés par les chercheurs pour parvenir à leurs conclusions »⁷⁶³. Le droit de critique des travaux universitaires est la contrepartie évidente de la liberté universitaire placée au service du « savoir et de la vérité », expression de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶⁴. Les contradictions autour du concept de l'éthique scientifique rendent délicate la traduction en droit positif de cette notion avant tout philosophique.

⁷⁶¹ CEDH, G.C., *déc. du 3 avril 2012*, Gillberg c. Suède, cons. 92.

⁷⁶² CEDH, G.C., *déc. du 3 avril 2012*, Gillberg c. Suède, cons. 95.

⁷⁶³ CEDH, G.C., *déc. du 3 avril 2012*, Gillberg c. Suède, cons. 95.

⁷⁶⁴ N. Hervieu, « Droit de ne pas divulguer des travaux universitaires versus droit d'accès et de libre critique des autres chercheurs », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 15 avril 2012.

B. La traduction en droit positif d'un concept philosophique

En droit allemand, dans les lois régionales des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur figurent des dispositions de bonne pratique de la science⁷⁶⁵. En outre, la « Deutsche Forschungsgemeinschaft » a rédigé en 1998 les « règles de la bonne pratique scientifique »⁷⁶⁶. Ces dispositions n'ont toutefois pas d'effet juridique contraignant. Par contre, elles auront un effet direct dans le cadre du financement de la recherche par des moyens privés dans cet institut de recherche.

La « Deutsche Forschungsgemeinschaft » a édicté des principes généraux de travail scientifique : une obligation de documentation, une obligation de remettre en cause ses propres résultats de la recherche, une exigence de probité au regard des contributions des partenaires, des concurrents et des prédécesseurs, un travail de coopération et une responsabilité dans la direction de groupes de travail, une attention accordée au progrès scientifique et la garantie et la conservation des données et des publications scientifiques. Ces principes édictés par l'institut s'adressent à la fois aux scientifiques mais aussi à l'institution dans son ensemble. La « Deutsche Forschungsgemeinschaft » a ensuite confié le soin de définir en détail, la bonne pratique scientifique ou l'erreur scientifique aux établissements d'enseignement supérieur.

En juillet 1998, la conférence des recteurs des établissements d'enseignement supérieur rédige un règlement procédural relatif à l'erreur scientifique⁷⁶⁷. Dans ce règlement figure la définition de l'erreur scientifique et le fait que les établissements d'enseignement supérieur doivent nommer un médiateur dans ce domaine. Une commission composée en majorité de professeurs doit, sur proposition du médiateur ou d'un de leur membre, enquêter sur l'erreur scientifique. Dans une procédure en amont, la commission décide si la procédure doit être déclenchée. Dans le système de l'enseignement supérieur, l'erreur scientifique ne peut être appréciée qu'en vertu des dispositions du droit de l'enseignement supérieur. La privation du grade académique peut être la conséquence d'un comportement contraire à l'éthique. Les sanctions peuvent être prises uniquement dans le cadre des missions des organes

⁷⁶⁵ Par exemple, §7a Bremisches Hochschulgesetz (BremHG), „Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis“, „Alle an einer Hochschule wissenschaftlich Tätigen sind verpflichtet, die allgemein anerkannten Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis einzuhalten. Sie sind zu wissenschaftlicher Redlichkeit verpflichtet. Sie haben anerkannte ethische Verfahrensweisen und Grundprinzipien einzuhalten, sie müssen Plagiarismus jeder Art vermeiden und den Grundsatz des geistigen Eigentums wahren, die gesellschaftliche Relevanz ihrer Forschung sicherstellen sowie erforderliche Genehmigungen einholen. Alle an einer Hochschule Lehrenden sind den Grundsätzen guter wissenschaftlicher Lehre im Hinblick auf die Lehr- und Prüfungsinhalte, die Sicherstellung des geregelten Lehr- und Prüfungsbetriebes und die Beratung der Studierenden verpflichtet. Das Nähere regeln die Hochschulen durch Satzung“.

⁷⁶⁶ « Regeln guter wissenschaftlicher Praxis », DFG, Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, S. 5 ff., (Zusammenfassung in NJW 1998, Seite 1764f.).

⁷⁶⁷ « Muster-Verfahrensordnung », « Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen », HRK, Empfehlung des 185. Plenums vom 6. Juli 1998.

compétents d'un établissement d'enseignement supérieur⁷⁶⁸ qui prendront ensuite les mesures nécessaires pour déclencher des procédures disciplinaires, civiles, sociales ou pénales⁷⁶⁹.

En droit constitutionnel allemand, les efforts pour associer la notion de recherche protégée par l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, avec une recherche responsabilisée et responsable se caractérisent par de nombreuses difficultés. Les débats sur l'éthique illustrent les conflits normatifs entre la liberté de la recherche et la garantie de la dignité humaine, mais encore avec d'autres domaines protégés par les droits fondamentaux comme le droit à la vie et à la santé ou la protection des animaux.

L'éthique du scientifique impose le respect du droit à la vie et du corps des individus et le respect des générations à venir. En ce sens, l'article 74, alinéa premier, numéro 26, tiret 2 de la Loi fondamentale fonde la compétence du législateur fédéral pour la réglementation du droit relatif à la technique des gènes (humains, animaux et plantes) et l'article 20a de la Loi fondamentale instaure une obligation de diligence particulière du législateur et une responsabilité de sa part pour les générations à venir. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, s'agissant des questions relatives à la technique des gènes, le législateur doit concilier le droit à l'intégrité de la vie et du corps, la liberté de la science, la liberté de la profession et la garantie de la propriété⁷⁷⁰.

Dans une affaire de 2010, il s'agissait pour la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler la compatibilité des dispositions de la loi de réglementation de la technique des gènes⁷⁷¹ avec la Constitution allemande. Dans cette loi prévaut une obligation de prévoyance et sont précisées certaines exigences en faveur d'une bonne pratique scientifique dans ce domaine particulier. En raison de la controverse sociétale entre les défenseurs et les opposants de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés concernant la culture et l'appréciation des conséquences de leur utilisation à long terme, le législateur doit observer une prudence particulière dans ce domaine⁷⁷².

En dehors des domaines pour lesquels le législateur doit observer une attention particulière, la jurisprudence allemande a développé des obligations plus générales afin de mettre en valeur une science éthique et responsable. La Cour constitutionnelle de Rhénanie du Nord-Westphalie estime que les dispositions de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land relatives à l'obligation de réflexion et d'explication des résultats de la recherche pour les établissements d'enseignement supérieur aussi bien que pour les

⁷⁶⁸ Par exemple, OVG NRW, déc. du 19 décembre 2008, 6 B 1607/08.

⁷⁶⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 163-164.

⁷⁷⁰ BVerfGE, déc. du 24 novembre 2010, 1 BvF 2/05.

⁷⁷¹ Gentechnikgesetz, GenTG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1993, BGBl I S. 2066; zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 29. Juli 2009, BGBl I S. 2542.

⁷⁷² BVerfG 118, 79, déc. du 13 mars 2007, „Treibhausgas-Emissionsberechtigungen“.

« Fachhochschule » sont compatibles avec la Constitution du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie⁷⁷³.

L'obligation en cause consiste à expliquer et à communiquer les résultats de la recherche qui pourraient avoir des conséquences sur des domaines individuels ou sociétaux protégés par la Constitution. L'obligation en faveur des établissements d'enseignement supérieur est contenue dans les paragraphes 3 de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land et de la loi du Land applicable aux « Fachhochschule »⁷⁷⁴.

En l'espèce, les requérants invoquaient une violation de la liberté de la science en ce que la mise en œuvre de cette « responsabilité eu égard aux conséquences de la recherche » porterait atteinte à la liberté individuelle du scientifique et à la liberté de la science des établissements d'enseignement supérieur en tant qu'institution bénéficiant de certains droits. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a déjà pu considérer que la liberté de la science n'est pas protégée isolément de l'Etat ou de la société mais protège une science au service de l'intérêt des individus et de la société dans son ensemble⁷⁷⁵.

Selon la Cour constitutionnelle du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, ce type d'obligation concerne à la fois les établissements d'enseignement supérieur en tant qu'institution et les scientifiques pris individuellement. Une atteinte à la liberté de la recherche du scientifique est légitime et peut être justifiée dans la mesure où cette obligation de discussion ou « Auseinandersetzungspflicht » se limite à une réflexion adaptée sur les conséquences importantes de la recherche, pouvant avoir lieu sur les domaines individuels et sociétaux protégés par la Constitution. En outre, selon la Cour, cette obligation ne doit pas être uniquement observée à l'intérieur d'un établissement d'enseignement supérieur mais également à l'égard de la société civile.

⁷⁷³ VGH Nordrhein-Westfalen, déc. du 25 janvier 2000, 2/98.

⁷⁷⁴ §3, Abs. 1 Gesetz über die Universitäten des Landes Nordrhein-Westfalen (UG NRW), „Die Hochschulen dienen der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung, Lehre und Studium. Sie wirken dabei an der Erhaltung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates mit und tragen zur Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen bei. Sie bereiten auf berufliche Tätigkeiten vor, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und wissenschaftlicher Methoden erfordern. Sie fördern den wissenschaftlichen Nachwuchs. Sie setzen sich im Bewusstsein ihrer Verantwortung gegenüber der Gesellschaft und der Umwelt mit den möglichen Folgen einer Nutzung ihrer Forschungsergebnisse auseinander. Die Sätze 1 bis 5 gelten für die Kunst entsprechend, soweit sie zu den Hochschulaufgaben gehört“; §3, Abs. 1 Gesetz über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (FHG NRW), „Die Fachhochschulen bereiten durch anwendungsbezogene Lehre auf berufliche Tätigkeiten vor, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden oder die Fähigkeit zu künstlerischer Gestaltung erfordern. In diesem Rahmen nehmen die Fachhochschulen Forschungs- und Entwicklungsaufgaben und künstlerisch-gestalterische Aufgaben wahr, die zur wissenschaftlichen oder künstlerischen Grundlegung und Weiterentwicklung von Lehre und Studium erforderlich sind. Sie wirken dabei an der Erhaltung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates mit und tragen zur Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen bei. Sie setzen sich im Bewusstsein ihrer Verantwortung gegenüber der Gesellschaft und der Umwelt mit den möglichen Folgen einer Verbreitung und Nutzung ihrer Forschungsergebnisse auseinander“.

⁷⁷⁵ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

En l'espèce, les dispositions de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land ne règlent que l'obligation des établissements et non des scientifiques au niveau individuel. Selon la Cour constitutionnelle du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, les établissements d'enseignement supérieur peuvent par ailleurs mettre en place des commissions d'éthique et des séminaires d'information à destination des individus. En outre, plus grands sont les risques pour les domaines constitutionnels relatifs aux tiers ou à la société en générale, plus grande est la responsabilité corporative et institutionnelle. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie définit l'obligation de « discussion » ou « Auseinandersetzung » comme une réflexion relative aux conséquences du transfert de la science pour la société et l'environnement. Les établissements d'enseignement supérieur portent une responsabilité lorsque sont en jeu des risques importants, par exemple, pour la dignité humaine, pour la vie et pour la santé des tiers⁷⁷⁶.

L'obligation de réflexion sur les conséquences de la recherche peut s'analyser comme une application a posteriori des critères relatifs à un comportement éthique et responsable pour le scientifique. L'obligation de réflexion liée à la recherche ne doit pas être entendue comme une limite à la liberté de la science mais bien comme une conséquence de la rationalité propre de la science et de l'exigence de la « falsifiabilité » de la science. Cette obligation de réflexion concerne le scientifique mais peut aussi s'appliquer à une institution lorsque les risques encourus pour les tiers sont plus importants. Ainsi la notion d'éthique, bien qu'elle découle d'abord de la définition propre du scientifique, aura des conséquences aussi bien sur le chercheur lui-même que sur d'autres scientifiques ou sur des institutions à but scientifique. En droit positif, d'autres restrictions sont à observer pendant le travail de recherche. Ces limitations renvoient directement à la notion d'intégrité scientifique. En d'autres termes, la fraude scientifique causée par un chercheur peut porter atteinte au domaine de la science en général ou à un autre scientifique en particulier.

§2. L'étendue de la fraude scientifique : responsabilité individuelle du scientifique, responsabilité institutionnelle

La fraude scientifique peut être entendue au sens strict comme la falsification et la fabrication de données ou le plagiat. La notion de fraude scientifique pourrait aussi être entendue plus largement. En effet, ne pourrait-on pas considérer que le fait qu'une entreprise participe aux conseils d'administration et alloue la majorité des fonds indispensable à la recherche sans qu'une liberté décisionnelle ne subsiste au

⁷⁷⁶ VerfGH Nordrhein-Westfalen, déc. du 25 janvier 2000, 2/98, „Auseinandersetzung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 5 UG meint die Reflexion der Folgen des Wissenschaftstransfers für Gesellschaft und Umwelt. Die Hochschulen tragen Verantwortung dafür, dass erhebliche Gefahren beispielsweise für Menschenwürde, Leben und Gesundheit Dritter rechtzeitig erkannt“.

profit des universitaires, constitue une fraude scientifique et nuise de facto à la diversité de la science ? La mise en concurrence illimitée sur le marché des universités et des scientifiques ne pourrait-elle pas « pousser » certains à commettre une fraude scientifique pour parvenir à des résultats probants à tout prix ?

Au sens strict, l'Académie suisse des sciences médicales déclare en 2002 que « la fraude scientifique met en péril la confiance en la science dans son ensemble ». De plus, « la confiance est ici envisagée comme condition permettant l'indépendance et la liberté académique en vue d'une plus grande créativité, de non-entraves à la recherche et d'une légitimité des allocations de fonds. La communauté scientifique se fixe le but de progresser dans la connaissance partagée par toute l'humanité ». La confiance peut être mise à mal par le doute qui accompagne le processus scientifique mais il s'agit surtout d'une confiance vis-à-vis des méthodes utilisées dans la recherche et des liens entre le scientifique et celui qui finance la recherche⁷⁷⁷.

Il s'agit d'abord de préciser la notion et les contours de la fraude scientifique en droit allemand, au regard du droit de la propriété intellectuelle et artistique (A). Parmi les types de fraude scientifique, le plagiat occupe la plupart des réflexions de la doctrine. En plus d'avoir certaines retombées sur la renommée du scientifique pris individuellement, certaines conséquences peuvent aussi découler de la responsabilité institutionnelle, dans la mesure où le scientifique peut adopter un comportement contraire à l'éthique en exerçant ses missions propres. En ce sens, la jurisprudence française fait la distinction entre une faute personnelle pour le scientifique et une faute de service (B). Cette distinction peut avoir des effets sur l'indépendance même du scientifique au sein de son institution.

A. La notion de fraude scientifique dans le droit de la propriété intellectuelle et artistique

En règle générale, trois types de fraude scientifique peuvent être distingués ; la fabrication de données, la falsification de données et le plagiat. Dans le premier cas, le « scientifique » crée des résultats de recherche sans aucune démarche empirique. Dans le second cas, il s'agit de manipuler des données pour « coller » aux objectifs prévus de la recherche en cause. Et le plagiat consiste en l'appropriation totale ou partielle par un scientifique, de recherches exercées par un autre auteur.

Au préalable, la notion de plagiat contient de fortes particularités, voire certaines contradictions. Dans le domaine de la littérature en effet, lorsqu'un poète inconnu se plaignait d'un plagiat de l'écrivain Alphonse Daudet, Anatole France, dans son œuvre

⁷⁷⁷ E. Baier, L. Dupraz, « Responsabilité individuelle et institutionnelle des chercheurs en cas de fraude scientifique : valeurs et éthique », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2007/3 n°19, p. 29-44.

« Apologie pour le plagiat », lui répondit que « les idées sont à tout le monde et [que] tout a été déjà pensé ». Il ne considérait donc pas qu'Alphonse Daudet ait pu être un plagiaire. Anatole France prend alors l'exemple de Molière qui s'inspirait de Scarron pour écrire une scène du Tartuffe. Scarron empruntait lui-même son intrigue à une nouvelle espagnole. Anatole France écrit à propos du dramaturge Molière, « tout ce qu'il prend lui appartient aussitôt, parce qu'il y met sa marque », c'est ce que l'on peut attribuer au talent de l'écrivain⁷⁷⁸. En d'autres termes, si les idées, bien qu'elles appartiennent à un autre, sont reprises par un auteur et que celui-ci les transforme pour créer une œuvre singulière, cet auteur ne saurait être désigné de plagiaire. Ce raisonnement applicable à la littérature peut-il être transposé au plagiat scientifique ?

La science, c'est le progrès de la science. Les citations, la paraphrase ou le plagiat ne font que reproduire la science. Toutefois, des citations et des paraphrases qui ne sont pas référencées rentrent dans la définition du plagiat. Celui qui plagie en vue de s'approprier une activité alors qu'il ne peut pas en apporter la preuve devrait être sanctionné. Pour autant, cet individu se distingue de celui qui fausse des données, le plagiaire ne causerait pas de dommage à l'ensemble de la science mais uniquement aux intérêts d'un scientifique. Le plagiaire porte surtout atteinte à l'intégrité scientifique et à l'honnêteté intellectuelle qui seraient exigées de chaque membre de la communauté.

D'autre part, la connaissance scientifique est un bien qui ne se consomme ni ne s'épuise lorsque d'autres la reproduisent. Il n'y aura pas moins de connaissance lorsque d'autres se la partagent. Selon la doctrine, l'idéal du progrès scientifique se décrit dans un monde au sein duquel les scientifiques ne seraient pas intéressés par les garanties de propriété intellectuelle mais considéreraient davantage leurs connaissances comme un bien commun. En cela, la science telle qu'elle est exercée aujourd'hui ne correspond pas à ce système idéal⁷⁷⁹. La jurisprudence allemande résout les questions relatives à la fraude scientifique en se reposant sur la liberté de la science mais aussi sur les droits de propriété intellectuelle.

La jurisprudence allemande a été confrontée à une affaire de plagiat en 2011. Dans une décision du tribunal compétent dans les affaires relatives au travail de Hambourg, le requérant invoque une violation de ses droits relatifs à la personnalité dans la mesure où il serait victime de plagiat⁷⁸⁰. Selon le tribunal, l'œuvre en question est protégée à la fois par la liberté d'expression de l'article 5, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, ainsi que par la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première. Selon le tribunal de Hambourg, il faut donc confronter le passage litigieux et le manque de citation avec la liberté de la science qui ne trouve ses limites que dans la protection constitutionnelle des droits des tiers. Dans ce cas, les droits

⁷⁷⁸ A. France, *Apologie pour le plagiat*, op. cit., p. 42.

⁷⁷⁹ W. Klein, „Fast nur Zitate und Paraphrasen, oder: Von Nutzen und Schaden des Plagiats“, dans C. Lahusen et C. Marksches, *Zitat, Paraphrase, Plagiat, Wissenschaft zwischen guter Praxis und Fehlverhalten*, Berlin, Campus Verlag GmbH, 2015, p. 67-84.

⁷⁸⁰ AG Hamburg, déc. du 21 février 2011, 36A C 243/10.

découlant de la liberté de la science et de la liberté d'expression du défendeur sont relégués au second plan par rapport aux droits du requérant. En l'espèce, il y a bien une volonté de s'approprier des résultats de la recherche selon le tribunal de Hambourg.

Il est question de plagiat lorsqu'un scientifique fait passer les résultats d'un travail intellectuel d'autrui pour une activité propre. Le droit de la propriété intellectuelle et littéraire ne protège pas les idées en tant que telles, il n'offre de protection qu'en faveur des œuvres exclusivement⁷⁸¹. En revanche, les droits de propriété intellectuelle protègent l'auteur « dans sa relation « intellectuelle » et personnelle avec l'œuvre et dans l'utilisation de l'œuvre »⁷⁸². Une œuvre peut être définie selon sa forme générale et l'organisation des idées et selon la conception originale de son contenu. L'œuvre doit également correspondre à une création propre⁷⁸³.

En outre, la protection intellectuelle des travaux scientifiques reste problématique en ce qu'ils dépendent d'un fort langage technique, formalisé pour des travaux dans une discipline particulière. La protection intellectuelle pourrait alors restreindre l'espace de création purement individuel du scientifique en apposant des critères précis conditionnant les garanties. Cette protection peut encore faire encourir le risque de fermer des axes de recherche et en cela, porterait atteinte au discours scientifique au sens large et à sa diversité. Cette idée renvoie par exemple à la problématique de la brevetabilité des gènes dans le domaine des sciences exactes. En effet, « l'extension de droits exclusifs sur l'usage des matériels et des données génétiques est susceptible de contrarier et de diminuer les normes de libre circulation et de partage des connaissances scientifiques »⁷⁸⁴. Par conséquent, lorsqu'un travail scientifique bénéficie d'une protection particulière, cela ne signifie pas pour autant que les résultats de ce travail ne doivent pas être utilisés⁷⁸⁵. Néanmoins, lorsque

⁷⁸¹ §1 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG).

⁷⁸² §11 UrhG, „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes“.

⁷⁸³ §2, Abs. 2 UrhG, „Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen“.

⁷⁸⁴ M. Cassier, « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2002, p. 235-259. En France, la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques vient transposer la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. La loi dispose notamment que « les inventions nouvelles brevetables impliquent une activité inventive, elles peuvent porter sur un produit biologique ou un procédé permettant d'utiliser de la matière biologique, même si elle existe à l'état naturel. Ne sont pas brevetables les variétés végétales, les races animales, le corps humain, les inventions contraires à l'éthique (clonage, manipulation génétique ...) évaluées par le groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies de la commission. »

⁷⁸⁵ §51 UrhG, „Zitate“, „Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn 1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden; 2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden; 3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden“.

l'utilisation de travaux scientifiques est rendue possible, aucune modification ne peut y être apportée⁷⁸⁶.

Chaque récupération d'une activité ou d'une idée d'autrui porte atteinte à l'activité autonome d'un scientifique et peut en cela, constituer un plagiat dans le domaine de la science. Pour autant, tout ce qui peut être qualifié de « plagiat » ne constitue pas forcément une atteinte au droit de la propriété intellectuelle et artistique. Dans la mesure où une atteinte est constatée, la sanction peut se traduire dans la privation d'un titre académique selon les dispositions du droit administratif⁷⁸⁷, des statuts des établissements d'enseignement supérieur⁷⁸⁸ et du droit régional des établissements d'enseignement supérieur.

Le régime du plagiat dans le domaine de la science mis en œuvre par la loi fédérale allemande relative au droit de la propriété intellectuelle et littéraire s'inspire largement du droit public et plus exactement du droit administratif. Les lois fédérales et régionales relatives à la procédure administrative ne contiennent pas de dispositions explicites quant aux citations et au plagiat mais c'est davantage l'œuvre de la jurisprudence. Par exemple, le décernement du grade de docteur est illégal lorsque « des passages d'œuvres d'autres auteurs sont récupérés dans une large mesure, mot à mot ou presque, sans que soient utilisés de guillemets ou d'autres signes qui les rendent reconnaissables ». Une affaire a été résolue en ce sens par la Cour administrative de Freiburg⁷⁸⁹.

Si le chercheur est reconnu coupable de fraude scientifique, il peut subir certaines conséquences institutionnelles comme le retrait, voire le remboursement de fonds de recherche attribués au laboratoire ou à l'ensemble de l'institution. En outre, il peut y avoir un risque d'atteinte à la crédibilité de tous les chercheurs du domaine scientifique en cause dans la mesure où certains scientifiques ont pu utiliser de bonne foi des résultats obtenus de façon frauduleuse. La doctrine parle encore du « spectre de la fraude [qui] risque de miner la confiance mutuelle indispensable à la recherche et de créer un climat de suspicion dans les centres de recherche ». Certaines retombées scientifiques positives peuvent toutefois être dégagées. La diffusion des comportements frauduleux permet le développement de l'autocritique des chercheurs qui doivent alors faire preuve de davantage de prudence dans

⁷⁸⁶ §62 UrhG „Änderungsverbot“, Abs. 1, „Soweit nach den Bestimmungen dieses Abschnitts die Benutzung eines Werkes zulässig ist, dürfen Änderungen an dem Werk nicht vorgenommen werden. § 39 gilt entsprechend“.

⁷⁸⁷ §48 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

⁷⁸⁸ Concernant, les dispositions relatives à la promotion, par exemple, §19 Promotionsordnung der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg vom 7. Juli 2010.

⁷⁸⁹ VG Freiburg, déc. du 23 mai 2012, 1 K 58/12, cité dans R. Maria Kiesow, „Das Recht aufs Plagiat“, C. Lahusen et C. Marksches, *Zitat, Paraphrase, Plagiat, Wissenschaft zwischen guter Praxis und Fehlverhalten*, Berlin, Campus Verlag GmbH, 2015, p. 59-66.

l'analyse des données. En outre, de nouvelles procédures voient le jour afin de traiter les cas de fraude⁷⁹⁰.

Ainsi, la responsabilité individuelle du scientifique peut être liée à sa responsabilité institutionnelle. En effet, le scientifique peut commettre une fraude scientifique dans l'exercice de ses missions propres dans un institut de recherche ou dans un établissement d'enseignement supérieur. Dans ce cas, il faudra clairement identifier la part de responsabilité du scientifique et les responsabilités qui peuvent incomber à l'institution. Il faut conserver un juste équilibre entre la part de responsabilité de l'institution qui repose sur ses membres et l'indépendance du scientifique dans son exercice. En droit français, la jurisprudence procède d'une démarche reposant sur la distinction entre une « faute personnelle » et une « faute de service » afin de confronter la responsabilité individuelle et la responsabilité institutionnelle.

B. Aperçu de la question de la fraude scientifique dans la jurisprudence française : distinction entre « faute personnelle » et « faute de service »

L'articulation entre la responsabilité propre du scientifique en cas de fraude scientifique et les retombées qui peuvent s'exercer sur l'ensemble du laboratoire ou de l'institution n'est pas évidente. En effet, en règle générale, le scientifique en cause est en train d'accomplir sa mission et ce, qu'il exerce dans un cadre public ou privé en étant protégé par la liberté de la science. Le scientifique doit poursuivre ses activités dans une institution qui offre un climat favorable à la créativité, à la diversité et à la prise de risque mais également, le scientifique doit conserver une large autonomie dans ses travaux.

En France, la chambre civile de la Cour de cassation estime que la publication par un universitaire, dès lors qu'elle ne constituait pas de faute personnelle, ne saurait conduire à l'engagement de sa responsabilité civile devant le juge judiciaire et pouvait être suivie uniquement devant le juge administratif⁷⁹¹. Dans les faits, un professeur de littérature reproche à un avocat de n'avoir pas suffisamment signalé dans son travail les emprunts à un autre auteur. L'avocat en question décide de le poursuivre devant le juge civil. Selon la Cour de cassation, « quel qu'en soit le support, la publication d'un ouvrage, qui est le résultat de recherches universitaires, entre dans la mission du service public de l'enseignement supérieur et relève des fonctions des enseignants-chercheurs qui s'exercent dans le domaine de la diffusion des connaissances ». La Cour de cassation distingue la faute personnelle de la faute de service. Par conséquent, même si la publication provient d'un éditeur privé, le

⁷⁹⁰ S. Larivée, « La fraude scientifique et ses conséquences », Faculté des arts et des sciences, Ecole de psycho-éducation, Université de Montréal.

⁷⁹¹ C. Cass. Civ. 1ère, 23 février 2011, n°09-72. 059, Maurel Indart c/ Edelmann, Bull. n°183, *AJDA* 2011.

juge administratif sera compétent pour connaître d'une action en diffamation contre un universitaire.

C'est l'arrêt du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873⁷⁹² qui, à l'origine, distingue la responsabilité personnelle de la responsabilité du service public, faisant suite à l'abandon du système de garantie des fonctionnaires. Au départ, l'administration elle-même était en principe irresponsable quant aux agissements de ses fonctionnaires. La loi des 16 et 24 août sur la séparation des autorités administrative et judiciaire interdisait aux tribunaux judiciaires de les citer devant eux à raison de leurs fonctions. Deux situations peuvent désormais être constatées ; celle où les faits reprochés à l'agent se rapportent à un fait personnel et celle où les faits reprochés se rapportent à un fait lié à la fonction de l'agent. Depuis cet arrêt, les notions de faute personnelle et de faute de service se sont substituées au système de la garantie des fonctionnaires.

D'une part, une faute personnelle ne doit pas être confondue avec la faute pénale⁷⁹³. D'autre part, la faute commise par un agent « qui n'était animé par aucun intérêt personnel [...] dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service [...] ne saurait être regardée, quelle que soit sa gravité, comme une faute personnelle détachable du service »⁷⁹⁴.

La jurisprudence a pu évoluer, toujours dans l'intérêt de la victime. En effet, certaines fautes peuvent être qualifiées de « faute personnelle » bien qu'elles aient été commises dans le cadre des fonctions de l'agent. C'est le cas lorsque les faits reprochés présentent une gravité telle que la faute en question ne pourrait pas être qualifiée de faute de service. Selon la Cour de cassation, peut être qualifiée de faute personnelle, une faute « détachable de la fonction d'un agent public, même si elle n'est pas dépourvue de tout lien avec son service, celle qui révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique, qui comporte une intention de nuire ou présente une gravité inadmissible ou particulière compte tenu des règles déontologiques de la profession »⁷⁹⁵. « Un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique » s'apparente à la notion d'éthique de la recherche pour les universitaires.

Au reste, les actes commis par les agents publics pendant leur fonction ont été soustraits au juge judiciaire. C'est le régime de la responsabilité administrative qui s'applique tenant compte du lien de subordination. L'universitaire français ne bénéficie d'aucun « régime de faveur » par rapport à l'ensemble des agents publics. Ce lien de subordination semble dès lors aller à l'encontre de la liberté d'expression

⁷⁹² T. des conflits, 30 juillet 1873, req. n° 00035, Pelletier, Rec. Lebon p. 117.

⁷⁹³ T. des conflits, 14 janvier 1935, Thépez, Rec. p. 1224, S. 1935, III, p. 17, note Alibert.

⁷⁹⁴ T. des conflits, 19 octobre 1988, req. n° 03131, Préfet du Tarn c. CA Toulouse, Rec. p. 822 ; D. 1999, jurispr. p. 127, note Gohin ; *JCP G* 1999, II 10225, concl. Sainte-Rose, note du Cheyron.

⁷⁹⁵ C. Cass, crim., 30 septembre 2008, n° 07-82.249, publié au bulletin.

mentionnée dans le Code de l'éducation⁷⁹⁶ et du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs selon plusieurs auteurs.

René Chapus expliquait que la condition de responsabilité pouvait se satisfaire d'un « simple droit de surveillance et de contrôle » sur les enseignants-chercheurs. Si cette subordination prédominait, il existerait un paradoxe « entre le rôle des enseignants dont la fonction est par nature et dans son objet libre de toute forme d'entrave, autorisation, ordre ou instruction émanant d'un pouvoir hiérarchique quelconque en ce qui concerne le contenu de leurs écrits et de leurs discours, [...] et d'un autre côté, le rôle des fonctionnaires soumis au pouvoir hiérarchique et obligés de lui obéir dans tous les actes de leur fonction »⁷⁹⁷. D'autres auteurs comme Paul Amselek ne suppose pas de lien de subordination mais se base uniquement sur un critère fonctionnel et non un critère organique⁷⁹⁸.

De façon générale, le Conseil d'Etat a considéré qu'une faute personnelle peut ne pas être dénuée de tout lien avec le service⁷⁹⁹. Par conséquent, si la faute n'est pas dénuée de tout lien avec le service, la victime a le choix de poursuivre l'administration devant le juge administratif ou l'agent public devant le juge judiciaire. Entre alors en jeu le critère de la « détachabilité ». Pour que le juge administratif soit saisi, il suffit que le fait dommageable ait eu lieu « à l'occasion du service » ou que « les moyens et les instruments de la faute [aient] été mis à la disposition du coupable par le service ».

Dans le domaine de l'enseignement supérieur, l'universitaire n'est pas un mandataire de l'établissement au sein duquel il exerce ses fonctions. Les universitaires écrivent et publient dans le sens de la quête de la vérité et de la connaissance, au nom de leur seule conscience. A défaut d'être le porte-parole de l'université, l'universitaire est le porte-parole de la science et de sa transmission. Trois éléments peuvent être distingués quant au caractère personnel de la faute : l'extériorité à l'exercice des fonctions, l'intention de l'agent ou la particulière gravité de la faute. Il faut encore que l'universitaire n'ait pas un comportement malveillant et ne veuille pas nuire à autrui⁸⁰⁰. Ainsi le régime de la responsabilité de l'administration du fait de ses agents présente certains avantages pour les universitaires. Pour autant, selon les mots de René Chapus, il ne faut pas que cela contribue à noyer les universitaires dans la

⁷⁹⁶ Art. L. 952-2 du Code de l'éducation.

⁷⁹⁷ J. Cadart, « Les autorisations d'absence, les missions et les séjours à l'étranger des membres de l'enseignement sup », *Cette Revue*, 1967, p. 1127, cité dans T. Hochmann, « L'université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés par la publication de recherches : une victoire à la Pyrrhus ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, RDP 2011, n°4, p. 863-882.

⁷⁹⁸ « L'université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés par la publication de recherches : une victoire à la Pyrrhus ? », *op. cit.*, p. 863-882.

⁷⁹⁹ Conseil d'Etat, décision du 18 novembre 1949, *Dlle Mimeur, Defaux, Besthelsemer*, JCP 1950, II, 5286, concl. Gazier.

⁸⁰⁰ Selon la Cour de cassation, une faute personnelle n'est détachable du service « que s'il est démontré que leur auteur a agi dans une intention malveillante ou pour satisfaire un intérêt personnel étranger au service public », C. Cass. Civ. 1ère, 9 décembre 1986, Bull. civ. I n°295.

« masse homogène des agents publics »⁸⁰¹. La distinction entre la faute personnelle et la faute de service renvoie directement à l'expression de l'indépendance de l'universitaire et de son lien avec l'institution universitaire qui doit le protéger et le favoriser dans ses activités.

Enfin, il y aura une exigence de réparation du dommage uniquement dans le cas où l'expression litigieuse est « manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave, un mépris flagrant pour la recherche de la vérité »⁸⁰². La faute de l'auteur est exclue si celui-ci s'est comporté comme quelqu'un de « prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui imposaient »⁸⁰³. Toutefois, si le requérant peut engager la responsabilité de l'université, celle-ci pourra toujours se retourner contre l'universitaire⁸⁰⁴. C'est le rôle du président d'université d'exercer cette compétence « quasi-disciplinaire »⁸⁰⁵. Certains auteurs prônent toutefois l'instauration d'un privilège de juridiction ne permettant la poursuite d'un tel écrit uniquement devant une formation composée exclusivement de pairs⁸⁰⁶.

La question de la fraude scientifique renvoie à la fois à la nécessité pour chaque scientifique de définir sa propre éthique et en même temps, d'adopter un comportement en accord avec les valeurs et les objectifs de la science. Les conséquences qui découlent d'un comportement contraire à l'éthique peuvent se répercuter sur le scientifique lui-même, sur un groupe de scientifiques ou sur l'ensemble de l'institution. C'est notamment ce que met en avant la distinction jurisprudentielle française entre faute personnelle et faute de service. Dans un même temps, cette question implique l'évaluation des responsabilités et le contrôle de la part d'autres acteurs que les scientifiques pouvant mettre en péril les libertés universitaires. Les garanties particulières de la liberté de la science qui s'adressent au scientifique pris individuellement sont donc complétées par des garanties applicables au groupe des universitaires, à la corporation universitaire. L'universitaire, l'« agent public » des établissements d'enseignement supérieur français possède-t-il un statut différent de son homologue allemand ?

⁸⁰¹ T. Hochmann, « L'université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés par la publication de recherches : une victoire à la Pyrrhus ? », *op. cit.*, p. 863-882.

⁸⁰² C. Cass. Civ.1ère, 15 juin 1994, Bull. n°218.

⁸⁰³ C. Cass. Civ. 1ère, 27 septembre 1951, Branly c/ Turpain, D.1951, 329, note H. Desbois.

⁸⁰⁴ Conseil d'Etat, décision du 28 juillet 1951, n° 04032, publié au Recueil.

⁸⁰⁵ La question des franchises universitaires, la franchise de police et la franchise juridictionnelle sera abordée dans la seconde partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 « Les fondements de la garantie institutionnelle des franchises universitaires en France et en Allemagne ».

⁸⁰⁶ Thèse Fortier, p. 316, cité dans T. Hochmann, « L'université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés par la publication de recherches : une victoire à la Pyrrhus ? », *op. cit.*, p. 863-882.

Section 2. Le statut spécifique du corps académique

Les garanties relatives à la liberté de la science accordent une protection particulière à la corporation universitaire au sein d'un établissement d'enseignement supérieur. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur a subi plusieurs modifications depuis son entrée en vigueur. Les paragraphes 42 à 57 de la loi de 1976 réglaient les rapports juridiques du personnel scientifique et artistique d'un établissement d'enseignement supérieur, employé à plein temps. Les dispositions cadres ont été allégées au fil des réformes. Le personnel est dorénavant composé des professeurs des établissements d'enseignement supérieur (ou « Hochschullehrer »)⁸⁰⁷, des « professeurs assistants » (ou « Juniorprofessor »)⁸⁰⁸, des collaborateurs scientifiques et artistiques (ou « Wissenschaftliche und künstlerische Mitarbeiter »)⁸⁰⁹ ainsi que des enseignants employés pour des missions spécifiques dans un établissement (ou « Lehrkräfte für besondere Aufgaben »)⁸¹⁰.

Ces dispositions de la loi cadre déterminent ce que la doctrine appelle « Typenzwang ». En d'autres termes, les catégories de professeurs sont désignées dans une liste exhaustive. Cela garantit le fait qu'en dehors de ces quatre catégories de personnel des établissements d'enseignement supérieur, aucune autre catégorie ne peut y être intégrée⁸¹¹. Cette contrainte permet de garantir une certaine sécurité statutaire aux membres déjà en place. La liberté de la science bénéficiera aux individus appartenant à ces catégories en fonction des responsabilités dans l'enseignement et la recherche. Si toutes les catégories de personnel scientifique peuvent participer à la promotion de la liberté de la science, la Cour constitutionnelle fédérale accorde une place particulière aux professeurs détenant une habilitation à diriger des recherches (« Professor »), en usant de la définition matérielle de l'universitaire (§1).

Le paragraphe 44 de cette même loi dans sa version de 1976⁸¹² présentait les conditions minimales nécessaires au recrutement d'un « professeur », en outre

⁸⁰⁷ §42, 43 Hochschulrahmengesetz (HRG), „Das hauptberuflich tätige wissenschaftliche und künstlerische Personal der Hochschule besteht insbesondere aus den Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern (Professorinnen und Professoren, Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren), den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Lehrkräften für besondere Aufgaben“.

⁸⁰⁸ §47 HRG.

⁸⁰⁹ §53 HRG, „Wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind die Beamtinnen, Beamten und Angestellten, denen wissenschaftliche Dienstleistungen obliegen“.

⁸¹⁰ §56 HRG, „Soweit überwiegend eine Vermittlung praktischer Fertigkeiten und Kenntnisse erforderlich ist, die nicht die Einstellungsvoraussetzungen für Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer erfordert, kann diese hauptberuflich tätigen Lehrkräften für besondere Aufgaben übertragen werden“.

⁸¹¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 115.

⁸¹² §44 HRG a. F. (ancienne version), (1) „Einstellungsvoraussetzungen für Professoren sind neben den allgemeinen dienstrechtlichen Voraussetzungen mindestens 1. ein abgeschlossenes

d'autres conditions pouvaient être exigées. Cette disposition donnait davantage de détail et établissait trois voies de qualification pour les professeurs ; la voie scientifique caractérisée par l'habilitation ou une qualification scientifique équivalente, la possibilité de justifier d'une qualification professionnelle pratique (§ 44 Abs. 1 Nr. 4b), ou le recrutement en fonction de la possession d'une qualification théorique scientifique. Ce dernier type de recrutement, que la doctrine appelle la « Genieklausel » (§ 44 Abs. 2), était une voie de qualification particulière et ne pouvait être utilisée que de façon restreinte. Dans la mesure où la loi cadre n'est plus aussi détaillée sur ces conditions, le système de recrutement est devenu plus flexible.

D'autre part, le paragraphe 43 de la loi entrée en vigueur en 1976 était plus précis concernant les missions des professeurs des établissements d'enseignement supérieur. En outre, le dernier alinéa du paragraphe 43 posait une « clausula rebus sic stantibus », une clause implicite qui sous-entendait que les dispositions relatives aux missions ne restent applicables que pour autant que les circonstances essentielles qui ont justifié la conclusion de ces actes (notamment l'acte relatif au recrutement d'un professeur) demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées par le professeur⁸¹³. Il s'agissait ici de se conformer aux principes du droit général des fonctionnaires ; le « supérieur hiérarchique » est tenu de respecter les missions de service du fonctionnaire.

L'exception que mettait en œuvre cette clause ne signifiait pas que les professeurs se soumettaient aux directives et injonctions dues à leur fonction en tant que fonctionnaire mais signifiait précisément le contraire ; un universitaire qui était nommé à l'origine pour des missions de recherche et d'enseignement ne pouvait pas en principe être démis de ses fonctions⁸¹⁴. La position singulière de l'universitaire, qui place ce-dernier dans la catégorie de « fonctionnaire particulier », se caractérisant

Hochschulstudium, 2. pädagogische Eignung, die in der Regel durch Erfahrungen in der Lehre oder Ausbildung nachgewiesen wird, 3. besondere Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit, die in der Regel durch die Qualität einer Promotion nachgewiesen wird, oder besondere Befähigung zu künstlerischer Arbeit und 4. darüber hinaus je nach den Anforderungen der Stelle a) zusätzliche wissenschaftliche Leistungen, die durch eine Habilitation oder durch gleichwertige wissenschaftliche Leistungen, auch in einer Tätigkeit außerhalb des Hochschulbereichs nachgewiesen worden sind, oder zusätzliche künstlerische Leistungen oder b) besondere Leistungen bei der Anwendung oder Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, von der mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs ausgeübt worden sein müssen. (2) (Genieklausel) Soweit es der Eigenart des Faches und den Anforderungen der Stelle entspricht, kann abweichend von Absatz 1 Nr. 1 bis 4 als Professor auch eingestellt werden, wer hervorragende fachbezogene Leistungen in der Praxis und pädagogische Eignung nachweist. (3) Professoren mit ärztlichen, zahnärztlichen oder tierärztlichen Aufgaben müssen zusätzlich die Anerkennung als Facharzt, Fachzahnarzt oder Fachtierarzt nachweisen, soweit für das betreffende Fachgebiet nach Landesrecht eine entsprechende Weiterbildung vorgesehen ist“.

⁸¹³ §43, Abs. 3, S. 2 HRG a. F. (ancienne version), „Art und Umfang der von dem einzelnen Professor wahrzunehmenden Aufgaben richten sich unter Beachtung der Absätze 1 und 2 nach der Ausgestaltung seines Dienstverhältnisses und der Funktionsbeschreibung seiner Stelle. Die Festlegung muss unter dem Vorbehalt einer Überprüfung in angemessenen Abständen stehen“.

⁸¹⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op cit*, p. 116.

comme un fonctionnaire bénéficiant d'une plus large indépendance dans l'exercice de ses missions, dépend de sa définition fonctionnelle (§2).

§1. La définition matérielle du groupe des universitaires en France et en Allemagne

La définition matérielle du groupe des universitaires ou professeurs d'établissement d'enseignement supérieur est la condition de l'incarnation d'un corps et de la création d'une corporation. D'un autre côté, l'hétérogénéité de ce corps laisse planer quelques hésitations quant à la mise en œuvre de réelles garanties positives et durables de la part de l'Etat. Le principe d'indépendance français qui caractérise le corps des enseignants-chercheurs trouve son équivalent dans le principe d'homogénéité allemand.

En France, le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1984 comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁸¹⁵. En ce sens, les enseignants-chercheurs « jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et dans leurs activités de recherche ».

En France, pour appartenir à cette catégorie de personnel et bénéficier du principe d'indépendance, le recrutement aux postes d'enseignants chercheurs est ouvert aux « candidats titulaires d'une habilitation à diriger des recherches »⁸¹⁶. En Allemagne, il existe son équivalent, « Habilitation ». En outre, « les candidats doivent être inscrits sur une liste de qualification aux fonctions de professeur des universités établie par le Conseil national des universités »⁸¹⁷.

L'arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches précise que le diplôme de l'habilitation est délivré par les universités et par les établissements d'enseignement supérieur public figurant sur une liste établie par le ministre chargé de l'enseignement supérieur après avis du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche⁸¹⁸. Le diplôme de l'habilitation est conditionné par le fait que « les candidats doivent être titulaires d'un diplôme de doctorat ou d'un diplôme de docteur permettant l'exercice de la médecine, de l'odontologie, de la pharmacie et de la médecine vétérinaire et d'un diplôme d'études

⁸¹⁵ Conseil Constitutionnel, décision du 20 janvier 1984, n° 83-165.

⁸¹⁶ Art. 46, al 1^{er} du décret du 6 juin 1984, n° 84-431 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

⁸¹⁷ Art. 43 du décret du 6 juin 1984.

⁸¹⁸ Art. 2 de l'arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches.

approfondies ou justifier d'un diplôme de travaux ou d'une expérience d'un niveau équivalent au doctorat »⁸¹⁹.

En Allemagne, l'ensemble du personnel scientifique et enseignant peut bénéficier de la liberté de la science en fonction de sa responsabilité et de son autonomie dans l'exercice de la recherche et de l'enseignement. Il n'existe donc pas une liberté spécifique destinée au corps des professeurs allemands, habilités à diriger de la recherche. L'objectif de la liberté de la science n'est pas à terme, la protection individuelle de certains acteurs de l'université mais l'autonomie de la science. En France, en revanche, le principe d'indépendance est davantage envisagé dans la perspective de réserver l'autonomie à une certaine catégorie de personnel (A).

La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit le « Professor » comme un chercheur et un enseignant académique qui, en raison de l'habilitation ou d'une autre qualification équivalente, représente de façon indépendante une discipline scientifique dans la recherche et l'enseignement. De ce fait, il occupera une place prépondérante au sein de l'université dans la mesure où il détient davantage de responsabilité et exerce sa fonction plus longtemps que les autres groupes.

Le principe d'homogénéité allemand qui s'applique au groupe des « Hochschullehrer » s'analyse plutôt comme un principe servant à distinguer plutôt qu'à exclure. La doctrine utilise des critères communs de différenciation afin d'obtenir un groupe homogène. De la même façon que le principe d'homogénéité sert de base au fédéralisme allemand, le principe appliqué aux universitaires garantit l'unité dans la diversité (B). Le principe allemand n'implique pas de définir l'universitaire au sens individuel comme en France mais détermine les caractéristiques communes des membres appartenant au groupe des « Hochschullehrer ». Le fait d'appartenir à ce groupe ne représente pas une condition pour bénéficier de la liberté de la science, cela permet en revanche d'exercer une plus grande influence que les autres groupes au sein de l'établissement.

A. Le principe d'indépendance et le principe de représentation propre et authentique du corps des enseignants-chercheurs en France

Au fil des réformes en droit français, le personnel scientifique et plus particulièrement le personnel enseignant s'est largement diversifié. Il compte, en plus des professeurs de l'enseignement supérieur, des maîtres de conférences⁸²⁰, des personnels

⁸¹⁹ Art. 3 de l'arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches.

⁸²⁰ Décret n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif au recrutement des maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités.

associés ou invités⁸²¹, des enseignants contractuels⁸²², des vacataires⁸²³, des attachés temporaires d'enseignement et de recherche⁸²⁴, des doctorants contractuels⁸²⁵ ou encore des lecteurs de langue étrangère⁸²⁶. En dehors du décret fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs de 1984, un certain nombre de décrets supplémentaires règlent les cas particuliers du personnel scientifique des établissements d'enseignement supérieur au sens large⁸²⁷.

Les dispositions du droit de l'enseignement supérieur tendent au rapprochement des conditions entre les différentes catégories du personnel. En effet, s'agissant de la catégorie des professeurs des universités associés ou invités, qui trouvent leur équivalent en Allemagne avec les « Honorarprofessor » et « Gastprofessor », ils doivent justifier d'une expérience professionnelle en rapport avec une spécialité pendant un certain temps ou justifier d'un des diplômes précisés par les textes. Une fois recrutés en qualité de professeur des universités ou de maître de conférence associés à temps plein, ils auront « les mêmes obligations de service que celles qui sont applicables aux enseignants chercheurs titulaires de même catégorie »⁸²⁸.

L'ensemble du personnel scientifique et enseignant d'un établissement d'enseignement supérieur forme la corporation universitaire. Selon leur catégorie et leur statut, certains membres bénéficient du principe d'indépendance, fondement de

⁸²¹ Décret n° 78-284 du 8 mars 1978 relatif au recrutement des personnels associés ou invités dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche relevant du ministère des universités.

⁸²² Décret n° 92-131 du 5 février 1992 relatif au recrutement d'enseignants contractuels dans les établissements d'enseignement supérieur.

⁸²³ Décret n° 87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur.

⁸²⁴ Décret n° 88-654 du 7 mai 1988 relatif au recrutement d'attachés temporaires d'enseignement et de recherche dans les établissements publics d'enseignement supérieur.

⁸²⁵ Décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels des établissements publics d'enseignement supérieur ou de recherche.

⁸²⁶ Décret n° 87-754 du 14 septembre 1987 relatif au recrutement de lecteurs de langue étrangère et de maîtres de langue étrangère dans les établissements publics d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur.

⁸²⁷ Décret n° 50-1370 du 2 novembre 1950 relatif au statut particulier des fonctionnaires de l'école centrale des arts et manufactures, décret n° 53-566 du 15 juin 1953 portant fixation des règles d'avancement applicables aux professeurs du Conservatoire national des arts et métiers, décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires, par exemple, décret n°90-92 du 24 janvier 1990 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres de soins, d'enseignement et de recherche dentaires des centres hospitaliers et universitaires, décret n°86-434 du 12 mars 1986 portant statuts du corps des astronomes et physiciens et du corps des astronomes adjoints et physiciens adjoints, décret n°89-709 du 28 septembre 1989 portant statut du corps des directeurs d'études de l'Ecole des hautes études en sciences sociales et du corps des maîtres de conférences de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, décret n°89-710 du 28 septembre 1989 portant statut particulier du corps des directeurs d'études et du corps des maîtres de conférences de l'Ecole pratique des hautes études, de l'Ecole nationale des chartes et de l'Ecole française d'Extrême-Orient, décret n°92-70 du 16 janvier 1992 relatif au Conseil national des universités, décret n° 2008-744 du 28 juillet 2008 portant dispositions relatives aux personnels enseignants des universités, titulaires et non titulaires de médecine générale.

⁸²⁸ Art. 8 du décret n°85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités.

l'existence du groupe des enseignants-chercheurs (1°). A défaut d'une mise en œuvre continue de garanties positives au travers de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et en raison d'éventuels réflexes de « repli » dans l'utilisation du principe d'indépendance, celui-ci pourrait toutefois être vidé de sa substance (2°).

1° Le principe d'indépendance, condition d'existence du corps professoral

Le principe d'indépendance, né de la jurisprudence constitutionnelle de 1984, laisse planer de nombreuses incertitudes notamment quant à l'identification de ses bénéficiaires, de ses objectifs et jusqu'à sa formulation même. En effet, dans une affaire de 2009, le Conseil d'Etat a utilisé une dénomination étonnante concernant le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs en utilisant les termes de « l'autonomie des enseignants-chercheurs »⁸²⁹.

Dans les faits, le conseil d'administration de l'Université Paul-Valéry avait décidé d'affecter un emploi vacant à la section droit public et de porter cet emploi sur la liste des postes à pourvoir par une délibération. Le ministère de l'éducation a demandé à l'établissement de suspendre la publication et de la mettre au concours. Un référé-liberté a été introduit mais le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'existait pas d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Si le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et l'autonomie des universités étaient en cause dans cette affaire, le Conseil évoque « les principes, de valeur constitutionnelle, de l'indépendance des universités et l'autonomie des enseignants-chercheurs ». Si le Conseil d'Etat semble confondre les deux *dimensions* de la protection académique, il demeure que le principe d'indépendance ne se définit pas en premier lieu par sa clarté.

Le principe d'indépendance des enseignants chercheurs s'inspire des dispositions des lois organiques du 15 mars 1849, du 30 novembre 1875 et du 6 janvier 1950 accordant aux professeurs d'université le privilège de cumuler les fonctions de fonctionnaire avec celles de parlementaire. Ces lois électorales sont désormais codifiées dans l'article LO 142 du Code électoral ; l'incompatibilité ne s'applique pas aux « professeurs qui, à la date de leur élection, étaient titulaires de chaires données sur présentation des corps où la vacance s'est produite ou chargés de directions de recherche »⁸³⁰.

C'est en 1995 que le Conseil constitutionnel conjugue explicitement le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs avec la compatibilité de cumuler certaines fonctions publiques en admettant expressément la possibilité d'exercer de manière concomitante des fonctions de magistrat judiciaire et des fonctions

⁸²⁹ Conseil d'Etat, décision du 11 mai 2009, n°327356.

⁸³⁰ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, op. cit., p. 121.

publiques⁸³¹. Selon l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, les magistrats ne peuvent pas exercer « une activité professionnelle qui soit de nature à porter atteinte à la dignité de la fonction et à son indépendance », ni « aucune activité d'agent public, à l'exception de celles de professeur et de maître de conférence des universités dont l'indépendance est garantie par un principe à valeur constitutionnelle »⁸³².

En 2013, le Conseil constitutionnel entérine le fait que le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs, « s'appliquant aux professeurs d'université, [il] trouve son fondement dans la législation républicaine relative aux incompatibilités parlementaires qui leur permettent, par dérogation à l'interdiction faite aux fonctionnaires et agents publics, d'exercer leurs fonctions tout en détenant un mandat parlementaire »⁸³³. Le principe d'indépendance s'inscrit donc dans une définition positive : dans la possibilité de cumuler deux fonctions publiques distinctes.

Une difficulté persiste quant à la détermination précise des bénéficiaires du principe d'indépendance. La décision du Conseil constitutionnel de 2013 élargit explicitement le champ d'application personnel du principe d'indépendance en considérant que « les maîtres de conférences sont des enseignants-chercheurs titulaires comme les professeurs d'université et bénéficient des mêmes garanties d'indépendance que ces derniers »⁸³⁴. Si le Conseil constitutionnel associe les maîtres de conférences aux professeurs d'université dans la dénomination d'enseignant-chercheur, ils représentent pourtant deux catégories bien distinctes dans le décret de 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

En juillet 1994, le Conseil d'Etat avait décidé que le législateur n'avait pas l'intention d'accorder aux maîtres de conférence et catégories propres les mêmes responsabilités à ceux conférées aux professeurs⁸³⁵. Il se basait sur l'article 39 de la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, abrogé depuis par l'ordonnance du 22 juin 2000⁸³⁶ qui disposait qu'« au sein de la représentation des enseignants, chercheurs et personnels assimilés de chaque conseil, le nombre de professeurs et personnels de niveau équivalent doit être égal à celui des autres personnels ».

En outre, il subsiste une différence fondamentale au niveau de l'indépendance de chacune de ces deux catégories. Bien que les maîtres de conférences bénéficient de certaines garanties d'indépendance, ils n'ont pas franchis toutes les étapes de leur

⁸³¹ Conseil. Constitutionnel., décision du 10 janvier 1995, n° 94-355, relative à la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

⁸³² Conseil Constitutionnel, décision du 10 janvier 1995, n° 94-355, cons. 22 et 23.

⁸³³ Conseil Constitutionnel, décision du 19 décembre 2013, n° 2013-30-I.

⁸³⁴ M. Verpeaux, « Les libertés universitaires mal protégées : Constitution, loi et décret, quand tout le monde s'en mêle », *AJDA*, 2011, p. 1791.

⁸³⁵ Conseil d'Etat, décision du 29 juillet 1994, n° 66966.

⁸³⁶ Ordonnance du 22 juin 2000, n° 2000-549, relative à la partie Législative du code de l'éducation, art. 7.

carrière universitaire. Afin de postuler à un poste de professeur, ils devront être jugés par des instances universitaires. Selon les mots de Bernard Toulemonde, « au regard des critères qui expliquent l'exception en faveur des professeurs, il leur manque l'indépendance totale qu'offre la situation de professeur »⁸³⁷.

Aussi, le corps de professeurs des universités comporte trois classes : la première classe, la deuxième classe et la classe exceptionnelle⁸³⁸. C'est l'ancienneté du professeur d'université qui détermine son avancement d'échelon⁸³⁹. La même chose vaut pour les maîtres de conférences, l'équivalent des professeurs assistants allemands, mais ils dépendent de leur propre échelle de classe⁸⁴⁰.

Pour la plupart des auteurs, élargir le champ d'application personnel du principe d'indépendance à l'ensemble des enseignants-chercheurs affaiblit et dilue son contenu. Au contraire, pour d'autres auteurs, le Conseil constitutionnel reste fidèle à la jurisprudence de 1984 en garantissant l'indépendance des universitaires et veille au maintien de son objectif initial, assurer la compatibilité entre les fonctions d'enseignant-chercheur et l'exercice d'un mandat parlementaire⁸⁴¹.

Enfin, le principe d'indépendance ne vaut que pour les professeurs d'université au sens statutaire. Le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître la possibilité à un professeur associé de bénéficier de ce principe⁸⁴². Le Conseil le justifie en s'appuyant sur le code électoral qui n'autorise de dérogation à l'incompatibilité des mandats qu'en faveur des professeurs titulaires de chaires.

La question délicate des bénéficiaires du principe d'indépendance renvoie encore aux objectifs même de ce principe. Olivier Beaud fait découler du principe d'indépendance des enseignants chercheurs, l'existence d'une véritable liberté corporative des universitaires⁸⁴³. Toutefois, si la liberté de la science en droit allemand énonce clairement les finalités de ce droit fondamental en faveur de l'autonomie du domaine de la science, le principe d'indépendance français perdrait de son contenu, voire de son sens au fil des réformes et des jurisprudences. A défaut de mettre en œuvre des exigences positives stables et orientées sur leurs objectifs, ce principe est surtout envisagé et exercé de façon négative.

⁸³⁷ B. Toulemonde, « Compatibilité d'une fonction publique et d'un mandat parlementaire : l'assimilation des maîtres de conférences aux professeurs d'université », *AJFP*, 2014, p. 101.

⁸³⁸ Art. 41 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

⁸³⁹ Art. 55 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, « L'avancement d'échelon dans la 1ère et la 2ème classe du corps des professeurs des universités a lieu à l'ancienneté. Il est prononcé par arrêté du président ou du directeur de l'établissement à l'ancienneté ».

⁸⁴⁰ Art. 39 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, « L'avancement d'échelon des maîtres de conférences a lieu à l'ancienneté. Il est prononcé par arrêté du président ou du directeur de l'établissement ».

⁸⁴¹ J-P. Camby, « La compatibilité des fonctions de maître de conférences avec un mandat parlementaire », *AJDA* 2014, p. 352.

⁸⁴² Conseil Constitutionnel, décision du 14 février 2008, n° 2008-24-25-26.

⁸⁴³ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 145.

2° La faiblesse des garanties positives à travers le principe de représentation propre et authentique

Certaines garanties « négatives » découlent du principe d'indépendance. D'abord, le principe d'indépendance possède un rôle de séparation entre les corps de fonctionnaires de l'enseignement supérieur ; il « interdit à différentes de catégories de pouvoir prétendre appartenir au collège des professeurs d'université »⁸⁴⁴. Ensuite, en raison notamment du principe d'indépendance, les enseignants-chercheurs ne peuvent pas être soumis au contrôle des étudiants. Ces derniers ne doivent pas s'immiscer dans les affaires des universitaires. A l'origine, il s'agissait surtout de lutter contre les abus des syndicats étudiants.

En ce sens, le Conseil d'Etat a considéré que le principe d'indépendance « implique notamment que le déroulement de la carrière du personnel appelé à participer à l'appréciation des aptitudes et connaissances des candidats au diplôme d'architecte ne peut être soumis au contrôle des étudiants »⁸⁴⁵. Dans les faits, il s'agissait d'une note du chef de service des enseignements de l'architecture et des arts plastiques qui prévoyait que les contrats probatoires de certains enseignants ne pouvaient devenir des contrats renouvelables par tacite reconduction qu'après avis de conseils comprenant en nombre égal des enseignants et des étudiants.

Ainsi, à défaut de promouvoir des exigences en faveur de l'indépendance de la communauté scientifique et en faveur de l'autonomie de la science, le principe d'indépendance est surtout envisagé d'un point de vue négatif. Il trace des frontières entre les enseignants et les étudiants et entre les membres du corps enseignant au sein de l'université. La corporation des universitaires bénéficie-t-elle de garanties positives suffisantes afin d'exercer une influence particulière au sein de l'institution universitaire et mener à bien ses missions ?

Une des applications principales du principe d'indépendance tient dans la mise en œuvre de la représentation propre et authentique, selon laquelle les enseignants-chercheurs d'une même catégorie et d'une même discipline scientifique doivent avoir une influence dans le processus décisionnel universitaire⁸⁴⁶.

Principe illustré dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur suppose qu'ils bénéficient d'une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté scientifique⁸⁴⁷. Dans l'affaire en l'espèce, le requérant demande l'annulation de la décision implicite de rejet née du silence du Premier ministre quant à l'abrogation de certaines dispositions du décret du 18 janvier 1985, en tant qu'il

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 161-164.

⁸⁴⁵ Conseil d'Etat, sect., décision du 5 avril 1974, n° 88572.

⁸⁴⁶ A. Zarca, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire, l'égalité au service de l'indépendance. Retour prospectif sur les configurations du jury de recrutement des universitaires », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1, LGDJ, 2012, p. 6-7.

⁸⁴⁷ Conseil d'Etat, 4ème et 1ère sous-sections réunies, décision du 9 juillet 1997, n° 161929.

inclut les personnels scientifiques des bibliothèques dans le collège électoral des professeurs pour les élections à divers conseils universitaires. Selon le Conseil d'Etat, les auteurs du décret, en intégrant les personnels scientifiques des bibliothèques dans le collège des professeurs des universités « ont porté atteinte au principe, à valeur constitutionnelle, d'indépendance des professeurs des universités ».

Dans un arrêt de 2000, le Conseil d'Etat confirme que les dispositions selon lesquelles « les personnels scientifiques des bibliothèques sont assimilés aux enseignants-chercheurs pour leur participation aux différents conseils » n'impliquaient pas une assimilation aux professeurs des universités auquel cas, il y aurait une atteinte à la représentation propre et authentique, « nécessaire à leurs responsabilités particulières »⁸⁴⁸.

De la même façon, le Conseil d'Etat a estimé que la seule présence d'autres enseignants que les professeurs d'université lors de l'examen des candidatures de professeurs pour siéger dans le comité de sélection en vue de la désignation d'un professeur porte une atteinte grave et manifestement illégale au principe constitutionnel d'indépendance des professeurs⁸⁴⁹.

Le Conseil d'Etat a pu préciser dans un arrêt de 2007 la portée, cette fois-ci limitée, du principe de représentation propre et authentique dans le cadre du déroulement de carrière des professeurs de l'enseignement supérieur⁸⁵⁰. Il s'agissait d'étudier la composition de la commission chargée de donner un avis avant la décision définitive du ministre chargé de l'enseignement supérieur quant à l'attribution ou le refus d'attribution d'une prime d'encadrement doctoral et de recherche. Le Conseil d'Etat considère que « l'appréciation portée sur la qualité scientifique des travaux des enseignants ne peut émaner que d'organismes où les intéressés disposent d'une représentation propre et authentique impliquant qu'ils ne peuvent être jugés que par leurs pairs ».

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat ne remet pas en question la composition de la commission comportant, en tant que membres délibérants, sept titulaires et sept suppléants nommés par le ministre chargé de l'enseignement supérieur et sept titulaires et sept suppléants désignés par le ministre sur proposition des syndicats représentatifs des enseignants-chercheurs. Il n'y a pas d'atteinte selon le Conseil d'Etat dans la mesure où les membres désignés ne peuvent l'être que parmi les enseignants-chercheurs. En d'autres termes, si le principe de représentation propre et authentique exige une composition particulière des comités, il ne renseignerait pas sur le mode de nomination de ces membres.

Dans un arrêt plus récent, le Conseil d'Etat fragilise encore le principe de représentation propre et authentique des enseignants-chercheurs en noyant le

⁸⁴⁸ Conseil d'Etat, décision du 28 juillet 2000, n°183460.

⁸⁴⁹ Conseil d'Etat, décision du 22 juin 2009, n°328756.

⁸⁵⁰ Conseil d'Etat, décision du 25 mai 2007, n°296014.

critère de l'authenticité de la représentation⁸⁵¹. En effet, selon le Conseil, « aucun texte ou principe n'obligeait l'auteur du décret à prévoir que les disciplines devant être représentées au sein du comité de sélection, soient définies selon les disciplines de référence des sections du conseil national des universités ». Ainsi, les principes d'indépendance et de représentation n'exigeraient pas un nombre minimum de spécialistes de la discipline dans le comité de sélection.

Enfin, le principe d'indépendance n'offre plus la garantie d'une compétence réservée au pouvoir législatif sur les questions relevant du statut des enseignants-chercheurs. Devant le Conseil d'Etat, le syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des universités a remis en cause la compétence du pouvoir réglementaire pour la mise en œuvre de toute disposition ayant une incidence sur les mesures individuelles concernant les professeurs d'université⁸⁵². A l'aide d'une argumentation très brève, le Conseil d'Etat n'exclut pas la compétence du pouvoir réglementaire, ni ne réserve ces questions à au législateur⁸⁵³. Le Conseil d'Etat le confirme dans son arrêt du 9 juin 2010 en affirmant que « le respect du principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs n'implique pas que le statut particulier de ceux-ci soit fixé par le législateur »⁸⁵⁴.

Le principe d'indépendance qui conditionne l'existence même de la corporation des universitaires en France n'accorde plus (ou pas) les garanties essentielles tenant au statut des enseignants-chercheurs. Utilisé avant tout comme un moyen individuel pour les seuls professeurs d'université de défendre leurs prérogatives, il n'offre plus forcément une protection efficace et objective en faveur de la corporation œuvrant à un objectif commun. Elargir le type de personnel et le champ d'application personnel du principe d'indépendance aurait pu favoriser et étendre la portée de la liberté académique, cela a surtout amplifié et rendu plus visibles les querelles internes aux établissements. Le principe d'indépendance a été construit à partir d'une définition positive, comme un principe offrant une possibilité de cumul d'actions, il subsiste, comme un fragile rempart aux dernières modifications à venir du statut des enseignants-chercheurs.

⁸⁵¹ Conseil d'Etat, décision du 15 décembre 2010, SNESUP-FSU et autres, n° 316927.

⁸⁵² Conseil d'Etat, décision du 12 décembre 1994, n° 135553.

⁸⁵³ Conseil d'Etat, décision du 12 décembre 1994, n° 135553, « Considérant que les syndicats requérants soutiennent que la garantie de l'indépendance des professeurs d'université exigerait que soit réservée à la compétence du législateur toute disposition de caractère général ayant une incidence sur les mesures individuelles concernant ces professeurs ; que ni ce principe ni les dispositions législatives qui l'expriment ne font obstacle à ce que l'organisation des commissions de spécialistes appelées à se prononcer sur les mesures individuelles relatives aux professeurs des universités, aux maîtres de conférence, aux maîtres assistants, aux chefs de travaux et aux assistants soit fixée par voie réglementaire ».

⁸⁵⁴ Conseil d'Etat, 4ème et 5ème sous-sections réunies, décision du 9 juin 2010, n° 329056.

B. Le principe d'homogénéité de la corporation universitaire en Allemagne

Le principe d'homogénéité se définit traditionnellement comme une des modalités de l'organisation de l'Etat fédéral allemand. Dans un Etat fédéral, les Länder bénéficient certes d'une part de la souveraineté mais ils restent limités par les compétences de la fédération⁸⁵⁵. En outre, selon le principe d'homogénéité, il n'est pas question, pour la fédération de masquer les différences et les particularités de chacun des Etats fédérés. D'un autre côté, la Fédération doit empêcher l'existence de trop grandes inégalités entre les différents systèmes politiques des Länder. Il faut maintenir un standard de principes communs sans pour autant qu'il ne soit question d'uniformité⁸⁵⁶. C'est la dimension objective de ce principe qui en fera découler de véritables garanties positives à l'égard de la corporation universitaire allemande.

Dans le domaine de l'enseignement supérieur, le principe d'homogénéité repose sur le principe d'égalité de l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Il impose que l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur, pour qu'elle reste compatible avec la liberté de la science, accorde une place prépondérante et décisive au groupe des « Hochschullehrern ». Ce groupe pourra être caractérisé d'homogène s'il est circonscrit à l'aide de critères particuliers vis-à-vis des autres groupes présents à l'université.

Ce principe a été précisé dans la décision de 1973 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans laquelle la Cour donne une définition matérielle du groupe des professeurs d'université⁸⁵⁷. Dans l'affaire en l'espèce, la loi provisoire du Land de Basse-Saxe dans le domaine de l'enseignement supérieur avait pour objectif de réformer l'ensemble des organes collégiaux dans les établissements d'enseignement supérieur du Land.

Cette loi prévoyait dans son deuxième paragraphe que les membres des organes collégiaux étaient constitués notamment par des « ordentlichen und ausserordentlichen Professoren »⁸⁵⁸, par des conseillers scientifiques et des professeurs directeurs de départements, par des professeurs associés, des professeurs honoraires⁸⁵⁹ et des privat-docents qui justifient d'un certain nombre

⁸⁵⁵ M. E. Geis, *Examens-Repetitorium Staatsrecht : Staatsorganisationsrecht und Grundrechte*, Nördlingen, C. F. Müller, 2010, p. 62.

⁸⁵⁶ BVerfGE 24, 367, déc. du 18 décembre 1968, „Hamburgisches Deichordnungsgesetz“, BVerfGE 27, 44, déc. du 22 juillet 1969, „Parlamentarisches Regierungssystem“.

⁸⁵⁷ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁸⁵⁸ La distinction correspondait à l'ancienne dénomination du professeur d'université (« Professor ») en Allemagne ou « Ordinarius ». Ce titre n'existe dorénavant plus pour les universitaires.

⁸⁵⁹ Dans la plupart des Etats fédérés, des conditions supplémentaires sont requises pour les professeurs honoraires par rapport aux professeurs à temps plein ou aux professeurs associés. Le droit relatif aux établissements d'enseignement supérieur n'est largement pas homogène dans le droit des Etats fédérés.

d'heures au sein de l'établissement, par des « Dozenten »⁸⁶⁰ qui exercent leur activité principale au sein de l'établissement, par des collaborateurs scientifiques, par des conseillers académiques et des conseillers d'études, par des fonctionnaires exerçant de hautes fonctions dans les services de l'établissement, par des directeurs des instituts, des directeurs des académies de musique et par des lecteurs employés à temps plein. La loi précisait que l'ensemble de ces membres représentaient les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (ou « Hochschullehrern »)⁸⁶¹.

En premier lieu, selon la Cour constitutionnelle fédérale, les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (ou « Hochschullehrern ») occupent une place prépondérante au sein d'un établissement d'enseignement supérieur en ce qu'ils sont chargés de promouvoir la recherche et l'enseignement selon les dispositions de l'article 5 alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Selon la Cour, la désignation d'un professeur d'établissement d'enseignement supérieur ne tient pas compte des dispositions relatives au droit des fonctionnaires mais à la preuve d'une « Habilitation » ou d'une qualification équivalente qui permet la représentation indépendante d'une discipline scientifique dans la recherche et l'enseignement⁸⁶².

En deuxième lieu, la Cour interprète l'article 5 alinéa 3, phrase première à la lumière du principe d'égalité de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale et décrit l'exigence d'homogénéité du groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (ou « Homogenitätsgebot »). Afin que le groupe des universitaires soit entendu de façon homogène, il faut adopter des critères de différenciation pour distinguer les différents groupes d'intérêts présents au sein de l'université. En outre, les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur possèdent de hautes responsabilités relativement à leur statut et à leurs fonctions

⁸⁶⁰ Les « Dozenten » sont entendus comme l'ensemble du personnel enseignant qui n'a pas le statut de « Professor ». Ils ne sont pas soumis au même statut et n'exercent pas les mêmes fonctions selon les Länder, les établissements d'enseignement supérieur et les disciplines. La plupart du temps, ils sont chargés d'enseignement ou exercent des activités de collaborateur scientifique. Il existe des « Dozenten » qui exercent des activités en dehors de l'université, dans des « Fachhochschulen » ou dans des cursus plus courts qu'à l'université, par exemple dans les cursus administratifs ou économiques. Les « Privatdozent » désignent le personnel enseignant non titularisé.

⁸⁶¹ §2, Abs. 2 Vorschaltgesetz, „Hochschullehrer im Sinne dieses Gesetzes sind die ordentlichen und außerordentlichen Professoren, wissenschaftlichen Räte und Professoren, Abteilungsvorsteher und Professoren, Honorarprofessoren, außerplanmäßigen Professoren und Privatdozenten, die an überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtungen außerhalb der Hochschule hauptamtlich oder hauptberuflich tätig sind und an der Hochschule mindestens zwei Stunden in der Woche lehren, Universitäts- und Hochschuldozenten, Dozenten sowie Privatdozenten, die hauptamtlich oder hauptberuflich an der Hochschule tätig sind, zu Unterrichts- oder Lehrtätigkeit verpflichteten akademischen Räte, Studienräte, Richter oder vergleichbaren Beamten des höheren Dienstes im Hochschuldienst, Direktoren oder Leiter der Institute für Leibesübungen, akademischen Musikdirektoren, hauptamtlichen und hauptberuflichen Lektoren“.

⁸⁶² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Dabei ist unter Hochschullehrer nach der derzeitigen Hochschulstruktur in Benutzung der bisher üblichen, auch vom niedersächsischen Vorschaltgesetz verwendeten Terminologie und unabhängig von den Abgrenzungen der beamtenrechtlichen Vorschriften der akademische Forscher und Lehrer zu verstehen, der aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut ist“.

exercées à l'université. Ils peuvent prétendre à davantage d'influence dans les comités décisionnels dans la mesure où ils font partie de l'université plus longtemps que les groupes des collaborateurs scientifiques ou des étudiants.

Dans la décision en l'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale allemande conclut donc à l'incompatibilité des dispositions relatives à la composition du groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (« Hochschullehrergruppe ») avec la Constitution allemande pour méconnaissance du principe d'homogénéité de ce groupe. En effet, parmi l'ensemble des membres désignés par la loi, il y a des différences de qualification, de fonction et de responsabilité. Certes il y a un critère commun de l'activité d'enseignement mais la Cour considère que ce n'est pas un critère commun suffisant.

La décision de 1977 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise le contenu du principe d'homogénéité dans la définition matérielle du statut des universitaires⁸⁶³. Dans cette affaire, les recours constitutionnels de plusieurs professeurs de l'Université de Hambourg étaient érigés contre les dispositions de la loi de cette Université, réglant les compétences des organes collégiaux dans les facultés et les établissements scientifiques (instituts et cliniques) de l'Université, et prévoyant des dispositions relatives à la participation des membres de l'établissement d'enseignement supérieur.

La loi relative à l'Université de Hambourg avait pour objectif d'accroître les compétences de cet établissement qui pouvait alors créer des facultés et étendre son influence dans les conseils académiques. Cette loi met en avant le principe de collégialité qui intègre les étudiants et le personnel non scientifique au détriment du principe traditionnel de l'ordinariat. Dans son article 7, la loi prévoyait que le personnel enseignant de l'Université comprend, parmi les « Hochschullehrern » (ou professeurs d'établissement d'enseignement supérieur au sens large), les professeurs d'université (au sens strict, détenant une habilitation à diriger des recherches) et les « Dozenten » qui comptent les assistants de recherche (ou « wissenschaftliche Assistenten ») et les professeurs associés⁸⁶⁴.

Parmi les dispositions contestées, le paragraphe 43 de la loi relative à l'Université de Hambourg précisait la composition du conseil de faculté. Siègent au conseil de faculté, les professeurs de la faculté au sens strict (pas au-delà de douze représentants), un « Dozent », un assistant scientifique et un étudiant pour deux professeurs et enfin, deux représentants des fonctionnaires, ces derniers n'appartenant pas au personnel scientifique⁸⁶⁵.

⁸⁶³ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“.

⁸⁶⁴ Les professeurs associés désignent le personnel scientifique qui n'exerce pas leur activité principale au sein de l'université. Il peut s'agir de professeurs ou de chargés de cours.

⁸⁶⁵ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“, „Dem Fachbereichsrat gehören gemäß § 43 Abs. 2 UniG an: 1) die Professoren des Fachbereichs, jedoch nicht mehr als zwölf, 2) auf je zwei Professoren je ein Dozent, ein wissenschaftlicher Assistent und ein Student, 3) zwei Vertreter der nichtwissenschaftlichen Beamten, Angestellten und Arbeiter“.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que les « Dozenten » de l'Université de Hambourg ne pouvaient pas être entendus comme appartenant au groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur au sens matériel⁸⁶⁶. Par conséquent, les « Dozenten » ne pourront pas exercer la même influence que les professeurs dans le conseil de faculté. Certaines dispositions de la loi de Hambourg ont donc été déclarées incompatibles avec l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Le principe d'homogénéité suppose que les membres du groupe des professeurs d'établissements d'enseignement supérieur possèdent des critères communs pour former un corps homogène.

C'était avec la réforme du 14 novembre 1985 que le législateur modifiait le paragraphe 42 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur en remplaçant les assistants d'établissement d'enseignement supérieur (Hochschulassistent) par des assistants scientifiques (wissenschaftliche Assistent), des « Oberassistent » et des « Oberingenieur ». En outre, les Länder acquéraient la possibilité d'intégrer les « Hochschuldozent » dans le personnel scientifique d'un établissement d'enseignement supérieur.

Un an plus tard, la Cour administrative suprême fédérale allemande s'est appropriée la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans une décision du 30 novembre 1978⁸⁶⁷, relative à la conciliation entre le droit des fonctionnaires et le statut corporatif d'un professeur. La Haute Cour administrative fédérale a ainsi systématisé un certain nombre de critères d'appartenance au groupe des « Hochschullehrern » ; en plus de la qualification, les critères reposent sur la tâche, la fonction et la responsabilité, les conditions de recrutement et la procédure de recrutement, la durée du service à l'université et les intérêts en cause des professeurs d'établissements d'enseignement supérieur⁸⁶⁸.

En 2001, la Cour constitutionnelle fédérale allemande en a déduit le fait que les professeurs associés ne peuvent pas faire partie du groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur au sens de l'article 5 alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande⁸⁶⁹. Alors que le tribunal administratif de Hanovre⁸⁷⁰ avait considéré que le requérant, un professeur associé, pouvait intégrer le groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur en ce qu'il participait de la même façon à l'administration de l'établissement, la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas suivi ce raisonnement en rappelant les

⁸⁶⁶ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“, „Die Dozenten gemäß § 7 Nr. 1 Buchst. b in Verbindung mit § 72 Abs. 2 des hamburgischen Universitätsgesetzes bilden keine Gruppe, die einheitlich dem materiellen Hochschullehrerbegriff entspricht“.

⁸⁶⁷ BVerwG, déc. du 30 novembre 1978, 7 B 93/76.

⁸⁶⁸ „Die dafür maßgeblichen Kriterien sind vornehmlich: Aufgabenstellung, Funktion und Verantwortlichkeit, Einstellungsvoraussetzungen und Berufungsverfahren, Dauer der Zugehörigkeit zur Universität und Interessenlage“, BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

⁸⁶⁹ BVerfG, déc. du 16 août 2001, 1 BvL 6/01, voir encore, OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 28 septembre 1990, 15 A 584/87, BVerwGE, déc. du 13 décembre 1995, 6 C 7/94.

⁸⁷⁰ VG Hannover, déc. du 28 février 2001, 6A 759/00.

critères classiques de différenciation des membres selon la qualification, la fonction, la responsabilité et l'intérêt des membres.

De la même façon, les professeurs exerçant dans une « Fachhochschule » ne pourront pas intégrer le groupe des « Hochschullehrern » en raison de leur différence de qualification et de fonction, et des missions particulières d'un établissement de « Fachhochschule » qui se distinguent nettement d'un établissement d'enseignement supérieur scientifique⁸⁷¹. Toutefois, ils peuvent bénéficier de la liberté de la science en fonction de l'indépendance de leurs activités de recherche et d'enseignement⁸⁷². L'appartenance au groupe des « Hochschullehrern » ne conditionne en rien l'éventuel bénéfice de la liberté de la science.

La catégorie des « Juniorprofessoren »⁸⁷³ est aussi source de conflits doctrinaux. La cinquième loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur du 16 février 2002, modifie les dispositions relatives aux catégories de personnes scientifiques et artistiques⁸⁷⁴. Le terme de « Hochschullehrer » est utilisé pour la première fois dans la loi cadre. Le paragraphe suivant précise que les missions des « Juniorprofessoren » sont identiques à celles des professeurs d'université ou « Professoren »⁸⁷⁵. Deux dispositions relatives au statut des « Juniorprofessoren » ont été rajoutées dans le texte aux paragraphes 47 et 48⁸⁷⁶. Les « Juniorprofessoren » font partie des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur (« Hochschullehrer ») au même titre que les « Professoren » selon le paragraphe 42 de la loi.

Sur la question de l'introduction des « Juniorprofessoren » dans la catégorie des professeurs, le deuxième sénat de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré cette cinquième loi de modification de la loi cadre relative aux établissements

⁸⁷¹ BVerfG, déc. du 20 octobre 1982, 1 BvR 1467/80; BVerfGE 64, 323, déc. du 29 juin 1983, 2 BvR 720/79; VG Köln, déc. du 27 janvier 2011, 6 K 758/09, "dass Lehrende an einer Verwaltungsfachhochschule wegen der andersgearteten Qualifikation und Funktion der Fachhochschullehrer und der besonderen Aufgabe der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung nicht als Hochschullehrer in dem auf wissenschaftliche Hochschulen bezogenen Sinne angesehen werden können"; VG Karlsruhe, déc. du 6 avril 2011, 7 K 390/09.

⁸⁷² BVerfG 126, 1, déc. du 13 avril 2010, 1 BvR 216/07.

⁸⁷³ Les « Juniorprofessoren » correspondent plus ou moins à la fonction de maître de conférence en France et ne possèdent pas d'habilitation à diriger des recherches (ou « Habilitation » en Allemagne), ou son équivalent, l'agrégation pour les disciplines du droit et de la médecine principalement. Les « Juniorprofessoren » ne disposent pas d'un statut uniforme dans tous les Länder allemands.

⁸⁷⁴ §42 HRG, „Das hauptberuflich tätige wissenschaftliche und künstlerische Personal der Hochschulen besteht aus den Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern (Professorinnen und Professoren, Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren), den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Lehrkräften für besondere Aufgaben. Zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern werden Frauen unter Beachtung des Vorrangs von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gefördert. Ziel der Förderung ist vor allem die Erhöhung des Anteils der Frauen in der Wissenschaft“.

⁸⁷⁵ §43 HRG, „Die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nehmen die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft und Kunst, Forschung, Lehre und Weiterbildung in ihren Fächern nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses selbständig wahr“.

⁸⁷⁶ §47 „Einstellungsvoraussetzungen für Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren“; §48 „Dienstrechtliche Stellung der Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren“, cités dans M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 120-121.

d'enseignement supérieur du 16 février 2002 incompatible avec la Loi fondamentale⁸⁷⁷. L'objectif de la loi était de permettre l'introduction des « Juniorprofessoren » sous couvert d'une suppression factuelle de l'exigence de l'habilitation. La Cour considère que cette mesure limiterait de façon trop excessive la compétence des Länder en la matière sans se prononcer toutefois sur l'existence de cette nouvelle catégorie de « Hochschullehrer » au regard du principe d'homogénéité.

Si les « Juniorprofessoren » appartiennent au groupe des « Hochschullehrern », ils possèdent également les mêmes droits et obligations que les professeurs d'université allemands. Toutefois, la question selon laquelle les « Juniorprofessoren » peuvent être protégés à la fois par les dispositions relatives aux fonctionnaires et par les garanties découlant du principe d'homogénéité n'a jamais été réglée explicitement par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Cela peut notamment s'expliquer par le fait que le droit qui s'applique à cette catégorie de personnel n'est pas uniforme dans l'ensemble des Länder. Par exemple, la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Berlin attribue aussi aux « Juniorprofessoren » la désignation académique de « Professor »⁸⁷⁸, comme pour les professeurs d'université qui possèdent une habilitation à diriger des recherches. Le principe d'homogénéité pourrait donc s'effriter sur ce point dans la mesure où le critère de l'habilitation n'est plus au cœur de son champ d'application personnel.

Enfin, une décision peut être remarquée dans laquelle la Cour constitutionnelle fédérale allemande se prononce sur un cas particulier dans le droit universitaire allemand : la conciliation des statuts des professeurs d'université de la République fédérale allemande avec ceux de la République démocratique d'Allemagne⁸⁷⁹. Le recours a été introduit par des professeurs qui avaient le statut de professeur d'université dans les établissements d'enseignement supérieur de Berlin Est notamment et qui sont restés en poste après la réunification. La loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Basse-Saxe leur a attribué le statut de « Dozent » de l'établissement d'enseignement supérieur alors que les requérants voudraient retrouver leur statut « initial » de professeur.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise que les universités et les établissements d'enseignement supérieur de la République démocratique allemande ne connaissaient pas une autonomie équivalente et dépendaient d'un système centralisé sous le contrôle de l'Etat. De la même façon, le droit des

⁸⁷⁷ BVerfGE 111, 226, déc. du 27 juillet 2004, 2 BvF 2/02.

⁸⁷⁸ §103, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG), „Mit der Ernennung zum Professor oder zur Professorin oder zum Juniorprofessor oder zur Juniorprofessorin ist zugleich die akademische Bezeichnung „Professor“ oder „Professorin“ verliehen“. Voir encore, §17, Abs. 4 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG), „Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren führen während der Dauer ihres Dienstverhältnisses die akademische Bezeichnung „Professorin“ beziehungsweise „Professor““.

⁸⁷⁹ BVerfG 95, 193, déc. du 26 février 1997, „DDR-Hochschullehrer“.

professeurs d'université de la République démocratique allemande était différent de celui de la République fédérale. Certaines mesures avaient été prises afin d'harmoniser les deux régimes à l'aide notamment d'un règlement provisoire relatif aux établissements d'enseignement supérieur du 18 septembre 1990 qui introduit l'autonomie des universités dans l'ancienne RDA.

Dans cette affaire, la Cour rappelle ensuite les critères de la définition matérielle du groupe des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur. Celui qui remplit ces conditions en tant que membre d'un établissement d'enseignement supérieur est en droit d'intégrer le groupe des « Hochschullehrern » selon la Cour⁸⁸⁰. Dans le cas contraire, le principe d'homogénéité ne serait plus garanti selon la Cour. Les requérants qui remplissent les conditions peuvent donc appartenir au groupe des professeurs d'université. Le principe d'homogénéité est donc envisagé de façon positive, comme une garantie dont peut bénéficier le groupe de professeurs et un moyen d'élargir le champ d'application de la liberté de la science.

Le principe d'homogénéité s'identifie comme le principe à la base de la définition matérielle des professeurs d'université en Allemagne. Appartenir au groupe des « Hochschullehrern » permet d'occuper une place prépondérante dans l'organisation de l'université et de représenter une discipline scientifique dans la plus grande indépendance. Toutefois, le groupe des « Hochschullehrern » n'est pas le seul dont les membres sont bénéficiaires de la liberté de la science. Chaque groupe d'intérêts présent à l'université pourra bénéficier à sa propre mesure de la liberté de la science et par conséquent pourra exercer certains droits de participation. A la différence de la doctrine française qui associe le principe d'indépendance au groupe des enseignants chercheurs, le droit allemand a une conception de la liberté de la science orientée sur ses finalités.

§2. La définition fonctionnelle de l'universitaire

Après avoir identifié le groupe des universitaires dans le cadre du principe d'homogénéité, permettant à chacun de ses membres d'exercer une influence décisive dans le processus décisionnel, le cadre fonctionnel s'intéresse à l'intégration de l'universitaire au sein du corps des « fonctionnaires ». Il faut dès lors s'interroger sur la compatibilité des garanties découlant de l'indépendance de son statut avec les garanties tenant à l'exercice de ses activités au sein d'une institution de droit public.

⁸⁸⁰ BVerfG 95, 193, déc. du 26 février 1997, „DDR-Hochschullehrer“, „Dabei ist als Hochschullehrer, unabhängig von seiner dienstrechtlichen Stellung, der akademische Forscher und Lehrer zu verstehen, der aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen gleichbewerteten Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut ist. Wer als Angehöriger einer Hochschule diese Voraussetzungen erfüllt, hat Anspruch darauf, der Gruppe der Hochschullehrer und nicht einer anderen Gruppe zugeordnet zu werden“.

La Cour constitutionnelle de Munich a rappelé l'ambivalence du statut des professeurs d'université dans un arrêt récent⁸⁸¹. Tout d'abord, selon la Cour, le statut général de la fonction publique des professeurs d'université est compatible avec l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Ensuite, la liberté de la science ne donne pas la possibilité au professeur d'exercer un droit absolu de rester au sein de la corporation de l'établissement d'enseignement supérieur. Encore une fois, la liberté de la science trouve ses limites dans la protection d'autres domaines protégés par la Constitution.

Selon la Cour constitutionnelle de Munich, le professeur d'université est particulièrement lié à l'institution universitaire et se doit de coopérer avec les autres bénéficiaires des droits fondamentaux afin de réaliser les objectifs de l'université. Les intérêts des différents membres doivent être « adaptés et coordonnés » les uns aux autres⁸⁸². Le professeur d'université exerce donc une fonction liée à la corporation universitaire protégée par la liberté de la science tout en respectant les règles de la profession d'un établissement public.

Selon les règles générales en vigueur, le fonctionnaire allemand doit suivre certains principes du fait de son lien avec l'Etat. Ils sont inscrits dans la « Bundesbeamtengesetz » (loi fédérale relative aux fonctionnaires) : les fonctionnaires sont tenus au respect de l'ordre démocratique prévu par la Constitution (§60, al 1^{er}), à la retenue dont ils doivent faire preuve lorsqu'ils exercent une activité politique (§60, al. 2) et à l'obligation du secret professionnel (§67 « Verschwiegenspflicht »)⁸⁸³.

Par ailleurs, une des critiques récurrentes en France et en Allemagne porte sur la tendance à considérer les universitaires comme de « simples » fonctionnaires, en augmentant notamment les charges d'enseignement et les obligations de service ou en accentuant les exigences de flexibilité dans le service. Si la jurisprudence du Conseil d'Etat considère que les « dispositions relatives aux professeurs d'université contenues dans la loi du 12 novembre 1968 et dans la loi du 26 janvier 1984[...] et destinées, notamment à mettre en œuvre les garanties d'indépendance, reconnues à ces agents par les lois de la république, n'ont eu ni pour objet ni pour effet de donner au législateur compétence pour en fixer un statut particulier »⁸⁸⁴, en Allemagne, le fait pour un universitaire d'appartenir à la catégorie des fonctionnaires n'est pas entendu comme une perte d'indépendance mais surtout comme un gage de protection en tant que « fonctionnaire particulier » (A).

⁸⁸¹ VG München, déc. du 25 juin 2015, M 3 K 14.1137.

⁸⁸² VG München, déc. du 25 juin 2015, M 3 K 14.1137, „Der Hochschullehrer ist insbesondere in die Institution der Universität eingebunden und muss sich, bedingt durch das Zusammenwirken mit den anderen Grundrechtsträgern und mit Rücksicht auf den Ausbildungszweck der Universität, Einschränkungen gefallen lassen; die Interessen der verschiedenen Hochschulangehörigen, der Wissenschaftler, ihrer Mitarbeiter und der Studenten sowie der übrigen Bediensteten müssen miteinander abgestimmt und koordiniert werden“.

⁸⁸³ Bundesbeamtengesetz (loi fédérale relative aux fonctionnaires) du 5 février 2009.

⁸⁸⁴ Conseil d'Etat, décision du 2 mars 1988, « Féd. Nat. synd. Autonomes », n° 61165, *RFDA* 1988.629.

L'universitaire peut être qualifié de « fonctionnaire particulier » dans la mesure où il bénéficie de certaines garanties liées à cette catégorie et jouit d'une plus grande indépendance par rapport à l'ensemble des fonctionnaires. La réelle difficulté contemporaine tient davantage dans l'exigence de flexibilité et d'efficacité requiert par le « service » de l'université que dans la mise au pas des universitaires vis-à-vis des pouvoirs publics. Les établissements d'enseignement supérieur mènent leur propre politique en adaptant de plus en plus le service du personnel en fonction de leurs « besoins » et en particulier, dans l'enseignement. En outre, la Constitution allemande dispose qu'« en règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public »⁸⁸⁵, cela pourrait rentrer en conflit avec l'introduction du temps partiel ou avec la mise en œuvre de relations de travail à durée déterminée au sein d'un établissement d'enseignement supérieur.

La définition fonctionnelle touche à la fois au système particulier de l'enseignement supérieur et aux principes traditionnels du fonctionariat qui constituent une garantie institutionnelle dans la dogmatique allemande. L'article 33 de la Loi fondamentale fixe les différents principes applicables à la fonction publique. Le droit des fonctionnaires est donc fortement empreint de droit constitutionnel et « le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionariat »⁸⁸⁶(B).

A. Garanties et obligations liées à la qualité de « fonctionnaire particulier »

Au préalable, en France, dans une affaire de 1975, le Conseil d'Etat affirmait « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur que le législateur n'a pas entendu déroger, en ce qui concerne le personnel de l'enseignement, aux règles fondamentales du statut des fonctionnaires lesquelles, d'ailleurs, constituent les garanties essentielles de l'indépendance des enseignants affirmée par la même loi »⁸⁸⁷. Le rattachement du personnel de l'enseignement au statut des fonctionnaires est ici envisagé comme une protection des individus, une garantie de leur indépendance dans le système de l'enseignement supérieur, la condition de l'exercice de leurs activités de recherche et d'enseignement.

⁸⁸⁵ Art. 33, Abs. 4 GG, „Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“.

⁸⁸⁶ Art. 33, Abs. 5 GG, „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln“.

⁸⁸⁷ Conseil d'Etat, Ass., décision du 11 juillet 1975, n° 95293.

Dans les faits, la requérante est une assistante titulaire de botanique à la faculté des sciences de l'Université de Grenoble. Elle a été mise en disponibilité sur sa demande, puis a sollicité sa réintégration. Sa demande de réintégration a été écartée et le ministre de l'éducation nationale a refusé « de prendre des mesures nécessaires pour affecter l'intéressée dans un emploi vacant de son grade par le motif que l'autonomie des établissements publics à caractère scientifique et culturel s'opposait à une telle affectation ». Le ministre a par ailleurs opposé l'autonomie des établissements aux garanties accordées à l'intéressée. Le Conseil d'Etat a conclu à l'erreur de droit quant à l'argument du ministre. En effet, le droit des fonctionnaires garantit la possibilité d'être nommé dans un emploi vacant du grade du fonctionnaire. De la même façon, un fonctionnaire titulaire a le droit d'être réintégré à un emploi correspondant sa qualification, à l'issue d'une période de mise en disponibilité. Le statut de fonctionnaire garantit des droits à l'universitaire.

En Allemagne, l'universitaire au sens large est défini par la loi et les statuts comme un fonctionnaire bénéficiant d'un régime particulier. Les universitaires jouissent donc de la protection du statut de fonctionnaire. Les dispositions de la loi cadre fédérale relative au statut de la fonction publique s'appliquent aux professeurs des établissements d'enseignement supérieur, les « Hochschullehrern » (professeurs d'universités et Juniorprofessoren), et aux collaborateurs scientifiques et artistiques à moins que la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur n'en dispose autrement⁸⁸⁸. En ce sens, certaines dispositions du droit des fonctionnaires s'adaptent aux conditions d'exercice particulières des universitaires.

En effet, les dispositions de la loi cadre relative au droit des fonctionnaires sur la carrière et la retraite ne leur sont pas applicables⁸⁸⁹, de même, les dispositions relatives à la mise en œuvre d'une période d'essai ne valent que dans certains cas. En outre, les professeurs de l'enseignement supérieur ne peuvent pas être mutés ou détachés sans leur accord préalable⁸⁹⁰. Une exception tient dans le fait qu'une mutation à un poste équivalent dans un autre établissement est admissible sans l'accord du professeur si l'établissement est compétent pour le conclure avec un autre établissement ou lorsque la branche et les études dans lequel il est compétent ont été en partie ou entièrement délocalisées⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ §49 HRG, „Auf beamtete Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sowie wissenschaftliche und künstlerische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter finden die Vorschriften des Beamtenrechtsrahmengesetzes Anwendung, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt“

⁸⁸⁹ §50 HRG, 1. „Die Vorschriften des Beamtenrechtsrahmengesetzes über die Laufbahnen und den einstweiligen Ruhestand sind auf Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht anzuwenden“.

⁸⁹⁰ §50 HRG, 2. „Beamtete Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer können nur mit ihrer Zustimmung abgeordnet oder versetzt werden“.

⁸⁹¹ §61 Beamtenstatusgesetz (Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 17.06.2008) loi relative au statut des fonctionnaires dans les Länder, „Abweichend von den §§ 14 und 15 können Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nur mit ihrer Zustimmung in den Bereich eines Dienstherrn eines anderen Landes oder des Bundes abgeordnet oder versetzt werden. Abordnung oder Versetzung im Sinne von Satz 1 sind auch ohne Zustimmung der Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrer zulässig, wenn die Hochschule oder die Hochschuleinrichtung, an der sie tätig sind, aufgelöst oder mit einer anderen Hochschule

A côté des lois cadres, les Länder ont adopté ensuite une réglementation particulière afin de régler les rapports juridiques des professeurs d'université et du personnel scientifique et artistique dans leurs établissements d'enseignement supérieur⁸⁹². Par exemple, la loi relative aux rapports juridiques des professeurs des établissements d'enseignement supérieur dans le Land de Bavière ne vaut pas pour les personnes qui ont conclu un contrat de droit privé avec un établissement d'enseignement supérieur⁸⁹³. De la même façon que dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, les dispositions générales applicables au droit de la fonction publique s'étendent au personnel scientifique et artistique des établissements d'enseignement supérieur à moins que cette loi n'en dispose autrement⁸⁹⁴. Le droit de la fonction publique est donc le droit commun des universitaires.

Dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 1973⁸⁹⁵, le requérant, professeur d'université, invoque l'article 33, paragraphe 5 de la Loi fondamentale relatif aux droits des fonctionnaires, en particulier pour ce qui concerne la procédure de recrutement des professeurs et leur nomination au sein d'un établissement d'enseignement supérieur. La Cour Constitutionnelle fédérale allemande rappelle que les dispositions constitutionnelles qui concernent les universitaires sont « dérivées de l'autonomie de la science en tant que principe effectif pour leur statut ». Elle en conclut que la question posée relève de l'examen de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale et ne fait pas intervenir les dispositions relatives aux fonctionnaires de l'article 33, alinéa 5 de la Loi fondamentale. Les droits du plaignant de l'article 33, paragraphe 5 sont déjà garantis dans la liberté académique selon la Cour.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a cessé de rappeler dans sa jurisprudence, depuis l'arrêt de principe de 1973, que la notion de « Hochschullehrer » s'entendait indépendamment des limites posées par le droit des fonctionnaires⁸⁹⁶. De la même façon, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale

zusammengeschlossen wird oder wenn die Studien- oder Fachrichtung, in der sie tätig sind, ganz oder teilweise aufgehoben oder an eine andere Hochschule verlegt wird. In diesen Fällen beschränkt sich eine Mitwirkung der aufnehmenden Hochschule oder Hochschuleinrichtung bei der Einstellung auf eine Anhörung. Die Vorschriften über den einstweiligen Ruhestand sind auf Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht anzuwenden“.

⁸⁹² Voir notamment, Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen sowie des weiteren wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen (Bayerisches Hochschulpersonalgesetz – BayHSchPG) vom 23. Mai 2006.

⁸⁹³ Art. 1, Abs. 2 BayHSchPG, „Dieses Gesetz gilt nicht für Personen, die an einer Hochschule auf Grund eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses mit einem Mitglied der Hochschule wissenschaftlich oder künstlerisch tätig sind“.

⁸⁹⁴ Art. 3, Abs. 1 BayHSchPG, „Für das beamtete wissenschaftliche und künstlerische Personal gelten die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften, soweit nicht durch dieses Gesetz anderes bestimmt ist“.

⁸⁹⁵ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁸⁹⁶ Voir notamment, BVerfGE 64, 323, déc. du 29 juin 1983, 2 BvR 720/79, „Für diese Funktionen und Anforderungen habe das Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 GG in seinem Hochschulurteil und seither in weiteren Entscheidungen gemeinsame verfassungsrechtliche Merkmale abgeleitet, die den Begriff des Hochschullehrers unabhängig von beamtenrechtlichen Abgrenzungen prägen“.

allemande doit examiner une loi relative aux établissements d'enseignement supérieur d'un Land, elle contrôle le droit des établissements d'enseignement supérieur (« Hochschulrecht ») et non les dispositions du droit des fonctionnaires (« Beamtenrecht »)⁸⁹⁷.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a assimilé l'universitaire à un fonctionnaire « classique » que dans un seul arrêt de 1953 qui révélait aussi un contexte politique et historique particulier⁸⁹⁸. La Cour constitutionnelle fédérale devait se prononcer sur la conformité de la loi G 131 (ou Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetz fallenden Personen) du 1^{er} avril 1951.

Cette loi fédérale « détermine la situation juridique des personnes, y compris les réfugiés et les expulsés, qui, ayant été au service de la fonction publique au 8 mai 1945, ont quitté cette dernière pour des raisons indépendantes du droit de la fonction publique ou du droit des conventions collectives, et n'ont pas été jusqu'à présent réemployées, ou ne l'ont pas été dans des conditions correspondant à celles de leur ancienne position » selon les dispositions de l'article 131 de la Loi fondamentale.

Les dispositions de la loi G 131 dérogeaient notamment à certains points fondamentaux du droit général des fonctionnaires. Elle prévoyait toutefois des mesures en vue d'adapter à l'avenir la loi relative aux fonctionnaires. Plusieurs requérants ont alors invoqué une violation de leurs droits fondamentaux. Parmi eux, certains étaient professeurs titulaires des universités ou des établissements d'enseignement technologique du Land de Bavière, professeurs associés de l'Université de Giessen, professeur de l'établissement d'enseignement supérieur technique de Darmstadt et professeur associé de l'établissement d'enseignement supérieur de commerce de Nürnberg, possédant le statut de fondation de droit public.

Les requérants estimaient qu'ils se sentaient désavantagés en ce qu'ils étaient traités comme des fonctionnaires étant soumis aux dispositions de la loi G 131. Ils alléguaient une violation de leur liberté de recherche et d'enseignement protégé par l'article 5, alinéa 3, phrase première et une atteinte au « droit fondamental des universités allemandes »⁸⁹⁹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que le recours était sans fondement. C'est la seule jurisprudence dans laquelle la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas retenu la « spécificité » du statut des universitaires.

⁸⁹⁷ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“, „Bei den angegriffenen Regelungen des Universitätsgesetzes handelt es sich zwar nicht um Vorschriften des Beamten-, sondern des Hochschulrechts“.

⁸⁹⁸ BVerfGE, 3, 58, déc. du 17 décembre 1953, „Beamtenverhältnisse“.

⁸⁹⁹ BVerfGE, 3, 58, déc. du 17 décembre 1953, „Beamtenverhältnisse“, „Die Beschwerdeführer zu 12 bis 33 behaupten ferner einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Das G 131 schalte einen Kreis von Hochschullehrern aus ihrem Beruf aus und greife damit in die Freiheit der Forschung und Lehre, in "das Grundrecht der deutschen Universitäten", unzulässigerweise ein“.

Ainsi, le droit relatif au service du professeur d'établissement supérieur (Hochschullehrerdienstrecht) doit être organisé de façon à ce que le professeur d'université bénéficie de la plus grande indépendance et d'une large autonomie dans sa fonction. D'autre part, si le statut de « fonctionnaire particulier » leur accorde des droits, les professeurs sont aussi soumis à certaines obligations, au même titre que la plupart des fonctionnaires allemands.

En effet, l'indépendance dans l'accomplissement des missions dans la recherche et dans l'enseignement n'est pas incompatible avec le devoir d'obéissance du fonctionnaire (« beamtenrechtlichen Gehorsampflicht »)⁹⁰⁰. L'obligation de fidélité à la Constitution n'est pas restreinte selon la conception de la Cour constitutionnelle fédérale allemande par l'interprétation de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que l'obligation de fidélité à la Constitution exige de l'individu le respect de l'Etat et de son ordre constitutionnel en vigueur, y compris de l'ordre qui peut être modifié par le biais d'une révision constitutionnelle. Cela ne concerne pas uniquement les propos du fonctionnaire mais cette obligation traduit également un comportement à observer dans les activités professionnelles des professeurs. Le fonctionnaire doit respecter les dispositions constitutionnelles et juridiques existantes et remplir sa fonction dans l'esprit de la Constitution allemande⁹⁰¹.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans cette même décision de 1975, est allée plus loin en précisant que l'« obligation de fidélité politique » exige davantage qu'un comportement formel correct, au demeurant, désintéressé, distancé par rapport à l'Etat et la Constitution. Elle exige des fonctionnaires en particulier, qu'ils prennent clairement des distances d'avec des groupes et des velléités révolutionnaires qui combattent, attaquent, et diffament l'Etat et ses organes constitutionnels. Du fonctionnaire est attendu qu'il envisage l'Etat et la Constitution de façon positive. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'obligation de fidélité politique a fait ses preuves en temps de crise et dans les situations de conflit sérieux. Un tempérament peut être apporté à cette décision ; la Cour n'a en effet pas précisé si l'obligation de fidélité variait en fonction des activités du fonctionnaire. Pourtant la clause de fidélité à la Constitution ne concerne que la liberté de l'enseignement au sens de la lettre de la Loi fondamentale⁹⁰².

La Cour administrative fédérale allemande a confirmé deux ans plus tard, le fait que l'exigence de garantie de la fidélité à la Constitution ne contrevenait pas pour le professeur d'établissement d'enseignement supérieur aux dispositions de l'article 5,

⁹⁰⁰ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 156.

⁹⁰¹ BVerfG 39, 334, déc. du 22 mai 1975, „Extremistenbeschluss“.

⁹⁰² Voir Première Partie, Titre 2, Chap. 1, S. 2, §1, B « Les fonctions de la clause de fidélité à la Constitution et la liberté de l'enseignement ».

alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale⁹⁰³. Ainsi, la double protection des universitaires tient en leur statut de fonctionnaire (en tant que tel, ils bénéficient de certaines garanties) et en l'application d'un régime particulier qui leur permet de « profiter » de certains *privileges* découlant de la liberté de la science.

B. La mise à mal des principes traditionnels du fonctionnariat par le « principe » de flexibilité

Le statut de fonctionnaire de l'universitaire lui permet de déroger à certaines règles de la fonction publique tout en restant soumis aux obligations qui en découlent. Si l'universitaire ne dispose pas d'un droit à rester membre de sa corporation à vie, il peut profiter d'une certaine stabilité et sécurité relativement à son poste et à sa fonction.

Aujourd'hui, les universitaires doivent suivre de plus en plus les exigences de flexibilité tenant au fonctionnement propre d'une organisation hiérarchisée et efficiente d'un établissement. L'introduction de mesures de flexibilité peuvent aller à l'encontre de deux principes en particulier : le principe de réciprocité des activités du fonctionnaire et de son statut qui correspondait à la « *clausula rebus sic stantibus* », contenue dans l'ancien paragraphe 43 de la loi cadre relative aux établissements d'enseignement supérieur⁹⁰⁴ (1°) et le principe de durabilité de la fonction (2°).

Avant d'envisager la question de la remise en cause des principes traditionnels du fonctionnariat allemand, certaines transformations juridiques peuvent aussi être observées en France. Cela concerne principalement les règles relatives aux mutations des enseignants-chercheurs, aux obligations de service d'enseignement et plus généralement aux compétences en matière de gestion et de recrutement des enseignants-chercheurs.

Le Conseil d'Etat estime que les dispositions relatives à l'indépendance et à la libre expression des enseignants-chercheurs « n'ont ni pour objet ni pour effet d'exonérer les enseignants-chercheurs de toute obligation d'ordre administratif ayant été instituée dans l'intérêt du service, dès lors que ces obligations ne sont pas de nature à porter atteinte aux libertés et garanties d'ordre intellectuel et scientifique »⁹⁰⁵.

L'argumentation paraît un peu bancal dans la mesure où les enseignants-chercheurs doivent répondre à ces obligations d'ordre administratif alors qu'ils bénéficient du principe d'indépendance et ce, seulement si les obligations en cause

⁹⁰³ BVerwGE, déc. du 22 avril 1977, 7 C 17.74, „Die Forderung nach Gewähr der Verfassungstreue verstößt bei einem Hochschullehrer auch nicht gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG“.

⁹⁰⁴ §43, Abs. 3, S. 2 HRG a. F. (ancienne version), „Art und Umfang der von dem einzelnen Professor wahrzunehmenden Aufgaben richten sich unter Beachtung der Absätze 1 und 2 nach der Ausgestaltung seines Dienstverhältnisses und der Funktionsbeschreibung seiner Stelle. Die Festlegung muss unter dem Vorbehalt einer Überprüfung in angemessenen Abständen stehen“.

⁹⁰⁵ Conseil d'Etat, décision du 2 mars 1988, n° 61165, 61472.

ne portent pas atteinte aux libertés. Il est alors délicat de préciser le cadre de ces « obligations d'ordre administratif » « dans l'intérêt du service ». Serait-ce l'« intérêt du service » qui conditionne les libertés intellectuelles de l'universitaire ? Le principe d'indépendance s'effacerait-il dans l'exercice des obligations d'ordre administratif ?

Parmi ces obligations figurent les mutations des enseignants-chercheurs subordonnées à une durée minimale de trois ans d'exercice de leurs fonctions dans leur affectation actuelle ou à l'obligation de résider au lieu d'exercice de leurs fonctions. Autour de la question des mutations des enseignants-chercheurs, le Conseil d'Etat, à l'aide d'une argumentation très succincte, a considéré que la mesure consistant en un transfert d'un institut universitaire de technologie (IUT) d'une université à une autre en constatant le rattachement à cette dernière d'un professeur, ne pouvait être regardée comme une mutation au sens du décret de 1984⁹⁰⁶. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat n'évoque à aucun moment le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et ne s'en remet qu'à certaines dispositions de la loi du 26 janvier 1984, abrogées depuis, qui prévoyaient l'autonomie financière aux instituts et aux écoles faisant partie des universités et la compétence du ministre dans l'affectation directe de crédits et d'emplois attribués à l'université.

Dans un arrêt de 1999, le Conseil d'Etat annule un arrêté du ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche du 1^{er} juillet 1998 affectant un professeur des universités à l'Université française du Pacifique au centre de Papeete de cette Université. Cependant, la Haute juridiction ne mentionne ni le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs qui leur accorderait certaines garanties relatives à la mutation, ni le principe d'autonomie des universités qui suppose un droit de proposition de l'établissement sur les candidatures de la commission de spécialistes au conseil d'administration⁹⁰⁷. En outre, c'est le ministre chargé de l'enseignement supérieur qui prononce les mutations des professeurs d'universités⁹⁰⁸.

A côté de ces obligations d'ordre administratif, les textes encadrent « les obligations de service des enseignants-chercheurs »⁹⁰⁹ qui comprennent notamment les

⁹⁰⁶ Conseil d'Etat, Sect., décision du 27 mars 1998, n° 157190.

⁹⁰⁷ Art. 33 et 34 du décret en vigueur en 1984. Avec l'entrée en vigueur du décret du 2 septembre 2014 n°2014-997 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, le conseil académique donne un avis sur les différentes demandes de mutation et c'est finalement au chef d'établissement de donner son accord. Le décret du 9 mai 2017 n°2017-854 vient encore modifier certaines dispositions du décret initial.

⁹⁰⁸ Art. 51 du décret en vigueur en 1984. Depuis le décret de 2014, les mutations des professeurs des universités sont prononcées par arrêté du président ou directeur de l'établissement d'accueil. La fixation du nombre d'emplois de professeurs des universités à pourvoir par la voie de la mutation est aussi de la compétence soit du président, soit du directeur d'établissement, après avis du conseil académique.

⁹⁰⁹ Art. 6 du décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du

services d'enseignement. En outre, le décret du 23 avril 2009 qui vient modifier le décret du 6 juin 1984 introduit un nouveau terme, celui de la modulation de service. Ainsi, le service d'un enseignant-chercheur peut être modulé, « dans le cadre d'un projet individuel ou collectif, scientifique, pédagogique ou lié à des tâches d'intérêt général »⁹¹⁰. Si l'on comprend plus aisément la nécessité de coopération à l'aide de projets communs, il est plus délicat d'avoir une idée précise du contenu de ces « tâches d'intérêt général ».

S'agissant des autorités compétentes pour répartir et moduler les obligations de service des enseignants-chercheurs, le Conseil d'Etat considère que le pouvoir réglementaire peut confier au conseil d'administration le soin de répartir les obligations de services et ouvrir la faculté au président de l'université de moduler les services⁹¹¹ dans les universités bénéficiant de responsabilités et de compétences élargies.

De la même façon, le Conseil constitutionnel ne remet pas en question le fait que la répartition des obligations de services puisse avoir lieu au niveau des universités bénéficiant de compétences élargies⁹¹². Selon le Conseil, il s'agit de renforcer l'autonomie des universités sans pour autant porter atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs ni au principe d'égalité entre les fonctionnaires d'un même corps. Ici, les garanties relatives à la corporation des fonctionnaires et à leur statut particulier font défaut et notamment du point de vue du principe d'égalité. Les dispositions visées pourraient en effet engendrer des différences importantes entre les établissements bénéficiant de compétences élargies et provoquer une rupture d'égalité entre les fonctionnaires d'un même corps.

Dans un recours en excès de pouvoir, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la légalité de l'arrêté du 27 juillet 2009 du ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche modifiant l'arrêté du 15 décembre 1997 portant délégation de pouvoirs en matière de recrutement et de gestion des professeurs des universités et des maîtres de conférences⁹¹³. Selon les dispositions légales, le ministre de l'enseignement supérieur peut déléguer aux présidents et directeurs d'établissement d'enseignement supérieur publics par arrêté certaines compétences en matière de gestion et de recrutement des personnels.

En l'espèce, le ministre de l'enseignement supérieur délègue les pouvoirs de prendre des mesures de suspension à caractère conservatoire, dans l'intérêt du service des enseignants-chercheurs. Le Conseil d'Etat considère que les dispositions réglementaires ne contreviennent pas au statut général des fonctionnaires de l'Etat et n'ont « ni pour objet ni pour effet de dessaisir l'Etat de ses compétences au

corps des maîtres de conférences, « Les obligations de service des enseignants chercheurs sont celles définies par la réglementation applicable à l'ensemble de la fonction publique ».

⁹¹⁰ Art. 7 du décret n°84-431 du 6 juin 1984.

⁹¹¹ Conseil d'Etat, décision du 9 juin 2010, n°329056.

⁹¹² Cons. 21 et 22, Conseil Constitutionnel, QPC du 6 août 2010, n°2010-20/21.

⁹¹³ Conseil d'Etat, décision du 29 octobre 2012, n°332157.

bénéfice d'une autre personne morale ». L'arrêté du 10 février 2012 portant délégation de pouvoirs en matière de recrutement et de gestion de certains personnels enseignants des établissements publics d'enseignement supérieur et de recherche, en vigueur actuellement, abroge les dispositions de l'arrêté de 1997 mais reprend les dispositions contestées dans cette affaire.

Ainsi, les obligations d'ordre administratif et les obligations de service des enseignants-chercheurs sont envisagées dans un souci d'adaptation aux besoins du service public de l'enseignement supérieur mais plus forcément envisagées comme partie intégrante de la fonction initiale de l'universitaire dans l'accomplissement de ses missions. On constate, à la fois, une dissociation entre les activités de recherche et d'enseignement d'un côté et une volonté de gestion plus « efficace » des « obligations » attribuées au personnel scientifique de l'autre. Par conséquent, une confusion apparaît entre les missions premières et les missions secondaires des universitaires⁹¹⁴. Certaines de ces évolutions sont comparables avec le droit allemand.

1° Le principe de réciprocité des activités exercées découlant du statut du fonctionnaire (Anspruch des Beamtes auf amtsangemessene Beschäftigung)

Le principe de réciprocité des activités exercées en fonction du statut du fonctionnaire suppose que l'agent public doit exercer uniquement les tâches en lien avec sa fonction, préalablement déterminées par son statut. A l'université, la multiplication des tâches administratives ou pédagogiques pourrait aller à l'encontre de ce principe essentiel à la mise en œuvre de la fonction publique allemande. En outre, le législateur multiplie les obligations des universitaires, ne distinguant plus les missions premières des missions secondaires.

Dans une affaire du début de l'année 2017, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a eu l'occasion de rappeler les exigences tenant aux principes traditionnels du fonctionnariat allemand⁹¹⁵. L'examen constitutionnel portait sur l'intégration de la réforme relative à la profession de notaire du législateur du Land du Bade-Wurtemberg. La Cour rappelle que le droit de la fonction publique doit être réglé et développé selon les dispositions de la Constitution allemande et plus précisément de son article 33, alinéa 5. Cet article met en œuvre des normes qui ont vocation à s'appliquer directement et contient une garantie institutionnelle en faveur de la fonction publique. Nonobstant l'existence de cette garantie institutionnelle qui protège « le noyau des principes structurels » de la fonction publique, le législateur

⁹¹⁴ Sur la modulation de service, voir encore S. Bensmaine-Coeffier, *Le principe d'autonomie des universités françaises*, Thèse, Droit. Université Grenoble Alpes, 2016, p. 322-335. Le décret n° 2014-997 du 2 septembre 2014 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences apporte certaines modifications au décret n° 2009-460 du 23 avril 2009.

⁹¹⁵ BVerfG, déc. du 24 février 2017, 2 BvR 2524/16.

possède une certaine marge de manœuvre afin d'adapter la législation au développement d'un Etat démocratique libéral.

Dans cette même affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise ensuite ces différents principes essentiels relatifs au droit des fonctionnaires. Elle distingue le principe selon lequel le fonctionnaire doit exercer des missions correspondant à son statut, le principe de bienveillance à l'égard du fonctionnaire et enfin un principe de confiance mutuelle dans la fonction publique.

En premier lieu, le fonctionnaire a un droit d'exercer une fonction appropriée eu égard à son statut⁹¹⁶. En d'autres termes, le fonctionnaire n'est tenu d'exercer, en principe, que les activités qui correspondent à son statut. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le fonctionnaire doit suivre les modifications dans le cas de changements dans l'organisation des corporations de droit public et notamment les changements relatifs à la répartition des missions. Selon la Cour, le fonctionnaire peut donc être amené à suivre des normes plus flexibles et des modifications relatives à son statut⁹¹⁷. L'employeur, au sens large, peut adapter les missions des fonctionnaires dans la mesure où cela reste raisonnable par rapport à leurs missions initiales.

En second lieu, parmi les principes traditionnels du fonctionnariat figure également le principe de l'obligation de bienveillance de l'employeur à l'égard du fonctionnaire ou en allemand, « Fürsorgepflicht ». Ce principe est, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le corrélat du principe de l'obligation de fidélité du fonctionnaire. L'obligation en faveur du fonctionnaire impose à l'employeur de tenir compte au mieux des intérêts du fonctionnaire en cause⁹¹⁸.

Enfin, il existe au profit du fonctionnaire un principe de protection de la confiance qu'il peut placer dans la fonction publique en vertu des principes de l'Etat de droit. La doctrine parle de la « Vertrauensschutz ». Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'ensemble des principes traditionnels du fonctionnariat remplissent la fonction de « Vertrauensschutz ». Cela renvoie notamment à la protection de la sécurité juridique dans ce domaine. Bien que le fonctionnaire doive se conformer aux exigences d'adaptation mises en œuvre par le législateur, il bénéficie donc du droit de ne pas s'éloigner, dans ses activités, de sa mission initiale. Jusqu'à quel point,

⁹¹⁶ BVerfG, déc. du 24 février 2017, 2 BvR 2524/16, „Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist der Anspruch des Beamten auf amtsangemessene Beschäftigung, das heißt auf Übertragung einer seinem Status entsprechenden Funktion“.

⁹¹⁷ BVerfG, déc. du 24 février 2017, 2 BvR 2524/16, „Es entspricht aber auch den hergebrachten Strukturen des Dienstrechts im Falle wesentlicher Organisationsänderungen wie Umbildung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und einer Änderung der Verteilung ihrer Aufgaben, die betroffenen Beamten flexibel einzusetzen, etwa durch die Möglichkeit des Dienstherrnwechsels oder auch durch Statusveränderungen“.

⁹¹⁸ BVerfG, déc. du 24 février 2017, 2 BvR 2524/16, „Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Dienstherrn, bei seinen Entscheidungen die wohlverstandenen Interessen des Beamten in gebührender Weise zu berücksichtigen, dh den Beamten gegen unberechtigte Anwürfe in Schutz zu nehmen, ihn entsprechend seiner Eignung und Leistung zu fördern und bei seinen Entscheidungen die wohlverstandenen Interessen des Beamten in gebührender Weise zu berücksichtigen“.

l'accroissement des tâches et des obligations de l'universitaire est-il compatible avec ces principes ?

La Cour constitutionnelle du Land du Bade-Wurtemberg rappelle en 2000 que dans l'exercice des obligations de charges d'enseignement, le principe tient à ce que la priorité soit établie en faveur de l'initiative et de la libre coordination du corps enseignant par le moyen des comités scientifiques disciplinaire⁹¹⁹. Au préalable, il n'existe pas d'obligation pour le professeur d'exercer « certaines tâches d'enseignement ». Il peut en principe décider lui-même quels enseignements il veut exercer et ensuite, il y a un accord au sein du corps enseignant. Dans le cadre de l'organisation des missions d'enseignement, la faculté peut aussi, de façon subsidiaire, répartir ces missions⁹²⁰.

Ensuite, la Cour administrative fédérale affirme que la liberté de la science dans le sens de la liberté de la recherche ne contrevient pas au fait que l'universitaire doit acquitter certaines charges d'enseignements (Lehraufgaben)⁹²¹. Cela vaut également si les charges d'enseignement sont prédominantes par rapport aux activités de recherche. Par exemple, la réglementation qui met en œuvre une obligation d'enseignement de douze « Semesterwochenstunde »⁹²² est compatible avec l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

Dans une autre affaire de la Cour constitutionnelle du Land du Bade-Wurtemberg, le requérant, professeur d'université de grade C4⁹²³ s'oppose à la hausse de sa charge d'enseignement hebdomadaire⁹²⁴. Par deux règlements du gouvernement du Land⁹²⁵, la charge d'enseignement pour les professeurs des universités et les professeurs des établissements d'enseignement supérieur pédagogiques a augmenté de huit à neuf heures de cours. La Cour ne conclue pas à une violation de l'article 5 et de la liberté de la science en s'appuyant tout d'abord sur la relation étroite entre la recherche et l'enseignement. Une recherche libre ne peut exister qu'en lien avec des activités d'enseignement.

⁹¹⁹ VGH Baden-Württemberg, déc. du 31 juillet 2000, D 17 S 4/00.

⁹²⁰ VGH Baden-Württemberg, déc. du 31 juillet 2000, D 17 S 4/00, „Bei der Erfüllung der Regellehrverpflichtung ist von dem Grundsatz des Vorrangs der Eigeninitiative und der freiwilligen Selbstkoordination des Lehrkörpers vor der Fremdbestimmung durch Gremien des Fachbereichs auszugehen. Zur Wahrnehmung bestimmter Lehraufgaben ist danach ein Professor nicht von vornherein verpflichtet. Er kann grundsätzlich vielmehr selbst entscheiden, mit welchen Lehrveranstaltungen er seiner Regellehrverpflichtung nachkommen will, und hierüber eine Einigung im Lehrkörper herbeiführen. Nur soweit es zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Lehrangebots erforderlich ist, kann die Fakultät die Lehraufgaben ihrer zur Lehre verpflichteten Mitglieder bestimmen“.

⁹²¹ BVerwGE, déc. du 3 novembre 1988, 7 C 85.86.

⁹²² Cela correspond au nombre d'heures d'enseignement par semaine pour un semestre.

⁹²³ Le grade C4 correspond au rang le plus élevé des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur. Il regroupe les professeurs des établissements d'enseignement supérieur d'art, les professeurs des établissements d'enseignement supérieur scientifiques, les professeurs d'université et ce que l'on appelait auparavant les « ordentliche Professoren » (l'équivalent des professeurs d'université titulaires).

⁹²⁴ VGH Baden-Württemberg, déc. du 23 mai 2006, 4 S 1957/04.

⁹²⁵ Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Lehrverpflichtungsverordnung, Lehrverpflichtungsverordnung für Kunsthochschulen vom 04.08.2003.

Ensuite, selon la Cour constitutionnelle du Bade-Wurtemberg, afin de veiller au fonctionnement des institutions et à la concrétisation d'un domaine universitaire libre, l'Etat tient compte des autres missions légitimes des établissements scientifiques et des droits fondamentaux de leurs différents membres. Selon la Cour, cet espace est non seulement garanti dans l'intérêt du développement du scientifique lui-même mais aussi dans l'intérêt du bien-être des individus et de la société au service de la science⁹²⁶.

Pour justifier la hausse de la charge d'enseignement, la liberté de la science se trouve donc limitée par l'exigence de formation de la société. En outre, l'article 5, alinéa 3 ne pourrait pas fixer un minimum ou un maximum d'heures d'enseignement. La loi fondamentale exige seulement que la charge d'enseignement ne soit pas trop excessive pour que la recherche puisse encore être exercée librement. Il reste toutefois à déterminer à quel moment la hausse de charges d'enseignement dépasse le cadre des missions premières de l'universitaire et à fixer précisément des limites dans la modification de ses missions pour rester en conformité avec le principe de réciprocité des activités correspondant aux missions initiales.

2° Le principe de stabilité et de durabilité de la fonction

La liberté de la science protégée par l'article 5, alinéa 3, phrase première dont bénéficient les universitaires, ne leur confère pas un droit au maintien illimité dans leur fonction ou un droit absolu d'appartenir à la corporation universitaire. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a retenu cette appréciation dans une affaire de 2003 à propos d'un professeur d'université du Land de Bavière⁹²⁷. En l'espèce, la Cour ne reconnaît pas de violation de la liberté de la science. Bien que le requérant possède un droit de participation aux moyens personnels, financiers et organisationnels de l'Université, il ne possède aucun droit évident à l'éméritat.

Le droit relatif au service du personnel a été modifié et notamment quant à la durée de la fonction d'un universitaire. Cela peut s'expliquer notamment par le déclin de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur qui commence avec la 4^{ème} loi de modification du 25 août 1998⁹²⁸. Le paragraphe 46 de cette loi subit quelques modifications en ne mettant plus au cœur du système de l'enseignement supérieur la possibilité de titularisation et le principe de nomination à vie, et en accordant la même importance aux emplois à durée déterminée qu'aux emplois « à durée indéterminée »⁹²⁹. En outre, les professeurs ne sont pas forcément nommés dans un rapport juridique de fonctionnaire de droit public mais peuvent

⁹²⁶ VGH Baden-Württemberg, déc. du 23 mai 2006, 4 S 1957/04, „Dieser Freiraum ist nicht nur im Interesse seiner Entfaltung als Wissenschaftler garantiert, sondern auch im Interesse einer dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft dienenden Wissenschaft“.

⁹²⁷ BVerfG, déc. du 4 février 2003, 2 BvR 315/01.

⁹²⁸ M. Harmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 119-120.

⁹²⁹ §46 HRG, „Die Professoren werden, soweit sie in das Beamtenverhältnis berufen werden, zu Beamten auf Zeit oder auf Lebenszeit ernannt; durch Gesetz kann bestimmt werden, dass eine Probezeit zurückzulegen ist“.

aussi être recrutés selon les règles du droit privé. Enfin, le nouveau cadre légal permet de mettre en œuvre des périodes d'essais avant le recrutement éventuel d'un professeur.

Les parlements des Länder sont venus compléter ces dispositions en introduisant là encore davantage d'adaptabilité en fonction des besoins d'un établissement d'enseignement supérieur. En revanche, la mise en œuvre d'une activité à temps partiel doit reposer sur le volontariat et ne peut être réglée que par des rapports juridiques de droit privé. La même chose vaut pour le cumul d'activités des professeurs de l'enseignement supérieur, qui n'est encadré que dans certaines lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur⁹³⁰. D'autre part, il est rare que les dispositions des lois des Länder relatives aux états de service des professeurs d'établissement d'enseignement supérieur prévoient une limite d'âge pour le recrutement des professeurs. On peut tout de même citer la loi du Land de Bavière qui prévoit un âge limite pour la nomination de 52 ans⁹³¹. La plupart du temps, la question du recrutement et de la fin d'exercice des professeurs est commandée par des raisons budgétaires : des dispositions spécifiques dans les règlements budgétaires des Länder peuvent prévoir la nécessité d'un accord du ministère des finances lorsque le candidat a dépassé un certain âge⁹³².

L'exigence de flexibilité imposée dans les fonctions des professeurs peut dans ce cas s'accompagner d'une certaine forme d'insécurité juridique et d'inégalité entre les différents Länder. Un des principes essentiels du droit des universitaires tient pourtant dans la durabilité de leur fonction. C'est aussi une condition de leur indépendance. Cette règle n'est que partiellement traduite dans les lois des Etats fédérés relatives aux établissements d'enseignement supérieur⁹³³.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée sur la question des contrats à durée déterminée appliqués dans le recrutement des fonctionnaires⁹³⁴. La Cour a examiné la compatibilité avec la Constitution allemande de certaines dispositions de la neuvième loi de modification de la réglementation du droit du travail du 20 avril 1999 du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie prévoyant des rapports juridiques à durée déterminée pour certains fonctionnaires et le transfert d'un fonctionnaire à un poste équivalent mais à durée déterminée.

⁹³⁰ Par exemple, §39, Abs. 6 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), "Personen mit der Qualifikation einer Professorin oder eines Professors nach § 36 können nebenberuflich als Professorinnen oder Professoren in einem privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis eingestellt werden".

⁹³¹ Art. 10, Abs. 3 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG), „Zum Professor oder zur Professorin darf nicht ernannt werden, wer das 52. Lebensjahr bereits vollendet hat. Das Staatsministerium kann in dringenden Fällen im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat Ausnahmen zulassen“.

⁹³² M. Harmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 158.

⁹³³ *Ibid.*, p. 156.

⁹³⁴ BVerfG 121, 205, déc. du 28 mai 2008, 2 BvL 11/07.

Le législateur du Land justifie la mise en œuvre de cette loi afin de contribuer à une meilleure sélection des fonctionnaires exerçant des postes de gestionnaires dans le service public et de rendre le personnel de gestion plus efficace et flexible. En même temps, la mise en œuvre de postes à durée déterminée devrait « accroître la concurrence et la mobilité et servir d'incitation pour augmenter l'efficacité et l'engagement du personnel de gestion »⁹³⁵. Les requérants dans cette affaire sont des fonctionnaires du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie qui ont vu leur poste de dirigeant-gestionnaire se transformer en un poste à durée déterminée. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le principe de nomination à vie ou « Lebenszeitprinzip » est l'un des principes structurels traditionnels de la fonction publique qui, compte tenu de son importance, doit bénéficier de l'attention particulière du législateur. En outre, selon la Cour, les dispositions relatives à la mise en œuvre de postes de direction à durée déterminée pour les fonctionnaires contreviennent à l'essence même du « Lebenszeitprinzips » et sont donc incompatibles avec l'article 33, alinéa 5 de la Loi fondamentale⁹³⁶.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que les principes traditionnels de la fonction publique au sens de l'article 33 supposent une application longue, formant une véritable tradition des principes reconnus comme contraignant et garantis et ce, depuis la Constitution de Weimar. L'article 33 traduit un droit directement applicable et contient une obligation pour le législateur et une garantie institutionnelle du fonctionariat. En outre, bien que la Cour mette en avant la compétence du législateur en la matière et sa marge de manœuvre, ce principe a pour fonction d'assurer l'indépendance des fonctionnaires dans l'intérêt d'une administration d'un Etat de droit. Elle ajoute que l'indépendance de l'administration qui découle du principe de la durabilité ne s'entend pas comme un privilège du fonctionnaire mais sert le bien commun.

La Cour peut toutefois admettre certaines exceptions à ce principe en tenant compte de certains types de postes à durée déterminée⁹³⁷. En effet, un fonctionnaire peut être engagé de façon temporaire si l'on attend de lui uniquement des missions précises. Les cas et les conditions de la nomination de fonctionnaires à durée déterminée doivent être fixés par la loi⁹³⁸. En l'espèce, le transfert des fonctions gestionnaires

⁹³⁵ BVerfG, déc. du 28 mai 2008, 2 BvL 11/07, „Zur Begründung verwies er darauf, die zeitweise Wahrnehmung von Führungsfunktionen solle zu einer besseren Auswahl der Führungskräfte im öffentlichen Dienst beitragen sowie fähiges und flexibles Führungspersonal leichter einsetzbar machen. Zugleich solle die befristete Übertragung den Wettbewerb und die Mobilität steigern und als Anreiz dienen, um die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Führungskräfte zu erhöhen“.

⁹³⁶ Art. 33, Abs. 5 GG, « Le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionariat ».

⁹³⁷ BVerfG 7, 155, déc. du 17 octobre 1957, „Hauptamtlicher Bürgermeister“.

⁹³⁸ BVerfG 121, 205, déc. du 28 mai 2008, 2 BvL 11/07, „Das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bildet also die verfassungsrechtliche Regel. Ausnahmen sind nur in Bereichen zulässig, in denen – wie in den historisch hergebrachten Fällen – die besondere Sachgesetzlichkeit und die Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine Begründung von Beamtenverhältnissen auf Zeit erfordern. Die Regelung muss geeignet und erforderlich sein, um den besonderen Sachgesetzlichkeiten Rechnung zu tragen“.

dans un rapport juridique à durée déterminée de dix ans contrevient au principe de nomination à vie. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les justifications relative à l'accroissement de la flexibilité et de la mobilité des ressources humaines ne suffisent pas pour déroger à ce principe.

Dans une décision récente, la Cour constitutionnelle fédérale est venue préciser la portée du « Lebenszeitprinzip »⁹³⁹. La Cour a alors estimé que ce principe ne protégeait pas uniquement le statut de base du fonctionnaire mais encore garantissait une protection aux missions confiées au fonctionnaire en tant que telles⁹⁴⁰. Si le « Lebenszeitprinzip » peut admettre certaines exceptions, celles-ci doivent être justifiées par le domaine en cause et ses missions particulières⁹⁴¹. Il s'agissait en l'espèce, non pas d'un universitaire mais d'un chancelier d'établissement d'enseignement supérieur. Selon la Cour, la position du chancelier et l'ensemble des missions qui lui sont confiées par le droit de l'enseignement supérieur du Land de Brandebourg, ne rendent pas nécessaires une exception au « Lebenszeitprinzip ». En outre, l'organisation et la structure décisionnelle qui correspondent à une direction monocratique ne sont pas critiquables selon la Cour, toutefois, elles ne peuvent pas justifier la mise en œuvre d'une exception au principe de nomination à vie. La subordination du chancelier de l'établissement d'enseignement supérieur au président de l'établissement ne constitue pas une raison suffisante en faveur de la nomination du chancelier à durée déterminée⁹⁴². Cette jurisprudence pourrait également avoir des conséquences sur le statut des universitaires, il reste sans doute une clarification nécessaire du point de vue des missions d'un établissement d'enseignement supérieur et de leur lien avec le service des « fonctionnaires particuliers ».

⁹³⁹ BVerfG, déc. du 24 avril 2018, 2 BvL 10/16.

⁹⁴⁰ BVerfG, déc. du 24 avril 2018, 2 BvL 10/16, „Das Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums schützt nicht nur den Grundstatus des Beamten auf Lebenszeit, sondern auch das ihm jeweils übertragene statusrechtliche Amt“.

⁹⁴¹ BVerfG, déc. du 24 avril 2018, 2 BvL 10/16, „Die Ausgestaltung eines Beamtenverhältnisses auf Zeit kann als Eingriff in das von Art. 33 Abs. 5 GG gewährleistete Lebenszeitprinzip nur mit Blick auf die Besonderheiten des betroffenen Sachbereichs und der damit verbundenen Aufgabenwahrnehmung gerechtfertigt werden“.

⁹⁴² BVerfG, déc. du 24 avril 2018, 2 BvL 10/16, „Aus der Stellung des Hochschulkanzlers nach brandenburgischem Hochschulrecht und dessen Aufgabenspektrum folgen keine besonderen Sachgesetzmäßigkeiten, die eine Ausnahme vom Grundsatz der lebenszeitigen Anstellung und Übertragung des statusrechtlichen Amtes erforderlich machen. Die normative Organisations- und Strukturrechtsentscheidung des brandenburgischen Hochschulgesetzgebers für eine starke monokratische Leitungsposition des Hochschulpräsidenten ist zwar nicht zu beanstanden, kann aber die Durchbrechung des Lebenszeitprinzips nicht rechtfertigen. Die Zu- und Unterordnung des Hochschulkanzlers zur Verantwortungssphäre des Hochschulpräsidenten ist kein hinreichender Sachgrund für die Berufung des Kanzlers in ein Beamtenverhältnis auf Zeit“. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a encore réaffirmé l'importance des principes traditionnels du fonctionariat, du principe de nomination à vie, constituant une garantie institutionnelle dans une décision venant justifier l'interdiction absolue du droit de grève des fonctionnaires, allant à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne tardera sans doute pas à se prononcer à nouveau sur ce sujet. Voir BVerfG, déc. du 12 juin 2018, 2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 1395/13.

C'est ainsi que la hausse des charges d'enseignement et des obligations d'ordre administratif participent à la confusion des missions premières et secondaires des universitaires. Cette distinction qui est au cœur de l'indépendance des professeurs d'université, permet pourtant de concilier les garanties et les obligations qui découlent du statut de fonctionnaire avec les exigences de la liberté de la science et du principe d'homogénéité. La remise en cause du statut permanent des universitaires en Allemagne touche directement au principe d'homogénéité dont le bénéfice est notamment conditionné par le critère de la durée de service à l'université.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La responsabilité interne d'un universitaire correspond à une éthique propre du chercheur au sens large. Le scientifique doit définir l'éthique de la recherche lui-même et pour lui-même et adopter un comportement responsable envers la société civile et politique. Dès les années 70, la jurisprudence allemande définit une obligation de réfléchir aux conséquences sociétales des résultats scientifiques et une obligation d'information du public sur les résultats de la recherche. La notion de l'éthique, à l'origine philosophique, est difficilement traductible en droit positif et risque une certaine usure si elle est utilisée sans réflexion profonde. Un comportement éthique doit associer à la fois les valeurs et les objectifs de la science dans le sens du processus sérieux et planifié de quête de la vérité. La notion d'éthique implique encore pour le scientifique de ne pas commettre de fraude scientifique, qu'il s'agisse de la fabrication ou de la falsification de données ou encore de plagiat. Les conséquences juridiques de la commission d'une fraude scientifique peuvent s'appliquer à un scientifique mais aussi à l'ensemble d'une institution scientifique.

Si le scientifique bénéficie d'une protection individuelle, il est aussi protégé au sein de la corporation universitaire. La protection constitutionnelle de l'universitaire dépend à la fois de la liberté de la science et des garanties découlant des principes traditionnels de la fonction publique allemande. Leur indépendance doit permettre d'exempter les missions principales des universitaires dans la recherche et l'enseignement des modifications tenant aux exigences empreintes de flexibilité et d'efficacité requises par les nécessités de « service » de l'université.

* *
*

CONCLUSION DU TITRE 2

La liberté de la science confère à l'universitaire une indépendance dans l'exercice de ses activités de recherche et d'enseignement et son statut de « fonctionnaire particulier » lui assure une sécurité juridique dans sa fonction au sein de l'institution. Un des problèmes soulevés porte sur la volonté politique actuelle d'ajouter davantage de flexibilité dans les relations entre le personnel. La mise en œuvre de rapports juridiques à durée déterminée contrevient a priori au « Lebenszeitprinzip » appartenant aux principes du fonctionariat traditionnel. Ce principe permet au fonctionnaire d'exercer les missions qui lui sont confiées en toute indépendance.

L'argumentation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande laisse planer quelques doutes quant à la portée de principe. En effet, la Cour ne raisonne plus forcément en considérant que le principe de durabilité s'exerce au profit du fonctionnaire qui sert le bien commun. Elle estime au contraire que ce principe n'est pas un privilège du fonctionnaire mais sert le bien commun. L'exercice temporaire d'une fonction est privilégié lorsqu'un individu est employé dans l'exercice de missions précises. Si les acteurs de la science dépendent de ce nouveau statut, ils ne seraient plus forcément responsabilisés dans leurs missions et ne pourraient plus assurer de continuité dans leur exercice scientifique. La sérénité exigée par le processus de quête de la vérité est-elle toujours la priorité de l'institution universitaire ? La définition des missions d'un établissement occupe une place centrale dans la détermination des garanties de la liberté de la science. Elle a un impact à la fois sur les garanties particulières dont bénéficie l'universitaire et sur les garanties générales relatives au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement.

La flexibilité est encore complétée par une politique davantage concurrentielle au niveau de la rémunération. Par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait examiner la compatibilité des dispositions de la Loi fondamentale relative aux fonctionnaires de l'article 33, al. 5 avec les dispositions de la loi de réforme de la rémunération des professeurs du 16 février 2002 qui mettait en lumière une nouvelle structure de paiement, plus concurrentielle⁹⁴³. La Cour rappelle que la rémunération doit permettre aux fonctionnaires de se consacrer au service public pendant une longue durée et doit contribuer à la sécurité juridique et économique, ainsi qu'à l'indépendance du professeur dans l'accomplissement de ses missions⁹⁴⁴. Toutefois, le législateur peut adapter la réglementation relative aux salaires aux prestations réelles et aux besoins économiques et financiers. C'est à la jurisprudence en général et à la Cour constitutionnelle fédérale allemande en particulier de mettre en balance les exigences tenant au statut des fonctionnaires et à la liberté de la science avec les

⁹⁴³ BVerfG, déc. du 14 février 2012, 2 BvL 4/10.

⁹⁴⁴ BVerfG, déc. du 14 février 2012, „Die Alimentation muss es dem Beamten ermöglichen, sich ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf zu widmen und in rechtlicher wie wirtschaftlicher Sicherheit und Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum zugewiesenen Aufgaben beizutragen“.

nouveaux enjeux structurels. En revanche, la liberté de la science peut être conciliée uniquement avec des normes de même valeur selon le principe de proportionnalité allemand.

Le triple test de proportionnalité s'est introduit depuis quelques années, dans la jurisprudence constitutionnelle française. Depuis notamment sa décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel a appliqué, à plusieurs reprises, ce modèle d'appréciation de la proportionnalité en exigeant que les atteintes législatives à certaines libertés particulièrement dignes de protection soient « adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ». Le critère d'une mesure adaptée suppose que la restriction soit « a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur ». La restriction en cause doit être nécessaire dans la mesure où « elle ne doit pas excéder – par sa nature ou ses modalités – ce qu'exige la réalisation du but poursuivi », « elle doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché »⁹⁴⁵. Le triple test a également fait son entrée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, avec la décision d'assemblée du 26 octobre 2011⁹⁴⁶. De la mise en œuvre effective du principe de proportionnalité dépend la protection des garanties de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale.

⁹⁴⁵ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », Le réalisme en droit constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007.

⁹⁴⁶ Conseil d'Etat, décision du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n°317827.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Selon la doctrine, originellement, le droit entraînait la notion de réciprocité dans la relation, le droit ne s'opposait pas au devoir mais au non droit⁹⁴⁷. La figure juridique actuelle n'exige plus la réciprocité, en d'autres termes, une condition de prestations identiques, mais uniquement la complémentarité. Les modèles de constitution de ce siècle intègrent les devoirs dans les droits comme par exemple dans la Constitution de Weimar⁹⁴⁸. La tendance à la différenciation et à la spécification fonctionnelle des droits, nécessaires à la société contemporaine, entraînent à la fois le développement d'une certaine indépendance et un besoin d'abstraction dans le système juridique⁹⁴⁹. La figure d'un droit subjectif s'illustre alors comme une médiation qui permettrait le maintien de la fiction d'une réciprocité directe des prestations. Pour à la fois être adaptée aux besoins d'une société évolutive et assurer une protection réelle aux individus, l'abstraction du droit subjectif est un outil indispensable⁹⁵⁰.

Le droit subjectif fonctionne dans un système de normes. Ces normes ne prescrivent pas le comportement d'un groupe d'individus mais décrivent le comportement. C'est la différence entre les « *Seinssätze* » qui traduisent quelque chose qui existe effectivement et les « *Sollenssätze* » qui évoquent quelque chose qui doit être⁹⁵¹. Autour de la norme, il faut encore un sujet ou bénéficiaire et un destinataire ou obligataire. Puisque la norme s'accompagne de la volonté de l'individu, elle est associée à un bénéficiaire⁹⁵². En outre, la norme juridique ne peut atteindre son but uniquement lorsqu'elle est imputable à une autre personne (physique ou morale), elle doit par conséquent être assortie d'un destinataire⁹⁵³.

La limitation de la liberté individuelle ne peut intervenir qu'en cas de réelle nécessité proportionnée. La Cour constitutionnelle allemande précise que même lorsque la

⁹⁴⁷ « Leur sentiment (droit romain) de justice se référait à l'équilibre des charges », „Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, traduction de O. Mannoni ; Édition originale dans *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, repris dans N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1981, p. 360-373.

⁹⁴⁸ Il est en effet question de « propriété oblige » (art. 153 III I).

⁹⁴⁹ « Le contrôle doit désormais être assuré sous une forme plus indirecte et plus abstraite, par exemple par la surveillance de l'Etat ou par l'observation collégiale », Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, traduction de O. Mannoni ; Édition originale dans *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, *op. cit.*.

⁹⁵⁰ « La clef de cette solution du problème, dans un premier temps improbable, ne résidait pas dans le fondement jusnaturaliste de quelques droits de l'homme, mais dans cet artifice juridique qui mettait un terme à la vieille querelle sur la révocabilité des privilèges : dans la conception, qui s'est imposée à partir du XVIIème, selon laquelle les droits subjectifs bénéficient d'une certaine intangibilité indépendamment de leur fondement juridique, c'est-à-dire aussi dans le cas d'une formation par le seul fait du droit positif », « Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, », N. Luhmann, *op. cit.*.

⁹⁵¹ « Eine Norm ist ein Sollenssatz, der sich auf menschliches Verhalten bezieht », E. Bucher: *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁵² « Ohne normsetzendes Subjekt keine Norm », E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, *op. cit.*, p. 45-46.

⁹⁵³ « Ohne Normadressat keine Norm », E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, *op. cit.*, p. 46.

liberté de l'individu est limitée, l'autonomie de la personne doit demeurer intacte⁹⁵⁴. La liberté, garantie par les droits fondamentaux, se définit comme la libre détermination et la protection des sujétions extérieures⁹⁵⁵. Un droit à une liberté n'est pas seulement le dérivé d'une construction sociétale. La Loi fondamentale, qui est le résultat de la pensée historique de la liberté, fait le lien entre la tradition d'un Etat de droit libéral et la mise en place d'une démarche positive à travers un objet normatif. L'épanouissement de l'individu à travers la liberté de la science est conçu comme l'élément déterminant du concept humboldtien de l'Université allemande.

La notion de droit subjectif est une notion complexe qui nécessite une compréhension de la volonté du constituant. Deux voies sont possibles, celle de la philosophie du droit primaire ou celle de la conception du droit positif. La première dimension renvoie à l'objectif d'un ordre juridique qui est de concrétiser une conception du monde, de traduire ses valeurs. Il s'agit d'une action politique du droit choisie par le constituant. Ce-dernier doit répondre à certaines questions, s'interroger sur la portée des droits subjectifs qu'il souhaite accorder aux individus, sur leurs conditions de mise en œuvre et sur leurs effets. La seconde dimension ne s'entend pas selon le contenu du droit mais selon la technique juridique⁹⁵⁶. Ce dilemme se retrouve chez Carl Schmitt ; la mise en place des droits fondamentaux apparaît soit comme un simple programme et des déclarations bien intentionnées ou encore sous la forme d'un « monologue du constituant », sans véritable valeur juridique. Dans ce cas, les droits fondamentaux sont intégrés par de simples lois et ne s'adressent donc de façon obligatoire, qu'aux autorités administratives et judiciaires⁹⁵⁷. Dans la théorie contemporaine des droits fondamentaux allemande, la dimension objective des droits emprunte à ces deux voies.

La dimension subjective de la liberté de la science défend les intérêts de la science et les intérêts des individus et des personnes morales. En cela, les établissements d'enseignement supérieur publics en tant que personnes morales ne pourraient pas recourir à la protection de droits fondamentaux économiques⁹⁵⁸. Si une université peut bénéficier des garanties de la liberté de la science, c'est avant tout, pour promouvoir les libertés individuelles de ses membres. En outre, à aucun moment, une institution bénéficiant de la possibilité de recourir à la protection des droits

⁹⁵⁴ Hochschulorganisationsrecht, BVerfGE 4, 7 (16), déc. du 20 juillet 1954, „Investitionshilfe“, « Der Einzelne wird nur solchen Schranken unterworfen, die im Interesse des sozialen Zusammenlebens erforderlich sind, wobei immer die Eigenständigkeit der Person erhalten bleibt. » cité par K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 284.

⁹⁵⁵ En allemand, dans le texte « Grundrechtliche Freiheit ist Selbstbestimmung und damit Freiheit vor Fremdbestimmung ».

⁹⁵⁶ „dass die Rechtsordnung nichts anderes sei als seine Summe von Verhaltensvorschriften, kann als die heute vorherrschende, ja einzig mögliche Konzeption bezeichnet werden, wenigstens wenn „Normativismus“ nicht fälschlich mit „Positivismus“ oder „Reiner Rechtslehre“ gleichgesetzt wird“, E. Bucher: *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, op. cit., p.5.

⁹⁵⁷ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 140-171.

⁹⁵⁸ Pour les établissements d'enseignement supérieur privé, ces questions ne sont pas problématiques, voir D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 320-322.

Conclusion de la première partie

fondamentaux ne pourrait les invoquer à l'encontre des individus, leur statut de corporation de droit public ne va pas dans ce sens.

Pour un établissement d'enseignement supérieur, il est nécessaire de distinguer sa capacité à bénéficier du droit fondamental de la liberté de la science selon les dispositions de l'article 19, alinéa 3 de la Constitution allemande et la possibilité de mettre en œuvre sa propre organisation au nom d'une garantie institutionnelle. Si la première est conditionnée par la dimension subjective de la liberté de la science, la seconde s'exerce dans le cadre de la dimension objective de la liberté de la science.

Deuxième partie

Dimension objective de la liberté de la science : un cadre positif de valeurs

La jurisprudence Lüth de 1958 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande estime que les droits fondamentaux possèdent une dimension objective qui irradie l'ensemble de l'ordre juridique. Selon la Cour, l'ordre constitutionnel fédéral n'est pas neutre et « exprime aussi un ordre objectif de valeurs ». Au sein de la dimension objective, une fonction générale peut être envisagée par la doctrine, celle de la mise en œuvre de la réglementation en faveur de la protection des droits, l'*Ausgestaltungsfunktion*. Eu égard à la liberté de la science, cette fonction se réalise à travers la mise en œuvre de mesures d'organisation dans les établissements d'enseignement supérieur. Ces mesures reposent sur une organisation rationalisée permettant l'accomplissement des missions publiques.

La rationalité de l'Etat de droit signifie la mise en œuvre de règles et de principes basés sur la raison afin que l'Etat puisse bénéficier de davantage de légitimité. La rationalité permet la prévisibilité des actions et d'assurer la garantie de continuité par le principe de légalité. C'est ainsi que Max Weber définit l'Etat moderne, tirant sa légitimation de la rationalité formelle du droit. La rationalisation des activités de l'Etat en tant qu'organisation planifiée vise l'accomplissement effectif des missions publiques, basée sur la rationalisation de l'organisation et du processus décisionnel.

Le postulat de la rationalité de l'Etat a des conséquences sur la procédure de législation mais aussi sur son contenu⁹⁵⁹.

L'Etat est responsable de l'introduction de formes d'action de droit public en règle générale. C'est l'exercice de la puissance publique⁹⁶⁰. La conciliation entre l'évaluation abstraite et générale du droit positif et l'introduction de concepts appartenant au domaine réel revient aux pouvoirs législatif et exécutif qui voient leur responsabilité engagée lorsque ces missions de protection ne sont pas remplies⁹⁶¹. Le pouvoir décisionnel est délégué dans un souci de concrétisation et d'individualisation du droit. La marge de manœuvre de l'administration dépend alors de l'étendue de la délégation. Dans le domaine public de l'enseignement supérieur, le modèle de référence implique la mise en œuvre d'une organisation universitaire adaptée au domaine de la science⁹⁶². Sur la question de la délégation de compétences au profit de l'administration, la réglementation doit alors tenir compte en particulier de l'objectif de l'habilitation et des limites légales.

Selon Eberhard Schmidt-Aßmann et Stéphanie Dagon, « le droit administratif est un droit applicable à l'action administrative, c'est-à-dire un droit vivant dont les particularités s'expriment au sein de domaines particuliers d'application du droit administratif ou « Referenzgebiete » avant de former les règles générales du droit administratif »⁹⁶³. L'ensemble du droit administratif s'articule autour du droit administratif général ou en allemand, « Allgemeines Verwaltungsrecht » et du droit administratif spécial ou « Besonderes Verwaltungsrecht ». Le droit administratif spécial aborde les missions détachées de l'administration et traduisent des intérêts particuliers⁹⁶⁴.

Le droit de l'organisation universitaire emprunte à la fois au droit administratif général et au droit administratif spécial. Le droit de l'organisation universitaire associe la responsabilité de l'Etat au sens large et les libertés fondamentales. Le droit universitaire se tisse en lien étroit avec le droit constitutionnel et la liberté de la science. Ces droits sont à concilier avec la mission de l'Etat de favoriser le développement de la recherche et de l'enseignement en créant des infrastructures adaptées⁹⁶⁵. On peut dès lors s'interroger sur la question de savoir si le droit de l'organisation de l'université et plus largement du domaine de la science, peut garantir au mieux les libertés individuelles. La dimension objective implique que l'Etat accomplisse une mission de promotion et de stabilisation des droits fondamentaux (Titre 2nd).

⁹⁵⁹ H-H. Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, op. cit., p. 193-194.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 218.

⁹⁶¹ BVerfGE 88, 203, déc. du 28 mai 1993, „Schwangerschaftsabbruch II.

⁹⁶² K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 124.

⁹⁶³ E. Schmidt-Aßmann, S. Dagon. « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *Revue française d'administration publique*, vol. 127, n° 3, 2008, p. 525-541.

⁹⁶⁴ F. Schoch (hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, Göttingen, De Gruyter, 2013, Einleitung, p. 52.

⁹⁶⁵ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 9.

Avant d'envisager cette mission de l'Etat, la dimension objective des droits fondamentaux suppose l'intervention d'un acteur particulier : l'université. La garantie institutionnelle dont bénéficie l'université est envisagée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme une garantie objective indissociable d'un droit subjectif (Titre 1^{er}). Ce postulat implique que l'individu qui participe au domaine de la science doit être au cœur des motivations de l'institution universitaire. En ce sens, il faut éviter la prééminence de l'Etat dans l'institution⁹⁶⁶. Le risque étant que les institutions « incarnent l'emprise, sur les acteurs sociaux, d'une domination symbolique ou d'une rationalité oppressive et disciplinaire »⁹⁶⁷. C'est l'individu qui permet d'articuler les termes d'individu et de société au sein d'une institution.

⁹⁶⁶ G. Vincent, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, Essais, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2014, p. 183.

⁹⁶⁷ V. Schaepelynck, « Institution », *Le Télémaque*, vol. 44, n° 2, 2013, p. 21-34.

Titre 1 Garanties institutionnelles

La portée d'une garantie institutionnelle est méconnue dans la doctrine française. C'est le Tribunal constitutionnel d'Espagne qui donne notamment certaines indications quant à la notion de garantie institutionnelle concernant la position des collectivités locales. Il était question d'un recours direct pour inconstitutionnalité contre une loi de la Généralité de Catalogne qui transférait à cette Généralité toutes les compétences des quatre conseils généraux catalans. Selon le Tribunal, la loi est inconstitutionnelle au motif qu'elle supprime les quatre conseils en tant que collectivités locales dotées d'autonomie. Les communes et les provinces ne peuvent pas être abolies « parce qu'elles sont protégées – à titre non pas individuel mais institutionnel – par la « garantie institutionnelle ».

Cette garantie permet selon le Tribunal « de maintenir une institution en termes compatibles avec l'idée que s'en fait la conscience sociale en fonction de l'époque et du lieu ». Il n'y a pas de contenu concret de la garantie qui règle les compétences dans ce domaine mais ce système ne se confond pas pour autant avec la réserve législative « puisque c'est précisément la nécessité de préserver l'autonomie face au législateur qui est la raison d'être de cette garantie »⁹⁶⁸. Concurrément, l'autonomie de l'institution universitaire permet à un établissement d'enseignement supérieur d'exister à titre individuel, en étant capable d'accomplir les missions qui lui sont confiées (Chapitre 1^{er}). L'existence juridique de l'institution, garantie par son statut, ne peut pas être remise en cause par le législateur (Chapitre 2nd).

⁹⁶⁸ Conférence sur la Charte européenne de l'autonomie locale, Barcelone, 23-25 janvier 1992, Conseil de l'Europe, « Qu'avez-vous fait de la Charte européenne de l'autonomie locale ? », Législation et jurisprudence, Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe, Strasbourg, Etudes et travaux n° 27, Les éditions de Conseil de l'Europe, 1993, p. 123.

CHAPITRE 1

Institution universitaire et organisation universitaire : les effets sur la capacité fonctionnelle d'une université

Johann August Schüleïn rapporte les propos de Wilhelm Emil Mühlmann qui écrit dans le « Wörterbuch der Soziologie » que ce que nous nommons « institution » représente une organisation publique garantie par la coutume et le droit dans laquelle existe une communauté d'individus⁹⁶⁹. Déjà, institution et organisation sont dépendantes l'une de l'autre dans cette définition. Le terme d'institution engloberait celui de l'organisation. Une institution contiendrait davantage qu'une simple organisation.

Maurice Hauriou définit l'institution comme « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social »⁹⁷⁰. La notion d'institution est comprise dans sa dimension publique en ce que l'institution est capable de mettre en œuvre ses propres règles, puis de faire en sorte que ces règles soient respectées sur le long terme par l'ensemble des membres qui appartiennent à l'institution. L'institution entretient en ce sens un lien particulier avec ses membres ; bien qu'ils constituent une communauté œuvrant dans un but commun, chaque individu pris isolément ou inscrit dans un groupe d'intérêt doit être en mesure d'être « acteur » au sein de l'institution, en même temps qu'il bénéficie de la protection des droits fondamentaux.

⁹⁶⁹ J-A. Schüleïn, *Theorie der Institution, eine dogmengeschichtliche und konzeptionelle Analyse*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 9.

⁹⁷⁰ M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 135.

Hegel, dans sa philosophie du droit, développe une théorie de l'institution en suivant des points de repère collectivistes. Hegel veut conserver la subjectivité des actes individuels dans un cadre global, qu'il nomme moralité. Hegel a lissé la structure institutionnelle avec l'éthique institutionnelle. Le point de vue collectiviste de Hegel couvre alors la dichotomie de l'individu et de l'Etat ou de la société en tant que telle. Avec le concept de moralité, Hegel formule la durabilité d'une institution à partir d'une structure rationnelle. Une toute autre conception de l'institution existe chez Kant et repose sur la démocratie. L'institution doit alors se fonder sur une légitimité suffisante afin de protéger les libertés individuelles⁹⁷¹.

La notion d'institution entretient des liens particuliers avec l'individu, que l'individu soit le point de départ de sa mise en œuvre, la finalité de l'institution ou le « moyen » de parvenir à la satisfaction des objectifs particuliers de l'institution. L'institution signifie encore un processus continu et stable. En ce sens, la notion d'institutionnalisation construit, selon Parsons, un pont entre le niveau d'action et le niveau collectif. Les institutions permettent l'intégration et la stabilisation des normes qui sont reproduites par les individus dans leurs actions⁹⁷².

Deux éléments peuvent ainsi caractériser l'institution : la relation durable qu'elle entretient avec ses membres et sa capacité d'action pour mener à bien ses missions propres. Dans le domaine de l'enseignement supérieur, cette-dernière est désignée par la jurisprudence constitutionnelle allemande comme la capacité fonctionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur. La question de la durabilité d'une institution implique la mise en œuvre d'un processus continu et « reproductif », dont les membres au sens individuel sont les acteurs directs. L'évolution des caractéristiques de l'institution dépend du processus d'institutionnalisation.

Max Weber a démontré que l'institutionnalisation passait par une rationalisation. Pour Weber, il n'y a pas seulement différents types de rationalisme et de rationalisation, pas exclusivement différents types de domaines qui peuvent être rationalisés, pas uniquement différents vecteurs de rationalisation et par conséquent, pas une seule configuration ni une seule organisation possible permettant la rationalisation. Selon l'auteur, il existe surtout une apparence particulière de rationalisme et de rationalisation qui pose alors un problème d'identification et d'explication historiques. En outre, la multiplicité du concept de rationalité pour Weber ne devrait pas signifier seulement une pluralisation mais aussi une relativisation du concept⁹⁷³. Par conséquent, l'argument du « trop rationnel » ou l'argument d'une rationalisation qui suit un unique modèle, peuvent engendrer des comportements et une organisation irrationnels.

⁹⁷¹ A. Gimmler, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, Frankfurt am Main, Campus Forschung, Bd. 769, 1996, p. 29.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 30.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 57-58.

Dans le domaine de l'enseignement supérieur, le transfert de nouvelles missions à des universités, décidé par les pouvoirs publics, qui a lieu dans le cadre de la loi⁹⁷⁴ participe de cette rationalisation en veillant à ce que l'ensemble des besoins de la société puisse être satisfait par l'université. Les tâches des individus au sein d'un établissement, de plus en plus nombreuses, poussent à une plus grande efficacité des services sans pour autant se soucier d'une quelconque stabilisation des missions. La liberté de la science, dans sa dimension objective, devrait pourtant exercer un rôle de « stabilisateur » dans ce domaine. Selon la Cour constitutionnelle du Land du Bade-Wurtemberg, le droit des pouvoirs publics (des Länder) de transférer des missions supplémentaires à l'université est conforme à la Constitution allemande aussi longtemps que ces nouvelles missions n'atteignent pas le « domaine universitaire originaire de la recherche et de l'enseignement »⁹⁷⁵.

L'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale interdit au législateur d'organiser le domaine de la science de façon à ce que cela porte atteinte à la capacité fonctionnelle de l'établissement ou à l'espace de liberté nécessaire à l'exercice des activités scientifiques des membres⁹⁷⁶. Plus concrètement, les nouvelles missions de l'université ne doivent pas « surcharger » les missions premières de l'établissement, sinon cela entraverait la capacité fonctionnelle de l'université ou en allemand, « Funktionsfähigkeit », ou « Leistungsfähigkeit »⁹⁷⁷. Il s'agira, dans une seconde section, d'étudier le contenu de la capacité fonctionnelle d'une université à travers l'exigence de rationalisation en se demandant si l'institution universitaire, et en particulier l'institution allemande, peut se définir comme un véritable acteur (Section 2).

L'université en tant que véritable acteur se comprend à la fois au niveau organisationnel et au niveau institutionnel. D'un point de vue organisationnel, elle doit être capable de mettre en œuvre des mesures d'organisation efficaces afin d'assurer la stabilité de l'institution. L'université-acteur signifie encore que son autonomie organisationnelle serve les objectifs propres de la diversité et de l'impartialité de la science. Il faudra donc mettre en exergue les différences entre l'autonomie organisationnelle et une autonomie institutionnelle pleine et entière. Faut-il préférer et mettre en avant un des deux types d'autonomie sinon, comment les concilier pour ne pas opposer « institution » universitaire et « organisation » universitaire ?

Dans la doctrine allemande, l'autonomie institutionnelle, rattachée à la notion d'institution de droit public ne peut se comprendre sans la perspective de la théorie des garanties institutionnelles. Carl Schmitt expliquait que « des organisations

⁹⁷⁴ VGH Baden-Württemberg, déc. du 12 janvier 1995, 4 S 1016/92.

⁹⁷⁵ StGH Baden-Württemberg., déc. du 24 novembre 1973, GR 1/73.

⁹⁷⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

⁹⁷⁷ VGH Baden-Württemberg, déc. du 12 janvier 1995, 4 S 1016/92, „Denn nach § 1 Satz 3 der Verordnung vom 9.7.1991 sind die Universitäten zur Erfüllung der ihnen nach Nr. 1 und 2 erteilten Aufträge nur im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet. Damit sollte [...] der Gefahr begegnet werden, daß die Ausweitung der Aufgaben der Universitäten im medizinischen Bereich jedenfalls in Einzelfällen zu ihrer Überlastung führen könnte“.

particulières peuvent bénéficier d'une protection particulière par des règles constitutionnelles ». La structure des garanties institutionnelles ne peut pas se confondre avec la logique des « droits de liberté ». Ce qui importe alors est une distinction précise des termes et des concepts. Ensuite, « la garantie institutionnelle est limitée par sa nature même. Elle n'existe que au sein de l'Etat et ne repose pas en principe sur la conception de la sphère de liberté illimitée mais concerne une « Institution » reconnue par le droit qui, en tant que telle, décrite et circonscrite, elle est au service de missions particulières et d'objectifs particuliers »⁹⁷⁸.

Si la garantie institutionnelle est la condition d'existence d'une institution de droit public (Section 1), l'institution, en contrepartie, favorise la coexistence des libertés individuelles en vue d'un objectif commun. La possibilité pour une institution universitaire de se doter d'un statut propre comme de règles spécifiques relatives à son organisation, lui permet d'accomplir au mieux les missions auxquelles elle doit se consacrer. Il s'agit dans ces deux sections de distinguer une *organisation* qui n'a d'objectif que son amélioration en tant que telle et une *institution* qui se définit dans un but autre.

Section 1. Les garanties institutionnelles, condition d'existence d'une institution de droit public

Le concept d'institution peut être défini d'un point de vue fonctionnel à travers des attentes de comportement généralisées et factuelles. En ce sens, Niklas Luhmann en 1974 propose de définir les institutions, comme des « attentes de comportement généralisées dans le temps, matérielle et sociale qui construisent en tant que telles la structure d'un système social ». L'institution s'identifie à l'aide d'une terminologie relativement indéfinie⁹⁷⁹. La construction d'un système social suppose la mise en œuvre de règles acceptées et respectées par les membres de l'institution. Dans la mesure où ces membres ne respectent pas les règles spécifiques à l'institution, cette-dernière doit détenir certains moyens de sanction et de coercition afin de maintenir sa pérennité.

⁹⁷⁸ „Institutionelle Garantien sind von Grundrechten zu unterscheiden. Durch verfassungsrechtliche Regelung kann bestimmten Einrichtungen ein besonderer Schutz gewährt werden. [...] Die Struktur ist logisch und rechtlich von der eines Freiheitsrechtes verschieden. Auch dann, wenn mit der institutionellen Garantie subjektive Rechte von Einzelnen oder Korporationen verbunden sind, was nicht notwendigerweise der Fall ist, liegen keine Grundrechte vor. Die institutionelle Garantie ist ihrem Wesen nach begrenzt. Sie besteht nur innerhalb des Staates und beruht nicht auf der Vorstellung prinzipiell unbegrenzter Freiheitssphäre, sondern betrifft eine rechtlich anerkannte Institution, die als solche immer etwas Umschriebenes und Umgrenztes, bestimmten Aufgaben und bestimmten Zwecken Dienendes ist [...]“, C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 170 f, cité dans U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁷⁹ A. Gimmler, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, *op. cit.*, p. 21-22.

Afin d'éclairer davantage le concept d'institution, l'étude des franchises universitaires en France et en Allemagne permet d'envisager cette construction sociale basée sur des règles contraignantes. Dans un même temps, les franchises universitaires illustrent le contenu et la fonction d'une garantie institutionnelle particulière. Au sens large, les franchises universitaires peuvent désigner les garanties réservées aux membres d'une université⁹⁸⁰. Au sens strict, la franchise universitaire garantit la possibilité pour l'ensemble d'une institution universitaire de s'affranchir de l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine de police et dans le domaine juridictionnel. En ce sens, la franchise traduit et favorise la capacité d'une institution à appliquer sa réglementation propre sur la durée. Les franchises universitaires ont un rôle double, celui de limiter l'intervention des pouvoirs publics sur les questions disciplinaires à l'université, et celui de donner les moyens à l'université de créer ses propres « instances juridictionnelles » et un pouvoir de police particulier.

Les franchises universitaires, qu'elles soient juridictionnelle ou de police mettent en œuvre un régime d'exception. Les franchises universitaires impliquent-elles l'existence d'instances possédant un caractère juridictionnel ? Les universités bénéficient-elles d'une véritable délégation d'un pouvoir de police ? Les systèmes français et allemand offrent des solutions différentes et un fondement juridique propre quant à ce type de garanties (§1).

D'autre part, Hauriou définit le droit disciplinaire comme « l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose ». Pour Hauriou, la discipline traduit à la fois « le pouvoir dans le groupe, et l'acceptation de ce pouvoir »⁹⁸¹. Selon Hauriou, l'institution crée le droit disciplinaire en même temps que le droit statutaire. Par conséquent, le droit public correspond à la branche du droit qui règlemente les institutions⁹⁸².

En outre, si le concept d'institution ne peut pas se détacher de la théorie des garanties institutionnelles dans la doctrine allemande, la garantie institutionnelle qui protège l'ensemble de l'institution, « conditionne une Institution, c'est-à-dire un établissement défini, formalisé et organisé avec un caractère de droit public »⁹⁸³ selon les termes de Carl Schmitt. La garantie institutionnelle de droit public représente la condition d'existence d'une « Institution ».

⁹⁸⁰ Par exemple, le sixième titre des statuts de l'Université de Strasbourg est intitulé « Franchises universitaires ». Les articles 57 et 58 de ce titre prévoient des garanties de l'Université en faveur des enseignants et des chercheurs ainsi qu'en faveur des étudiants.

⁹⁸¹ E. Millard, « Théories de l'institution et disciplines », *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Etienne, Collection droit, 2007, p. 32.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 381-412.

⁹⁸³ „Eine institutionelle Garantie setzt selbstverständlich eine Institution voraus, d. h. formierte und organisierte und daher umgrenzbare und unterscheidbare Einrichtungen öffentlichen-rechtlichen Charakters.“, C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze, op. cit.*, p. 140-171.

De la même façon, la jurisprudence allemande utilise le terme d'« institution concrète » pour désigner un établissement d'enseignement supérieur public. Une « institution concrète » se rattache, selon elle, au caractère public de l'établissement. Un établissement d'enseignement supérieur allemand, en tant qu'établissement ou institution de droit public, « Anstalt des öffentlichen Rechts », peut édicter des actes administratifs ou « Verwaltungsakten » et des contrats administratifs (« öffentliche Verträge »). Le pouvoir d'édicter des actes administratifs au sens large caractérise alors l'université allemande et donne une dimension supplémentaire à la notion d'institution universitaire. L'université allemande est à la fois l'objet du droit public et en même temps, elle détient un pouvoir créateur de normes en droit administratif (§2). L'institution universitaire existe en tant que telle par son rattachement au caractère public, protégée par les garanties institutionnelles.

§ 1 Les fondements de la garantie institutionnelle des franchises universitaires en France et en Allemagne

La doctrine allemande n'a pas d'hésitation sur la question de savoir si ces franchises exercées à l'université font figure de réelle garantie institutionnelle. La franchise juridictionnelle comme la franchise de police trouvent toutes les deux une justification normative et doctrinale dans la dogmatique des garanties offertes à une institution de droit public. En ce sens les garanties institutionnelles profitent aux individus et leur offrent un espace de liberté d'exercice afin de promouvoir l'autonomie de la science. Le contenu de ses garanties se rattache donc expressément aux caractéristiques de la liberté de la science et du « droit fondamental de l'Université allemande » (B). En Allemagne, la franchise juridictionnelle et la franchise de police possèdent chacune une justification distincte.

La réflexion se situe à un autre niveau concernant les franchises universitaires en France. Bien que l'histoire de ces franchises rappelle les effets de la garantie institutionnelle dans la théorie allemande, les textes actuels rendent parfois complexe la lecture de ces franchises. En France, la franchise juridictionnelle et la franchise de police sont intimement liées entre elles et nécessiteraient d'être analysées comme une des conséquences effectives de la liberté académique au sens large, en tant que garantie de l'institution universitaire. Dans les textes, leurs fondements proviennent davantage d'une règle coutumière visant avant tout la protection des membres de l'université (A). En effet, à propos de la franchise juridictionnelle, les deux juristes Louis Trotabas et Georges Vedel déclaraient que « la jurisprudence des juridictions universitaires défend l'honneur de l'université et la dignité professorale »⁹⁸⁴. « L'honneur de l'université et la dignité professorale » peuvent-

⁹⁸⁴ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, op. cit., p. 200.

elles traduire également l'objectif général de l'autonomie de la science au sens d'une garantie institutionnelle ?

Quant à la franchise de police, elle revient à la compétence du président de l'université. En effet, lorsque la responsabilité du maintien de l'ordre public revient à une autorité sur un territoire donné, cette autorité disposera de certains moyens d'action et possèdera certaines compétences. C'est la définition de la police générale. Toutefois, lorsqu'il y a des désordres dans un domaine précis qui réclament des moyens plus adaptés, ce sont les polices spéciales qui sont compétentes. La police spéciale peut s'appliquer à une catégorie particulière d'individus ou à une branche d'activité particulière⁹⁸⁵. La franchise de police en France constitue une police spéciale. Ce type de franchise serait donc davantage intégré dans la théorie générale du droit administratif plutôt que rattachée expressément à la liberté académique et au domaine de la science.

A. Les franchises universitaires en France, une règle coutumière au service de ses membres

Les franchises universitaires en France existent dans le but de ne pas entraver l'exercice de la science et l'accomplissement des missions de recherche et d'enseignement au sein de l'institution universitaire. C'est au nom de la finalité extravertie de l'autonomie de la science que l'université peut bénéficier d'un régime dérogatoire. Toutefois, l'objectif réel tient davantage dans la protection de ses membres, la garantie en faveur de la science n'en est qu'une conséquence indirecte.

Selon les mots de Bernard Toulemonde, « la police n'entre jamais dans les enceintes universitaires sans y avoir été invitée par les pouvoirs publics et les universitaires. Toute intervention spontanée des forces de police serait considérée comme une atteinte à la franchise des locaux universitaires »⁹⁸⁶. Cette règle n'existe pourtant que sous la forme d'une coutume, aucun texte ne la consacre. En outre, « si les locaux bénéficient d'une franchise, c'est pour protéger les personnes qui s'y trouvent, à savoir les enseignants universitaires et les étudiants. Si la police pouvait entrer sans limite dans l'enceinte universitaire, il y aurait une menace réelle pour les universitaires eux-mêmes. Mais il y a aussi une sorte de correspondance entre police et justice : le maintien de l'ordre n'appartient exclusivement aux autorités universitaires que parce que les juridictions universitaires assurent selon leurs propres traditions, la répression des infractions⁹⁸⁷ ».

⁹⁸⁵ J. Waline, *Droit administratif*, 24ème édition, Paris, Précis Dalloz, 2012, p. 357.

⁹⁸⁶ B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, Univ. Lille II, 1971, thèse de doctorat dactyl., t. II, p. 593, cité dans O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁸⁷ Thèse préc., t. II, p. 571, cité dans O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 221.

L'expression de « franchises universitaires » renvoie traditionnellement à l'ensemble des libertés qui existent au profit des universités françaises. Par exemple, le Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de lettres en date de Février 1964 défendait les franchises universitaires et l'indépendance de l'Université française à propos de la nomination des personnels rectoraux⁹⁸⁸.

Il existe une franchise juridictionnelle désignant des juridictions spécifiques, compétentes dans les affaires de l'université et une franchise de police permettant de limiter l'intervention des autorités de police traditionnelles au sein de l'espace institutionnel. Les franchises universitaires garantissent l'indépendance de la science dans l'institution universitaire en y limitant l'intervention des pouvoirs publics. La franchise juridictionnelle et la franchise de police sont étroitement liées, c'est pourquoi, la doctrine française utilise davantage le terme générique de « franchises universitaires ».

Juridiquement, le terme de franchise s'emploie aujourd'hui davantage en droit commercial. Dans le droit des assurances, la franchise désigne la part d'un dommage que l'assuré conserve à sa charge. Il peut encore s'agir d'un contrat de franchise qui qualifie un « contrat par lequel le titulaire d'un signe distinctif, généralement déposé à titre de marque (le franchiseur), en concède l'usage à un commerçant indépendant (le franchisé) auprès duquel il assume une fonction de conseil et d'assistance commerciale, moyennant le paiement d'une redevance sur le chiffre d'affaires du franchisé ainsi que son engagement de s'approvisionner en tout ou partie auprès du franchiseur ou de tiers déterminés et de respecter un certain nombre de normes tant pour l'implantation que pour la gestion du point de vente »⁹⁸⁹. Si la doctrine, en France, ne s'intéresse que très peu aux franchises universitaires, la notion de franchise dans le domaine de l'enseignement supérieur s'accompagne, de la même façon, d'une dimension de responsabilité dans ce système particulier, « titulaire d'un signe distinctif ».

Olivier Beaud définit les franchises universitaires en France comme l'« autre versant des garanties institutionnelles de la liberté académique », le premier versant représentant, selon lui, le principe d'indépendance. Les franchises universitaires regroupent le pouvoir de police et le pouvoir disciplinaire, qui étaient traités ensemble au titre VII de la loi du 12 novembre 1968. En outre, les franchises universitaires concernent aussi bien les individus que les institutions⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Publication d'une motion du *Bulletin* du Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés des Lettres, en date de Février 1964, « Considérant, que le décret du 29 juillet 1963 qui soumet, à titre d'« expérience », dans les Universités de Caen et de Dijon, la nomination des personnels rectoraux à l'approbation des préfets coordonnateurs, constitue une grave atteinte aux franchises universitaires et une menace contre l'indépendance de l'Université française, — Demande que cette mesure soit rapportée dans les plus brefs délais », cité dans Georges Gusdorf, *L'université en question*, Les *op. cit.*, p. 119.

⁹⁸⁹ Lexique des termes juridiques, 15^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 304.

⁹⁹⁰ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 189.

En l'absence de texte suffisamment précis ou parfois ambivalent, les franchises universitaires satisfont-elles effectivement les conditions d'une garantie institutionnelle ? Si les franchises universitaires visent l'indépendance de l'institution et de ses membres vis-à-vis des pouvoirs publics, sont-elles un moyen de protection efficace du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et de la liberté académique face au processus de hiérarchisation de l'université ? Enfin, l'institution universitaire bénéficie-t-elle d'un régime particulier qui découlerait de la liberté académique ou reste-t-elle soumise au droit administratif général ?

Historiquement, les franchises universitaires interdisaient aux archers du roi de pénétrer dans l'enceinte universitaire. Deux traductions existent en droit positif. Tout d'abord, le décret du 15 novembre 1811 portant régime de l'université impériale définit les franchises universitaires. Son article 157 disposait que « hors cas de flagrant délit, d'incendie ou de secours réclamés de l'intérieur des lycées, collèges et autres écoles publiques appartenant à l'université, aucun officier de police ou de justice ne pourra s'y introduire pour constater un corps de délit ou pour l'exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt dirigé contre des membres ou élèves de ces établissements, s'il n'en a l'autorisation spéciale et par écrit de nos procureurs généraux, de leurs substituts ou de nos procureurs impériaux ». La deuxième traduction tient dans le décret du 31 juillet 1985 relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, pris en application de l'article L. 712-2 du Code de l'éducation. Le premier décret met en place une dérogation en matière de police judiciaire et le second, un régime de police administrative spéciale⁹⁹¹. Analysons à présent distinctement ces deux franchises.

En premier lieu, l'institution universitaire bénéficie d'une franchise juridictionnelle. Olivier Beaud rappelle que « les franchises sont aux universitaires ce que les immunités sont aux parlementaires : un moyen de protéger leur indépendance ». Les conflits qui ont lieu à l'université relèvent de la compétence des juridictions administratives. La loi Faure prévoyait en son article 38 que le pouvoir disciplinaire était exercé en premier ressort par les conseils d'université ou par ceux des établissements publics à caractère scientifique et culturel indépendants des universités. Ensuite, le Conseil supérieur de l'Éducation nationale, qui a été remplacé par le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, représentait la juridiction d'appel. La première instance appartenait à l'université, l'appel, à une instance nationale et la cassation, au Conseil d'État⁹⁹².

Depuis la loi Savary de 1984, les conseils d'administration étaient compétent en 1^{ère} instance, constitués en section disciplinaire. Les universitaires sont ainsi jugés par leurs pairs. En ce sens, les juridictions universitaires « peuvent être interprétées

⁹⁹¹ Caisse des Dépôts et Consignations, Conférence des présidents d'université, *Le transfert du patrimoine universitaire*, Paris, PUF, 2015.

⁹⁹² O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, op. cit., p. 193.

comme les gardiennes des libertés universitaires »⁹⁹³. Aujourd'hui, le code de l'éducation prévoit que « le pouvoir disciplinaire à l'égard des enseignants-chercheurs, enseignants et usagers est exercé en premier ressort par le conseil académique de l'établissement constitué en section disciplinaire »⁹⁹⁴. Le président de cette section disciplinaire doit être un professeur d'université, élu par « l'ensemble des enseignants-chercheurs membres de la section ». Toutefois, « un décret en Conseil d'Etat précise la composition [...], les modalités de désignation des membres et de le fonctionnement de la section disciplinaire »⁹⁹⁵. Les pouvoirs publics conservent donc un certain droit de regard dans le domaine disciplinaire de l'université malgré la franchise juridictionnelle.

Dans une affaire récente, le Conseil d'Etat a estimé que la décision de la section disciplinaire du conseil d'administration⁹⁹⁶ d'une université possède un caractère juridictionnel. C'est une véritable décision et non un simple avis. De plus, si la section en cause n'« a pas exercé pleinement sa compétence, la sanction prononcée, illégale, peut être retirée sans délai⁹⁹⁷ ». Il s'agissait en l'espèce d'un avis émis par la section disciplinaire, selon lequel les mentions figurant au bulletin n°2 du casier judiciaire de l'enseignant étaient incompatibles avec ses fonctions, faisant suite à la condamnation par le juge pénal d'un professeur de l'Université de Nouvelle-Calédonie. Suivant cet avis, le conseil d'administration avait demandé au ministre de radier le professeur. Le Conseil d'Etat déclare « qu'il résulte des dispositions de l'article L. 712-4 du code de l'éducation, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, que le pouvoir disciplinaire à l'égard des professeurs d'université est exercé en premier ressort par le conseil d'administration constitué en section disciplinaire ; qu'il incombe à cette section disciplinaire, à l'issue d'une procédure contradictoire, de prononcer une décision qui a un caractère juridictionnel et est susceptible d'appel devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, statuant en formation disciplinaire⁹⁹⁸ ».

Plusieurs éléments témoignent de la qualité de juridiction des instances universitaires. Leur qualification législative prévoit que les sections statuent « en matière juridictionnelle [...] à l'égard des usagers⁹⁹⁹ », qu'elles sont compétentes « en premier ressort¹⁰⁰⁰ » et qu'elles procèdent à un « jugement¹⁰⁰¹ » des affaires. Certaines imperfections peuvent toutefois être relevées quant à l'effectivité du principe du contradictoire et des droits de la défense. En effet, s'il est prévu que le « rapport et les pièces du dossier sont tenus à la disposition de la personne déférée

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 191.

⁹⁹⁴ Art. L. 712-6-2 du Code de l'éducation, modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁹⁹⁵ Art. L. 712-6-2 du Code de l'éducation.

⁹⁹⁶ Le conseil d'administration, constitué en section disciplinaire, est l'organe compétent selon les dispositions en vigueur au moment des faits.

⁹⁹⁷ Conseil d'Etat, décision du 5 décembre 2016, n° 380763, AJDA 2016. 2353.

⁹⁹⁸ Conseil d'Etat, décision du 5 décembre 2016, n° 380763, cons. 5.

⁹⁹⁹ Art. L. 811-5 du Code de l'éducation.

¹⁰⁰⁰ Art. L. 712-4 du Code de l'éducation.

¹⁰⁰¹ Art. L. 712-4 du Code de l'éducation.

et de l'autorité qui a engagé les poursuites¹⁰⁰² » « aucune disposition n'organise la consultation des pièces dès leur dépôt¹⁰⁰³ ».

En outre, la franchise juridictionnelle met en valeur le « lien indissociable entre le statut de fonctionnaire, avec la garantie d'emploi qu'elle possède, et le pouvoir disciplinaire exercé par la justice universitaire. Ce lien indissociable explique en partie la « protection particulière » dont bénéficie cette catégorie particulière¹⁰⁰⁴ ». En ce sens, la franchise juridictionnelle représenterait alors davantage une « garantie institutionnelle » de la fonction publique.

En revanche, un fonctionnaire coupable d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun peut être suspendu par le ministre compétent dans les conditions prévues par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations du fonctionnaire. L'affaire Bruno Gollnisch illustre le pouvoir ministériel de suspension d'un professeur d'université.

Dans cette affaire, tout d'abord, bien que les professeurs d'université bénéficient du principe d'indépendance, le Conseil d'Etat a rappelé l'obligation de tolérance et d'objectivité qui implique que « en s'appuyant exclusivement sur des arguments non scientifiques », « en écartant au contraire tous les travaux historiques », « en mettant en cause la rigueur des témoins et survivants des chambres à gaz ainsi que celle des historiens », « soutenir avec véhémence des thèses racistes et antisémites » constituent des fautes passibles de sanction¹⁰⁰⁵.

Dans le cas où les professeurs d'université peuvent être suspendus de leurs fonctions, cela ne relèvera pas de la loi de 1983 dans la mesure où elle ne s'applique pas dans le domaine de l'enseignement supérieur. C'est l'article L. 951-4 du Code de l'éducation qui fonde le pouvoir du ministre d'ordonner la suspension de ses membres¹⁰⁰⁶. Le Conseil d'Etat avait précisé que la loi de 1983 n'entraînait pas l'abrogation implicite du pouvoir du ministre¹⁰⁰⁷. Ainsi, « le maintien en vigueur de cette disposition spécifique, aujourd'hui applicable au seul enseignement supérieur, est étroitement lié au particularisme de son régime disciplinaire, et au principe juridictionnel qui fonde son organisation ». Le « particularisme du régime

¹⁰⁰² Art. 27 du décret n° 92-657 du 13 juillet 1992 relatif à la procédure disciplinaire dans les établissements publics d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministre chargé de l'enseignement supérieur.

¹⁰⁰³ F. Sauvageot, « Réflexions sur le degré de juridictionnalisation des instances disciplinaires », RFDA, 2002, p. 968.

¹⁰⁰⁴ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, op. cit., p. 203.

¹⁰⁰⁵ Conseil d'Etat, décision du 19 mai 1993, *Notin*, n° 125948, Lebon, p. 161 ; Conseil d'Etat, décision du 28 septembre 1998, *Notin*, n° 159236, Lebon tables, p. 938, cité dans A. Legrand, « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », *AJDA* 2006, p. 505.

¹⁰⁰⁶ Art. L. 951-4 du Code de l'éducation, « Le ministre chargé de l'enseignement supérieur peut prononcer la suspension d'un membre du personnel de l'enseignement supérieur pour un temps qui n'excède pas un an, sans privation de traitement ».

¹⁰⁰⁷ Conseil d'Etat, décision du 7 février 1990, *Rivière*, Lebon, p. 27, cité dans A. Legrand, « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », op. cit., p. 505.

disciplinaire » et le « principe juridictionnel » n'empêchent donc pas l'intervention des pouvoirs publics à travers la compétence du ministre. En outre, selon la doctrine, le pouvoir du ministre dans le domaine disciplinaire paraît plus efficace que ceux du président s'agissant de ses pouvoirs de police¹⁰⁰⁸.

En second lieu, la franchise de police s'applique sur l'ensemble de l'espace universitaire. Olivier Beaud compare la franchise de police des universités françaises au droit d'asile¹⁰⁰⁹. Dans la pratique, le droit d'asile se confond souvent avec le statut de réfugié. Pourtant « le réfugié se définit par une situation de fait : est réfugié celui qui a dû franchir les frontières de son territoire d'origine parce qu'il y était pourchassé ou menacé par le pouvoir en place¹⁰¹⁰ », alors que le droit d'asile désigne le « statut accordé à un étranger persécuté dans son Etat national lui permettant de séjourner dans un pays d'accueil¹⁰¹¹ ». Les membres de l'université participant à l'exercice de la science ne sont-ils que « des réfugiés abrités à l'université » ou bénéficient-ils d'un véritable « droit d'asile » en tant que garantie de l'institution universitaire ?

Le pouvoir de police de l'institution universitaire peut s'apparenter à un pouvoir de police « spécial » alors que le pouvoir de police général ne s'exercerait qu'à titre supplétif¹⁰¹², « en cas de nécessité ». Selon les termes du décret du 31 juillet 1985, « les autorités responsables désignées à l'article 1^{er} sont compétentes pour prendre toute mesure utile pour assurer le maintien de l'ordre et peuvent en cas de nécessité faire appel à la force publique¹⁰¹³ ».

Les polices spéciales peuvent se différencier de la police générale selon le régime juridique auquel elles sont soumises ou le but en vue duquel elles s'exercent. En outre, les polices spéciales peuvent faire intervenir des autorités qui ne détiennent pas traditionnellement des compétences de police générale. Les textes instituant les polices spéciales peuvent notamment prévoir des règles de procédure particulières. Parfois, le texte désigne de façon limitative la ou les mesures qui peuvent être prescrites. Il peut aussi définir avec plus ou moins de précision les motifs sur le fondement desquels l'autorité de police peut agir. Certaines polices administratives sont spéciales en raison de leur but qui ne rejoint aucune composante de l'ordre public traditionnel en matière de police générale. Dans le domaine de l'enseignement supérieur, les textes prévoient cette compétence mais ils n'en détaillent pas le contenu. Le pouvoir de police du président de l'université s'exerce en vue de préserver l'ordre public. Le critère tiré du but de l'action de police spéciale n'est donc pas véritablement satisfaisant dans la définition de ce pouvoir de police.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 505.

¹⁰⁰⁹ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰¹⁰ J. Krulić, « La notion légale de réfugié et le droit d'asile en France », *Revue internationale et stratégique*, vol. 50, n° 2, 2003, p. 131-138.

¹⁰¹¹ Lexique des termes juridiques, 15^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 52.

¹⁰¹² O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰¹³ Art. 5 du décret n°85-827 du 31 juillet 1985 relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Ainsi, les polices spéciales se distinguent de la police administrative générale par le fait qu'elles reposent nécessairement sur un texte particulier, qui constitue la base légale des compétences exercées par les autorités de police spéciale. C'est le cas pour la police spéciale de l'enseignement supérieur qui repose sur le décret n°85-827 du 31 juillet 1985 relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel. Lorsque le législateur décide de créer une police spéciale dans un domaine donné, c'est parce que la police administrative générale n'apparaît pas suffisante, parce que l'autorité qui serait normalement compétente n'est pas la mieux à même d'exercer cette police. Alors que la police générale est fondée sur une « norme de nécessité », selon les propos d'Etienne Picard, qui n'a besoin d'aucune consécration textuelle explicite, les polices spéciales n'ont d'existence qu'en vertu des textes qui les instituent. La compétence du législateur est ici justifiée parce que sont mises en cause les garanties accordées pour l'exercice des libertés publiques¹⁰¹⁴ et, plus largement, il est question d'un droit protégé¹⁰¹⁵.

L'autorité de police générale ne peut pas s'immiscer dans l'exercice de la police spéciale. Il en résulte que les conditions mises en œuvre par la jurisprudence pour l'intervention de l'autorité de police générale sont très strictes. En premier lieu, son action doit être justifiée par l'existence de circonstances particulières¹⁰¹⁶. Elle n'est légale que si la réglementation spéciale n'est pas suffisante. En deuxième lieu, il faut que l'autorité de police générale reste dans le cadre de ses compétences et poursuive le but en vue duquel ses pouvoirs lui ont été confiés. En troisième lieu, l'autorité de police générale peut intervenir uniquement pour aggraver les mesures de police spéciale ou, le cas échéant, remédier à leur absence et non pour en atténuer la rigueur.

La loi Faure de 1968 dans son article 37 disposait que les présidents d'établissement et les directeurs des unités d'enseignement et de recherche sont responsables de l'ordre « dans le cadre des lois, des règlements et du règlement intérieur de l'établissement ». En 1984, la loi Savary conserve cette formule en précisant que « le président de l'université est responsable du maintien de l'ordre et peut faire appel à la force publique dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat¹⁰¹⁷ ».

Le Conseil d'Etat a pu considérer que la compétence du président d'établissement n'était pas soumise aux mêmes limitations temporelles dans son pouvoir de réglementation générale organisant l'accès aux locaux que dans sa compétence de prendre des actes individuels limités dans le temps. Toutefois, il ne faut pas que la

¹⁰¹⁴ Conseil d'Etat, décision du 20 janvier 1989, *Synd. nat. pilotes professionnels ULM*, Lebon 1989, p. 437.

¹⁰¹⁵ Conseil constitutionnel, décision du 20 février 1987, n° 87-149 L relatif à la police spéciale de la chasse mettant en cause le régime de propriété.

¹⁰¹⁶ S. Soykurt-Macaire, « L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de « circonstances particulières » ? », *Etudes* 13, *Droit adm.*, 2009.

¹⁰¹⁷ Art. L 712-2 du Code de l'éducation, repris dans la LRU du 10 août 2007, art. 6 al. 6 et art. L. 712-2 du Code de l'éducation.

règlementation en cause n'entraîne d'interdiction individualisée de cet accès pour un étudiant ou un membre du personnel¹⁰¹⁸.

En outre, une mesure individuelle de restriction d'accès aux locaux ou de suspension des enseignements n'est, selon le Conseil d'Etat, ni une mesure d'ordre intérieur, ni une mesure disciplinaire, c'est une mesure de police¹⁰¹⁹. Ces mesures sont donc soumises aux règles classiques en matière de pouvoir de police. L'étendue de la restriction doit être proportionnée aux risques pour l'ordre public.

Selon le Conseil d'Etat, la survenance d'incidents entre un membre du personnel du secrétariat et un professeur d'université ne constitue pas une menace à l'ordre public qui pourrait justifier une interdiction d'exercer des activités d'enseignement et de recherche pour le professeur en cause¹⁰²⁰. Toutefois, la cour administrative d'appel de Nantes considère que la restriction d'accès aux locaux universitaires à un enseignant qui avait provoqué un certain nombre d'incidents à l'occasion des cours de ses collègues est justifiée¹⁰²¹.

Certains tempéraments peuvent tout de même être apportés quant au pouvoir de police du président de l'université. Marie-Christine Rouault constate que « si le président de l'université dispose du pouvoir de police, il ne dispose d'aucune force de police et le contrôle de l'accès aux locaux universitaires est presque partout irréalisable, ne serait-ce que par manque de personnel »¹⁰²².

En définitive, l'espace propice aux activités scientifiques au sein de l'université est préservé grâce à la franchise de police, les compétences qui en découlent restent limitées par le cadre de la police administrative et son exercice, conditionné par une absence de moyens. En outre, les textes prévoient uniquement une compétence en faveur du président de l'université, en tant que « gardien général » de la sécurité de l'ensemble de ses membres. Chaque membre de l'institution n'est pas désigné comme participant activement à la franchise de police, au service de la liberté de la science.

La franchise juridictionnelle permet à l'institution universitaire française de statuer en première instance sur les questions d'ordre disciplinaire relative à l'ensemble de ses membres et fait figure de véritable juridiction. Cette franchise s'inscrirait comme une garantie institutionnelle dans la mesure où les enseignants-chercheurs peuvent être jugés par leurs pairs. Pourtant, si la franchise juridictionnelle contribue à la garantie de l'indépendance des individus exerçant les activités de la recherche et de l'enseignement, l'Etat conserve un contrôle sur la procédure et sur l'organisation. La franchise juridictionnelle ne fait pas non plus obstacle à la possibilité de sanction du ministre compétent. Concernant les deux types de franchise, il s'agit moins de

¹⁰¹⁸ Conseil d'Etat, décision du 27 juin 1980, *Debbasch*, n° 11283, Lebon, p. 296.

¹⁰¹⁹ Conseil d'Etat, décision du 1^{er} juillet 1983, *Payen de la Garanderie*, Lebon tables, p. 812.

¹⁰²⁰ Conseil d'Etat, décision du 1^{er} juillet 1983, *Payen de la Garanderie*, Lebon tables, p. 812.

¹⁰²¹ CAA Nantes, 30 mai 2003, *Melki*, req. n° 00NT01658.

¹⁰²² *JCP A* 2005, n° 717.

préserver un espace de libre exercice en faveur de la science sans intervention des pouvoirs publics mais plutôt d'offrir aux membres pris isolément une protection particulière ; la garantie institutionnelle ne serait donc qu'incomplète.

Cela démontre enfin la difficulté d'appréhender la mise en œuvre de garanties accordée à l'ensemble de l'institution en tant que « garantie institutionnelle ». Sans la dimension d'une garantie institutionnelle, les franchises universitaires offrent une protection aux individus, empêchant une ingérence trop grande des pouvoirs publics. Les franchises universitaires bénéficient alors aux individus sans forcément bénéficier à l'institution. Une garantie institutionnelle viserait l'autonomie de la science par le moyen de la protection des acteurs de la science. Elle permet de mettre davantage en avant des moyens institutionnels, décidés par la communauté et destinés à la réalisation des objectifs propres de l'institution universitaire. Bien que les franchises universitaires soient envisagées comme indissociables l'une de l'autre dans la doctrine, elles ne pourraient pas constituer une véritable garantie institutionnelle aux vues de leurs objectifs dans la pratique.

B. Les garanties de police et de justice découlant du « droit fondamental de l'Université allemande »

La franchise juridictionnelle et la franchise de police dans la doctrine allemande ne peuvent pas être étudiées selon le même raisonnement et n'ont pas les mêmes fondements l'une et l'autre bien qu'elles découlent indirectement du principe de libre administration des universités. La terminologie ne sera pas non plus la même qu'en France. Il n'est pas question de « franchises universitaires » applicables dans les institutions allemandes. D'un côté, la possibilité pour les organes universitaires en Allemagne de régler leurs affaires propres en première instance dans le domaine juridictionnel et disciplinaire correspond à la mise en œuvre du « Fachprinzip »¹⁰²³ (1^o), un des principes du droit de l'organisation universitaire.

D'un autre côté, la protection du domaine territorial de l'université se fonde sur le droit fondamental relatif à l'inviolabilité du domicile, protégé à l'article 13, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, ou « Hausrecht ». Selon une partie de la doctrine, le « Hausrecht » appartient au domaine de la libre administration académique. Le « Hausrecht » représenterait une partie de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale. Dans ce sens, le « Hausrecht » correspond à une caractéristique propre des établissements d'enseignement supérieur. En outre, la libre administration académique se réfère aux activités des membres de l'établissement alors que le « Hausrecht » s'exerce également à l'égard des non membres de l'université¹⁰²⁴. Si

¹⁰²³ Ou « principe de réserve disciplinaire ».

¹⁰²⁴ A. Gallas, *Die Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsaufsicht über die Studentenschaften*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 297, Berlin, Duncker und Humblot, 1976, p. 223.

une part de la doctrine associe la compétence de police au droit fondamental relatif à l'inviolabilité du domicile dans la Constitution allemande, certaines hésitations perdurent quant à la capacité de l'institution universitaire de bénéficier directement de la protection de l'article 13, alinéa 1^{er} (2^o). Les franchises de police et juridictionnelle découlent de la liberté de la science au sens large dans la doctrine allemande. En outre, chaque franchise fait l'objet d'une justification particulière et s'inscrit dans une garantie institutionnelle propre afin de garantir l'autonomie de la science.

1^o La compétence juridictionnelle des organes de l'université au nom du « Fachprinzip »

Dans la langue allemande, il ne faut pas confondre le droit disciplinaire ou « Disziplinarrecht » et le « Fachprinzip », principe qui garantit notamment la mise en œuvre du premier. Le droit disciplinaire décrit le droit applicable aux juridictions universitaires dans le domaine de l'enseignement supérieur. Le « Fachprinzip » se définit comme la réserve de compétence accordée aux organes collégiaux d'un établissement d'enseignement supérieur en raison de l'expertise de ses membres dans une discipline scientifique particulière.

Cette compétence juridictionnelle de l'université allemande représente une protection supplémentaire à la liberté de la recherche et de l'enseignement en tant que garantie institutionnelle. Tout d'abord, la frontière entre les pouvoirs publics et le domaine de la science est clairement établie. Deux arrêts de la Cour administrative fédérale allemande et de la Cour administrative du Land de Rhénanie-Palatinat mettent en lumière l'autonomie des organes internes à l'université dans ce domaine. L'examen des affaires relevant de la recherche et de l'enseignement nécessite ensuite la compétence d'une commission d'experts en vue de favoriser le discours scientifique et de promouvoir l'autonomie de la science dans le domaine disciplinaire.

En premier lieu, si en France, le statut de fonctionnaire des universitaires impose une obligation de tolérance et d'objectivité, le statut particulier des membres de l'université allemande, qui découle de la liberté de la science, déroge aux règles communes du fonctionnariat. En ce sens, la Cour administrative fédérale allemande estime que le statut de fonctionnaire du professeur d'établissement d'enseignement supérieur n'autorise aucune limitation de la liberté de la recherche du requérant. Si ce dernier avait porté atteinte à ses obligations de service ou « Dienstpflichten », cela aurait été analysé selon la réglementation particulière du droit disciplinaire (« Disziplinarrechts ») et le cas échéant, sanctionné¹⁰²⁵. Bien que l'individu ait pu adopter un comportement contraire aux valeurs scientifiques, les organes internes à l'université sont les plus compétents pour « réparer » les dommages éventuels.

¹⁰²⁵ BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5.95, „Der beamtenrechtliche Status der Hochschullehrer erlaubt gleichfalls nicht die Einschränkung der Forschungsfreiheit des Klägers. Wenn er Dienstpflichten verletzt hätte, hätte dies nach den besonderen Regelungen des Disziplinarrechts untersucht und gegebenenfalls geahndet werden müssen“.

De plus, bien que la liberté de la science ne protège pas les activités exercées par une autorité publique dans le cadre de la loi, mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ou, « übertragene hoheitliche Aufgaben »¹⁰²⁶, une enquête à l'encontre d'un comportement non scientifique menée par une commission particulière choisie par le sénat académique d'un établissement d'enseignement supérieur n'est pas considérée comme un « acte d'autorité publique ». Cette enquête tombe alors dans le champ de protection de la science¹⁰²⁷. La Cour administrative de la ville de Mainz ne reconnaît aucun droit d'accès du public à une enquête à l'encontre d'un comportement non-scientifique. Le domaine des pouvoirs publics est clairement distinct du domaine de l'enseignement supérieur¹⁰²⁸.

Le « Fachprinzip » commande, en second lieu, la mise en œuvre d'une commission particulière au sein d'un établissement d'enseignement supérieur, chargée de contrôler l'activité scientifique de ses membres au sens large. La Cour administrative fédérale allemande considère que les organes compétents d'un établissement d'enseignement supérieur peuvent mettre en place une commission composée d'experts chargée d'examiner les faits et les conséquences lorsqu'un professeur d'établissement d'enseignement supérieur, dans ses recherches ou dans ses publications « abuse de sa liberté de la recherche » ou porte atteinte à des domaines protégés par la Constitution ou à des droits d'autrui¹⁰²⁹.

Dans ce cas, il n'est pas seulement question de se prononcer sur des affaires relevant de la recherche et de l'enseignement, en effet, les organes universitaires sont aussi compétents sur la question des conséquences de la recherche. Lorsqu'il est question d'évaluation des conséquences de la recherche ou de risques d'atteinte aux travaux scientifiques, les organes de l'université doivent être concernés en priorité selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, et notamment lorsque des droits d'autrui sont en cause¹⁰³⁰.

La compétence de la commission de l'établissement d'enseignement supérieur ne se limite pas au droit de recueillir des informations lorsque les résultats de la recherche sont utilisés de façon irresponsable. Les principes développés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande applicables dans ce domaine servent à déterminer si un scientifique a outrepassé l'espace de liberté garanti par la Constitution allemande de la liberté de la recherche scientifique et s'il a pu porter atteinte à d'autres domaines protégés constitutionnellement. Cette compétence découle de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Elle est justifiée par la dimension objective de la liberté, par le rapport de la science, de la

¹⁰²⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, voir encore Première Partie, Titre 1, Chapitre 2nd, S. 1, §2. « Les bénéficiaires collectifs des droits fondamentaux ».

¹⁰²⁷ VG Mainz, déc. du 7 septembre 2009, 3 L 762/09.

¹⁰²⁸ VG Mainz, déc. du 7 septembre 2009, 3 L 762/0, „Insoweit mag es im Einzelfall zu Überschneidungen zwischen verwaltungsbehördlichem Handeln einerseits und Tätigwerden im Rahmen von Forschung und Lehre kommen“.

¹⁰²⁹ BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5.95.

¹⁰³⁰ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

recherche et de l'enseignement, vis-à-vis des pouvoirs publics. En effet, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les pouvoirs publics doivent garantir des „Institutions“ fonctionnelles dans le domaine de la science libre¹⁰³¹.

La mise en œuvre d'un tel contrôle appartient à la faculté¹⁰³², au conseil de faculté et à la direction de la faculté. Tous les scientifiques de la faculté de l'établissement y sont représentés. La composition de la commission n'est compatible avec l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale uniquement lorsque les professeurs d'établissement d'enseignement supérieur y exercent une influence prépondérante ou « ausschlaggebend »¹⁰³³. L'exigence d'une influence « prépondérante » est aussi celle exigée au profit des universitaires lorsque sont en causes des questions relevant de la recherche ou de la procédure de recrutement. C'est l'influence la plus forte que les tribunaux allemands peuvent exiger au nom du principe de réserve disciplinaire ou « Fachprinzip ».

Plusieurs conséquences peuvent découler de cet examen selon la Cour administrative fédérale allemande¹⁰³⁴. D'abord, s'il y a des doutes quant au fait que le scientifique en cause ait porté atteinte à ses obligations de professeur d'université titulaire et a ainsi commis une infraction disciplinaire, la commission doit en informer les supérieurs disciplinaires compétents, ce qui pourra donner lieu à des conséquences plus importantes.

Ensuite, si la commission arrive à la conclusion que le scientifique a aussi porté atteinte aux droits d'autrui, par exemple aux droits des doctorants ou aux droits d'autres membres de l'université, elle doit faire ce qui est nécessaire pour protéger les personnes concernées. La commission sera autorisée à faire une constatation et à exercer une critique sur le travail du chercheur. En revanche, dans le cas où le scientifique tente sérieusement, dans ses activités, de prendre en compte les principes du travail scientifique et qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, la commission n'a pas la compétence de critiquer ses travaux et d'y apporter d'autres commentaires.

En règle générale, selon la Cour administrative fédérale allemande, les discussions autour des travaux de recherche sont un moyen de favoriser le « discours scientifique » et de soutenir, dans la controverse, les bénéficiaires individuels de droits fondamentaux. Par conséquent, cela ne peut pas avoir lieu en dehors de ces

¹⁰³¹ BVerfG 93, 85, déc. du 31 mai 1995, „Universitätsgesetz NRW“, „Diese Kompetenz folgt unmittelbar aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Dieses Grundrecht enthält neben einem individuellen Freiheitsrecht eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Der Staat muß für funktionsfähige Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebs sorgen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist“.

¹⁰³² Par exemple, dans le Land de Hesse, §§ 23, 24 HUG (Gesetz über die Universitäten des Landes Hessen), cité dans BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5.95.

¹⁰³³ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

¹⁰³⁴ BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5.95.

organes d'enquête. La limite tient en ce que les organes de l'établissement d'enseignement supérieur ne devraient ni influencer, ni affecter le « discours scientifique ». Dans le cas contraire, cela pourrait nuire à la liberté individuelle de la recherche¹⁰³⁵.

La Cour administrative fédérale allemande ajoute que la commission ne doit pas tenir compte de la protection de la réputation scientifique de l'université. Certes, la réputation d'un établissement d'enseignement supérieur est forgée par le travail de leurs scientifiques, toutefois la renommée scientifique de l'université ou de ses instituts ne peut pas justifier une atteinte à la liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale dans la mesure où elle n'est pas un domaine protégé par la Constitution¹⁰³⁶.

La compétence juridictionnelle des organes de l'université se justifie donc au regard de la liberté de la science et de ses exigences vis-à-vis de ses acteurs. Les affaires publiques sont clairement distinctes des affaires de la science. Ce type de franchise ne sert pas en premier lieu la protection individuelle des universitaires mais défend avant tout les intérêts de la science et la promotion de sa diversité et de son impartialité.

2° La protection générale du domaine de l'institution universitaire et le « Hausrecht »

Le pouvoir de police appartenant à l'université ou à sa direction n'est pas réglé par la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. En revanche, les différentes lois régionales des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur prévoient des dispositions en ce sens¹⁰³⁷. Le principe de

¹⁰³⁵ BVerwGE, déc. 11 décembre 1996, 6C 5.95, „Die Auseinandersetzung mit Forschungsarbeiten ist mit den Mitteln des wissenschaftlichen Diskurses und daher im Meinungsstreit der einzelnen Grundrechtsträger auszutragen. Sie darf folglich nur außerhalb dieser Untersuchungsgremien stattfinden. Die Hochschulgremien dürfen diesen wissenschaftlichen Diskurs weder beeinflussen noch in anderer Weise präjudizieren. Anderenfalls würde in unzulässiger Weise in die individuelle Forschungsfreiheit eingegriffen“.

¹⁰³⁶ BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5.95, „Auch der Schutz des wissenschaftlichen Ansehens der Universität berechtigte die Kommission nicht zu dieser Vorgehensweise. Zwar wird die Reputation einer Hochschule entscheidend durch die Arbeit ihrer Wissenschaftler geprägt. Der wissenschaftliche Ruf der Universität oder ihrer Einrichtungen ist jedoch kein verfassungsrechtlich geschütztes Gut, das zu derartigen Eingriffen in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, noch dazu auf der Grundlage unsicherer Beweise, rechtfertigen könnte“.

¹⁰³⁷ Par exemple, le pouvoir de police revient à la compétence du président de l'établissement d'enseignement supérieur dans le Land de Brandebourg, § 65, Abs. 1, Nr. 6 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG), „Sie oder er [le président] ist insbesondere zuständig für [...] die Wahrung der Ordnung und die Ausübung des Hausrechts“. En outre, dans le Land de Berlin, le directeur ou la directrice de l'établissement d'enseignement supérieur détient le « Hausrecht » au sein de l'établissement. Il ou elle est responsable du domaine de l'établissement d'enseignement supérieur et prend les décisions nécessaires en faveur du maintien de l'ordre, § 56, Abs. 2 BerlHchG, « Der Leiter oder die Leiterin der Hochschule ist Inhaber des Hausrechts in der Hochschule. Er oder sie ist für den geordneten Hochschulbetrieb verantwortlich und trifft die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Ordnung erforderlichen Entscheidungen“. De la même façon, la présidence garantit l'ordre public dans l'établissement d'enseignement supérieur et exerce le « Hausrecht » dans le Land de Basse-Saxe, §

libre administration ou « Selbstverwaltungsrecht » n'est pas évoqué explicitement dans la Loi fondamentale mais uniquement dans les Constitutions des Länder. Il s'inscrit toutefois comme une garantie institutionnelle. De la même façon, les règles encadrant le pouvoir de police de l'université inscrites dans les Constitutions des Länder comme une garantie institutionnelle permettent également au législateur de tenir compte des particularités locales.

Dans le domaine de la police universitaire, les textes législatifs utilisent le terme de « Hausrecht » pour désigner la compétence d'exercice d'une autorité de police. Selon la doctrine, le « Hausrecht » d'un établissement d'enseignement supérieur scientifique est une activité publique de police qui est assurée par le président de l'université comme une compétence déléguée¹⁰³⁸.

La réglementation relative à l'encadrement du « Hausrecht » diffère selon les Länder. Si, dans le Land de Berlin, le directeur de l'établissement d'enseignement supérieur, à qui appartient le « Hausrecht » est responsable de la zone géographique de l'établissement et doit prendre les décisions nécessaires au maintien de l'ordre dans cette zone, l'exercice du « Hausrecht » par la présidence dans le Land de Basse-Saxe implique encore un droit de regard sur les organes de l'établissement d'enseignement supérieur et sur les études¹⁰³⁹. Malgré les limites du « Hausrecht » académique vis-à-vis du pouvoir de la corporation universitaire, deux objectifs peuvent être mis en avant : la possibilité de limiter les troubles à l'ordre public dans l'enceinte de l'université et la garantie de continuité des missions et des objectifs poursuivis dans l'établissement.

Pour les établissements scientifiques, le « Hausrecht » est exercé par le président ou le recteur. Il existe également un « Hausrecht » concurrent « originaire » appartenant au « Dekan » (ou décanat), aux directeurs d'instituts se rapportant à leur domaine et au « Dozent »¹⁰⁴⁰ dans sa salle pendant l'heure de cours. En théorie, ces différents « Hausrechte » sont exercés indépendamment de la volonté du sommet de direction de l'université¹⁰⁴¹.

Selon une part de la doctrine, dans le domaine de l'enseignement supérieur, le « Hausrecht » académique représenterait une partie de la souveraineté générale, distincte du droit de la corporation « publique ». La « souveraineté corporative » serait donc à différencier du pouvoir de police de l'université. En revanche, le

37, Abs. 3, S. 1 NHG, « Das Präsidium wahrt die Ordnung in der Hochschule und übt das Hausrecht aus ».

¹⁰³⁸ A. Gallas, *Die Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsaufsicht über die Studentenschaften*, op. cit., p. 224.

¹⁰³⁹ § 37, Abs. 3 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG), 2. „Ihm obliegt die Rechtsaufsicht über die Organe der Hochschule und der Studierendenschaft. 3. Die rechtsaufsichtlichen Befugnisse des Trägers gelten entsprechend. 4. Rechtsaufsichtliche Maßnahmen sind ihm anzuzeigen“.

¹⁰⁴⁰ Désignant ici l'enseignant d'un établissement d'enseignement supérieur, l'équivalent du maître de conférences et du professeur d'université en France.

¹⁰⁴¹ A. Gallas, *Die Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsaufsicht über die Studentenschaften*, op. cit., p. 225.

« Hausrecht » est soumis aux mêmes principes de droit. Et sa nature juridique est comparable avec le pouvoir de réglementation de l'établissement d'enseignement supérieur scientifique envers ses membres ; cette répartition des compétences reste une modalité unique de l'autorité académique bénéficiant d'une part de la souveraineté ou en allemand, « akademischen Hoheitsgewalt ».

Le „Hausrecht“ et l'autorité générale de réglementation ou „Ordnungsgewalt“ sont réunis expressément dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder de Berlin, de Hambourg, de Hesse, de Rhénanie du Nord-Westphalie et de Sarre¹⁰⁴². La plupart des lois régionales réglemente un « Hausrecht » particulier assuré par le président ou par le recteur, à une place distincte et indépendamment du processus normatif résultant des missions de libre administration d'un établissement d'enseignement supérieur¹⁰⁴³. La théorie de la double autorité est protégée par la nature de la réglementation encadrant le « Hausrecht », dans les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur et dans les statuts des établissements.

Dans la dogmatique des droits fondamentaux, le « Hausrecht » est garanti par le droit fondamental relatif à la protection du domicile et à la paix dans le foyer. Il comprend aussi bien la faculté de décider librement de qui peut accéder à un lieu privé et à qui est refusé l'accès, que la faculté de mettre en œuvre des conditions relatives au droit d'accès. Le « Hausrecht » inclut le droit de permettre l'accès en vue de la réalisation d'objectifs déterminés et le droit d'imposer le respect de ces objectifs au moyen d'une interdiction d'entrée¹⁰⁴⁴. La Loi fondamentale consacre le « Hausrecht » dans son article 13, alinéa premier qui déclare que « le domicile est inviolable »¹⁰⁴⁵. L'article 13, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale se définit comme un droit fondamental négatif et donne au requérant la faculté de défendre son espace propre¹⁰⁴⁶.

La garantie de l'inviolabilité du domicile trouve une équivalence dans les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme relative au droit au respect de la vie privée et familiale. Son article 8 dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 223.

¹⁰⁴³ §8, Abs. 3 Universitätsgesetz Berlin (BerlUniG); §10, Abs. 3 Hessisches Universitätsgesetz (HessUniG); §29, Abs. 6 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW); §27, Abs. 7 - Gesetz über die Universität des Saarlandes (SaarlUniG). Une exception dans les lois et statuts figure aux articles 4, Abs. 2, Nr. 7 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG); §25, Abs. 7 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG); §47, Abs. 1, S. 3 Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (HSG). Dans le Land de Hambourg, « Le président de l'Université exerce sur le site et dans les établissements de l'Université le „Hausrecht et l'autorité relative à l'organisation comme des affaires propres », „Der Universitätspräsident übt im Gelände und in den Einrichtungen der Universität des Hausrecht und die Ordnungsgewalt als Auftragsangelegenheiten aus“.

¹⁰⁴⁴ BGH, déc. du 20 janvier 2006, V ZR 134/05.

¹⁰⁴⁵ Art. 13, Abs. 1 GG, „Die Wohnung ist unverletzlich“.

¹⁰⁴⁶ G. Gornig, „Artikel 13“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1263.

disposition conventionnelle ne renvoie en revanche à aucune garantie institutionnelle relative à l'inviolabilité d'un lieu particulier, public ou privé. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend les termes de la Convention en consacrant un droit « au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications »¹⁰⁴⁷. Là encore, aucune dimension institutionnelle n'est garantie.

Si les textes allemands évoquent expressément la notion de « Hausrecht » pour qualifier le pouvoir de police académique, selon le commentaire de la Loi fondamentale, les personnes juridiques de droit public n'appartiennent pas au champ d'application personnel de l'article 13, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. En d'autres termes, l'université n'est pas le bénéficiaire de ce droit fondamental mais le potentiel violeur. Une exception existe toutefois pour les communautés religieuses de droit public qui peuvent invoquer une atteinte à leur droit au respect de leur « domicile ». Selon le commentaire, la protection constitutionnelle des établissements d'enseignement supérieur et de leurs composantes se limite à l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Constitution allemande, comme pour les établissements publics de radio et de télévision pouvant bénéficier de l'article 5, alinéa premier¹⁰⁴⁸. Les universités ne pourraient donc pas se prévaloir de l'article 13, alinéa 1^{er} devant les juges constitutionnels.

Bien que l'université allemande bénéficie du droit fondamental de l'université et peut en ce sens jouir de la protection de la liberté de la science selon les dispositions de l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale relatif à la possibilité pour une personne morale d'invoquer des droits fondamentaux à l'appui d'un recours, la « franchise de police » universitaire satisfait-elle les critères du « Hausrecht » de l'article 13, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande en tant que garantie institutionnelle ? Le pouvoir de police appartiendrait-il davantage au président de l'université ?

Au sens de la Loi fondamentale, l'article 13, alinéa 1^{er} ne protège pas un bâtiment en tant que bien immobilier, ni le droit de possession ou de propriété du domicile. De plus, l'article 13, alinéa 1^{er} participe de façon générale à assurer la protection de la dignité humaine¹⁰⁴⁹, comme la plupart des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution allemande. Le droit fondamental relatif à l'inviolabilité du domicile est donc en lien étroit avec l'exigence constitutionnelle du respect absolu de la sphère privée du citoyen¹⁰⁵⁰. L'objectif du droit fondamental de l'inviolabilité du domicile est de garantir une protection générale à la sphère privée des individus et de protéger le

¹⁰⁴⁷ Art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁰⁴⁸ G. Gornig, „Artikel 13“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1271.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 1261.

¹⁰⁵⁰ BVerfG 32, 54, déc. du 13 octobre 1971, „Betriebsbetretungsrecht“; BVerfG 51, 97, déc. du 3 avril 1979, „Zwangsvollstreckung I.“.

domicile comme un élément central du libre épanouissement de la personnalité de l'individu¹⁰⁵¹.

La jurisprudence constitutionnelle allemande définit l'objectif de ce droit fondamental comme la préservation de la tranquillité et du repos à l'endroit du domicile¹⁰⁵². La doctrine de la dogmatique des droits fondamentaux justifie également l'existence de la garantie d'un espace de vie élémentaire pour l'individu ou en allemand, „elementare Lebensraum“. Les besoins élémentaires de l'individu sont protégés par cette liberté et dans le droit à l'épanouissement de la personnalité. C'est la dimension privée du domicile qui est protégée par la disposition constitutionnelle. La doctrine allemande utilise le terme de « Privatheit ». L'article 13, alinéa 1^{er} protège la demeure (« die Wohnung ») mais pas seulement le logement en tant que tel (« das Wohnen »). En effet, la disposition constitutionnelle garantit en outre le droit à la libre détermination (« Selbstbestimmungsrecht ») de l'habitant au sein de son domicile¹⁰⁵³. L'habitant décide de qui, à quel moment et selon quelles conditions, d'autres individus peuvent accéder à ce logement. Ce droit à la libre détermination ne concerne pas seulement l'accès physique des tiers au domicile mais s'applique encore à l'ensemble des informations relatives au domicile aussi bien qu'aux activités et aux objets au sein du domicile¹⁰⁵⁴.

En définitive, la différence fondamentale entre le « Hausrecht » garanti par la Loi fondamentale et le « Hausrecht » de l'institution universitaire, en dehors de leur réglementation juridique, tient dans leur objectif. Si le droit à l'inviolabilité du domicile protégé par l'article 13, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande défend les intérêts privés de l'individu et vise l'épanouissement de sa personnalité, le « Hausrecht » académique, en tant que garantie institutionnelle, protège les membres afin qu'ils puissent exercer librement leurs activités de recherche et d'enseignement au nom de la liberté de la science. Par conséquent, l'ensemble des acteurs, individuels et collectifs, exerçant des missions scientifiques détiennent symboliquement le « Hausrecht » dans leur espace propre, par exemple la salle de cours, en vue d'un objectif commun. Ces éléments prouvent l'effectivité d'une garantie institutionnelle dans ce domaine. On retrouve la dichotomie entre la protection d'intérêts privés des individus et la protection des intérêts individuels en vue de la réalisation d'un intérêt commun.

Les compétences de police et juridictionnelle de l'institution universitaire allemande constituent des garanties institutionnelles en ce qu'elles promeuvent l'autonomie et la

¹⁰⁵¹ BVerfG 18, 121, déc. du 1^{er} juillet 1964, „Fiskusprivileg“, BVerfG 89, 1, déc. du 26 mai 1993, „Besitzrecht des Mieters“.

¹⁰⁵² „In Ruhe gelassen zu werden“, BVerfG 27, 1, déc. du 16 juillet 1969, „Mikrozensus“; BVerfG 32, 54, déc. du 13 octobre 1971, „Betriebsbetretungsrecht“; BVerfG 51, 97, déc. du 3 avril 1979, „Zwangsvollstreckung I.“; BVerfG 75, 318, déc. du 5 mai 1997, „Sachverständiger“.

¹⁰⁵³ BVerfG 76, 83, déc. du 16 juin 1987, „Zwangsvollstreckung III.“; BVerfG 89, 1, déc. du 26 mai 1993, „Besitzrecht des Mieters“.

¹⁰⁵⁴ G. Gornig, „Artikel 13“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1260.

liberté de la science par l'intermédiaire de chacun des membres. Par le moyen de ces franchises, l'institution universitaire maintient une certaine distance avec les pouvoirs publics. Ce qui renforce encore son autonomie est que l'université allemande, en tant qu'établissement du Land, détient une compétence normative.

§ 2 Le pouvoir de création du droit administratif d'une « Institution concrète »

L'université allemande se définit comme un organe de l'administration ou « Verwaltungsträger » et en tant que tel, elle peut imposer des normes en vue d'organiser l'ensemble du domaine de la science académique (A). Un établissement d'enseignement supérieur peut mettre en œuvre des normes d'organisation qui s'adressent à ses membres. Parmi l'ensemble de ces normes, l'université allemande peut prendre des actes administratifs et conclure des contrats de droit public. Bien que ce type de textes soit soumis au droit administratif et réponde à un régime classique de droit public, leur application connaît quelques particularités en raison des exigences du domaine de la science.

La marge de manœuvre de l'administration permise par un régime souple des mesures d'organisation entraîne des conséquences directes sur la liberté de la science. En effet, la liberté individuelle du scientifique peut entrer en conflit avec une mesure d'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur, par exemple, à propos de l'augmentation des obligations d'enseignement pour un professeur d'université¹⁰⁵⁵.

Un conflit entre la liberté de la science et une mesure d'organisation peut également avoir lieu même dans le cas où la mesure en cause a été décidée par les organes de libre administration. En ce sens, dans une affaire de 1997, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait répondre à la question de savoir si la décision de fermeture d'un service de primates par les organes de la libre administration d'un établissement d'enseignement supérieur pouvait représenter une atteinte à la liberté de la science d'un universitaire¹⁰⁵⁶. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, bien que cette décision touche à une partie de la liberté de la recherche, la liberté de la science n'est pas garantie de façon illimitée. Comme vu précédemment, les limites peuvent découler de la protection d'autres domaines protégés par la Constitution allemande¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ VG Leipzig, déc. du 12 décembre 2012, NC 2 L 301/12, „Dabei bleibt insbesondere zu berücksichtigen, dass auch der Hochschullehrer in den Hochschulbetrieb eingebunden ist und sich deshalb solche Einschränkungen gefallen lassen muss, die mit Rücksicht auf die Zwecke der Universität, zu denen insbesondere auch die Funktion als Ausbildungsstätte gehört, als notwendig erscheinen“.

¹⁰⁵⁶ BVerfG, déc. du 15 septembre 1997, 1 BvR 406/96, 1 BvR 1214/97.

¹⁰⁵⁷ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

La marge de manœuvre dans la compétence d'édicter des mesures d'organisation se justifie par le fait que les organes de l'établissement, dans la réglementation du domaine scientifique d'un établissement d'enseignement supérieur, n'aménagent pas de « liberté absolue en faveur des activités de recherche et d'enseignement » du scientifique isolément. L'universitaire est lié à l'« institution de l'université ». De plus, les intérêts des différents membres de l'établissement d'enseignement supérieur, des scientifiques, de leurs collaborateurs et des étudiants, tout comme les intérêts du personnel administratif doivent être coordonnés entre eux¹⁰⁵⁸. Le professeur d'un établissement d'enseignement supérieur peut seulement exiger des mesures nécessaires à la protection de son propre espace de liberté, pour qu'il puisse exercer ses activités scientifiques¹⁰⁵⁹.

Dans le domaine de l'administration publique allemande, le principe de protection de la confiance ou « Vertrauensschutz »¹⁰⁶⁰ peut servir de limite à la marge organisationnelle. Au regard du droit de l'enseignement supérieur, ce principe met en valeur la relation de confiance que l'universitaire entretient avec l'université et assure la sécurité de l'universitaire dans son établissement en ce qu'il ne subira pas de trop grands changements dans l'exercice de sa fonction. Ce sont donc aux différents organes de l'établissement de procéder à une conciliation des intérêts en présence afin d'éviter les atteintes à la liberté de la science.

Dans une affaire plus récente, la cour administrative d'appel de Berlin définit les normes d'organisation en fonction de leur « caractère objectif ». Les requérants sont des professeurs de la faculté de médecine de la Charité à Berlin¹⁰⁶¹. Ils font un recours contre l'établissement et contre la direction de la faculté en faisant valoir que certaines décisions devraient revenir à la compétence du conseil de faculté de la Charité.

Il s'agissait en l'espèce de décisions de principe relatives au plan économique de la recherche et de l'enseignement, de décisions de principes relatives à l'utilisation des moyens matériels, mis à la disposition de la faculté et de décisions de principe relatives à l'organisation et à l'attribution des postes de la faculté, incluant les questions de budget correspondantes. Les requérants soutiennent que le pouvoir décisionnel dans ce domaine n'appartiendrait pas à la direction mais au conseil de faculté au nom de la liberté de la science et que les exigences de participation des professeurs d'établissements d'enseignement supérieur ne seraient pas respecter.

La cour administrative de Berlin considère qu'aucune disposition ne garantit à l'université, que ce type de décision revienne à la faculté. Certaines dispositions

¹⁰⁵⁸ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“; BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“; BVerfG 122, 89, déc. du 28 octobre 2008, „Wissenschaftsfreiheit in der Theologie“; VG Würzburg, déc. du 30 septembre 2014, W 1 K 12.767.

¹⁰⁵⁹ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“; BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“.

¹⁰⁶⁰ Voir Première Partie, Titre 2, Chap. 2, S. 2, §2. « La définition fonctionnelle de l'universitaire ».

¹⁰⁶¹ OVG Berlin-Brandenburg, déc. du 10 novembre 2014, 5 N 11.13.

contenues dans la loi de l'Université de médecine et dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Berlin précisent que les décisions de principe relatives au plan budgétaire et au partage de ressources doivent être prises au sein des facultés. Toutefois, selon la cour, ces dispositions sont de « simples normes d'organisation », ici « Organisationsnormen », et possèdent alors un caractère de droit objectif. En d'autres termes, ces normes d'organisation ne sont pas définies pour servir l'intérêt d'un universitaire individuellement¹⁰⁶². L'ensemble des mesures d'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur ne forment pas un groupe homogène et peuvent avoir des effets directs sur les membres (B).

A. Le domaine d'action d'un organe public de l'administration ou « Verwaltungsträger »

Le caractère public de l'institution universitaire n'entraîne pas seulement des conséquences quant au statut de l'université allemande, il lui accorde le pouvoir d'édicter des actes administratifs et de conclure des contrats de droit public. L'institution universitaire participe alors à la création du droit administratif dans les Etats fédérés allemands. L'université en tant qu'établissement ou institution du Land, « Anstalt des öffentlichen Recht », est un organe administratif ou « Verwaltungsträger » au sens de la loi fédérale de procédure administrative¹⁰⁶³. Un établissement d'enseignement supérieur est un organe de l'administration dans la mesure où il possède la personnalité juridique de droit public et qu'il exerce des missions publiques.

La jurisprudence allemande utilise le terme d'« institution concrète » afin de désigner et de mettre en avant le caractère public d'un établissement d'enseignement supérieur. Dans une affaire du tribunal administratif du Bade-Wurtemberg¹⁰⁶⁴, le requérant est le responsable du séminaire de pédagogie Waldorf d'un établissement de formation d'enseignants des écoles Waldorf. La mission du séminaire, son organisation comme ses organes et leurs droits de participation sont réglés dans le statut de l'établissement d'enseignement supérieur pour la pédagogie Waldorf (« Satzung der Hochschule für Waldorfpädagogik »). Au sein de cet établissement, le corps enseignant regroupe cinquante-trois scientifiques et treize membres de la profession artistique.

¹⁰⁶² OVG Berlin-Brandenburg, déc. du 10 novembre 2014, 5 N 11.13, „Diese Vorschriften sind jedoch bloße Organisationsnormen und haben als solche einen rein objektiv-rechtlichen Charakter, d.h. sie sind nicht dem Interesse einzelner Hochschullehrer zu dienen bestimmt“.

¹⁰⁶³ §1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), « champ d'application », Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden [...] der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten“.

¹⁰⁶⁴ VGH Baden-Württemberg, déc. du 6 mars 1990, 9 S 1682/89.

Dans l'affaire en l'espèce, le requérant a sollicité l'administration du Land afin d'obtenir l'équivalence du cursus de formation des écoles Waldorf par rapport à une formation délivrée dans les établissements d'enseignement supérieur pédagogiques ou « Pädagogische Hochschule ». Par une décision du 13 avril 1987, le ministère de la science et de l'art du Land rejette cette demande au motif qu'il n'existe pas de reconnaissance correspondante dans le droit des établissements d'enseignement supérieur. Le ministère estime en effet qu'il manque un principe juridique en faveur de la reconnaissance des pouvoirs publics pour ce type de formation dans la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur pédagogique.

Le ministère de la science du Land explique encore que la structure organisationnelle du séminaire ne mettrait pas en œuvre le principe de libre administration des organes. La qualité du contenu de l'enseignement serait plus faible que dans un établissement d'enseignement supérieur pédagogique. Le requérant a ensuite fait un recours auprès du tribunal administratif de Stuttgart contre la décision du ministère du Land. Le tribunal a donné raison au requérant en considérant que les activités exercées peuvent être qualifiées de scientifiques du point de vue de leur contenu et de la méthode utilisée, et que les cursus peuvent par conséquent bénéficier d'une équivalence. Le défendeur, le ministère régional du Land, n'obtient finalement pas gain de cause devant la cour administrative du Land du Bade-Wurtemberg.

Selon cette cour, la réglementation relative au droit des établissements d'enseignement supérieur du Land se trouve dans la loi régionale de l'université, dans la loi régionale relative aux « Fachhochschule », dans la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur pédagogique et dans la loi applicable aux établissements d'enseignement supérieur d'art du Land. Ces lois régionales fondent le caractère « public » ou « staatlich » d'un établissement d'enseignement supérieur, valable uniquement pour les « institutions concrètes » ou en allemand, « konkrete Institutionen »¹⁰⁶⁵. En outre, ces lois précisent notamment dans leurs paragraphes premiers que leur champ d'application couvre les établissements d'enseignement supérieur publics du Land et les établissements d'enseignement supérieur reconnus par les pouvoirs publics¹⁰⁶⁶.

Ces lois décrivent encore d'un point de vue matériel, les objectifs des missions des types respectifs d'établissements d'enseignement supérieur. En outre, la mission de formation professionnelle scientifique représente, pour tous les types d'établissement une mission générale primaire ou « gemeinsame Primäraufgabe »¹⁰⁶⁷. En effet, selon la cour administrative du Bade-Wurtemberg, l'objectif des études tient notamment en ce que l'enseignement prépare les étudiants aux activités professionnelles.

¹⁰⁶⁵ VGH Baden-Württemberg, déc. du 6 mars 1990, 9 S 1682/89, „Diese Landesgesetze begründen den Charakter als staatliche Hochschule des jeweiligen Hochschultyps ausdrücklich nur für konkrete Institutionen“.

¹⁰⁶⁶ §1 BW UG, „Dieses Gesetz gilt für die staatlichen Hochschulen des Landes Baden-Württemberg und für die staatlich anerkannten Hochschulen“.

¹⁰⁶⁷ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

L'enseignement doit transmettre les connaissances, les capacités et les méthodes nécessaires et disciplinaires correspondantes¹⁰⁶⁸.

Dans l'affaire en l'espèce, le séminaire de pédagogie de Waldorf remplit ces critères matériels selon la cour du Land de Bade-Wurtemberg. De plus, d'après le préambule des statuts, le séminaire promeut le libre développement des sciences pédagogiques. La reconnaissance entre les deux cursus est donc possible et ne contredit pas les dispositions relatives au droit de l'enseignement supérieur ni la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Ainsi, la notion d'« institution concrète » implique à la fois le caractère public d'un établissement (à la différence d'un établissement *reconnu* par les pouvoirs publics), qui définit l'université publique comme un organe de l'administration et dans un même temps, donne les moyens à cet organe particulier de satisfaire les missions dans le domaine de la science.

La doctrine juridique allemande, quant à elle, n'utilise pas précisément l'expression d'« institution concrète », c'est davantage le cas dans les sciences sociales générales. La sociologie définit une « institution concrète » comme un type d'institution. Deux types d'institution peuvent alors être distingués : d'une part, les « institutions concrètes » ou « konkrete Institutionen », supposant la mise en œuvre d'un système concret et d'autre part, les « institutions généralisées » ou « generalisierte Institutionen », en tant que modèle d'action structurel¹⁰⁶⁹. Par conséquent, ici, le terme d'« institution concrète » s'attache surtout à son existence juridique : l'institution « décrite et circonscrite » selon l'analyse de Carl Schmitt.

La notion d'« institutions concrètes » implique un rapport entre l'institution et ses membres qui doit être défini selon la forme et le contenu. En outre, plus l'institution est différenciée et hétérogène, plus grande est la probabilité qu'un unique principe formel ne puisse pas réglementer et satisfaire toutes les exigences de l'institution¹⁰⁷⁰. L'ensemble des règles qui organisent l'institution universitaire ne formeront donc pas un groupe homogène dans la mesure où l'institution regroupe des intérêts différenciés. La notion d'« institution concrète » définit donc le cadre formel de l'organisation universitaire qui administre à la fois les affaires académiques et les affaires publiques.

Le processus d'institutionnalisation suppose en droit allemand la mise en œuvre de règles propres afin de dissocier le pouvoir des individus qui l'exercent et d'incorporer le pouvoir dans l'« institution étatique »¹⁰⁷¹. Le législateur du Land accorde par le

¹⁰⁶⁸ VGH Baden-Württemberg, déc. du 6 mars 1990, 9 S 1682/89, „In Anlehnung hieran bestimmt § 7 HRG (Ziel des Studiums), daß Lehre und Studium den Studenten auf ein berufliches Tätigkeitsfeld vorbereiten und ihm die dafür erforderlichen fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden dem jeweiligen Studiengang entsprechend so vermitteln sollen [...]“.

¹⁰⁶⁹ M. Opielka, *Gemeinschaft in Gesellschaft, Soziologie nach Hegel und Parsons*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2004, p. 191.

¹⁰⁷⁰ J.-A. Schüle, *Theorie der Institution, eine dogmengeschichtliche und konzeptionelle Analyse*, op. cit., p. 164-165.

¹⁰⁷¹ *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 346.

moyen d'une loi le pouvoir d'édicter des règlements aux organes exécutifs, et de la même façon, le pouvoir législatif délivre une habilitation à édicter un statut pour les corporations de droit public. Le statut représente le premier acte formel d'une institution concrète.

Si l'université, en tant que corporation de droit public peut décider de son statut propre, l'université, en tant qu'institution du Land de droit public détient une compétence normative¹⁰⁷². En ce sens, l'institution universitaire peut édicter des mesures d'organisation, parmi lesquelles, des actes administratifs et des contrats de droit public, afin de remplir directement les missions publiques. Le droit de l'organisation universitaire repose sur des normes d'organisation, encore appelée mesures d'organisation, qui trouvent leur équivalent dans l'expression allemande « Organisationsmassnahme » ou « Organisationsnorm ». Ces normes permettent de régir l'ensemble des rapports entre les individus et les organes en vue de favoriser la capacité fonctionnelle de l'organisation universitaire. Certaines difficultés peuvent apparaître quant à la délimitation de ces mesures d'organisation et quant à la détermination de leur valeur juridique. Ainsi, les questions relatives au contrôle de l'Etat sur les actes des corporations de droit public, à la délimitation de l'acte administratif par rapport aux actes réels de l'administration et aux actions informelles de l'administration et à l'annulation d'actes administratifs¹⁰⁷³ se règlent souvent selon le cas d'espèce.

Le contrat de droit public peut être un moyen pour un établissement d'enseignement supérieur de régler les rapports juridiques entre ses membres. Les règles mises en œuvre sont des règles spécifiques au droit de l'enseignement supérieur. Par exemple, le recrutement d'un professeur procède, comme pour l'ensemble des fonctionnaires, d'un acte administratif. Le contrat de droit public trouve pourtant à s'appliquer sous la forme d'un « Berufungsvereinbarung » que l'on peut traduire comme un accord ou une convention de travail.

Ces réglementations particulières sur la base d'un accord entre le professeur d'université et l'administration de l'université ou bien le ministère de la science et de la culture, fixent les modalités de la nomination. En particulier, elles décrivent l'équipement matériel et personnel de la chaire (dont la détermination en revient à l'établissement) et le montant de la rémunération (dont la fixation revient au ministère du Land)¹⁰⁷⁴. Le contrat de travail ou « Berufungsvereinbarung » conclu entre un professeur d'établissement d'enseignement supérieur et un établissement est donc un contrat de droit public¹⁰⁷⁵. Bien que ce contrat ait un contenu atypique, les textes

¹⁰⁷² Le régime juridique de l'université sera étudié dans le chapitre suivant, voir Deuxième Partie, Titre 1^{er}, Chapitre 2 « Le statut juridique de l'université et la distinction des affaires académiques et publiques ».

¹⁰⁷³ F. Schoch (hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁷⁴ V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 321.

¹⁰⁷⁵ VG Karlsruhe, déc. du 29 avril 1998, 7 K 2768/97.

et la jurisprudence le considèrent comme un contrat de droit public soumis à la loi fédérale de procédure administrative¹⁰⁷⁶.

Ce contrat soumis au droit public implique un lien juridique spécial entre le professeur et l'établissement d'enseignement supérieur. En outre, le droit à la signature d'un contrat de travail entre un professeur et un établissement d'enseignement supérieur, obtenu à la suite d'un engagement de l'administration en ce sens, peut faire l'objet d'un recours sur la voie de l'action en exécution¹⁰⁷⁷. Cela s'explique en raison du fait que les moyens matériel et en personnel garantis par la liberté de la science en faveur du professeur définissent l'objet du contrat. Par conséquent, le professeur pourra exiger ces moyens à l'université¹⁰⁷⁸.

A côté des contrats administratifs, l'université peut aussi édicter des actes administratifs. La distinction entre l'acte administratif et le contrat administratif tient notamment dans le fait que l'acte administratif possède davantage un caractère de décision. Les obligations juridiques qui en découlent sont parfois difficilement maîtrisables avec un acte administratif, et ce, même pour l'organe de l'administration¹⁰⁷⁹.

L'acte administratif est un autre moyen pour un établissement d'enseignement supérieur de s'organiser en tant qu'institution. Il est l'instrument privilégié pour mettre en œuvre des mesures d'organisation. Toutefois, toutes les mesures d'organisation ne peuvent pas être qualifiées d'acte administratif. L'acte administratif ou « Verwaltungsakt » joue un rôle central dans la pratique de l'administration et dans le droit de l'administration. Cela vaut donc aussi pour un établissement d'enseignement supérieur. La dénomination des actes administratifs varie largement en fonction de la matière. Il peut s'agir notamment de décision (« Verfügung »), d'autorisation (« Genehmigung ») ou d'admission (« Zulassung »)¹⁰⁸⁰.

Bien que l'acte administratif et le contrat de droit public offrent certaines garanties aux intéressés, toutes les mesures d'organisation de l'université allemande ne sont pas susceptibles d'être contestées. En effet, une mesure d'organisation ouvre la possibilité d'adapter l'organisation universitaire à des exigences particulières, qui ne sont pas forcément commandées par la liberté de la science mais aussi par l'autonomie de l'organisation en elle-même.

¹⁰⁷⁶ §§ 54 ff., 60 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVerfG).

¹⁰⁷⁷ VG Göttingen, déc. du 5 mars 2002, 4 B 4220/01, „Der Anspruch auf Erfüllung einer Berufungsvereinbarung zwischen einem Professor und einer Hochschule über die personelle oder sächliche Ausstattung ist in der Hauptsache im Wege der Leistungsklage zu verfolgen“.

¹⁰⁷⁸ VG Karlsruhe, déc. du 29 avril 1998, 7 K 2768/97, „Eine Berufungsvereinbarung ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag eine rechtliche Sonderverbindung zwischen Professor und Hochschule, aufgrund derer die dort zugesagten Sach- und/oder Personalmittel zum Schutz einer unabhängigen, materiell abgesicherten Forschung und Lehre an den Professor mit der Folge eines individuellen Erfüllungsanspruchs des Berufenen angebunden werden“.

¹⁰⁷⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁸⁰ F. Schoch (hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, op. cit., p. 54.

B. L'hétérogénéité des mesures d'organisation justifiée par leur caractère objectif

Le caractère objectif des mesures d'organisation permet avant tout de traduire l'obligation des pouvoirs publics et du législateur de garantir un système fonctionnel dans le domaine de la science. En ce sens, le caractère objectif des mesures correspond également à la mise en œuvre concrète des garanties institutionnelles d'un établissement d'enseignement supérieur. Le caractère objectif de ces mesures peut encore servir à justifier la mise en retrait des intérêts individuels au profit d'un intérêt collectif conciliant l'ensemble des missions publiques d'un établissement d'enseignement supérieur.

Les établissements d'enseignement supérieur ne sont pas les seuls organes publics à mettre en œuvre des normes d'organisation. Celles-ci existent encore dans le droit constitutionnel communal qui est caractérisé par le droit de l'organisation des corporations communales comprenant le principe de libre administration. En droit allemand, bien que la libre administration soit garantie par la Loi fondamentale, les normes qui régissent le fonctionnement d'un district ou d'une circonscription (« Bezirk ») appartiennent davantage au droit administratif qu'au droit constitutionnel¹⁰⁸¹. A Berlin pourtant, les normes d'organisation fondamentales ont trouvé une consécration dans la Constitution du Land et représentent alors à tout le moins du droit constitutionnel formel¹⁰⁸². En outre, la réglementation détaillée est contenue dans une loi simple et se trouve dans la loi relative à l'administration du district ou « Bezirksverwaltungsgesetz » (BezVG)¹⁰⁸³.

Les dispositions principales relatives à l'organisation du « district » de Berlin se trouvent aux articles 69 et suivants de la Constitution de Berlin. Dans chaque district, une assemblée, composée de 55 membres¹⁰⁸⁴, est choisie¹⁰⁸⁵. Cette assemblée élit les membres de l'administration du district¹⁰⁸⁶. L'assemblée contrôle l'administration du district¹⁰⁸⁷, vote le plan de budget du district et règle les affaires courantes. L'administration du district se compose du maire de district et des conseillers de district¹⁰⁸⁸. L'administration de district ou « Bezirksamt » est l'autorité administrative et représente Berlin dans les affaires du district¹⁰⁸⁹. Le maire de district ou

¹⁰⁸¹ A. Musil, S. Kirchner, *Das Recht der Berliner Verwaltung, Unter Berücksichtigung kommunalrechtlicher Bezüge*, Potsdam, Springer, 2012, p. 149.

¹⁰⁸² Voir par exemple, Art. 69 Verfassung von Berlin (VvB), „Bezirksverordnetenversammlung“, „In jedem Bezirk wird eine Bezirksverordnetenversammlung gewählt. Sie wählt die Mitglieder des Bezirksamts. Das Nähere wird durch Gesetz geregelt“; Art. 70 VvB, „Wahl der Bezirksverordnetenversammlung“; Art. 71 VvB, „Wahlperiode der Bezirksverordnetenversammlung“.

¹⁰⁸³ Bezirksverwaltungsgesetz, BezVwG BE 2011, GVBl. 2011, 692.

¹⁰⁸⁴ Art. 70, Abs. 2 S. 1 VvB.

¹⁰⁸⁵ Art. 69, S. 1 VvB.

¹⁰⁸⁶ Art. 69, S. 2 VvB.

¹⁰⁸⁷ Art. 72, Abs. 1 VvB.

¹⁰⁸⁸ Art. 74, Abs. 1 VvB.

¹⁰⁸⁹ Art. 74, Abs. 2 VvB.

« Bezirksbürgermeister » exerce un contrôle hiérarchique sur les membres de l'administration du district¹⁰⁹⁰. Chaque membre dirige son domaine de compétence de façon responsable¹⁰⁹¹.

Dans le domaine de la justice administrative, la définition des normes d'organisation se trouve au paragraphe 3 du règlement des tribunaux administratifs¹⁰⁹². Le paragraphe prévoit que la loi aménage, à travers ces normes d'organisation, l'établissement et la suppression d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel, le transfert d'un siège du tribunal, les modifications dans la délimitation des juridictions, l'attribution des domaines à un tribunal administratif dans le cas où il y a plusieurs tribunaux administratifs pour une juridiction, l'attribution des procédures dans lesquelles est déterminée la compétence territoriale à un autre tribunal administratif ou à plusieurs tribunaux administratifs du Land et enfin la création de chambres du tribunal administratif ou de sénats de la cour administrative d'appel. Ces dispositions sont contenues dans la première partie relative à la constitution des tribunaux, à côté de la partie relative à la procédure. Les normes d'organisation peuvent régler de nombreux pans de la structure d'une administration et sont indispensables à l'exercice de celle-ci. Ces normes doivent s'adapter au type d'administration, aux membres visés et aux missions à remplir.

Dans le droit de l'organisation universitaire, bien que les normes d'organisation ne forment pas un groupe homogène, plusieurs types peuvent être distingués. Le droit de l'organisation universitaire repose sur des mesures visant une action ou une abstention future de l'administration. Ensuite, l'administration peut prévoir des mesures qui s'appliqueront directement à l'organisation de la science. Ces deux catégories démontrent à la fois la volonté de maintenir une certaine marge de manœuvre en faveur de l'administration universitaire et dans un même temps, elles doivent garantir une protection aux intéressés à travers la mise en œuvre d'une organisation adaptée à la science.

Une première catégorie de mesure d'organisation s'inscrit dans les déclarations publiques d'intention. La déclaration prévoit à l'avenir, une action ou une abstention de l'administration universitaire. Le tribunal administratif de Karlsruhe précise qu'une décision relative à l'organisation d'une université, ici « Organisationsentscheidung », peut être qualifiée de « déclaration d'intention soumise au droit public »¹⁰⁹³.

Une déclaration d'intention en droit administratif peut être transmise aussi bien par l'administration que par un administré. Cette déclaration déroge au droit civil lorsqu'elle met en œuvre l'équivalent d'une prérogative de puissance publique. La déclaration d'intention de droit public n'a pas la valeur d'acte administratif. Par exemple, la décision organisationnelle prise par une université, dans le cadre d'une

¹⁰⁹⁰ Art. 75, Abs. 2, S. 2 VvB.

¹⁰⁹¹ Art. 75, Abs. 2, S. 3 VvB.

¹⁰⁹² §3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2248).

¹⁰⁹³ VG Karlsruhe, déc. du 29 avril 1998, 7 K 2768/97.

restructuration visant à modifier un contrat de recrutement entre l'université et un professeur titulaire est qualifié de déclaration publique d'intention¹⁰⁹⁴.

Ces déclarations publiques ont pour objet de mettre en œuvre des conséquences juridiques précises. Dans le domaine du droit administratif, leurs effets découlent d'une volonté expresse et sanctionnée légalement. Les dispositions du code civil allemand relatives aux déclarations d'intention en droit privé¹⁰⁹⁵ sont applicables aux déclarations publiques d'intention qui n'ont pas le caractère d'acte administratif pour autant que le droit public ne prévoit pas de réglementation dérogatoire. Les déclarations publiques d'intention se limitent à de simples déclarations d'intention. Autrement dit, elles ne produisent pas d'effet contraignant direct envers les administrés¹⁰⁹⁶.

Le tribunal administratif de Göttingen précise qu'une décision relative à l'organisation ou « Organisationsentscheidung » d'un établissement, par laquelle l'administration s'engage à la titularisation d'un professeur et qui aura dès lors des conséquences sur l'équipement en personnel garanti à un professeur, ne peut pas être qualifiée d'acte administratif¹⁰⁹⁷. En effet, cette catégorie particulière parmi les déclarations publiques s'inscrit dans l'« acte d'engagement » de l'administration ou en allemand, « Zusage ». L'acte d'engagement de droit public se définit comme la promesse contraignante de l'administration d'effectuer ou de s'abstenir d'accomplir une action administrative concrète. Le caractère de ce type d'acte est depuis longtemps débattu dans la doctrine et dans la jurisprudence. En ce sens, le tribunal administratif de Göttingen, bien qu'il ne qualifie pas l'acte d'engagement de droit public d'acte administratif, reconnaît un droit de recours contre ce type de mesure¹⁰⁹⁸.

De plus, si ce type d'acte est pris à l'encontre d'un professeur d'université, l'acte ne le concerne pas directement en tant qu'individu et ne sera pas pris en vue de satisfaire ses objectifs personnels. En effet, selon le tribunal administratif du Land de la Hesse, l'acte sert l'intérêt public, dans l'accomplissement des obligations de la recherche et de l'enseignement des membres. L'acte conditionne l'intégration du professeur d'université au sein de l'établissement d'enseignement supérieur du Land

¹⁰⁹⁴ VG Karlsruhe, déc. du 29 avril 1998, 7 K 2768/97, „Die von einer Universität im Rahmen von Umstrukturierungen getroffene Organisationsentscheidungen, die auf Anpassung einer zwischen der Universität und ihrem Ordinarius bestehenden Berufungsvereinbarung gerichtet sind und in deren Folge die Universität dem Ordinarius aus der Berufungsvereinbarung geschuldete Leistungen verweigern will, stellen sich als öffentlich-rechtliche Willenserklärungen dar“.

¹⁰⁹⁵ §§ 116 ff, 133 ff BGB.

¹⁰⁹⁶ F.-J. Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Auflage, Heidelberg, CF. Müller, 2014, p. 212.

¹⁰⁹⁷ VG Göttingen, déc. du 15 mai 2002, 3 A 3193/00, „Da eine Organisationsentscheidung einer Universität, die in die durch eine Bleibezusage garantierte personelle Ausstattung eines Professors eingreift, keinen Verwaltungsakt darstellt [...]“.

¹⁰⁹⁸ VG Göttingen, déc. du 15 mai 2002, 3 A 3193/00, „[...] ist ein Erfüllungsanspruch aus einer Bleibezusage im Wege der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen“.

et justifie alors sa « dépendance de principe » à la mise en œuvre des moyens publics et à l'organisation publique de la science¹⁰⁹⁹.

L'acte d'engagement ou « Zusage » de l'administration peut encore être désigné par le terme de « Zusicherung » qui signifie l'assurance, la garantie. Les deux termes n'ont pourtant pas la même signification. Le terme de « Zusage » est un terme générique et regroupe toute obligation de l'administration à une action ou une abstention dans l'avenir¹¹⁰⁰. L'assurance ou « Zusicherung » représente une sous-catégorie du « Zusage » et se limite à la promesse de l'édition ou de la non-édition d'un acte administratif¹¹⁰¹. Leur point commun avec l'acte administratif tient dans le caractère unilatéral de la promesse des pouvoirs publics. En effet, aucun consensus entre l'administration et l'administré ne conditionne l'effectivité de ces actes. Concernant l'acte de « Zusicherung », le législateur a renforcé sa proximité avec l'acte administratif dans la mesure où il est réglé dans le paragraphe relatif aux actes administratifs¹¹⁰².

Ainsi, bien que le régime des actes d'engagement se rapproche de celui des actes administratifs, ces actes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours systématique devant les tribunaux. Il ne s'agit pourtant pas de mesures d'organisation au sens strict, qui ne provoqueraient aucun effet direct sur les membres d'un établissement d'enseignement supérieur.

Une deuxième catégorie de mesure d'organisation peut être identifiée en ce qu'elle touche à la fonction de l'intéressé dans l'établissement d'enseignement supérieur. Ce type de mesure d'organisation s'adresse directement à un membre de l'université. Selon le tribunal administratif de Würzburg, une mesure d'organisation, ici « Organisationsbescheid », ayant pour destinataire un professeur d'établissement d'enseignement supérieur, est qualifiée d'acte administratif¹¹⁰³. En l'espèce, il s'agit d'une mesure visant la mutation du professeur, modifiant sa fonction. Dans la mesure où il s'agit d'un acte administratif, il pourra faire l'objet d'une contestation. De plus, selon le tribunal administratif de Würzburg, dans le cadre d'un rapport d'autorité particulier ou en allemand, « besondere Gewaltverhältnisse », comme pour un

¹⁰⁹⁹ VGH Hessen, déc. du 16 novembre 2006, 8 UE 2251/05, „Ausstattungszusagen bzw. -vereinbarungen betreffen den jeweiligen Hochschullehrer nicht als Privatmann und werden ihm nicht für seine persönlichen Zwecke zugebilligt, sondern dienen dem öffentlichen Interesse an der Erfüllung seiner Pflichten in Forschung und Lehre, setzen seine Eingliederung in die Hochschule als staatliche Einrichtung voraus und begründen damit auch seine prinzipielle Abhängigkeit vom Fortbestand der verfügbaren öffentlichen Mittel und der öffentlichen Wissenschaftsorganisation“.

¹¹⁰⁰ BVerwG, déc. du 19 janvier 1967, E 26, S. 31, 36; Erichsen, Jura 1991, S. 109f.

¹¹⁰¹ § 38 Abs. 1, S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), „Eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherung), bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form“.

¹¹⁰² V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, op. cit., p. 194.

¹¹⁰³ VG Würzburg, déc. du 7 mai 1992, W 1 K 91.1510.

rapport de fonctionnaire, la condition relative à l'acte administratif est que cela touche directement au statut juridique du fonctionnaire¹¹⁰⁴.

En revanche, la privation ou « Entzug » pour un universitaire du droit d'utiliser un espace déterminé ne peut pas être qualifiée d'acte administratif¹¹⁰⁵. En effet, un universitaire reste lié à son service et à sa fonction dans l'institution universitaire. Selon la Haute Cour administrative du land de Bavière, la limite tient en ce que la mesure en cause peut concerner les missions concrètes et le domaine fonctionnel de l'universitaire mais ne peut pas toucher à sa « mission fondamentale » en tant que professeur¹¹⁰⁶. Par conséquent, la référence à la « fonction » du professeur d'université peut traduire à la fois une protection en faveur de l'intéressé mais aussi une restriction par rapport à l'organisation de l'ensemble du service.

La frontière entre une mesure d'organisation et un acte administratif susceptible d'être contesté reste complexe. Par exemple, la décision de l'organe de la clinique de l'Université de Munich relative à la réduction d'un département de microbiologie ne peut pas être contestée par le directeur du département¹¹⁰⁷. Selon le tribunal administratif de Bavière, cette décision n'a pas le caractère d'acte administratif selon les dispositions du règlement des tribunaux administratifs¹¹⁰⁸. Cette décision représente une décision relative à l'organisation des organes de l'Université compétents, ici « Organisationsentscheidung ». Elle ne produit donc, selon le tribunal, aucun effet direct envers les « tiers »¹¹⁰⁹ et ne touche pas à la « mission fondamentale » ou « Grundverhältnis » d'un professeur. La décision ne concerne que le domaine fonctionnel de l'organisation et le « service » du requérant au sens fonctionnel¹¹¹⁰. Ce type de mesure d'organisation ne traduit pas seulement un engagement de l'administration en vue de l'accomplissement d'une action mais elle met en œuvre un changement juridique immédiat. L'argumentation selon laquelle la mesure en question ne touche pas à la « mission fondamentale » d'un professeur est très succincte et ne repose pas sur des éléments concrets.

Le seul fait que la mesure d'organisation en cause s'adresse directement à un membre de l'université ou qu'elle touche à sa fonction dans l'institution universitaire,

¹¹⁰⁴ VG Würzburg, déc. du 7 mai 1992, W 1 K 91.1510, „Im Rahmen eines "besonderen Gewaltverhältnisses", wie einem Beamtenverhältnis, ist Voraussetzung für einen Verwaltungsakt die unmittelbare Berührung der persönlichen Rechtsstellung des Beamten [...]“.

¹¹⁰⁵ OVG Schleswig-Holstein, déc. du 25 novembre 1993, 3 M 58/93.

¹¹⁰⁶ VGH Bayern, déc. du 7 avril 2003, 7 B 02.168.

¹¹⁰⁷ VGH Bayern, déc. du 7 avril 2003, 7 B 02.168.

¹¹⁰⁸ § 42, Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), „Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden“.

¹¹⁰⁹ VGH Bayern, déc. du 7 avril 2003, 7 B 02.168, „Diese Beschlüsse stellen Organisationsentscheidungen der zuständigen Universitätsorgane dar, die keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen entfalten [...]“.

¹¹¹⁰ VGH Bayern, déc. du 7 avril 2003, 7 B 02.168, „Sie [die Beschlüsse] betreffen lediglich den konkreten Aufgaben- und Funktionsbereich des Klägers, also sein funktionelles Amt im konkreten Sinne; auch mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 GG steht nicht die persönliche, sondern die dienstliche Rechtsstellung des Klägers in Rede und wird sein "Grundverhältnis" als Professor nicht berührt“.

ne peut pas présager de son caractère d'acte administratif. Pour que la mesure soit susceptible d'être contestée, il faut qu'elle entraîne la modification de la raison d'exercice, de la mission fondamentale de l'universitaire dans l'établissement. Cette condition fait l'objet d'une interprétation restrictive de la jurisprudence dans la mesure où les missions publiques de l'institution universitaire subissent certaines modifications qui tendent à réduire le cœur des « missions fondamentales » de l'universitaire. Néanmoins, l'objectif d'assurer la capacité fonctionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur ne devrait pas servir à justifier des atteintes aux libertés individuelles.

La marge de manœuvre de l'administration lui permet de s'adapter au mieux aux évolutions institutionnelles dans le domaine de l'enseignement supérieur. Les possibilités d'action d'une université allemande afin d'améliorer l'efficacité de son organisation sont de plus en plus nombreuses. En particulier, la possibilité d'édicter des actes administratifs rend l'institution de plus en plus « maître » de son exercice. Toutefois, l'administration de l'université ne vient pas satisfaire « simplement » l'intérêt général comme les autres organes de l'administration, elle répond à l'intérêt particulier du domaine de la science. L'introduction des nouvelles exigences dans l'administration publique ne doit pas noyer les libertés individuelles au profit d'une autonomie exclusivement organisationnelle. La conciliation des intérêts individuels ne doit pas aboutir à leur effacement au profit de l'organisation. C'est en retrouvant le lien d'interdépendance entre une institution et ses garanties institutionnelles que l'autonomie institutionnelle sera davantage au cœur des réformes.

La garantie institutionnelle, selon Carl Schmitt, est le propre d'une institution de droit public. Bien qu'elle se distingue clairement des libertés individuelles ou « droits de liberté », sa promotion dépend largement du traitement des libertés individuelles au sein de l'institution. En outre, si l'institution au sens « concret » repose sur la mise en œuvre de normes de droit public, l'institution, dans son sens « abstrait » nous conduit à l'étude de sa capacité d'action, capacité servant à satisfaire ses missions propres.

Section 2. Capacité fonctionnelle de l'université : de l'autonomie organisationnelle à l'autonomie institutionnelle

Assurer à l'université une capacité fonctionnelle s'inscrit comme une garantie institutionnelle. Cette-dernière peut encore être associée aux dispositions de l'article 33, alinéa 4 de la Loi fondamentale qui précise que « en règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de

la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public »¹¹¹¹.

La capacité fonctionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur est donc liée à une garantie institutionnelle qui assure la pérennité d'une institution en droit public. Afin qu'un établissement repose sur une organisation fonctionnelle, celle-ci doit satisfaire les exigences de la rationalité du système (§1). L'affirmation de la rationalité passe par une série de vocables empruntés à différentes disciplines comme celle de l'économie et intégrés dans le droit de l'organisation universitaire. A partir de l'effort de rationalisation d'une organisation, il est question d'efficacité, d'effectivité ou encore de l'efficience d'une organisation. Le processus de rationalisation ne peut toutefois dépendre d'un modèle unique, applicable à toute organisation.

Selon une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle fédérale allemande impose à l'Etat une obligation de garantie fonctionnelle ou « Funktionsgewährleistungspflicht ». En ce sens, l'Etat au sens large est tenu de mettre en place un système universitaire « efficace », capable d'être fonctionnel. Dans son arrêt de principe, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise que l'Etat doit rendre possible et favoriser la science libre et sa transmission aux générations suivantes en mettant à disposition des moyens personnels, financiers et organisationnels. Cela signifie, pour la Cour, que les institutions doivent être fonctionnelles en faveur du domaine de la science¹¹¹².

L'exigence d'efficacité introduite dans une organisation universitaire est devenue le nouveau leitmotiv de l'institution, en lieu et place des libertés individuelles des scientifiques. La décentralisation du processus décisionnel et la séparation de l'accomplissement des missions à l'université et de la responsabilité des actions permettent notamment une amélioration de l'efficacité. Le processus de décentralisation transfère les responsabilités du haut vers le bas. La réglementation publique est à la fois remplacée par cette autorégulation et dans un même temps, la réglementation publique s'inscrit comme l'instrument de commande à la base de l'organisation.

Malgré les critiques qui pèsent sur la pensée de l'efficience, son principe est au cœur du XX^{ème} siècle. Un grand nombre de domaines de l'économie ont été appréhendés à partir du principe de l'efficience. En outre, le principe d'efficience touche aussi des domaines non-économiques. Il peut s'exercer dans le domaine de la politique, puisqu'une séparation stricte de l'économie et de la politique serait difficilement

¹¹¹¹ Art. 33, Abs. 4 GG, „Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“.

¹¹¹² „Der Staat hat die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern. Das bedeutet, dass er funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen hat“, BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

réalisable¹¹¹³. Selon la conception dominante, une politique orientée sur le principe d'efficacité s'accorde avec le principe de la maximisation des bénéfiques moyens. Le principe d'efficacité rejoint alors la théorie de l'utilitarisme¹¹¹⁴.

La traduction de ces principes dans le droit de l'enseignement supérieur pose un certain nombre de difficultés. L'objectif premier de la liberté de la science au sens de la Loi fondamentale qui est de promouvoir les libertés individuelles peut entrer en conflit avec ces principes qui ne présentent pas le même dessein. Par conséquent, l'autonomie individuelle des membres de l'université en est parfois menacée. Dans la pratique, le scientifique pris individuellement défend plus rarement sa liberté de la science contre l'Etat mais davantage contre les mesures d'organisation internes de l'université¹¹¹⁵, servant à « moderniser » le système.

La réception de ces nouvelles exigences dans le droit de l'organisation universitaire ne concerne-t-elle que l'organisation en tant que telle et le perfectionnement de sa propre logique ? La mise en œuvre de ces principes qui répondent la plupart du temps à une logique propre, différente de celle de la liberté de la science, modifie-t-elle les objectifs de l'institution universitaire ? L'amélioration de la capacité fonctionnelle de l'université basée sur l'efficacité de son organisation accorde-t-elle à l'université la possibilité de se comporter comme un véritable acteur indépendant (§2) ?

§ 1 La problématique de la rationalité des actions de l'institution universitaire ; de l'efficacité à l'efficacité

Si la rationalité s'illustre comme le point de départ des exigences relatives à l'organisation de l'université et plus généralement, à l'administration publique, chacun des concepts d'efficacité, d'effectivité et a fortiori, d'efficacité ne possèdent pas pour autant la qualité de principe général du droit. Leur réception dans le droit de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur conduit à de nouvelles interrogations autour du rôle de l'université au sein de la société. La plupart du temps, ils sont le résultat d'une objectivisation confuse de l'organisation universitaire afin d'améliorer la « production de services » de l'université. Les questions de

¹¹¹³ J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, Paulinische Ökonomie, Der Effizienzbegriff in 1. Korinther 12 und seine Bedeutung für die Gemeindekonzeption, Bd. 11, Frankfurt am Main, Peter Land, 2010, p. 80.

¹¹¹⁴ H. Eidenmüller, „Vertrauensmechanismus und Vertrauenshaftung“, U. Neumann, L. Schulz, *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, p. 126.

¹¹¹⁵ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 70.

l'efficacité et de l'efficience d'une institution touchent à une évaluation interne de l'institution, de sa structure organisationnelle et de ses règles¹¹¹⁶.

Afin de mesurer l'efficacité et l'efficience de l'activité d'enseignement et de recherche, il faudrait être capable de définir avec précision leur objet. Néanmoins, la promotion des activités de recherche et d'enseignement selon les critères d'efficacité et d'efficience ne s'analyse pas de façon évidente dans les établissements d'enseignement supérieur¹¹¹⁷. Si ces principes ne peuvent pas être transposés directement en droit, il faut les adapter aux missions particulières du domaine de la science.

Spécialement, le premier sens de l'effectivité du droit tient en ce que le droit existe réellement à travers la mise en œuvre de garanties et qu'il soit appliqué et respecté par ses destinataires dans la pratique. Ensuite, certains auteurs ont défini l'effectivité comme « la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur ». Il y a alors une véritable fusion entre les notions d'effectivité et d'effets du droit¹¹¹⁸. En ce sens, le principe pourrait alors orienter le comportement des membres d'une institution universitaire afin de satisfaire au mieux les exigences de l'autonomie scientifique. Les termes de rationalité, d'efficacité, d'effectivité et d'efficience feront d'abord l'objet d'une analyse commune (A) pour ensuite expliquer la nécessité de leur différenciation sémantique et fonctionnelle (B).

A. Enchevêtrement et caractère polysémique des concepts

Les termes d'efficacité, d'effectivité et d'efficience sont étroitement liés mais ne signifient pas la même idée. Dans la mesure où l'effectivité traduit la qualité de l'adéquation entre les actions réalisées effectivement et les actions souhaitées, ce terme renvoie à une interprétation téléologique. L'efficacité renvoie au rapport d'adéquation entre le résultat produit et les moyens utilisés. C'est davantage la mise en avant d'une interprétation causaliste. Enfin, l'efficience permet d'atteindre un objectif en optimisant les moyens utilisés. Le principe d'efficience peut permettre la maximisation des bénéfices en utilisant les moyens disponibles, ou alors, réduire la quantité (ou la qualité) des moyens afin d'obtenir le même objectif.

De plus, le terme allemand d'« Effizienz » peut signifier selon les cas, efficacité ou efficience, ce qui n'est pas là pour en simplifier l'analyse. La notion d'efficience implique aussi un processus orienté vers un objectif. L'action est tournée vers un objectif ou un résultat concret dont la réalisation doit avoir lieu à la fin du processus. La notion d'efficience peut encore se traduire par les termes d'effet, de réussite et

¹¹¹⁶ A. Gimmler, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, op. cit., p. 43.

¹¹¹⁷ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 331.

¹¹¹⁸ Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, p. 715-732.

d'efficacité d'un service¹¹¹⁹. Les principes d'efficacité et d'efficience sont utilisés en priorité afin d'améliorer le fonctionnement d'une organisation. Toutefois, ils ont tendance à « déborder de leur fonction » en imposant plus généralement une logique propre à l'ensemble de l'institution universitaire.

Bien que le principe d'efficience s'analyse comme un principe inhérent à l'Etat moderne, la majorité de la doctrine s'accorde sur le fait qu'il ne possède pas de contours clairs dans la théorie constitutionnelle¹¹²⁰, tout comme le principe d'efficacité. En revanche, l'intérêt de ce principe tient notamment au fait que l'efficience comme concept théorique ne se limite pas au principe de la rentabilité économique mais peut être utilisé pour la poursuite d'objectifs non-économiques.

Ces derniers peuvent également traduire des objectifs sociaux et culturels en utilisant une répartition rationnelle des ressources. Par exemple, le principe contenu à l'article 33, alinéa 2 de la Loi fondamentale, selon lequel « tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualification et leurs capacités professionnelles », sert l'efficacité fonctionnelle de l'administration. C'est, selon la doctrine, une modalité particulière de la pensée de l'efficience¹¹²¹. Si les principes d'efficacité et d'efficience visent spontanément des fins exogènes au droit (1°), la jurisprudence allemande essaie de mettre en œuvre un « principe d'efficience de l'administration » afin de justifier la volonté politique de rendre l'organisation administrative optimale et flexible (2°).

1° Le problème tenant aux finalités exogènes au droit des principes d'efficacité et d'efficience

La première difficulté de ces concepts tient en leur inapplicabilité a priori à la dogmatique juridique. En effet, si ces notions sont aujourd'hui au cœur du processus organisationnel, elles sont davantage traduites en vue de satisfaire des objectifs extérieurs à ceux du droit de l'organisation universitaire. En d'autres termes, introduire de l'efficacité dans l'organisation permet d'une part, l'amélioration d'un fonctionnement en réseau afin d'aboutir à un système de gouvernance généralisée. Le principe d'efficacité rejoint d'autre part, celui de l'efficience économique dans une quête de rentabilité. Le fonctionnement en réseau dérange largement les modèles d'organisation classiques. La notion de gouvernance n'est pas non plus un concept juridique mais davantage un concept analytique, orienté à des fins exogènes au droit¹¹²².

Si la rationalité du droit s'exprime dans « la structure de la loi et les sources dont elle procède », la notion de gouvernance revêt davantage le caractère d'« éthique de

¹¹¹⁹ J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, Bd. 11, *op. cit.*, p. 21.

¹¹²⁰ T. Würtenberger, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 360, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 376.

¹¹²¹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 235.

¹¹²² *Ibid.*, p. 205.

l'action publique »¹¹²³. La pensée autour de la notion de gouvernance abandonne le point de départ des libertés individuelles et privilégie une approche collective de l'organisation. En cela, le droit devient « un instrument travaillé et utilisé du dehors par les différents groupes et acteurs de l'espace social »¹¹²⁴. La notion de gouvernance n'est pas un objectif inhérent au droit, elle utilise ce-dernier pour relier les différents groupes d'intérêts de l'institution universitaire et du domaine de la science plus largement. Selon la doctrine, lorsque les groupes d'intérêts au sens collectif sont mis en avant par rapport aux intérêts individuels, il n'y a plus forcément de représentation du peuple dans son intégralité et dans sa diversité, représentation caractérisée traditionnellement par l'expression de la volonté générale¹¹²⁵. Les intérêts individuels sont noyés dans les différents mouvements collectifs qui répondent à une seule et même logique de réseau.

Ensuite, le fonctionnement en réseau fait appel, selon la doctrine, « aux logiques floues, aux ajustements itératifs, aux hiérarchies enchevêtrées et temporaires, aux frontières molles et poreuses »¹¹²⁶. Le concept de réseau traduit encore un processus de « déformalisation » et entre nécessairement en concurrence avec les catégories juridiques d'une organisation universitaire traditionnelle. Une réciprocité diffuse des relations de communication durables s'installe en tant que facteur de stabilisation spontané se substituant à l'organisation formelle. En raison de son « informalité », le concept de réseau reste difficilement transposable au sein d'une catégorie du droit de l'organisation universitaire.

Si le principe d'efficacité renvoie au premier abord à la capacité de fonctionnement réel d'une organisation ou d'un réseau, le principe d'efficacité induit également une analyse économique. L'efficacité provient du latin « efficere », soit produire, induire. Il est utilisé dans les sciences économiques aussi fréquemment que de façon hétérogène. L'efficacité joue un rôle quant à l'évaluation d'ensemble des décisions relatives à l'économie¹¹²⁷. Selon la conception dominante, le principe d'efficacité agit comme un argument systématique dans l'interprétation de critères économiques ou dans l'application de normes d'appréciation¹¹²⁸. Alors même que le principe d'efficacité reste un concept largement ouvert dans les sciences économiques, discipline de référence de ce principe, il est de plus en plus appliqué aux sciences de l'administration sans pour autant conserver cette ouverture sémantique.

¹¹²³ J. Pitseys, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 207-228.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 207-228.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 207-228.

¹¹²⁶ P. Bantman, « Le concept de réseau », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 81, n° 1, 2004, p. 18-19.

¹¹²⁷ M. Essig, *Preispolitik in Netzwerken, Ein institutionenökonomisch und spieltheoretisch fundierter Integrationsansatz für das Supply Chain Management*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag, 2004, p. 55-56.

¹¹²⁸ T. Wischmeyer, *Die Kosten der Freiheit, Grundrechtsschutz und Haushaltsautonomie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 28.

La pensée de l'efficacité de l'administration associée au principe de rentabilité économique ou « *Wirtschaftlichkeit* » est notamment applicable dans le domaine budgétaire¹¹²⁹. Ce dernier se comprend dans la relation entre un effort financier et la jonction avantage-bénéfice. Le principe de rentabilité économique constitue la mesure de contrôle des comptes et de la rentabilité de la gestion budgétaire et économique¹¹³⁰. La concrétisation du principe de rentabilité au niveau budgétaire se confond dans le principe du minimum orienté vers la réduction des coûts. Dans ce domaine, la cour des comptes ou « *Rechnungshof* » est en charge du contrôle des comptes et en même temps de la régularité et de la rentabilité dans la conduite de l'économie et du budget. Le contrôle relatif à la rentabilité économique fait l'objet d'un examen indépendant selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou « *rechnungsunabhängige Prüfung* »¹¹³¹. La Cour fédérale des comptes, le « *Bundesrechnungshof* » doit faire un rapport chaque année au Gouvernement fédéral, au Bundestag et au Bundesrat¹¹³². Le principe d'efficacité a alors pour objectif de contrôler et de maintenir l'équilibre budgétaire reposant sur la réduction des dépenses et la rentabilité économique.

Plus largement, le principe de l'efficacité est également utilisé dans la réalisation des objectifs de l'Union européenne par les Etats membres, où il conduit là encore à confondre politique publique et objectifs économiques. Le principe de l'efficacité figure dans les textes relatifs au fonctionnement de l'Union européenne. Une normalisation expresse du principe d'efficacité économique existe à l'article 120 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹¹³³. Le principe d'efficacité appartient ici au contexte de la théorie de l'allocation ou « *Allokationstheorie* ». Il s'agit de l'attribution de biens et de facteurs au regard des personnes ou du processus de production¹¹³⁴. Le texte du Traité utilise le terme d'« efficacité » mais l'idée générale de ces dispositions renvoie encore à une allocation optimale des ressources et des biens, à une « croissance économique équilibrée » et à la « stabilité des prix ». Le principe d'efficacité peut se comprendre ici dans l'exigence d'un équilibre et d'une stabilité applicable à la logique de marché.

¹¹²⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 233-234.

¹¹³⁰ Art. 114, Abs. 2, S. 1 GG, « La Cour fédérale des comptes, dont les membres bénéficient de l'indépendance reconnue aux juges, vérifie les comptes ainsi que la rentabilité et la régularité de la gestion budgétaire et économique ».

¹¹³¹ BVerfG, déc. du 7 septembre 2010, 2BvF 1/09.

¹¹³² Art. 114, Abs. 2, S. 2 GG.

¹¹³³ Art. 120 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « Les États membres conduisent leurs politiques économiques en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, et dans le contexte des grandes orientations visées à l'article 121, paragraphe 2. Les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 ». Les objectifs de l'Union européenne de l'article 3 regroupent des objectifs économiques et des objectifs non-économiques. Art. 3, al. 3 TUE, « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ».

¹¹³⁴ J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, Bd. 11, *op. cit.*, p. 24.

Ainsi, le fonctionnement en réseaux favorisé par les principes d'efficacité et d'efficience conduisent in fine à la désagrégation des structures formelles mais non à une ré-individualisation au profit des différents acteurs. Le concept de réseau fonctionne dans une conjecture très étendue qui dépasse largement la perspective des acteurs. L'influence du réseau protège moins l'individu des atteintes de l'Etat qu'un « auto-fonctionnement » sociétal collectif. Pourtant, le sujet de la liberté fondamentale reste l'individu et non pas une société dont la libre régulation pourrait remplacer la garantie de liberté individuelle¹¹³⁵.

Deux évolutions juridiques seraient souhaitables dans ce contexte de mise en réseaux et de gouvernance. Il faudrait d'abord mettre en avant le principe de transparence désignant « l'ensemble des circonstances qui doivent rendre la décision publique accessible à ceux qu'elle concerne, au niveau de son contenu et à celui de son processus de formation ». Il faudrait ensuite que le discours de la gouvernance s'inscrive dans une « perspective procédurale »¹¹³⁶ pour davantage intégrer les attentes des membres individuels. La réception des principes d'efficacité et d'efficience en droit serait alors plus évidente. Ces principes ne peuvent pas conduire à une seule et même logique.

2° Le principe jurisprudentiel de l'efficience de l'administration

Les principes d'efficacité et d'efficience sont utilisés dans de larges domaines juridiques comme la réglementation budgétaire ou les réglementations relatives au fonctionnement de l'économie de marché de l'Union européenne mais encore, dans le droit de l'enseignement supérieur. Pour toutes ces raisons, cela rend délicat la formulation unique d'un tel principe. Son absorption dans la jurisprudence allemande révèle une certaine insuffisance dans la définition des finalités de ces principes et dans leur limitation au regard des libertés individuelles, notamment quant au principe d'efficience. Une des solutions tiendrait dans l'interprétation de ce principe à la lumière du principe de proportionnalité.

En raison de la pluralité et de la diversité des missions de l'administration, intégrer un principe général d'efficience n'est pas envisageable. Il pourra s'agir uniquement de concepts d'efficience ponctuels et concrets variant selon les cas d'espèce. Une part de la doctrine est favorable à un principe général d'efficience limité au droit de l'organisation. En ce sens, ce principe doit favoriser une organisation rationnelle. La pensée de l'efficacité et de l'efficience est utilisable pour la structure organisationnelle des pouvoirs publics. Néanmoins, l'organisation de l'administration ne devrait pas prendre uniquement des décisions qui entraînent le moindre coût¹¹³⁷. Le principe d'efficience orienté sur des visées économiques ne pourrait pas, à lui seul, définir un concept du droit de l'organisation positif de l'administration.

¹¹³⁵ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 214-215.

¹¹³⁶ J. Pitseys, « Le concept de gouvernance », *op. cit.*, p. 207-228.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 243-244.

Plusieurs raisons s'opposent à la reconnaissance de critères relatifs à l'efficacité économique dans le droit de l'organisation. D'abord le droit de l'organisation est le premier moyen en faveur de la légitimation décisionnelle et de la transparence du processus décisionnel. Les exigences de légitimation poursuivent leurs propres objectifs qui ne sont pas compatibles avec des exigences d'efficacité. L'efficacité n'est pas un critère de légitimation. A fortiori, un déficit de légitimation ne pourrait pas être compensé par une allocation optimale des ressources.

Ensuite, dans le droit de l'organisation, il n'est pas question, en règle générale, d'obtenir une conciliation d'intérêts efficace pour l'ensemble des membres de l'organisation mais de justifier la conciliation à travers des structures formelles. Des intérêts différents peuvent s'affronter dans l'organisation. Les décisions doivent trouver un consensus entre tous les acteurs sans que ce consensus ne soit forcément associé à une logique standardisée, rationalisée et efficace. La différenciation dans le droit de l'organisation est en règle générale la conséquence de la séparation des pouvoirs au niveau administratif. Les différences d'intérêts dans l'organisation doivent ralentir le processus décisionnel en servant de contrepoids aux différents pouvoirs. Une organisation universitaire ne cherche pas à trouver des solutions efficaces pour l'ensemble des acteurs mais elle a pour objectif de maintenir et satisfaire l'intérêt commun. L'accélération du processus décisionnel ou la réduction des étapes n'est pas une fin en soi et rendrait complexe la prise en compte de la diversité de la science. Enfin, l'épanouissement des libertés est en soi quelque chose de subjectif, cela ne peut donc pas être obtenu de façon externe par le biais de solutions dites efficaces¹¹³⁸.

Malgré les différences fondamentales entre la coexistence des libertés individuelles et le principe d'efficacité, la jurisprudence allemande a pu déduire un principe de l'efficacité du principe de l'Etat fédéral¹¹³⁹. Dans son raisonnement, elle a pu utiliser comme point d'ancrage, des dispositions relatives à l'exécution du droit¹¹⁴⁰. Le principe de l'efficacité de l'administration ou « Prinzip der Verwaltungseffizienz » a été développé par la Haute Cour administrative fédérale en 1983¹¹⁴¹.

Dans cette affaire, la Haute Cour administrative fédérale a reconnu comme constitutionnel le fait que la notification individuelle d'une décision relative à la fixation d'un projet dans le domaine de la circulation aérienne puisse être remplacée par une notification publique. Il s'agissait en l'espèce d'un plan dans le domaine de la circulation aérienne qui a été décidé par le gouvernement du district de Haute-Bavière. Selon la Haute Cour administrative fédérale, il y aurait un conflit entre le principe de sécurité juridique et le « principe de l'efficacité de l'administration » qui trouverait sa source aux articles 20, alinéa 2 et 83 et suivants de la Loi

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 246-247.

¹¹³⁹ Art. 20, Abs. 3 GG; Art. 28, Abs. 1, S. 1 GG.

¹¹⁴⁰ Art. 20, Abs. 2 GG; Art. 83 ff GG.

¹¹⁴¹ BVerwGE 67, 206, déc. du 27 mai 1983, 4 C 44. 8. La notion de „Prinzip der Verwaltungseffizienz“ a ici été traduit par le principe de l'efficacité de l'administration en raison du caractère optimal avancé par la Cour administrative fédérale allemande.

fondamentale¹¹⁴². La Cour administrative fédérale ajoute que la protection juridique de l'individu n'est pas prioritaire quant à l'accomplissement optimal des missions de l'administration dans l'intérêt général. Outre cela, la protection juridique d'un individu ne pourra pas non plus bloquer l'accomplissement des missions selon la Cour¹¹⁴³. La Cour ne donne pas de définition précise du principe d'efficience sinon qu'il commande l'« accomplissement optimal des missions publiques dans l'intérêt général ».

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a procédé de la même façon pour justifier une inégalité de traitement¹¹⁴⁴. En ce sens, selon la Cour, pour des raisons tenant à l'économie de l'administration ou « *Verwaltungsökonomie* », le législateur peut maintenir dans la réglementation des dispositions qui conduisent à des inégalités dans des « cas insignifiants » ou correspondant à des situations particulières¹¹⁴⁵. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande de contrôler la réglementation relative à l'aide personnalisée au logement¹¹⁴⁶. L'expression utilisée d'« économie de l'administration » renvoie à la fois à la notion d'efficacité et de capacité de fonctionnement réel mais aussi à une gestion optimale orientée vers une réduction des coûts de l'administration, comprise dans le principe d'efficience.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a encore reconnu le besoin de l'exercice de l'administration dans le domaine social de l'aide à l'emploi et de l'aide au logement¹¹⁴⁷. Elle explique que la protection accordée aux individus ne doit pas empêcher la mise en œuvre des principes légaux tenant à l'exercice administratif¹¹⁴⁸. En effet, le législateur supporte le coût des besoins pratiques de l'administration¹¹⁴⁹. La nécessité d'un accomplissement optimal des missions et la reconnaissance des

¹¹⁴² BVerwGE 67, 206, déc. du 27 mai 1983, 4 C 44. 8, „Es können ihr gegenüber vielmehr im Konfliktfall widerstreitende Verfassungsprinzipien zur Geltung kommen, hier insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit und das Prinzip der Verwaltungseffizienz, das in den Regelungen der Art. 20 Abs. 2 und Art. 83 ff. GG seinen Niederschlag gefunden hat“.

¹¹⁴³ BVerwGE 67, 206, déc. du 27 mai 1983, 4 C 44. 8, „Das Rechtsschutzinteresse des Einzelnen ist auch in grundrechtsrelevanten Bereichen nicht dermaßen vorrangig, daß zu seiner optimalen Erfüllung die im Interesse der Allgemeinheit zu erfüllenden Aufgaben der Verwaltung übermäßig behindert oder gar nahezu blockiert werden dürften“.

¹¹⁴⁴ „Verwaltungsökonomie“, BVerfG 44, 283, déc. du 19 avril 1977, 1 BvL 17/75, voir encore BFH, déc. du 5 juin 1996, X R 234/93; BFH, déc. du 30 janvier 2013, I R 35/11.

¹¹⁴⁵ BVerfG 44, 283, déc. du 19 avril 1977, 1 BvL 17/75, „Der Gesetzgeber darf [...] aus Gründen der Verwaltungsökonomie bei der Regelung von Massenerscheinungen Vorschriften erlassen, die in geringfügigen oder besonders gelagerten Fällen zu Ungleichheiten führen“.

¹¹⁴⁶ Das Dritte Gesetz zur Änderung des Zweiten Wohngeldgesetzes vom 10. Dezember 1973 (BGBl I S 1855) - 3. ÄndG zum 2. WoGG.

¹¹⁴⁷ BVerfGE 9, 20, déc. du 16 décembre 1958, „Arbeitslosenhilfe“; BVerfGE 27, 220, déc. du 14 novembre 1969, 1 BvL 4/ 69. Pour une application plus récente voir BFH, déc. du 9 juin 2015, VIII R 12/14.

¹¹⁴⁸ BVerfGE 27, 220, déc. du 14 novembre 1969, 1 BvL 4/ 69, „Diese Verwaltungsübung gewährte dem Sozialhilfeempfänger zwar einen gewissen Schutz vor der Inanspruchnahme; sie schloss die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen aber nicht aus, zumal die Verwaltungsübung der gesetzlichen Grundlage entbehrte“.

¹¹⁴⁹ BVerfG 9, 20, déc. du 16 décembre 1958, „Arbeitslosenhilfe“, „dass der Gesetzgeber den praktischen Erfordernissen der Verwaltung Rechnung tragen“.

besoins de l'exercice de l'administration ne sont pas définissables et quantifiables en tant que telles. La jurisprudence les confronte avec d'autres exigences constitutionnelles. Une des solutions tient alors dans l'interprétation du principe d'efficacité à la lumière du principe de proportionnalité. La mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le droit européen emprunte également cette voie.

En droit européen, le principe de proportionnalité est décrit comme tel, « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »¹¹⁵⁰. Ce principe remplit trois fonctions principales. Il est tout d'abord un motif de contrôle juridictionnel des actes des institutions européennes. Ensuite, il s'applique aux actes nationaux, il permet en cela d'imposer aux autorités nationales de modifier leur réglementation nationale en vertu du principe de proportionnalité. Enfin, le principe de proportionnalité est utilisé par le juge européen qui peut alors réduire la marge d'appréciation du législateur européen¹¹⁵¹. Parallèlement au principe d'efficacité, l'Union européenne doit utiliser les moyens nécessaires et ne peut pas dépasser ce cadre d'action en vue de satisfaire les objectifs des traités. Il y a aussi une dimension d'effectivité dans cette formulation dans la mesure où la nécessité des actions de l'Union peut se mesurer au regard des objectifs à atteindre. Le principe d'effectivité se comprend à la lumière du principe de proportionnalité dans l'analyse des moyens au regard de l'objectif.

Toutefois, l'efficacité ne peut pas se réduire à la conciliation des domaines protégés par le droit. En effet, dans ce cas, l'exigence d'efficacité deviendrait la seule composante du principe de proportionnalité. La prise en compte du principe du minimum ne pourrait pas tenir au regard du principe de proportionnalité. Le moyen le plus doux et pour lequel l'atteinte aux droits des individus serait la plus restreinte, ne constitue pas forcément pour l'administration, le moyen le moins cher¹¹⁵².

En définitive, le principe d'efficacité peut alors être associé au principe de la concordance pratique sans pour autant en devenir l'unique critère. Le principe d'interprétation de la concordance pratique cherche à coordonner les domaines protégés constitutionnellement de façon efficace et s'oriente en cela vers le principe d'efficacité. Dans le domaine de l'accomplissement des missions publiques, le principe d'efficacité exige de favoriser une organisation adaptée aux missions, permettant leur exercice optimal¹¹⁵³. Le principe de l'efficacité de l'administration nécessite une clarification dans ce sens afin de ne pas être transposé comme un principe soumis à sa propre rationalité.

En d'autres termes, il s'agirait d'utiliser ces principes comme un outil d'appréciation et de conciliation des missions publiques au sens large. De cette façon, le principe

¹¹⁵⁰ Art. 5, al. 4 TUE.

¹¹⁵¹ A. Portuese, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Droit et sciences politiques, droit international, Paris, Publibook, 2014, p. 135.

¹¹⁵² K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 242.

¹¹⁵³ T. Würtenberger, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, op. cit., p. 376.

d'efficience prendrait en compte les exigences d'une organisation adaptée au domaine de la science et ne pourrait pas être utilisé de façon autonome. L'interprétation du principe dépendrait des objectifs particuliers à atteindre et non d'une rationalité abstraite conditionnant les moyens disponibles. Dans le domaine universitaire, les missions scientifiques sont à prendre à compte comme l'ensemble des autres missions d'un établissement d'enseignement supérieur.

B. Lecture fonctionnelle du principe de rationalité dans le processus décisionnel

Dans le domaine de l'économie, les deux concepts d'efficience et d'efficacité possédaient le même contenu jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle. Les deux concepts exprimaient le niveau d'obtention d'un objectif par rapport à une action. L'efficacité s'appliquait au niveau organisationnel et l'efficience, au niveau individuel. Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que l'efficacité fut davantage utilisée en tant que mesure visant l'obtention d'un objectif et le concept d'efficience a été relié à la relation économique « Input-Output ». En d'autres termes, le concept d'efficience a été décrit autour du rapport « moyen approprié et objectif »¹¹⁵⁴.

Les principes d'efficience et d'efficacité devraient donc être entendus ensemble dans un premier temps comme des notions qui permettent de relier une certaine quantité de moyens avec une finalité plus ou moins précise. C'est cette fonction, qui rend possible le lien entre moyen et objectif mais aussi qui permet de faciliter le choix entre plusieurs types de moyens pour satisfaire un même objectif, qui devrait être valorisée dans la compréhension du principe d'efficience et du principe d'efficacité (1^o).

Dans un second temps, une différence devrait exister et être maintenue au niveau des étapes de l'organisation de l'université. D'un côté, dans la doctrine relative au droit de l'enseignement supérieur, une action est efficace lorsqu'on lui appose un objectif donné, à satisfaire dans sa totalité. En d'autres termes, les établissements d'enseignement supérieur travaillent de façon efficace lorsqu'ils parviennent à réaliser des objectifs légaux précis. D'un autre côté, une action est efficiente lorsque l'objectif préalablement défini est obtenu avec le moyen le plus adapté, juridiquement ou dans les faits. Pour que l'établissement d'enseignement supérieur soit doté d'une organisation efficiente, l'objectif à atteindre doit donc être clarifié, ainsi que le type de moyens mis en œuvre en vue de son obtention.

La question de savoir si l'objectif est obtenu de façon effective ou efficiente reste cependant très complexe¹¹⁵⁵. Pour une meilleure délimitation des objectifs, il faudra alors opter en faveur d'une approche différenciée de la rationalité et de l'efficience

¹¹⁵⁴ J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, op. cit., p. 22.

¹¹⁵⁵ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 327.

dans une administration publique (2°). Cette approche différenciée doit permettre une évaluation des moyens en fonctions des objectifs particuliers sans passer par la mise en œuvre d'un modèle standard d'allocation. Les moyens mis en œuvre doivent être déterminés en fonction des objectifs de l'administration ; c'est donc à partir de l'étude des objectifs que la répartition des moyens peut s'avérer efficace et efficiente. Ce schéma ne correspond pas forcément à la volonté politique actuelle qui tend à généraliser le système de la « tarification de l'activité » comme dans le milieu hospitalier.

1° La mise en avant de la fonction « relationnelle » des principes ou « Relationsbegriff »

L'efficacité et l'efficience sont des concepts qui viennent relier l'objectif à atteindre et les moyens utilisés. La doctrine parle en ce sens d'un « Relationsbegriff »¹¹⁵⁶. Sans qu'il ne soit forcément question d'une rentabilité ou d'une réduction de moyens, ces concepts servent directement le processus décisionnel. En effet, ils peuvent permettre une simplification du choix des moyens à travers la synthèse des différentes alternatives rationnelles dans une situation concrète.

Dans le domaine de l'économie, l'effectivité peut être définie comme le périmètre dans lequel les activités planifiées sont réalisées et les résultats prévus sont obtenus. Elle s'exprime par exemple dans le choix du marché et des produits et dans la détermination des facteurs de réussite¹¹⁵⁷. Bien que ce système ne soit pas transposable directement dans le droit de l'enseignement supérieur, les principes d'efficacité et d'efficience facilitent là aussi la prise de décisions.

Une application plus juste des principes peut s'illustrer dans les avantages de la théorie du réseau dans l'enseignement supérieur. Le fonctionnement en réseau ne doit pas s'inscrire comme un objectif de l'organisation universitaire mais comme un outil pour atteindre les objectifs de la science. Sans passer par une dépossession des acteurs individuels, la mise en œuvre de réseaux permet la comparabilité à une plus grande échelle. Ce système relie les organisations et les bénéficiaires des droits fondamentaux entre eux. Le point de départ de la théorie du réseau dépasse le cadre de l'Etat au sens large et joue un rôle dans l'espace transnational. La théorie du réseau peut en cela développer le droit de la coopération de l'administration en Europe. Le concept de réseau entretient l'idée d'entretenir des liens entre les différents acteurs dans le processus de la communication scientifique. Il s'agit ici de relations horizontales¹¹⁵⁸. Les principes d'efficacité et d'efficience favoriseraient des échanges plus équitables en identifiant plus précisément les différents rapports de force et les enjeux propres au domaine de la science.

¹¹⁵⁶ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 233-234.

¹¹⁵⁷ M. Gomolka, *Zur Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung in öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Ergebnis eines prozessorientierten Content Management*, Hamburg, Diplomatica Verlag, 2003, p. 6-7.

¹¹⁵⁸ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 206-207.

Insister sur la comparabilité des moyens pose plusieurs questions quant à la mise en œuvre d'un processus de production efficient dans un établissement d'enseignement supérieur. Il y a d'abord la question de la mesurabilité. Certaines difficultés vont entrer en jeu lorsqu'il s'agit par exemple d'un investissement en personnel. Les variables ne sont pas identiques lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des moyens financiers ou des moyens en personnels.

Ensuite, la multiplicité des objectifs peut entraîner aussi des conflits dans la pratique. Des objectifs divergents doivent pouvoir être conciliables les uns par rapport aux autres. Le cas échéant, le processus en cause doit être capable de mettre en avant les compromis. Eventuellement, des objectifs pris isolément peuvent aussi être repoussés totalement, ou au moins de façon temporaire.

Le choix de l'objectif est caractérisé par sa dépendance avec le sujet. La valeur du bénéfice qui sera alors obtenue est individuelle et subjective. Plus l'objectif est abstrait et multiple, plus difficile en sera sa mesure. Ce qui est important dans l'analyse des alternatives s'inscrit alors dans leur comparabilité¹¹⁵⁹. Un individu utilise des critères personnels ou subjectifs pour examiner les alternatives d'actions et de décisions offertes à lui et pour ensuite les comparer entre elles. La décision sera déterminée par l'individu en opposant causes et raisons, autrement dit, « les événements qui arrivent et ceux que l'on fait arriver »¹¹⁶⁰. Si les événements qui arrivent peuvent désigner la rationalité d'une organisation, sur laquelle l'individu ne peut pas agir directement, les événements que l'on fait arriver représentent l'impact de l'action de l'individu, qui devrait être relié à l'objectif à atteindre.

Pour l'auteur Baldrige, les organisations académiques sont tout d'abord définissables par des objectifs peu clairs, contrairement aux entreprises ou aux autres activités des pouvoirs publics. Par conséquent, les structures décisionnelles universitaires sont pensées de telle façon qu'elles puissent légitimer l'insécurité des objectifs et surmonter les éventuelles oppositions à propos de ces objectifs. Ensuite, les objectifs ne sont pas seulement imprécis mais dans certains cas, ils sont aussi fortement controversés. Aussi longtemps que les objectifs demeurent abstraits et polysémiques, un certain niveau de consensus peut se maintenir. Lorsqu'une situation devient davantage concrète et susceptible d'entraîner de fortes conséquences, une certaine résistance peut apparaître¹¹⁶¹. C'est dans ce type de contexte plutôt défavorable au consensus que ces principes peuvent servir à ajuster entre elles les variables incertaines. Au demeurant, il serait sans doute plus évident de permettre l'ajustement des objectifs entre eux plutôt que d'exiger une définition très détaillée et standardisée.

¹¹⁵⁹ J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, op. cit., p. 28-29.

¹¹⁶⁰ J-M. Heitz, « La décision : ses fondements et ses manifestations », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 5, n° 1, 2013, p. 106-117.

¹¹⁶¹ V. Jahr, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, Kassel, Kassel University Press GmbH, 2007, p. 15-16.

Le principe d'efficacité fait intervenir des préférences quant aux choix de l'alternative. Une préférence est un indicateur unidimensionnel pour la détermination subjective d'une alternative par rapport à d'autres alternatives à un moment donné. Chaque jugement est par conséquent relatif en raison des préférences. Les préférences peuvent se définir comme les rapports relatifs entre les différentes alternatives d'action à la lumière des objectifs. Il existe par conséquent une interaction entre les restrictions et les préférences. Plus les restrictions et les préférences qui doivent être prises en compte, sont multiples, plus le processus d'allocation sera complexe¹¹⁶².

Il ne s'agirait donc pas d'établir une hiérarchie entre les exigences et les objectifs mais de conserver l'idée selon laquelle les principes d'efficacité et d'efficacité servent un processus décisionnel particulier et reposent sur des alternatives et des préférences relatives. Ces principes rendent plus évidente la comparabilité d'exigences qui ne se trouvent pas sur un même plan, par exemple, la mise en œuvre de moyens financiers et de moyens en personnel.

Enfin, les principes d'efficacité et d'efficacité trouvent aussi une application dans la doctrine relative aux établissements publics de radio et de télévision. La systématisation de la fixation optimale des objectifs dans ces établissements repose sur la différenciation entre les objectifs formels et matériels, entre les objectifs de service et de financement. Les objectifs formels décrivent notamment l'art et la manière selon lesquels les objectifs de service sont remplis¹¹⁶³. Là encore, les alternatives peuvent être davantage clarifiées dans le fait de regrouper des objectifs semblables afin d'en faciliter la conciliation. Dans le domaine de l'organisation de la universitaire, la convergence des objectifs formels ou celle des objectifs de service pourraient s'avérer profitable. La fonction « relationnelle » ne suffit pas à une meilleure compréhension de ces principes, le critère de la différenciation permet notamment d'accroître l'efficacité du système de radio et de télévision en isolant les objectifs formels des objectifs matériels et les objectifs de service des objectifs de financement.

2° L'interprétation téléologique des principes et le critère de la différenciation de la rationalité et de l'efficacité

Si les principes d'efficacité et d'efficacité s'alignent sur une interprétation téléologique, c'est le critère de l'effectivité juridique qui va primer en vue de produire les effets que les acteurs souhaitent obtenir des décisions prises. En d'autres termes, c'est davantage le contenu et le cadre des objectifs de l'organisation universitaire qui doivent être au cœur du schéma plutôt que la réduction de l'analyse aux seuls moyens. Ensuite, il faut distinguer l'organisation en tant que telle et les résultats que devraient produire à terme les décisions prises dans le cadre de l'organisation. La

¹¹⁶² J. Heumann, *Religion in der Öffentlichkeit*, op. cit., p. 31.

¹¹⁶³ M. Gomolka, *Zur Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung in öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Ergebnis eines prozessorientierten Content Management*, op. cit., p. 11-12.

capacité fonctionnelle de l'ensemble du système de l'enseignement supérieur reposerait sur cette différenciation stricte entre les caractéristiques du processus décisionnel et le type de résultats attendus. Le processus décisionnel et les résultats à obtenir ont chacun des objectifs distincts qu'il faut maintenir.

En premier lieu, les moyens engagés pour parvenir à un objectif ne doivent pas être fixés isolément. Ce sont les finalités d'un processus ou d'une procédure qui dictent les moyens mis en œuvre. Selon la doctrine, l'administration n'est pas « effective en soi » mais elle matérialise des missions concrètes et contingentes de façon efficace. Une organisation administrative est effective lorsqu'elle favorise et rend possible l'accomplissement des missions de l'administration¹¹⁶⁴.

Si l'encadrement des objectifs est nécessaire pour satisfaire l'accomplissement des missions de l'administration, celui-ci ne doit pas entraîner une simplification des objectifs. L'objectif de la recherche peut être tout de même formulé selon une « Ex-post-Perspektive », autrement dit en fonction des résultats de la recherche. Dans le domaine de la recherche appliquée, la réception des exigences de l'efficacité et de l'efficience est plus évidente. Un objectif clair peut être fixé à ce type de recherche¹¹⁶⁵. De la même façon, si les objectifs de la recherche appliquée sont définitivement plus clairs, cela ne doit pas empêcher la mise en œuvre de projets aux finalités moins « consensuelles ». Au contraire, il faudra faire preuve d'une attention particulière à l'égard des objectifs plus complexes.

Pour illustrer ces propos, l'objectif de l'efficacité écologique figure explicitement dans la Constitution allemande. Bien qu'il ne soit pas distinct de façon absolue de certaines considérations économiques, l'utilisation du principe d'efficacité doit suivre spécialement un objectif non-économique. L'article 20a de la Loi fondamentale entend une exigence d'utilisation efficace des ressources naturelles dans l'intérêt des générations à venir (efficacité écologique). L'Etat doit mettre en œuvre certains moyens de façon différenciée et efficace. Les difficultés de l'implantation de la notion d'efficacité tiennent alors dans la définition de l'objectif politique. La satisfaction de l'intérêt général n'est pas forcément quantifiable tout comme les objectifs non-économiques¹¹⁶⁶. Définir des objectifs ne doit pas être assimilé à une objectivisation systématique. L'étape selon laquelle le cadre d'exercice doit être déterminé repose encore sur une discussion scientifique entre les acteurs principaux du domaine de la science et non sur un pilotage centralisé.

Il faut mettre en avant, en second lieu, la combinaison selon laquelle le critère de rationalité doit s'aligner sur le processus décisionnel et le critère de l'efficacité sur les résultats attendus des décisions. L'exigence de rationalité ou d'efficacité au sens strict ne cherche pas à maximiser un profit (financier ou autre) mais à obtenir une finalité précise. Si la mise en œuvre d'un processus rationnel se limite à

¹¹⁶⁴ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 201-201.

¹¹⁶⁵ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 328.

¹¹⁶⁶ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 236-237.

l'organisation pure, les résultats pourront ensuite être optimisés via le principe d'efficacité. L'organisation en tant que telle se distingue des résultats à obtenir dans le domaine de la science, le processus est différencié et chaque étape répond à une logique propre.

D'un côté, le principe d'efficacité ne vient pas réduire des moyens en vue de satisfaire un objectif mais ne toucherait qu'aux finalités du processus organisationnel ; optimiser et « maximiser » le progrès dans la recherche et l'acquisition des connaissances. D'un autre côté, la rationalité d'un processus organisationnel n'implique pas forcément que tous les paramètres soient susceptibles d'être rationalisés, il faut d'abord favoriser leur coordination. Dans tous les cas, les principes ne doivent pas réduire la complexité du processus et doivent prendre en compte la part d'incertitude liée aux individus et aux actions qu'ils entreprennent.

Plus largement, l'exigence de rationalité ne peut pas être entendue comme une contrainte générale imposée à l'organisation universitaire. La rationalité conditionne également les comportements des individus dans une institution. Bien que les individus et leurs interactions ne reposent pas sur des données uniquement rationnelles et mesurables, les actions de l'individu reposent sur le principe de la responsabilité propre au sein d'un ordre sociétal libéral. Selon le principe de la responsabilité propre, l'Etat, les tiers, mais encore chaque individu est responsable de ses actions. De ce principe découlent des conséquences négatives et des conséquences positives. Le principe de la responsabilité propre repose sur la confiance entre les individus et les institutions¹¹⁶⁷. La responsabilité propre des individus quant à leurs actions traduit alors une forme de rationalité dans leurs comportements. Si l'individu est responsable de ses actes, il sera amené à faire un choix rationnel entre les différentes alternatives qui se dessinent devant lui.

Ensuite, il appartient effectivement à la philosophie traditionnelle de l'Etat que pour chaque activité publique, le critère de la rationalité joue un rôle décisif. La conviction selon laquelle les moyens doivent être utilisés avec la raison se poursuit depuis un siècle. Hegel avait déjà reconnu comme une caractéristique de l'époque moderne la capacité de l'individu à modifier l'ordre social¹¹⁶⁸. Le philosophe atteste du fait que dorénavant, l'ordre sociétal est à la disposition de l'individu. L'homme ne vit plus intégré isolément dans un ordre social immuable mais il peut planifier et organiser l'ordre social selon une compréhension rationnelle¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ H. Eidenmüller, „Vertrauensmechanismus und Vertrauenshaftung“, U. Neumann, L. Schulz, *Verantwortung in Recht und Moral*, op. cit., p. 117.

¹¹⁶⁸ „dass der Mensch sich auf den Kopf, das ist auf den Gedanken stellt und die Wirklichkeit nach diesem erbaut“, G. W. F. Hegel, *Philosophie der Geschichte*, IV 3, Kap. 3; vgl. hierzu R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, § 28 I, cité dans T. Würtenberger, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, op. cit., p. 373.

¹¹⁶⁹ T. Würtenberger, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, op. cit., p. 373.

De façon comparable, Herbert Krüger considère la rationalité comme la caractéristique fondamentale de l'Etat moderne. Dans cette procédure de « planification » ou en allemand « Planungsverfahren », le processus décisionnel, qui peut être ramené à des considérations rationnelles et économiques, est coordonné avec des décisions de rationalité politique. Pour toutes les décisions politiques, la formulation d'objectifs et la résolution de conflits autour de ces objectifs jouent un rôle. Cependant, il n'y a dans ce domaine aucune rationalité absolue par rapport à une décision précise. La rationalité politique est déterminée en grande partie à travers les qualités du processus décisionnel¹¹⁷⁰.

Ces qualités s'inscrivant dans le fait de distinguer les fonctions des principes de rationalité, d'efficacité, d'efficience et d'effectivité permet de ne pas confondre les exigences d'un processus décisionnel fonctionnel et les exigences tenant aux résultats et aux objectifs qu'il faut obtenir dans le domaine de la science. Ainsi, l'organisation universitaire rationalisée sera capable d'être fonctionnelle pour servir l'ensemble de l'institution universitaire.

§ 2 Vers une définition de la capacité d'action institutionnelle permettant l'articulation des dimensions de la liberté de la science

Si différents types d'autonomie coexistent au sein d'une institution universitaire, l'autonomie individuelle des universitaires, l'autonomie individuelle des étudiants, l'autonomie des groupes d'intérêts, l'autonomie des organes animés par le principe de libre administration ou encore l'autonomie de l'institution, c'est l'objectif commun de l'autonomie de la science et de la quête de la vérité qui doit les réunir et s'inscrire comme la clef de voute de ces dimensions. Selon Carl Schmitt, les droits subjectifs seraient les mieux garantis dans le cadre et dans les limites d'une garantie institutionnelle. Le point de départ de la garantie institutionnelle permettrait de mettre à l'écart les intérêts individuels pouvant devenir égoïstes et d'œuvrer dans le but général de l'institution¹¹⁷¹. La garantie institutionnelle et la capacité d'action institutionnelle de l'université sont indissociables. La *personnalisation* de l'université et de son organisation interne permet-elle aux établissements de jouir d'une capacité d'action institutionnelle ?

Les universités produisent des règlements de différents types, qui reposent sur la libre administration : des textes qui portent vers l'« intérieur » et des textes qui portent vers l'« extérieur » de l'institution. Les premiers textes fournissent aux membres de l'université une image de la structure. Cela génère de la prévisibilité et pose des principes en faveur des actions de l'organisation. Les textes « vers

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 375.

¹¹⁷¹ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze, op. cit.*, p. 140-171.

l'extérieur », comme des rapports d'activité, des rapports de travail, des rapports d'évaluation, des pages d'accueil ou des chartes, existent afin d'organiser l'image d'une université vers la société.

La doctrine utilise l'expression « Deutungsmuster » que l'on peut traduire et identifier comme un modèle d'interprétation et de définition d'un établissement d'enseignement supérieur. Les « Deutungsmuster » raccordent les institutions et les actions et font en sorte que ces actions contribuent à la reproduction des structures institutionnelles. Ils favorisent l'identification des acteurs et des actions dans le sens de l'institution et de son organisation. Le « Deutungsmuster », selon la doctrine, remplit le rôle initial de l'institution¹¹⁷².

Théoriquement, l'institution parvenait donc à conjoindre acteurs et actions dans un même but. Donner les moyens à un établissement d'enseignement supérieur de se comporter comme un véritable acteur est l'objectif des réformes organisationnelles de ces dernières années. De nouveaux types d'organisation apparaissent, ce qui conduit à l'émergence d'une pluralité d'organisations formelles et autonomes au sein des établissements, reposant sur l'identification des objectifs et le renforcement de la direction.

Si la volonté d'accroître l'autonomie organisationnelle de l'université obtient un large consensus, le concept d'institution trouve moins de réminiscence et d'utilisation. En outre, il existe une difficulté aiguë et persistante de réception des concepts des sciences sociales et d'économie en droit. Les sciences de l'administration se confrontent directement à cette interdisciplinarité en associant des thèses économiques, sociales, juridiques et politiques. Un simple transfert n'est pas suffisant, il faudrait une véritable adaptation « effective » des concepts. Cette faible réception est un frein dans la définition juridique de la capacité d'action institutionnelle de l'université, distincte des effets de l'autonomie seulement organisationnelle (B).

Le sociologue allemand Frank Meier décrit deux transformations principales de l'université dans son ouvrage « *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management* ». D'abord l'université n'apparaît plus comme une institution, incarnée par l'esprit de la science mais comme une organisation qui doit se maintenir en place sur le marché. Ensuite, il n'y a plus seulement les membres qui sont capables d'action mais l'université devient elle-même un acteur. Cela conduit dès lors à une assimilation de la science avec la somme de ses organisations¹¹⁷³. Que signifie être acteur pour une université ? La capacité fonctionnelle de l'organisation universitaire se confond-elle

¹¹⁷² C. von Wissel, *Hochschule als Organisationsproblem, Neue Modi universitärer Selbstbeschreibung in Deutschland*, Bielefeld, Transcript, 2007, p. 67-68.

¹¹⁷³ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, op. cit., p. 55.

forcément avec la capacité de fonctionnement de l'institution universitaire ? Une réponse possible à cette interrogation tient dans la notion de finalité extravertie (A).

A. La capacité d'action de l'université en fonction de ses missions : notion de finalité extravertie

Il y a, aujourd'hui, une tendance à considérer l'organisation de la science comme un objectif à part entière. Le chercheur est entendu comme un membre d'une organisation et plus forcément comme un individu pris isolément dans sa liberté d'exercice des activités scientifiques. Parallèlement, la discipline de la sociologie de la science devient une sociologie de l'organisation scientifique. L'organisation a dépassé l'institution. Le concept d'institution est par conséquent soumis au concept d'organisation¹¹⁷⁴.

Le terme d'organisation peut s'appliquer à une organisation publique ou à une organisation privée, à une organisation aux finalités extraverties ou intraverties. Selon cette distinction, le terme d'institution au sens des garanties institutionnelles est conditionné par l'existence d'une finalité extravertie. Si le droit et la dogmatique juridique ne s'intéressent pas forcément à la définition de la capacité fonctionnelle réelle d'un établissement d'enseignement supérieur et à la distinction entre une organisation et une institution, la sociologie vient donner quelques clés de compréhension.

La notion de finalité extravertie relève de la distinction entre l'efficacité d'une organisation pour elle-même et la rationalité d'une organisation en vue d'un objectif distinct d'elle-même. Michel Bonami différencie une organisation publique d'une organisation privée dans leur rapport à l'environnement. « Les entreprises privées répondent à des besoins solvables de leur environnement. La satisfaction de ces besoins n'est pas une fin en soi, mais un moyen de parvenir à la réalisation d'un profit. Par contre, la finalité des organisations publiques tient à l'impact qu'elles ont sur leur environnement ». Gilbert Vincent parle de finalités « intraverties » pour caractériser les organisations privées et de finalités « extraverties » pour les organisations publiques.

Selon les auteurs Bodiguel et Rouban, « les organisations publiques trouvent leur finalité dans la modification d'état de l'environnement et les actions entreprises sont soumises à un critère de légitimité, par rapport auquel les valeurs de profit et d'efficience qui prévalent dans le secteur privé perdent de leur pertinence ». Pour l'université, la formation et la recherche ont des finalités extraverties. En outre, l'élargissement des missions des universités contribuent à des transformations dans

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

la nature des finalités. Ses finalités peuvent également être intraverties si une activité spécifique exercée par une université ne vise que le profit¹¹⁷⁵.

En d'autres termes, l'université, en tant qu'organisation publique, est tenue de satisfaire ses missions dans le cadre de l'autonomie de la science afin d'exercer un « impact sur son environnement ». Son organisation interne doit permettre avant tout la réalisation des finalités extraverties des établissements d'enseignement supérieur. Si l'organisation de l'université ne parvient qu'à son amélioration pour elle-même, l'université ne peut plus mener à bien ses missions. Par conséquent, elle ne pourra pas davantage bénéficier de garanties institutionnelles au sens de la théorie de Carl Schmitt.

Dans la terminologie, l'amélioration de l'efficacité d'une organisation qui n'a d'autre objet que l'organisation elle-même se présente comme l'effectivité d'une garantie d'organisation. Si le gain d'efficacité d'une organisation vise l'accomplissement des missions de l'établissement au sens des finalités extraverties, il sera question d'une garantie de compétence. Plus généralement, la distinction entre la garantie d'organisation et la garantie de compétence repose sur la présence publique et sur la différenciation des missions publiques¹¹⁷⁶. Il s'agira alors de préciser les limites tenant à la garantie d'organisation (1°) afin d'insister ensuite sur la combinaison de critères offrant à l'université à la fois une garantie d'organisation mais aussi une réelle garantie de compétence (2°).

1° Le contenu et les limites de la garantie d'organisation

D'un point de vue organisationnel, l'université n'est pas envisagée de la même façon que d'un point de vue institutionnel. Aussi, la garantie d'organisation est à distinguer de la garantie de compétence d'une université. Accroître l'autonomie organisationnelle s'inscrit comme le premier moyen en vue d'améliorer la capacité fonctionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur. Quel est le contenu de l'autonomie organisationnelle ? Quel en sera l'impact sur l'ensemble de l'institution universitaire ?

Historiquement, l'université n'a pas été définie précisément comme une institution. Au XVIIIème siècle, l'université doit incarner l'ensemble des disciplines et l'unité de la science. Cependant, doit-elle être décrite comme une institution ou comme une organisation ? Luhmann définit l'institution comme étant soumise à une signification sociétale alors qu'une organisation ne correspondrait pas à un paradigme unifié de théories et de conceptions. L'organisation peut toutefois avoir un objectif, notamment celui de créer une institution¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁵ C. Mailhot, V. Schaeffer. « Les universités sur le chemin du management stratégique », *Revue française de gestion*, vol. 191, n° 1, 2009, p. 33-48.

¹¹⁷⁶ U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, op. cit., p. 87-88.

¹¹⁷⁷ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, op. cit., p. 57.

En règle générale, les établissements d'enseignement supérieur présentent aussi bien les caractéristiques d'une institution que d'une organisation. En tant qu'institution, les établissements font partie de la société et ils génèrent et transmettent le savoir. En tant qu'organisation, un établissement se définit comme une unité d'enseignants, de chercheurs, d'étudiants, de personnel de direction et d'administration¹¹⁷⁸. L'autonomie organisationnelle a pour objet de concilier les actions des différents membres en vue d'améliorer l'organisation en tant que telle, à l'image d'une entreprise.

La garantie organisationnelle suppose une structure particulière de l'enseignement supérieur qui ne forme pas forcément une unité institutionnelle. Burton Clark distingue trois niveaux de structures dans une organisation universitaire : une sous-structure qui correspond au niveau de la faculté et de la discipline, une structure médiale qui correspond à l'université et une superstructure qui envisage l'ensemble du système des établissements d'enseignement supérieur¹¹⁷⁹.

La garantie d'organisation peut se définir comme la capacité fonctionnelle d'une université à mettre en œuvre une organisation efficace. Les membres de l'organisation se coordonnent afin de répondre aux objectifs propres à l'organisation. L'organisation entend un processus décisionnel cohérent ouvrant des perspectives à la fois interne à l'établissement mais suppose aussi une capacité de l'université à fonctionner en réseaux. La garantie d'organisation conditionne l'autonomie organisationnelle. L'amélioration de cette dernière entraîne deux modifications principales dans la structure organisationnelle d'un établissement d'enseignement supérieur. Tout d'abord, les missions traditionnelles et nouvelles doivent répondre aux exigences de la capacité organisationnelle. Ensuite, le modèle structurel global se professionnalise.

Eu égard aux missions traditionnelles, certaines différences existent en premier lieu, entre l'organisation de l'enseignement et l'organisation de la recherche. Dans le domaine de l'enseignement, l'université est réellement active ; l'université est responsable de ses offres de formation. Dans le domaine de la recherche, l'université en tant que telle, n'exerce pas de la recherche, ni ne publie, mais elle participe davantage à la médiation entre ses membres et le système de la science. Dans le domaine de la recherche, les membres de l'université représentent des agents autonomes. En outre, ces agents peuvent exercer la recherche dans des groupes de travail et participer à des projets. Les groupes développent une communication interne au sein de l'organisation, une coordination d'action entre les chercheurs de

¹¹⁷⁸ B. Kehm, „Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neuen Theorien zur „Organisation Hochschule“, dans U. Wilkesmann, C. J. Schmid (Hrsg.), *Hochschule als Organisation*, Heidelberg, Springer VS, 2012, p. 17-24.

¹¹⁷⁹ V. Jahr, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, op. cit., p. 14-15.

l'université¹¹⁸⁰. Si l'université peut être qualifiée d'acteur dans l'organisation de l'enseignement, elle n'agit pas directement dans l'organisation de la recherche.

A côté de la recherche et de l'enseignement, les établissements d'enseignement supérieur peuvent s'éloigner des objectifs et des missions traditionnels de l'université pour mettre en œuvre des objectifs propres à chacune des universités, légitimés non plus par la profession académique et l'autonomie de la science mais par l'autonomie organisationnelle. L'inscription de nouveaux objectifs dans les lois universitaires des Länder peut également traduire une fonction d'unité d'un établissement d'enseignement supérieur pour donner davantage de poids au seul objectif organisationnel¹¹⁸¹.

Concrètement, à côté des missions traditionnelles de progrès de la science et des arts par la recherche, par l'enseignement et la formation, les universités doivent favoriser l'égalité des chances entre les hommes et les femmes¹¹⁸², promouvoir par le transfert de la technologie et des connaissances la transposition et l'utilisation des résultats de la recherche et le développement dans la pratique ainsi que permettre le libre accès aux informations scientifiques¹¹⁸³. Les universités ont dorénavant un rôle explicite à jouer dans l'accompagnement des étudiants vers le monde de l'emploi¹¹⁸⁴. Les universités sont encore actives dans leur propre développement sur la scène internationale et dans l'espace universitaire européen¹¹⁸⁵. La capacité d'action de l'université s'élargit en s'organisant autour de ses missions propres. L'université se comporte comme un acteur dans la définition de ces nouveaux objectifs. Les agents autonomes qui étaient au cœur du processus de recherche se retrouvent incorporés dans un fonctionnement collectif.

En second lieu, l'université acquiert peu à peu une autonomie organisationnelle plus grande et une direction plus professionnelle. Dans le domaine de l'économie, les organisations sont des groupes de personnes qui poursuivent un objectif commun. Les membres de l'organisation suivent des règles d'organisation spécifiques. S'ils ne les suivent pas, ils mettent un terme à leur affiliation. En comparant avec les institutions, les organisations sont plus dynamiques et plus fortes en raison de la répartition du travail et de la coordination hiérarchique.

¹¹⁸⁰ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, Wiesbaden, VS Research, 2009, p. 114.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 142.

¹¹⁸² Par exemple, §2 « Aufgaben », Abs. 4 BWLHG.

¹¹⁸³ § 2, Abs. 5 BWLHG, „Die Hochschulen tragen zum gesellschaftlichen Fortschritt bei. Sie fördern durch Wissens-, Gestaltungs- und Technologietransfer die Umsetzung und Nutzung der Ergebnisse der Forschung und Entwicklung in die Praxis sowie den freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.“

¹¹⁸⁴ Par exemple Art. 2, Abs. 3 BayHSchG, "Die Hochschulen wirken an der sozialen Förderung der Studierenden mit. [...] Die Hochschulen fördern in ihrem Bereich kulturelle und musische Belange sowie den Sport", (Les universités participent à la promotion sociale des étudiants. [...] Les universités encouragent des initiatives dans les domaines culturels, de la musique et du sport).

¹¹⁸⁵ Par exemple, §4, Abs. 9 BerlHG.

Plusieurs modèles d'organisation sont identifiables, le modèle bureaucratique, le modèle hiérarchique ou le modèle collégial qui repose sur le fait que les décisions des composantes soient prises dans un consensus de tous les membres concernés. Un établissement d'enseignement supérieur ne s'organise pas en fonction d'un seul modèle. Il peut allier et adapter différents modèles¹¹⁸⁶. Chaque modèle réclame des compétences précises et professionnelles permettant à une organisation de fonctionner de façon autonome.

Enfin, plusieurs facteurs peuvent expliquer en quoi les établissements d'enseignement supérieur ont des difficultés quant à leur capacité d'action vis-à-vis des nouvelles exigences et des nouveaux enjeux. D'abord les difficultés croissantes de financement public du système de masse nécessitent l'ouverture d'autres ressources financières potentielles. Ensuite, la crise financière se joint à la crise de confiance dans la qualité et l'efficacité des « services » des établissements d'enseignement supérieur. Enfin, apparaissent des attentes grandissantes sur le rôle de l'université dans la société de la science, liée à la production du savoir et de sa transmission¹¹⁸⁷. Pour pallier le manque de dynamisme des établissements d'enseignement supérieur, le gain d'autonomie organisationnelle a permis d'accroître la capacité fonctionnelle des universités. Toutefois, la capacité fonctionnelle d'une institution universitaire ne peut pas se résumer à sa seule compétence organisationnelle d'action pour la qualifier de véritable acteur autonome. Si l'organisation a pour objet de coordonner les actions des membres, la garantie de compétence va plus loin.

2° La garantie de compétence conditionnée par des critères cumulatifs

Le sociologue Franck Meier précise les caractéristiques de l'acteur universitaire institutionnel, capable d'agir et d'être responsable de ses actions. Quels sont les critères à remplir pour une organisation pour être qualifiée d'acteur institutionnel ? L'université peut-elle satisfaire ces différents critères au regard de l'amélioration de sa seule autonomie organisationnelle ? Selon l'auteur, un acteur se définit par trois critères distincts ; son identité, ses compétences et son orientation¹¹⁸⁸. Chacun des trois critères détermine des fonctions particulières. L'identité d'un acteur se décline à travers l'unité et l'autonomie. C'est ce critère de l'identité qui ferait surtout défaut dans une organisation. Ensuite, les compétences d'un acteur sont identifiées dans sa capacité d'action, dans sa capacité décisionnelle, dans sa capacité à mettre en œuvre un contrôle interne par ses propres moyens et enfin, dans sa capacité de

¹¹⁸⁶ V. Jahr, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, op. cit., p. 239.

¹¹⁸⁷ B. Kehm, „Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neuen Theorien zur „Organisation Hochschule“, op. cit., p. 17-24.

¹¹⁸⁸ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, op. cit., p. 82.

mise en réseau. Le troisième critère de l'orientation repose sur une orientation des objectifs et des actions.

Tout d'abord, l'identité d'un acteur se comprend dans l'unité et l'autonomie. L'unité symbolise la définition de l'acteur dans l'espace et le temps. Si pour l'individu, il est plus évident d'en trouver les frontières, il faut le déterminer pour une organisation. De la même façon, il faut fixer le fonctionnement interne et les liens de compétence et de responsabilité entre les organes. L'aspect temporel de l'unité est nécessaire pour acquérir une certaine stabilité et assurer la confiance dans l'organisation.

Ensuite, l'autonomie désigne le fait qu'un acteur ne soit pas complètement déterminé par son environnement. Il dispose d'une part de la souveraineté, d'un droit propre et d'une capacité à agir selon ses propres règles. L'acteur est à la fois l'employé et l'employeur. L'autonomie de l'acteur ne se traduit pas uniquement dans le choix de ses membres, son privilège est de déterminer ses propres objectifs.

En second lieu, les compétences d'un acteur démontrent sa capacité d'action, sa capacité décisionnelle, sa capacité à contrôler sa propre organisation et sa capacité de fonctionnement en réseau. La capacité d'action peut aussi se décliner en une capacité de non-action ou d'omission. Elle est conditionnée par l'existence et la mobilisation de la capacité d'action propre à un établissement ou par la mise en œuvre de ressources contrôlées. Un éventuel pouvoir d'influence est nécessaire. Il s'agit de droits spécifiques, nommés par la doctrine comme des « droits d'action » ou « Handlungsrechte » et des droits de décision ou « Verfügungsrechte ».

La capacité décisionnelle se définit comme la possibilité de faire un choix entre plusieurs alternatives. Les acteurs sont supposés être capables d'exercer eux-mêmes un contrôle et en particulier sur leurs propres actes. Certaines difficultés peuvent alors apparaître, notamment liées à la légitimation du contrôle. Pour atteindre les objectifs de l'organisation, il ne suffit pas de neutraliser les motivations des individus par le contrôle, il faut encore que les individus possèdent des droits. C'est pourquoi il faut aménager un certain niveau de participation en faveur des membres. Il faut à la fois que l'organisation soit « acteur » et que chacun des membres se comporte aussi comme tel au sein de l'établissement.

La capacité de fonctionnement en réseau repose sur le fait que les acteurs se servent de leur mémoire et puissent anticiper le futur, en particulier, ils peuvent estimer les conséquences d'une action, gagner des informations, accumuler du savoir, ils peuvent identifier leurs propres objectifs et planifier leurs actions à venir. S'il n'existe pas cette capacité, l'acteur reste incomplet et ne peut pas disposer de ses ressources. Il sera mis sous tutelle, n'aura pas la capacité juridique et n'aura pas la capacité d'exercice. Bien que cette caractéristique soit généralement imputée à l'individu, elle est aussi nécessaire à un acteur institutionnel.

L'orientation de l'acteur, en troisième lieu, implique qu'il poursuive ses objectifs, ses stratégies à long terme et ses projets. La poursuite des objectifs est étroitement liée

à la capacité cognitive de fonctionnement en réseau. Les objectifs en tant que tels sont liés à des intérêts objectifs et des intérêts subjectifs. La notion d'intérêt réflexif implique que les acteurs agissent comme si c'était dans leur propre intérêt¹¹⁸⁹.

Ainsi, la garantie d'organisation favorisant l'autonomie organisationnelle permettrait surtout d'assurer le second critère correspondant à l'amélioration des compétences au sens strict d'un acteur. En effet, la capacité d'action de l'université allemande se traduit notamment par la possibilité de mobilisation de ressources propres ou encore par la possibilité d'édicter des normes contraignantes en vue de satisfaire des objectifs propres. La capacité décisionnelle découle du processus décisionnel et du principe de libre administration faisant intervenir les membres de l'université en fonction de leurs responsabilités dans l'institution. Enfin, la capacité de fonctionnement en réseau est l'une des priorités dans la restructuration de l'administration publique à travers les principes d'efficacité et d'efficience.

Si le second critère est largement favorisé par les réformes actuelles, les critères de l'identité et de l'orientation restent plus en marge. L'autonomie organisationnelle ne permet pas forcément de favoriser l'unité et l'autonomie de la science, en particulier vis-à-vis de la structure hiérarchisée du système de l'enseignement supérieur. De la même façon, le critère de l'orientation n'est pas entièrement satisfait sur le long terme. L'autonomie organisationnelle permet davantage une réponse rapide et une flexibilité à court terme des moyens mis en œuvre.

En définitive, la doctrine émet certains doutes quant au statut d'acteur de l'université en l'état. Le système universitaire s'exerce dans une gouvernance entre marché, autorité de l'Etat et « oligarchie académique ». Le statut de l'université de corporation de droit public et d'établissement public qui traduit une double hiérarchie de libre administration académique et d'administration publique n'entraîne pas forcément la mise en avant des caractéristiques d'un véritable acteur¹¹⁹⁰.

L'identité de l'université ne se traduit pas seulement en fonction d'un profil concurrentiel. En effet, l'université provient d'une forme spécifique d'organisation qui doit s'affirmer dans un certain environnement dans lequel des prestations particulières auront lieu ; une formation fondée sur la science et la production d'un savoir. La sociologie définit cette organisation spécifique comme un « lieu de régulation autonome où les règles juridiques, comptables ou financières sont toujours en partie transformées et adaptées à un contexte local singulier »¹¹⁹¹.

L'identité d'un acteur lui accorde le bénéfice de décider du modèle le plus adapté pour satisfaire ses missions premières et secondaires. En ce sens, « tenir que l'Université doit assurer une organisation propre qui soit forte ne doit pas conduire à

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 82.

¹¹⁹⁰ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management, op. cit.*, p. 109.

¹¹⁹¹ V. Simoulin, « Droit et sociologie des organisations, frontières organisationnelles et disciplinaires », *Droit et société*, vol. 67, n°3, 2007, p. 569-575.

établir un modèle unitaire ou moniste »¹¹⁹². L'adaptation de l'institution universitaire à son environnement s'explique encore par la présence d'intérêts diversifiés. Les établissements d'enseignement supérieur sont des organisations spécifiques avec des structures, des objectifs, des systèmes hiérarchisés et des membres qui exécutent un travail particulier. A l'intérieur, sont pris des actes administratifs bureaucratiques pour l'élaboration des missions quotidiennes. La production du savoir y est la mission principale. Une des caractéristiques de l'université tient encore dans une multitude de situations distinctes entre les acteurs¹¹⁹³. La pluralité d'intérêts ne peut pas être entendue dans un modèle hiérarchisé, emprunté au droit privé.

Dans le modèle de l'université-entreprise, un établissement d'enseignement supérieur se définit comme un moyen d'obtenir des objectifs donnés. Les structures traditionnelles y sont rationalisées. Le modèle entrepreneurial ne correspond pas forcément à un modèle d'acteur. En effet, dans ce modèle, l'université ne dispose pas de son autonomie, elle ne détermine pas ses propres objectifs et il n'existe pas de libre administration. L'université est davantage planifiée de l'extérieur et organisé en fonction d'objectifs sociétaux. Elle n'est pas non plus capable de mettre en œuvre un contrôle poussé sur son organisation et elle n'est pas toujours responsable de ses propres actions et de ses omissions¹¹⁹⁴. L'université fonctionnant sur un modèle entrepreneurial ne satisfait donc ni le critère de l'unité, ni celui de l'autonomie.

Ensuite, le critère de l'orientation complète les compétences et l'identité d'un acteur. L'orientation ne signifie pas uniquement la capacité pour un établissement d'enseignement supérieur de réaliser ses objectifs propres, il faut encore les accompagner d'une perspective générale. Il faut alors s'en remettre à la notion d'« institution » venant compléter les critères de l'organisation pour que l'université exerce ses missions en tant que véritable acteur. Envisager l'université comme une institution permet-il de lui accorder une autonomie complète et fonctionnelle ? Maurice Hauriou faisait la distinction entre les institutions personnifiées, « corporatives » et les institutions-choses. Chaque institution selon lui, s'identifie selon une idée directrice. En cela, l'institution donne du sens à l'organisation universitaire.

Anthony Giddens, Helmut Dietl et Else E. Lau expliquent qu'il existe deux dimensions d'institution ; la dimension symbolique-normative et la dimension organisationnelle. La différence de dimension décrit les différentes modalités des institutions comme leurs perspectives. Ainsi chaque institution réelle possède une dimension symbolique, c'est-à-dire que les institutions réelles présentent également, à côté d'une structure organisationnelle et des règles explicites, des règles implicites, des

¹¹⁹² G. Busino, P. Ducrey, P. Gisel, E. Junod, *L'université et ses valeurs, héritages et contraintes nouvelles*, Lausanne, Labor et Fides, 1990, p. 45.

¹¹⁹³ V. Jahr, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, op. cit., p. 13.

¹¹⁹⁴ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, op. cit., p. 214.

normes ou des conventions au sens conceptuel¹¹⁹⁵. Selon les termes de Gilbert Vincent, « parler de structuration [institutionnelle], c'est mettre l'accent sur un dynamisme, et peut-être une dimension téléologique ; c'est rappeler que les structures ont une fin en dehors d'elles-mêmes »¹¹⁹⁶. Ainsi, les objectifs de l'institution et des individus se confondent. L'action, d'après les conditions institutionnelles, se traduit comme une seule action qui est expliquée et analysée aussi bien de façon individuelle qu'institutionnelle. L'action de l'individu qui est motivée par des raisons et des objectifs définis par l'institution est certes accomplie par l'individu mais fixée par l'institution¹¹⁹⁷.

Les critères de l'identité et de l'orientation institutionnelle n'existent qu'en demi-teinte à travers la capacité fonctionnelle de l'université. Ces deux critères passent par la réintégration des membres au cœur de l'organisation. En effet, la seule mise en œuvre des droits de participation en faveur des membres individuels ne leur permet pas d'exister en tant qu'acteur aux côtés de l'institution. Les individus sont pourtant les véritables acteurs dans le processus de médiation de l'institution universitaire.

B. Le risque de dépossession des individus tenant à la prééminence de l'autonomie organisationnelle

Selon une partie de la doctrine, les universités traditionnelles ne sont pas des entités capables de prendre des décisions selon leur propre droit. Cela pourrait expliquer le fait que l'amélioration de l'autonomie organisationnelle l'emporte sur l'attention portée à l'autonomie institutionnelle. L'idée de l'université émane davantage des personnalités individuelles qui, certes, cherchent et enseignent à l'université, mais ils ne travaillent pas en vue d'un objectif organisationnel. Ils exercent leurs missions au service de la science, au sein de leur communauté disciplinaire. Par conséquent, l'université offre sa contribution au progrès de la science non pas en tant qu'organisation mais crée un cadre institutionnel au sein duquel ses membres exercent leurs activités scientifiques. L'université doit réaffirmer son rôle actif de médiateur et de modérateur dans le cadre de sa capacité d'action institutionnelle (1°) afin de garantir la promotion de l'autonomie des individus participant au domaine de la science (2°).

1° Le rôle de médiation de l'université

Comme analysé précédemment, l'institution universitaire peut être entendue comme une organisation administrative de droit public qui repose sur des règles juridiques,

¹¹⁹⁵ A. Gimmler, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, op. cit., p. 24.

¹¹⁹⁶ G. Vincent, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, op. cit., p. 190.

¹¹⁹⁷ A. Gimmler, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, op. cit., p. 39.

dans le sens d'une « institution concrète ». A côté de cela, selon la doctrine, la fonction de médiateur ou de modérateur attribuée à l'université définit l'institution de façon abstraite, à travers sa mission d'intégration et de stabilisation. La notion d'institution entraîne une forme de médiation dans les rapports d'organisation sociaux, sociétaux et politiques, avec une fonction de modérateur¹¹⁹⁸. L'institution universitaire exerce une fonction de médiation entre la société et le domaine de la science mais surtout entre les membres de l'institution et l'autonomie de la science. Le concept de médiation illustre à la fois une distinction et un lien. Il s'exerce par rapport à deux entités qui nécessitent la présence d'un tiers rendant possible une interaction dans un but commun.

L'institution universitaire peut se caractériser par cette double fonction. Les institutions se définissent par leurs normes, par leurs règles et par les valeurs d'une société mais encore en ce qu'elles réduisent l'insécurité, coordonnent la mise en œuvre du savoir, médiatisent les conflits et maintiennent un système attrayant dans lequel ses missions sont exercées. Elles fournissent encore de la stabilité¹¹⁹⁹. La fonction de médiation favorise à la fois la modération mais aussi la sécurisation d'une situation de fait, ce qui entraîne une stabilité pour l'institution.

L'université est « institution » en ce qu'elle entretient des liens avec une société, « que, pour une part, elle exprime et où, d'autre part, elle assure une cristallisation propre ». L'université est cette institution « quand elle participe à la production, à l'énonciation et à la légitimation des savoirs, des valeurs ou des représentations ». Il lui incombe une tâche propre, « une tâche qui l'oblige ». Son autonomie est légitime, elle doit simplement être circonscrite par la société¹²⁰⁰.

L'université représente la médiation de la société vers le domaine de la science, et de l'autre côté, elle est l'intermédiaire de la connaissance vers la société civile. Le lien entre savoir et institution est ancien. La sociologie des sciences et la sociologie du savoir correspondaient au départ à la sociologie des institutions scientifiques¹²⁰¹. Le modèle universitaire de Humboldt repose sur la formation par la science. L'institution concrétise cette idée. L'institution garantit la continuité de la recherche, la coopération et les conditions matérielles nécessaires. L'université remplit ses missions de la recherche, de l'enseignement, de l'éducation, de la communication dans le cadre de son institution. Elle représente un espace fermé en tant que corporation¹²⁰².

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁹⁹ C. von Wissel, *Hochschule als Organisationsproblem, Neue Modi universitärer Selbstbeschreibung in Deutschland*, op. cit., p. 44.

¹²⁰⁰ G. Busino, P. Ducrey, P. Gisel, E. Junod, *L'université et ses valeurs, héritages et contraintes nouvelles*, op. cit., p. 43-44.

¹²⁰¹ C. von Wissel, *Hochschule als Organisationsproblem, Neue Modi universitärer Selbstbeschreibung in Deutschland*, op. cit., p. 16.

¹²⁰² F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, op. cit., p. 180-182.

Si l'université figure d'intermédiaire entre la société et le domaine de la science, elle traduit avant tout la médiation entre ses membres et la quête de la connaissance. L'université est le « moyen » de parvenir à l'autonomie de la science, un « moyen » utilisé par ses membres. Le principe de libre administration de l'institution universitaire concrétise la médiation de l'université en encadrant la possibilité de participation des membres de l'université. La doctrine met en avant la différence entre la libre administration formelle qui désigne l'organisation pure et la libre administration matérielle qui entend la participation des membres d'une organisation en vue d'un objectif précis¹²⁰³.

En ce sens, la médiation de l'université repose donc sur son statut de corporation de droit public. La corporation universitaire est constituée par un groupe de membres d'enseignants et d'enseignés qui s'organisent librement. Le fonctionnement en corporation permet de prendre une certaine distance par rapport à l'Etat sans pour autant s'y opposer. Dans la pratique, cela implique la distinction des affaires relatives au domaine de la science et des affaires publiques ; la gestion des affaires scientifiques propres est confiée à l'université et la nomination des enseignants à l'Etat¹²⁰⁴.

La médiation de l'institution universitaire permet de rallier l'individu à l'autonomie de la science mais ajoute encore un « état » dans le processus de l'autonomie des membres. C'est ainsi que Paul Ricœur, cité par le philosophe strasbourgeois Gilbert Vincent, préfère le terme de médiation à la seule notion de « moyen » qui n'implique pas forcément une évolution positive de la situation initiale des individus avant d'intégrer l'institution. Les institutions sont destinées à favoriser et à encourager les libertés « coopérantes », qui sont capables d'agir de concert. En retour, les libertés doivent participer au renouvellement et à la réforme continue des institutions. « Comment dépasser le simple constat d'une multiplicité chaotique de libertés ? Comment définir les modalités éthiques et politiques d'existence d'une pluralité de sujets libres ensembles ? »¹²⁰⁵.

Paul Ricœur se réfère à Hegel dans sa définition de l'institution. « C'est dans l'institution que l'homme se perd, d'abord, selon la grande loi de l'aliénation ; mais c'est là qu'il se trouve par le moyen de ce dessaisissement ; si vous voulez rester vous-même, vous ne serez rien. Si vous entrez dans le jeu social et dans ses règles, cela vous sera rendu sous forme d'une conscience plus humaine. Ce grand détour par l'institution est la pièce de la philosophie hégélienne de l'esprit ». C'est encore l'esprit « d'une totalité présente dans chacune de ses parties ». Hegel assure qu'« une liberté qui ne passerait pas par l'institution, pour s'y dessaisir, restera une fureur de destruction »¹²⁰⁶. Chaque individu, membre de l'institution, en incarne une

¹²⁰³ B. Kehm, „Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neuen Theorien zur „Organisation Hochschule“, *op. cit.*, p. 17-24.

¹²⁰⁴ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, *op. cit.*, p. 186-188.

¹²⁰⁵ G. Vincent, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 190.

partie, ce qui prouve là encore sa responsabilité vis-à-vis de l'autonomie de la science.

L'institution est alors envisagée de façon positive, « en transcendant les acteurs sociaux et en constituant les cadres d'explication et d'analyse ». L'institution est pensée comme une structure sociale stable. Le verbe latin « instituo » se traduit par « placer dans », « installer », « établir », « fonder », « régler » mais encore, « enseigner à ». Cette notion se réfère donc davantage au processus d'institutionnalisation qu'au résultat de ce même processus¹²⁰⁷.

Ainsi, la notion de médiation institutionnelle rejoint celle du dessaisissement au sens large du terme. Les membres de l'université « s'abandonnent volontairement » à l'institution universitaire afin de gagner, à terme, en autonomie. Le dessaisissement suppose un processus vivant et continu. La condition du dessaisissement ne pourrait pas être réalisée dans une organisation qui n'a pour seule finalité le perfectionnement de sa structure. La finalité première de la fonction de médiation de l'institution universitaire reste l'autonomie de l'individu participant au domaine de la science, à défaut, cela peut entraîner la dépossession des individus.

2° La confusion des différents types d'autonomie et ses effets sur l'autonomie individuelle

Gilbert Vincent explique qu'une société devient « dure » « lorsque les relations internes se raréfient, perdent de leur complexité ». Lorsque la société administrée et organisée se change en objet, elle n'est plus sujet d'elle-même. Cette société « ressemblerait à celle imaginée par Bentham, dans laquelle le Panopticon serait devenu la forme unique, le moule dans lequel toutes les institutions, de quelque type que ce soit, auraient été refondues, perdant ainsi, avec leur autonomie, leur capacité de contribuer à faire des individus des sujets autonomes. Une telle société ne serait plus qu'un ensemble de cases ou de fonctions, chaque occupant s'y voyant assigné à résidence alors même que l'ensemble des occupants ne formeraient plus, à terme, qu'un agrégat d'êtres interchangeable »¹²⁰⁸.

Si l'institution universitaire ne permet pas cette transcendance des individus dans le cadre de « libertés coopérantes » alors l'université ne fera que paralyser la science et rendre son autonomie illusoire. Par conséquent, la notion d'institution aura des effets négatifs sur les individus, comme un obstacle, une entrave, « une contrainte qui s'impose de l'extérieur aux acteurs ». Une institution peut figurer une entrave « à leurs capacités à interpréter, à négocier, à réparer les situations menacées de

¹²⁰⁷ V. Schaepelynck, « Institution », *Le Télémaque*, op. cit., p. 21-34.

¹²⁰⁸ G. Vincent, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, op. cit., p. 183.

discrédit ou à mettre en œuvre leur sens commun pour trouver des solutions locales à des problèmes nouveaux »¹²⁰⁹.

L'individu est donc l'objet de la médiation de l'université vis-à-vis de la science. Comme pour la plupart des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que la liberté de la science participe à l'épanouissement de la personnalité de l'individu. A la différence d'une institution, l'organisation vise en premier lieu l'amélioration de ses propres rouages. Dans ce schéma purement organisationnel, un membre individuel n'en est qu'un maillon, maintenu à un autre maillon. L'émancipation de l'individu transite par son autonomie, objectif de l'institution universitaire. Si, au contraire, l'institution universitaire perd son objectif de vue en privilégiant une organisation fondée sur ses propres fins, la dimension de l'autonomie individuelle sera restreinte ou confondue avec les autres types d'autonomie et notamment avec l'autonomie organisationnelle et avec l'autonomie collective.

La discussion actuelle porte davantage sur l'autonomie de l'université plutôt que sur l'autonomie de l'individu. En effet, l'université doit être capable de maîtriser sa propre organisation derrière la théorie du « New public management ». Dans ce cas, il est plus juste de parler d'une autonomie de management plutôt que de l'autonomie de l'université en son sens institutionnel. Pour certains, le renforcement de l'autonomie de l'université s'accompagne d'un affaiblissement de l'autonomie individuelle. Il y a donc une confusion entre les différentes autonomies initiales. L'autonomie managériale est devenue un objectif en tant que tel et endosse le rôle que tenait auparavant la science pure¹²¹⁰.

Selon l'auteur Baldrige, les établissements d'enseignement supérieur sont des institutions dans lesquelles des individus occupent une position centrale. Cette caractéristique fondamentale implique que les membres des établissements d'enseignement supérieur exercent une influence dans le processus décisionnel. Par conséquent, l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur se caractérisant par une certaine complexité des problèmes à résoudre et une haute technicité nécessite alors une grande autonomie dans le travail des membres¹²¹¹.

L'autonomie individuelle ne découle pas seulement du respect de l'exigence de participation des individus. En effet, bien que le droit encadre la participation en faveur d'une influence certaine des universitaires dans le processus décisionnel, cela n'empêche pas la tendance à la personnalisation institutionnelle. Ce terme ne renvoie en aucun cas à l'autonomie de la personne mais à une confusion des

¹²⁰⁹ L. Boltanski, *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Gallimard, 2009, p. 88, cité dans V. Schaepelynck, « Institution », *Le Télémaque*, op. cit., p. 21-34.

¹²¹⁰ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, op. cit., p. 294.

¹²¹¹ V. Jahr, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, op. cit., p. 15-16.

différentes autonomies en raison de la hiérarchisation de l'organisation universitaire. Le président de l'université devient le premier membre de l'institution alors que la corporation suppose une égalité des membres. A l'inverse, le système corporatif permettait traditionnellement de favoriser la coopération des individus en vue d'un but commun tout en préservant les individualités, les responsabilités individuelles et la diversité des intérêts.

A côté du processus de personnalisation institutionnelle qui facilite le gain d'autonomie organisationnelle, l'autonomie collective des membres absorbe les différentes autonomies individuelles. Le renforcement de la hiérarchie au sein de l'université permet la mise en place d'un contrôle organisationnel qui implique que les décisions des membres prises individuellement sont fortement liées aux décisions de la direction prises collectivement¹²¹². Encore une fois, l'attention portée aux droits de participation des membres au sein du processus décisionnel ne suffit pas à la valorisation de l'autonomie individuelle.

L'imbrication des autonomies individuelles dans une autonomie collective se retrouve également dans la multiplication des objectifs de l'université. L'université bénéficie d'un élargissement de sa capacité d'action en augmentant son autonomie décisionnelle. Elle développe des bureaux de presse, des bureaux pour la formation continue, des services professionnels ou des centres de consultation psychologique. Les universités exercent encore des missions dans la gestion des déchets, dans la protection contre les incendies, dans la protection des données¹²¹³. Ces objectifs se situent dans un cadre collectif, d'unité de l'organisation et plus seulement tournés vers l'universitaire pris individuellement¹²¹⁴.

De la même façon, le nouveau système reposant sur les concepts de gouvernance et de mise en réseaux accroît encore la désindividualisation de la liberté de la science, cette dernière est absorbée dans une responsabilité scientifique collective. Dans ce contexte, puisque les responsabilités individuelles sont très difficilement identifiables, l'autonomie individuelle s'en trouvera réduite. Lorsque l'institution universitaire, vidée de ses membres acteurs, ne peut plus remplir sa tâche, le dessaisissement attendu se transforme en une dépossession.

Paul Ricœur reprend les propos de Hegel et critique l'expertise institutionnelle et la multiplication des règles et des codes d'une institution que réclamerait l'efficacité organisationnelle. Une normalisation trop poussée serait « coupable de déposséder les acteurs de ce « sens pratique » qui, normalement, permet aux agents et aux usagers de se sentir chez eux, dans les institutions, et de s'orienter dans les univers des règles correspondants ; qui leur permet de prendre leur part dans la réalisation des fins constitutives de la raison d'être de ces mêmes institutions : au regard de ces

¹²¹² F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management, op. cit.*, p. 145.

¹²¹³ Homepage (Page d'accueil) der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹²¹⁴ F. Meier, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management, op. cit.*, p. 151.

fins, on ne saurait réduire les institutions à des machines organisationnelles ou à des artefacts dont on a raison de redouter qu'ils ne se retournent contre l'action qu'ils sont censés soutenir, médiatiser »¹²¹⁵.

L'autonomie organisationnelle et l'autonomie collective remplacent respectivement l'autonomie institutionnelle et l'autonomie individuelle. La dépossession des acteurs de l'université du sens de leurs activités et de leur engagement scientifique ne permet plus à l'institution universitaire de se réinventer au nom de la liberté de la science. L'universalité de la science se voit menacée par l'impulsion négative de son propre mécanisme.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'institution universitaire est capable de remplir ses missions en faveur de l'autonomie de la science mais aussi en faveur de la pluralité des intérêts de la société parce qu'elle bénéficie de garanties institutionnelles. Ces garanties ont à la fois un rôle défensif et empêchent les pouvoirs publics d'intervenir dans les domaines de police et juridictionnel et dans un même temps, un rôle positif en donnant les moyens à l'université de mettre en œuvre ses propres mesures d'organisation.

Les garanties institutionnelles servent encore à concilier la double dimension d'une institution universitaire. L'université est un organe de l'administration qui veille à la protection de l'intérêt public et elle est une organisation spécifique dans sa médiation avec la science et la quête de la connaissance. Les garanties institutionnelles protègent les institutions de droit public parce que celles-ci ont un rôle particulier à jouer dans la société. L'institution universitaire participe également à la promotion des libertés fondamentales et à l'épanouissement de la personnalité des individus dans leur quête de la vérité.

L'institution universitaire, comme ses membres, sont responsables de l'avenir même de l'institution. Selon Félix Guattari, « l'on se prend à rêver de ce que pourraient devenir la vie dans les ensembles urbains, les écoles, les hôpitaux, les prisons, etc., si, au lieu de les concevoir sur le mode de la répétition vide, on s'efforçait de réorienter leur finalité dans le sens d'une récréation permanente interne »¹²¹⁶. L'université est le « lieu où la personne se constitue elle-même par le dialogue avec l'autre et s'accomplit en être de société, l'Université, selon Alphonse Dupront,

¹²¹⁵ G. Vincent, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, op. cit., p. 190.

¹²¹⁶ F. Guattari, *De Leros à La Borde*, Paris, Éditions Lignes, 2012, p. 84, cité dans V. Schaepelynck, « Institution », *Le Télémaque*, op. cit., p. 21-34.

lorsqu'elle se veut fidèle à sa mission, est miroir de l'histoire et médiation vers le monde, monde présent et à venir »¹²¹⁷.

Le propre d'une institution est de favoriser l'identification des acteurs, aussi bien individuels, collectifs et institutionnel, avec leurs actions, et ce, sur la durée par le biais d'un processus de reproduction des règles et des valeurs. La seule mise en avant d'une organisation rationnelle ne suffirait pas à rendre compte de la complexité dans la conciliation des intérêts présents à l'université. Les solutions efficaces à court terme nient toute perspective institutionnelle de « transcendance » des individus. Cela fait écho au concept de la *rationalisation diffuse* de Boudon dans laquelle un « principe d'optimum » a davantage de valeur qu'un « principe de maximum ». L'optimisation permet de gagner du sens alors que la maximisation en ferait perdre¹²¹⁸. La capacité d'action de l'université et la mise en œuvre de ses garanties institutionnelles sont directement liées au principe de libre administration découlant du statut juridique de l'université allemande.

¹²¹⁷ J. Mesnard, « Préface », dans A. Dupront, *La chaîne vive, l'Université, école d'humanité*, op. cit., p. 9.

¹²¹⁸ R. Boudon, *La rationalité*, op. cit., p. 90.

CHAPITRE 2

Le statut juridique de l'université et la distinction des affaires académiques et publiques

En droit français, les universités sont des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel. Selon les termes de la loi, ils jouissent de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière¹²¹⁹. Les établissements supérieurs sont ainsi dotés de la personnalité juridique. Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel regroupent les universités, les instituts nationaux polytechniques, les instituts et les écoles extérieures aux universités, les écoles françaises à l'étranger et les écoles normales supérieures. Cette notion large de l'établissement permet notamment d'adapter les règles générales de l'éducation au fonctionnement particulier du système de l'enseignement supérieur. En cela, toutes les universités publiques sont régies par les mêmes dispositions.

En droit allemand, l'université possède un double statut ; elle est à la fois une collectivité de droit public¹²²⁰ et une institution du Land. Une collectivité de droit

¹²¹⁹ Art. L. 711-1 du Code de l'éducation, « Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière, sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière » .

¹²²⁰ Le terme utilisé de „collectivité de droit public“ traduit le terme allemand de « Körperschat » qui peut également renvoyer à la notion de *corporation*. Le terme choisi de *collectivité* permet de maintenir une distinction entre le statut juridique d'une université qui dépend d'une collectivité de droit public et les effets même d'une collectivité, impliquant l'existence d'une *corporation* d'enseignants et d'enseignés.

public est une personne morale de droit public exerçant une mission publique confiée en vertu d'une loi ou d'un statut. Les personnes juridiques de droit public¹²²¹ peuvent être des collectivités, des institutions et des fondations de droit public. Une collectivité de droit est une organisation qui acquiert l'indépendance de ses membres par le moyen d'une loi ou d'un acte public.

D'un côté, les collectivités se distinguent selon un certain nombre de critères : en fonction de leur capacité juridique (par exemple, le Bundestag allemand est une collectivité ne possédant pas la capacité juridique), en fonction de leurs principes juridiques (on distingue les collectivités de droit international, de droit fédéral ou régional et de droit ecclésiastique), en fonction de leur autonomie (absence de droit de regard) et enfin, en fonction des conditions d'affiliation des membres de la collectivité¹²²².

D'un autre côté, une institution de droit public est soumise à une forme d'organisation propre en dehors de celle de la collectivité et de la fondation de droit public. Une institution se différencie d'une collectivité de droit public dans la mesure où elle ne dépend pas d'une majorité d'individus dans son fonctionnement interne. Une institution ne possède pas de « membres » mais elle entretient des liens avec des « usagers » (ou « Benutzer »). Les institutions fédérales (« Bundesanstalten ») se distinguent des institutions régionales (« Landesanstalten »), des institutions communales (« kommunale Anstalten ») et des « Kammeranstalten ». Afin d'identifier les différents types d'institutions de droit public, la doctrine utilise plusieurs critères, notamment l'étendue de leur capacité juridique, leur objectif et leur accessibilité¹²²³.

L'université allemande, en tant que collectivité et institution de droit public, accomplit les missions qui lui sont confiées par l'Etat au sens large. Si traditionnellement les universités possèdent ce double statut, elles peuvent toutefois bénéficier d'un statut juridique distinct en vertu du « Prinzip der Formenwahlfreiheit des Staates » ou en français, le principe de la liberté de choix du statut juridique qui bénéficie aux pouvoirs publics. En outre, la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur garantit le respect du principe de libre administration aux universités¹²²⁴.

¹²²¹ „Juristische Person des öffentlichen Rechts ist eine rechtsfähige organisierte Vereinigung natürlicher oder auch juristischer Personen (Körperschaft), eine Organisation zu fremdnütziger Verwaltung einer Vermögensmasse (Stiftung) zur Förderung eines Betriebes (Anstalt) oder deren Entstehung privater Initiative entsprechen mag, die ihre Individualität als rechtsfähiges Rechtssubjekt aber nicht der Privatautonomie, sondern einem Spezialgesetz oder einem Staatsakt auf Grund eines typenbildenden Modellgesetzes verdankt, der dann nicht lediglich Wirksamkeitsbedingung, sondern Grund der Rechtsfähigkeit und ihrer rechtlichen Notwendigkeit ist“, W. Kirk, *Die öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland auf dem Weg zum Verwaltungsbetrieb*, Grundsätze, Chancen und Risiken des Veränderungsprozesses, Band. 1, Essen, Die Deutsche Bibliothek, 2004, p. 27.

¹²²² *Ibid.*, p. 28.

¹²²³ *Ibid.*, p. 29-30.

¹²²⁴ §58 HRG, „Rechtsform und Selbstverwaltungsrecht“, (Forme juridique et droit à la libre administration), „Die Hochschulen sind in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts und

Le système universitaire allemand se caractérise par le principe de l'unité de l'administration ou « Einheitsverwaltung » et par le principe de coopération entre les pouvoirs publics et les établissements d'enseignement supérieur. Le double statut des universités permet de réserver le traitement des affaires académiques à la collectivité, possédant la capacité juridique. Cela concerne les missions principales dans l'enseignement, les études, la recherche et les arts. Les questions budgétaires, relatives au personnel, les affaires publiques, sont quant à elles, déterminées par la compétence institutionnelle du Land.

Les principes statutaires subissent aujourd'hui de profondes modifications bien que le double statut ait été conservé en règle générale. Les universités peuvent en effet être érigées sous une autre forme juridique telle que la fondation et ce, depuis une nouvelle répartition des compétences entre la Fédération et les Länder. Ces derniers pourront adopter une législation particulière pour chaque établissement d'enseignement supérieur. C'est ce que la doctrine nomme la « dérégulation fédérale ».

L'université allemande peut être envisagée d'un point de vue corporatif ; elle bénéficie du principe de libre administration ou « Selbstverwaltungsrecht ». Ce principe possède une fonction de conciliation au sein de l'organisation universitaire afin de faire coexister l'ensemble des intérêts en présence. Il encadre encore la possibilité pour les universités d'édicter leurs propres statuts. D'un autre côté, l'organisation du système de l'enseignement supérieur allemand subit des modifications profondes dues au retrait de l'Etat ; de nouvelles formes de gouvernance vont apparaître au sein même de l'université et par le moyen de l'intervention de nouveaux organes extérieurs à l'université.

Historiquement, le fonctionnement en corporation est plus difficile à mettre en œuvre en France qu'en Allemagne, à cause du principe napoléonien de l'unité de l'enseignement national. François Guizot écrivait en 1870 à propos de l'ambition des « universités » que « notre état politique, notre centralisation, le besoin qu'elles auront des subsides de l'Etat, notre système de grades conférés par elles, avec la valeur de grades d'Etat, tout contribuera à ce qu'elles soient des établissements d'Etat »¹²²⁵. Schleiermacher écrivait à propos de l'attribution des grades académiques que « l'admission elle-même est évidemment étroitement liée à la décision sur la valeur du candidat, que seule peut déterminer une unanimité de jugement entre ce dernier et les représentants de l'association scientifique »¹²²⁶. L'attribution des grades académiques et le domaine de la promotion scientifique sont

zugleich staatliche Einrichtungen. Sie können auch in anderer Rechtsform errichtet werden. Sie haben das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze“.

¹²²⁵ J-J. Biennu, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire (suite), La fabrication d'une loi sur l'Université. La loi du 10 juillet 1896 », op. cit., p.1539.

¹²²⁶ A. Laks, « Pensées de circonstances sur les Universités de conception allemande », Schleiermacher, (1808), dans *Philosophies de l'Université, l'idéalisme allemand et la question de l'Université, Schelling, Fichte, Schleiermacher, Humboldt, Hegel, op. cit.*, p. 313.

à ce titre, constitutifs de la corporation académique et du principe de libre administration dont bénéficient les universités.

La distinction entre collectivité de droit public et institution du Land permet ainsi en Allemagne de consacrer l'autonomie des universités en réservant le traitement des affaires académiques à la corporation. L'autonomie des universités françaises s'inscrit aussi comme un objectif public bien que la plupart des auteurs remettent en question son effectivité. Jean Waline remarquait avec une certaine ironie qu'après avoir présidé l'Université de Strasbourg III de 1971 à 1976, il avait eu la responsabilité d'un établissement qui n'était pas « autonome » « puisque cette qualité viendrait seulement d'être conférée aux universités par la loi du 10 août 2007 ».

Selon Jean Waline encore, l'université ne peut pas s'affranchir totalement de l'Etat dans la mesure où il s'agit du service public de l'enseignement supérieur. La notion d'établissement public en droit français reposerait sur deux principes : le principe de l'élection des responsables de la collectivité pour assurer leur indépendance et le principe de la libre administration qui a valeur constitutionnelle concernant uniquement les collectivités territoriales. Jean Waline s'interroge sur le fait que les universités, en tant qu'organe de décentralisation « sectorielle » puissent répondre à ces deux principes. Si le principe de l'élection ne semble pas être contesté, le principe de libre administration renvoie à la question centrale de l'autonomie des universités françaises¹²²⁷.

Dans ce chapitre, il s'agit d'étudier les spécificités du double statut des universités allemandes, entre collectivité de droit public (« Körperschaft des öffentlichen Rechts ») (Section 1) et institution du Land (« Einrichtung des Landes ») (Section 2), double statut qui permet davantage d'autonomie institutionnelle. Si les règles de la collectivité sont parfois difficiles à concilier avec la surveillance de l'Etat sur son institution, la distinction des affaires académiques et publiques répond à la fois à la nécessité d'efficacité du droit de l'organisation universitaire tout en maintenant la part d'autonomie réservée à la collectivité.

¹²²⁷ J. Waline, « L'autonomie des universités : une bouteille à l'encre », Les Facultés de droit dans la réforme universitaire (suite), *Revue de droit public et sciences politiques en France et à l'étranger*, 20 août 1101, n°6, RDP2008-6-001, p.1467.

Section 1. L'université allemande, une collectivité de droit public animée par le principe de libre administration

Une collectivité ou corporation de droit public est une personne morale de droit public¹²²⁸. Elle se différencie d'une association de droit privé dans la mesure où elle s'organise selon les règles du droit public et peut agir selon ces mêmes règles. Une collectivité de droit public est créée pour accomplir des missions publiques. Le principe de libre administration¹²²⁹ ou « *Selbstverwaltungsrecht* » s'exerce dans le cadre de ce statut. Il faut d'abord s'intéresser au contenu de ce principe (§1) pour ensuite comprendre ses effets sur une corporation autonome (§2).

§1 La difficulté de définition précise du contenu du principe de libre administration

Si le principe de libre administration des universités est largement reconnu dans le droit allemand par la jurisprudence et la doctrine, il n'existe pas de notion aux effets comparables en droit français. La loi française reconnaît que l'enseignement supérieur est libre¹²³⁰, ne faisant pas la distinction entre la protection de l'individu par la liberté académique et les garanties liées à l'organisation et aux statuts des universités proprement dits. Néanmoins, selon une part de la doctrine, le statut d'établissement public dont bénéficient les universités françaises depuis la loi du 12 novembre 1968 constituait « la forme de liberté la plus aboutie pour les personnes publiques »¹²³¹.

Avec la loi du 26 janvier 1984, le législateur a institué une nouvelle catégorie d'établissement public, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ; « le pouvoir de contrôle caractéristique du régime des établissements publics a été abandonné au profit du contrôle de légalité »¹²³². Bien que les universités bénéficient de certaines compétences élargies depuis la loi LRU de du 10

¹²²⁸ G. Köbler, *Rechtsfranzösisch, Deutsch-französisches und französisch-deutsches, Rechtswörterbuch für jedermann*, 4. Auflage, Sinzheim, Verlag Vahlen, 2004, p. 88.

¹²²⁹ Le terme allemand de « *Selbstverwaltung* », au cœur de la collectivité de droit public et conditionnant l'existence de la garantie institutionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur peut se voir également traduit par « autoadministration » (J. Meylan, « Problèmes actuels de l'autonomie communale », *Revue de droit suisse* (RDS/ZSR) 1972 II) ou par « autogestion » (M. Fromont, H. Siedentopf, « L'évolution de l'administration publique allemande en 1981 », *Aménagement du territoire et planification régionale, Annuaire européen d'administration publique*, 1981, p. 569-588).

¹²³⁰ Art. L. 151-6 du Code de l'éducation.

¹²³¹ F-X. Fort, « La consécration du principe d'indépendance des universités, Les libertés universitaires devant le Conseil d'Etat », *AJDA* 2010. 58.

¹²³² *Ibid.* 58.

août 2007, le principe d'autonomie des universités françaises n'a pas valeur constitutionnelle¹²³³ et le principe de libre administration n'est pas même mentionné.

Le Conseil d'Etat dans sa fonction consultative avait pourtant consacré le principe constitutionnel d'indépendance des universités¹²³⁴. Le Conseil d'Etat était alors consulté à propos du projet d'ordonnance relatif au régime de l'enseignement supérieur dans les territoires d'outre-mer du Pacifique. Il a écarté une disposition du projet qui prévoyait de confier les compétences de contrôle sur les universités, initialement dévolues au chancelier des universités, au vice-recteur du territoire en se fondant sur la méconnaissance du « principe à valeur constitutionnelle de l'indépendance des universités ». Il n'existait alors pas forcément de correspondance entre ce principe d'indépendance et l'existence d'un principe de libre administration. De plus, utiliser le terme d'indépendance des universités pour le Conseil d'Etat peut participer d'une confusion entre la protection individuelle des universitaires et la mise en œuvre de véritables garanties institutionnelles.

En outre, le Conseil d'Etat semble faire une distinction entre le « principe constitutionnel d'indépendance des universités », qu'il applique lorsqu'il est chargé d'une affaire relative aux questions générales des établissements d'enseignement supérieur (notamment sur l'étendue de leur autonomie) et le « principe d'autonomie et de démocratie » des universités qu'il a encore utilisé dans une affaire récente. Alors qu'il était question d'un recours en excès de pouvoir contre le décret du 11 juillet 2016 modifiant le décret du 2 novembre 2012 relatif à l'Ecole nationale supérieure d'arts et métiers, le Conseil d'Etat estime que le fait pour le pouvoir réglementaire de prévoir une réglementation dérogatoire à l'article L. 711-1 du Code de l'éducation ne méconnaissait pas les « principes d'autonomie et de démocratie ». En l'espèce le décret rend possible une composition du conseil d'administration d'un grand établissement avec des personnalités différentes des listes du Code de l'éducation. Il apparaîtrait donc que lorsque le Conseil d'Etat examine des recours ayant trait à la participation des membres et à la « libre administration » des universités françaises, il utilise le « principe d'autonomie et de démocratie ».

En droit allemand, le principe de libre administration correspond à la garantie institutionnelle de l'université. La Loi fondamentale allemande garantit explicitement la liberté de la science mais reste muette quant au principe de libre administration. Pour lui donner un cadre juridique, il est nécessaire de s'interroger sur les objectifs de ce principe. Le principe de libre administration s'identifie par rapport aux fonctions de la liberté de la science. Si le principe met en œuvre des mesures d'organisation particulières, il ne poursuit pas un objectif d'organisation en tant que tel ; son but est de promouvoir la liberté de la science.

¹²³³ Conseil d'Etat, décision du 23 novembre 2016, n° 395652, le Conseil d'Etat a considéré que le principe d'autonomie des universités, consacré par l'art. L. 711-1 du Code de l'éducation, n'a pas de valeur constitutionnelle et ne peut donc, dans les faits, être invoqué par les requérants pour déclarer inconstitutionnel le décret n° 2015-1617 du 10 décembre 2015 portant modification des modalités de nomination des recteurs.

¹²³⁴ EDCE, Rapport public 1999, p. 71.

A la différence du principe de libre administration, la liberté de la science n'a d'autre objectif que la science elle-même. Le contenu du principe de libre administration ne peut donc être déterminé qu'en fonction d'autres droits et libertés (A). Par ailleurs, le juge constitutionnel se borne à ne pas en donner une définition trop précise, de la même façon qu'il ne peut pas enfermer la notion de liberté dans des critères fermés qui anéantiraient son essence même. La fonction centrale du principe de libre administration s'inscrit dans la nécessité de conciliation des différents groupes d'intérêts de l'université (B).

A. La détermination du principe de libre administration par analogie

Si la liberté de la science est garantie par l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, le principe de libre administration des universités (ou « Selbstverwaltungsrecht ») ne figure pas dans la Constitution allemande. Par ailleurs, il ne faut pas confondre la possibilité pour l'université de bénéficier de la protection de la disposition constitutionnelle de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale avec les garanties offertes par le principe de libre administration. En premier lieu, la fonction de ce dernier est particulière dans la mesure où il sert la protection des droits fondamentaux des individus tout en garantissant des moyens corporatifs et institutionnels pour parvenir à une organisation autonome. La référence centrale du principe reste le droit fondamental de la liberté de la science au sens de la Constitution.

Concrètement, le principe de libre administration donne la possibilité à l'université de choisir les membres de son organisation et de mettre en œuvre un processus décisionnel autonome au sein de la collectivité. Le principe de libre administration permet le traitement propre des questions relevant des affaires académiques par la corporation et ses représentants. L'organisation qui en découle peut être comparée aux formes d'organisation applicables aux communes allemandes et le principe de libre administration peut être qualifié en second lieu de « principe constitutionnel du droit fondamental de l'organisation de l'université ».

En premier lieu, la distinction caractéristique entre le droit fondamental de la liberté de la science au sens subjectif et le principe de libre administration s'inscrit dans l'objectif même de la garantie. Si la liberté fondamentale n'a d'autre objectif que la liberté de la science elle-même, le principe de libre administration ne tend pas vers un objectif organisationnel. En d'autres termes, l'administration de l'université n'est pas un but en soi. L'objectif du principe de libre administration est de promouvoir les libertés individuelles et de favoriser l'autonomie des membres dans l'organisation. Une autre distinction s'inscrit dans la consécration et dans la formulation du principe.

Si la doctrine traditionnelle allemande peut déduire la garantie de libre administration de la liberté de la science protégée à l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, le principe n'y apparaît pas explicitement. Le contexte et la pensée qui dominaient l'esprit de la Loi fondamentale n'allaient en rien dans ce sens. Il s'agissait avant tout de protéger l'individu face à l'institution et ses possibles dérives. En ce sens, la protection de la minorité se concilie difficilement avec celle de la majorité dans la mise en œuvre du principe de libre administration¹²³⁵.

Le principe de libre administration des universités, dans sa dimension collective, doit servir la promotion des libertés individuelles qui découlent du principe de la liberté de la science. Pour certains auteurs, ce principe de libre administration possède donc un caractère complémentaire : il est au service de la liberté de la science au sens premier. Le principe de libre administration en tant que garantie institutionnelle est une garantie complémentaire à la liberté individuelle comme l'explique Ute Mager interprétant l'auteur Carl Schmitt¹²³⁶. A côté de cela, la Cour constitutionnelle fédérale allemande maintient une jurisprudence constante sur la question de la priorité des droits fondamentaux protégeant la sphère individuelle de la liberté¹²³⁷.

Si la Loi fondamentale ne fait pas de référence explicite au principe de libre administration, la plupart des Constitutions des Länder contiennent elles, des dispositions le garantissant, « dans le cadre du respect des lois ». On remarque que si la liberté de la science ne connaît pas de limitation explicite dans la Constitution et qu'elle s'affranchit de la technique de réserve de loi¹²³⁸, le principe de libre administration peut lui subir certaines restrictions par le moyen d'une loi.

La différence entre la Loi fondamentale et les Constitutions des Länder peut s'expliquer par le fait que les Länder reconnaissent aux universités le principe de libre administration dans la mesure où ils sont compétents dans le domaine universitaire tandis que l'Etat fédéral protège avant tout les droits fondamentaux des individus. On peut évoquer notamment le droit à la libre administration dans la Constitution du Bade-Wurtemberg¹²³⁹ ou dans la Constitution du Land de Westphalie

¹²³⁵ „Die Universität genießt hierbei aber nur insoweit (instrumentellen) Grundrechtsschutz, als dies notwendig ist, die wissenschaftliche Freiheitsentfaltung ihrer Mitglieder abzusichern.“, (L'université ne jouit d'une protection constitutionnelle uniquement dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir l'épanouissement de la liberté scientifique de ses membres), K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 381.

¹²³⁶ C. Schmitt, „Freiheitsrechte und institutionelle Garantien“ (1931), *in*, U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 28.

¹²³⁷ BVerfG, déc. du 16 janvier 1963, 1 BvR 316/60, „Universitäre Selbstverwaltung“; BVerfG 21, 362, déc. du 2 mai 1967, „Sozialversicherungsträger“; BVerfG 59, 231, déc. du 13 janvier 1982, „Freie Mitarbeiter“; BVerfG 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, „Sasbach“; BVerfGE 65, 1, déc. du 15 décembre 1983, „Volkszählung“.

¹²³⁸ Voir Première Partie, Titre 2, Chap. 1, S. 2, §1, A. « L'affranchissement de la technique de la réserve de loi : la différence de nature du but recherché par le législateur ».

¹²³⁹ Art. 20, Abs. 2, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, „Die Hochschule hat unbeschadet der staatlichen Aufsicht das Recht auf eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze und ihrer staatlich anerkannten Satzungen“.

du Nord¹²⁴⁰. La Constitution du Bade-Wurtemberg dispose en outre d'un premier paragraphe sur la liberté des établissements d'enseignement supérieur dans la recherche et l'enseignement¹²⁴¹.

Dans la formulation de ces garanties dans les Constitution régionales, on retrouve les deux dimensions de la liberté de la science ; la « liberté des établissements d'enseignement supérieur » renvoie à la dimension défensive de l'institution. En ce sens, l'université doit rester exempte d'interventions extérieures. Les Constitutions font encore mention du « droit à la libre administration » qui renvoie expressément au principe dans sa dimension institutionnelle et objective. Le droit à la libre administration permet à une collectivité de droit public de s'organiser selon ses propres règles et de choisir ses membres.

Les Constitutions régionales, en accordant le bénéfice de ce principe aux universités jouent un rôle complémentaire dans la protection des libertés individuelles. En effet, si elles garantissent le principe de libre administration, elles protègent également et de façon explicite, la liberté de la science au sens individuel ainsi que la liberté de la science dans un sens plus large. La loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Brandebourg garantit la liberté de l'enseignement qui comprend le contenu et la méthodologie de l'activité et le droit de critique, la liberté de la recherche et en particulier le questionnement, les principes méthodologiques et la valorisation des résultats scientifiques¹²⁴². Dans ce cas, il s'agit d'une approche individuelle de la liberté de la science. Dans un sens plus large, « les établissements d'enseignement supérieur servent la promotion et le développement de la science et des arts à travers l'enseignement, la recherche, les études et la formation¹²⁴³ ».

Il y a une relation juridique particulière entre la dimension individuelle et la dimension institutionnelle de la liberté de la science. La protection constitutionnelle de l'université accorde à ses membres, pris individuellement, un accès collectif à la dimension juridique objective de la liberté de la science. La libre administration académique est donc nécessaire pour faire la jonction entre la liberté et l'organisation. La priorité de la garantie individuelle de la liberté est maintenue et

¹²⁴⁰ Art. 16, Abs.1, Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen , „Die Universitäten und diejenigen Hochschulen, die ihnen als Stätten der Forschung und der Lehre gleichstehen, haben, unbeschadet der staatlichen Aufsicht, das Recht auf eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze und ihrer staatlich anerkannten Satzungen.“.

¹²⁴¹ Art. 20, Abs. 1, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, „Die Hochschule ist frei in Forschung und Lehre.“ (L'établissement d'enseignement supérieur est libre dans la recherche et l'enseignement.).

¹²⁴² §4, Abs. 1 et 2 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG), 1. „Die Freiheit der Lehre umfasst im Rahmen der zu erfüllenden Lehraufgaben die inhaltliche und methodische Gestaltung von Lehrveranstaltungen sowie das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen und künstlerischen Lehrmeinungen“, 2. „Die Freiheit der Forschung umfasst insbesondere die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung“.

¹²⁴³ §3, Abs. 1 BbgHG, „Die Hochschulen dienen der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Lehre, Forschung, Studium und Weiterbildung“.

empêche que l'autonomie universitaire soit utilisée à l'encontre de ses membres¹²⁴⁴. Le principe de libre administration permet ainsi la transition entre la dimension individuelle de la liberté de la science et l'exigence d'une organisation adaptée de l'université.

La doctrine allemande parle d'une institutionnalisation de la liberté de la recherche et de l'enseignement. En outre, ce principe ne se limite pas à garantir un espace de liberté contre des mesures injustifiées de l'administration fédérale ou régionale, mais il est directement en lien avec un processus décisionnel interne. On parle de « Binnenorganisation » (ou « organisation interne décentralisée »), concept que nous développerons ultérieurement dans ce chapitre. La « Binnenorganisation » renvoie au processus décisionnel collégial et au processus démocratique¹²⁴⁵.

Ainsi, le principe de libre administration ne se définit pas par lui-même mais en référence constante avec le droit fondamental de la liberté de la science dans sa dimension « première ». De la même façon, le principe ne vise pas un objectif propre comme la liberté de la science au sens individuel et subjectif. Une troisième distinction peut être distinguée concernant à la possibilité de limitation du principe de libre administration ; à la différence du droit fondamental de la liberté de la science, le principe peut être limité par une loi. D'un point de vue analogique, le cadre de ce principe peut être précisé par d'autres moyens, notamment à travers la comparaison des garanties constitutionnelles.

En second lieu, la garantie du principe de libre administration des universités possède une fonction juridique objective. Le contenu et l'étendue d'une garantie objective diffèrent selon les droits fondamentaux mais elle existe pour l'ensemble des droits. Le principe de libre administration est un principe constitutionnel du droit de l'organisation de l'enseignement supérieur bien qu'il ne soit pas reconnu explicitement par la Loi fondamentale. Ce ne sont pas uniquement les Constitutions régionales qui lui donnent cette valeur mais encore les articles 20, alinéa 1^{er} et 3, et 28, alinéa 1^{er}, phrase première de la Loi fondamentale¹²⁴⁶. Les principes de la

¹²⁴⁴ „Der Grundrechtsschutz der Hochschule vermittelt ihren Mitgliedern kollektiven Zugriff auf die objektive rechtliche Seite der Wissenschaftsfreiheit. Akademische Selbstverwaltung ist daher im Kern notwendig, um der Interdependenz von Freiheit und Organisation Rechnung zu tragen. Der Vorrang der Individualfreiheitsgarantie vor objektiven Gewährleistungen bleibt auch hier erhalten und verhindert, dass universitäre Autonomie gegen ihre Mitglieder ausgespielt wird. Ein Selbstverwaltungsrecht der Hochschule hat daher nur dienende Funktion“, K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 382.

¹²⁴⁵ „Hochschulsebstverwaltung ist kein Selbstzweck, sondern selbständig institutionalisiertes Derivat individueller Autonomie der Organisationsmitglieder, mit anderen Worten eine objektive-rechtliche Fortsetzung des individual-grundrechtlichen Grundsatzes der Freiheit der Kunst, der Forschung und der Lehre. Selbstverwaltung ist mithin « Institutionalisierung der Freiheit von Lehre und Forschung“[...] „Die Idee der Selbstverwaltung kann sich nicht darauf beschränken, der Institution Hochschule Freiheitsräume gegenüber der allgemeinen Staatsverwaltung zu sichern. Selbstverwaltung ist vielmehr auch auf die Herstellung einer bestimmten Binnenorganisation gerichtet“, *Ibid.*, p. 401.

¹²⁴⁶ Art. 20, Abs. 1 GG, „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“ (La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social); Art. 20, Abs. 3 GG, „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“ (Le pouvoir législatif est lié par l'ordre

démocratie, de l'Etat de droit et du fédéralisme légitiment le droit de l'organisation administrative. Cela fige le lien entre d'un côté, l'accomplissement des missions publiques et d'un autre côté, l'exercice de la liberté individuelle.

A la suite du processus de différenciation du droit constitutionnel et du droit administratif, le principe de libre administration devient un « Organisationsgrundrecht » ou droit fondamental de l'organisation¹²⁴⁷. Pour mieux appréhender la notion de « principe constitutionnel d'un droit fondamental de l'organisation », ce principe peut être analysé à la lumière du droit à la libre administration des communes (ou « Kommunalselbstverwaltung ») qui possède également la valeur de principe constitutionnel.

L'article 28 de la Loi fondamentale dispose de la garantie fédérale relative aux Constitutions des Länder et de l'autonomie communale. Ces dispositions illustrent la chaîne de légitimation de l'administration publique directe et indirecte. Selon la Constitution allemande, les communes bénéficient du « droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit à la libre administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi¹²⁴⁸ ». Le principe de libre administration des communes est soumis à la réserve de loi comme pour le principe universitaire.

La Constitution allemande définit le droit à la libre organisation des communes comme regroupant « les bases de l'autonomie financière ; ces bases comprennent une ressource fiscale qui revient aux communes, qui représente son potentiel économique. Les communes peuvent en fixer le taux de perception »¹²⁴⁹. En outre, l'Etat leur a transféré des missions de l'administration et elles bénéficient de la personnalité juridique pour mettre en œuvre leur organisation propre. Les communes possèdent le statut juridique d'une collectivité de droit public rattachée à un territoire ou « Gebietskörperschaft ». Les habitants de la commune choisissent leurs représentants et sont attachés à un territoire donné. C'est la différence avec l'université qui dépend de ses membres et de ses missions particulières.

Le principe de libre administration des communes est reconnu par la Loi fondamentale et par la plupart des Constitutions des Länder. Il donne une

constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit); Art. 28, Abs. 1, S. 1 GG, „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen“ (L'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale).

¹²⁴⁷ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 273.

¹²⁴⁸ Art. 28, Abs. 2, S. 1 et 2 GG, „Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung“.

¹²⁴⁹ Art. 28, Abs. 2, S. 3 GG, „Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle“.

compétence de principe aux communes s'agissant de toutes les missions qui s'inscrivent dans la vie quotidienne de la commune. Toutefois, les communes ne représentent pas un troisième niveau dans le fédéralisme vertical allemand puisqu'elles font partie du pouvoir exécutif. Pour cette raison, le conseil communal n'est pas désigné comme un « parlement » (Parlament) mais comme un conseil d'administration (Verwaltungsgremium). Enfin, les communes, même dans le cadre de la libre administration, sont soumises au droit de regard du Land. Là encore, l'encadrement du principe libre administration des communes est semblable à celui mis en œuvre dans les universités et pourrait servir de référence dans le cas d'une hésitation jurisprudentielle¹²⁵⁰.

B. La soumission du principe de libre administration à un contexte social et politique

Le principe de libre administration ne contient donc pas d'objectif en soi et vient « uniquement » appuyer la protection de la liberté de la science. Ce principe peut encore être caractérisé par une certaine perméabilité au contexte social et politique. En cela, le principe ne doit pas être rattaché à un contenu précis pour que l'université puisse exercer sa propre liberté d'organisation et ne pas être soumise à un modèle d'organisation imposé par des acteurs extérieurs. Dans un même temps, une définition souple du principe de libre administration expose l'organisation universitaire aux risques de la mise en œuvre d'un système qui ne serait plus en adéquation avec les exigences scientifiques et pour lequel les tribunaux ne pourraient plus garantir des critères particuliers.

La volonté pour une université d'organiser son système s'inscrit avant tout dans une tendance sociétale, caractérisée par des objectifs définis par les pouvoirs publics. L'université ne peut pas être coupée de tout lien avec l'Etat et la société qui la financent. Cela renvoie à la problématique de l'université au service des besoins d'une société. L'auteur Müller-Böling identifie plusieurs modèles universitaires. Le premier modèle correspondrait à une université, identifiable comme la « République des savants » exerçant dans un cadre dans lequel la vie privée et la vie professionnelle se confondent. L'administration de l'université se limite à un rôle de coordination et de concertation avec la communauté des savants. L'Etat finance les savants tandis que ceux-ci forment de nouveaux savants pour la république. Il correspond à la conception traditionnelle et historique de la corporation universitaire.

Dans un second modèle, l'université apparaîtrait comme une administration ordonnée et caractérisée par un pilotage à la fois interne et externe. Ce mouvement

¹²⁵⁰ Les distinctions détaillées entre le principe de libre administration des communes et le principe de libre administration des universités sera étudié dans le chapitre consacré au droit de l'organisation, voir Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1 « Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres ».

s'inscrit notamment à travers l'expérience allemande des « Gruppenhochschule ». Ce type d'établissement d'enseignement supérieur qui fait son apparition dans les années soixante suppose un nouveau modèle d'organisation plus proche d'un modèle démocratique. Dans le modèle des « Gruppenhochschule », l'établissement fait intervenir des groupes de personnes aux intérêts distincts. Ici, la condition de la mise en œuvre d'une organisation fonctionnelle s'inscrit dans la représentation de l'ensemble des acteurs en fonction de leurs responsabilités. C'est ce modèle, encadré par la suite par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui domine encore dans la compréhension du principe de libre administration ; on attribue au principe de libre administration une fonction de conciliation des différents groupes d'intérêts au sein d'un établissement d'enseignement supérieur (2°).

Un troisième modèle selon Müller-Bölling définit l'université comme une entreprise chargée d'accomplir certaines prestations dans un processus court et hiérarchisé avec des objectifs concurrentiels¹²⁵¹. Pour que le rôle de l'université ne soit pas réduit à la satisfaction des besoins de la société ou à la poursuite d'intérêts économiques et pour que l'université ne se comporte pas strictement comme une entreprise de services, le principe de libre administration doit rester une notion flexible et adaptable en respectant la rationalité de la science. Le principe de libre administration ne doit poser aucun modèle prédéfini mais permettre à l'université de s'administrer librement (1°).

1° Le caractère de flexibilité du « droit fondamental à la libre administration »

Le législateur, comme la jurisprudence, ne peut pas donner de définition précise aux contours de l'organisation mise en œuvre par l'université et ses organes collégiaux en vertu du principe de libre administration. C'est à l'université de décider de son organisation interne dans les limites du respect de la liberté de la science. Cette dernière pose l'exigence d'une organisation adaptée aux missions scientifiques. Le principe de libre administration pourra s'exercer à condition que la science reste autonome, qu'elle ne soit pas soumise à des pressions et à des influences externes.

Le modèle de libre administration reste donc ouvert et doit suivre uniquement les exigences d'optimisation et de promotion de la science. Les modèles d'organisation sont caractérisés par une certaine élasticité pour permettre aux universités de s'adapter également aux changements et aux besoins de la société. Si l'université peut s'accorder facilement avec la nouvelle conjoncture en modulant son organisation, la flexibilité de la notion engendre aussi des risques pour les libertés et ses garanties. Puisque le droit constitutionnel ne connaît pas de définition globale du principe de libre administration, la jurisprudence, à l'aide de la mise en œuvre de

¹²⁵¹ Müller-Bölling, *Die Entfesselte Hochschule*, 2000, cité par M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 297.

certains critères, doit favoriser la possibilité de concrétisation d'une multiplicité de modèles d'organisation universitaire.

Dans la décision „Hochschul-Urteil“, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise la conception de libre administration dans le sens « académique », c'est-à-dire contenant un lien direct avec la recherche et l'enseignement. Selon la Cour, cette conception est reconnue par les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur et elle est garantie expressément dans la plupart des Constitutions des Länder. Dans les faits, la libre administration académique est encore « incontestée » ou « indétrônable » poursuit la Cour¹²⁵².

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a dans cette décision ni expressément rejeté, ni confirmé que l'article 5 alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale contient la garantie de libre administration de l'université. Elle considère toutefois que le principe de la liberté de la science dans sa dimension objective, ici la libre administration, est entendu comme un principe constitutif de l'enseignement supérieur¹²⁵³. La doctrine complète la jurisprudence constitutionnelle et parle alors d'un droit fondamental à la libre administration académique ou en allemand « Grundrecht auf akademische Selbstverwaltung »¹²⁵⁴.

La jurisprudence récente se réfère de plus en plus à la notion de libre administration académique et ce de façon explicite, tendant à prolonger la volonté d'en faire un véritable « droit fondamental » à part entière. En effet, la Cour constitutionnelle fédérale allemande élargit le champ de protection de ce principe en n'invoquant plus seulement le lien qu'entretient le principe de libre administration avec la liberté de la science. Dans une décision de juin 2014 dans laquelle la Cour rappelle que si les compétences des organes de représentation « de la libre administration académique » (en allemand, « der akademischen Selbstverwaltung ») subissent des restrictions, il faut en contrepartie que ces organes puissent avoir une influence significative dans le processus du choix de la direction¹²⁵⁵.

¹²⁵² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Im Bereich des mit öffentlichen Mitteln eingerichteten und unterhaltenen Wissenschaftsbetrieb, das heißt in einem Bereich der Leistungsverwaltung, hat der Staat durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrecht der verschiedenen Beteiligten möglich ist“. BVerfGE 35, 79, „der wesentliche Inhalt eines solchen „Grundrechts“, nämlich die Selbstverwaltung im „akademischen“, das heißt dem auf Forschung und Lehre unmittelbar bezogenen Bereich, besteht faktisch unangefochten, ist in den Hochschulgesetzen anerkannt und in den meisten Länderverfassungen ausdrücklich garantiert“.

¹²⁵³ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

¹²⁵⁴ Voir notamment, A. Köttgen, *Das Grundrecht der deutschen Universität*, Göttingen, 1959 dans U. Mager, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemässe Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Band 99, Tübingen, Jus Publicum, 2003, p. 279.

¹²⁵⁵ BVerfG, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07, Leitsätze, (Principes), „Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung entzogen und einem Leitungsorgan

D'un côté, cette décision du 24 juin 2014 renforce la liberté de la science individuelle et le principe de libre administration académique et limite le pouvoir de l'université managériale et de sa direction. La décision pose la question du modèle contemporain de pilotage concurrentiel pour l'université et ses structures entrepreneuriales. Pour une part de la doctrine et sur ce point particulier, la décision ne peut pas être comprise autrement que favorable au renforcement de la liberté de la science (subjective) et encourageante vis-à-vis du rôle déterminant du sénat en tant qu'organe de libre administration de l'université. Le principe de libre administration impose que le sénat occupe une place déterminante au détriment de la direction de l'université et du conseil d'université¹²⁵⁶.

D'un autre côté, la Cour constitutionnelle fédérale allemande laisse planer quelques doutes quant au principe de libre administration et au rôle de ses organes « privilégiés ». En effet, dans une décision de mai 2015, elle explique que le droit fondamental de la liberté de la science protégé par la Loi fondamentale ne justifie pas un droit de participation des établissements d'enseignement supérieur, des facultés ou des scientifiques concernant la mise en œuvre d'une loi de fusion de deux établissements d'enseignement supérieur¹²⁵⁷.

Dans cette affaire, la Cour précise que la seule intervention d'un organe de direction dans le cadre d'une fusion d'établissements d'enseignement supérieur répond aux exigences de la Loi fondamentale d'une organisation adaptée à l'exercice de missions scientifiques. La Cour ajoute deux limites à la compétence de la direction dans ce domaine. Il faut tout d'abord que la direction en question soit accompagnée d'un « organe de libre administration ». En outre, il ne faut pas que les décisions de la direction soient irréversibles¹²⁵⁸. Ainsi, le seul fait qu'un organe de libre administration soit associé aux actions de la direction d'un établissement d'enseignement supérieur exempte la participation des établissements, des composantes et des scientifiques. Dans la mesure où les fonctions de la direction et de l'organe de libre administration ne sont pas détaillées ni par la loi ni par la jurisprudence, la seule mention de l'organe de libre administration semble légitimer une limite à l'autonomie universitaire et à l'autonomie des individus. Si la Cour utilise

zugewiesen werden, desto stärker muss die Mitwirkung des Vertretungsorgans an der Bestellung und Abberufung und an den Entscheidungen des Leitungsorgans ausgestaltet sein“.

¹²⁵⁶ W. Lieb „ NachDenkSeiten – Die kritische Website, „Bundesverfassungsgericht stärkt die individuelle Wissenschaftsfreiheit und die Selbstverwaltungsrechte der Hochschulangehörigen“, Mittwoch den 6. August 2014.

¹²⁵⁷ BVerfG, déc. du 12 mai 2015, 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/13, „Leitsätze“, (Principes), 1. „Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG begründet keine Beteiligungsrechte der Hochschulen, Fakultäten oder einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler beim Zustandekommen eines Gesetzes zur Fusion zweier Hochschulen“.

¹²⁵⁸ „Leitsätze“, (Principes), 2. „Die staatliche Einsetzung eines Leitungsorgans im Zuge einer Hochschulfusion genügt den Anforderungen des Grundgesetzes an eine wissenschaftsadäquate Organisation umso weniger, je länger diese Leitung ohne ein universitäres Selbstverwaltungsorgan tätig ist und je weniger Befugnisse auf Notkompetenzen für reversible Entscheidungen beschränkt sind“.

davantage le principe de libre administration, il faudra encore en préciser certains de ses effets juridiques. Sa flexibilité traduit son adaptabilité et à la fois sa fragilité.

2° La fonction de conciliation du principe de libre administration

La réalisation du principe de libre administration peut répondre à des exigences propres à une volonté politique et sociétale. Les réformes universitaires des années soixante ont posé la question relative aux « Gruppenhochschule ». A l'origine, le mouvement était porté et initié par les étudiants qui considéraient comme une forme de répression le fait que les affaires académiques restaient hors de leur portée¹²⁵⁹. L'exigence de démocratisation des universités s'est accompagnée d'une tendance à la politisation des universités.

L'intention politique était alors de limiter le champ d'action de la liberté de la science du scientifique et d'accorder une participation aux acteurs secondaires de l'université¹²⁶⁰. Cela donna lieu à des questions de droit constitutionnel et notamment lors du congrès du Bochum en 1968¹²⁶¹. La question de la parité entre les universitaires et les autres groupes d'intérêts irritait le droit constitutionnel ; l'influence des universitaires ne pouvait pas être restreinte sur les questions relatives à l'enseignement et à la recherche en raison de leur responsabilité particulière dans ces domaines. En même temps, une participation illimitée des autres membres de l'université aurait été inconstitutionnelle¹²⁶².

C'était à l'occasion de cette remise en question profonde de l'organisation interne des établissements que le législateur créa un véritable droit de l'enseignement supérieur (« Hochschulrecht ») en adéquation avec cette nouvelle époque, largement éloignée de la tradition humboldtienne. Le principe de libre administration faisait alors référence à la démocratisation des organes décisionnels de l'université. Chacun des acteurs pouvait désormais participer à l'organisation de l'institution en fonction de son rôle et de son lien avec l'enseignement et la recherche.

La loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de la Hesse du 16 mai 1966 joua un rôle précurseur dans ce processus¹²⁶³. La loi prévoyait notamment la participation des étudiants dans la procédure décisionnelle académique¹²⁶⁴. D'autres Etats fédérés se dotèrent ensuite de lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur « réformées » selon cette même logique. Les universités dans lesquelles toutes les décisions étaient prises par les

¹²⁵⁹ Müller-Böling, *Die Entfesselte Hochschule*, 2000, citée par M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 299.

¹²⁶⁰ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 15.

¹²⁶¹ (Bochum Tagung), intitulé « Die Stellung der Studenten in der Universität ».

¹²⁶² K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 16.

¹²⁶³ Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Hessen (Hochschulgesetz).

¹²⁶⁴ Chapitre 4, §35 „Beteiligung an der Akademischen Verwaltung“, (Participation à l'administration académique), „Die Vertreter der Studentenschaft nehmen an den Sitzungen des Senats und der Senatsausschüsse, die Vertreter der Fachschaft an den Sitzungen der Fakultät und der Fakultätsausschüsse mit Stimmrecht teil“.

professeurs titulaires de chaires (« Ordinarienuniversität ») sont remplacées par les « Gruppenuniversität » dans lesquelles tous les groupes participent à l'organisation interne et à la réalisation du principe de libre administration. Les universitaires prennent part au processus décisionnel, de la même façon que les étudiants, les collaborateurs scientifiques et le personnel administratif et ce, en fonction de leur responsabilité au sein de l'institution. Si les tribunaux allemands ont encadré peu à peu les caractéristiques de ce modèle organisationnel, le principe de libre administration repose encore aujourd'hui sur les fondements de la « Gruppenuniversität ».

Une « Gruppenuniversität » peut se définir comme une université dans laquelle la participation à la libre administration compète à tous les groupes d'individus présents à l'université. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que le système d'une « Gruppenuniversität » était compatible avec l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale¹²⁶⁵. Elle définit la participation paritaire dans un établissement d'enseignement supérieur sous la forme d'une « Drittelparität » (un tiers de représentant des universitaires, un tiers de collaborateurs scientifiques et un tiers d'étudiants). Dans la mesure où le législateur conserve une certaine marge de manœuvre concernant l'organisation du système universitaire, il peut, selon la Cour, en modifier la structure traditionnelle. Cette latitude est encadrée par la liberté de la science protégée par l'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande.

La Cour constitutionnelle justifie la constitutionnalité des « Gruppenuniversität » en tenant compte du fait que l'université n'a pas pour seule mission la promotion de la science et des arts mais poursuit aussi la mission de formation des étudiants, de plus en plus nombreux. En d'autres termes, le fonctionnement en « Gruppenuniversität » permet de mettre en avant l'ensemble des intérêts présents à l'université et pas uniquement ceux des universitaires. Encore une fois, selon la Cour, le modèle reste compatible avec la liberté de la science si les universitaires gardent une influence conséquente sur les questions relatives à l'enseignement et une influence cruciale sur les questions relevant de la recherche et de la procédure de recrutement des universitaires. Enfin, la Cour voit dans les « Gruppenuniversität » un moyen de résolution des conflits entre les groupes de l'université mais aussi une façon d'améliorer l'efficacité du processus décisionnel de l'administration de l'université¹²⁶⁶. Dans les faits, le Land de la Basse Saxe avait redéfini dans une loi provisoire, la

¹²⁶⁵ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Das organisatorische System der „Gruppenuniversität“ ist als solches mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar“.

¹²⁶⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Dieses Modell der „Gruppenuniversität“ ist als solches mit der Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar. Es ist nicht von vornherein „wissenschaftsfremd“; denn ein Mitspracherecht aller Hochschulangehörigen führt noch nicht notwendig zu einem gegen die Wissenschaftsfreiheit gerichteten „Verfremdungsprozeß“. Der Gedanke, die Gruppenuniversität namentlich als ein Instrument zur Lösung der Gruppenkonflikte in der Universität, aber auch als Mittel zur Mobilisierung des Sachverstandes der einzelnen Gruppen zwecks besserer Entscheidungsfindung bei der Verwaltung der Universität zu nutzen, ist vertretbar“.

composition des organes collégiaux, des commissions et des comités des établissements scientifiques et introduit le système des « Gruppenuniversität »¹²⁶⁷.

Le principe de libre administration a ainsi connu une forte évolution depuis la vague des réformes relatives à l'université et le processus de démocratisation des universités. Dès lors, l'université n'est plus envisagée explicitement et juridiquement comme servant l'unique mission de promotion des arts et des sciences. Le principe de libre administration qui bénéficie aux universités n'est donc plus seulement tourné vers les intérêts des universitaires qui promeuvent la science mais aussi en faveur des autres groupes présents à l'université. Aujourd'hui, ce principe n'est plus entendu uniquement dans un sens académique. Après la promotion de la science, il doit remplir une deuxième fonction : la conciliation des intérêts présents dans les différents groupes.

Le principe de libre administration qui détermine l'université en tant que collectivité de droit public se caractérise donc par deux fonctions : une fonction complémentaire à la liberté de la science et une fonction de conciliation des groupes d'intérêts présents à l'université. S'il ne peut pas être totalement défini en tant que tel, il s'inscrit comme un véritable principe constitutionnel d'organisation. La jurisprudence va plus loin et l'utilise dorénavant comme un droit fondamental à part entière afin de pouvoir accorder à l'université une autonomie plus étendue que la « seule » autonomie des universitaires. La fonction de conciliation du principe de libre administration peut être mise en avant dans l'intention de préciser les effets de ce principe, ses différences avec la liberté de la science au sens individuel ainsi que son régime particulier distinct de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale. Mieux appréhender les fonctions de ce principe réduirait le risque de l'utiliser à l'encontre de l'autonomie académique de l'université ou de l'autonomie de ses membres individuels.

L'autonomie institutionnelle dans un sens large s'entend comme le droit de créer et de modifier sa propre législation. Pour les universités, il s'agit donc d'une autonomie de statut. Une telle notion comprend non seulement la possibilité de disposer de son propre statut pour les établissements mais également une libre gestion académique, une autorité sur le personnel et une autonomie financière. Pour accomplir ces missions, les établissements d'enseignement supérieur allemands bénéficient d'une organisation décentralisée.

¹²⁶⁷ Vorschaltgesetz für ein Niedersächsisches Gesamthochschulgesetz vom 26. Oktober 1971.

§2 La condition d'effectivité du principe de libre administration : une corporation autonome

Le droit allemand formule l'hypothèse selon laquelle une collectivité de droit public se caractérise par l'existence d'une corporation autonome bénéficiant du principe de libre administration. La corporation autonome peut se définir comme un groupe d'enseignants et d'enseignés qui s'organisent librement à travers leurs propres organes. C'est un système qui, dans une certaine mesure, ne différencie pas la collectivité de ses membres¹²⁶⁸. Pour garantir à la corporation, la liberté de la science et plus précisément un espace libre d'exercice des activités de recherche et d'enseignement, le modèle organisationnel privilégié reste le modèle de la collectivité de droit public¹²⁶⁹. Il s'agit alors de démontrer le lien d'interdépendance entre le modèle corporatif et le principe de libre administration dont bénéficient les universités.

Historiquement, les universités fonctionnaient davantage sous la forme de corporation au sens large. Les effets d'une corporation s'exercent à la fois au niveau de la relation entre les pouvoirs publics et l'université mais aussi au sein de l'organisation même d'un établissement. Les membres de l'université doivent accomplir un certain nombre de tâches ; ils doivent servir la mission globale de la science à travers leurs activités de recherche et d'enseignement, travailler à la préparation des enseignements et à la formation des esprits¹²⁷⁰. Chacun doit prendre part à la libre administration, est responsable de ses actes et s'investit dans le développement et l'évolution de la corporation à laquelle il appartient.

L'université suppose une unité organisationnelle et juridique mais aussi une unité cognitive. Certains auteurs contemporains évoquent pourtant la diminution, voire l'inexistence d'une véritable conscience corporative au sein de l'université¹²⁷¹. En

¹²⁶⁸ „Die Korporation ist ein Personenverband, weshalb die Kollektivität sich noch nicht in einer Weise von ihren Mitgliedern differenziert, wie dies für spätere Modelle typisch ist“, F. Meier, *Die Universität als Akteur, zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, Wiesbaden, VS Research, 2009, p. 199.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, p. 197, „Um Wissenschaft als freien und intersubjektiven Erkenntnisprozess organisieren zu können, muss die Hochschule eine genossenschaftliche Gestalt haben, der mit Rücksicht auf die grundgesetzliche Garantie einer freien Wissenschaft die Rechtsfigur der Körperschaft des öffentlichen Recht entspricht“.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p. 189, „Jeder Hochschullehrer und jeder Student ist verpflichtet, die Aufgaben der Hochschule nach Kräften zu fördern. Die Hochschullehrer haben der Wissenschaft in Forschung und Lehre zu dienen, die Studenten durch selbstverantwortliche Teilnahme an den Lehrveranstaltungen an ihrer Geistes- und Persönlichkeitsbildung zu arbeiten. Alle haben die Pflicht, durch lebendige Beteiligung an der Selbstverwaltung die hohe Verantwortung mitzutragen, die den Hochschulen um der Freiheit und Würde des Geistes willen für die Bewahrung und Entwicklung der menschlichen Kultur zu gewiesen ist“.

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 194-195, „Die drängenden Aufgaben, zu denen die Hochschule gerufen wird, sind in erster Linie weder intellektueller noch organisatorischer, sondern menschlicher Natur. Der einzelne Akademiker muss ihnen sein Bewusstsein und seinen Willen öffnen. Alle konkrete Vorschläge , die eine Kommission wie die unsere machen kann, und alle generellen Maßnahmen, die eine Regierung

outre, les questions relevant de la science, désignée par le législateur allemand comme « wissenschaftsrelevant », doivent être réglées par la corporation universitaire. Il s'agit notamment de la planification de la recherche, de la mise en place du programme d'enseignement, de la coordination du travail scientifique, de l'harmonisation des missions d'enseignement, de la conduite des examens et des décisions relatives aux activités des universitaires et des membres scientifique¹²⁷².

Le système traditionnel corporatif allemand dépend de la mise en œuvre et des effets juridiques concrets du principe de libre administration. En droit allemand, le lien traditionnel entre le principe de libre administration et la corporation autonome dans le système universitaire implique une autonomie de statut (A), à travers laquelle les universités peuvent mettre en œuvre leur réglementation par le moyen d'une organisation décentralisée, où chaque individu et groupes d'individus pourront être représentés relativement à leur rôle dans l'établissement. La question se pose alors de savoir si l'autonomie de la corporation académique pourrait également s'exercer dans un autre statut que celui de collectivité de droit public (en particulier, un statut établissant plus de distance avec les pouvoirs publics) (B). Qu'en serait-il alors du lien entre le principe de libre administration et le régime de collectivité de droit public ?

A. La matérialisation du principe de libre administration dans la mise en place du statut des établissements

L'organisation des établissements n'est pas seulement réglée par le législateur mais aussi par le moyen des statuts (« Satzungen ») des établissements d'enseignement supérieur ; le règlement intérieur (ou « Grundordnung ») consacre également leur droit à la libre administration¹²⁷³. L'autonomie des universités au sens strict trouve en effet sa principale garantie dans son autonomie de statut (ou « Satzungsautonomie »). Elle désigne la compétence de l'université de régler l'ensemble de ses activités propres et ce dans le cadre des lois.

L'université adopte sa propre réglementation dans le cadre de la loi. La limite de ce cadre légal reste la garantie de la recherche et de l'enseignement et le principe de la liberté de la science. Les universités édictent leurs règlements d'examens et d'études, les règles relatives à la formation doctorale, à l'habilitation,... Par exemple, la mise en œuvre de la réglementation relative au doctorat, appartient aux universités et en principe, les pouvoirs publics ne peuvent pas limiter cette compétence (1°). Le

treffen kann, sind Änderungen von Institutionen. Wenn die Menschen nicht mit gutem Willen ein solches Werk in Angriff nehmen, bleibt es sinnlos“.

¹²⁷² BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“; BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“; BVerfG 51, 369, déc. du 26 juin 1969, „Auflösungsgesetz“; BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“; BVerfG 88, 129, déc. du 3 mars 1993, „Promotionsberechtigung“.

¹²⁷³ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 296.

« Promotionsrecht » représente une caractéristique fondamentale de la libre administration des universités allemandes¹²⁷⁴.

L'autonomie de statut permet encore à l'université de bénéficier d'un régime juridique distinct de celui de collectivité de droit public et d'institution du Land. Dans le cadre du processus plus large de l'« autonomisation » des universités, les Länder peuvent décider d'abandonner le double statut d'un établissement pour le faire exister uniquement sous la forme d'une collectivité de droit public dite « simple » ou en allemand « bloße Körperschaft » (2°).

1° La compétence de délivrance de la « promotion » et de l'« habilitation » du droit statutaire

A la différence du système de l'enseignement supérieur allemand, le droit français de l'enseignement supérieur est caractérisé par le monopole étatique de la collation des grades et des titres universitaires. La loi du 18 mars 1880 prévoyait déjà que « les examens et épreuves pratiques qui déterminent la collation des grades ne peuvent être subis que devant les facultés de l'Etat »¹²⁷⁵. Dans une décision récente, le Conseil d'Etat semble conforter ce principe en l'étendant extensivement¹²⁷⁶. La Haute assemblée considère en l'espèce que les établissements d'enseignement supérieur privés ne peuvent toujours pas « délivrer seuls des diplômes conduisant à l'obtention de grades ou de titres universitaires ». La doctrine fait de cette décision une seconde lecture quant à la valeur juridique de ce monopole ; la règle du monopole n'aurait pas valeur constitutionnelle et pourrait alors être modifiée par la voie législative¹²⁷⁷. Au demeurant, la circulaire du 23 octobre 2014 vient régler les modalités d'élaboration et de délivrance des diplômes nationaux et de certains diplômes d'Etat par les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministère de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche¹²⁷⁸. Les établissements d'enseignement supérieur français ne peuvent pas adopter de réglementation particulière dans leurs statuts. En Allemagne, il est question dans ce domaine d'une répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les Länder et les établissements d'enseignement supérieur, et ce en faveur de la corporation académique.

La première tâche consiste à distinguer le domaine de compétences de l'Etat fédéral sur les questions générales relatives aux grades académiques. La compétence de la Fédération se justifie par la nécessité de préserver l'unité juridique en la matière. En

¹²⁷⁴ Voir par exemple, VerfGH Berlin, déc. du 1^{er} novembre 2004, 210/03. Le tribunal a considéré que les limitations de l'exercice autonome de réglementation dans le cadre du doctorat, mises en place par le Land de Berlin étaient incompatibles avec la liberté de la science et représentait une atteinte à l'autonomie de statut de l'établissement.

¹²⁷⁵ Article 1^{er} de la loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur.

¹²⁷⁶ Conseil d'Etat, décision du 7 juin 2017, n° 389213, *AJDA* 2017, p. 1198.

¹²⁷⁷ F. Melleray, « Que reste-t-il des bases constitutionnelles du droit universitaire ? », *AJDA* 2017, p. 1249.

¹²⁷⁸ Circulaire n° 2014-0018 du 23 octobre 2014, bulletin officiel n°43 du 20 novembre 2014.

1969, la Cour constitutionnelle fédérale allemande est venue interpréter le paragraphe 18 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur à propos de la réglementation relative aux grades académiques. Elle a estimé que dans la mesure où, ni les termes de la loi, ni l'ensemble du contenu de la loi ne permettent de dégager la volonté claire du législateur fédéral, la ligne 2 du paragraphe 18 ne renseigne pas sur le fait qu'il s'agit d'une réglementation complète ou d'une réglementation qui peut être complétée par le droit des Länder¹²⁷⁹. Selon la doctrine, lorsqu'il y a un doute en ce sens, c'est la liberté du législateur du Land qui prime. La pertinence de cette jurisprudence n'a plus besoin d'être discutée depuis la troisième loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur du 14 novembre 1985 qui confère explicitement la compétence de réglementation des grades académiques au législateur du Land (§18, S. 2 HRG)¹²⁸⁰. Le droit fédéral dans cette matière ne sert donc que de cadre général aux dispositions plus spécifiques des Etats fédérés. A partir de cela, quelle serait alors la réserve de compétence de la corporation autonome de l'université dans les domaines particuliers du droit de promotion et du droit d'habilitation ?

Des différences et des similitudes peuvent être mises en exergue concernant le droit de promotion et le droit d'habilitation. Tout d'abord, dans la réglementation relative aux grades académiques appartient le « Promotionsrecht » mais pas le « Habilitationsrecht ». La promotion est alors entendue comme un élément constitutif de l'université. Elle représente, au niveau national comme au niveau international, la preuve, dans l'ensemble des disciplines, qu'un diplômé est capable d'exercer des prestations scientifiques autonomes. Le « Promotionsrecht » ou en latin « ius promovendi » ne se définit pas comme le droit pour l'individu d'être en thèse mais désigne la faculté de conférer, par la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur, le grade de docteur. L'Etat au sens large ne possède aucun droit de promotion. La dévolution de ce droit aux établissements d'enseignement supérieur n'est pas dérivative. Le droit de promotion appartient originairement aux universités. Depuis 1899, ce droit appartient aussi aux établissements d'enseignement supérieur techniques et depuis les années soixante-dix, aux établissements d'enseignement supérieur pédagogiques dans les domaines des sciences de l'éducation et de la didactique.

D'un point de vue constitutionnel, bien que le droit de promotion incombe aux universités, l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale ne garantit pas explicitement aux universités le monopole de la promotion. Néanmoins les dispositions relatives au droit de promotion sont inscrites aux côtés de celles relatives au principe de libre administration académique, garanti par les Constitutions des Länder. L'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale n'accorde qu'une protection indirecte au droit de promotion. Si le droit de promotion n'est pas garanti par la Constitution fédérale mais

¹²⁷⁹ BVerfG 25, 142, déc. du 21 janvier 1969, „Beamtenwitwe“.

¹²⁸⁰ W. Zimmerling, *Akademische Grade und Titel, Die verwaltungsrechtliche Voraussetzungen für das Führen inländischer und ausländischer Grade und Titel*, 2. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1995, p. 10.

par les Constitutions des Länder, il ne peut donc pas être supprimé par le pouvoir législatif des Etats fédérés.

Au sein des établissements d'enseignement supérieur qui possèdent le droit de promotion, ce sont les facultés qui peuvent l'exercer dans le cadre de leurs compétences exclusives. Les facultés édictent leur propre règlement relatif à la promotion ou proposent au sénat de l'université des dispositions dans ce domaine. Dans la mesure où le droit de promotion relève en premier lieu de la compétence des facultés, c'est le schéma de pensée de la « Binnenorganisation », d'une organisation décentralisée d'une collectivité de droit public qui prime dans ce domaine. En outre, le droit de promotion n'appartient pas à un professeur d'université en particulier. Néanmoins, selon l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale, il revient au professeur le droit de prendre en charge des doctorants, de les encadrer et de prendre part à la procédure de promotion en tant qu'examinateur.

Le droit de promotion et le droit d'habilitation peuvent se rapprocher au niveau de la portée de la liberté de la science elle-même. Le droit de promotion s'inscrit dans le domaine propre de la science. Si les établissements d'enseignement supérieur d'art et de musique peuvent posséder le droit de promotion, c'est parce qu'ils exercent des disciplines scientifiques. Les « Fachhochschule » ne possèdent pas ce droit de promotion bien que certaines discussions actuelles remettent en cause ces principes. Le fait que le droit de promotion soit exercé en priorité par les différentes facultés renforce aussi le lien avec les disciplines scientifiques. En ce sens et en règle générale, le principe de faculté ou « Fakultätsprinzip » limite le droit de promotion à un certain domaine disciplinaire¹²⁸¹. De la même façon que le droit de promotion, le droit d'« Habilitation » ou « Habilitationsrecht » est en lien étroit avec le critère de scientificité et conditionne le bénéfice de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale à la preuve d'un « haut niveau scientifique au niveau matériel et au niveau des compétences »¹²⁸². L'habilitation représente dans les sciences humaines et sociales, dans la médecine et dans la plupart des sciences naturelles, la preuve d'une qualification suffisante pour intégrer la fonction de « Hochschullehrer ».

Il faut s'intéresser maintenant aux différences entre le droit de promotion et le droit d'habilitation. Selon l'auteur Köttgen, le droit d'habilitation¹²⁸³ fait partie du droit fondamental de l'université alors que Thieme ne considère pas le droit d'habilitation comme un droit essentiel des établissements d'enseignement supérieur scientifiques. Le dispositif juridique nécessaire en faveur du droit d'habilitation et du droit de promotion doit s'inscrire dans le droit statutaire, selon Köttgen, le

¹²⁸¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 201-203.

¹²⁸² C. Flämig, V. Grellert, O. Kimminich, E.-J. Meusel, H. H. Rupp, D. Scheven, H.-J. Schuster, F. Graf Stenbock-Fermor, (Hrsg), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Bd. 1, Berlin, Springer Verlag, 1982, p. 463.

¹²⁸³ Par exemple §15 Satzung FU Berlin 1948 ; §§30-34 BerlHSchG ; §42-43 Satzung Universität Heidelberg.

« Universitätsrecht » ou droit de l'université. Le droit de promotion¹²⁸⁴ fait preuve d'un plus large consensus ; Köttgen et Thieme juxtaposent ce droit au critère de participation au corps professoral pour un universitaire. Le droit de promotion et le critère de participation désignent deux éléments essentiels du droit de la libre administration. D'après ces auteurs, le droit d'habilitation correspond au droit relatif à la réglementation des conditions de capacité d'enseignement dans les établissements d'enseignement supérieur scientifiques. Le droit de promotion contient les « autorisations correspondantes pour le décernement des grades académiques », qui sont elles-mêmes des conditions pour l'habilitation et pour l'exercice de certaines fonctions scientifiques¹²⁸⁵.

Historiquement, jusqu'au XVIIIème siècle, il n'existait que la promotion pour justifier de la capacité d'enseignement. La notion moderne de l'habilitation sera notamment utilisée dans les statuts de l'Université de Berlin de 1816 (*ius habilitandi*). A l'origine, l'habilitation était un droit exclusif de l'université, l'Etat ne contribuait en aucune manière à la procédure de l'habilitation. L'habilité acquérait des droits et des obligations uniquement de la faculté de l'université. Avec les règlements relatifs à l'habilitation pendant la période du Reich de 1934 et de 1939, les national-socialistes actèrent la séparation entre la capacité scientifique d'enseignement (*facultat docendi*) et l'autorisation des pouvoirs publics d'enseigner (*venia legendi*). Dans certains Länder, il subsiste encore aujourd'hui la distinction faite entre la capacité et la faculté. Depuis les années soixante-dix et les différentes vagues de réformes du droit de l'enseignement supérieur, beaucoup de revendications vont dans le sens de l'abrogation de l'habilitation. Par exemple, le « Assistenzprofessur » met en œuvre une catégorie de professeurs qui ne possèdent pas d'habilitation.

Le droit d'habilitation diffère-t-il principalement du droit de promotion en ce qu'il a été conféré par les pouvoirs publics aux universités ? Quelques lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder ne connaissent aucun principe exprès de dévolution ou d'autorisation¹²⁸⁶. Certaines hésitations devraient alors apparaître dans la mesure où la plupart des dispositions des Länder ne prévoient pas le cas de l'abrogation de l'habilitation¹²⁸⁷.

C'est la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui vient donner quelques éléments de réponse dans un arrêt de 2004¹²⁸⁸. Concernant le recours contre les dispositions de la cinquième loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, le requérant avançait l'argument matériel

¹²⁸⁴ Par exemple §9 III Satzung FU Berlin 1948 ; §44-45 Satzung Universität Heidelberg.

¹²⁸⁵ K. A. Bettermann, M. Goessl, *Schulgliederung, Lehrbildung und Lehrerbeseoldung in der bundesstaatlichen Ordnung, Zugleich ein Beitrag zur Rahmenkompetenz des Bundes und zu Konflikten zwischen Bundes und Landeskompentzen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963, p. 79.

¹²⁸⁶ Voir par exemple §71 Hamburgisches Hochschulgesetz (HbgHG).

¹²⁸⁷ Par exemple, il n'y a aucune précision dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie-Palatinat du 10 septembre 2008 (HG Rheinland-Pfalz) comme dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Basse-Saxe du 22 janvier 2004 (Niedersächsisches Hochschulgesetz, NHG).

¹²⁸⁸ BVerfGE, 111, 226, déc. du 27 juillet 2004, „Juniorprofessur“.

selon lequel l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale garantirait aux universités le droit d'habilitation et que cela ne devrait pas être discuté puisque les réglementations détaillées du législateur fédéral étaient déjà en contradiction avec l'ancienne compétence cadre. Par ailleurs, une part de la doctrine est plutôt favorable à l'argumentation du requérant et s'accorde sur le fait que la liberté de la science et la garantie de libre administration du droit constitutionnel des Länder confient le « droit de graduation corporative », autrement dit la promotion et l'habilitation, aux mains de l'université. Promotion et habilitation seraient tellement au cœur de la libre administration académique qu'elles priveraient le législateur d'une certaine marge de manœuvre. Par conséquent, le droit et la compétence d'abrogation ou de modification de l'habilitation reviendraient aux universités en tant que telles¹²⁸⁹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne remet pas en cause cette argumentation dans son arrêt.

En définitive, bien que la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur soit toujours en vigueur et que les Länder peuvent édicter certaines dispositions plus détaillées dans ce domaine, le droit de promotion comme le droit d'habilitation sont par essence des « actes corporatifs » et sont réglés par les statuts des établissements. Chacune de ces procédures intègre respectivement le doctorant et l'habilité dans la communauté académique au sens immatériel¹²⁹⁰. En outre, dans les règlements relatifs à l'habilitation s'exerce un droit de décision collégiale et en particulier, un droit de corporation. L'habilitant devient, en cas de réussite, un membre de la corporation des « Hochschullehrern »¹²⁹¹.

2° La dérogation au principe du double statut afin d'accroître l'autonomie de l'université

Les universités sont soumises traditionnellement au double statut de collectivité de droit public et d'institution du Land. Ce modèle correspondait à l'origine à la distinction des tâches académiques gérées par la corporation et des affaires publiques qui revenaient à l'établissement en tant qu'institution du Land. Le double statut permettait donc une simplification dans la répartition des missions publiques et des missions propres de l'université mais également garantissait une compétence spécifique à l'établissement dans le domaine scientifique réservé. Il s'agit, selon la doctrine d'une séparation fonctionnelle¹²⁹². Depuis le processus de Bologne notamment, les universités ne suivent plus forcément la même impulsion et ne sont plus « contraintes » de conserver ce double régime juridique. L'abandon du double statut a pour objectif officiel de jouir de davantage d'autonomie pour les établissements d'enseignement supérieur. Les universités peuvent être soumises à un régime juridique de collectivité simple. On peut s'interroger sur la correspondance

¹²⁸⁹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 212-215.

¹²⁹⁰ Pour l'habilité, BVerfG 61, 210, déc. du 20 octobre 1982, 1 BvR 1467/80.

¹²⁹¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 219.

¹²⁹² Voir notamment M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 560.

entre ce nouveau régime de collectivité simple et ses effets sur le principe de libre administration. La défection du double statut est-elle un réel gage d'autonomie pour l'université ?

Dans le Land de la Rhénanie du Nord, les établissements d'enseignement supérieur ont obtenu davantage de responsabilités. La loi relative à la liberté des établissements d'enseignement supérieur du 1^{er} janvier 2007¹²⁹³ vient modifier la loi du Land de la Rhénanie du Nord-Westphalie. Les établissements du Land disposaient traditionnellement du double statut de collectivité de droit public et d'institution du Land, ils sont désormais uniquement régis sous le statut de collectivité de droit public¹²⁹⁴. En outre, si auparavant le personnel de l'université possédait le statut de fonctionnaire du land, il devient, avec la loi de liberté des établissements d'enseignement supérieur, fonctionnaire de l'établissement en tant que tel¹²⁹⁵. Selon les textes, le statut de collectivité simple de droit public donne la possibilité à l'établissement de décider lui-même de son organisation, de son profil et de ses activités. En bénéficiant de ce régime juridique, il peut adapter son organisation aux objectifs qu'il souhaiterait atteindre. L'abandon du double statut et la mise en œuvre du régime seul de collectivité de droit public ne suivent pas forcément une même « structure organisationnelle » selon les Länder ou les établissements d'enseignement supérieur.

Une démarche semblable a été initiée dans le Land de Hesse. L'établissement d'enseignement supérieur technique de Darmstadt, depuis le 1^{er} janvier 2005, n'est plus qu'une collectivité de droit public ; la loi relative à cette Université ne mentionne plus la qualité d'institution du Land¹²⁹⁶. L'objectif de cette mesure est inscrite dans le premier paragraphe de la loi, il s'agit de favoriser le développement de nouvelles structures organisationnelles au sein de l'établissement technique de Darmstadt en tant qu'Université du Land de Hesse, de renforcer son autonomie, de conforter l'engagement et la responsabilité propre des membres et de garantir des structures décisionnelles efficaces¹²⁹⁷.

¹²⁹³ Hochschulfreiheitsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (HFG).

¹²⁹⁴ §2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), „Rechtsstellung“, (Statut juridique), „Die Hochschulen nach § 1 Absatz 2 sind vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts“.

¹²⁹⁵ §2, Abs. 3, S. 2 HG NRW, „Das Personal steht im Dienst der jeweiligen Hochschule. Die Hochschulen besitzen das Recht, Beamte zu haben.“

¹²⁹⁶ Loi relative au développement de l'organisation de l'Université technique de Darmstadt du 5 décembre 2004 (Gesetz zur organisatorischen Fortentwicklung der Technischen Universität Darmstadt (TUD-Gesetz), HessGVBl. S. 382, §2, Abs. 1 „Rechtsstellung“, (Statut juridique), „Die TU Darmstadt ist als Universität des Landes rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts“.

¹²⁹⁷ §1, Abs. 1 TUD-Gesetz, „Zielsetzung“, (Objectif), „Ziel dieses Gesetzes ist, die organisatorische Weiterentwicklung der Technischen Universität (TU) Darmstadt als Universität des Landes Hessen zu fördern, ihre Autonomie zu stärken, das Engagement und die Eigenverantwortung ihrer Mitglieder zu unterstützen und handlungsfähige Entscheidungsstrukturen sicherzustellen“.

En outre, diverses compétences ministérielles sont attribuées exclusivement à l'établissement¹²⁹⁸ notamment concernant des questions foncières. L'établissement peut encore décider de céder pour utilisation des immeubles du Land selon les règles budgétaires en vigueur¹²⁹⁹. De la même façon que dans le Land de Rhénanie du Nord, le personnel de l'université n'est plus sous l'autorité du Land mais sous l'autorité de l'établissement technique lui-même¹³⁰⁰. Quant à l'organisation proprement dite, l'établissement peut déroger à la structure organisationnelle du Land de Hesse avec l'agrément du ministère et en accord avec le conseil d'université¹³⁰¹. Au demeurant, le dualisme traditionnel des missions subsiste, c'est-à-dire la distinction entre les affaires académiques et les affaires publiques.

Les établissements d'enseignement supérieur du Sachsen-Anhalt et du Schleswig-Holstein ainsi que ceux de la Saxe sont aussi devenus des collectivités simples de droit public¹³⁰². Le processus s'est également répété pour l'Université du Land de la Sarre qui était jusqu'en 2004 une collectivité de droit public et une institution du Land. C'est en été 2004 qu'elle est devenue finalement une collectivité de droit public¹³⁰³. L'ensemble de son personnel reste cependant sous l'autorité du Land¹³⁰⁴. L'Université se dote d'un règlement intérieur en accord avec le ministère de la formation, de la culture et de la science. Il faut toutefois que ce règlement corresponde aux principes figurant dans le plan de développement des universités du Land¹³⁰⁵.

¹²⁹⁸ §2, Abs. 6 TUD-Gesetz, „Die Zuständigkeiten des Ministeriums nach den § 12 Abs. 2 und § 13 Abs. 3 Satz 1 der Kapazitätsverordnung vom 10. Januar 1994 (GVBl. I S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung vom 20. Juni 2005 (GVBl. I S. 532), werden auf die Hochschule übertragen“.

¹²⁹⁹ §4, Abs. 3 TUD-Gesetz, „Die Hochschule ist nach Maßgabe der Landeshaushaltsordnung berechtigt, die ihr zur Nutzung überlassenen Landesgrundstücke zu veräußern oder Grundstücke für das Land zu erwerben.“.

¹³⁰⁰ §3 Abs. 1 S.1 TUD-Gesetz, „Die TU Darmstadt besitzt Dienstherrnfähigkeit im Sinne des § 3 des Hessischen Beamtengesetzes“.

¹³⁰¹ §5 TUD-Gesetz, (Structure organisationnelle), „Die TU Darmstadt kann in der Grundordnung mit Genehmigung des Ministeriums und im Benehmen mit dem Hochschulrat eine vom Hessischen Hochschulgesetz abweichende Organisationsstruktur festlegen“.

¹³⁰² Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HSG LSA), §54 „Rechtsstellung der Hochschule“, (Statut juridique de l'Université), „Die Hochschulen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze“; Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein, §2, Abs. 1, S. 2 „Rechtsstellung der Hochschulen“, (Statut juridique des établissements d'enseignement supérieur), „Mit Ausnahme der Stiftungsuniversität zu Lübeck sind sie rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit mit dem Recht der Selbstverwaltung“; Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG), §2, Abs. 1 „Rechtsnatur und Gliederung der Hochschulen“, (Nature juridique et structure des établissements d'enseignement supérieur), „Die Hochschulen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts“.

¹³⁰³ Gesetz über die Universität des Saarlandes (SaarLUG), §1 Abs. 1 S.1, „Die Universität ist eine vom Land getragene Körperschaft des öffentlichen Rechts“.

¹³⁰⁴ §9, S. 1 SaarLUG, „Personal“, „Die hauptamtlichen Mitglieder des Universitätspräsidiums, die Direktorin/der Direktor der saarländischen Universitäts- und Landesbibliothek sowie die Professorinnen und Professoren sind Beamtinnen und Beamte oder Angestellte des Landes“.

¹³⁰⁵ §10, Abs. 1 SaarLUG, „Verfassung und Ordnungen“, (Constitution et règlements), „Die Universität gibt sich eine Grundordnung, die der Zustimmung des Ministeriums für Bildung, Kultur und

En effet, si les universités bénéficient d'un régime en apparence « simplifié », elles doivent cependant toujours faire l'objet de l'agrément du Land comme lorsqu'elles répondaient traditionnellement au double régime. La réserve de l'agrément public sur les statuts des universités ne remet pas en question l'autonomie de statut et ne place pas l'Etat dans une position de « manager » de l'université, elle permet simplement de maintenir les statuts des universités dans le cadre de la loi. La subordination des statuts dans « le cadre des lois » ou « im Rahmen der Gesetze » est due à la primauté de la loi précisée à l'article 20 alinéa 3 de la Loi fondamentale en tant que principe fondamental de l'Etat de droit. Si les statuts s'avèrent contraires aux lois dans la forme ou dans le fond, ils sont réputés nuls. Il est question de l'exercice du principe de libre administration dans le cadre des lois.

Cela démontre encore l'ambiguïté des dispositions du paragraphe 58 de la loi fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur relative au régime juridique des établissements. En effet, il est indiqué que les établissements sont « en général » à la fois une collectivité de droit public et une institution du Land. Si le gain d'autonomie avancé par les politiques européennes et nationales supposerait que ce sont aux établissements d'enseignement supérieur de décider de leur statut juridique en vertu du principe de libre administration, il s'agit surtout de la mise en œuvre du pouvoir organisationnel du législateur du Land¹³⁰⁶.

Si les établissements d'enseignement supérieur bénéficient désormais de compétences élargies pour parvenir à une organisation propre, le gain d'autonomie signifie-t-il forcément davantage d'indépendance ? Bien que les établissements puissent développer de nouveaux moyens pour se spécialiser et se différencier les uns par rapport aux autres, le Land garde le contrôle sur l'ensemble du processus d'autonomisation, qu'il s'agisse du choix du régime juridique de l'université (le législateur accorde aux établissements d'enseignement supérieur la possibilité de déroger au double statut par le moyen d'une loi) ou encore de la mise en œuvre des statuts (la réglementation édictée par l'établissement fait toujours l'objet d'un agrément du Land).

Le personnel de l'établissement n'est plus forcément lié directement à l'administration du Land mais peut dépendre entièrement de l'établissement, cela peut aussi révéler une confusion des responsabilités et une nouvelle forme de hiérarchisation. Le double statut de collectivité de droit public et d'institution du Land permettait d'identifier plus clairement la répartition des missions et d'éviter l'enchevêtrement des responsabilités. En outre, le statut « exclusif » de collectivité simple entraîne une dilution du principe de libre administration dans une organisation plus verticale. Le statut de collectivité de droit public se conjugue davantage avec

Wissenschaft bedarf. Die Zustimmung ist zu versagen, wenn Rechtsgründe entgegenstehen oder die vorgeschlagene Regelung den Grundsätzen der Landeshochschulentwicklungsplanung widerspricht“.

¹³⁰⁶ La liberté d'organisation du législateur régional est désignée par la doctrine par l'expression « Gestaltungsfreiheit » et plus particulièrement par le principe de « Formenwahlfreiheit des Staates » que nous aborderons dans le point suivant.

une spécialisation des « structures d'organisations » qu'avec un fonctionnement universitaire ayant pour fondement le principe de libre administration et l'autonomie des organes de libre administration. Certains Länder sont allés plus loin dans le processus d'autonomisation des universités en abandonnant les caractéristiques traditionnelles du double régime juridique de collectivité et d'institution du Land. C'est également une des conséquences de la réforme du fédéralisme de 2006 qui pousse à la diversification des statuts juridiques des établissements d'enseignement supérieur.

B. L'apparition de nouveaux « modèles d'organisation » des universités : de la collectivité de droit public à la fondation de droit public

Si les universités, au nom du principe de libre administration, peuvent déroger au double statut de collectivité de droit public et d'institution du Land, elles peuvent encore être érigées sous une autre forme juridique. Cette éventualité s'inscrit aussi dans la plupart des lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur¹³⁰⁷. Les dispositions relatives au choix du régime juridique inscrites dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur ou dans certaines lois des Länder, précèdent généralement la mention du principe de libre administration¹³⁰⁸. En outre, depuis la réforme du fédéralisme de 2006, les dispositions de la loi fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur sont peu à peu remplacées par le droit de l'enseignement supérieur des Länder dans ce domaine.

Le type de régime juridique aura un impact sur le mode d'organisation de l'établissement d'enseignement supérieur et plus concrètement sur le fonctionnement de la « Binnenorganisation » allemande qui suppose une organisation universitaire décentralisée (1°). En revanche, dans le droit français, la distinction entre un système universitaire centralisé et un système décentralisé n'est pas clairement établie¹³⁰⁹. C'est tout d'abord au ministre chargé de l'enseignement supérieur de

¹³⁰⁷ Exemples, Art. 11, Abs. 1, S. 3 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG), „Rechtsstellung“, (statut juridique), „Sie (les universités) können durch Gesetz auch in anderer Rechtsform errichtet oder in eine andere Rechtsform umgewandelt werden.“; §5, Abs. 2, Brandenburgisches Hochschulgesetz (BdbHG) ; §6, Abs.1 S.2 Hochschulgesetz des Rheinland-Pfalz (HochSchG) ; §2, Abs. 1, S. 3 Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (HSG) ; §2, Abs. 1, S. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹³⁰⁸ Par exemple, dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie-Palatinat, si la possibilité pour une université de choisir un autre régime juridique est garantie dans le premier alinéa de son paragraphe 6, la mention du principe de libre administration ne figure qu'au deuxième alinéa.

¹³⁰⁹ Parallèlement à une organisation décentralisée, au sein des universités françaises, il existe des unités de formation et de recherche, des départements, des laboratoires et des centres de recherche et d'autres types de composantes créés par délibération du conseil d'administration de l'université après avis du conseil académique. Des écoles ou des instituts peuvent être créés par arrêté du

coordonner et de mettre en œuvre la stratégie nationale de l'enseignement supérieur¹³¹⁰. Les priorités sont fixées après une concertation avec les représentants de divers groupes d'intérêts, « les partenaires culturels, sociaux et économiques, la communauté scientifique et d'enseignement supérieur, les ministres concernés et les collectivités territoriales ».

Si l'impulsion générale provient d'en haut, le législateur considère néanmoins que les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont « autonomes ». Les établissements définissent leur politique de formation et de recherche tout en exerçant « les missions qui leur sont conférées par la loi »¹³¹¹. Les universités françaises disposent d'une certaine autonomie de statut, elles « déterminent, par délibérations statutaires du conseil d'administration prises à la majorité absolue des membres en exercice, leurs statuts et leurs structures internes ». Les statuts sont ensuite transmis au ministre de l'enseignement supérieur¹³¹². Il n'est cependant pas question pour l'établissement, comme en droit allemand, de bénéficier d'un régime juridique dérogatoire à celui d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Afin d'accroître la flexibilité dans l'organisation des universités allemandes, il ne s'agit plus seulement de prolonger la décentralisation mais encore de prévoir de nouveaux régimes juridiques pour les établissements. Les pouvoirs publics allemands se désengagent-ils effectivement de la politique de l'enseignement supérieur : une fondation de droit public pouvant se substituer aux Länder (2°) ?

1° Modes d'organisation et « Binnenorganisation »

Le concept allemand de « Binnenorganisation » n'est pas propre à une organisation universitaire spécifique ni à un type d'établissement d'enseignement supérieur. La « Binnenorganisation » désigne l'ensemble de l'organisation décentralisée d'un établissement qui repose sur l'entité de la faculté ou de la composante. Les organes de la faculté comme le décanat et le conseil de la faculté représentent alors les piliers de la « Binnenorganisation ». A travers les différentes composantes, la « Binnenorganisation » suppose encore la participation des enseignants et des étudiants aux questions des établissements d'enseignement supérieur qui touchent aux domaines de la recherche et de l'enseignement. Le concept de « Binnenorganisation » est donc indissociable du principe de libre administration qui repose lui-même sur le principe de spécialité et sur le principe de collégialité qui seront étudiés plus loin. Si la forme d'organisation de la collectivité de droit public en droit allemand met en avant les spécificités du principe de libre administration et de

ministre chargé de l'enseignement supérieur sur proposition ou après avis du conseil d'administration et du conseil de l'enseignement supérieur et de la recherche. Art. L. 713-1-1 et 2 du Code de l'éducation.

¹³¹⁰ Art. L. 123-1 du Code de l'éducation.

¹³¹¹ Art. L. 711-1 du Code de l'éducation.

¹³¹² Art. L. 711-7 du Code de l'éducation.

la « Binnenorganisation », qu'en est-il du fonctionnement interne de la fondation de droit public ?

Au préalable, il est intéressant de s'épancher sur la notion de « modèle d'organisation » d'une université. En effet, lorsqu'il est question de préciser une organisation adaptée au domaine de la science ou le contenu du principe de libre administration, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne peut pas identifier un modèle détaillé d'une organisation universitaire. C'est au législateur du Land et aux organes de libre administration d'un établissement de décider de leur propre « modèle ». Néanmoins, le changement de régime juridique pour un établissement entraîne généralement des modifications importantes dans le fonctionnement interne de l'administration de l'université. Ainsi la structure de base de l'organigramme correspondant à une fondation de droit public peut s'éloigner de la traditionnelle « Binnenorganisation » d'une collectivité de droit public qui accordait une place privilégiée à la corporation académique.

Le régime juridique de la collectivité de droit public est indissociable de l'action de la corporation académique. Elle représente le « modèle de base » d'une université. L'ensemble de la vie de l'université dépend de la manière dont les individus agissent au sein de la corporation. Une université peut se définir selon le « caractère » des professeurs qu'elle nomme. Chaque université est donc liée à ses membres. Le cercle des membres de l'université est précisé dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur en son paragraphe 36 et repose sur le principe des droits de participation à la libre administration académique qui découle de la liberté de la science¹³¹³.

Ainsi, en droit allemand, une corporation autonome implique une organisation décentralisée. L'ensemble des acteurs de l'université doit contribuer au processus décisionnel dans la mesure de ses responsabilités et de sa qualification. Le principe de libre administration exercé dans une corporation s'oppose à ce que tous les pouvoirs soient concentrés entre les mains d'un organe central. Une corporation implique une coopération dans les domaines académiques et publics et chaque individu, chaque groupe d'individus et chaque organe auront un rôle particulier à jouer dans l'organisation globale d'une université. En cela, une organisation décentralisée suppose une répartition horizontale des compétences. La faculté représente le niveau de base de la « Binnenorganisation », dont les compétences se répartissent entre le conseil de faculté et le décanat. En dehors de la faculté, le professorat et les instituts font aussi partie de l'organisation décentralisée du fonctionnement corporatif.

Tout d'abord, le professeur d'université accomplit ses missions de façon indépendante selon le paragraphe 43 de la loi cadre fédérale relative aux

¹³¹³ K. Jaspers, *Die Idee der Universität*, S. 91 cité par M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 555-556.

établissements d'enseignement supérieur¹³¹⁴. Le législateur le considère comme le détenteur clé de la vie scientifique à la différence des employés ou des fonctionnaires qui exercent leurs missions dans un système hiérarchisé. Il n'est donc pas question ici d'un système hiérarchisé dans la mesure où l'universitaire n'a pas de supérieur pouvant modifier ses décisions concernant les questions relevant de la science. Toutefois, comme chaque fonctionnaire, l'universitaire a un « chef de service » qui était auparavant le ministre du Land. Aujourd'hui cela vaut uniquement pour les professeurs qui possèdent le statut de fonctionnaire du Land. Dans les cas où l'établissement est aux mains du chef d'établissement comme dans les fondations de droit public, l'établissement se caractérise aussi comme le « supérieur » des universitaires.

L'« institut » représente un autre niveau organisationnel, regroupant en règle générale plusieurs universitaires. L'institut fonctionne de manière collégiale. Sa direction décide en premier lieu de l'emploi de collaborateurs, ainsi que du partage des moyens de l'institut¹³¹⁵. Les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder peuvent prévoir des « centres scientifiques » ou « wissenschaftliche Einrichtungen » qui sont érigés sous la responsabilité d'une ou plusieurs facultés¹³¹⁶.

Dans l'organisation décentralisée, les facultés symbolisent à la fois la nature collégiale et disciplinaire de l'université. Les lois des Länder relatives aux établissements d'enseignement supérieur utilisent le terme de faculté (« Fakultät ») dans la loi du Land de Bavière notamment¹³¹⁷, et le terme d'unité de formation et de recherche dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Berlin ou de la Rhénanie du Nord-Westphalie¹³¹⁸. Les deux notions sont juridiquement équivalentes. Le choix de la dénomination revient aux Länder. En règle générale, les facultés sont des entités scientifiques plus importantes que les unités de formation et de recherche. Malgré les efforts pour remplacer les facultés à travers les réformes des années 70, elles restent partie intégrante du système universitaire allemand.

¹³¹⁴ §43 HRG „Die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nehmen die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft und Kunst, Forschung, Lehre und Weiterbildung in ihren Fächern nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses selbständig wahr“.

¹³¹⁵ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 308.

¹³¹⁶ Par exemple, §75, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG), „Einrichtungen der Fachbereiche“, „Die Fachbereiche der Universitäten und der Hochschule der Künste können sich in - wissenschaftliche, - künstlerische und – wissenschaftlich-künstlerische Einrichtungen gliedern“; §29 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), „Wissenschaftliche Einrichtungen und Betriebseinheiten; Bibliotheksgebühren; Einrichtungen an der Hochschule“, „Unter der Verantwortung eines Fachbereichs oder mehrerer Fachbereiche können wissenschaftliche Einrichtungen errichtet werden, soweit dies zweckmäßig ist“; §90 Hochschulgesetz des Landes Rheinland Pfalz (RP HSchG), „Aufgaben und Errichtung“, „Wissenschaftliche Einrichtungen und Betriebseinheiten dienen der Wahrnehmung der Aufgaben der Hochschule“.

¹³¹⁷ Art. 27, 31 et 32 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG).

¹³¹⁸ §69-§75 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG); §28 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

La faculté est chargée, sous réserve des compétences des organes centraux et de la responsabilité globale de l'établissement d'enseignement supérieur, d'organiser à travers le droit du Land son propre domaine de compétences¹³¹⁹. La décision relative à la création ou à la fermeture d'une faculté revient à la fois à l'université et au Land. Relativement à la procédure de création d'une faculté, il y a cependant certaines obligations légales, par exemple le respect d'annonce ou d'obtention d'agrément¹³²⁰. En outre, une faculté possède la personnalité juridique et elle bénéficie des garanties de l'article 19 alinéa 3 de la Loi fondamentale ; au même titre que l'université, elle est une exception à la règle selon laquelle les personnes juridiques de droit public exerçant des prérogatives de puissance publique ne peuvent pas bénéficier de la protection de droits fondamentaux. En théorie, une faculté pourrait donc envisager un recours contre l'université en vertu du principe de la liberté de la science. Les organes de la faculté ou de l'unité de formation et de recherche sont le conseil de faculté (« Fakultätsrat » ou « Fachbereichsrat ») et le décanat (« Dekan »).

La création des statuts de la faculté, la mise en place des enseignements et des examens, l'organisation de la recherche ou les décisions relatives aux propositions de recrutement¹³²¹ entrent dans la compétence du conseil de faculté. Traditionnellement, le conseil exerce une compétence de principe. Certaines lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder spécifient que le conseil est compétent dans la mesure où la tâche n'a pas été attribuée à un autre organe comme le décanat¹³²².

Au sein du conseil de faculté, les professeurs doivent représenter au moins la moitié des voix lorsqu'il s'agit de questions relatives à l'enseignement. Dans certains Etats fédérés, la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur précise que la part des universitaires doit représenter la majorité absolue des sièges¹³²³. Le législateur du Land peut aussi exiger que tous les professeurs soient en charge de proposer les nominations et de mettre en place les règlements relatifs à la procédure d'habilitation et de promotion¹³²⁴. Certaines lois régionales restent plus générales en déterminant que le groupe des universitaires doit disposer d'une voix supplémentaire par rapport aux autres groupes représentés¹³²⁵.

¹³¹⁹ Par exemple, §69 Abs. 1 S.1 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG).

¹³²⁰ §11, Abs. 2 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG) ; §66 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG).

¹³²¹ §71, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG); §87 Hochschulgesetz des Landes Rheinland Pfalz (RP HSchG).

¹³²² Art. 31, Abs. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG), „Der Fakultätsrat ist zuständig in allen Angelegenheiten der Fakultät, für die nicht die Zuständigkeit des Dekans oder der Dekanin oder eines anderen Organs der Fakultät bestimmt ist“.

¹³²³ Voir notamment §91 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG).

¹³²⁴ Art. 31, Abs. 1, S. 2, Nr. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG).

¹³²⁵ §44, Abs. 2, S. 4 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

Enfin, la direction de la faculté incombe au décanat¹³²⁶, le législateur peut aussi utiliser les termes de direction de la faculté ou de l'unité de formation et de recherche¹³²⁷. Le décanat est composé d'un ou plusieurs vice-doyens et de représentants d'étudiants¹³²⁸. Le décanat est généralement choisi par le conseil de faculté sur proposition de la direction centrale de l'établissement¹³²⁹. Au décanat revient un droit de surveillance ; il porte la responsabilité de l'organisation de l'offre d'enseignement. Le décanat peut aussi être responsable de la mise en œuvre du plan de développement décidé par le conseil de faculté¹³³⁰. Il peut décider encore de la répartition des postes et des moyens matériels au sein de la faculté¹³³¹. Dans certaines lois des Länder, la direction peut aller à l'encontre de décisions prises par le conseil de faculté qui ne seraient pas conforme à la loi et elle peut dès lors exiger leur retrait¹³³². Le décanat « veille » à ce que les universitaires et les personnes exerçant des fonctions d'enseignement remplissent leurs obligations d'enseignement et d'examen et leur mission d'accompagnement des étudiants¹³³³.

Les règles relatives à l'organisation générale du décanat ont été jusque là limités par deux facteurs : la motivation moindre des professeurs envers cette fonction, une très faible attractivité et en second lieu, il pouvait très rarement arriver qu'un décanat puisse exercer son pouvoir décisionnel en portant atteinte au principe de collégialité, sans faire participer le conseil de faculté. Une décision prise dans ces conditions aurait été vouée à l'échec. L'aspect de l'attractivité reste encore aujourd'hui une limitation mais la seconde perd de sa signification¹³³⁴.

Si l'organisation traditionnelle repose sur la décentralisation comme une conséquence du principe de libre administration, un établissement d'enseignement supérieur peut exister sous la forme juridique d'une fondation ou « Stiftungshochschule ». La forme juridique de la fondation est précisée dans le Code civil allemand mais aucune disposition dans le droit fédéral ne régit le droit de l'organisation applicable à une fondation de droit public¹³³⁵. Quelques caractéristiques correspondant au régime de la fondation de droit public différent pourtant largement du « modèle de base » de la collectivité de droit public.

¹³²⁶ Par exemple, §73 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG); §24 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG).

¹³²⁷ §92 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HGMV).

¹³²⁸ Par exemple, Art. 29, 30 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG); §43 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹³²⁹ Par exemple, §72 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG); §27, Abs. 4 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹³³⁰ Art. 28, Abs. 3, S.2, Nr.5 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG).

¹³³¹ Art. 28, Abs. 3, S.2, Nr.6 BayHschG.

¹³³² §43, Abs. 2 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹³³³ §89, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen (SächsHG).

¹³³⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 309.

¹³³⁵ Le §80 du Code civil allemand (Bundesgesetzbuch, BGB) règle la création et le fonctionnement d'une fondation de droit privé et le §89 prévoit la fondation de droit public qui précise uniquement les cas de responsabilité pour insolvabilité. Une fondation est caractérisée par son patrimoine, par son objectif, qui est d'engendrer des biens et du profit et ce, par le moyen d'une organisation particulière largement inspirée du droit privé. (§81, Abs. 1, S.2-3, §85 BGB).

Une fondation de droit public est une organisation dotée de la personnalité juridique avec pour mission la gestion d'un capital. A la différence d'une collectivité de droit public, on ne parle plus de membres pour désigner les usagers d'une fondation¹³³⁶. La fondation n'est pas composée de membres mais de « Destinataire »¹³³⁷ ou « Nutzniesser », qui doivent suivre les directives du « fondateur ». Les doutes constitutionnels autour de la fondation de droit public portent sur l'organisation interne et l'influence de la fondation sur les organes de l'université. Une fondation ne dispose pas, en tant que telle, d'une organisation personnelle adaptée au domaine de la science mais elle peut servir de structure organisationnelle et formelle sur laquelle repose une université (qui, de son côté, se détermine en fonction du groupe corporatif autonome).

En effet, puisque l'organisation de la fondation répond avant tout à la volonté du « fondateur », la forme juridique des fondations ne laissent pas une place conséquente à un agencement tendant vers une « Binnenorganisation ». Néanmoins, d'un point de vue constitutionnel, l'obligation de distance ou « Distanzpflicht » énoncée par l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, qui empêche une influence des pouvoirs publics sur le contenu du processus de la connaissance, n'exclut pas d'élargir cette distance entre les pouvoirs publics et l'établissement d'enseignement supérieur à travers d'autres formes de médiation comme la fondation de droit public¹³³⁸.

2° La question de la substitution des pouvoirs publics par la fondation de droit public : la détermination du « Trägerschaft » d'un établissement d'enseignement supérieur

La forme d'organisation peut dépendre du type de missions exercées par l'établissement mais également de la distance entre le niveau décisionnel de l'établissement et l'Etat au sens large. C'est ce que révélait l'antagonisme traditionnel entre les caractéristiques de la collectivité de droit public et celles de l'institution du Land.

L'Etat (le Land) est libre quant au choix du régime juridique d'un établissement d'enseignement supérieur selon le principe allemand de « Formenwahlfreiheit des Staates ». La liberté de choix de l'Etat s'illustre notamment par rapport au régime de la fondation de droit public. L'Etat doit déterminer si l'établissement d'enseignement supérieur dépend juridiquement du Land ou de la fondation. La doctrine allemande parle plus facilement de la détermination du « Trägerschaft » qui ne trouve pas

¹³³⁶ Y. Hener, S. Kaudelka, S. Kirst, „Stiftungshochschulen in Deutschland-Ein Zukunftsmodell? Eine Studie zu Modellen und Perspektiven“, CHE Centrum für Hochschulentwicklung, Arbeitspapier Nr. 110, Oktober 2008.

¹³³⁷ Le terme allemand de « Destinatar » est employé dans le droit de la fondation et peut se rapprocher de « Begünstigter » qui désigne le bénéficiaire. Dans ce cas, le « Destinatar » se définit comme la personne ou l'institution qui bénéficie des objectifs de la fondation.

¹³³⁸ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 565.

forcément de traduction juridique satisfaisante en français¹³³⁹. Par exemple, le Land de Basse-Saxe, par le moyen d'un règlement, décide que les établissements d'enseignement supérieur dépendent d'une fondation de droit public tout en conservant leur structure initiale de collectivité¹³⁴⁰. Dans ce cas, la fondation remplace l'Etat mais ce-dernier reste le responsable de l'ensemble du système¹³⁴¹. La fondation exerce les compétences publiques comme des missions propres¹³⁴² et le respect du principe de libre administration est garanti par la fondation aux établissements d'enseignement supérieur¹³⁴³.

La fondation s'autofinance en constituant son propre capital. L'attribution de moyens financiers de la part de l'Etat reste tout de même nécessaire pour compléter ses apports. Pour la fondation, il n'est alors pas nécessaire qu'elle bénéficie d'une légitimation tenant au droit fondamental de la liberté de la science puisqu'elle ne vise pas à satisfaire les objectifs de la science proprement dits. En revanche, la fondation remplit des missions appartenant traditionnellement aux Länder, en particulier, elle exerce un droit de regard sur les établissements d'enseignement supérieur et des compétences découlant de l'autorité qu'elle détient sur le personnel.

Les membres de la fondation et en particulier du conseil de la fondation, le « Stiftungsrat » sont nommés pas le ministère du Land ; il s'agit d'une légitimation organisationnelle et personnelle. La cooptation à travers les organes de la fondation est exclue. Selon la doctrine, la légitimation matérielle ferait encore défaut quant au programme et quant aux objectifs de la fondation. La question de la légitimation démocratique du budget, dans la mesure où la fondation engage aussi des finances des Länder, n'est pas non plus résolue¹³⁴⁴. Le fonctionnement d'une fondation ressemble à celui d'une collectivité de droit public s'agissant du financement et de la structure organisationnelle, cependant une différence existe quant aux décisions relatives au personnel dans la mesure où l'université-fondation possède la qualité d'employeur avec une réelle marge de manœuvre concernant la rémunération et ainsi de nombreuses possibilités nouvelles d'agencement¹³⁴⁵.

Plusieurs exemples concrets d'universités en Basse-Saxe, en Hesse, en Westphalie du Nord et dans le Land de Brandebourg peuvent illustrer ce nouveau mode de fonctionnement. Dans le Land de la Basse-Saxe, le 1^{er} janvier 2003, les Universités de Göttingen, Hildesheim et Lüneburg, l'établissement vétérinaire de Hanovre et la

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 568. Le terme de „Trägerschaft“ pourrait trouver une équivalence dans la notion de responsabilité publique ou de responsabilité institutionnelle de l'établissement d'enseignement supérieur.

¹³⁴⁰ §55 Abs. 1 S. 1, §55a Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹³⁴¹ §1 Abs. 1 NHG.

¹³⁴² §55, Abs. 3 NHG.

¹³⁴³ §55, Abs. 5 NHG.

¹³⁴⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁴⁵ „Mit der Dienstherrnfähigkeit, der Personalhoheit im Tarifbereich und der Arbeitgeberfunktion sowie der Entscheidungsfähigkeit für Berufungen bestehen in diesem Bereich hohe Gestaltungsmöglichkeit“, Y. Hener, S. Kaudelka, S. Kirst, „Stiftungshochschulen in Deutschland-Ein Zukunftsmodell? Eine Studie zu Modellen und Perspektiven“, *op. cit.*

« « Fachhochschule » de Osnabrück sont passés de la tutelle du Land à un régime juridique de fondation de droit public, rendu possible par la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land. Le même processus a eu lieu dans le Land de Hesse en janvier 2008 ainsi que dans le Brandebourg en mars 2008. Chaque Land adopte des dispositions particulières dans ce domaine¹³⁴⁶. Dans la loi du Land de Westphalie du Nord, les établissements d'enseignement supérieur y sont traditionnellement des corporations de droit public et ont perdu leur double statut d'institution du Land, toutefois, la loi précise explicitement que les établissements peuvent être soumis à une autre forme juridique ou au régime juridique de la fondation et ce par le moyen d'une loi¹³⁴⁷.

En Basse-Saxe, les établissements peuvent sur leur propre demande, par un règlement du gouvernement du Land, passer d'une tutelle étatique directe à un régime de tutelle indirecte d'une fondation de droit public. Dans ce cadre, la fondation de droit public promeut l'établissement d'enseignement supérieur comme une collectivité de droit public et lui garantit donc le principe de libre administration¹³⁴⁸. Les dispositions relatives à la création et au fonctionnement de la fondation figurent dans le quatrième chapitre de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land. L'établissement demeure par ailleurs sous la responsabilité de l'Etat qui gère encore le financement. En revanche, c'est à la fondation d'exercer un droit de regard sur l'établissement d'enseignement supérieur¹³⁴⁹. Les affaires publiques ne sont donc plus soumises directement à un droit de regard de l'Etat et en particulier du Land mais à la surveillance de la fondation qui sera elle-même soumise à un contrôle du ministère du Land¹³⁵⁰. Il pourrait y avoir un conflit avec les dispositions de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur qui précise, qu'aussi longtemps qu'un établissement exerce des missions publiques, celles-ci s'accompagneront d'une surveillance de la part de l'Etat¹³⁵¹.

Dans le règlement adopté par le Land de Basse-Saxe, permettant le changement de régime juridique en une fondation, les immeubles initialement rattachés au Land deviennent la propriété de la fondation¹³⁵². Les biens qui jusqu'à présent étaient utilisés par l'université et en la propriété du Land appartiennent désormais à la fondation¹³⁵³. La fondation de droit public finance les missions de l'établissement d'enseignement supérieur, en particulier grâce à la contribution annuelle du Land mais également avec les gains découlant des biens de la fondation et des

¹³⁴⁶ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 290.

¹³⁴⁷ §2, Abs. 1, S. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), „Durch Gesetz können sie auch in anderer Rechtsform errichtet oder in eine andere Rechtsform umgewandelt oder in die Trägerschaft einer Stiftung überführt werden“.

¹³⁴⁸ §55, Abs. 1, S. 1; Abs. 2, S. 1; Abs. 5 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG), (Transfert, objectifs et missions).

¹³⁴⁹ §55, Abs. 4, S. 1 NHG.

¹³⁵⁰ §62, Abs. 1 NHG.

¹³⁵¹ §59, S. 3 HRG.

¹³⁵² §55, Abs. 1, S. 4, S. 5 NHG.

¹³⁵³ §56, Abs. 6, S. 1 NHG.

éventuelles donations des tiers¹³⁵⁴. La contribution du Land est notamment utilisée pour financer les offres d'études, l'équipement de base de la recherche ou la promotion de la science¹³⁵⁵.

En Basse-Saxe, les organes de cette fondation se concentrent autour du conseil de la fondation (Stiftungsrat), chargé de prendre les décisions relatives aux affaires de la fondation. Il nomme les membres de la présidence, établit le plan économique, exerce un droit de surveillance sur l'établissement et en assure la présidence¹³⁵⁶. Le personnel de l'université devient le personnel de la fondation¹³⁵⁷. La surveillance reste sous la tutelle du ministère. Par rapport à d'autres établissements au sein desquels les affaires publiques (par exemple l'administration du personnel ou la rémunération) seront réglées au nom des pouvoirs publics, dans la fondation, cette charge devient pour elle une mission propre ou « eigene Aufgabe »¹³⁵⁸.

Le conseil de la fondation se compose de sept membres, dont cinq personnes qui ne viennent pas de l'université mais des domaines de l'économie, de la science ou de la culture. Ils sont nommés par le ministère en accord avec le sénat de l'université. Un seul membre du conseil de la fondation doit provenir de l'université, il est choisi par le sénat. Le dernier membre du conseil de la fondation représente le ministère¹³⁵⁹. Cette configuration ressemble à la structure des conseils d'université dans le droit de l'organisation de l'enseignement supérieur allemand que nous envisagerons plus loin.

La présidence de l'Université dirige les affaires courantes de la fondation, elle prépare les décisions du conseil de la fondation et décide de la conclusion d'accords d'objectifs. La présidence représente encore la fondation en dehors de l'institution¹³⁶⁰. Pour la nomination des professeurs, c'est le ministère de l'enseignement supérieur du Land qui est compétent, cependant le pouvoir de décision peut être transféré à la présidence avec l'accord du conseil de la fondation¹³⁶¹.

Dans le Land de Hesse, l'établissement d'enseignement supérieur technique de Darmstadt est devenu une simple collectivité de droit public et l'Université Johann Wolfgang Goethe de Francfort ne possède dans son statut, ni la mention de collectivité, ni celle d'institution du Land, elle est devenue une fondation de droit public. Les dispositions relatives au fonctionnement de la fondation se situent au neuvième chapitre et consacrent une place à part entière à ce nouveau mode d'organisation. Comme en Basse-Saxe, la fondation détient l'autorité sur ses

¹³⁵⁴ §56, Abs. 3 NHG.

¹³⁵⁵ §56, Abs. 4 NHG.

¹³⁵⁶ §59, Abs. 1 NHG.

¹³⁵⁷ §58, Abs. 1, S. 1 NHG.

¹³⁵⁸ §55, Abs. 3 NHG.

¹³⁵⁹ §60, Abs. 1 NHG.

¹³⁶⁰ §61, NHG.

¹³⁶¹ §58, Abs. 2 NHG.

fonctionnaires et employés et peut exercer le droit de conclure ses propres conventions collectives¹³⁶².

En tant que fondation universitaire, l'Université Johann Wolfgang Goethe de Francfort a toujours pour mission d'accroître la qualité de la recherche, de l'enseignement, des études et de la formation « tout au long de la vie ». C'est le Land qui entretient financièrement la fondation¹³⁶³. Elle peut aussi fonder des sociétés de droit privé et prendre part à de telles sociétés ou encore expérimenter de nouvelles formes de coopération avec les tiers, dans la mesure où leurs objectifs restent compatibles avec ceux de la fondation¹³⁶⁴. La volonté de mettre en œuvre ce fonctionnement révèle deux éléments significatifs : diversifier les modes de financement qui ne sont plus seulement publics et coopérer avec de nouveaux acteurs pour mener à bien des projets. Les organes de la fondation de l'Université de Francfort sont le conseil d'université, le Kuratorium de la fondation, le sénat et la présidence, qui représente la fondation¹³⁶⁵. Parmi les onze membres du conseil d'université, dix sont des représentants des domaines économiques, scientifiques, professionnels ou culturels, nommés par le ministère et une personne représente l'Etat.

Dans le Land de Brandebourg, la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land prévoit depuis 2005 que les établissements supérieurs peuvent être érigés sous un autre régime juridique que le régime traditionnel. Le changement de régime se fait sur demande de l'établissement¹³⁶⁶. Des dispositions supplémentaires sont contenues dans une loi spécifique qui précise le fonctionnement particulier de l'Université de Francfort¹³⁶⁷. Depuis le 1^{er} mars 2008, cet établissement est devenu l'Université d'Europe Viadrina, une fondation de droit public. Les dispositions figurant dans la loi de Brandebourg sont applicables à cette fondation tant que la loi contenant des dispositions particulières n'en dispose pas autrement¹³⁶⁸. Les missions de l'Université d'Europe Viadrina deviennent les missions propres de la fondation. La loi précise que la fondation garantit la libre administration de l'Université¹³⁶⁹. La fondation est aussi le « chef » de l'ensemble du personnel¹³⁷⁰. Le président recrute les professeurs de l'Université sur proposition de l'organe compétent de l'Université en accord avec le conseil de la fondation, et ce,

¹³⁶² §88 Hessisches Hochschulgesetz (HHG), „Personal“.

¹³⁶³ §83, Abs. 7 HHG, „Stiftungsvermögen, Vermögensübertragung“, (Patrimoine de la fondation, transfert du patrimoine).

¹³⁶⁴ §82 HHG, „Stiftungszweck“, (Objectif de la fondation).

¹³⁶⁵ §85 HHG, „Organe der Stiftung“, (Organes de la fondation).

¹³⁶⁶ §5, Abs. 2 Brandenburgisches Hochschulgesetz (Bbg HG), „Hochschulen können abweichend von Absatz 1 Satz 1 auch in anderer Rechtsform errichtet, auf Antrag der Hochschule in eine andere Rechtsform umgewandelt oder in die Trägerschaft einer anderen juristischen Person überführt werden. Das Nähere ist in einem besonderen Gesetz zu regeln“.

¹³⁶⁷ Loi relative à la création de l'Université-fondation européenne Viadrina de Francfort du 1^{er} décembre 2007, Gesetz über die Errichtung der „Stiftung Europa-Universität Viadrina Frankfurt (StiftG-EUV).

¹³⁶⁸ §1 StiftG-EU, „Errichtung und Rechtsform“, (Création et régime juridique).

¹³⁶⁹ §2, Abs. 2, S. 2 StiftG-EU, „Dabei wahrt die Stiftung die Selbstverwaltung der Universität“.

¹³⁷⁰ §11 ff. StiftG-EUV.

après un appel d'offres public des postes¹³⁷¹. Le conseil de la fondation exerce un droit de surveillance sur l'Université alors que la fondation est soumise au droit de regard du ministère¹³⁷². Il est donc question d'une double surveillance sur l'université, de la part de la fondation et des pouvoirs publics. Ce nouveau modèle, au lieu d'accroître l'autonomie de l'établissement, va le soumettre à une double tutelle.

La fondation apparaît pour certains auteurs comme un modèle de référence illustrant le retrait de l'Etat du domaine de l'enseignement supérieur¹³⁷³. Il n'existe à proprement parlé aucun avantage juridique au nouveau « modèle » de la fondation. La dépendance de l'université envers l'Etat existe toujours mais a simplement été déplacée, voire doublée au travers de l'action de la fondation. Une fondation de droit public n'est pas toujours envisagée comme un dédoublement de structure puisque certaines universités deviennent des fondations en tant que telles. La liberté d'épanouissement de la science et la perspective de la « Binnenorganisation » semblent masquées derrière les nouveaux objectifs de la fondation. Pour une part de la doctrine, le transfert de pouvoir au profit de la fondation ne se traduit par aucun gain d'autonomie pour l'université ; « L'établissement d'enseignement supérieur-fondation correspond à un projet de réforme du retrait de l'Etat ou en allemand « Entstaatlichung » mais pas à la « libération » de l'établissement d'enseignement supérieur et de ses membres chercheurs et enseignants »¹³⁷⁴.

En définitive, la fondation n'a pas été créée dans l'idée de garantir la liberté individuelle ou l'autonomie académique¹³⁷⁵. Le principe de libre administration n'est largement plus au cœur du modèle universitaire comme dans une collectivité de droit public. Si le principe de libre administration trouve aussi application dans une fondation, des différences essentielles avec la forme juridique de la collectivité de droit public subsistent. Le lien étroit entre le principe de libre administration, principe constitutionnel de l'organisation de l'université allemande et le régime de la collectivité de droit public est rendu plus fragile, notamment au regard de la plus grande marge de manœuvre des Länder dans le choix de la forme juridique d'un établissement. Le principe de libre administration ne parvient pas à s'adapter à tous les régimes juridiques, ce qui entraîne la réduction de ses garanties juridiques effectives. Dans ce contexte, il sert avant tout la dimension défensive de la liberté de la science alors qu'il devrait apporter de réelles garanties objectives et institutionnelles.

¹³⁷¹ §16 StiftG-EUV, „Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern“, (Recrutement des universitaires).

¹³⁷² §8, Abs. 2, Nr. 8 StiftG-EU, „Aufgaben des Stiftungsrat“, (Compétences du conseil de la fondation); §17, Abs.1, S.1 StiftG-EU, „Aufsicht und Zusammenwirken“, (Droit de regard et collaborations).

¹³⁷³ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 562.

¹³⁷⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 571.

¹³⁷⁵ „Die Stiftungshochschule ist ein Reformprojekt der Entstaatlichung, aber nicht der Befreiung der Hochschule und ihrer forschenden und lehrenden Mitglieder“, K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 571.

Un des facteurs concrets de cet infléchissement juridique tient dans le processus de hiérarchisation globale qui gagne l'université. D'un côté, l'Etat fédéral et les Länder exercent une surveillance de plus en plus indirecte, d'autre part, le contrôle de l'université et de la réalisation de ses objectifs est de plus en plus important. La relation complexe entre l'université et l'Etat pourra être étudiée à travers le deuxième pan du statut traditionnel de l'université : le statut d'institution du Land.

Section 2. L'université allemande, une institution publique à l'épreuve du retrait de l'Etat

Les rapports entre l'Etat et l'université, qu'ils se présentent comme étroits ou davantage distendus, révèlent un schéma complexe qui doit profiter à l'ensemble des protagonistes à court et à moyen terme. Kant avançait clairement que si le gouvernement s'arroge un droit de décision dans le domaine scientifique, il « s'exposera au ridicule ». Dans la théorie, la science ne devrait donc pas rendre de comptes au gouvernement¹³⁷⁶. Juridiquement, la notion d'institution publique du Land suppose que l'Etat délègue à un établissement d'enseignement supérieur le pouvoir d'exercice de compétences « souveraines » tout en conservant un certain contrôle. La collectivité de droit public en tant que groupe détaché de l'organisation de l'Etat se caractérise par un pouvoir décisionnel autonome envers ses membres, alors que la notion d'institution indique l'intégration de l'université dans la structure publique.

En droit allemand, parmi les institutions publiques, on distingue les institutions fédérales (« Bundesanstalt ») et les institutions du Land (« Landesanstalt »). Il existe aussi des institutions communales de droit public (« kommunale Anstalten des Öffentlichen Rechts »). L'autorité de l'organisation administrative appartient aux Länder, l'Etat fédéral peut aussi créer des autorités administratives dans certains cas particuliers selon la Loi fondamentale¹³⁷⁷. Par exemple, « pour des matières relevant de la compétence législative de la Fédération, une loi fédérale peut créer des autorités administratives supérieures fédérales indépendantes et de nouveaux établissements et collectivités de droit public rattachés directement à la Fédération »¹³⁷⁸.

Les Länder détiennent une compétence de principe s'agissant du droit de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur. Si l'université dispose

¹³⁷⁶ P. Macherey, « Kant et le conflit des facultés (1) », séminaire, décembre 2009.

¹³⁷⁷ Art. 83 GG, Répartition des compétences entre la Fédération et les Länder, « Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre »; Art 84 GG, Exécution par les Länder à titre de compétence propre, contrôle fédéral.

¹³⁷⁸ Art. 87, Abs. 3 GG, „Außerdem können für Angelegenheiten, für die dem Bunde die Gesetzgebung zusteht, selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes durch Bundesgesetz errichtet werden“.

de la maîtrise de son statut et d'une plus grande autonomie aujourd'hui, une absence totale de contrôle de la part des pouvoirs publics serait contraire à la Constitution. Le concept de l'Etat de droit suppose la légitimation de toutes les forces décisionnelles vis à vis des citoyens et de la représentation démocratique. Le processus volontaire de la participation du peuple s'illustre dans un droit de regard sur l'ensemble des institutions de droit public autonomes.

En France, le ministre chargé de l'enseignement supérieur en France a un rôle central : il « assure la coordination » du service public de l'enseignement supérieur et « veille à la mise en œuvre de la stratégie nationale de l'enseignement supérieur »¹³⁷⁹. L'Etat exerce notamment un contrôle lors de la mise en place des statuts ; s'ils sont fixés par les établissements d'enseignement supérieur au sein du conseil d'administration, ils seront ensuite transmis au ministre chargé de l'enseignement supérieur¹³⁸⁰. En outre un rapport sur l'exercice du contrôle de légalité des décisions et des délibérations des organes statutaires des établissements a lieu chaque année par le recteur d'académie ou chancelier des universités¹³⁸¹.

L'Etat français intervient encore afin de pallier les carences des établissements lors de perturbations importantes dans le fonctionnement interne de l'organisation. Le Conseil d'Etat, en 1976, a pu considérer que « la règle de l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur, posée à l'article 11 de la loi du 12 novembre 1968, ne fait pas obstacle à l'exercice normal des pouvoirs reconnus au secrétaire d'Etat aux universités, en vertu de l'article 18 de cette loi, en cas de difficulté grave dans le fonctionnement des organes statutaires ou de défaut d'exercice de leurs responsabilités¹³⁸² ».

Parallèlement au contrôle de l'Etat sur ses universités, le paysage universitaire français évolue à travers trois lois d'orientation universitaire, la loi Savary de 1984, la loi Pécresse de 2007 et la loi Fioraso de 2013. Les capacités de gouvernement des établissements d'enseignement supérieur et de recherche sont renforcées, ce qui tend à une plus grande différenciation des systèmes universitaires à la fois horizontale entre les différents types d'établissements et verticale à travers une plus forte hiérarchisation entre les institutions appartenant à un même type¹³⁸³. La direction financière et la direction des ressources humaines au sein des services centraux des universités acquièrent davantage de poids, les procédures et les circuits de décision se trouvent plus centralisés¹³⁸⁴. L'université possède une certaine autonomie mais l'Etat maintient un contrôle étendu.

¹³⁷⁹ Art. L. 123-1 du Code de l'éducation.

¹³⁸⁰ Art. L. 711-7 du Code de l'éducation.

¹³⁸¹ Art. L. 711-8 du Code de l'éducation.

¹³⁸² Conseil d'Etat, décision du 9 avril 1976, n°98423.

¹³⁸³ C. Musselin, *La grande course des universités*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017, p. 159.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

Loin du processus de décentralisation allemand, l'Etat détient également un monopole concernant la création des universités et l'architecture globale des établissements d'enseignement supérieur. Le Conseil d'Etat a pu notamment considérer que le transfert d'un institut par le ministère de l'enseignement supérieur ne constituait pas une atteinte au principe d'autonomie des établissements¹³⁸⁵. Dans cette affaire, les requérants soutenaient que le ministre est compétent pour créer ou supprimer un institut universitaire en vertu de l'article 713-1 du Code de l'éducation, il ne l'est cependant pas pour le transférer d'une université à l'autre. Ils invoquent aussi le fait que la procédure suivie n'était pas régulière due à l'absence de consultation du conseil d'administration de l'université, exigence prévue au même article. Si l'université requérante met en avant une atteinte au bon fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur et la violation du principe d'autonomie des universités, le juge des référés rejette la requête sans en faire mention. L'Etat français possède donc un monopole décisionnel s'agissant de l'architecture générale de l'université et de ses composantes.

Dans la doctrine allemande, une clause oblige l'Etat à conserver un certain contrôle sur l'université et par là-même, empêche une privatisation totale. Cette réserve ou « Staatlichkeitsklausel » signifie que les universités font partie intégrante de l'organisation publique. Le législateur peut par exemple fixer des conditions cadres concernant la mise en place des moyens de financement ou des dispositions relatives à la création et à la dissolution d'une université. La clause démontre encore que l'Etat, au sens large, est responsable dans le domaine de l'enseignement supérieur.

Le système universitaire subit des modifications profondes en raison du « retrait » de l'Etat de la politique de l'enseignement supérieur. Ce que certains auteurs¹³⁸⁶ appellent la dérégulation fédérale correspond notamment à l'abrogation de certaines dispositions du droit de l'organisation figurant dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, mise en œuvre par la quatrième loi de modification dans ce domaine¹³⁸⁷. L'objectif y était de réduire la réglementation au niveau fédéral afin de favoriser une plus grande diversité dans le droit universitaire.

A la suite de cette réforme législative, les établissements d'enseignement supérieur ont notamment obtenu la possibilité d'être érigé sous une autre forme juridique que la collectivité de droit public ou l'institution du Land¹³⁸⁸. Concomitamment à la volonté des universités de jouir d'une autonomie académique plus grande, les établissements améliorent leur capacité d'action dans le processus décisionnel

¹³⁸⁵ Conseil d'Etat, décision du 24 août 2009, n°330259.

¹³⁸⁶ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 47.

¹³⁸⁷ Viertes HRGänderG du 20 août 1998 (BGBl. I, S. 2190).

¹³⁸⁸ § 58, Abs. 1 HRG. Voir IIème Partie, Titre 2, Chap. 1^{er}, S. 1, §2, A., 2° « L'apparition de nouveaux modèles d'organisation des universités : de la corporation de droit public au système de la fondation de droit public ».

interne. Il s'agit, dans cette section, de comprendre les effets de la centralisation et de la hiérarchisation dans cette nouvelle gouvernance (§2).

Le droit universitaire voit alors apparaître de nouveaux « comités de direction » dont les compétences peuvent varier selon les Länder. Si le conseil d'université dans le Land du Bade-Wurtemberg est un véritable conseil de surveillance avec des compétences décisionnelles, dans d'autres Länder, les conseils d'université n'auront qu'une simple fonction de conseil. Ces nouvelles formes de pilotage posent la question du respect du principe démocratique et de la légitimité des organes qui bénéficient de davantage de compétences décisionnelles au mépris des organes collégiaux de libre administration. Plus largement, la composition de ces « nouveaux » organes peut entrer en conflit avec les principes d'organisation de l'université traditionnelle et avec la liberté de la science dans sa dimension subjective.

Les nouvelles formes de pilotage correspondent au « New University Management ». Des modalités entrepreneuriales sont injectées dans le droit universitaire ; les instances de direction sont renforcées et la terminologie juridique penche en direction de l'économie. Par exemple, la loi universitaire du Land du Bade-Wurtemberg intègre des termes spécifiques au monde de l'entreprise¹³⁸⁹. Le « Rektorat » qui désigne la plus haute instance de direction académique dans la plupart des établissements d'enseignement supérieur prend la dénomination de « Vorstand ». Ce terme renvoie aussi à une instance de direction mais initialement dans le monde de l'entreprise.

L'Etat et l'université sont tenus de maintenir des liens étroits dans la mesure où l'université doit accomplir des missions publiques confiées par l'Etat et qu'elle est avant tout financée par des ressources publiques. Toutefois, la politique actuelle qui tend au retrait de l'Etat des affaires de l'université transforme le pilotage et la commande des universités par l'action d'autres autorités et de nouveaux comités. Le retrait de l'Etat de l'université qui s'accompagne d'un retrait de la responsabilité publique en la matière peut entrer en conflit avec la réserve de compétence de l'Etat garantie par les Constitutions des Länder¹³⁹⁰.

Le gain d'autonomie de gestion des universités n'a été rendu possible qu'à partir du gain d'autonomie des Länder. Ainsi, depuis le début des années 90, la répartition et le partage des tâches entre la Fédération et les Länder tendent à la particularisation des compétences. Les Länder réclament une marge de manœuvre plus importante dans le domaine de l'enseignement supérieur pour s'adapter davantage aux spécificités des universités et leur accorder à leur tour davantage d'autonomie.

¹³⁸⁹ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 47.

¹³⁹⁰ Par exemple, Art. 138, Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern, „Die Errichtung und Verwaltung der Hochschulen ist Sache des Staates.²Eine Ausnahme bilden die kirchlichen Hochschulen (Art. 150 Abs. 1).Weitere Ausnahmen bedürfen staatlicher Genehmigung“.

Avec la réforme du fédéralisme de 2006, deux conceptions s'opposent. D'un côté, « le fédéralisme concurrentiel [...] donne suffisamment d'autonomie aux Länder pour que ceux qui mènent la meilleure politique bénéficient pleinement des résultats de leur politique » et de l'autre, certains défendent « le fédéralisme solidaire : les Länder les plus riches doivent aider les plus pauvres »¹³⁹¹. Dans le premier modèle domine la particularisation des compétences entre la fédération et les Länder alors que dans le second, il s'agit d'un fédéralisme de coopération dans lequel la Fédération garantit l'équilibre entre les Länder. L'objectif initial de la Fédération s'inscrivait dans une volonté de coopération pour unifier le système universitaire allemand. Aujourd'hui, la concurrence entre les Länder s'est substituée au fédéralisme de coopération en perte de vitesse (§1).

§1 Université et Etat, d'un fédéralisme de coopération à la décentralisation des compétences

Depuis la modification de la Loi Fondamentale datant de 1969, la Fédération avait la possibilité d'agir dans le domaine de la recherche et de la formation. Le renforcement des compétences de la Fédération dans ce domaine correspondait en 1969 à une volonté de centralisation des compétences. La Fédération devait pouvoir participer à l'accomplissement des missions des Länder si celles-ci étaient significatives pour l'ensemble de la communauté et s'il existait un réel intérêt public. La participation de la Fédération était jugée nécessaire lorsqu'il s'agissait d'améliorer et d'harmoniser les conditions de vie sur l'ensemble du territoire fédéral¹³⁹².

Ce fédéralisme de coopération a contribué à une unification dans le partage des compétences de la Fédération et des Länder. C'est aussi à partir des années soixante que la plupart des Länder ont critiqué la trop grande marge de manœuvre de la Fédération qui mettrait en danger leur propre compétence législative. Les principes de l'Etat fédéral et la « Ewigkeitsgarantie » de l'« Ordre de l'Etat fédéral » de l'article 79, alinéa 3 et de l'article 20, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale ne seraient pas compatibles avec une intervention trop poussée de la part de la Fédération¹³⁹³. En outre, l'enchevêtrement des compétences législatives de la Fédération et des

¹³⁹¹ M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2007, n°70, p. 227-248.

¹³⁹² Art. 91a, Abs. 1 GG „Der Bund wirkt auf folgenden Gebieten bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder mit, wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist (Gemeinschaftsaufgaben)“.

¹³⁹³ Art. 79, Abs. 3 GG, « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite »; Art. 20, Abs. 1 GG, « La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social ».

Länder ont entraîné une réelle confusion des responsabilités et une forte imbrication des missions¹³⁹⁴.

La réforme du fédéralisme apparaissait alors comme évidente : la Constitution est modifiée pour la première fois en Allemagne dans le sens d'un renforcement considérable des compétences en faveur des Länder en 2006¹³⁹⁵. La volonté politique est de réduire au maximum les possibilités de coopération entre la Fédération et les Länder. La décentralisation des compétences (ou « Entflechtung ») est privilégiée au détriment de l'imbrication des compétences (ou « Verflechtung »). La réforme tend à moderniser l'Etat fédéral à travers une répartition et une séparation plus franche des domaines de compétence.

Pour ce faire, la procédure législative au niveau fédéral va être modifiée : le nombre des projets de lois nécessitant l'accord du Bundesrat va être considérablement réduit. La procédure législative doit être facilitée et accélérée. En contrepartie, les Länder obtiennent des domaines de compétence propre supplémentaires ; la compétence cadre de la Fédération est abrogée (art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG) et les Länder acquièrent la possibilité de prendre des mesures dérogatoires dans le domaine de la compétence législative concurrence (art. 72 Abs. 2 GG)¹³⁹⁶.

Si le retrait de la Fédération a pour conséquence un accroissement de l'autonomie des Länder, cela reste moins évident pour les universités (A). La mise en concurrence des Länder à travers la particularisation des compétences conduit peu à peu à l'effritement du principe d'homogénéité selon lequel la réglementation doit être harmonisée sur l'ensemble du territoire de la Fédération (B).

A. Le retrait de la Fédération et l'abrogation de sa compétence cadre

Les compétences dans le domaine de l'enseignement supérieur tombent peu à peu dans le domaine de compétence des Länder allemands. Ces derniers obtiennent toujours plus d'autonomie quant à la création des universités, quant au choix du statut juridique des universités ou quant aux modalités d'accès aux établissements d'enseignement supérieur pour les futurs étudiants. Les Länder particularisent et spécialisent les missions de leurs établissements d'enseignement supérieur.

Si l'objectif de la mise en œuvre de la compétence cadre de la Fédération dans cette matière reposait sur l'harmonisation des législations, sur la coopération financière et sur l'égalité des conditions, l'autonomie des Länder rend possible la diversification du

¹³⁹⁴ C. Fraenkel-Haerberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 52.

¹³⁹⁵ Föderalismusreform-Begleitgesetz du 5 septembre 2006.

¹³⁹⁶ C. Fraenkel-Haerberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 52.

droit de l'organisation universitaire. Deux étapes sont significatives dans le processus de décentralisation des compétences : l'abrogation de la compétence cadre de la Fédération et la suppression de la mission commune de la Fédération et des Länder dans le domaine de création et d'agrandissement des établissements d'enseignement supérieur.

En premier lieu, la modification de la Loi fondamentale du 12 mai 1969 avait introduit l'article 75, alinéa 1^{er}a et mettait en œuvre la compétence fédérale cadre pour édicter les principes généraux du système universitaire¹³⁹⁷. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur n'entraîne en vigueur qu'en 1979 mais contenait des dispositions détaillées quant à l'organisation interne de l'université. La Fédération pouvait alors édicter des principes généraux relatifs à la mise en œuvre du droit de l'organisation universitaire tout en spécifiant certaines modalités formelles.

Cette loi cadre fédérale prévoyait que les établissements répondent au double statut de collectivité de droit public et d'institution publique¹³⁹⁸ et qu'ils détiennent le droit à la libre administration dans le cadre du respect des lois¹³⁹⁹. Les facultés ou unités de formation et de recherche (« Fakultät » ou « Fachbereich ») étaient structurées comme des entités juridiques (« Grundeinheiten ») appartenant à l'établissement¹⁴⁰⁰. Ces dispositions ayant été abrogées ou modifiées, c'est dorénavant aux Länder de choisir leur architecture universitaire.

En outre, la loi cadre faisait une distinction entre les organes collégiaux¹⁴⁰¹, qui avaient pour mission de prendre l'ensemble des décisions et d'exercer un rôle de conseil dans les affaires importantes¹⁴⁰², et la direction de l'établissement¹⁴⁰³, menée par un organe monocratique ou par un organe collégial central de l'établissement. Ces dispositions ont été abrogées et les Länder peuvent dorénavant adopter leur propre structure décisionnelle et décider de la place attribuée aux organes collégiaux. La loi cadre fédérale suivait le modèle des « Gruppenuniversität »¹⁴⁰⁴ quant aux règles relatives à la composition des organes¹⁴⁰⁵.

Précédent l'abrogation de la compétence cadre fédérale, le droit de l'organisation universitaire connaît un premier changement profond avec l'entrée en vigueur de la

¹³⁹⁷ Art. 75, Abs. 1a a. F., „Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder zu erlassen über: 1. die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen, soweit Artikel 74a nichts anderes bestimmt; die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“.

¹³⁹⁸ §58, Abs. 1, S. 1 Hochschulrahmengesetz.

¹³⁹⁹ §58, Abs. 1, S. 2 HRG.

¹⁴⁰⁰ §64, Abs. 1, S. 1 HRG a. F. (ancienne version).

¹⁴⁰¹ §63 HRG a. F..

¹⁴⁰² §61, Abs. 2, S. 1 HRG a. F..

¹⁴⁰³ §62 HRG a. F..

¹⁴⁰⁴ Voir Deuxième Partie, Titre 1, Chap. 2, S. 1, §1, B., 2° « La fonction de conciliation du principe de libre administration ».

¹⁴⁰⁵ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 22.

quatrième loi de modification de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur de 1998. Elle abroge en partie les dispositions des paragraphes 60 à 69 en transformant l'organisation structurelle interne de l'université et modifie les dispositions du paragraphe 58 en laissant le choix du statut juridique d'un établissement au législateur du Land.

Deux conséquences peuvent être relevées. En premier lieu, la distinction entre les affaires académiques, portées principalement par les organes de représentation collégiale, et les affaires publiques laisse place à la possibilité pour les établissements d'enseignement supérieur d'opter pour une organisation de la direction plus hiérarchisée. Ensuite, la possibilité pour les établissements d'être érigés sous une autre forme juridique que celle de collectivité de droit public et d'institution du Land¹⁴⁰⁶, leur permet d'expérimenter de nouveaux modèles d'organisation. Aujourd'hui, comme détaillé plus haut, le modèle des années 60 des « Gruppenuniversität » n'est plus entendu strictement en accordant une place privilégiée aux organes de libre administration.

Concurremment, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande révélait aussi la volonté de réduire la marge de manœuvre de la Fédération dans le domaine de l'organisation de l'enseignement supérieur et en particulier quant à sa compétence cadre. En janvier 2005, dans une affaire relative aux droits d'inscription des étudiants, la Cour se prononce sur la constitutionnalité de l'interdiction de frais d'inscription prévue par une loi fédérale¹⁴⁰⁷. Les Länder du Bade-Wurtemberg, de Bavière, de Hambourg, de Sarre, de Saxe et de Basse-Saxe, à l'origine du recours, invoquent l'incompétence de la Fédération dans cette matière. La Cour constitutionnelle considère que les dispositions visées ne rentraient pas dans la compétence de la Fédération selon l'article 72, alinéa 2 de la Loi fondamentale et que la législation fédérale n'est pas nécessaire pour réaliser l'objectif « d'établissement de conditions de vie équivalentes ». La Cour ne retient pas non plus l'argumentation mise en avant par la Fédération qui reposerait sur « la sauvegarde de l'unité juridique ou économique »¹⁴⁰⁸.

De la même façon, dans une décision de 2004¹⁴⁰⁹, la Cour constitutionnelle fédérale allemande estime que la Fédération outrepassa sa compétence cadre de législation qui permet uniquement l'élaboration de principes généraux. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une réforme fédérale relative au droit de la rémunération des professeurs de l'enseignement supérieur. La loi en question est la cinquième loi de modification

¹⁴⁰⁶ Deuxième Partie, Titre 1, Chap. 2, S.1, §2, A., 2° « La dérogation au principe du double statut afin d'accroître l'autonomie de l'université ».

¹⁴⁰⁷ BVerfGE 112, 226, déc. du 26 janvier 2005, „Studiengebühren“.

¹⁴⁰⁸ BVerfGE 112, 226, déc. du 26 janvier 2005, „Studiengebühren“, „Nach Ansicht des Bundesgesetzgebers dient die Neufassung der Bestimmung über die Studierendenschaften der Verwirklichung der Zielsetzung des Art. 72 Abs. 2 GG, gleichwertige Lebensverhältnisse herzustellen. Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit kommt ohnehin nicht in Betracht“.

¹⁴⁰⁹ BVerfGE 111, 226, déc. du 27 juillet 2004, „Juniorprofessur“.

de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur qui introduit la nouvelle catégorie parmi les professeurs, le « Juniorprofessor ». Avec cette catégorie, la volonté du législateur fédéral était de mettre en place une alternative à l'habilitation. La Cour constate un débordement de la compétence cadre de la Fédération dans la mesure où ces dispositions n'étaient pas nécessaires et rappelle que c'est aux Länder d'aménager concrètement les dispositions édictées par l'Etat fédéral et de les détailler¹⁴¹⁰.

Selon la Cour constitutionnelle, la compétence cadre de la Fédération est donc limitée par deux arguments. L'Etat fédéral ne peut pas réglementer en détail des dispositions relatives au domaine de l'enseignement supérieur, ce sont aux Länder d'adopter leur propre législation exhaustive. En outre, la compétence cadre doit être exercée par la Fédération lorsqu'elle est nécessaire et vise la poursuite d'objectifs particuliers, notamment quant à l'harmonisation des « conditions de vie » des acteurs de l'université ou quant à l'exigence de sauvegarde de l'unité juridique ou économique.

La jurisprudence ayant réduit la portée de la compétence cadre de la Fédération, le titre de cette compétence de la Fédération a finalement été supprimé par la réforme relative au fédéralisme de 2006. Toutefois, la question du statut des fonctionnaires, des employés des Länder et des personnes de droit public n'a pas été transférée complètement aux Länder puisqu'il s'agit d'une compétence législative concurrente entre la Fédération et les Länder. Les règles relatives à l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur et aux examens terminaux font aussi partie de la compétence concurrente¹⁴¹¹.

L'abrogation de la compétence législative cadre de la Fédération ne lui donne plus la possibilité d'édicter des principes généraux. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur doit davantage servir de norme de transition de droit fédéral jusqu'à son éventuelle suppression ou jusqu'à ce que les Länder l'aient remplacée par leur propre droit¹⁴¹². Selon certains auteurs, la compétence cadre de la Fédération entraine en conflit avec les dispositions de l'article 70 de la Loi fondamentale¹⁴¹³ et le principe de l'exclusivité de compétence des Länder¹⁴¹⁴. En effet, selon l'article 30 de la Loi fondamentale, « l'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'Etat relèvent des Länder,

¹⁴¹⁰ BVerfGE 111, 226, déc. du 27 juillet 2004, „Juniorprofessor“, „Die Rahmengesetzgebung des Bundes ist auf inhaltliche Konkretisierung und Gestaltung durch die Länder angelegt“.

¹⁴¹¹ Sur la question de la compétence concurrente, voir Deuxième Partie, Titre 1, Chap. 2, S. 2, §1, B, 2° « La compétence législative concurrente des Länder ».

¹⁴¹² Art. 125a, Abs. 1, S. 2 GG, « Le droit édicté comme droit fédéral [...] peut être remplacé par du droit de Land ».

¹⁴¹³ Art. 70 GG, 1. « Les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer. 2. La délimitation des compétences de la Fédération et des Länder s'effectue selon les dispositions de la présente Loi fondamentale relatives aux compétences législatives exclusives et concurrentes ».

¹⁴¹⁴ C. Fraenkel-Haerberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p.56.

à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'autorise une règle différente¹⁴¹⁵ ».

La deuxième étape du processus de décentralisation des compétences au profit des Länder s'inscrit dans la suppression de certaines missions communes entre la Fédération et les Länder. La réforme du fédéralisme de 2006 abroge la mission commune (« Gemeinschaftsaufgabe ») d'agrandissement et de création de nouveaux établissements d'enseignement supérieur. Les dispositions de l'art. 91a, alinéa 1^{er}, numéro 1 de la Loi fondamentale prévoyaient la participation de la Fédération dans ce domaine particulier. La doctrine parlait d'un fédéralisme de coopération (« Beteiligungsföderalismus » ou « Verbundföderalismus ») lorsque les Länder ne pouvaient pas forcément assumer les lourdes dépenses relatives à l'agrandissement des établissements¹⁴¹⁶.

Les missions communes ou tâches communes reposaient sur le même principe que la compétence cadre de la Fédération, dans le sens d'une planification-cadre au niveau financier. La Constitution prévoyait deux techniques pour mettre en œuvre cette compétence. Le premier mode reposait sur la technique de la loi fédérale ayant l'accord du Bundesrat et l'accord du Land sur le territoire duquel le projet devait être réalisé. La seconde technique reposait sur le procédé de la convention conclue entre la Fédération et les Länder concernés. Avec la réforme de 2006, la compétence commune continue d'être subordonnée à l'accord du Bundesrat et des Länder concernés mais la liste des domaines d'action a été réduite. L'extension et la construction de bâtiments pour l'enseignement supérieur ne dépend plus d'une planification commune¹⁴¹⁷.

C'est ainsi que la création d'une université, la fusion de plusieurs universités ou composantes de même que la dissolution d'une université¹⁴¹⁸ s'exercent par le moyen d'une loi prise par le législateur du Land. Ces lois peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou des Cours constitutionnelles des Länder. A la différence du système français dans lequel ces questions restent dans le domaine du pouvoir réglementaire, c'est le législateur qui est compétent en Allemagne. Toutefois, si les Länder ont obtenu davantage d'autonomie dans le domaine de création et d'extension des établissements de l'enseignement supérieur, il ne s'agit pas forcément d'un gain d'autonomie pour les universités.

En effet, en 2015, la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée sur l'éventualité d'un recours contre une loi de fusion de plusieurs établissements¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁵ Art. 30 GG, „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“.

¹⁴¹⁶ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴¹⁷ M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *op. cit.*, p. 227-248.

¹⁴¹⁸ BVerfGE 85, 360, déc. du 10 mars 1992, „Akademie-Auflösung“.

¹⁴¹⁹ BVerfG, déc. du 12 mai 2015, 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/13.

Elle estime que la liberté de la science protégée par la Loi fondamentale ne consacre pas de droit de participation à la mise en œuvre d'une loi de fusion de deux universités, ni pour l'université elle-même, ni pour une faculté, ni, a fortiori, pour un universitaire¹⁴²⁰. Le tribunal constitutionnel du Brandebourg a confirmé en mai 2016 que la garantie institutionnelle de la libre administration des établissements d'enseignement supérieur contenue dans les constitutions des Länder n'entraînait aucune exigence de procédure particulière par rapport à la décision de fusion d'établissements¹⁴²¹.

Enfin, le retrait de la Fédération et en particulier l'abrogation de sa compétence cadre ne signifient pas un affranchissement de contrôle pour les universités de la part des pouvoirs publics. Il existe encore un droit de remise en cause des dispositions illégales ou « Beanstandungsrecht » dans le cas où il y aurait des irrégularités dans les statuts des organes de l'université. Les Länder peuvent exiger des modifications ou l'abrogation de certaines mesures¹⁴²². Il y a aussi pour le Land un droit d'information ou de question (« Unterrichtsrecht ») combiné avec la faculté de pouvoir visiter l'université et ses institutions. Le paragraphe 2, alinéa 9, phrase 2 de la loi fédérale cadre précise aussi que les Länder s'engagent à transférer d'autres compétences aux universités. Les universités peuvent alors exercer de nouvelles missions à condition d'obtenir l'approbation des Länder.

Ainsi, avec l'abrogation de la compétence cadre de la Fédération et la suppression de la mission commune relative à la création des universités, les Länder prennent la majeure partie des décisions dans le domaine de l'enseignement supérieur. Le principe de subsidiarité en faveur des Länder est le moteur du transfert de compétences. A défaut d'harmonisation dans le droit de l'organisation universitaire, les Länder peuvent donner les moyens aux universités de mettre en place des règlements très disparates, relatifs à leurs structures et à leur organisation. La marge de manœuvre des établissements reste cependant soumise au droit de regard des Länder et plus généralement, aux initiatives des Länder dans le domaine de l'enseignement supérieur.

Chaque Land peut mettre en œuvre sa propre législation et sa propre politique universitaire et par conséquent, des différences profondes se creusent entre les établissements sans qu'elles ne puissent être compensées par l'ancienne compétence cadre de l'Etat fédéral. Le gain d'autonomie des Länder a permis la mise en concurrence de ceux-ci, ce qui a entraîné la mise en concurrence des universités elles-mêmes. D'un fédéralisme de coopération entre la Fédération et les Länder, c'est dorénavant la particularisation des compétences qui prime.

¹⁴²⁰ Leitsätze (Principes), „Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG begründet keine Beteiligungsrechte der Hochschulen, Fakultäten oder einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler beim Zustandekommen eines Gesetzes zur Fusion zweier Hochschulen“.

¹⁴²¹ VerfG Brandenburg, déc. du 25 mai 2016, 51/15, „Die institutionelle Garantie der Hochschulselbstverwaltung in der Landesverfassung begründet bei Entscheidungen zu Hochschulfusionen keine besonderen prozeduralen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren“.

¹⁴²² Par exemple Art. 118, Abs.3, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG),

B. Le principe d'homogénéité dans la mise en concurrence des Länder

Comme indiqué précédemment, la doctrine constitutionnelle allemande utilise notamment le principe d'homogénéité, contenu dans la clause d'homogénéité (ou « Homogeneitätsklausel » de l'article 28 de la Loi fondamentale allemande¹⁴²³). Le principe d'homogénéité est lié directement aux principes de l'ordre constitutionnel et aux dispositions de l'article 72 de la Constitution¹⁴²⁴. Le principe d'homogénéité doit garantir une homogénéité de « bien-être » sur le territoire fédéral (ou « Homogenität des Wohlstandes »)¹⁴²⁵. En d'autres termes, il s'agit de garantir des conditions de vie semblables aux citoyens dans l'ensemble de la Fédération. La jurisprudence constitutionnelle fédérale l'a aussi affirmé dans un arrêt de 1961¹⁴²⁶.

Le principe d'homogénéité qui caractérisait l'intervention de la Fédération dans le domaine de l'enseignement supérieur va être mis à mal eu égard au traitement inégal des Länder sur les questions relatives aux admissions dans les universités et aux diplômes terminaux de l'enseignement supérieur et sur les décisions touchant à la promotion individuelle de la recherche. Le principe d'homogénéité pourrait entrer en conflit avec les nouvelles formes de coopération entre la Fédération et les Länder qui se traduisent essentiellement par la conclusion de conventions entre les différents partenaires et qui participent au renforcement de la capacité concurrentielle des Länder (1°). La mise en concurrence des Länder s'explique ensuite par un autre facteur, celui du transfert de certaines matières dans le domaine de la compétence législative concurrente entre la Fédération et les Länder (2°).

1° Le renforcement de la capacité concurrentielle des Länder

Le retrait de la Fédération dans le domaine de l'enseignement supérieur a pour objectif de renforcer la capacité concurrentielle des Länder. Trois domaines sont particulièrement concernés par la mise en œuvre d'une concurrence, au niveau interne entre les Länder, mais aussi au niveau international : le système de planification de l'enseignement supérieur allemand, le financement des projets de recherche et l'évaluation de l'efficacité des nouvelles politiques administratives.

¹⁴²³ Art. 28 GG, Garantie fédérale relative aux Constitutions des Länder, autonomie communale.

¹⁴²⁴ Art. 72 GG, Compétence législative concurrente de la Fédération, 1. « Dans le domaine de la compétence législative concurrente, les Länder ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative », 2. « Dans les domaines de l'article 74, al. 1 nos 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 et 26, la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique rendent nécessaire une législation fédérale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État ».

¹⁴²⁵ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 76.

¹⁴²⁶ BVerfGE, 13, 230, déc. du 26 novembre 1961, „Ladenschlussgesetz I“.

En premier lieu, à côté du processus de clarification dans la répartition des compétences entre la Fédération et les Länder, le régime de planification dans la politique allemande a été largement modifié. Dans le domaine de l'enseignement supérieur, il regroupe l'ensemble des conventions conclues entre la Fédération et les Länder dans le domaine de la planification de l'enseignement (ou « Bildungplanung »).

Depuis la réforme du fédéralisme de 2006, la nouvelle mission commune relative à l'enseignement regroupe la détermination de la capacité des établissements dans la fixation de l'offre d'enseignement, la présentation et la diffusion des observations et la possibilité de faire des recommandations dans le domaine de la comparaison internationale dans l'enseignement supérieur. L'équivalence au niveau international et la capacité concurrentielle du système de formation doivent être garanties et la qualité de la concurrence, renforcée. La compétence au profit de la Fédération est maintenue au regard de l'objectif de coordination¹⁴²⁷.

Si la coordination des mesures est un des objectifs de la Fédération, elle joue aussi un rôle fondamental lorsqu'il s'agit en second lieu, de projets de recherche qui nécessitent davantage de moyens et par conséquent un financement commun. L'article 91b prévoit que « sur le fondement de conventions, la Fédération et les Länder peuvent coopérer dans les cas d'un intérêt suprarégional pour promouvoir : 1. Des centres et des projets de recherche scientifique en dehors des établissements d'enseignement supérieur ; 2. Des projets scientifiques et des projets de recherche dans les établissements d'enseignement supérieur ; 3. Des bâtiments pour la recherche dans les établissements d'enseignement supérieur, grands équipements compris¹⁴²⁸ ».

Les bâtiments dans les établissements d'enseignement supérieur destinés à l'enseignement sont exclus de cette disposition puisqu'ils peuvent encore bénéficier de financements mixtes. Cependant, les activités d'enseignement des établissements d'enseignement supérieur pourraient être entendues dans la dénomination « projets scientifiques », dans la mesure où elles possèdent un caractère scientifique¹⁴²⁹. C'est sans compter sur le fait que, pour qu'un enseignement puisse être exercé au sein d'une université, il faut déjà qu'il démontre un caractère certain de scientificité et un lien particulier avec la recherche. L'objectif annoncé étant la « coordination », cela n'empêche pas une mise en concurrence des établissements avec ce type de projets.

¹⁴²⁷ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 73.

¹⁴²⁸ Art. 91b GG, „Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre zusammenwirken. Vereinbarungen, die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen, bedürfen der Zustimmung aller Länder. Dies gilt nicht für Vereinbarungen über Forschungsbauten einschließlich Großgeräten“.

¹⁴²⁹ M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », op. cit. p. 227-248.

La mission commune relative à la coopération dans le cadre de la promotion de « projets scientifiques et de projets de recherche dans les établissements d'enseignement supérieur » renvoie à une prise en charge financière concrète. Par exemple, « le pacte des établissements d'enseignement supérieur » du 24 juin 2007 ou « Hochschulpakt 2010 » met en œuvre une coopération entre la Fédération et les Länder quant à un programme d'envergure en faveur de l'accueil de nouveaux étudiants dans les établissements. En outre, un autre accord, appelé « Lehr-Excellenzinitiative », conclu entre la Fédération et les Länder a pour objectif de créer un contrepoids aux activités de recherche dans le cadre de l'initiative d'excellence. Cette valorisation des activités de l'enseignement pose cependant la question de la frontière entre le financement de projets et des structures et le respect de la lettre constitutionnelle¹⁴³⁰.

S'agissant des domaines de planification de l'enseignement supérieur et de financement de projets scientifiques, les compétences de la Fédération et des Länder sont passées d'une imbrication verticale à un fonctionnement basé sur des conventions bilatérales entre la Fédération et les Länder, qui nécessitent dans certains cas l'accord de l'ensemble des Länder¹⁴³¹. Ici s'applique le principe de la fidélité à la Fédération (« Bundestreue ») selon lequel il existe une exigence implicite d'information et de consultation entre la Fédération et les Länder. La question de la nécessité de la participation parlementaire pourra se poser dans la mesure où il s'agit davantage de conventions conclues dans le cadre du pouvoir exécutif¹⁴³².

Enfin, avec la deuxième réforme du fédéralisme de 2009, « la Fédération et les Länder peuvent effectuer des études comparatives portant sur l'évaluation et la promotion de l'efficacité de leurs administrations et publier leurs résultats »¹⁴³³, et « la Fédération et les Länder peuvent coopérer pour la planification, la construction et l'exploitation des systèmes informatiques nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches ». Cela fait partie des missions communes de la Fédération et des Länder. Là encore, cela pousse à augmenter la capacité concurrentielle entre les Länder avec des établissements d'enseignement supérieur plus aptes à faire preuve d'initiatives.

2° La compétence législative concurrente des Länder

La justification concrète du principe d'homogénéité découle de l'article 72 de la Constitution et de la compétence législative concurrente de la Fédération. Avec la réforme du fédéralisme de 2006, la liste des compétences dites concurrentes de la Fédération a fait l'objet d'extensions du fait de l'abrogation de la compétence cadre

¹⁴³⁰ C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 69.

¹⁴³¹ C'est le cas pour les projets de recherche scientifique sur les fondements de l'article 91b GG.

¹⁴³² C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 74.

¹⁴³³ Art. 91d GG, „Bund und Länder können zur Feststellung und Förderung der Leistungsfähigkeit ihrer Verwaltungen Vergleichsstudien durchführen und die Ergebnisse veröffentlichen“.

de la Fédération. Par exemple, la matière relative aux droits et obligations des fonctionnaires des Länder, des collectivités locales et d'autres collectivités publiques pouvait faire l'objet d'une loi-cadre de la Fédération ; elle fait dorénavant partie de la compétence concurrente. La réalisation des compétences concurrentes permet, à la fois aux Länder de s'adapter au mieux aux exigences locales et dans un même temps, à la Fédération de conserver une initiative dans le domaine et de donner une impulsion commune.

La réforme a réorganisé l'exercice des compétences législatives concurrentes en trois régimes applicables. La première catégorie regroupe les compétences qui, une fois qu'elles sont exercées par la Fédération, ne peuvent plus l'être par les Länder. La doctrine parle du noyau de compétences de la Fédération (ou « Kernkompetenzen ») qui ne sera pas davantage développé ici. Le second domaine de compétences permet à la Fédération de légiférer en cas de nécessité de mise en œuvre de règles uniformes (« Bedarfskompetenzen »). Enfin, il existe des compétences qui sont mises à disposition de la Fédération mais une fois qu'elles ont été exercées, les Länder peuvent mettre en œuvre des dérogations (« Abweichungskompetenzen »).

Selon le deuxième régime de compétences et le nouvel article 72, alinéa 2 de la Constitution, dans certains domaines, la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat rendent nécessaires une réglementation législative fédérale. Cela concerne notamment le système des aides pour les étudiants et la promotion de la recherche scientifique. En outre, « une loi fédérale peut décider qu'une disposition législative fédérale pour laquelle il n'existe plus de nécessité au sens de l'alinéa 2 peut être remplacée par le droit du Land¹⁴³⁴ ». Ce sera à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de trancher sur la nécessité d'une règle législative fédérale¹⁴³⁵.

La compétence de la Fédération d'édicter des lois susceptibles de faire l'objet de dérogations de la part des Länder est définie à l'article 72, alinéa 3 de la Loi fondamentale et représente le troisième régime de compétences. Si la Fédération a usé de sa compétence législative dans ces domaines, les Länder pourront adopter une réglementation qui s'en écarte. Cela concerne les matières de la chasse, de la

¹⁴³⁴ Art. 72, Abs. 4 GG, „Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann“.

¹⁴³⁵ Art. 93, Abs. 2 GG, « La Cour constitutionnelle fédérale statue en outre à la demande du Bundesrat, d'un Gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land sur la question de savoir si dans le cas de l'article 72, al. 4, la nécessité d'une règle législative fédérale selon l'article 72, al. 2 n'existe plus ou si, dans le cas de l'article 125a, al. 2, phrase 1, il ne pourrait plus être édicté de droit fédéral. La constatation que la nécessité a disparu ou que du droit fédéral ne pourrait plus être édicté, tient lieu de loi fédérale au sens de l'article 72, al. 4 ou de l'article 125a, al. 2, phrase 1. La demande prévue à la phrase 1 n'est recevable que lorsqu'un projet de loi selon l'article 72, al. 4 ou l'article 125a, al. 2, phrase 2, a été rejeté par le Bundestag ou n'a pas été délibéré ni adopté dans le délai d'une année, ou qu'un tel projet de loi a été rejeté par le Bundesrat ».

protection de la nature, de la répartition foncière, de l'aménagement du territoire, du régime des eaux et de l'admission aux établissements d'enseignement supérieur et des diplômes terminaux d'enseignement supérieur¹⁴³⁶.

Pour qu'il n'y ait pas d'insécurité ni de vide juridique dans ces matières, la nouvelle loi fédérale ne rentre en vigueur que six mois après sa promulgation pour laisser le temps aux Länder d'adopter, s'ils le souhaitent, des mesures dérogatoires. Il s'agit ici d'une exception au principe selon lequel le droit fédéral prime le droit du Land (« Bundesrecht bricht Landesrecht »)¹⁴³⁷. Dans la pratique, ce système ressemble au régime des lois-cadres dans la mesure où la Fédération adopte une norme plutôt consensuelle vis-à-vis de l'ensemble des Länder qui peuvent ensuite détailler cette réglementation dans leur propre droit¹⁴³⁸.

Avant la réforme relative au fédéralisme, le domaine de l'accès aux établissements d'enseignement supérieur et des diplômes terminaux de l'enseignement supérieur était déjà marqué par de fortes disparités entre les Länder. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a censuré dans sa jurisprudence¹⁴³⁹. La Cour a prôné l'harmonisation dans la répartition des places disponibles à l'université au niveau fédéral et la mise en œuvre de critères de sélection unifiés. Elle mettait en avant d'un côté le respect du principe d'égalité entre les étudiants et entre les différents Länder quant à leur capacité d'accueil et de l'autre, la marge de manœuvre des Länder dans ce domaine¹⁴⁴⁰. La Cour faisait implicitement écho au principe d'homogénéité sur le territoire fédéral.

Le domaine de l'admission à l'université et des diplômes terminaux de l'enseignement supérieur fait donc partie depuis 2006 de la compétence concurrente de la Fédération et des Länder. Une fois que la Fédération a usé de sa compétence, les Länder peuvent y déroger et adopter de nouvelles mesures. Ici, la primauté du droit fédéral ne s'applique pas mais le droit use du principe de la loi postérieure (ou « Lex-posterior-Prinzip »). Ce sont donc les dispositions prises par les Länder qui auront force de loi.

¹⁴³⁶ Art. 72, Abs. 3, Nr. 6 GG, „Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen über: 6. die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse“.

¹⁴³⁷ Art. 31 GG.

¹⁴³⁸ M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *op. cit.* p. 227-248.

¹⁴³⁹ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“.

¹⁴⁴⁰ BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, „Numerus clausus I“, „Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber innerhalb seines Kompetenzbereiches prinzipiell nicht gehindert ist, von der Gesetzgebung anderer Länder abweichende Regelungen zu treffen, auch wenn dadurch die Einwohner seines Landes im praktischen Ergebnis mehr belastet oder begünstigt werden. Dadurch allein wird - wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat (vgl. BVerfGE 32, 346 mit weiteren Nachweisen) - insbesondere der Gleichheitssatz nicht verletzt, da dieser mit Rücksicht auf die föderalistische Struktur die Kräfte freisetzen und nicht zur Uniformität zwingen will, grundsätzlich nur dazu verpflichtet, innerhalb des Geltungsbereichs der Landesverfassung auf Gleichbehandlung zu achten“.

En outre, le domaine des aides financières à la formation et de la promotion de la recherche scientifique est aussi soumis à une compétence concurrente¹⁴⁴¹. Il s'agit avant tout de la promotion individuelle de la recherche. La disposition n'entend pas l'ensemble de la réglementation en faveur de la recherche scientifique mais seulement la question de sa promotion¹⁴⁴². Si chaque Land pourra donc mener sa propre politique en matière de promotion individuelle de la recherche, cela pourrait entraîner des risques pour la conciliation des libertés individuelles.

Avec l'abrogation des missions cadres de la Fédération et l'augmentation des compétences des Länder, il est aujourd'hui question de la particularisation des compétences. Le fédéralisme de coopération a laissé la place à un système concurrentiel entre les Länder et la Fédération ne conserve une compétence uniquement lorsque les objectifs dépassent les frontières régionales ou lorsqu'un intérêt public le commande. Le déclin du principe d'homogénéité en lien étroit avec le principe d'égalité pourrait entraîner certaines conséquences quant aux garanties qui découlent de la liberté de la science au sens individuel.

Le principe d'homogénéité était au cœur de la répartition des compétences entre la Fédération et des Länder afin d'assurer un standard de garanties dans tous les Länder. Ce principe a été relégué au second plan avec la réforme du fédéralisme de 2006, laquelle a privilégié la mise en œuvre du pluralisme et des solutions potentiellement différentes selon la politique des Länder. En outre, « l'autonomie des *Länder* continue d'être limitée du fait qu'en général, les *Länder* manquent de moyens financiers pour adopter des lois ambitieuses ». La réforme est critiquable en ce sens que la solidarité entre les Länder en ressort affaiblie et qu'un premier pas est fait vers l'établissement d'une véritable concurrence entre les Länder, ce que la doctrine nomme le fédéralisme concurrentiel ou « *Wettbewerbsföderalismus* »¹⁴⁴³.

Les Länder allemands, qui ont acquis davantage de compétences dans le domaine de l'enseignement supérieur sont dorénavant plus légitimes pour mener une politique adaptée aux profils de plus en plus différenciés des établissements d'enseignement supérieur. D'un autre côté, les exigences européennes et internationales sur les questions relatives à la mobilité des différents acteurs ou à la reconnaissance des diplômes font partie du nouveau système universitaire. Cette dimension transrégionale nécessite le maintien du rôle de la Fédération dans la coordination, l'harmonisation, voire l'impulsion d'une orientation commune.

La nouvelle politique concurrentielle rend alors possible la diversification dans le droit de l'organisation administrative de l'université en Allemagne. La concurrence entre les Länder entraîne également la concurrence entre les universités. La doctrine allemande parle d'une université « *entfesselte* », expression traduisible par les

¹⁴⁴¹ Art. 74, Abs.1, Nr. 13 GG, „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: [...] die Regelung der Ausbildungsbeihilfen und die Förderung der wissenschaftlichen Forschung“.

¹⁴⁴² C. Fraenkel-Haeberle, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, op. cit., p. 60-62.

¹⁴⁴³ M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », op. cit. p. 227-248.

termes d'université débridée, voire déchaînée sous les effets de cette concurrence¹⁴⁴⁴. L'université, qui s'inspire du modèle entrepreneurial, compense le retrait de l'Etat par de nouvelles formes de hiérarchisation. Cette-dernière correspond au transfert de compétences décisionnelles des organes collégiaux au profit de la direction de l'établissement.

§2 L'autonomie de gestion dans le processus décisionnel universitaire

L'organisation universitaire décrite dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder s'apparente de moins en moins au système décrit par la Cour constitutionnelle fédérale allemande lorsqu'elle a reconnu la légalité du fonctionnement des « Gruppenuniversität ». Les organes collégiaux tenaient un rôle central dans la répartition des compétences et dans la réalisation du principe de libre administration. Selon la volonté politique actuelle, une impulsion centralisée pourrait davantage inscrire un établissement dans un schéma concurrentiel.

Les compétences décisionnelles sont également transférées des organes collégiaux internes et participatifs aux organes externes comme le conseil d'université. Les conseils d'université sont considérés comme des organes externes dans la mesure où ils font intervenir des personnalités qui ne sont pas des membres de l'université. Elles sont expertes dans certains domaines comme l'économie ou l'administration. Les conseils d'université mettent en œuvre une politique générale pour les établissements en coordonnant les intérêts de l'université avec les intérêts de la société. Il s'agit davantage d'intégrer les besoins socio-économiques au sein des universités plutôt que d'exporter la valeur de l'université dans la société civile.

L'enseignement supérieur prend une nouvelle direction éloignée d'une organisation traditionnellement horizontale ; comme à l'échelle des Länder, se met en œuvre une concurrence entre les organes internes et externes. La structure de direction se calque sur le fonctionnement d'une entreprise privée. Le rectorat ou le « Präsidium », chargé de la direction de l'établissement, se transforme en un directoire¹⁴⁴⁵. Accompagnant ce processus de hiérarchisation, le pilotage des établissements s'externalise avec les conseils d'université pouvant entraîner un déficit de légitimation. Les conseils d'université agissent en effet dans des domaines

¹⁴⁴⁴ Le concept a été formulé par le centre pour le développement des établissements d'enseignement supérieur (Centrum für Hochschulentwicklung, CHE), cité dans K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 24.

¹⁴⁴⁵ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 304.

importants ; ils exercent un rôle de conseil stratégique dans le développement des universités et une fonction de surveillance du « Präsidium »¹⁴⁴⁶. (B).

Les comités caractéristiques des universités n'ont toutefois pas été supprimés tels que l'assemblée, le sénat ou le conseil de faculté mais leurs fonctions diffèrent. Ils deviennent en règle générale des comités consultatifs ; la structure universitaire se hiérarchise (A). Cette hiérarchisation du processus décisionnel pourrait tendre à terme à la dissociation nette entre l'autonomie de gestion et l'autonomie académique reposant sur le principe de libre administration.

A. La hiérarchisation de l'organisation interne

Le retrait de l'Etat dans l'organisation universitaire au profit d'une gestion concurrente des Länder a permis aux universités de choisir leur propre régime et de créer leur profil de formation. La particularisation des compétences au niveau des Etats fédérés entraîne une particularisation dans l'organisation des établissements d'enseignement supérieur qui sont de plus en plus maître de leur structure financière et décisionnelle en Allemagne. Pour rendre la gestion plus « efficiente », l'organisation interne de l'université se hiérarchise au profit d'une direction efficace et influente inspirée du droit privé et du monde de l'entreprise (2°). Dans la pratique, il est toujours question d'accorder davantage d'autonomie aux universités dans la mesure où l'université continue de choisir ses propres organes par le biais de ses statuts, votent pour ses représentants et subit moins de directives expresses de la part de l'Etat. Bien que la direction émane des organes collégiaux et participatifs, elle est de plus en plus capable de se comporter en « cavalier seul ».

Si un processus décisionnel collectif, animé par les pairs, était la caractéristique fondamentale de la pensée universitaire allemande, les organes de libre administration comme le sénat de l'université tendent à devenir des instruments secondaires de la politique universitaire dominée par un pilotage interne centralisé (1°). L'autonomie de gestion ne s'accompagne pas forcément d'une autonomie académique plus large dans la recherche et l'enseignement. En outre, existe-t-il une compétence de principe au profit des organes de représentation collégiale dans la réalisation du principe de libre administration ? En ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait pu distinguer l'organe de direction de l'« organe de représentation de libre administration » en aménageant en faveur de ce-dernier certaines compétences compensatoires¹⁴⁴⁷.

Dans les universités françaises, l'équivalent du sénat est le conseil d'administration. Ce-dernier détermine la politique de l'établissement et représente l'organe délibérant

¹⁴⁴⁶ V. Meyer-Guckel, M. Winde, F. Ziegler (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis*, Essen, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Heinz Nixdorf Stiftung, 2010, p. 7.

¹⁴⁴⁷ BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07.

de la structure universitaire décisionnelle. Eu égard aux modifications législatives qui ont eu lieu depuis 2007, relatives à la composition et aux compétences du conseil d'administration des établissements, on remarque tout d'abord une réduction du nombre des membres du conseil, passant de trente à soixante membres à un nombre de vingt-quatre à trente-six membres. En outre, le nombre de personnalités extérieures à l'université a augmenté¹⁴⁴⁸. Il y a encore des modifications concernant la dénomination de ses compétences propres. Le conseil d'administration ne « délibère » plus sur le contenu du contrat d'établissement mais se contente de l'« approuver ». Si l'on compare les deux rédactions, la nouvelle loi élabore une liste de compétences précises et limitatives appartenant au conseil d'administration¹⁴⁴⁹. La loi prévoit une autre liste de compétences pour le président de l'université. La tendance à considérer l'organe de représentation collégiale comme un membre secondaire se retrouve autant en France qu'en Allemagne.

1° La tendance à considérer le sénat académique comme un membre secondaire dans le processus décisionnel

Le transfert des compétences du sénat allemand aux organes de direction est décidé par le législateur dans le cadre de la compétence législative des Länder et par l'établissement lui-même à travers la mise en place de son règlement. Si le sénat de l'université n'est plus l'organe décisionnel central, le principe de libre administration ne bénéficierait plus en priorité aux organes de représentation collégiale mais à d'autres acteurs. Selon une autre hypothèse, le principe de libre administration perdrait son caractère central puisque des organes qui n'en bénéficient pas en premier lieu, comme la direction, pourront être davantage sollicités dans le processus décisionnel.

Le sénat était traditionnellement l'organe décisionnel essentiel de l'établissement, il possédait toutes les compétences régissant la faculté ou les questions relatives à l'intérêt général de l'université. Le sénat décide selon « ses pairs » et a besoin d'une majorité conséquente pour mettre en œuvre la politique de l'établissement. Il met en œuvre les différents principes d'organisation de l'université tels que le principe de

¹⁴⁴⁸ Anc. Art. Article L. 712-3 du Code de l'éducation, « Le conseil d'administration comprend de trente à soixante membres ainsi répartis : 1° De 40 à 45 % de représentants des enseignants-chercheurs, des enseignants et des chercheurs ; 2° De 20 à 30 % de personnalités extérieures ; 3° De 20 à 25 % de représentants d'étudiants ; 4° De 10 à 15 % de représentants des personnels administratifs, techniques, ouvriers et de service. » et nouvel art. « Le conseil d'administration comprend de vingt-quatre à trente-six membres ainsi répartis : 1° De huit à seize représentants des enseignants-chercheurs et des personnels assimilés, des enseignants et des chercheurs, en exercice dans l'établissement, dont la moitié de professeurs des universités et personnels assimilés ; 2° Huit personnalités extérieures à l'établissement ; 3° Quatre ou six représentants des étudiants et des personnes bénéficiant de la formation continue inscrits dans l'établissement ; 4° Quatre ou six représentants des personnels ingénieurs, administratifs, techniques et des bibliothèques, en exercice dans l'établissement ».

¹⁴⁴⁹ Art. L. 712-3 IV du Code de l'éducation.

libre administration, le principe de collégialité ou le principe de spécialité¹⁴⁵⁰. La composition du sénat diffère d'un Land à l'autre. La direction de l'établissement ne peut pas avoir de voix au sénat et cela vaut aussi pour le décanat, au niveau de la faculté.

Auparavant, le sénat existait sous la forme d'un organe collégial plus large. Il était prévu par la loi ou le règlement d'établissement. Il se nommait le grand sénat (Grosser Senat), l'assemblée (Versammlung), la convention (Konvent), le concile (Konzil) ou le consistoire (Konsistorium). Ces grandes assemblées n'existent aujourd'hui que de façon très isolée. Leurs compétences ont été transférées au sénat, qui ont ensuite été déléguées à d'autres organes¹⁴⁵¹.

Dans la majorité des Länder, le législateur a largement réduit le champ d'activité du sénat en transférant ses compétences à d'autres organes comme le présidium. Le « Präsidium » peut se définir comme la présidence de l'université. Il comprend le président de l'université, son ou ses vice-présidents et le chancelier de l'université. Le président donne les orientations principales de l'université et dirige la présidence. Il a des responsabilités dans le domaine général du développement de l'université et quant à sa renommée internationale. Le chancelier, quant à lui, dirige l'administration de l'université, il est responsable du personnel, du budget et des finances de l'université.

En Basse-Saxe, par exemple, le sénat décide des règlements de l'établissement aussi longtemps que la loi universitaire de Basse-Saxe ou les statuts de l'établissement n'ont pas attribué cette compétence à la faculté ou à un autre organe¹⁴⁵². Dans le cadre des affaires relevant du principe de libre administration, le sénat doit prendre position sur les questions de la création, de la modification et de la suppression de facultés et de la même façon, sur les décisions relatives aux offres d'études¹⁴⁵³. La position définitive sur ces questions est pourtant entre les mains d'autres organes, notamment du présidium¹⁴⁵⁴. Le sénat ne tranche plus, il détient ici un rôle consultatif.

Dans le Land du Brandebourg, le sénat ne fait plus l'objet d'une réglementation propre dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur. Les organes désignés comme les organes centraux de l'établissement sont le président et les autres organes inscrits dans le règlement de l'établissement¹⁴⁵⁵. Les compétences du sénat sont précisées uniquement sous la forme d'une compétence de droit commun : lorsqu'une matière n'a pas été attribuée à un organe en particulier,

¹⁴⁵⁰ Voir Deuxième Partie, Titre 2, Chap. 1^{er}, Section 2 « Les principes d'organisation au sein de la corporation universitaire ».

¹⁴⁵¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 314.

¹⁴⁵² §41, Abs. 1, S. 1 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹⁴⁵³ §41, Abs. 2, S. 2 NHG.

¹⁴⁵⁴ §37, Abs. 1, Nr. 4, 5 NHG.

¹⁴⁵⁵ §62, Abs. 1 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG), „Zentrale Hochschulorgane sind der Präsident und die in der Grundordnung bestimmten weiteren Organe“.

dans le cas où le règlement relatif à la répartition des compétences aux divers organes reste silencieux¹⁴⁵⁶.

La mise à l'écart du sénat peut également être observée à travers les dispositions relatives à la désignation et au renvoi des membres du conseil de la fondation ou « Stiftungsrat » dans le Land de la Basse-Saxe. Ce conseil est composé de sept membres ; l'une est choisie par le sénat, un autre représente le ministère et cinq sont nommés par le ministère avec l'accord du sénat. Ce sont des membres qui n'appartiennent pas à l'établissement¹⁴⁵⁷. Il s'agit de personnalités du milieu scientifique, économique et professionnel. En outre, dans certains cas particuliers, le ministère du land peut être amené à révoquer seul des membres du conseil de la fondation. Les organes de libre administration n'exercent donc plus une influence décisive dans le choix de la direction.

Le tribunal fédéral administratif allemand semble aller depuis peu sur la voie de la marginalisation du rôle du sénat dans sa jurisprudence¹⁴⁵⁸. En effet, il a d'abord rappelé que le droit fondamental de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale exige une influence prépondérante du sénat de l'établissement en toute circonstance. Toutefois, dans les dispositions particulières relatives aux établissements supérieurs ayant le statut de fondation de droit public, le sénat n'y est plus mentionné¹⁴⁵⁹. Ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution allemande. En France comme en Allemagne, le rôle central dans le processus décisionnel de l'université est exercé désormais par la direction afin de permettre à l'établissement une gestion plus « efficace » de ses affaires.

2° La direction de l'université au sommet d'une organisation verticale

Les instances collégiales de l'université exercent donc moins d'influence dans le processus décisionnel. La hiérarchisation de la structure organisationnelle de l'université s'opère à travers la centralisation des compétences au niveau de la direction. Le rôle de la direction centrale s'est considérablement modifié depuis quelques années. L'organisation universitaire quitte un modèle de structure collégiale et horizontale pour un système hiérarchisé et vertical.

En France, la direction de l'université se modifie et obtient davantage de compétences. L'article L. 712-2 du Code de l'éducation encadre le rôle du président de l'université en droit français. Le président de l'université n'est plus « choisi parmi les enseignants-chercheurs permanents, en exercice dans l'université » mais « parmi les enseignants-chercheurs, chercheurs, professeurs ou maîtres de conférences, associés ou invités, ou tous autres personnels assimilés ». Une partie de ses

¹⁴⁵⁶ §89 et § 62 Abs. 2 BbgHG.

¹⁴⁵⁷ §60 Abs. 1 S. 2 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹⁴⁵⁸ BVerwG, WissR 43 (2010), 185 (192 ff.) cité dans M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 315.

¹⁴⁵⁹ Viertes Kapitel, „Hochschulen in Trägerschaft von rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts“ Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

compétences reste inchangée comme l'ordonnancement des recettes et des dépenses de l'université, la présidence du conseil d'administration, la nomination des différents jurys ou la responsabilité du maintien de l'ordre. Il obtient de nouvelles compétences en matière de gestion et d'administration qui ne sont pas attribuées à d'autres organes¹⁴⁶⁰. Les universités françaises sont aussi touchées par une forme de hiérarchisation interne sans pour autant tendre vers une forte différenciation dans l'organisation entre les établissements.

L'équivalent de la fonction du président de l'université française se traduit dans celle du recteur allemand. Celui-ci n'est plus, depuis longtemps, le « primus inter pares » qui se consacrait essentiellement aux missions exécutoires et représentatives. Après 1945, le rôle de la direction de l'université devint l'objet de discussions et de réformes. Le recteur (« Rektor ») représentait l'université à l'extérieur, il présidait le sénat et exécutait les affaires administratives académiques courantes. Pour les affaires de l'Etat c'est le curateur (« Kurator ») qui était compétent. Celui-ci représentait le ministère public au sein de l'université.

Le droit universitaire caractérisait l'organisation générale selon les termes de « Kuratorialverfassung » ou « Rektoratsverfassung ». La loi fédérale cadre relative aux établissements d'enseignement supérieur en vigueur aujourd'hui n'exige aucun modèle particulier d'organisation de la direction. L'ancienne version traitait de deux modèles distincts de direction dans son ancien paragraphe 62 : le rectorat ou la présidence. Dans le premier modèle, le recteur est choisi parmi les professeurs du même établissement et dans le deuxième, le président ne doit pas forcément posséder la qualité de professeur.

Les deux modèles de direction pouvaient mettre en place un organe de direction monocratique (« Rektor », « Präsident ») ou un organe de direction collégial (« Rektorat », « Präsidialkollegium »). Le modèle du « rectorat » reste le modèle traditionnel, toutefois la constitution d'une « présidence » permet d'élargir le cercle des candidats. Actuellement, il n'y a plus aucune disposition relative à la présentation des organes de l'université dans la loi cadre et la majorité des lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder accordent aux établissements le choix du modèle de la direction¹⁴⁶¹. Si les universités sont en règle générale soumises à une « Rektoratsverfassung » (modèle collégial avec un recteur), elles peuvent lui préférer une « Rektorverfassung » (modèle monocratique avec un recteur), une « Präsidialverfassung » (modèle collégial avec un président) ou une « Präsidentenverfassung » (modèle monocratique avec un président).

Pour chaque modèle, un chancelier peut être associé à la direction. La position juridique du chancelier diffère selon les Länder. Dans le Land de Bavière par exemple, sa mission relative au budget n'est pas liée aux instructions de la direction

¹⁴⁶⁰ Art. L. 712-2, 8° « Il exerce, au nom de l'université, les compétences de gestion et d'administration qui ne sont pas attribuées à une autre autorité par la loi ou le règlement ».

¹⁴⁶¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 319.

de l'établissement¹⁴⁶². En Rhénanie du Nord-Westphalie¹⁴⁶³ et dans le Land de Brême¹⁴⁶⁴, le chancelier peut contester des décisions de la direction ; s'il n'est pas trouvé d'accord, c'est au conseil d'université de statuer. Dans la majorité des cas, le chancelier n'est pas élu mais nommé par les présidents ou le ministère du Land¹⁴⁶⁵. Juridiquement, selon le droit des Länder, le chancelier est subordonné au recteur ou au président. Le chancelier est le chef de l'administration universitaire. En règle générale, il est le supérieur des membres non scientifiques, qu'ils soient employés ou fonctionnaires¹⁴⁶⁶.

Les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder peuvent définir leur propre modèle de direction. Par exemple, la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Brandebourg prévoit un président pour assurer la direction des établissements¹⁴⁶⁷ et la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur de Rhénanie du Nord-Westphalie, un rectorat composé d'un recteur et d'un chancelier¹⁴⁶⁸. Dans le Land du Bade-Wurtemberg, le législateur utilise la dénomination de comité directeur ou directoire¹⁴⁶⁹. C'est un terme davantage associé aux modèles du droit économique et du droit privé. Toutefois, il n'existe aucune définition juridique propre à cette notion. Le « directoire » peut être ensuite qualifié de présidence (« Präsidium ») ou de rectorat (« Rektorat ») dans le règlement de l'établissement¹⁴⁷⁰.

Dans une direction organisée de façon collégiale, c'est au président ou au recteur à qui revient la présidence. Il possède habituellement une compétence de proposition et de directive mais n'exerce pas d'influence dans les décisions de la direction de l'établissement. Les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder peuvent cependant prévoir, lors d'une égalité des voix, une prépondérance en faveur du président¹⁴⁷¹. En règle générale, ses compétences propres s'exercent à travers la représentation en dehors de l'établissement, par un droit de proposition pour le choix des vice-recteurs et des vice-présidents¹⁴⁷² et au moyen d'une compétence de traitement des affaires urgentes¹⁴⁷³.

La conception actuelle de la direction (ou « Leitung ») implique une notion de mutualisation des compétences décisionnelles administratives diverses. La direction de l'établissement est compétente dans toutes les affaires pour lesquelles ni la loi ni

¹⁴⁶² Art. 23, Abs. 3, S. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG).

¹⁴⁶³ §19, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹⁴⁶⁴ §85, Abs. 2 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG).

¹⁴⁶⁵ Par exemple, Art. 23, Abs. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG); §67, Abs. 2 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG).

¹⁴⁶⁶ Par exemple §85, Abs. 1, S. 2 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG).

¹⁴⁶⁷ §64, Abs. 1 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG).

¹⁴⁶⁸ §14 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹⁴⁶⁹ §16 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BWHG).

¹⁴⁷⁰ §15, Abs. 8 BWHG.

¹⁴⁷¹ §81, Abs. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG).

¹⁴⁷² §40, Abs. 1, S. 1 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG).

¹⁴⁷³ §38, Abs. 4 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG).

les règlements n'ont attribué de compétences¹⁴⁷⁴. La planification de développement de l'établissement, la planification économique¹⁴⁷⁵, la mise en place et l'exécution du budget¹⁴⁷⁶, la conclusion d'accords d'objectifs¹⁴⁷⁷, la conduite de l'évaluation¹⁴⁷⁸, l'attribution du budget¹⁴⁷⁹, ou encore l'exécution des décisions des comités¹⁴⁸⁰ font partie des compétences de la direction. Le législateur du Land peut librement attribuer certaines compétences au président ou au recteur au lieu de l'attribuer à la direction collégiale de l'établissement¹⁴⁸¹.

Les compétences revenant à la direction ne comprennent pas automatiquement un droit de directive envers les autres organes. Toutefois, le droit d'injonction et de surveillance (« Aufsichts- und Weisungsrecht ») représente un instrument de pilotage interne important. La direction de l'établissement et notamment le président peut faire objection à certaines mesures et à certaines décisions qu'elle considère comme illégales¹⁴⁸². Il peut s'agir de décisions prises par des organes, des comités ou des fonctionnaires à l'exception du conseil de surveillance (ou conseil d'université). Si l'objection de la direction ne permet pas de résoudre le conflit de normes, c'est au conseil d'université de trancher. Dans le cas où ce dernier n'est pas en mesure de satisfaire l'ensemble des intérêts, c'est au ministère de l'Etat fédéré, chargé de la science, de statuer. Le recteur ou le président possède un droit d'injonction et de surveillance sur le décanat dans différents Länder avec pour objectif l'accomplissement des obligations d'enseignement et d'organisation des examens¹⁴⁸³.

Quant au mode de désignation de la direction, alors que traditionnellement le recteur et le président étaient choisis par le sénat, cette compétence revient aujourd'hui davantage au conseil d'université et le sénat ne joue qu'un rôle de confirmation. Dans certains Länder, c'est la tâche d'une commission particulière¹⁴⁸⁴. La condition à remplir pour être nommé est de justifier d'une formation universitaire et d'être capable d'exercer des missions administratives¹⁴⁸⁵. Sa nomination est ensuite validée par le ministère du Land compétent¹⁴⁸⁶, son renvoi est toutefois possible¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁷⁴ Par exemple §16, Abs. 1, S. 3 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG).

¹⁴⁷⁵ §37, Abs. 4 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG), „Aufstellung der Wirtschaftsplanung“.

¹⁴⁷⁶ §16, Abs. 3, S. 2, Nr 5 et 6 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG), „Austellung und Vollzug der Haushalts“.

¹⁴⁷⁷ Art. 20, Abs. 2, S. 2, Nr. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschHG), „Abschluss von Zielvereinbarungen“.

¹⁴⁷⁸ §16, Abs. 1, S. 6 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), „Durchführung der Evaluation“.

¹⁴⁷⁹ §37, Abs. 4 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG), „Zuweisung von Budgets“.

¹⁴⁸⁰ §16, Abs. 5, S. 1 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG), „Vollzug von Gremienbeschlüssen“.

¹⁴⁸¹ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 318.

¹⁴⁸² §16, Abs. 5, S. 2 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG).

¹⁴⁸³ §17, Abs. 8 BW HG.

¹⁴⁸⁴ Ou en allemand, „Findungskommission“, §17, Abs. 3, S. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW); §82, Abs. 6 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHG).

¹⁴⁸⁵ §63, Abs. 3, S. 1 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG), „Zum Präsidenten kann bestellt werden, wer eine abgeschlossene Hochschulausbildung besitzt und aufgrund einer mehrjährigen

La procédure de nomination du recteur a fait l'objet de certains recours devant les tribunaux allemands. En 2003, le tribunal administratif de Gelsenkirchen considère que les dispositions qui règlent la nomination du recteur ne contreviennent pas à la liberté de la science car les compétences du recteur ne relèvent pas directement de la science¹⁴⁸⁸. Dans la mesure où l'organisation de la procédure de nomination du recteur est limitée, il n'y aurait donc pas d'atteinte à la liberté de la science selon la jurisprudence.

La Cour constitutionnelle avait déjà retenu cette approche en 2001¹⁴⁸⁹. Sur la question de la nomination du rectorat, la liberté de la science n'exige pas que le groupe des universitaires ait une influence décisive, dans la mesure où l'étendue des prérogatives du rectorat ne touche pas directement aux matières relevant de la science. Elle retient le même raisonnement dans une décision plus récente. En outre, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale n'accorde pas de compétence de principe aux organes de représentation collégiale par rapport aux organes de direction dans la réalisation du principe de libre administration. Elle ajoute que la compétence décisionnelle dans les affaires relevant de la science des organes de direction est licite dans la mesure où les activités sont limitées au niveau matériel et qu'il n'y a pas d'atteinte structurelle dans l'organisation de la science¹⁴⁹⁰. Le raisonnement semble donc largement contestable dans la mesure où la jurisprudence constitutionnelle considère à la fois que les prérogatives du rectorat ne touche pas aux affaires relatives à la science (dans ce cas, les universitaires ne sont donc pas tenus d'influencer la procédure de nomination) mais dans un même temps, la Cour estime que les compétences des organes collégiaux relevant du domaine de la science peuvent être transférées à l'organe de direction sans qu'il n'y ait d'atteinte à la liberté de la science.

En 2014, la Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme sa position. Malgré sa référence, dans cette décision, à un « organe de représentation de libre administration académique » distinct d'un « organe de direction »¹⁴⁹¹, il n'était pas pour autant question d'accorder une compétence de principe à l'organe collégial. En outre, la Cour affirme qu'eu égard à « la définition d'un organe de représentation collégiale de libre administration de la science, il n'y a pas de priorité en faveur d'un quelconque organe par rapport à l'organe de direction »¹⁴⁹². La Cour fait donc la

verantwortlichen beruflichen Tätigkeit, insbesondere in Wissenschaft, Wirtschaft, Verwaltung oder Rechtspflege, erwarten lässt, dass er den Aufgaben des Amtes gewachsen ist“.

¹⁴⁸⁶ §17, Abs. 2 Saarländisches Universitätsgesetz (SaarlUG).

¹⁴⁸⁷ §80, Abs. 4, S. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG).

¹⁴⁸⁸ VG Gelsenkirchen, déc. du 25 mars 2003, 1 L 3141/02.

¹⁴⁸⁹ BVerfG, déc. du 7 mai 2001, 1 BvR 2206/00.

¹⁴⁹⁰ BVerfG 127, 87, déc. du 20 juillet 2010, „Hamburgisches Hochschulgesetz“.

¹⁴⁹¹ „Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung“, BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07.

¹⁴⁹² „Aus der Bedeutung plural zusammengesetzter Vertretungsorgane für die Selbstorganisation der Wissenschaft folgt kein grundsätzlicher Vorrang solcher Organe gegenüber den Leitungsorganen“, BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014.

différence entre la qualification d'un organe de représentation collégiale de libre administration par rapport à un organe de direction. L'organe de représentation collégiale est donc associé directement au principe de libre administration, toutefois, ni cet organe, ni nul autre organe, ne bénéficierait d'une compétence de principe dans le processus décisionnel selon la Cour.

En conclusion, la structure organisationnelle se modifie lorsqu'elle privilégie un modèle de « Präsidialverfassung » à la forme traditionnelle de « Rektoratsverfassung ». Dans l'intérêt de l'amélioration de la structure administrative et décisionnelle, la direction est devenue une véritable fonction professionnelle. Davantage de compétences ont donc été attribuées aux organes de direction, ils peuvent détenir des compétences à tous les niveaux de la procédure décisionnelle de l'université. La direction détient une compétence de proposition et d'initiative et une compétence de principe lorsque les missions ne sont pas attribuées à d'autres organes, elle peut bénéficier d'une prépondérance des voix en cas d'égalité et conserve un droit d'injonction envers les organes de représentation collégiale. En outre, la direction peut exercer des compétences qui reviennent traditionnellement aux organes collégiaux dans la mesure où il n'y a pas d'atteinte structurelle à la liberté de la science. Enfin, la jurisprudence n'exige plus d'influence décisive des universitaires dans la procédure de nomination de la direction, considérant que cette-dernière n'intervient pas dans les matières relevant de la science.

La direction bénéficie donc d'une plus grande autonomie pour gouverner leur établissement. Il n'y aura cependant pas de réelle distinction entre autonomie administrative et autonomie scientifique tant que la jurisprudence ne reconnaitra pas une compétence de principe aux organes collégiaux « de libre administration » pour leur garantir une influence conséquente dans l'administration de l'université, une des exigences d'une organisation adaptée à la science. En outre, en France et en Allemagne, de nouvelles instances et conseils accompagnent ce processus de hiérarchisation et d'organisation verticale. Ces derniers gèrent, administrent et orientent la politique universitaire tout en amenant de nouvelles interrogations juridiques quant à leur légitimité.

B. L'État en concurrence avec de nouveaux acteurs de pilotage, extérieurs à l'université

Les modifications de la structure organisationnelle de l'université tendent à la différenciation horizontale et verticale du paysage universitaire, ce qui aura des effets sur l'ensemble du système de la science. La liberté d'agencement dans l'organisation du législateur, utilisée en vue de l'externalisation de la commande de la science, ne contrevient-elle pas à la Loi fondamentale ? A quel point l'Etat (Fédération et Länder)

peut-il influencer et orienter la politique des universités tout en respectant les exigences de la liberté de la science¹⁴⁹³ ?

Avant de comprendre la notion de pilotage externalisé du système universitaire et la question de ses limites, on peut citer l'exemple de l'initiative d'excellence ou (« Exzellenzinitiativ »). Ce programme a été mis en œuvre en France et en Allemagne. L'initiative d'excellence s'inscrit dans le cadre de la mise en concurrence des universités allemandes. L'initiative d'excellence de l'Etat fédéral et des Länder représente un instrument en faveur de la promotion de la recherche des universités allemandes. L'initiative d'excellence s'exerce dans le cadre de la coopération entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés en application de l'article 91b de la Loi fondamentale¹⁴⁹⁴.

De façon analogue, le projet de l'initiative d'excellence en France a pour objet de développer les universités françaises sur la scène internationale. Ce que l'on appelle les investissements d'avenir, engagés par la loi de finances rectificative du 9 mars 2010, ont largement financé les premières initiatives d'excellence. Celles-ci sont sélectionnées par un jury international après un appel à projets. L'Université de Strasbourg s'est vu confirmée le projet Idex en avril 2016 et a donc mis en place une gouvernance s'appuyant sur les organes de l'université associés au comité de pilotage, présidés par le président de l'Université de Strasbourg. Ce comité, composé de nombreuses personnalités scientifiques et du monde économique, sollicitées par le président de l'Université, exerce de nombreuses missions ; il « définit les modalités et les conditions d'activation des instruments mis en place », il propose les procédures et le lancement des appels à projets, il définit les objectifs et les procédures d'évaluation.

En outre, un comité de surveillance financière formule des recommandations au conseil d'administration en se basant notamment sur des avis formulés dans un audit financier annuel externe commandé par le président de l'université¹⁴⁹⁵. Le cadre législatif et réglementaire reste toutefois relativement sommaire. La possibilité pour des établissements public à caractère scientifique, culturel et professionnel de conclure des conventions de coopération soit entre eux, soit avec d'autres établissements publics ou privés est envisagée à l'article L. 719-10 du Code de l'éducation. Cependant, la loi précise qu'une demande de ce type doit provenir à la fois de l'établissement souhaitant le rattachement et de l'établissement de rattachement. Dans le cadre d'un seul rattachement, l'établissement conserve sa personnalité morale et son autonomie financière. Quelle sera alors sa marge d'autonomie ? Les établissements concernés conserveront-ils un pouvoir de décision

¹⁴⁹³ C. Marzlin, *Die Exzellenzinitiative von Bund und Ländern auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Zuständigkeiten, Grundrechte und Rechtsschutz*, vol. 58, Kölner Schriften zu Recht und Staat, 2015, p. 2-4.

¹⁴⁹⁴ Voir Deuxième Partie, Titre 1, Chap. 2^{ndr}, S. 2, §1, A. « Le retrait de la Fédération et l'abrogation de sa compétence cadre ».

¹⁴⁹⁵ Site de l'Université de Strasbourg.

quant aux orientations prises dans le cadre de l'Idex ? Plusieurs questions restent alors en suspens.

En Allemagne, une clause d'excellence (« Exzellenzklausel ») a été introduite dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Basse-Saxe pour expérimenter cette nouvelle forme de pilotage de l'Etat¹⁴⁹⁶. La clause prévoit que le sénat d'une université est compétent, en accord avec le conseil d'université ou le conseil de fondation pour fixer certaines dérogations en faveur de l'expérimentation de nouveaux modèles de direction, de pilotage et d'organisation. Le règlement établi par le sénat nécessite l'agrément du ministre compétent. Ainsi, de nouvelles mesures peuvent déroger aux dispositions relatives aux cursus et à leur accréditation¹⁴⁹⁷, à la procédure de recrutement des professeurs¹⁴⁹⁸ et aux dispositions relatives à l'organisation interne de l'université¹⁴⁹⁹.

Le transfert des compétences aux organes de direction vu précédemment participe aussi de ce processus de pilotage. Les décanats et rectorats obtiennent davantage de compétences au mépris des sénats et des conseils de faculté. Le pilotage s'exerce encore à travers les contrats d'objectifs. Les universités s'obligent à certaines mesures et objectifs et deviennent responsable du respect de leurs obligations contractées. Le contrat d'objectif est instauré au sein des universités, par exemple entre la direction universitaire et les facultés ou composantes mais aussi entre l'université et ses universitaires¹⁵⁰⁰. La mise en œuvre des accords d'objectifs renforcent aussi l'implantation de la direction universitaire¹⁵⁰¹.

En France, si les instruments de pilotage et le processus de dérégulation restent moins poussés qu'en Allemagne, on trouve cependant de nouveaux organes qui jouent un rôle similaire. Il y a notamment le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, une autorité administrative indépendante qui succède depuis 2013 à l'Agence d'évaluation de la recherche et de

¹⁴⁹⁶ §46 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG), „1. Der Senat einer Hochschule, die im Rahmen der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder zur Förderung von Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen gefördert wird, wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Hochschulrat oder dem Stiftungsrat Abweichungen von den §§ 6, 26, 30 und 36 bis 45 zur Erprobung neuer Modelle der Leitung, Steuerung und Organisation in einer Ordnung festzulegen, um die Realisierung der geförderten Maßnahmen sicherzustellen. 2. Dem Präsidium ist die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen. 3. Die Ordnung bedarf der Genehmigung durch das Fachministerium“.

¹⁴⁹⁷ §6 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹⁴⁹⁸ §26 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹⁴⁹⁹ §36 à 45 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

¹⁵⁰⁰ „Es hängt von der konkreten Ausgestaltung von Zielvereinbarungen ab, ob die Hochschulen durch diese Form der Steuerung gegenüber der traditionellen Praxis der Regulierung de facto mehr Freiheiten erhalten oder ob es sich letztlich um „Detailsteuerung mit anderen Mitteln“ handelt. Der entscheidende Punkt liegt jedoch darin, dass mit Zielvereinbarungen im Prinzip die Kontrakt- und Handlungsfähigkeit und letztlich auch die Autonomie der Hochschulen symbolisch anerkannt werden“, F. Meier, *Die Universität als Akteur, zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, op. cit., p. 136-137.

¹⁵⁰¹ F. Meier, *Die Universität als Akteur, zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, op. cit., p. 144, „Globalhaushalte und Zielvereinbarungen mit den Ministerien etwa sind Reformelemente, deren Implantation Hochschulleitungen strukturell stärken sollte“.

l'enseignement supérieur¹⁵⁰². Les textes précisent que « pour l'exercice de ses missions, le Haut Conseil s'inspire des meilleurs pratiques internationales » et « des principes d'expertise scientifique au meilleur niveau international ». En tant qu'instance de pilotage, « il peut conduire directement des évaluations ou s'assurer de la qualité des évaluations réalisées par d'autres instances en validant les procédures retenues ». Le Haut Conseil définit les mesures propres à garantir la qualité, la transparence et la publicité des procédures d'évaluation.

La notion de pilotage renvoie à deux problématiques concrètes et observables dans le système universitaire. En premier lieu, elle se caractérise par son externalisation (1°) ; la prise de décisions ne se fait plus en priorité par les membres internes de l'université. L'externalisation des compétences pourra entrer en conflit avec le principe de libre administration qui exige que la politique de l'université soit déterminée par la corporation universitaire de ses propres membres.

En second lieu, le concept de pilotage externalisé renvoie à la question de la légitimité de ses nouveaux membres et du processus décisionnel universitaire (2°). En dehors de la question de la composition des conseils d'université ou de surveillance, les difficultés juridiques se posent quant au type de compétences transférées à ces conseils et à la nomination de leurs membres. La plupart de ces problèmes sont dus au fait que la réglementation des Länder relative aux conseils d'université reste très disparate et hétérogène.

1° Notion de pilotage externalisé : les conseils d'université

Si le principe de libre administration implique qu'une corporation puisse choisir ses membres et en partie, son mode de gouvernance, il en est autrement avec ce que la doctrine nomme l'externalisation du pilotage des universités. Il existe deux formes d'externalisation. En premier lieu, l'orientation générale et les objectifs des universités ne sont plus déterminés uniquement par les membres internes du système de l'enseignement supérieur. Il s'agit de l'externalisation des membres. Des membres qui n'appartiennent pas à l'université participent au processus décisionnel.

En second lieu, de nouveaux comités et organes en dehors de l'université exercent certaines compétences qui appartenaient traditionnellement aux organes de représentation collégiale. La doctrine parle de l'externalisation des compétences ou encore d'un pilotage externe des universités. La mise en place du pilotage externe des universités est une des conséquences du processus de dérégulation de l'Etat fédéral. Les conseils d'université allemands illustrent la forme de pilotage la plus importante dans le système d'enseignement supérieur. Ils représentent un conseil de surveillance pour les universités. Le conseil d'université est un organe empreint

¹⁵⁰² Art. L. 114-3-1 du Code de l'éducation.

d'une structure managériale et entrepreneuriale et les universités doivent lui rendre des comptes¹⁵⁰³.

Un conseil d'université peut se définir comme un comité qui se situe en-dessous du niveau ministériel des Länder et dans lequel des personnes étrangères à l'institution universitaire, appartenant à la pratique professionnelle, exercent de l'influence sur le fonctionnement interne des universités. Le premier conseil d'université a été créé à l'Université libre de Berlin (Freie Universität Berlin) alors qu'elle devenait une collectivité simple de droit public. Ce n'est qu'avec la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur de Basse-Saxe de 1993 que le conseil d'université devient une institution autonome. La mise en œuvre des conseils d'université dans les années quatre-vingt-dix est une caractéristique essentielle de ce qu'une part de la doctrine nommait la « modernisation » des établissements¹⁵⁰⁴.

Il est difficile de faire une étude exhaustive des conseils d'université en Allemagne dans la mesure où chaque Land met en œuvre sa propre réglementation et décide de mettre en place un conseil d'université. Par exemple, le Land de Brême ne prévoit aucun conseil d'université ni aucune institution comparable dans sa loi de l'enseignement supérieur. Selon les différentes lois des Länder, les conseils d'université sont composés en partie ou totalement de personnalités extérieures. Habituellement, il s'agit d'un conseil par établissement mais dans le Land du Brandebourg, un conseil d'université est compétent pour tout le Land et traite de toutes les affaires publiques pour l'ensemble des établissements du Land¹⁵⁰⁵.

Les conseils d'université sont des lieux d'expertise extérieure. La dénomination des personnalités extérieures dans les conseils d'université diffère aussi selon les Länder. La Loi de Bavière les définit comme des « personnalités des domaines de l'économie et de la pratique professionnelle »¹⁵⁰⁶, en Hesse, il s'agit de « personnalités de la société, de l'économie et de la science »¹⁵⁰⁷, dans la Sarre, « des personnalités de la science, de l'économie et de la vie publique »¹⁵⁰⁸. Il est donc délicat d'établir un profil type des personnalités en cause.

Il existe des conseils d'université mixtes dans lesquels des membres de l'université sont aussi représentés à côté des membres extérieurs et ce dans le Bade-Wurtemberg, en Bavière, dans le Land de Berlin, de la Sarre et de la Saxe. Il existe des conseils où ne siègent que des membres extérieurs, en Hesse ou dans le Brandebourg. Dans les conseils mixtes, le nombre de personnes appartenant à

¹⁵⁰³ „Damit können Hochschulräte als symbolischer Ausweis einer modernen und rationalen Management-Struktur gelten, die verantwortliche Hochschulleitung mit deren Kontrolle _ durch eben diese Hochschulräte _ verbindet.“; „Mit dem Hochschulrat bekommt die Gesellschaft eine Adresse, der gegenüber Rechenschaft abgelegt werden kann“, *ibid.*, p. 138.

¹⁵⁰⁴ V. Meyer-Guckel, M. Winde, F. Ziegler (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis*, op. cit., p. 25-26.

¹⁵⁰⁵ §75 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG).

¹⁵⁰⁶ Ou en allemand, « Persönlichkeiten aus dem Bereich der Wirtschaft der beruflichen Praxis ».

¹⁵⁰⁷ Ou en allemand, « Persönlichkeiten aus Gesellschaft, Wirtschaft und Wissenschaft ».

¹⁵⁰⁸ Ou en allemand, « Persönlichkeiten aus Wissenschaft, Wirtschaft und öffentlichem Leben ».

l'université reste minoritaire. Pour certains auteurs, le législateur du Land devrait laisser le choix aux établissements de mettre en place un conseil d'université externe ou mixte. Les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder devraient garantir aux établissements la plus grande liberté possible quant au choix des membres de ces conseils¹⁵⁰⁹.

Pour chacune de ces personnalités extérieures à l'université, leur fonction est limitée dans le temps. Dans la plupart des cas, ces membres sont désignés par les gouvernements des Länder et de façon plus rare, par les universités elles-mêmes. S'ils sont proposés par l'université, ils devront tous ensuite faire l'objet d'une approbation du ministère. Dans certaines configurations, mais elles restent rares, l'université ne fait aucune proposition et les nominations restent à la discrétion des gouvernements des Länder¹⁵¹⁰. La dénomination de l'institution varie aussi d'un Land à l'autre. Dans le Land de Bade-Wurtemberg, on ne le nomme pas conseil d'université mais « Aufsichtsrat » ou conseil de surveillance¹⁵¹¹. En effet, le conseil d'université fonctionne selon le modèle du conseil de surveillance emprunté au droit des sociétés. Dans d'autres Länder, il est désigné par le terme de « Kuratorium »¹⁵¹². Les Länder de Bavière et de Rhénanie-Palatinat possèdent un Kuratorium et un conseil d'université¹⁵¹³.

A la différence des « Kuratorium » qui possédaient une véritable compétence de conseil, le conseil d'université a en premier lieu, un réel pouvoir décisionnel. Ils ne peuvent donc pas être confondus même s'ils portent parfois le même nom. Le conseil d'université tient lieu de convergence entre l'université, l'Etat et l'économie, la société¹⁵¹⁴, une institution tampon qui minimise l'influence des pouvoirs publics. Par ailleurs, on remarque une seconde différence entre ces deux commissions au niveau de leur champ d'action. Dans un « Kuratorium » il s'agit de discuter de l'enracinement local ou régional des universités alors que dans un conseil, il est davantage question d'intérêts suprarégionaux, voire internationaux. Un « Kuratorium » doit exprimer les intérêts de l'université vers l'extérieur tandis que les conseils d'université portent et intègrent les intérêts et les problématiques extérieures au sein de l'université.

Les Länder utilisent encore d'autres terminologies différentes. Par exemple, dans le Brandebourg, le conseil d'université prend la dénomination de « conseil d'établissement d'enseignement supérieur du Land » ou « Landeshochschulrat »¹⁵¹⁵, dans le Schleswig-Holstein, la loi relative aux établissements d'enseignement

¹⁵⁰⁹ V. Meyer-Guckel, M. Winde, F. Ziegler (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis*, op. cit., p. 10.

¹⁵¹⁰ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 132.

¹⁵¹¹ §20 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW HG).

¹⁵¹² §65 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG); §97 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHG).

¹⁵¹³ Art. 26, 35 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG) ; §73 et 74 Hochschulgesetz des Landes Rheinland-Pfalz (HG Rh-Pf).

¹⁵¹⁴ Par exemple §41, Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG).

¹⁵¹⁵ §63 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG).

supérieur emploie le terme de « Hochschulbeirat », un autre terme pour désigner littéralement un conseil d'établissement d'enseignement supérieur¹⁵¹⁶. Dans le Bade-Wurtemberg, en Bavière et en Hesse, les conseils d'université conservent leur nom de conseils d'établissement d'enseignement supérieur ou « Hochschulrat »¹⁵¹⁷. L'hétérogénéité dans la dénomination de cette institution démontre également les doutes quant à son rôle exact et à ses fonctions au sein de la gouvernance des universités.

La notion d'externalisation implique donc l'intervention de membres extérieurs à l'université dans le processus décisionnel de l'établissement. Ces membres peuvent être intégrés dans les organes internes ou exercer une large influence dans de nouveaux organes de pilotage comme le conseil d'université qui a un rôle de surveillance vis-à-vis de l'établissement. Le personnel des conseils d'université est tout ou partie extérieur à l'établissement. L'idée d'externalisation renvoie encore au fait que les intérêts de la société, extérieurs, sont intégrés au processus décisionnel universitaire interne.

2° La question de la légitimité des conseils d'université

La difficulté juridique principale du pilotage externalisé tient en ce que les atteintes aux droits fondamentaux dans ce domaine sont indirectes. On ne peut pas prévoir de mécanismes de protection préalables à une éventuelle violation de la liberté de la science. Pour certains auteurs, une des solutions tiendrait là encore dans la mise en œuvre d'une réserve de compétence au profit des organes de la libre administration¹⁵¹⁸. Plusieurs éléments de droit restent donc incompatibles avec la structure de pilotage actuelle. En outre, les exigences constitutionnelles supposent que la mise en œuvre d'une réglementation doit s'adresser clairement aux individus. S'il n'y a pas de destinataires déterminés et ciblés, la réglementation en cause deviendra inconstitutionnelle¹⁵¹⁹, en particulier, cela entraînerait des déficits de légitimation démocratique et une atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

Le principe de démocratie selon l'article 20, alinéas 1^{er} et 2nd de la Constitution allemande exige une légitimation démocratique suffisante du conseil d'université. Dans la mesure où il détient des compétences décisionnelles et de contrôle, l'organe

¹⁵¹⁶ § 19a Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (HSG).

¹⁵¹⁷ § 18 Gesetz über die Universitäten im Lande Baden-Württemberg (BW-UG); Art.26 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG); §48 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG).

¹⁵¹⁸ „Zur Wahrung aufgabenadäquater Entscheidungsstrukturen bedarf es beispielweise eines Schutzes vor gesetzlicher Überprogrammierung, der etwa durch die Überlastung materieller Entscheidungsspielräume sowie durch einen Selbstverwaltungsvorbehalt verwirklicht werden kann. In diesem Sinne kann die Verwirklichung eines _ im Verfassungsstaat erst herzustellenden und damit prozeduralisierten sowie formalisierten _ Gemeinwohls, vorbehaltlich etwaiger demokratischer Legitimationsfragen, gerade durch die Einbeziehung pluralistischer Spannungen erreicht werden“, K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵¹⁹ „Eine mechanistisch gedachte Steuerung menschlichen Verhaltens wäre mit der verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 1 S.1 GG zum Ausgangspunkt normative Konstruktion gemachten individuellen Selbstbestimmung und damit der vom Recht vorausgesetzten Nichtdeterminierbarkeit menschlichen Handelns inkompatibel“, *Ibid*, p. 175.

devrait découler de l'autorité souveraine du peuple. La garantie de libre administration qui découle de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale et qui est prévue dans la plupart des lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder, accorde à l'université le droit de traiter toutes les questions en lien avec la recherche et l'enseignement à travers leurs propres organes sans injonction et en toute responsabilité¹⁵²⁰. Toutefois, le conseil d'université exerce certaines compétences qui touchent directement à la recherche et à l'enseignement.

Seulement dans de rares cas¹⁵²¹, le conseil d'université se limite aux fonctions de conseil envers d'autres organes. Habituellement, il exerce des droits de recommandation, d'initiative et un pouvoir décisionnel ; selon les Länder, il décide notamment du règlement de l'établissement¹⁵²², de la nomination et de la révocation du président¹⁵²³, du choix des membres de la direction de l'établissement¹⁵²⁴, il clôture le plan de développement¹⁵²⁵, décide de la mise en place ou le retrait d'une offre d'enseignement¹⁵²⁶ et fixe le budget¹⁵²⁷. Il peut encore détenir des compétences de contrôle de la direction de l'établissement sans pour autant détenir un véritable droit d'injonction.

Dans une décision du 7 mai 2008, le tribunal constitutionnel du Land de Bavière a considéré que le fait que la moitié des membres du conseil d'université du Land de Bavière soit des personnes extérieures n'est pas une atteinte structurelle à la liberté de la science dans la mesure où ce conseil ne remplit pas des missions relevant de la libre administration de l'université¹⁵²⁸. En l'espèce, il est toutefois compétent pour décider du règlement de l'établissement et des modifications de statut, il choisit le président et décide de son renvoi, il choisit les autres membres de la direction de l'université à l'exception du chancelier, il décide du plan de développement de l'université et il décide de la création, de la modification et de la suppression des offres de formation¹⁵²⁹.

Ce qui a été également critiqué est le fait que la composition de ces conseils ne dépende pas des membres de l'université, en d'autres termes, les questions de la recherche et de l'enseignement sont traitées dans un conseil dans lequel les universitaires ne représentent plus la majorité des voix. En règle générale, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne remet pas en question les compétences de contrôle et de codécision des conseils d'université. Selon elle, il n'y a pas d'atteinte à la liberté de la science. Encore une fois, l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale ne

¹⁵²⁰ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit. , p. 322.

¹⁵²¹ Par exemple §86, Abs. 3 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (HGMV).

¹⁵²² Art. 26, Abs. 5, S. 1, Nr. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG).

¹⁵²³ §20, Abs. 1, Nr. 1 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (HG BW).

¹⁵²⁴ Art. 26, Abs. 5, S. 1, Nr. 3 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG).

¹⁵²⁵ §20, Abs. 1, S. 3 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (HG BW).

¹⁵²⁶ Art. 26, Abs. 5, S. 1, Nr. 7 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG).

¹⁵²⁷ Art. 26, Abs. 5, S. 1, Nr. 11 BayHschG.

¹⁵²⁸ VerfGH Bayern, déc. du 7 mai 2008, 19 VII 06.

¹⁵²⁹ Art. 26, Abs. 5, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHschG).

confère aucune priorité aux organes collégiaux de représentation bien que les décisions en cause touchent à la recherche et à l'enseignement.

Dans une affaire de 2002, la Cour constitutionnelle fédérale a eu l'occasion de se prononcer à propos de l'établissement-clinique (« Universitätsklinikum ») de Rhénanie du Nord-Westphalie, et plus précisément quant à la réglementation relative à la composition et aux missions conférées à son conseil de surveillance (« Aufsichtsrat »)¹⁵³⁰, ici l'équivalent d'un conseil d'université pour un établissement-clinique. Après une réforme globale sur le statut de cet établissement, les organes sont le conseil de surveillance et la direction. Un règlement pour la clinique met en œuvre des dispositions particulières par rapport à la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande rappelle par ailleurs que la clinique universitaire bénéficie d'un régime particulier avec une double mission, dans la recherche et l'enseignement et dans le soin aux patients¹⁵³¹. A ce propos, la doctrine défend la mise en œuvre de conseils d'université spécifiques selon les types d'établissements pour respecter les missions de chacun¹⁵³². Dans le cas d'espèce, le conseil de surveillance de la clinique universitaire est composé de deux représentants du ministère, du recteur et du chancelier de l'université, d'un expert externe provenant du domaine de l'économie, d'un expert externe provenant du domaine de la médecine, d'un représentant du personnel scientifique et d'un représentant du personnel de la clinique universitaire. La direction dirige et représente la clinique tandis que le conseil de surveillance définit les objectifs de l'établissement, supervise la gestion de la direction et décide entre autres de la nomination des membres de la direction, du plan économique et du renvoi de la direction¹⁵³³.

La Cour constitutionnelle fédérale, dans cet décision, reconnaît au scientifique un droit à certaines mesures d'organisation mises en œuvre par le législateur dans le but de garantir son libre exercice de la recherche et de l'enseignement, cependant la liberté de la science n'exige pas que chaque universitaire participe à la direction de l'établissement scientifique dans lequel il exerce. De la même façon l'universitaire peut ne pas exercer d'influence sur la nomination de la direction. Par conséquent, ni la composition, ni les missions du conseil de surveillance ne portent atteinte à la Loi fondamentale selon la Cour.

Deux éléments sont donc à relever ; en premier lieu, il y a une carence de membres de l'université au sein du conseil d'université, d'autant plus que même dans le cas où des membres internes sont présents, la majorité des professeurs y fait largement défaut alors que la liberté de science prône une influence cruciale pour les affaires

¹⁵³⁰ BVerfG, déc. du 11 novembre 2002, 1 BvR 2145/01.

¹⁵³¹ Voir aussi BVerfG, déc. du 8 avril 1981, 1 BvR 608/79.

¹⁵³² V. Meyer-Guckel, M. Winde, F. Ziegler (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis, op. cit.*, p. 23.

¹⁵³³ §5, Abs. 1; §4, Abs. 1 Klinikumsverordnung (Règlement de la clinique).

touchant à la recherche et une influence conséquente pour les affaires touchant à l'enseignement¹⁵³⁴. En second lieu, dans la mesure où les membres des conseils d'université sont nommés par des organes de l'Etat, le principe de libre administration et ici le droit pour les membres de l'université de choisir leurs propres organes peuvent être mis à mal.

Les réactions de la jurisprudence quant à l'influence des conseils d'université sur la nomination de la direction des établissements sont plus mesurées. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans sa décision relative à la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Brandebourg, a considéré que le droit de proposition du conseil d'université du Land pour le choix de la direction d'un établissement d'enseignement supérieur était conforme à la Constitution puisque le législateur a aménagé des contreparties en faveur de l'établissement. La Cour estime que l'établissement peut exercer une influence conséquente dans la mesure où le sénat statue sur la nomination et la possibilité de renvoi des membres de la direction¹⁵³⁵.

De la même façon, le tribunal administratif du Land de Saxe n'a pas contesté la légalité de la procédure relative à la nomination du recteur de l'établissement prévue par la loi du Land de Saxe relative aux établissements d'enseignement supérieur¹⁵³⁶. Cette loi prévoit que le conseil d'université, en accord avec le sénat, soumet des propositions pour la nomination du recteur au sénat réuni en formation élargie. Dans les faits, un seul candidat approuvé par le sénat figurait sur la liste de proposition du conseil d'université alors qu'il existait plusieurs candidatures avec des qualifications équivalentes.

C'est surtout le droit de l'enseignement supérieur du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie qui a essuyé beaucoup de critiques quant à son conseil d'université. Là encore le législateur a aménagé une compétence globale au conseil d'université. Les universités sont encore simplement soumises à un droit de regard du Land¹⁵³⁷. Un certain nombre de compétences décisionnelles reviennent au conseil d'université, notamment le choix et la possibilité de renvoi des membres de la présidence de l'établissement, la validation du plan de développement de l'établissement et du projet d'accord d'objectif et la validation du plan économique¹⁵³⁸. En outre, pendant la durée de leur mandat, les membres du conseil d'université ne peuvent être révoqués ni par le ministère ni par l'établissement. La seule possibilité de sanction par l'établissement s'inscrit dans la possibilité de ne pas les renommer après leur mandat de cinq ans¹⁵³⁹.

¹⁵³⁴ Voir Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, A. « La réserve disciplinaire des universitaires dans l'ensemble des affaires relevant du domaine de la science ».

¹⁵³⁵ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“.

¹⁵³⁶ OVG Sachsen, déc. du 2 août 2010, 2 B 181/10.

¹⁵³⁷ §76, Abs. 1, S. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹⁵³⁸ §21, Abs. 1, „Hochschulrat Aufgaben“ HG NRW.

¹⁵³⁹ K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 322.

Il y a donc un double déficit de légitimation vis-à-vis de l'institution du conseil d'université. Certaines incompatibilités sont à relever par rapport au principe démocratique et à la liberté de la science quant à la légitimation démocratique de l'organe du conseil d'université en tant que tel. La légitimation de l'organe renvoie alors aux compétences décisionnelles exercées et à la question de la libre administration académique au sens strict. En second lieu, il y a un défaut de légitimation démocratique des membres par rapport à leur nomination¹⁵⁴⁰ qui implique une possible remise en question de la libre administration dans sa dimension électorale. Le processus de légitimation dans l'organisation de l'enseignement supérieur sera envisagé au titre suivant.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'université allemande est caractérisée traditionnellement par le double statut de collectivité de droit public et d'institution du Land dans la mesure où elle distingue le règlement des affaires académiques liées à la recherche et à l'enseignement et le règlement des affaires publiques qui nécessite un contrôle de la part de l'Etat. A la différence de la doctrine française, ce n'est pas forcément l'autonomie des universités qui conditionne l'application du principe de libre administration mais bien ce principe qui donne les moyens aux établissements d'être autonome. Comme le remarquait Jean Waline, le principe d'élection des responsables de la collectivité et le principe de la libre administration renvoient à la question de l'autonomie des universités. En droit de l'enseignement supérieur allemand, l'autonomie *académique* des universités s'inscrit comme une conséquence directe de l'effectivité du principe de libre administration.

Le principe de libre administration, qui découle directement du statut de collectivité de droit public, garantit à l'université les moyens de choisir ses membres et d'orienter sa politique scientifique à travers un processus décisionnel collégial et démocratique. Le principe de libre administration ne contient pas d'objectif en soi si ce n'est de mettre en œuvre une organisation universitaire qui permette la réalisation de la liberté de la science dans sa dimension essentielle et individuelle. Il reste une dernière difficulté relative à la hiérarchie des normes. La Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaît donc que l'autonomie et la libre administration des universités sont garanties par la loi¹⁵⁴¹ et par les Constitutions des Länder. Toutefois selon la Loi fondamentale, le droit fédéral a une valeur supérieure à celle du droit des Etats fédérés¹⁵⁴². En d'autres termes, étant donné que la Loi fondamentale ne reconnaît pas expressément l'autonomie et le principe de libre administration des

¹⁵⁴⁰ V. Meyer-Guckel, M. Winde, F. Ziegler (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis*, op. cit., p. 24.

¹⁵⁴¹ §58, Abs. 1, S. 3 HRG et dans la transposition juridique des Länder.

¹⁵⁴² Art. 31 GG, „Bundesrecht bricht Landesrecht“.

universités, des dispositions législatives ou constitutionnelles des Etats fédérés pourraient y contrevenir.

Parallèlement à la fonction de promotion des libertés individuelles, la deuxième fonction du principe de libre administration est définie par la Cour constitutionnelle fédérale comme une fonction objective de conciliation des intérêts présents à l'université. Cela concerne trois groupes distincts ; les universitaires, les étudiants et les collaborateurs scientifiques. Chacun des membres pouvait participer au processus décisionnel de l'université dans la mesure de sa responsabilité au sein de l'institution. En outre, dans sa jurisprudence, la Cour distinguait clairement les organes de libre administration des organes de direction afin de rester en adéquation avec les exigences scientifiques.

Si la doctrine s'accorde sur l'existence d'un droit fondamental de libre administration académique, les universités acquièrent davantage d'autonomie de gestion parallèlement au processus de retrait de l'Etat. Depuis l'abrogation partielle de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur, les universités ont la possibilité de choisir leur statut juridique. Le principe de libre administration n'aura pas la même effectivité dans une université qui répond au double statut de corporation de droit public et d'institution du Land que dans une université érigée sous forme d'une fondation de droit public. Ce principe reste toutefois la condition de l'autonomie académique comme, dans une certaine mesure, de l'autonomie de gestion. L'autonomie de gestion se distingue néanmoins de l'autonomie académique dans la mesure où la première ne fait pas de distinction entre l'organe de libre administration et l'organe de direction.

En effet, la distinction entre les organes collégiaux de libre administration et les organes de direction semble être remise en cause dans la mesure où la jurisprudence constitutionnelle ne s'exprime pas en faveur d'une compétence de principe ni même d'une réserve de compétence au profit des premiers. L'organisation traditionnellement décentralisée laisse place à une structure hiérarchisée et centralisée qui met en avant une nouvelle forme de gouvernance. L'université, qui s'inspire du modèle entrepreneurial, compense le retrait de l'Etat par de nouvelles formes de hiérarchisation. L'exigence de l'augmentation de la capacité d'action et de flexibilité répond à un mode de fonctionnement concurrentiel qui laisse le principe de libre administration en marge des nouveaux enjeux.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE 1

Le gain d'autonomie des universités n'a été rendu possible qu'à partir du gain d'autonomie des Länder. Le retrait de la Fédération a entraîné une mise en concurrence des Länder. La nouvelle répartition des compétences entre la Fédération et les Länder met en œuvre la particularisation des compétences. Les

Länder adoptent une législation toujours plus spécifique en fonction des profils des universités, ce qui peut mettre à mal les principes d'homogénéité et d'égalité. En accentuant la mise en œuvre de « profils spécifiques » en fonction de chaque université, les facultés définissent de moins en moins la base de l'organigramme de l'enseignement supérieur selon la « Binnenorganisation » allemande.

Pour exister dans un système concurrentiel, les universités sont pilotées par de nouveaux comités décisionnels, comme le conseil d'université. La notion de pilotage est caractérisée par son externalisation et par un déficit de légitimation personnelle et matérielle de ses organes. En effet, les règles de composition et de nomination ne correspondent plus aux exigences du principe de libre administration et aux spécificités qui découlent des affaires académiques. L'autonomie de gestion et l'autonomie académique ne s'acquièrent pas dans les mêmes conditions. L'autonomie de gestion s'inscrit dans un mode de « gouvernance » alors que l'autonomie académique répond davantage aux caractéristiques d'un « gouvernement » de la science. Dans la vision contemporaine de l'université, sa gouvernance se fonde sur l'impuissance de son gouvernement qui s'accompagne davantage d'une répartition claire des pouvoirs au sein de l'organisation, aux différents modes de coopération et aux processus décisionnels internes. Selon la doctrine, « la gouvernance est pensée comme s'opposant au gouvernement »¹⁵⁴³. Entre autonomie de gestion et autonomie académique, c'est la place de l'individu qui diffère.

Ce lien particulier entre l'individu et l'institution universitaire peut se comprendre de la même façon que la théorie du spectateur impartial d'Adam Smith. Il définit ce spectateur comme « l'individu qui serait par hypothèse en situation de mettre entre parenthèses ses passions et ses intérêts et de faire appel à son seul bon sens »¹⁵⁴⁴. Le spectateur impartial peut se comparer à une sorte de norme éthique personnifiée, un « grand juge et arbitre de notre conduite ». L'individu maîtrise son égoïsme naturel par la médiation d'une norme qui agit comme détachée de l'individu¹⁵⁴⁵. Les individus qui remplissent la fonction de spectateur impartial font partie des « institutions civiles », « les institutions qui tendent à promouvoir le bien public ». Les individus appartenant à l'institution n'exercent pas sous la contrainte ; « dans la plupart des cas, les agents ne se conforment pas à la norme parce qu'ils subissent effectivement la contrainte des institutions, mais simplement parce qu'elles leur font connaître cette norme, laquelle ils prennent spontanément l'habitude de se référer »¹⁵⁴⁶. C'est la garantie institutionnelle dont bénéficie l'université qui enjoint aux individus d'accomplir les missions scientifiques sans dimension contraignante. Au sein de l'institution universitaire, les membres dépassent le stade de *spectateur*

¹⁵⁴³ S. Bensmaine-Coeffier, *Le principe d'autonomie des universités françaises*, op. cit., p. 101.

¹⁵⁴⁴ R. Boudon, *La rationalité*, op. cit., p. 79-80.

¹⁵⁴⁵ « Le spectateur impartial et la « médiocrité » de la vertu », Conférence donnée à Curitiba, Colloque sur « la Mesure, Brésil, juin 2007, p. 2.

¹⁵⁴⁶ M. Biziou, « Lien social, norme morale et institutions civiles chez La Rochefoucauld, Mandeville et Smith » dans C. Lazzeri, *La production des institutions*, Paris, Presses Universitaires Franc-Comtoises, 2002, p. 143-146.

pour endosser la responsabilité d'un *acteur* de la science en participant à son organisation, ce sera l'objet du chapitre suivant.

TITRE 2

Fonction de promotion et de stabilisation du droit fondamental de la liberté de la science

La fonction de promotion et de stabilisation des droits fondamentaux emprunte deux voies ; elle passe par la mise en œuvre du droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur au moyen de la participation de ses membres (Chapitre 1^{er}) et par l'effet de rayonnement des droits fondamentaux sur les tiers et sur l'ensemble du droit (Chapitre 2nd).

L'effet indirect sur les tiers découle de la signification objective des droits fondamentaux mais peut être attribuée aussi au départ comme une conséquence des effets des droits subjectifs¹⁵⁴⁷. En ce sens, une des répercussions de la fonction défensive peut conduire à une obligation d'action de l'Etat. Parmi les obligations juridiques positives de l'Etat coexistent les *obligations directes* et *indirectes*. Ces deux types d'obligations correspondent à des fonctions distinctes. L'« obligation directe » de l'Etat a été reconnue dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 1975 à propos de l'interruption volontaire de grossesse. L'Etat ne s'oblige pas seulement à ne pas intervenir dans la sphère privée individuelle mais également à promouvoir et favoriser le domaine concerné, ici le droit à la vie¹⁵⁴⁸. Par conséquent l'Etat doit garantir un domaine protégé aux bénéficiaires face aux violations des tiers. Cette fonction est distincte de la fonction défensive puisque l'Etat

¹⁵⁴⁷ Th. Kingreen, R. Porscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, Schwerpunkte Pflichtfach, 33. Auflage, *op. cit.*, p. 34-36.

¹⁵⁴⁸ En outre, dans la « Schleyer Entscheidung », à propos des enlèvements de terroristes de la RAF, BVergfGE 46, 160, déc. du 16 octobre 1977, « Schleyer », le tribunal confirme l'existence d'une « Schutzpflicht ». Le gouvernement étend son champ d'application ; il existerait également une « Schutzpflicht » pour les victimes potentielles des terroristes.

ne participe ni dans les faits ni dans le droit à ces atteintes. Au contraire, c'est ici le comportement des tiers qui peut être illégal et possiblement sanctionné.

D'un autre côté, les obligations qualifiées comme « indirectes » traduisent un processus général en faveur du développement des effets indirects des droits fondamentaux sur les tiers. La Constitution ne protège pas seulement contre les éventuelles dérives de la réglementation publique mais également contre les atteintes exercées par les tiers¹⁵⁴⁹. L'équivalent en droit international tient dans le « duty to protect » distinct du « duty to respect ». La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît encore une obligation des Etats-membres qui protègent les libertés fondamentales européennes et s'abstiennent de prendre des mesures qui mettraient à mal les objectifs de l'Union¹⁵⁵⁰.

L'effet de rayonnement du droit fondamental de la liberté de la science sur l'ensemble du droit s'inscrit comme un moyen de conserver la rationalité propre de la science au cœur de l'organisation de la science. Il peut également être un rempart à l'objectivisation de la science à des fins uniquement économiques. Cette quête de la performance peut se caractériser par trois éléments distincts. En premier lieu, l'exigence de désintéressement de la science laisse place à une science rattachée à un objectif précis, c'est l'objectivisation de la science. Ensuite, le domaine de la science fait intervenir un langage correspondant au droit privé, au droit des entreprises et à la rationalité purement économique. Enfin, des nouveaux moyens de coopération avec les acteurs privés entraînent une transition dans le mode de transmission de la connaissance et auront dès lors des effets dans les domaines du contrôle et de la concurrence scientifiques.

Georges Gusdorf soulignait qu'« un professeur donne son cours. Ce qui signifie qu'il ne le vend pas, qu'il ne le prête pas ; il le donne, comme si l'activité enseignante avait un caractère de gratuité qui la situe en dehors des circuits économiques ». L'auteur évoque la pensée de « Socrate [qui] déjà stigmatisait les Sophistes auxquels il reprochait de recevoir une rémunération de leurs élèves ; cela lui paraissait incompatible avec la dignité de l'esprit ». La seule raison d'existence, pour Gusdorf, de la rémunération du professeur, s'illustre comme « la juste compensation pour sa contribution à la bonne marche de la société »¹⁵⁵¹. La théorie de la gratuité de l'enseignement représente un idéal auquel il faut prétendre, comparable à la quête de la vérité dans le milieu de la recherche. Cette quête de la vérité motive-t-elle encore l'ensemble des activités de la recherche et de l'enseignement lorsque la

¹⁵⁴⁹ Pour la première fois, la Cour reconnaît une protection contre les ingérences des tiers en 1978, avec la décision « Kalkar », relative à la protection de la santé et de la vie, BVerfG 49, 89, déc. du 8 août 1978, « Kalkar I ». Puis, BVerfG 81, 242, déc. du 7 février 1990, « Handelsvertreter » à propos de la « Vertragsparität » afin de protéger la partie la plus faible, en droit privé : „Es kann aber auch zu einer grundrechtlichen Verstärkung traditioneller sozialer Ungleichheiten führen, wenn die Zuordnung unterschiedlich starker Grundrechtspositionen gesellschaftliche Machtpositionen spiegelt“.

¹⁵⁵⁰ Th. Kingreen, R. Porscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, Schwerpunkte Pflichtfach, 33. Auflage, *op. cit.*, p. 41-49.

¹⁵⁵¹ G. Gusdorf, *La nef des fous. Université 1968*, *op. cit.*, p. 74.

vérité semble avoir été découverte dans un nouvel ordre qu'est celui de la performance ? Quel est encore le sens des obligations positives de l'Etat au regard de ce processus d'« économisation » de l'ensemble du domaine de la science en lieu et place de la garantie d'une protection adaptée à la rationalité propre de la science ?

CHAPITRE 1

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté au moyen de la participation des membres

Pour qu'une organisation universitaire corresponde aux exigences du domaine de la science et à ses spécificités en vue de son autonomie, la protection de la liberté de la science dans sa dimension objective assure des droits de participation effectifs à l'ensemble des membres d'un établissement d'enseignement supérieur par le moyen de principes d'organisation (Section 2) et garantit la mise en œuvre de certaines exigences relatives à la légitimation des organes pour satisfaire à la fois aux exigences démocratiques et ensuite, maintenir dans l'organisation, les spécificités du domaine de l'enseignement supérieur (Section 1).

La Cour constitutionnelle fédérale allemande pose plusieurs exigences afin de définir une organisation adaptée à la science dans sa décision de principe¹⁵⁵². En premier lieu, elle règle la question de la participation des membres. Selon la Cour, le législateur, à travers la mise en œuvre de mesures organisationnelles, doit s'assurer de l'intangibilité du droit fondamental du libre exercice des activités scientifiques, pour autant que cela reste compatible avec les autres missions légitimes des institutions scientifiques (ou des établissements d'enseignement supérieur) et avec l'ensemble des droits fondamentaux des différents membres de l'université, rattachés à des groupes d'intérêts.

¹⁵⁵² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande indique que les mesures d'organisation doivent assurer aux membres de l'université un espace suffisant pour l'exercice d'une activité scientifique libre et en même temps, les mesures doivent garantir le bon fonctionnement de l'établissement scientifique et de ses organes. Dans un sens positif, la structure organisationnelle de l'université doit permettre de garantir autant que possible le libre exercice des activités scientifiques. Dans un sens négatif, la liberté de la science interdit au législateur de porter atteinte à la capacité fonctionnelle ou de s'immiscer dans les activités scientifiques des membres d'un établissement d'enseignement supérieur¹⁵⁵³.

Bien qu'il n'existe aucun modèle organisationnel, le législateur, dans le cadre de sa liberté d'organisation doit tenir compte en second lieu, de la position particulière des universitaires dans les affaires relevant directement de la recherche et l'enseignement. Selon le principe d'homogénéité des universitaires, ce groupe doit exercer une influence « déterminante » pour les décisions qui relèvent directement de l'enseignement. Pour les décisions relevant directement de la recherche ou du recrutement des universitaires, la Cour exige une influence « cruciale » des universitaires. Concernant la place privilégiée réservée au groupe des universitaires, ces-derniers ne doivent pas forcément tous participer à l'administration de l'université, ils ne bénéficient pas de droits de participation particuliers par rapport aux autres groupes d'intérêts. C'est alors à l'aide du principe de représentation que tous les groupes d'intérêts peuvent influés ou être associés au processus décisionnel de l'université dans la mesure de leur qualification, leurs fonctions et leurs responsabilités au sein de l'institution¹⁵⁵⁴.

En l'espèce, dans l'affaire résolue en 1973 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le modèle mis en œuvre par le législateur dans la « Vorschaltgesetz » est compatible avec la Constitution, dans la mesure où il n'est pas « étranger » à la science ou « Fremdwissenschaft ». La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne tranche pas sur le fait de savoir s'il s'agit de la forme d'organisation la plus adaptée à la science, elle conclut simplement en l'adéquation du système. S'agissant des organes collégiaux des établissements, le législateur a aménagé 50% des voix en faveur des universitaires et 25% des voix au profit du groupe des étudiants et du

¹⁵⁵³ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „In positiver Hinsicht ist den Trägern des Individualrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG durch geeignete freiheitliche Strukturen der Universität so viel Freiheit in ihrer wissenschaftlichen Betätigung zu gewahren, wie dies unter Berücksichtigung der Aufgaben der Universität und der Belange der verschiedenen in der Universität tätigen Grundrechtsträger möglich ist“; „Negativ gesehen verbietet Art. 5 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber einen Wissenschaftsbetrieb so zu gestalten, dass die Gefahr der Funktionsunfähigkeit oder der Beeinträchtigung des für die wissenschaftliche Betätigung der Mitglieder erforderlichen Freiheitsraumes herbeigeführt wird“.

¹⁵⁵⁴ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Die Wissenschaftsfreiheit sichert dem Hochschullehrer keine Bestimmungsrechte ohne jede Rücksicht auf die anderen Universitätsmitglieder. Auch der Hochschullehrer ist in die Institution der Hochschule eingebunden und muss sich, bedingt durch das Zusammenwirken mit anderen Grundrechtsträgern und mit Rücksicht auf den Ausbildungszweck der Universität, Einschränkungen gefallen lassen“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

groupe des collaborateurs scientifiques. La Cour conclut à la constitutionnalité de la représentation puisque les universitaires exercent une influence prépondérante.

L'influence particulière exigée par l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale peut aussi être garantie à l'aide d'un « droit de vote multiple » ou « Mehrfachstimmrechts » accordé aux représentants des professeurs¹⁵⁵⁵. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les professeurs doivent en effet être représentés de façon raisonnable dans les conseils, de façon à ce qu'ils puissent exposer et défendre suffisamment leurs éventuelles différences au sein de leurs disciplines. En l'espèce, les dispositions contestées mettaient en œuvre la structure organisationnelle dans les établissements d'enseignement supérieur du Land reposant sur la participation de trois groupes distincts (« Drittelparität ») des professeurs, des étudiants et des collaborateurs scientifiques. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que la mise en œuvre de la « Drittelparität » est compensée par le « Mehrfachstimmrecht » qui consiste à accorder une voix supplémentaire aux représentants des professeurs par rapport aux autres groupes. En outre, les décisions qui touchent directement à la recherche, aux projets de recherche dans le domaine de l'art ou au recrutement des professeurs, nécessitent, en plus de la majorité au conseil, la majorité au sein du groupe des professeurs. Il n'y a donc pas de violation de la liberté de la science relativement à la participation des professeurs dans les organes collégiaux.

Enfin, en troisième lieu, la Cour constitutionnelle fédérale rappelle que ce n'est pas de sa seule compétence de mettre en œuvre des principes généraux relatifs à une organisation adaptée à la science, c'est aussi au législateur de mettre en œuvre des mesures organisationnelles précises pour éviter les risques d'atteinte à la liberté de la science. En ce sens, cette décision comporte une opinion divergente des juges Dr. Simon et Rupp-v. Brünneck. Les juges considèrent que les exigences organisationnelles de la libre administration ne doivent pas découler de la Constitution. En outre, certes, les universitaires doivent détenir une position majoritaire mais il n'y a pas de nécessité à exercer une influence cruciale. Pour ces juges, la Cour prend la place du législateur et outrepassé ses fonctions dans la mesure où une règle constitutionnelle est plus difficile à corriger que des mesures législatives¹⁵⁵⁶.

La doctrine reste plutôt favorable à l'opinion majoritaire de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans cette décision de 1973. Lorsque les tribunaux déterminent et mettent en œuvre certains principes d'organisation, il n'y a pas forcément de conflit relatif à la séparation des pouvoirs. Le juge procède avant tout d'une démarche de conciliation entre la législation et les exigences constitutionnelles. En outre, l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur ne peut pas être laissée aux seules mains de la majorité parlementaire. C'est ce qui correspond à la

¹⁵⁵⁵ BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“.

¹⁵⁵⁶ Abweichende Meinung der Richter Dr. Simon und Rupp-v. Brünneck zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 29 Mai 1973.

séparation fonctionnelle des pouvoirs. Le rôle du parlement est de permettre une conciliation d'intérêts abstraits et généraux à travers des compromis et les tribunaux protègent la liberté de l'individu de l'autorité démocratique¹⁵⁵⁷. Les juges ont pour mission d'interpréter et de mettre en lumière de larges objectifs immanents au droit positif mais qui ne sont pas inscrits dans la loi ou simplement de façon partielle, pour ensuite les réaliser dans la jurisprudence¹⁵⁵⁸.

Section 1. L'exigence objective d'une organisation adaptée à la science : légitimation démocratique et libre administration fonctionnelle

La théorie constitutionnelle allemande garantit des droits de participation aux membres, de la même façon qu'elle donne un cadre aux principes d'organisation ayant pour objectif une organisation adaptée au progrès et à l'autonomie de la science. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne doit pas édicter de principes d'organisation trop précis pour maintenir une marge de manœuvre en faveur du législateur.

Les organes collégiaux d'un établissement d'enseignement supérieur, à la différence des organes politiques, du législatif et de l'exécutif, légitimés démocratiquement, ne sont pas le résultat de la représentation politique. Les organes universitaires servent la représentation des disciplines scientifiques dans les activités de recherche et d'enseignement. Une autre différence d'avec la représentation parlementaire tient en ce que les universitaires doivent posséder une certaine qualification et une formation dans une discipline particulière. Si les deux modèles, organisation démocratique et organisation universitaire, connaissent un certain nombre de différences dans la théorie, ils peuvent souffrir de problèmes concrets comparables.

La difficulté principale dans la pratique tient dans le fait que la démocratie se confondrait avec la *démoscopie*. Elle est soulignée par plusieurs auteurs et peut se retrouver dans le domaine de l'enseignement supérieur. Cette tendance correspond à un processus de confusion des frontières entre l'Etat et la société. Par exemple, à propos de la question de la confirmation du choix du recteur ou du président d'un établissement d'enseignement supérieur par les autres membres, il y a une différence fondamentale entre la légitimation démocratique qui intervient en amont et

¹⁵⁵⁷ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 367.

¹⁵⁵⁸ BVerfG 34, 269, déc. du 14 février 1973, „Soraya“, „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

la seule action d'acceptation de l'organe collégial qui entérine une prise de position déjà initiée¹⁵⁵⁹.

Dans la théorie générale, la Constitution allemande impose que « tout pouvoir émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire¹⁵⁶⁰ ». De plus, « les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience¹⁵⁶¹ ». Les principes de vote énoncés aux articles 28, alinéa 1^{er}, phrase 2 et 38, alinéa 1^{er}, phrase première de la Loi fondamentale, valent en tant que principes généraux du droit pour les élections de tous les représentants du peuple dans le domaine public et communal¹⁵⁶². La Cour constitutionnelle fédérale allemande précise que l'exercice de l'autorité publique doit s'accompagner d'une légitimation démocratique s'agissant de toutes les actions publiques qui possèdent un caractère décisionnel¹⁵⁶³. Cela ne dépend pas du fait que cela crée des effets envers les tiers ou seulement vis-à-vis des pouvoirs publics internes.

La légitimation démocratique est nécessaire au niveau de la Fédération et des Länder mais encore au niveau des communes. La Loi fondamentale prévoit, pour les communes, une organisation démocratique de l'autorité publique. De la même façon, ses organes de représentation exigent, lorsqu'ils exercent des actions publiques, une légitimation qui doit provenir de l'ensemble des citoyens, en tant que peuple¹⁵⁶⁴. La légitimation démocratique nécessaire implique une chaîne ininterrompue provenant du peuple et ce pour l'ensemble des organes¹⁵⁶⁵.

Qu'il s'agisse de la représentation démocratique ou de la représentation dans les organes universitaires, la Constitution exige une certaine forme de légitimation. La question est alors de savoir si l'ensemble du « peuple » (ou des membres) doit être la source de légitimation décisionnelle ou alors, si seuls les individus concernés par les mesures participent au processus de légitimation¹⁵⁶⁶. Dans ce dernier cas, comment se justifie ce type de légitimation ? Dans l'organisation universitaire qui doit être adaptée aux exigences scientifiques, la source de légitimation personnelle ne

¹⁵⁵⁹ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 195.

¹⁵⁶⁰ Art. 20, Abs. 2 GG, „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“.

¹⁵⁶¹ Art. 38, Abs. 1 GG, „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“.

¹⁵⁶² BVerfG 47, 253, déc. du 15 février 1978, „Gemeindeparlament“.

¹⁵⁶³ BVerfGE 83, 60, déc. du 31 octobre 1990, „Ausländerwahlrecht II“.

¹⁵⁶⁴ BVerfG 47, 253, déc. du 15 février 1978, „Gemeindeparlament“.

¹⁵⁶⁵ BVerfG 47, 253, déc. du 15 février 1978, „Gemeindeparlament“.

¹⁵⁶⁶ La question de la détermination des individus concernés par les mesures possède également sa complexité puisque le lien avec les affaires relevant de la recherche et de l'enseignement peut être à la fois très large mais aussi interprété de façon stricte par la jurisprudence allemande.

peut pas être déterminée de façon absolue mais en tenant compte des responsabilités de chaque membre.

Comme dans le système politique, plus la décision en cause doit mettre en œuvre une conciliation d'intérêts éparses, plus il faudra prendre une mesure abstraite et générale. On peut alors transposer, sous certaines conditions, les formes d'organisation de la représentation démocratique dans le processus de légitimation de l'administration interne universitaire. Le principe de représentation favorise d'un côté, l'hétérogénéité scientifique à travers la projection des divers intérêts des bénéficiaires des droits fondamentaux, et d'un autre côté, cela réduit aussi le nombre des acteurs afin de diminuer la complexité discursive, le tout en faveur d'un processus d'intersubjectivité¹⁵⁶⁷.

La doctrine allemande distingue la légitimation démocratique de la légitimation autonome basée sur les garanties des droits fondamentaux applicable à l'organisation universitaire. Il s'agit d'une différenciation fonctionnelle. Si à l'inverse, l'organisation universitaire reposait sur une représentation égalitaire et démocratique, ce serait contraire à l'esprit des juges quant à l'exigence d'une organisation adaptée à la science. Les critères relatifs à la représentation des membres à l'université ne correspondent plus en tous points à la « Drittelparität » des « Gruppenuniversitäten » des années soixante. Les critères de différenciation relatifs aux membres peuvent aussi varier en fonction des bénéficiaires des droits fondamentaux. Plus les différences entre les groupes d'intérêts sont importantes, moins le processus décisionnel ne sera homogène. Le fonctionnement diffère par conséquent du modèle de représentation démocratique.

La différence fondamentale entre la démocratie parlementaire et le droit des établissements d'enseignement supérieur tient dans le fait que la légitimation des membres va dépendre de leurs capacités et de leurs fonctions. La représentation dans un système démocratique parlementaire sert la réalisation du bien commun, désindividualisé. Les décisions dans le domaine de l'enseignement supérieur touchent à l'inverse, les intéressés directement, dans l'intérêt de l'autonomie de la science. Deux types de légitimation sont nécessaires pour garantir une organisation adaptée à la science. Il faut d'abord que le législateur assure une légitimation personnelle des membres exerçant leurs compétences dans les organes de représentation collégiale (§1). Ensuite, la légitimation fonctionnelle vient compléter la première en s'attachant au type de missions exercées et mises en œuvre par des principes d'organisation (§2).

La légitimation des membres tient son origine dans la théorie de la représentation démocratique, autour du principe de l'égalité formelle des voix. Ce-dernier peut subir certaines adaptations au nom de la conciliation des intérêts multiples présents dans une université. La légitimation fonctionnelle découle de la distinction entre la libre administration démocratique dont bénéficient les communes et la libre administration

¹⁵⁶⁷ K -F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 458.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

fonctionnelle qui profite aux organes d'un établissement en raison des garanties du droit fondamental de l'organisation universitaire. En ce sens, la notion de libre administration correspond à la décentralisation et à la pluralisation dans la mise en œuvre du pouvoir¹⁵⁶⁸.

§1. Légitimation personnelle des organes de représentation

Le législateur est limité par deux principes découlant des principes démocratiques traditionnels ; d'un côté, le principe de représentation qui rend possible la légitimité et le contrôle des organes d'un établissement d'enseignement supérieur et de l'autre, le principe de l'égalité formelle des voix. Ce principe permet la légitimation des membres composant les organes de représentation mais aussi les membres des organes de direction, au niveau de la faculté et au niveau de l'université.

Si le principe d'égalité formelle des voix est une exigence de l'Etat démocratique basé sur la représentation (A), il connaît certaines spécificités afin de pour permettre son intégration dans le droit de l'enseignement supérieur (B). Le législateur est le seul qui puisse porter atteinte au principe d'égalité formelle des voix ; une loi est donc nécessaire pour justifier une limite à ce principe. Dans une organisation adaptée au domaine de la science, bien que des dérogations puissent exister à travers la mise en œuvre d'une participation différenciée des membres de l'organisation universitaire, les organes qui ne bénéficient pas d'une légitimité suffisante ne pourront pas, en principe, exercer des compétences dans les affaires relevant de la science.

A. La valeur du principe d'égalité formelle des voix dans le système de représentation démocratique

Traditionnellement, le principe d'égalité formelle des voix implique que tous les membres d'une communauté participent de façon égalitaire aux élections de leurs représentants. Le principe de représentation est au cœur de la plupart des systèmes organisationnels et rend possible la légitimité des actions menées dans l'intérêt général par les pouvoirs publics (1°).

Dans le droit de l'organisation allemand, il existe plusieurs formes de groupement d'individus bénéficiant d'une organisation particulière et notamment appartenant à la catégorie juridique des corporations (2°). Le droit allemand encadre les corporations de droit public et les corporations de droit privé et l'ensemble de ces corporations

¹⁵⁶⁸ W. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung : verfassungsrechtlicher Status, verfassungsrechtlicher Schutz*, op. cit., p. 8.

peuvent être qualifiées de personne juridique, bénéficiant de la capacité juridique. Toutes les corporations en droit allemand bénéficient d'une certaine marge de manœuvre dans leur organisation afin d'atteindre leurs objectifs propres. Une corporation dépend de ses membres qui se regroupent et s'organisent afin d'atteindre un but précis. Elle illustre la nécessité de la double légitimation, à la fois personnelle, quant à ses membres, et fonctionnelle, quant à ses missions propres. Le principe d'égalité formelle des voix varie en fonction de la liberté d'organisation au sein de la corporation.

1° Les enjeux de la représentation démocratique : de l'impératif de légitimation à la nécessité de contrôle

La liberté d'agencement du législateur qui permet de régler les rapports entre les organes dans le domaine du droit de l'enseignement supérieur trouve certaines limites dans les objectifs du droit fédéral de l'organisation (« Staatsorganisationsrecht ») et en particulier dans le principe démocratique¹⁵⁶⁹. En effet, chaque action publique possédant un caractère décisionnel nécessite une légitimation, que les décisions produisent des effets sur les tiers ou seulement qu'elles mettent en œuvre les conditions d'exercice pour l'accomplissement des missions des pouvoirs publics, comme l'a précisé la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans une décision de 1995¹⁵⁷⁰.

L'universitaire détient la possibilité de participer dans les organes décisionnels, toutefois pour rappel, la liberté de la science n'exige pas que chaque universitaire doive obligatoirement participer à la direction d'un établissement ou puisse exercer une influence sur la nomination de la direction¹⁵⁷¹. Selon la jurisprudence, il ne découle pas non plus de la liberté de la science un droit en faveur des universitaires de déterminer exclusivement les membres de la direction d'un institut scientifique¹⁵⁷².

La question de la légitimation des membres peut être réglée par le moyen du principe de représentation qui permet à la fois de satisfaire les exigences de légitimation au sein de l'organisation universitaire, mais également implique la mise en œuvre de certaines formes de contrôle. La légitimation d'un organe et l'exigence d'un contrôle des autorités actives dans le processus décisionnel d'un établissement d'enseignement supérieur sont intimement liées. De l'impératif de légitimation

¹⁵⁶⁹ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 185.

¹⁵⁷⁰ BVerfG 93, 37, déc. du 24 mai 1995, „Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein“, „Als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedarf, stellt sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar. Es kommt nicht darauf an, ob es unmittelbar nach außen wirkt oder nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schafft“.

¹⁵⁷¹ BVerfG, déc. du 8 avril 1981, 1 BvR 608/79, plus récemment voir, WG Würzburg, déc. du 5 septembre 2012, W 1 E 12. 671.

¹⁵⁷² BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

démocratique découle encore la mise en œuvre de compétences de codécision et l'exercice de droits de proposition¹⁵⁷³.

De façon générale, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que les exigences constitutionnelles démocratiques sont respectées lorsque la majorité des membres d'un organe décisionnel d'un établissement est légitimée démocratiquement et qu'une majorité de ces membres légitimés portent les décisions ; c'est le principe de la double majorité. En revanche, les membres qui ne sont pas légitimés démocratiquement ne devraient pas, théoriquement, être en mesure d'influencer les décisions de façon effective selon la Cour¹⁵⁷⁴. De plus, un système incluant un droit de veto ne suffit pas forcément à légitimer des membres de façon démocratique dans la mesure où les décisions ont pu être prises uniquement par des membres non légitimés. Cela serait donc incompatible avec le principe démocratique¹⁵⁷⁵.

Les membres des organes d'un établissement d'enseignement supérieur doivent bénéficier d'une certaine légitimation de la part des autres membres pour pouvoir prendre des décisions liant ces autres membres. Si les organes collégiaux, à la base de l'organigramme universitaire bénéficient de davantage de légitimité en étant désignés directement par l'ensemble de l'institution, un organe monocratique peut bénéficier d'un autre type de légitimation à travers la mise en place d'un contrôle. Un contrôle exercé par les organes collégiaux vis-à-vis d'un organe de direction peut compenser, dans une certaine mesure, un déficit de légitimité.

Dans un Etat démocratique, toutes les autorités publiques doivent être contrôlées, en plus de bénéficier d'une certaine légitimité. Le principe du contrôle est une des modalités de la séparation des pouvoirs. Il limite les pouvoirs et garantit la légalité des actes de l'administration. Dans le domaine de l'enseignement supérieur, le principe de contrôle peut encore compenser le manque d'influence au niveau de la direction de l'université.

En outre, la légitimation à travers le choix de la direction accorde des compétences pour un temps donné mais elle ne précise pas le cadre des décisions et les exigences relatives à leur contenu. C'est au législateur d'organiser la procédure de contrôle qui va dépendre du droit de l'organisation en l'espèce et de la fonction que la procédure doit remplir. Le contrôle de la régularité des actions des organes de l'université est exercé en partie par les pouvoirs publics et complété par les contrôles internes de l'établissement et notamment de sa direction. Le dernier contrôle est exercé par les tribunaux.

¹⁵⁷³ BVerfGE 83, 60, déc. du 31 octobre 1990, „Ausländerwahlrecht II“.

¹⁵⁷⁴ BVerfG 93, 37, déc. du 24 mai 1995, „Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein“, „Die Kompetenz einer Einigungsstelle zur abschließenden Entscheidung kann hier nur unter der Voraussetzung hingenommen werden, daß die Mehrheit ihrer Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung darüber hinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird“.

¹⁵⁷⁵ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 199.

La doctrine prône encore d'autres formes de contrôle, à l'intérieur des organes et entre les organes. Dans le premier cas, cela se traduit par le principe de collégialité et la possibilité de garantir une pluralité d'intérêts. Ensuite, le contrôle entre les organes est favorisé par la différenciation des organes, il s'agit de la limitation fonctionnelle. L'objectif des contrôles internes est de conserver une organisation ouverte et orientée vers la promotion des droits fondamentaux individuels tout en empêchant une agrégation personnelle du pouvoir décisionnel.

La doctrine est davantage favorable à la mise en œuvre de contrôles internes dans la mesure où ils représentent, directement ou indirectement, le contrôle de la corporation. L'externalisation des compétences de contrôle dans le domaine de la libre administration académique doit rester limitée et ne peut en aucun cas, ni compenser un déficit de contrôle de la corporation, ni contribuer à un niveau de légitimation fonctionnelle nécessaire¹⁵⁷⁶.

2° L'application du principe d'égalité formelle des voix dans le système des corporations

Le principe d'égalité formelle des voix est un principe démocratique protégé par la Loi fondamentale. En effet, la Constitution prévoit que « dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret¹⁵⁷⁷ ». De la même façon, « les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel direct, libre, égal et secret ». Ce principe est aussi consacré dans les Constitutions des Länder¹⁵⁷⁸.

Traditionnellement, le principe d'égalité des voix s'applique à l'ensemble d'un cercle de votants, il s'emploie également en faveur de l'égalité des chances des partis politiques¹⁵⁷⁹. En effet, la Loi fondamentale garantit aux partis l'égalité des chances et assure la libre concurrence entre les partis afin que chacun puisse participer au processus de formation de la volonté politique. L'égalité des chances ne vaut pas seulement pour le droit de vote au sens strict mais aussi pour l'ensemble du domaine des élections.

L'étendue du principe d'égalité formelle des voix peut varier selon la corporation dans laquelle il s'applique. Cela a été précisé et détaillé par la jurisprudence constitutionnelle en fonction de différents organes juridiques exerçant dans diverses catégories de corporations. Il s'agira de présenter les traits communs et les

¹⁵⁷⁶ K -F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 500-504.

¹⁵⁷⁷ Art. 28, Abs. 1, S. 2 GG.

¹⁵⁷⁸ Voir par exemple, Art. 14, Abs. 1, S. 1 Bayerische Verfassung (BayVerf), „Die Abgeordneten werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl nach einem verbesserten Verhältniswahlrecht von allen wahlberechtigten Staatsbürgern in Wahlkreisen und Stimmkreisen gewählt“; Art. 39, Abs. 1 Verfassung von Berlin, „Die Abgeordneten werden in allgemeiner, gleicher, geheimer und direkter Wahl gewählt“.

¹⁵⁷⁹ BVerfG 104, 14, déc. du 22 mai 2001, „Wahlkreiseinteilung Krefeld“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

différences entre les communes, les organismes d'assurance sociale et les corporations personnelles de droit public, vis-à-vis de l'application du principe d'égalité formelle des voix.

Le droit public de l'organisation allemand distingue notamment les corporations de droit public des corporations de droit privé, ainsi que les corporations territoriales des corporations personnelles. Les organismes de sécurité sociale bénéficient comme les communes du principe de libre administration mais en raison des garanties énoncées à l'article 9 de la Loi fondamentale et non selon les dispositions de l'article 28 de la Constitution allemande. Ces organismes se différencient toutefois des communes en ce qu'ils sont désignés comme des « corporations de droit privé ».

La théorie allemande utilise ensuite la dénomination des corporations personnelles, pour les distinguer des corporations territoriales qui regroupent notamment les communes. La commune, en tant que corporation territoriale est rattachée à un domaine géographique particulier dans lequel les habitants ont leur résidence. La fédération et les Länder sont aussi considérées comme des corporations territoriales ou « Gebietskörperschaft ». Les corporations personnelles ou « Personalkörperschaft » ne s'entendent pas vis-à-vis de personnes physiques habitant sur un territoire donné mais seulement par rapport à un cercle de personnes remplissant des conditions particulières. Les corporations personnelles désignent notamment les chambres de commerce et d'industrie ou les syndicats professionnels.

Concernant les communes, un droit de proposition et une participation doivent être garantis aux candidats selon le principe d'égalité des chances pour les élections communales¹⁵⁸⁰. En outre, la garantie institutionnelle de la libre administration des communes implique que tous les groupes d'intérêt disposent de la même chance dans le processus de formation de la volonté politique dans les affaires de la commune. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cette exigence est remplie par exemple lorsque les citoyens ont la possibilité de désigner une liste de candidats qui n'est pas affiliée à un parti politique¹⁵⁸¹.

Pour un organe de libre administration d'une corporation mettant en œuvre un système de sécurité sociale¹⁵⁸², les requérants bénéficient de la protection de l'article 9, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale¹⁵⁸³ qui garantit à chaque citoyen le droit

¹⁵⁸⁰ BVerfG 11, 266, déc. du 12 juillet 1960, „Wählervereinigung“, „Aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, daß in einem Kommunalwahlgesetz auch ortsgebundenen, lediglich kommunale Interessen verfolgenden Wählergruppen (Rathausparteien oder Wählervereinigungen) das Wahlvorschlagsrecht und deren Kandidaten eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen gewährleistet sein muss“.

¹⁵⁸¹ BVerfG 11, 351, déc. du 2 novembre 1960, „Wahlprüfungsbeschwerde“, „Die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 GG fordert, dass in dem Prozess der Willensbildung im überschaubaren kommunalen Bereich allen Gruppen gleiche Chancen offengehalten werden. Diesem Gebot ist nur Genüge getan, wenn die Bürger Reservelisten auch für nicht parteigebundene Kandidaten aufstellen können“.

¹⁵⁸² BVerfG 30, 227, déc. du 24 février 1971, „Vereinsname“.

¹⁵⁸³ Art. 9, Abs. 1 GG, « Tous les Allemands ont le droit de fonder des associations ou des sociétés ».

d'intégrer une association ou une société, mais aussi protège l'association en tant que telle. Il n'est pas question pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande de décider dans quelle mesure cette protection s'exerce ; dans la mesure où la garantie touche à l'existence ou à la capacité fonctionnelle d'une association, chaque action de l'association sera protégée. La disposition constitutionnelle protège le nom de l'association qui représente une partie de son statut. De la même façon, le groupement corporatif peut déterminer librement les missions qu'il va remplir.

Concernant les élections des représentants, le principe d'égalité des voix doit aussi être respecté pour les élections qui ont lieu dans les corporations de sécurité sociale. En outre, le principe d'égalité des voix autorise une éventuelle différenciation dans ce type de corporations uniquement en raison de critères de distinction précis ou pour des raisons impératives¹⁵⁸⁴. En l'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu considérer que la mise en œuvre d'un quorum de signatures est compatible, en principe, avec la Constitution allemande.

Les principes que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a développés en faveur de l'égalité des chances des candidats pour l'ensemble des élections politiques, valent aussi pour les élections des représentants des organes dans les corporations personnelles de droit public¹⁵⁸⁵. Dans sa décision de principe, la corporation personnelle en cause était une association de travailleurs. Afin que le principe d'égalité formelle des voix s'applique, il faut toutefois que le législateur ait prévu un organe de représentation dans la corporation en cause, organe élu par un vote direct. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le principe d'égalité des chances est à appliquer strictement dans ce type de corporations. Ce principe doit également être en lien avec les enjeux sociaux et les objectifs liés à la politique de l'emploi. Comme pour les organismes de sécurité sociale, le principe de l'égalité des chances de tous les candidats à une élection peut être soumis à certaines dérogations dans une corporation personnelle de droit public mais uniquement en raison de circonstances impératives.

La notion de circonstance impérative qui justifierait une dérogation au principe de l'égalité formelle des chances se rattache à la nécessité de garantir un processus de formation politique valorisant l'expression de la volonté du peuple. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu justifier des distinctions relatives aux partis politiques. Les critères de dérogation pouvant être invoqués tiennent à la durée de l'existence d'un parti, à sa stabilité, au nombre de ses membres, à l'étendue de son organisation, à sa représentation au sein du parlement et à sa participation dans l'exercice du gouvernement au niveau fédéral et régional¹⁵⁸⁶.

Ainsi, eu égard à ces trois catégories de corporation, la commune, la corporation territoriale de droit public et l'organisme de sécurité sociale étant une corporation de

¹⁵⁸⁴ BVerfGE 12, 10, déc. du 15 novembre 1960, 2 BvR 536/60.

¹⁵⁸⁵ BVerfG 71, 81, déc. du 22 octobre 1985, „Arbeitnehmerkammern Bremen“.

¹⁵⁸⁶ BVerfGE 24, 300, déc. du 3 décembre 1968, „Wahlkampfkostenpauschale“.

droit privé et une corporation personnelle de droit public, des dérogations au principe d'égalité formelle des voix ne peuvent exister que dans les deux dernières catégories. Les communes bénéficient d'un régime particulier qui ne peut admettre aucune exception au principe d'égalité à la différence des universités.

B. La transposition du principe d'égalité formelle des voix dans le droit de l'organisation universitaire

Les établissements d'enseignement supérieur allemands ne sont pas, en règle générale, de simples corporations de droit public. En outre, ils bénéficient de la protection particulière de la liberté de la science qui a des conséquences sur l'ensemble de son organisation. Si certains principes démocratiques peuvent être directement transposés dans le droit de l'enseignement supérieur, le principe d'égalité formelle des voix connaît quelques adaptations. Comme pour certaines catégories de corporations, des dérogations au principe peuvent être envisagées.

Le principe de représentation dans les organes collégiaux n'implique pas une égalité formelle entre les différents groupes mais la mise en œuvre de critères spécifiques comme la qualification ou l'expérience scientifiques des membres appartenant au processus décisionnel¹⁵⁸⁷. C'est une des applications du principe d'homogénéité. La jurisprudence allemande associe explicitement le principe d'égalité formelle des voix au principe d'homogénéité¹⁵⁸⁸. Ainsi, des limites peuvent être apportées au principe d'égalité formelle des voix applicable aux élections parlementaires, en tenant compte des différents groupes et des intérêts multiples d'une corporation¹⁵⁸⁹. Les limites au principe doivent toutefois être prévues par une loi¹⁵⁹⁰.

Selon la dogmatique relative aux droits fondamentaux, les inégalités dans le droit de l'organisation nécessitent des raisons légitimes qui doivent être contenues dans la Loi fondamentale. Dans la mesure où le droit public de l'organisation est réglementé dans la Loi fondamentale et dans les Constitutions des Länder, ces dispositions s'appliquent au nom du principe général d'égalité. Les élections qui ont lieu dans les corporations bénéficiant de la libre administration doivent correspondre au principe d'égalité des voix. Néanmoins, les dispositions spéciales de l'article 28 et 38 de la Constitution allemande ne trouvent pas à s'appliquer strictement¹⁵⁹¹.

D'un côté, le principe d'égalité formelle des voix a été renforcé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le domaine des élections politiques à

¹⁵⁸⁷ BVerfG, déc. du 9 avril 1975, 1 BvL 6/74.

¹⁵⁸⁸ Voir notamment, BVerfG 51, 369, déc. du 26 juin 1969, „Auflösungsgesetz“; BVerfG, déc. du 8 avril 1981, 1 BvR 608/79.

¹⁵⁸⁹ VGH Baden-Württemberg, déc. du 8 mai 2001, 14 S 1238/00.

¹⁵⁹⁰ OVG Sachsen, déc. du 8 août 2011, 2 C 1/10.

¹⁵⁹¹ C. Stark, „Artikel 3“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 365-366.

travers la formalisation de l'exigence de l'égalité des voix. Ce principe se traduit dans une égalité parfaite de tous les citoyens dans le processus de formation de la volonté politique. D'un autre côté, concernant des élections dans des domaines particuliers, en dehors du champ d'action de la représentation démocratique, le principe d'égalité formelle des voix peut être soumis à certaines limites¹⁵⁹².

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, ces limites peuvent être fixées à la fois quant au droit de vote passif ou actif, notamment concernant le choix des membres des conseils d'un établissement d'enseignement supérieur¹⁵⁹³. La doctrine allemande distingue le droit de vote passif (un droit de proposition) du droit de vote actif (participation directe au processus décisionnel). La distinction entre les deux types de vote participe de la capacité fonctionnelle des organes collégiaux d'une corporation.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a précisé le rôle du législateur dans sa possibilité de différencier la participation des membres d'un établissement. Elle a pu examiner le recours de trente professeurs d'établissements supérieurs contre la loi relative aux universités dans le Land du Bade-Wurtemberg¹⁵⁹⁴. Les dispositions contestées mettaient en œuvre une différenciation quant à l'éligibilité de professeurs dans les organes collégiaux selon leur niveau de rémunération.

Dans cette affaire, la Cour estime qu'il n'y a pas de violation de la liberté de la science. Elle le justifie dans la mesure où la création du groupe des « Hochschullehrer » n'entendait pas forcément une égalité de salaire des professeurs. Ainsi, une différenciation entre les professeurs de la catégorie C4 et les professeurs de la catégorie C3 en ce qui concerne leur éligibilité et la composition des organes collégiaux ne constitue pas une violation au sens de l'article 5, alinéa 3 et du principe d'égalité de l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale.

La loi régionale du Land du Bade-Wurtemberg prévoyait notamment que seuls les professeurs de la catégorie C 4 pouvaient prétendre à la fonction de recteur et que le conseil d'administration devait être composé de trois professeurs de la catégorie C4 sur les quatre représentants des professeurs dans le conseil. La Cour fait encore reposer son argumentation sur le fait que le législateur n'a pas voulu préciser dans la loi cadre relative aux établissements d'enseignement supérieur que tous les professeurs au sens du paragraphe 43 doivent exercer la même influence dans les organes collégiaux d'un établissement. La différence de rémunération correspond en outre à des différences de fonctions et de responsabilités dans l'exercice des activités des professeurs.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans cette même décision, se contente de contrôler que le législateur du Land se base sur des critères matériels effectifs pour établir une différenciation. Le législateur conserve une marge de manœuvre, à

¹⁵⁹² BVerfG, déc. du 12 octobre 2004, 1 BvR 2130/98.

¹⁵⁹³ BVerfG, déc. du 8 juillet 1980, 1 BvR 1472/78.

¹⁵⁹⁴ BVerfG, déc. du 8 juillet 1980, 1 BvR 1472/78.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

la fois pour la fixation de règles relatives au droit des fonctionnaires applicable aux professeurs mais aussi concernant leurs droits corporatifs¹⁵⁹⁵. La Cour en conclut que ni le principe d'homogénéité, ni le principe de représentation, ni le principe d'égalité formelle des voix ne sont atteints, sans toutefois s'épancher sur une longue argumentation.

Afin que le législateur puisse restreindre la portée du principe relatif à l'égalité du droit de vote, il faut qu'il le justifie au regard de l'objectif du vote¹⁵⁹⁶, de la structure d'organisation de la corporation¹⁵⁹⁷ ou de la nature du domaine en question¹⁵⁹⁸. Il faut toutefois remarquer que les atteintes au principe d'égalité formelle nécessitent une intervention du législateur. Un établissement d'enseignement supérieur, en tant que tel, ne peut pas restreindre ce principe.

En ce sens, la Haute Cour administrative fédérale est venue préciser les principes d'organisation relatifs au droit de vote dans une décision plus récente de 2012, à l'occasion d'un recours d'un étudiant de l'Université technique de Dresde¹⁵⁹⁹. Ce dernier s'opposait à un règlement du 29 juillet 2009 relatif notamment au choix des membres du sénat de l'Université. Plusieurs questions ont été soulevées quant aux exigences constitutionnelles qui entourent le cercle de votants dans une université et quant aux différences que le législateur peut mettre en place au sein des groupes.

La Cour administrative fédérale allemande a confirmé dans cette décision que l'université ne pouvait pas fixer de différences par rapport au principe d'égalité des votes dans ses organes, différences qui n'auraient pas été prévues au préalable par le législateur du Land. A l'inverse, cela contreviendrait aux principes du droit. En outre, selon la Cour, ce n'est pas la taille et le nombre de membres d'un groupe qui peut déterminer son influence dans le vote au sein d'un organe collégial, il faut tenir compte des différences de fonction entre les groupes.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme en 2015 la nécessité de conciliation de la liberté de la science dans sa dimension objective, du principe d'égalité formelle des voix et du principe d'homogénéité applicable dans l'enseignement supérieur ; bien qu'une organisation adaptée à la science implique une participation des différents groupes selon leurs fonctions et leurs responsabilités au sein de l'université, cela n'empêche pas le législateur de mettre en œuvre des différences de participation au sein même du groupe des « Hochschullehrer »¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁵ BVerfG, déc. du 8 juillet 1980, 1 BvR 1472/78, „Der Gesetzgeber hat einen weiten Ermessensspielraum zur Anpassung der Stellung der Beamten an neue Entwicklungen; dies gilt auch für die Beamtengruppe der Hochschullehrer, und zwar nicht nur für ihre beamtenrechtliche, sondern auch für ihre korporationsrechtliche Stellung“.

¹⁵⁹⁶ BVerfG, déc. du 16 décembre 1975, 2 BvR 854/75.

¹⁵⁹⁷ BVerfG, déc. du 9 avril 1975, 1 BvL 6/74.

¹⁵⁹⁸ BVerfG 60, 162, déc. du 23 mars 1982, 2 BvL 1/81.

¹⁵⁹⁹ BVerwG, déc. du 23 février 2012, 6 BN 2.11.

¹⁶⁰⁰ BVerfG, déc. du 12 mai 2015, 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/13, „Der Gesetzgeber darf bei der Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte in der Gruppenuniversität innerhalb der Gruppe der Hochschullehrerinnen und -lehrer sachgerecht differenzieren“.

Dans une affaire de 1991 par exemple, la Cour constitutionnelle du Land de Bade-Wurtemberg constate que l'incompatibilité entre un mandat de recteur et la fonction de membre dans les organes collégiaux d'une « Fachhochschule » n'est pas contraire au principe d'égalité formelle des voix et au principe d'égalité si elle est prévue dans une loi¹⁶⁰¹. Il n'y a pas non plus d'atteinte à la liberté de la science dans une loi réglant l'incompatibilité d'un mandat de représentation du personnel dans les organes collégiaux avec le statut de membre d'un conseil collégial compétent pour les affaires relatives au personnel¹⁶⁰².

Les organes collégiaux d'un établissement d'enseignement supérieur nécessitent une légitimation personnelle par le moyen du principe d'égalité formelle des voix. Le principe n'a toutefois pas besoin d'être appliqué de façon stricte, le législateur l'adapte aux exigences particulières de la liberté de la science et d'une organisation adaptée à la science. A côté de la légitimation des membres, le droit fondamental d'organisation impose une légitimation fonctionnelle qui se rattache aux missions de l'université. Les dérogations permises par la loi servent la réalisation d'une mission particulière, par l'action d'un cercle de membres déterminés, au sein d'une organisation reposant sur la libre administration.

§2. Libre administration démocratique et libre administration fonctionnelle : la mise en avant de la conception matérielle de l'organisation, en vue de l'accomplissement de missions particulières

Les organes de l'université bénéficient du principe de libre administration, tout comme les communes. Néanmoins, dans le premier cas, il est question de l'application du principe de libre administration démocratique, distincte de la mise en œuvre de la libre administration fonctionnelle, attachée aux missions dont l'université a la charge. En d'autres termes, pour justifier la mise en œuvre d'un régime dérogatoire à certains principes démocratiques, la doctrine utilise le concept de la libre administration fonctionnelle. La libre administration démocratique quant à elle, s'applique aux corporations territoriales comme la fédération, les Länder ou les communes.

La libre administration est une forme juridique de droit public qui comprend un principe de décentralisation des compétences et un principe de participation des individus. La libre administration traditionnelle (notamment communale) est rattachée au territoire (« Gebietsbezogenheit ») et aux habitants de ce territoire alors que la libre administration fonctionnelle est rattachée à l'accomplissement de missions et donc à ses membres.

¹⁶⁰¹ VGH Baden-Württemberg, déc. du 3 septembre 1991, 9 S 16/91.

¹⁶⁰² BVerfG, déc. du 17 mars 1994, 1 BvR 2069/93.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

La difficulté principale réside dans la conciliation entre les principes démocratiques et les exigences de la libre administration académique. Le problème de la concordance pratique entre d'un côté, l'exigence de légitimation démocratique et de l'autre, la libre administration académique est compliqué à résoudre dans la théorie constitutionnelle. En effet, la chaîne de légitimation posée par l'article 20, alinéa 2 ne peut pas se conjuguer parfaitement avec le concept de libre administration qui repose sur la liberté de la science au sens individuel. Néanmoins, le principe démocratique, la liberté de la science tout comme la libre administration académique sont au même rang constitutionnel bien que la libre administration académique ne soit inscrite uniquement dans les Constitutions des Länder¹⁶⁰³.

Pour tenter de résoudre le problème de la conciliation des deux types de droit à la libre administration, démocratique et fonctionnelle, il faut s'intéresser à leurs différences. Il s'agira tout d'abord d'expliquer la notion de libre administration démocratique et ses implications dans une organisation propre. En second lieu, il faudra les confronter avec la mise en œuvre d'une organisation au nom du principe de libre administration fonctionnelle qui ne connaît aucune forme de reconnaissance explicite dans la Constitution allemande. Enfin, le principe de libre administration fonctionnelle pourra être étudié au regard des missions des organes de l'université.

En premier lieu, s'agissant de la libre administration démocratique, l'article 20, alinéa 2, phrase 2, implique que le peuple dispose d'une influence effective sur la composition personnelle et/ou sur les activités des organes législatif, exécutif et judiciaire. Tous les actes doivent provenir de la volonté du peuple. Ce lien entre le peuple et l'autorité de l'Etat existe surtout à travers les élections parlementaires, à travers les lois décidées par le parlement pour l'action de la force exécutive, à travers le contrôle parlementaire du gouvernement et à travers les injonctions du gouvernement envers l'administration. Plus précisément, l'article 28, alinéa 1^{er}, phrase 2 prévoit une représentation du peuple pour les arrondissements et les communes, les allemands forment exclusivement le peuple et choisissent leur représentation. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cette disposition garantit, pour toutes les corporations territoriales de la République fédérale d'Allemagne, l'unité des principes de légitimation démocratique et apporte une attention particulière aux communes dans la structure de l'Etat démocratique¹⁶⁰⁴.

La garantie de libre administration des communes regroupe aussi des compétences décisionnelles liées à l'organisation. Celle-ci ne contient pas un principe d'organisation propre en faveur des communes car cela nécessiterait une légitimation et une justification spécifiques pour chaque objectif public. Dans le cadre de cette garantie, la disposition constitutionnelle oblige notamment le législateur à aménager dans l'organisation du droit communal une coresponsabilité lorsque la commune outrepassé son domaine d'action traditionnel. Le législateur doit permettre

¹⁶⁰³ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 220.

¹⁶⁰⁴ BVerfGE 83, 37, déc. du 31 octobre 1990, „Ausländerwahlrecht I“.

aux communes de disposer d'un cadre organisationnel suffisamment ouvert afin de s'adapter à l'accomplissement de chacune des missions¹⁶⁰⁵.

Dans le cadre de la libre administration, le législateur confie aux communes la responsabilité de leurs mesures dans l'agencement de leur organisation. La Cour constitutionnelle fédérale allemande impose un contrôle de l'adéquation entre les décisions relatives à l'organisation des communes et les objectifs à atteindre¹⁶⁰⁶. Les modifications quant à l'existence ou le territoire d'une commune, en raison des garanties protégeant la libre administration communale, ne peuvent intervenir qu'en raison de l'intérêt général et après audition des différentes corporations territoriales concernées¹⁶⁰⁷.

Par exemple, des dispositions légales qui porteraient atteinte à la « souveraineté personnelle » ou « Personalhoheit » des communes obligeant les communes à intégrer des agents, restent compatibles avec les garanties de libre administration et l'article 28, alinéa 2, première phrase de la Loi fondamentale, dans la mesure où l'obligation d'intégration se limite au respect de l'accomplissement des missions de la commune¹⁶⁰⁸.

Il n'existe pas de catalogue exhaustif des missions déterminées dans le cadre de la libre administration au profit des communes. En effet, les communes bénéficient de la compétence de gestion de toutes les affaires de la communauté sur un territoire donné qui ne sont pas attribuées à d'autres autorités administratives¹⁶⁰⁹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit « les affaires de la communauté correspondant à un territoire donné » comme rattachées aux besoins et aux intérêts « qui ont leurs racines dans la communauté territoriale ou qui sont en lien étroit avec elle »¹⁶¹⁰.

Par conséquent, relativement à la libre administration des communes et selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la garantie de l'article 28, alinéa 2, phrase première de la Loi fondamentale accorde aux communes la possibilité de traiter leurs affaires propres et ce, dans l'accomplissement de leurs missions¹⁶¹¹. Certaines interventions ponctuelles de l'Etat dans la libre administration des communes sont

¹⁶⁰⁵ BVerfG 91, 228, déc. du 26 octobre 1994, „Gleichstellungsbeauftragte“.

¹⁶⁰⁶ BVerfG 91, 228, déc. du 26 octobre 1994, „Gleichstellungsbeauftragte“.

¹⁶⁰⁷ BVerfG 86, 90, déc. du 12 mai 1992, „Papenburg“.

¹⁶⁰⁸ BVerfG 17, 172, déc. du 26 novembre 1963, „Freiburger Polizei“.

¹⁶⁰⁹ BVerfG 79, 127, déc. du 23 novembre 1988, „Rastede“, „Zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen“.

¹⁶¹⁰ BVerfG 79, 127, déc. du 23 novembre 1988, „Rastede“, „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und - wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an“.

¹⁶¹¹ BVerfG 83, 363, déc. du 7 février 1991, „Krankenhausumlage“.

concevables si elles sont prévues dans une loi formelle et si elles sont limitées à une stricte nécessité d'un point de vue matériel et temporel¹⁶¹².

Afin de relier, en second lieu, les principes applicables dans le cadre de la libre administration démocratique à une organisation universitaire, la Cour administrative fédérale allemande a précisé les exigences relatives à la légitimité démocratique dans un établissement d'enseignement supérieur dans une décision de 2001¹⁶¹³. Sur la question de l'exigence d'une chaîne ininterrompue de légitimation démocratique personnelle à l'égard des organes d'un établissement d'enseignement supérieur, la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour administrative fédérale répondent par la négative. Encore une fois, il ne s'agit pas des mêmes conditions que la légitimation démocratique classique. L'organisation fonctionnelle, ou « libre administration fonctionnelle »¹⁶¹⁴ est légitimée démocratiquement à travers l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale par le législateur. Ce n'est pas au peuple de légitimer l'action des organes de l'université mais l'exigence d'une organisation adaptée à la liberté de la science.

Alors que la libre administration démocratique est garantie dans la Constitution allemande¹⁶¹⁵ et dans les Constitutions des Länder, la libre administration fonctionnelle n'est protégée par aucune disposition particulière dans la Loi fondamentale. Toutefois, elle est garantie par des mentions explicites dans les Constitutions des Länder lorsqu'elles font référence notamment au principe de représentation et de choix des représentants. La différence essentielle entre les deux formes de libre administration porte sur le type de recours ; si les communes peuvent invoquer une violation de leur droit à la libre administration, il n'existe pas de recours constitutionnel « fonctionnel », en lien avec leurs missions.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit le principe de libre administration fonctionnelle comme la « participation organisée des membres aux décisions qui les concernent »¹⁶¹⁶. C'est pour la première fois, dans une décision de 2002, bien que la question de la légitimation démocratique de la libre administration fonctionnelle occupe la doctrine depuis de nombreuses années, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a posé expressément le problème.

Dans cette décision, il s'agit pour la Cour, d'examiner la compatibilité de deux lois fédérales avec les principes démocratiques de la Loi fondamentale. Les deux lois

¹⁶¹² BVerfGE 1, 167, déc. du 20 mars 1952, „Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden“.

¹⁶¹³ BVerwG, déc. du 31 juillet 2001, 6 B 42/01.

¹⁶¹⁴ BVerfG 33, 125, déc. du 9 mai 1972, „Facharzt“.

¹⁶¹⁵ Art. 28, Abs. 2 GG, « Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit à la libre administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi. La garantie de la libre administration englobe également les bases de l'autonomie financière; ces bases comprennent une ressource fiscale revenant aux communes, qui est assise sur le potentiel économique et dont les communes peuvent fixer le taux de perception ».

¹⁶¹⁶ BVerfG 107, 59, déc. du 5 décembre 2002, „Lippeverband“.

fédérales en cause créent une collectivité qui met en œuvre un service d'eau. Cette collectivité bénéficie du principe de libre administration fonctionnelle et possède le statut juridique de corporation de droit public ou « *Körperschaft des öffentlichen Rechts* ». La Constitution dans son article 20 exige que tous les organes de l'Etat au sens large proviennent du peuple pour qu'ils soient légitimes. Le deuxième sénat de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a conclu à la compatibilité des lois avec l'article 20 puisque cette corporation n'est pas soumise à la libre administration démocratique au sens de la libre administration des communes. En effet, la corporation chargée du service de l'eau exerce des missions particulières. Selon la Cour, en dehors de l'administration publique et de la libre administration des communes, les exigences démocratiques peuvent subir certaines dérogations dans la mise en œuvre d'une organisation.

En ce sens, le législateur peut mettre en place un droit de participation effectif en faveur des intéressés et activer une procédure d'expertise extérieure à l'administration publique dans le but de faciliter la conciliation des intérêts au sein de la corporation et ainsi contribuer à la réalisation des objectifs prévus. Le législateur possède une liberté d'agencement dans la création et l'organisation des entités bénéficiant de la libre administration. En outre, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les missions exercées dans une libre administration fonctionnelle ne sont pas celles réservées traditionnellement à l'Etat, par exemple, le traitement de l'eau. Le critère des missions qui ne seraient pas exercées traditionnellement par les pouvoirs publics était aussi crucial dans l'examen relatif à la possibilité pour une personne morale de droit public, exerçant des prérogatives de puissance publique, de bénéficier de la protection de droits fondamentaux au sens de l'article 19, alinéa 3 de la Loi fondamentale.

En l'espèce, en 2002, les deux lois fédérales sont compatibles avec la Loi fondamentale et avec le principe démocratique car elles règlent en détail le contrôle de l'Etat selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁶¹⁷. Pour le domaine de la libre administration fonctionnelle, il s'agit d'une légitimation autonome de la part des groupes de la société qui ne représenteraient pas une partie du peuple (« *Teilvolk* ») au sens de la légitimation démocratique.

Selon la Cour encore, c'est l'acte fondateur de la corporation qui accorde la légitimation à une institution ; la « corporation fonctionnelle » ne dépend pas d'une légitimation organisationnelle personnelle. Le concept de libre administration fonctionnelle complète et renforce la légitimation démocratique lorsque les missions et les compétences sont déterminées par la loi et lorsqu'un contrôle est exercé par le moyen d'organes légitimés démocratiquement.

Néanmoins, bien que la libre administration fonctionnelle s'entende de façon autonome, cela n'empêche pas son intégration dans la théorie générale de la

¹⁶¹⁷ Voir encore, Pressemitteilung Nr. 37/2003 vom 13. Mai 2003, Beschluss vom 5. Dezember 2002, 2 BvL 5/98.

légitimation des pouvoirs publics. S'il y a un déficit dans le respect du principe de légalité ou un déficit de contrôle de la part des pouvoirs publics, le fonctionnement basé sur la libre administration fonctionnelle ne pourrait plus être justifié constitutionnellement. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la libre administration fonctionnelle peut être comprise comme une modalité du principe de démocratie dans la mesure où elle sert la réalisation des objectifs de libre administration.

En définitive, le choix des organes de la libre administration communale doit strictement découler des principes démocratiques relatifs à l'égalité des votes de l'article 38 de la Loi fondamentale¹⁶¹⁸ alors que certaines dérogations peuvent être mises en œuvre s'agissant de la libre administration fonctionnelle. C'est pourquoi les principes d'organisation du droit communal ne peuvent pas être simplement appliqués à la libre administration fonctionnelle de façon analogue. Il y a une exigence de comparabilité des principes. Le principe de libre administration fonctionnelle ne déroge toutefois à aucune forme de contrôle de la part des membres de la corporation mais également de la part des pouvoirs publics. La particularité de la libre administration fonctionnelle tient enfin en ce que la légitimation des organes dépende de leurs missions dans l'organisation. Il y a une responsabilité propre des individus de la corporation vis-à-vis des objectifs de la science et plus largement, dans le but du bien commun. La responsabilité n'est pas assumée par le parlement ou la commune mais par les différents groupes d'intérêts.

L'identification des responsabilités renvoie, en troisième lieu, à la question du type de missions exercées par une université. Le type de missions exercées aura également des conséquences sur la participation des individus dans la corporation et indiquera dans quelle mesure les individus et lesquels en particulier peuvent être concernés par une décision. La détermination des missions exercées par une organisation bénéficiant du principe de libre administration fonctionnelle n'est pas évidente puisque ces corporations exercent à la fois des missions « publiques » (pouvant impliquer la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique), tout comme des missions appartenant à la société, qui ne sont pas exercées traditionnellement par les pouvoirs publics. Une réponse complète à cette question nécessiterait un examen détaillé pour chaque type de corporation bénéficiant de la libre administration fonctionnelle. Toutefois, il peut être affirmé que les organes de libre administration doivent être légitimés démocratiquement lorsqu'ils exercent des missions publiques¹⁶¹⁹. Lorsque la corporation exerce des missions particulières en vue de satisfaire des objectifs autres que celui de l'intérêt général, elle pourra mettre en œuvre les principes de la libre administration fonctionnelle et les exigences de légitimation qui en découlent.

¹⁶¹⁸ Art. 38, Abs. 1 GG, « Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience ».

¹⁶¹⁹ T. Kemper, *Konzepte demokratischer Legitimation-unter besonderer Berücksichtigung der funktionalen Selbstverwaltung*, Norderstedt, Grin, 2011, p. 9.

La doctrine s'est aussi intéressée à la définition de la libre administration fonctionnelle. Pour la désigner, certains auteurs parlent d'une « légitimation personnelle collective ». En effet, la libre administration fonctionnelle ne peut pas reposer sur une légitimation personnelle au sens classique du terme puisqu'il n'y a pas de chaîne de légitimation ininterrompue, toutefois, l'acte de création (« Errichtungsakt ») pour le bénéficiaire de la libre administration fonctionnelle servirait d'intermédiaire en faveur d'une légitimation personnelle collective¹⁶²⁰. La Cour constitutionnelle fédérale se base également sur cet acte de corporation dans son raisonnement.

Pour aider dans la compréhension de ce principe, la doctrine utilise également la distinction entre la conception formelle de libre administration et une conception matérielle. Cela renvoie à la question de savoir si la libre administration est une considération uniquement envisagée d'un point de vue organisationnel ou si elle favorise la participation de ses membres en vue de la réalisation d'un objectif particulier.

Hans Julius Wolff définit la conception formelle, comme l'accomplissement d'une liste énumérative de missions publiques transférées ou attribuées par les pouvoirs publics. L'exercice des missions n'est soumis à aucune injonction et revient à un organe de l'Etat ou à une administration publique. Cet organe remplit ses missions de manière globale et en son nom propre. Une autre définition de la formalisation revient à Ernst Forsthoff qui entend la libre administration comme la prise en charge de missions publiques par des corporations, des institutions et des fondations de droit public. Autrement dit, la libre administration serait réduite à la décentralisation.

Les représentants d'une conception matérielle de la libre administration comme Erich Becker, insiste sur la responsabilité propre dans l'accomplissement des missions de la communauté. De la même façon, Ulrich K. Preuss, évoque à la fois un domaine de légitimation spécifique et constitutionnelle et un domaine de responsabilité. Dans ce domaine, des fonctions détachées et fondamentales sont remplies par un organe « administratif » de l'appareil public au sens large. Ce sont des fonctions d'intérêt général mais elles ne correspondent pas aux missions strictes exercées par les pouvoirs publics. Ces missions spécifiques doivent satisfaire les besoins concrets des destinataires en dérogation aux principes de l'article 20, alinéa 2 et de l'article 38, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. L'organisation chargée de ces missions détient la capacité juridique totale ou seulement une capacité juridique partielle. Les deux concepts de la libre administration, formels et matériels, ne doivent pas s'entendre de façon antagoniste mais de façon complémentaire¹⁶²¹. En vertu du principe de libre administration fonctionnelle, « les destinataires » en question détiennent également des droits concrets de participation découlant des principes d'une organisation corporative.

¹⁶²⁰ A. Musil, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 147.

¹⁶²¹ W. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung : verfassungsrechtlicher Status, verfassungsrechtlicher Schutz*, op. cit., p. 20-21.

Section 2. Les principes d'organisation dans le cadre de la corporation universitaire

Christine Musselin, sociologue française, a mis en lumière la faiblesse des relations « d'interdépendance fonctionnelle » entre enseignants-chercheurs en considérant que « les universités sont assimilables à des confédérations de nombreuses petites cellules bien intégrées regroupant un nombre restreint de personnes et produisant de l'enseignement ou de la recherche ». Ce qu'elle nomme « interdépendance fonctionnelle » désigne la capacité d'intégration des membres de l'université et plus particulièrement, des universitaires, au sein d'un établissement. Cette capacité d'intégration se traduira dans une organisation par la capacité d'action collective. Dans ses travaux, Christine Musselin explique que le fonctionnement en sous-structures encourage un travail scientifique et pédagogique, solitaire et peu coordonné et que « la constitution de ces petites unités formalisées permet surtout d'acquérir une cohésion défensive ».

En comparant les systèmes de l'enseignement supérieur français et allemand, l'auteur constate toutefois que la structure formelle des universités allemandes permet une plus grande cohésion interne dans la mesure où les instances universitaires allemandes « décident en continu ». En d'autres termes, dans ce type de fonctionnement, un projet ne peut pas être présenté à une instance postérieure sans qu'il n'ait d'abord fait l'objet d'un certain compromis. Les instances universitaires allemandes ont à la fois un rôle de contrôle mais aussi de régulateur et de conciliateur entre les enseignants-chercheurs. Afin que les projets et les tâches universitaires obtiennent le plus de légitimité, trois règles de fonctionnement sont mises en avant dans une organisation adaptée au domaine de la science. Tout d'abord, il n'est pas question de procéder à un vote avant l'apparition d'une quasi-unanimité et ce en faveur de l'émergence d'un compromis. Ensuite, si la première instance universitaire n'a pas abouti à un compromis, on lui renvoie le projet. Enfin, si un projet est largement approuvé par une première instance, les instances suivantes vont en tenir compte¹⁶²². Qu'en est-il de l'interdépendance fonctionnelle des universitaires au regard de leurs droits de participation et de leur droit à être représentés au sein des organes collégiaux ? Le principe de représentation n'est-il qu'un rempart contre la prise de décisions « inadaptées » au domaine de la science ou fait-il intervenir effectivement des garanties positives au profit des universitaires favorisant le travail de corporation et de compromis ?

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas reconnu dans son arrêt de principe « Hochschulurteil » un droit de participation absolu et illimité, applicable dans les établissements d'enseignement supérieur et invocable par un universitaire.

¹⁶²² C. Musselin, « Structures formelles et capacités d'intégration dans les universités françaises et allemandes », *Revue française de sociologie*, v. 31, n°3, 1990, p. 439-461.

Par conséquent, un professeur des universités ne peut pas exercer de recours contre la suppression d'un institut de recherche scientifique en invoquant son droit fondamental de la liberté de la science¹⁶²³.

L'organisation universitaire est toutefois dominée par la règle selon laquelle les membres d'un établissement d'enseignement supérieur peuvent choisir leurs propres organes et leurs propres représentants au sein de ces organes (« Selbstorganschaft »). S'ils peuvent les choisir par un vote ou par une nomination (« Wahlprinzip »), ils peuvent encore agir à travers leurs représentants. Cela conditionne la réalisation du principe de la libre administration des organes d'une université qui s'inscrit comme un principe collectif, invocable par un groupe d'individus. Le principe de détermination de ses propres organes pour les membres correspond à la forme corporative d'un établissement d'enseignement supérieur.

La participation des membres d'un établissement d'enseignement supérieur est organisée dans la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. Elle prévoit que le droit du Land règle la situation et la position des membres au sein des établissements¹⁶²⁴. La participation à la libre administration d'un établissement d'enseignement supérieur est « un droit et une obligation de tous les membres ». L'étendue de la participation de chaque groupe de membres et à l'intérieur des groupes dépend de la qualification, de la fonction, de la responsabilité et de l'intérêt des membres¹⁶²⁵.

De plus, les universitaires, les collaborateurs académiques et les étudiants forment chacun un groupe à part entière au sein des organes représentatifs dans le processus décisionnel. Le droit du Land précise en détail la composition des conseils en respectant les exigences selon lesquelles les universitaires doivent détenir au moins la moitié des voix concernant les décisions relatives à l'enseignement et détenir plus de la moitié des voix dans les domaines de la recherche, du développement de projets artistiques et du recrutement touchant directement aux universitaires¹⁶²⁶. Les membres d'un organe collégial sont nommés ou choisis pour une durée déterminée et ne sont liés à aucune instruction préalable¹⁶²⁷. Enfin, la loi cadre fédérale prévoit que les membres d'un établissement d'enseignement

¹⁶²³ BVerwGE, déc. du 15 octobre 1980, 7 C 64. 77.

¹⁶²⁴ §36, Abs. 1, S. 2 Hochschulrahmengesetz (HRG).

¹⁶²⁵ §37, Abs.1, S. 1, 2 HRG, „Die Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Hochschule ist Recht und Pflicht aller Mitglieder. Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen und innerhalb der Mitgliedergruppen bestimmen sich nach der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder“.

¹⁶²⁶ §37, Abs. 1, S. 5 HRG, „In nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Entscheidungsgremien verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, mindestens über die Hälfte der Stimmen, in Angelegenheiten, die die Forschung, künstlerische Entwicklungsvorhaben oder die Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern unmittelbar betreffen, über die Mehrheit der Stimmen“..

¹⁶²⁷ §37, Abs. 2 HRG, „Die Mitglieder eines Gremiums werden, soweit sie dem Gremium nicht kraft Amtes angehören, für eine bestimmte Amtszeit bestellt oder gewählt; sie sind an Weisungen nicht gebunden“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

supérieur ne peuvent pas être désavantagés quant à leur activité au sein de la libre administration¹⁶²⁸.

Deux principes relatifs à l'organisation d'un établissement d'enseignement sont à la base d'une organisation adaptée au domaine de la science et permettent la concrétisation de la participation des membres, sans qu'ils ne soient pourtant consacrés explicitement par la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit tout d'abord du principe de collégialité (§1), puis du principe de qualification ou de réserve disciplinaire (§2).

§1. Principe de collégialité ou « kollegialitätsprinzip »

Le principe de collégialité participe à la création du savoir en ce qu'il fait intervenir des scientifiques dans une structure administrative de plus en plus hiérarchisée. En effet, la collégialité représente un contrepoids vis-à-vis des autres organes administratifs. La collégialité sert la déconcentration et la décentralisation du pouvoir décisionnel administratif. Le principe de collégialité conditionne le contrôle horizontal des membres et peut également rééquilibrer un contrôle exercé par des membres externes. La doctrine distingue deux types de contrôles, le contrôle à l'intérieur d'un organe (« Intraorgankontrolle ») qui doit empêcher la prédominance des intérêts particuliers et le contrôle entre les organes (« Interorgankontrolle »)¹⁶²⁹.

Ce principe est à la base de l'organisation universitaire sans qu'il ne figure explicitement dans les textes. Il permet aux membres de s'organiser selon le principe de libre administration. En choisissant leurs représentants qui exerceront des compétences dans des conseils collégiaux, les membres d'une université mettent en œuvre les garanties découlant de la liberté de la science dans sa dimension objective. Si la doctrine parle d'un véritable « droit fondamental d'organisation » en faveur des membres, la jurisprudence allemande doit concilier celui-ci avec la liberté d'organisation réservée au législateur du Land (A).

Le fait que le principe de collégialité reste une « coutume organisationnelle » plutôt qu'une véritable exigence normative, fragilise son contenu dans la démarche des juges. En effet, si la Cour constitutionnelle fédérale allemande fondait dans sa décision de principe de 1973, une obligation positive quant à la mise en œuvre d'une organisation reposant sur la libre détermination des membres, elle se contente aujourd'hui de réagir a posteriori, une fois que l'atteinte à la liberté de la science a eu lieu, en exigeant alors certaines formes de compensation (B).

¹⁶²⁸ §37, Abs. 3 HRG, „Die Hochschulmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit in der Selbstverwaltung nicht benachteiligt werden“.

¹⁶²⁹ K -F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 471-472.

A. Droit fondamental organisationnel et liberté d'agencement du législateur

Le droit de choisir ses propres représentants et ses propres organes au sein d'un établissement d'enseignement supérieur est le point de départ et d'ancrage de la participation des membres dans la corporation universitaire (1°). Tous les membres de l'université peuvent, dans une certaine mesure, choisir leurs représentants qui défendront leurs intérêts propres dans les organes d'un établissement d'enseignement supérieur. Les organes exercent leurs missions selon le principe de collégialité. Ce droit s'inscrit comme un principe d'organisation du droit de l'enseignement supérieur.

La liberté de la science, dans sa dimension objective, garantit la mise en œuvre de ces principes. En ce sens, la liberté de la science correspond, selon la doctrine, à un droit fondamental organisationnel ou « Organisationsgrundrecht ». Si l'étendue du droit fondamental organisationnel en faveur de ses membres ne donnerait pas la possibilité d'exiger des prestations positives à l'égard de l'Etat, il implique toutefois la mise en œuvre d'un droit dérivé de participation à l'image du droit des étudiants à bénéficier de certaines garanties dans le domaine de l'enseignement supérieur (2°).

1° Le droit à la détermination de la représentation collégiale pour les membres de l'université : « Selbstorganschaft »

Au niveau de la faculté et au niveau de l'université, les organes à la base d'un établissement d'enseignement supérieur exercent leurs compétences selon le principe de collégialité. Ce principe n'existe pas uniquement dans le droit de l'organisation universitaire, il tient une place importante dans différentes branches du droit administratif et remplit des fonctions diverses.

Le principe de collégialité remplit trois catégories de fonctions. Tout d'abord, comme dans le système décisionnel parlementaire, le principe de collégialité vient protéger de manière indirecte la liberté individuelle. Il permet ensuite la concrétisation de la représentation et le contrôle de l'action de l'administration dans l'organisation interne d'un établissement d'enseignement supérieur. En ce sens, la fonction attachée à ce principe dépend du type d'organe en cause ainsi que de ses missions. Enfin, le principe de collégialité n'est pas l'expression du pluralisme sociétal mais de la pluralité des intérêts internes à l'université ; il permet de concilier les différents intérêts de l'ensemble des membres¹⁶³⁰.

Il existe néanmoins certaines spécificités concernant la nomination de la direction de l'organisation universitaire. Dans ce cas, le principe de collégialité ne figure de principe directeur qu'en ce qu'il légitime indirectement l'action de la direction. Au niveau des facultés, le décanat est choisi par le conseil de faculté, organe

¹⁶³⁰ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 467.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

collégial¹⁶³¹. S'agissant du choix du rectorat ou de la présidence, au niveau de l'établissement d'enseignement supérieur, les modalités diffèrent mais une confirmation de la part de l'organe collégial est nécessaire dans tous les cas.

La doctrine est partagée quant à l'existence de fondements constitutionnels du principe de collégialité. Les difficultés tiennent en ce que le principe de collégialité entrerait en conflit avec le principe de libre exercice du législateur dans l'organisation interne d'un établissement. Les auteurs qui reconnaissent des fondements constitutionnels au principe de collégialité rattachent ce principe aux garanties institutionnelles de libre administration ou à la liberté de la science.

En effet, les garanties découlant de la libre administration sont construites sur le modèle de la corporation et de la collectivité de droit public qui reposerait sur une structure collégiale dans l'organisation interne. Néanmoins, le principe de libre administration ne contient aucune disposition quant à l'organisation des fonctions administratives au sein des domaines de libre administration ou en dehors du domaine de la libre administration¹⁶³². Le principe de collégialité n'est donc pas expressément entendu dans les garanties relatives à l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur.

Malgré les hésitations quant à la valeur de ce principe, le « droit de désignation des représentants dans les organes collégiaux » sert de base à la jurisprudence constitutionnelle quant au contrôle d'une organisation adaptée à la science. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, en 1977, applique son raisonnement de 1973 à la loi universitaire de la ville de Hambourg¹⁶³³. En l'espèce, la loi relative à l'Université de Hambourg du 25 avril 1969 est incompatible avec l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale en ce qu'elle attribue aux représentants du personnel non scientifique un droit de vote indifférencié dans les organes collégiaux de l'Université.

Dans cette affaire, la participation de ces représentants s'exerce dans le conseil de faculté et dans le conseil de la clinique universitaire. Ces deux conseils qui siègent en formation collégiale, sont les organes de base de la faculté et de la clinique universitaire. Ils sont compétents pour prendre les décisions qui touchent directement à la recherche, à l'enseignement ou au recrutement des professeurs d'universités. Dans le conseil de faculté, le groupe des professeurs représentait moins de la moitié des voix pour les décisions relatives à l'enseignement. Et quant aux décisions relatives à la procédure de recrutement et à la recherche, la loi ne leur aménageait pas la moitié des voix. De la même façon, dans le conseil de la clinique de l'Université, le groupe des professeurs ne possédait pas la moitié des voix pour les décisions relatives à la recherche.

¹⁶³¹ Par exemple, Art. 28, Abs. 1, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG), „Der Dekan oder die Dekanin wird vom Fakultätsrat aus dem Kreis der Professoren und Professorinnen der Fakultät gewählt“.

¹⁶³² K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 474-475.

¹⁶³³ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“.

Les recours ont été formés par des professeurs d'universités mais aussi par des « Dozent » et des assistants scientifiques de l'Université de Hambourg. Ils invoquent une violation de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3 et du principe d'égalité, de l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que le recours est recevable pour l'ensemble des requérants, même pour ceux qui ne font pas partie du groupe des professeurs d'établissements d'enseignement supérieur au sens matériel¹⁶³⁴.

D'abord, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le législateur reste libre, en principe, dans l'organisation de l'université, de décider de la répartition des voix au sein des organes collégiaux en respectant les principes applicables au domaine des affaires relevant de la science¹⁶³⁵. Ensuite, selon la Cour, tous les membres de l'établissement possèdent un droit de défense quant à leur participation au sein des organes collégiaux de l'établissement auxquels ils appartiennent. Peu importe le fait que les membres en cause aient le statut de professeur possédant une habilitation à diriger des recherches ou qu'ils exercent peu de responsabilités comme les assistants scientifiques. Tous les membres d'un établissement d'enseignement supérieur peuvent choisir leurs propres représentants dans les organes collégiaux parce qu'ils participent tous, à leur mesure, aux activités universitaires.

La compétence relative à la création des organes d'un établissement d'enseignement supérieur qui profite aux membres de l'université n'est pas un simple droit de confirmation. En d'autres termes, le seul fait de valider des propositions provenant des pouvoirs publics ou d'un autre organe extérieur à l'université quant aux choix des organes collégiaux reviendrait à remettre en question le principe de libre administration. La composition personnelle des organes collégiaux ne peut exister que dans la mesure où elle traduit la pluralité des intérêts des membres dans la procédure décisionnelle. Les représentants qui siègent dans les organes collégiaux sont choisis par les membres des groupes de l'université dans son ensemble.

Le droit de désignation des membres dans les organes collégiaux représentant les différents groupes d'intérêt dans les organes collégiaux, à la différence du principe de collégialité, est garanti aussi bien dans les exigences des dispositions relatives à la libre administration inscrites dans les Constitutions des Länder¹⁶³⁶ qu'à travers les garanties qui découlent de la liberté de la science. Le principe de sélection et le principe de collégialité restent étroitement liés et conditionnent la représentation plurielle des membres d'un établissement d'enseignement supérieur.

¹⁶³⁴ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, Universitätsgesetz Hamburg, „Das gilt auch für diejenigen Beschwerdeführer, die nicht zur Gruppe der Professoren zählen“.

¹⁶³⁵ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, Universitätsgesetz Hamburg, „Bei der Verteilung der Stimmgewichte ist der Gesetzgeber zwar ebenfalls grundsätzlich frei, muß aber für den Bereich der wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten folgende Grundsätze beachten“.

¹⁶³⁶ Voir par exemple, Art. 38 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG) ; §60-63 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) ; §16 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG).

2° D'un droit fondamental organisationnel à un droit dérivé de participation

Si le droit des membres de désigner ses propres représentants et ses propres organes au sein d'une organisation universitaire est garanti, l'étendue du droit de participation des membres et de leurs représentants n'est pas forcément détaillée par la jurisprudence et la doctrine. Toutefois, la liberté de la science, dans sa dimension objective, est aussi considérée par la doctrine comme un droit fondamental organisationnel ou « Organisationsgrundrecht », bénéficiant aux membres individuels.

Un droit fondamental organisationnel sert d'intermédiaire entre l'accomplissement des missions publiques et l'exercice de la liberté individuelle. Les principes organisationnels propres au domaine de la science ne peuvent toutefois contraindre l'action du législateur. Ce-dernier n'est limité que par le respect de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale à travers l'exigence d'une organisation adaptée à la science.

Pour comprendre la portée d'un droit fondamental organisationnel dans les universités, appartenant à un bénéficiaire de la liberté de la science, il faut s'intéresser à la marge d'appréciation du législateur. En effet, plus le droit fondamental impose une organisation particulière et la mise en œuvre de principes d'organisation, plus la compétence du législateur du Land se voit réduite. Il incombe pourtant au législateur d'apporter une attention toute particulière à l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur.

En ce sens et plus largement, parmi les différents principes du fédéralisme allemand, un principe de fidélité s'exerce entre les Länder et la fédération mais aussi entre les différents pouvoirs institués par la Loi fondamentale. De ce principe, Dieter Lorenz, juriste allemand, fait découler le principe selon lequel l'Etat doit observer un comportement bienveillant à l'égard des universités : « Grundsatz des universitätsfreundlichen Verhaltens ». En d'autres termes, l'Etat doit prendre soin des différents intérêts présents au sein d'un établissement d'enseignement supérieur. Le point d'ancrage de ce principe tient dans la protection des droits fondamentaux et dans la proportionnalité et dans l'adaptation des mesures¹⁶³⁷.

En outre, dans sa décision de 2004, la Cour constitutionnelle fédérale allemande justifie une obligation en faveur du législateur d'observer de façon critique les différentes formes d'organisation possibles et de les réformer en conséquence¹⁶³⁸. Le législateur ne peut pas simplement expérimenter de nouveaux modèles d'organisation du domaine de la science. L'exigence matérielle relative à la réalisation et à la protection des droits fondamentaux est ainsi compensée par des

¹⁶³⁷ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 175.

¹⁶³⁸ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Der Gesetzgeber darf nicht nur neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben, vielmehr ist er sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren“.

obligations d'observation et d'adaptation du législateur. Cette obligation reste toutefois imprécise. Elle n'est accompagnée d'aucun cadre formel. De plus, l'organisation mise en œuvre par le législateur répond à une nécessité de conciliation d'intérêts à un moment donné, ce qui ne vient pas forcément anticiper les atteintes aux libertés.

Les exigences constitutionnelles relatives à l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur doivent dépasser la contradiction classique entre, d'un côté, les besoins collectifs soutenus financièrement par les pouvoirs publics et de l'autre, l'autonomie individuelle des scientifiques. En outre, il est plus évident de protéger négativement d'une organisation inadaptée plutôt que de déterminer avec précision les critères favorables à l'épanouissement du domaine de la science dans les universités.

Afin de déterminer positivement les critères en faveur d'une organisation adaptée au domaine de la science, il faut tenir compte du ou des objectifs poursuivis par le législateur dans le cadre de sa mission de mise en œuvre d'une organisation fonctionnelle dans le domaine de l'enseignement supérieur. En ce sens, le législateur doit transposer un objectif légitime dans l'organisation afin de mettre en œuvre un système reposant sur la transparence et le partage des responsabilités dans ce domaine¹⁶³⁹. La promotion et la protection des droits fondamentaux dépendent de la structure organisationnelle, non seulement vis-à-vis de la procédure décisionnelle et des compétences de conseil d'un organe mais aussi par rapport au contenu matériel des décisions conditionnées par la composition de ces organes¹⁶⁴⁰.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la garantie de participation pour chaque scientifique se limite aux décisions relatives à l'organisation de l'établissement d'enseignement supérieur pouvant mettre en danger la liberté propre du scientifique de chercher et d'enseigner¹⁶⁴¹. Les établissements d'enseignement supérieur et leurs composantes sont, comme les universitaires, seulement protégées contre les décisions relatives à l'organisation, lorsque celles-ci peuvent porter atteinte à l'accomplissement de leur mission de promouvoir une science libre¹⁶⁴².

Un droit fondamental organisationnel n'a pas d'existence à part entière, il découle de la dimension objective de la liberté de la science. Ce droit fondamental organisationnel permet uniquement aux membres de bénéficier de certains principes

¹⁶³⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 362.

¹⁶⁴⁰ BVerwGE, déc. du 18 décembre 1991, 7 B 127.91.

¹⁶⁴¹ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs ist demnach kein Selbstzweck. Vielmehr dient sie dem Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen und ist folglich nur im dafür erforderlichen Umfang grundrechtlich garantiert. Die Garantie ist für jeden Wissenschaftler auf solche hochschulorganisatorischen Entscheidungen beschränkt, die seine eigene Freiheit, zu forschen und zu lehren, gefährden können“.

¹⁶⁴² BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Die Hochschulen und ihre Untergliederungen sind ebenso wie die Hochschullehrer gegen hochschulorganisatorische nur insoweit geschützt, als diese die Erfüllung ihrer Aufgabe, freie Wissenschaft zu ermöglichen, gefährden können“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

d'organisation comme le principe de collégialité. Si le principe de collégialité découle indirectement de la liberté de la science et du principe de libre administration des organes d'un établissement d'enseignement supérieur, tous les principes d'organisation du droit de l'enseignement supérieur ne procèdent pas de la liberté de la science. En effet, dans sa décision relative au statut particulier du personnel des universités de l'ancienne République démocratique d'Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale allemande estime que le principe de l'homogénéité d'un groupe d'intérêts au sein d'une université n'est pas un principe d'organisation qui découle de la liberté de la science mais davantage du principe d'égalité de l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale¹⁶⁴³.

En définitive, les garanties qui découlent de la liberté de la science en tant que droit fondamental organisationnel accordent aux bénéficiaires un droit de participation dérivatif. En d'autres termes, chaque universitaire doit bénéficier d'une organisation adaptée à ses activités propres de recherche et d'enseignement scientifique, selon certains principes d'organisation et en particulier selon le principe de collégialité. Théoriquement, l'universitaire possède à l'origine, un droit à une prestation particulière de l'Etat. Toutefois, ces prestations ne peuvent pas être quantifiées et dépendent des ressources concrètes mises à disposition. L'universitaire n'a pas un droit à bénéficier de certaines ressources mais peut exercer une influence sur la manière dont elles sont réparties à travers l'organisation et la procédure des organes internes. L'universitaire ne peut pas exiger une somme particulière pour mener à bien ses activités, le droit à des prestations reste un droit relatif dans la pratique, il s'agit donc d'un droit de participation dérivatif ou « derivatives Teilhaberecht »¹⁶⁴⁴.

B. De l'exigence positive de normes organisationnelles en faveur de la promotion de la science à la nécessité de mesures de compensation

La Cour constitutionnelle fédérale allemande parvenait plus ou moins à maintenir sa jurisprudence de 1973 quant à la mise en œuvre des droits de participation des membres jusqu'à la décision de 2004 qui marque un tournant dans ce domaine¹⁶⁴⁵. L'exigence positive dirigée en faveur d'une organisation en faveur de la science découlant de la jurisprudence de 1973 devient une simple interdiction de mettre en œuvre des décisions inadaptées au domaine de la science. En outre, depuis 2004, il est dorénavant nécessaire pour les membres de prouver une violation réelle et effective et non plus d'invoquer le risque d'une atteinte hypothétique à la liberté de la science. Les tribunaux allemands procèdent désormais à un contrôle d'ensemble afin

¹⁶⁴³ BVerfG 95, 193, déc. du 26 février 1997, „DDR-Hochschullehrer“, „Allerdings ist das Homogenitätsprinzip nicht als striktes, Ausnahmen nicht gestattendes Organisationsprinzip zu verstehen“.

¹⁶⁴⁴ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 311-312.

¹⁶⁴⁵ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“.

de déterminer l'inclusion de l'influence et les possibilités de contrôle d'un organe collégial.

En 1973, la Cour constitutionnelle fédérale allemande imposait au législateur, sur la base de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale, la mise en œuvre de mesures organisationnelles afin d'obtenir une organisation adaptée à la science. De plus, les normes d'organisation devaient garantir aux membres d'un établissement d'enseignement supérieur et en particulier aux universitaires, l'espace le plus étendu possible en faveur d'un libre exercice des activités scientifiques¹⁶⁴⁶.

Selon l'appréciation stricte de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'organisation d'un établissement ne servait pas uniquement à empêcher les atteintes de l'Etat mais aussi à aménager des actions positives en faveur de la liberté de la science. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la mise en œuvre de moyens organisationnels était une des conditions essentielles de l'indépendance de la recherche et de l'enseignement scientifiques. Le terme utilisé dans la jurisprudence était une « exigence » (ou « Gebot ») vis-à-vis de l'Etat. En outre, les mesures d'organisation devaient mettre en œuvre les conditions les plus favorables afin que la science puisse être exercée aussi librement que possible.

Dans sa décision de 2004, « Brandenburgisches Hochschulgesetz », la Cour constitutionnelle fédérale allemande se prononce sur la constitutionnalité des dispositions du droit de l'enseignement supérieur du Land de Brandebourg. Elle considère que l'attribution, par le moyen d'une loi, de compétences décisionnelles au profit de l'organe de direction monocratique des établissements d'enseignement supérieur est compatible avec la liberté de la science, à la condition toutefois, que ces compétences décisionnelles soient limitées et organisées de telle façon qu'il n'existe pas d'atteinte structurelle à la liberté de la science¹⁶⁴⁷.

Dans cette affaire, les requérants sont à la fois les facultés, et les professeurs de deux établissements d'enseignement supérieur du Land de Brandebourg. Le droit relatif aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Brandebourg a été réformé avec la loi du 20 mai 1999 qui renforce l'autonomie des établissements et modifie leurs structures de direction et la procédure décisionnelle. En outre, elle introduit un nouveau système d'évaluation sur la base des services et de la répartition des moyens financiers.

Cette décision donne à la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'occasion de rappeler que les critères d'une organisation d'un établissement d'enseignement supérieur conforme à la Constitution doivent permettre autant que possible l'exercice

¹⁶⁴⁶ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“, „Organisationsnormen müssen den Hochschulangehörigen, insbesondere den Hochschullehrern, einen möglichst breiten Raum für freie wissenschaftliche Betätigung sichern“.

¹⁶⁴⁷ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Auch in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten ist eine Entscheidungskompetenz monokratischer Leitungsorgane zulässig, solange deren Tätigkeit inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert ist, dass eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit ausscheidet“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

d'une science libre puisqu'il n'y a pas de modèle préconçu de l'organisation universitaire. En outre, l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale ne garantit aucun droit en faveur d'une composante à une représentation au sein du sénat. La Cour va ensuite redéfinir les contours d'une organisation adaptée aux critères de la science.

En premier lieu, les recours sont recevables dans la mesure où les professeurs sont touchés directement par les dispositions contestées et que les facultés peuvent aussi invoquer la liberté de la science. Selon la Cour, la protection offerte par l'article 5, alinéa 3 peut être dirigée contre des mesures relatives à l'organisation d'un établissement. En outre, la participation du bénéficiaire du droit fondamental à l'organisation du domaine de la science n'est pas un objectif en soi, c'est davantage la protection contre des décisions inadaptées au domaine de la science qui est garantie¹⁶⁴⁸. Ce qui est pris en compte pour déterminer si un requérant est directement concerné par la mesure en cause, est la preuve de l'existence d'une atteinte aux droits fondamentaux à travers la mise en œuvre d'une organisation non adaptée à la science¹⁶⁴⁹. Toutes les atteintes n'entraînent pas, selon la Cour, une violation de liberté de la science dans sa dimension objective.

Afin de déterminer en second lieu si l'atteinte à la liberté de la science peut se définir comme « structurelle » et porter atteinte à la liberté de la science, la Cour vérifie que cela concerne une règle qui pourrait avoir des conséquences sur la structure globale de l'organisation de l'établissement. Ce qui est aussi pris en compte est la portée de la décision en cause, vis-à-vis de l'exercice des missions premières et de la promotion du domaine de la science.

Selon la Cour, la plupart des décisions prises dans le cadre de l'organisation d'un établissement, même lorsqu'elles ne concernent pas directement le cœur de l'activité scientifique, en raison toutefois de la dépendance des activités scientifiques au domaine public de la science, peuvent être considérées comme possédant un lien direct avec l'activité scientifique¹⁶⁵⁰. La Cour utilise alors une argumentation tournée vers la capacité fonctionnelle d'une organisation universitaire qui ne devrait pas être

¹⁶⁴⁸ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004 „Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs ist demnach kein Selbstzweck. Vielmehr dient sie dem Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen und ist folglich nur im dafür erforderlichen Umfang grundrechtlich garantiert.“

¹⁶⁴⁹ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Der Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 3 GG kann auch unmittelbar gegenüber Organisationsnormen geltend gemacht werden. Entscheidend für die unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer durch eine Organisationsnorm ist die durch eine wissenschaftsinadäquate Organisation bewirkte Grundrechtsgefährdung“.

¹⁶⁵⁰ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Zur Klärung der Frage, ob eine Regelung Strukturen schafft, die sich gefährdend auswirken können, ist das Hochschulorganisatorische Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Grad der Bedeutung der jeweils zu treffenden Entscheidung für die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung. Da sich die meisten Hochschulorganisatorischen Entscheidungen, auch wenn sie den Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung nicht unmittelbar berühren, aufgrund der Angewiesenheit der wissenschaftlich Tätigen auf den öffentlich bereitgestellten und organisierten Wissenschaftsbetrieb mittelbar auf die wissenschaftliche Betätigung auswirken können [...]“.

« alourdie » par une trop grande prudence. En d'autres termes, puisque la majorité des décisions prises dans le cadre de l'université sont en lien avec la science, il ne serait pas nécessaire de garantir dans tous les cas une possibilité d'action des organes collégiaux. La direction de l'établissement pourra aussi agir dans ce domaine pour des raisons d'efficacité afin de renforcer la capacité fonctionnelle de l'établissement. Par conséquent, la Cour conclut que le renforcement des compétences de l'organe de direction monocratique des établissements et des facultés ne conduit pas à une atteinte structurelle de la liberté de la science. L'argumentation de la Cour paraît toutefois quelque peu contradictoire.

En dernier lieu, pour les affaires relevant de la science, la compétence décisionnelle d'un organe de direction monocratique est possible pourvu que cette compétence soit limitée de façon matérielle et qu'elle ne constitue pas une atteinte structurelle à la liberté de la science. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, c'est le cas en l'espèce. La compétence de coordination de l'organe de direction n'est pas contraire à la Constitution puisque les organes collégiaux disposent notamment d'un droit de surveillance et d'information à l'égard de la direction. De plus, selon la Cour, les compétences de la direction relatives à l'évaluation de l'enseignement et de la recherche ainsi qu'à la prise en considération des résultats dans la répartition des ressources sont aussi compatibles avec la Loi fondamentale. Ainsi, le respect des conditions d'une organisation adaptée à la science ne se contrôle dorénavant plus en amont mais une fois que l'atteinte ait été constatée dans les faits. Pour qu'une violation de la liberté de la science soit reconnue, il faut la preuve de l'existence d'une atteinte réelle et structurelle dans les domaines scientifiques, une atteinte hypothétique ne suffit plus¹⁶⁵¹.

En 2014, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rend une nouvelle décision en confirmant la possibilité de transférer des compétences décisionnelles dans les domaines traditionnellement confiés aux organes collégiaux au profit d'un organe de direction. En effet, elle considère que lorsque le législateur réduit les compétences des organes collégiaux d'un établissement d'enseignement supérieur au profit de la direction, il doit fixer une contrepartie significative de leur influence, dans le processus de nomination de la direction¹⁶⁵².

Dans cette décision, la Cour ne donne pas de définition positive d'une organisation adaptée à la science, ni n'impose de mesure de contrepartie particulière mais enjoint au législateur d'aménager, dans le processus décisionnel, des droits de participation, des possibilités d'influence, d'information et de contrôle au profit des organes collégiaux afin d'éviter les atteintes à la liberté de l'enseignement et de la

¹⁶⁵¹ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004 „reicht eine nur hypothetische Gefährdung nicht aus“.

¹⁶⁵² BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07, „Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss die Mitwirkung des Vertretungsorgans an der Bestellung und Abberufung und an den Entscheidungen des Leitungsorgans ausgestaltet sein“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

recherche¹⁶⁵³. Selon la Cour, l'exigence d'une participation suffisante des scientifiques dans le domaine de l'organisation scientifique d'un établissement s'étend à toutes les décisions relevant de la science et s'entend largement. Cette participation ne s'applique pas uniquement aux décisions relatives aux projets concrets de la recherche ou aux offres d'enseignement, cela touche aussi la mise en œuvre de règlements applicables à une organisation propre. Ce qui relève de la science regroupe encore, selon la Cour, toutes les décisions relatives à la structure générale organisationnelle et au budget. En outre, dans la mesure où l'activité scientifique est indissociable d'autres missions telles que le soin aux patients dans un établissement spécifique, les décisions dans ce domaine relèvent aussi des affaires de la science¹⁶⁵⁴.

Le législateur peut donc librement organiser la participation dans le système de la science aussi longtemps que les scientifiques exercent une influence suffisante dans les affaires relevant de la science. En effet, selon la Cour, les affaires réservées à la libre détermination du bénéficiaire de droits fondamentaux ne doivent pas être attribuées ni aux organes de direction, ni aux organes collégiaux¹⁶⁵⁵. L'exigence de l'exercice d'une influence suffisante ne doit plus forcément être concrétisée par l'action directe des organes collégiaux, elle peut être remplie lorsque ceux-ci exercent simplement un contrôle sur l'organe compétent.

Là encore le fait de vérifier l'existence de contreparties en faveur des organes collégiaux implique un contrôle postérieur à la mise en œuvre des mesures organisationnelles. Alors que la Cour semble faire le choix d'une interprétation extensive à propos des décisions « relevant de la science », l'anticipation est de plus en plus délicate, le rôle de protection des libertés fondamentales se limite à un contrôle a posteriori des juges. D'une exigence de mettre en œuvre des mesures en faveur d'une organisation adaptée à la science, ne subsiste qu'une seule interdiction a posteriori de maintien de normes contraires à la liberté de la science. A cela s'ajoute le contrôle de l'effectivité de certaines mesures de compensation en faveur des organes collégiaux.

¹⁶⁵³ BVerfG 127, 87, déc. du 20 juillet 2010, „Hamburgisches Hochschulgesetz“, „Der Gesetzgeber muss für die Organisation der Wissenschaftsfreiheit ein Gesamtgefüge schaffen, in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden“.

¹⁶⁵⁴ BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07, „Dies sind nicht nur Entscheidungen über konkrete Forschungsvorhaben oder Lehrangebote, sondern auch über die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung und über die Ordnungen, die für die eigene Organisation gelten sollen. Wissenschaftsrelevant sind auch alle den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt, denn das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit liefe leer, stünden nicht auch die organisatorischen Rahmenbedingungen und die Ressourcen zur Verfügung, die Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Freiheit sind. Soweit die wissenschaftliche Tätigkeit mit der Erfüllung anderer Aufgaben wie der der Krankenversorgung untrennbar verzahnt ist, sind auch Entscheidungen über diese anderen Aufgaben wissenschaftsrelevant.“.

¹⁶⁵⁵ BVerfG 127, 87, déc. du 20 juillet 2010, „Hamburgisches Hochschulgesetz“.

De plus, toutes les normes a priori incompatibles avec un système collégial et fonctionnel vis-à-vis du domaine de la science ne seront pas forcément écartées par les tribunaux dans la mesure où il faut une atteinte « structurelle » aux libertés. Les organes collégiaux qui concrétisaient le droit pour la corporation universitaire, de déterminer ses propres représentants n'exercent leurs compétences qu'en contrepois par rapport à l'action d'impulsion de l'organe monocratique de direction.

La Cour constitutionnelle du Land de Bade-Wurtemberg a appliqué la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et en particulier ses décisions de 2010 et de 2014, en se prononçant sur la loi de modification du droit des établissements d'enseignement du Land du 9 avril 2014 qui avait pour objectif de mettre en œuvre un établissement d'enseignement supérieur entrepreneurial ou « *unternehmerische Hochschule* »¹⁶⁵⁶.

La loi prévoit que les missions et les responsabilités du rectorat, du conseil d'université, et du sénat devront être renforcées et clarifiées, la collaboration entre les organes, améliorée et la transparence, élargie. Le requérant est un professeur de « *Fachhochschule* » et allègue une organisation inadaptée au domaine de la science eu égard à cette nouvelle structure hiérarchisée. La Cour du Land de Bade-Wurtemberg estime que l'article 20 de la Constitution du Land contient, comme l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale, une dimension objective lorsqu'il dispose que les établissements d'enseignement sont libres dans la recherche et l'enseignement.

En l'espèce, eu égard aux compétences du rectorat, notamment dans les matières relevant de la science et au renforcement de ces compétences vis-à-vis des pouvoirs du sénat, un droit de nomination et de renvoi des membres du rectorat n'a pas été aménagé en faveur des représentants des professeurs au sénat afin d'éviter une atteinte structurelle à la liberté de la science¹⁶⁵⁷. La jurisprudence constate le transfert de compétences d'un organe collégial à un organe de direction et vérifie l'existence de mesures de compensation au profit de l'organe collégial, auquel cas, il pourra être démontré une atteinte structurelle à la liberté de la science dans sa dimension objective. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle du Land de Bade-Wurtemberg conclut donc à une atteinte structurelle et à la violation de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

Selon la doctrine, depuis la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 2004, l'aménagement d'une priorité à un organe décisionnel collégial vis-à-vis

¹⁶⁵⁶ VerfGH Baden-Württemberg, déc. du 14 novembre 2016, 1 VB 16/15.

¹⁶⁵⁷ VerfGH Baden-Württemberg, déc. du 14 novembre 2016, „Eine Gesamtabwägung der Befugnisse des Rektorats und des Senats lässt ein starkes kompetenzrechtliches Übergewicht des Rektorats erkennen, das ohne ausgleichende Kurations- und Abberufungsbefugnisse der gewählten Vertreter der Hochschullehrer im Senat zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit [...] gewähren ihnen keine zureichende Möglichkeit, die Wahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitgliedes zu verhindern und sich von einem solchen zu trennen, wenn es ihr Vertrauen nicht mehr genießt“.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

d'un organe de direction monocratique est rendu difficilement envisageable¹⁶⁵⁸. La difficulté de reconnaître une priorité à un organe collégial d'un établissement du point de vue de la participation des membres s'apparente également aux réticences de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de conférer à cet organe une compétence de principe ou une réserve de compétence par rapport à l'organe de direction comme étudié précédemment.

Ainsi, le principe de collégialité est un des principes d'organisation qui découle de la liberté de la science dans sa dimension objective, bien qu'il n'apparaisse pas explicitement dans la lettre constitutionnelle. Il permet la satisfaction d'une pluralité d'intérêts à la fois des différents membres de l'université et des différentes missions qu'elle doit remplir mais encore favorise la pluralité et la diversité de la science au sens large. Le principe de collégialité s'exerce à travers la désignation des représentants dans les organes de base de la faculté et de l'université. Les membres ne détiennent effectivement qu'un droit de participation dérivatif dans la mesure où ils n'ont pas un droit à une organisation particulière. Au regard de la jurisprudence, le droit de participation dérivatif ou « derivatives Teilhaberecht » peut surtout se comprendre comme un droit de compensation vis-à-vis des décisions prises par des organes dont la composition ne repose pas sur le principe de collégialité.

§2. Principe de qualification disciplinaire ou « Fachprinzip »

Le principe de collégialité commande le droit des membres de l'université de déterminer ses propres représentants et assure une participation de tous les acteurs en garantissant la conciliation de tous les groupes d'intérêts présents au sein d'un établissement d'enseignement supérieur. Le principe de collégialité protège encore les universitaires qui bénéficient d'une position particulière dans la procédure décisionnelle. Pour renforcer cette position particulière des universitaires, la jurisprudence et la doctrine utilisent également le principe de qualification disciplinaire ou principe de réserve disciplinaire (« Fachprinzip »).

Si le principe de collégialité peut bénéficier à d'autres membres dans le choix de leurs représentants, le « Fachprinzip » bénéficie avant tout aux universitaires. En vertu de ce principe, ils doivent exercer une influence déterminante dans l'ensemble des affaires relevant du domaine de la science (A). Le « Fachprinzip », à la différence du principe de collégialité, repose sur une base juridique effective¹⁶⁵⁹.

Dans le système universitaire traditionnel, les facultés se sont créées autour du « Fachprinzip ». Les facultés représentent une discipline particulière au sein de la

¹⁶⁵⁸ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 282.

¹⁶⁵⁹ Voir notamment §37 HRG, „Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen und innerhalb der Mitgliedergruppen bestimmen sich nach der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder“.

communauté universitaire dans son ensemble. De plus, le principe de qualification personnelle et disciplinaire¹⁶⁶⁰ doit guider la procédure de recrutement des professeurs d'université¹⁶⁶¹. Bien qu'il n'existe pas de droit absolu de cooptation des pairs, les universitaires ont un droit de participation dans la procédure de recrutement, notamment au nom de ce principe de différenciation disciplinaire. Les tribunaux allemands n'ont jamais remis en question cette participation mais ils laissent planer le doute sur son étendue. A quel point, les universitaires peuvent et doivent-ils influencer la procédure de recrutement au sein des facultés (B)?

A. La réserve disciplinaire des universitaires dans l'ensemble des affaires relevant du domaine de la science

Dans la mise en œuvre d'une organisation adaptée à la science, le législateur n'est pas seulement lié au respect des droits fondamentaux comme le préconise l'article 1^{er}, alinéa 3 de la Loi fondamentale. Les exigences de la liberté de la science lui imposent la prise en compte des spécificités liées au domaine de la science le respect des scientifiques pris individuellement, la promotion de la recherche et des activités de développement impulsée par la fédération et les Länder, tout autant que la garantie d'un enseignement fortement lié à la recherche dans les universités. La communauté scientifique doit être au moins associée dans la préparation des lois dans ce domaine. Néanmoins, une loi votée sans la participation de la communauté ne serait pas en soi inconstitutionnelle¹⁶⁶².

La doctrine allemande utilise le terme de « Fachprinzip » pour désigner l'exigence d'une différenciation disciplinaire dans le domaine de la science. Le « Fachprinzip » pose à la fois la condition de la qualification scientifique dans une discipline mais encore le fait de réserver certaines décisions ou certaines étapes procédurales aux universitaires d'une seule et même discipline pour garantir sa spécificité.

La réserve disciplinaire qui remplit un rôle d'aide technique, met en avant l'expertise dans l'organisation interne d'un établissement. La notion de structure organique adaptée à la science se définit par une composition personnelle spécifique des organes, qui tient compte d'une discipline scientifique particulière. D'un côté, le principe de qualification disciplinaire se définit par la différenciation académique dans le paysage scientifique et de l'autre, implique certaines garanties d'un point de vue organisationnel.

Ce principe ne doit cependant pas être envisagé comme un « obstacle linguistique » par le moyen duquel chaque individu met en avant sa propre discipline. La combinaison du principe de collégialité et du principe de réserve disciplinaire doit

¹⁶⁶⁰ En allemand, „personell-fachliche Qualifikation“.

¹⁶⁶¹ OVG Sachsen-Anhalt, déc. du 15 septembre 2014, 1 M 76/14.

¹⁶⁶² D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 177-178.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

permettre la communication scientifique et la nécessité de compromis dans une organisation adaptée à la science. L'exigence de « disciplinarité » ne doit pas seulement avoir pour objectif de réserver l'exercice d'une matière, il doit aussi garantir la collaboration entre les disciplines. Le « Fachprinzip » est encore envisagé comme une source de légitimation des organes de la libre administration d'un établissement d'enseignement supérieur¹⁶⁶³.

Une des applications du « Fachprinzip » s'inscrit dans la concentration des décisions relatives aux disciplines au sein des facultés et des composantes¹⁶⁶⁴. En principe, l'organe de direction d'un établissement d'enseignement supérieur ne possède pas de compétence dans la prise de décision liée à des questions d'ordre « disciplinaire » (lié à une discipline) dans la recherche et l'enseignement. Théoriquement, un organe de direction ne pourrait trancher que sur les questions relatives au service de l'établissement proprement dit¹⁶⁶⁵.

Le « Fachprinzip » ne bénéficie pas uniquement aux individus en tant qu'universitaire mais s'applique également à toutes les questions relatives à la représentation des facultés et des composantes et à la représentation des étudiants et du personnel scientifique dans les organes collégiaux. En outre, il peut se décliner en fonction du principe de subsidiarité ou « fachliches subsidiaritätsprinzip »¹⁶⁶⁶. Ce principe peut être invoqué afin de protéger un individu vis-à-vis d'une mesure individuelle qui remet en question les spécificités de sa discipline propre. Une faculté peut aussi invoquer ce principe pour s'opposer à une mesure remettant en question ses particularités relevant de la science ou concernant l'ensemble de la composante.

En application du « Fachprinzip », les exigences relatives à l'influence dans le domaine des affaires scientifiques des professeurs d'universités sont réaffirmées de façon continue par la jurisprudence constitutionnelle afin d'obtenir une organisation adaptée à la science¹⁶⁶⁷. Les conséquences du « Fachprinzip » concernent directement les professeurs d'universités qui doivent, en raison de leur qualification, être les acteurs principaux dans les affaires relevant de la recherche et de l'enseignement. Les autres groupes d'un établissement d'enseignement supérieur (étudiants et personnel scientifique) n'auront qu'un rôle accessoire ou un rôle d'information.

¹⁶⁶³ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 480-482.

¹⁶⁶⁴ Par exemple, Art. 27, Abs. 1, S. 1 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG), „Die Fakultät ist die organisatorische Grundeinheit der Hochschule; sie erfüllt unbeschadet der Gesamtverantwortung und Zuständigkeiten der zentralen Organe der Hochschule für ihr Gebiet die Aufgaben der Hochschule“, (La faculté est l'entité organisée de l'établissement d'enseignement supérieur; elle remplit les missions de l'établissement dans son domaine, sans préjudice de la responsabilité générale et des compétences de l'organe central de l'établissement d'enseignement supérieur).

¹⁶⁶⁵ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 487.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 486.

¹⁶⁶⁷ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“; BVerfG 51, 369, déc. du 26 juin 1979, „Auflösungsgesetz“; BVerfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, „Bremer Modell“; BVerfG 88, 129, déc. du 3 mars 1993, „Promotionsberechtigung“.

En ce sens, la jurisprudence constitutionnelle du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie a pu considérer que la décision relative à la modification d'une composante revient à la seule compétence du sénat de l'établissement d'enseignement supérieur. Le groupe des étudiants ne peut pas détenir un droit de participation¹⁶⁶⁸. La Cour constitutionnelle du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie considère le groupe des étudiants ne peut pas se voir confier de compétences décisionnelles dans les affaires relevant directement du domaine de la science. En l'espèce, le groupe des étudiants ne pourra détenir aucun droit de participation pour les questions relatives à l'organisation de la composante mais seulement un droit d'information.

Si la Cour constitutionnelle fédérale allemande et les tribunaux allemands réservent une influence au profit des universitaires à l'aide du « Fachprinzip » sur les questions nécessitant une expertise disciplinaire, il est parfois difficile de préciser quels sont les domaines appartenant ou non aux affaires relevant de la science. En 2001 notamment, un professeur fait un recours contre la loi de modification relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land du Schleswig-Holstein en invoquant une sous représentation du groupe des professeurs d'université dans un organe collégial de l'établissement, le « Konsistorium »¹⁶⁶⁹.

Le « Konsistorium », dans le Land du Schleswig-Holstein, désignait le plus grand organe collégial central d'un établissement d'enseignement supérieur jusqu'à la nouvelle modification de la loi de 2007. Les organes d'un établissement se composaient du « Konsistorium », du sénat et du rectorat. Désormais, avec la mise en œuvre d'une nouvelle forme d'organisation autour de la présidence (« Präsidialverfassung »), le « Konsistorium » a été remplacé par un organe externe à l'établissement d'enseignement supérieur, le conseil d'université. Les principales décisions de l'établissement étaient prises dans le cadre de ce « Konsistorium ».

Dans cette affaire, la loi examinée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande est celle du 23 novembre 1999 qui précède la nouvelle modification de 2007. La loi de 1999 dispose que la composition du « Konsistorium » est définie comme telle : 60 de ses membres proviennent des groupes des professeurs, du personnel scientifique, des étudiants et du personnel non scientifique, auxquels s'ajoutent des membres du rectorat et du décanat. Avant la modification de 1999, le ratio de la représentation était de 11 : 4 : 4 : 2, la loi de modification prévoit un ratio de 2 : 1 : 2 : 1 vis-à-vis des quatre groupes cités plus haut.

Parmi les compétences du « Konsistorium » figurent la mise en œuvre du règlement intérieur de l'établissement, le choix des membres du rectorat et la compétence de révocation des membres du rectorat à la majorité des $\frac{3}{4}$. Avec la loi de modification, les compétences du rectorat ont été élargies. Ce dernier ne représente plus seulement l'administration de l'établissement (ou « Verwaltung ») mais aussi la

¹⁶⁶⁸ OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 26 avril 1990, 15 A 203/88.

¹⁶⁶⁹ BVerfG, déc. du 7 mai 2001, 1 BvR 2206/00.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

direction globale de l'établissement (« Leitung »). En outre, le rectorat peut conclure des accords d'objectifs avec le ministère compétent du Land, nécessitant l'approbation du sénat.

Le requérant invoque une violation de la liberté de la science dans la mesure où le groupe des professeurs ne détiendrait plus qu'un tiers des voix au sein du « Konsistorium » alors que cet organe est au cœur du processus décisionnel dans les domaines de la recherche et de l'enseignement, notamment quant à sa compétence d'élaboration du règlement intérieur et de nomination et de révocation des membres du rectorat.

Selon le requérant, le règlement intérieur poserait le cadre de l'organisation de l'établissement et aménagerait l'espace de liberté dans la structure interne de façon à ce que le « Konsistorium » puisse intervenir dans les matières relevant directement de la recherche et de l'enseignement. En outre, selon le requérant, puisque le règlement intérieur n'est pas décidé sur proposition du sénat, une influence suffisante du groupe des professeurs ne serait pas garantie. Le choix des membres du rectorat et l'objet des accords d'objectifs porteraient aussi sur des affaires relevant du domaine de la science selon le requérant.

Bien que ces arguments paraissent convaincants au regard de la liberté de la science, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne conclut pas à la violation de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale et déclare la nouvelle composition compatible avec les principes d'une organisation adaptée au domaine de la science. Elle le justifie en précisant que les affaires qui occupent le « Konsistorium » ne sont pas typiquement et directement en lien avec la science et cela vaut aussi pour les compétences relatives à l'adoption du règlement intérieur ou à la nomination des membres du rectorat¹⁶⁷⁰.

Selon la Cour, le groupe des professeurs exerce une influence suffisante quant au choix des membres du rectorat. De plus, les accords d'objectifs ne touchent pas directement aux affaires de la recherche et de l'enseignement. Dans tous les cas, selon les propos de la Cour, l'influence des professeurs est suffisante puisque les accords d'objectifs nécessitent l'approbation du sénat¹⁶⁷¹. L'argumentation peut paraître bancale dans la mesure où la Cour estime d'abord que les accords d'objectifs ne relèvent pas du domaine de la science, mais quand bien même, le sénat pourrait toujours refuser de les approuver.

Déterminer ce qui touche ou non du domaine de la science peut largement varier d'une situation d'espèce à une autre. En outre, pour qu'une atteinte ne soit pas

¹⁶⁷⁰ BVerfG, déc. du 7 mai 2001, 1 BvR 2206/00, „Die Angelegenheiten, mit denen das Konsistorium befasst ist, sind nicht typischerweise unmittelbar wissenschaftsrelevant. Dies gilt auch für die Befugnisse des Konsistoriums, über die Verfassung zu beschließen und die Mitglieder des Rektorats zu wählen.“

¹⁶⁷¹ BVerfG, déc. du 7 mai 2001, 1 BvR 2206/00, „Der Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Senat auf die Bildung des Senatsvorschlages ist auch ausreichend.“

forcément constatée par les tribunaux allemands, par rapport à une règle dite structurelle, les juges peuvent « simplement » démontrer que les domaines en cause ne relèvent pas des affaires de la science. Cette notion, comme la notion même de « science » reste largement imprécise dans la jurisprudence et la doctrine et peut conduire à une appréciation quelque peu aléatoire du respect des exigences.

B. L'étendue du principe de « cooptation des pairs » dans la procédure de recrutement

La mise en œuvre du « Fachprinzip » a lieu par exemple, dans la procédure de recrutement des professeurs. D'un côté, les pouvoirs publics vont se prononcer sur les compétences relatives au service du candidat, en vue de la nomination d'un fonctionnaire. De l'autre, l'université (ou la faculté) peut, quant à elle, apprécier la qualification scientifique et « disciplinaire » de l'individu en fonction du « Fachprinzip ». Il s'agit d'un partage de compétences en fonction de la rationalité disciplinaire. Le « Fachprinzip » a pour conséquence de distinguer les affaires scientifiques et académiques des affaires publiques et administratives.

En France, le « Fachprinzip » trouve un équivalent dans le principe de représentation propre bénéficiant aux enseignants-chercheurs. Le Conseil d'Etat estime que le principe de la représentation propre et authentique découlant du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs implique que ces-derniers ne puissent être jugés que par leurs pairs¹⁶⁷². Le principe de cooptation des pairs est garanti de façon relative par la jurisprudence française et sa portée pourra avoir des conséquences sur la composition et le rôle du conseil académique qui examine les questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs et sur la position du comité de sélection, anciennement appelé commission de spécialistes. La question de l'influence du conseil d'administration et du président d'université dans la procédure de recrutement peut aussi se poser dans la mesure où leur nomination ne découle pas du principe de cooptation des pairs.

Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme la loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche et en particulier les dispositions relatives au conseil académique appelé à siéger en formation restreinte sur l'examen des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs¹⁶⁷³. Les requérants, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, allèguent une atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs en ce que le législateur n'a pas précisé les règles de désignation des membres du conseil académique appelés à siéger au sein de sa formation restreinte.

¹⁶⁷² Conseil d'Etat, décision du 25 mai 2007, n°296014.

¹⁶⁷³ Conseil constitutionnel, décision du 24 avril 2015, n° 2015-465.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que la garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et que ce principe implique notamment que les enseignants-chercheurs soient associés au choix de leurs pairs, ne confronte pas explicitement ces principes avec la réglementation contestée. Selon la jurisprudence constitutionnelle, le fonctionnement du conseil académique n'est pas étroitement lié au principe de cooptation des pairs. Selon le Conseil, à côté du conseil académique, la véritable expertise scientifique est menée par le comité de sélection, ancienne commission de spécialistes. Il y a là une distinction claire entre le conseil académique qui ne ferait pas intervenir le principe de cooptation des pairs et ne serait compétent uniquement dans les « affaires publiques » et le comité de sélection à qui reviendrait la mise en œuvre de l'équivalent du « Fachprinzip » allemand.

En ce sens, dans une décision de 1994, le Conseil d'Etat reconnaît que « le principe de la souveraineté des jurys de concours fait obstacle à ce que, dans le cas où le conseil d'administration s'oppose au recrutement du ou des candidats figurant sur la liste de classement établie par la commission de spécialistes, l'autorité administrative se voie confier le pouvoir d'appeler ladite commission à délibérer à nouveau sur les mérites des candidats »¹⁶⁷⁴. Ici, le Conseil d'Etat marque une distinction réelle entre la compétence d'expertise qui appartient à la commission de spécialistes et l'autorité administrative qui exerce les compétences liées à la gestion du personnel. Le principe de cooptation des pairs est alors associé au principe de la souveraineté des jurys de concours. Les commissions de spécialistes ont été remplacées désormais par les comités de sélection, institués par le décret du 10 avril 2008¹⁶⁷⁵.

Les critères relatifs à la composition d'un jury de recrutement et à la distinction entre les affaires académiques et les affaires publiques semblent avoir été obscurcis, voire éclipsés par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Concernant les comités de sélection, la Haute juridiction s'est prononcée sur la définition d'un jury de recrutement et l'exigence de motivation des propositions de recrutement en 2010¹⁶⁷⁶. Selon le Conseil d'Etat, le comité de sélection agit en qualité de jury mais non le conseil d'administration. Pourtant, selon les textes, le conseil d'administration doit apprécier l'adéquation des candidatures à la stratégie de l'établissement. Selon le Conseil d'Etat, cela ne remet pas en cause l'expertise scientifique des candidats retenus par le comité de sélection. Qu'implique le motif de « la stratégie de l'établissement » eu égard à l'exigence de l'expertise scientifique ? Le Conseil d'Etat ne s'avance pas sur ce terrain.

Ensuite, la délibération du conseil d'administration proposant un candidat au ministre compétent doit être motivée lorsqu'elle ne reprend pas les propositions du comité de sélection. Le conseil d'administration en formation restreinte qui désigne les membres du comité de sélection ne doit pas comporter forcément un nombre

¹⁶⁷⁴ Conseil d'Etat, décision du 12 décembre 1994, n° 135460, 135530, 135555, 135558.

¹⁶⁷⁵ Décret n° 2008-333 du 10 avril 2008 relatif aux comités de sélection des enseignants-chercheurs.

¹⁶⁷⁶ Conseil d'Etat, décision du 15 décembre 2010, n°316927.

minimum de spécialistes de la discipline en cause. Dans sa décision, le Conseil d'Etat considère en outre que la suppression des commissions de spécialistes n'est pas contraire au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Sur la question de l'appréciation du conseil d'administration d'un établissement d'enseignement supérieur de l'adéquation des candidatures au profil d'un poste et à la stratégie de l'établissement, le Conseil d'Etat a rejeté le recours d'un candidat évincé en retenant que le conseil d'administration n'a pas fait une application erronée des dispositions du code de l'éducation¹⁶⁷⁷. En l'espèce, le conseil d'administration n'a proposé aucun candidat au ministre au motif qu'aucun d'entre eux ne correspondait « aux nouvelles thématiques prioritaires de l'université ». Le profil de « psychologue » de la candidate en cause ne rentrait pas dans ces « nouvelles thématiques ». Nous n'en saurons pas davantage sur les secrets stratégiques de l'établissement.

Le Conseil d'Etat a tout de même pu donner raison au requérant dans une affaire de juin 2016 en reconnaissant une erreur de la part du conseil d'administration¹⁶⁷⁸. En l'espèce, le candidat est professeur des universités en philosophie. Sa candidature a été placée en première position par le comité de sélection. La liste a été transmise au conseil d'administration de l'université qui a refusé de transmettre cette liste au ministre chargé de l'enseignement supérieur en alléguant que le profil du candidat n'était ni en adéquation avec le poste ni avec la stratégie de recherche du laboratoire « Rome et ses renaissances ». Le Conseil d'Etat donne raison au professeur d'université puisque ses travaux couvrent les domaines concernés par le poste et que ses thèmes de recherche « présentent des convergences » avec les sujets du laboratoire en cause. Le tribunal enjoint donc à l'université en cause qu'il soit procédé un nouvel examen.

Le conseil d'administration n'est pas le seul organe qui ne devrait pas se confondre avec le comité d'expertise selon le principe de cooptation des pairs. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la possibilité du président de l'université de s'opposer à la nomination d'un candidat proposé par le conseil d'administration. Il considère que, dans la mesure où le président fonde son appréciation « sur des motifs étrangers à l'administration de l'université » et pas « sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection », cela ne contrevient pas au principe d'indépendance¹⁶⁷⁹.

La loi Fioraso¹⁶⁸⁰ a modestement atténué la possibilité pour un président d'université de donner « un avis défavorable motivé » en le conditionnant par une consultation préalable du personnel¹⁶⁸¹. En outre, le droit de veto est impossible « à la première

¹⁶⁷⁷ Conseil d'Etat, décision du 15 avril 2016, n° 385992.

¹⁶⁷⁸ Conseil d'Etat, décision du 13 juin 2016, n° 382405.

¹⁶⁷⁹ Conseil Constitutionnel, QPC du 6 août 2010, n° 2010-20/21.

¹⁶⁸⁰ Loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

¹⁶⁸¹ Art. L. 712-2 du Code de l'éducation, « Il [le président de l'université] affecte dans les différents services de l'université les personnels ingénieurs, administratifs, techniques, ouvriers et de service.

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

affectation des personnels ingénieurs, administratifs, techniques, ouvriers et de service recrutés par concours externe ou interne lorsque leurs statuts particuliers prévoient une période de stage ».

Un recours contre l'utilisation du droit de véto par le président de l'université a été porté devant le Conseil d'Etat en juin 2014¹⁶⁸². Le président émet un avis défavorable au motif de l'inadéquation du profil du candidat classé en première position vis-à-vis du projet pédagogique et aux besoins de la faculté. Le Conseil d'Etat considère que cela ne porte pas sur la qualification scientifique du candidat et que la motivation n'est pas étrangère à l'administration de l'université en estimant que l'essentiel des activités du candidat portaient sur le droit de la santé et le droit pénal alors que la faculté avait des besoins dans les matières du droit civil et du droit comparé. Le président d'université n'aurait donc pas commis d'erreur d'appréciation selon le Conseil d'Etat¹⁶⁸³.

En définitive, bien que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent le principe de cooptation des pairs pour les enseignants-chercheurs comme la stricte application du principe de représentation propre et authentique, les organes d'expertise sont largement influencés par les organes de direction ou de gestion des affaires administratives dans un souci d'apparente efficacité et d'adaptation à la stratégie globale d'un établissement. L'examen dans la procédure de recrutement est de moins en moins individuel et disciplinaire, il devient plus global et propre à une organisation universitaire dans son ensemble.

En Allemagne, concernant la procédure de recrutement des professeurs, un véritable droit de cooptation en tant que droit illimité n'a jamais existé dans le cadre de la libre administration des universités allemandes¹⁶⁸⁴. Comme en France, un droit de proposition de la faculté est en général associé à la possibilité de recrutement de l'Etat pour la répartition des postes. La Loi fondamentale comme les Constitutions des Länder ont laissé la question de l'étendue de ce droit de proposition ouverte¹⁶⁸⁵.

A ce propos, la Cour constitutionnelle fédérale allemande emploie le terme d'un « Kooptationsrecht » (droit de cooptation), mais cela correspond uniquement à un droit de participation des professeurs dans les affaires relatives au recrutement¹⁶⁸⁶.

Aucune affectation d'un agent relevant de ces catégories de personnels ne peut être prononcée si le président émet un avis défavorable motivé, après consultation de représentants de ces personnels dans des conditions fixées par les statuts de l'établissement [...] ».

¹⁶⁸² Conseil d'Etat, décision du 11 juin 2014, n°352522.

¹⁶⁸³ Le décret du 2 septembre 2014 n° 2014-997 modifiant le décret du 6 juin 2014 fixant les dispositions communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences vient consacrer le comité de sélection dans le rôle de jury de concours. Les pouvoirs du président relatifs au droit de véto ont été transférés au conseil d'administration.

¹⁶⁸⁴ BVerwGE 52, 313, déc. du 22 avril 1977, 7 C 17/74.

¹⁶⁸⁵ BVerfG, déc. du 16 janvier 1963, 1 BvR 316/60.

¹⁶⁸⁶ BVerfG 51, 369, déc. du 26 juin 1979, „Auflösungsgesetz“.

Ce droit effectif de participation dans la procédure de recrutement consiste surtout en la réserve d'un examen scientifique et disciplinaire de la qualification du candidat¹⁶⁸⁷.

Le droit de participation revient aux professeurs du fait de leur expertise. Il est aménagé avant tout pour protéger cette expertise de l'intervention de l'Etat à travers la mise en œuvre de projets étrangers à la science. Ce droit peut servir encore pour les décisions relatives aux nominations dans les organes collégiaux en faveur de l'optimisation de la science. Ce droit de participation ne consiste pas en l'imposition d'une compréhension individuelle de la science, mais il s'exerce seulement « au service » de la capacité fonctionnelle de l'organisation d'une science libre. En effet, l'article 5, alinéa 3 ne tend pas à protéger une conception particulière de la science contre la concurrence scientifique au niveau du recrutement. La garantie de mise en œuvre de ce droit a pour objet de favoriser les activités scientifiques de tous les candidats¹⁶⁸⁸.

Dans la mise en œuvre de ce droit de participation, les mêmes difficultés de la jurisprudence française relatives à la distinction entre les affaires académiques et les affaires publiques se retrouvent dans la jurisprudence allemande. Cela concerne notamment le conseil de faculté (l'équivalent du conseil d'administration), la commission de recrutement (l'organe d'expertise allemand) et l'influence du recteur (organe de direction) sur l'ensemble de la procédure.

Dans une affaire de la cour administrative d'appel du Land de Saxe relative au recrutement des professeurs de 2015, la procédure de recrutement en cause s'exerçait à plusieurs niveaux et mettait en œuvre des critères relatifs à l'expertise disciplinaire. Une fois que la commission de recrutement, en charge de la première phase de la procédure de recrutement a rendu sa proposition de liste, cette-dernière a ensuite été approuvée par le conseil de faculté et par le sénat¹⁶⁸⁹.

A la suite de la présentation des trois premiers candidats au rectorat, le recteur décide de nommer le candidat qui était inscrit en troisième position sur cette liste en avançant des « raisons stratégiques liées à la responsabilité générale du recteur au sein de l'établissement d'enseignement supérieur ». Les requérants invoquent une violation de la liberté de la science en raison de l'influence du recteur dans le processus de recrutement des candidats, qu'ils qualifient comme « étrangère à la science » ou « Wissenschaftsfremde ». Les requérants invoquent le fait que le recteur devrait être lié aux propositions de la commission de recrutement, dans la mesure où il ne peut pas bénéficier du « Fachprinzip ».

La cour administrative d'appel du Land de Saxe précise que la possibilité de dérogation accordée au recteur, pour rester conforme à l'interprétation de la Constitution allemande, ne devrait exister que dans des cas exceptionnels selon des considérations revenant à l'économie du personnel ou plus généralement à la

¹⁶⁸⁷ BVerwGE, déc. du 28 mars 1963, 8 C 57/62.

¹⁶⁸⁸ BVerwGE, déc. du 23 septembre 1992, 6 C 2/91.

¹⁶⁸⁹ OVG Sachsen, déc. du 16 décembre 2015, 2B 300/15.

politique du personnel. En même temps, depuis la modification du droit des établissements d'enseignement supérieur du Land de Saxe de 2008, les décisions relatives au recrutement des professeurs peuvent faire l'objet d'un recours devant le recteur et non plus devant le ministère du Land compétent. Là encore, l'existence d'une mesure de compensation illustrée par la possibilité de recours auprès du recteur légitimerait la compétence de l'organe de direction.

Sur le plan de la qualification disciplinaire, la cour administrative d'appel de Saxe considère que la décision de nomination du recteur ne peut être contestée, ni formellement, ni matériellement, dans la mesure où le recteur n'est pas lié aux décisions du conseil de faculté. La cour ne peut pas régler cependant expressément dans quelles conditions le recteur peut déroger aux décisions du conseil de faculté. La loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land ne donne, elle non-plus, aucune indication à ce propos¹⁶⁹⁰. Néanmoins, le recteur, comme la commission de recrutement et le conseil de faculté sont liés dans leurs décisions par les critères d'aptitude, de service et de capacité des candidats¹⁶⁹¹. En outre, la procédure de recrutement des professeurs est particulièrement liée aux garanties de la liberté de la science. La procédure de recrutement doit garantir aux scientifiques habilités la possibilité d'exercer une influence prépondérante dans la procédure de recrutement et dans les commissions décisionnelles correspondantes. C'est au législateur de faire la transposition concrète de ces exigences.

Enfin, la question relative à la détermination de la frontière entre le droit de proposition et la décision de recrutement ne se pose plus forcément entre les différents bénéficiaires de droits individuels, mais davantage entre les conseils qui participent à la procédure de recrutement et les organes au sein de l'établissement d'enseignement supérieur. Alors que les membres habilités de la commission de recrutement et du conseil de faculté, les professeurs, sont bénéficiaires du droit fondamental de l'article 5, alinéa 3, le recteur agit en sa qualité propre de membre d'un organe de l'établissement. Le recteur est lui aussi un bénéficiaire de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale selon l'interprétation de la cour administrative d'appel du Land¹⁶⁹².

Le principe de la qualification disciplinaire permet donc de satisfaire les exigences relatives à l'expertise, nécessaire eu égard aux spécificités techniques de la liberté

¹⁶⁹⁰ OVG Sachsen, déc. du 16 décembre 2015, 2B 300/15, „Damit liegt das Letztentscheidungsrecht über die Auswahl bei dem Rektor der Hochschule. Er ist an den Beschluss des Fakultätsrats nicht gebunden, kann von der Rang-folge der Berufungsliste abweichen oder die Liste insgesamt verwerfen . Nicht ausdrücklich geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen der Rektor vom Beschluss des Fakultätsrates abweichen darf“.

¹⁶⁹¹ OVG Sachsen, déc. du 16 décembre 2015, 2B 300/15, „So ist der Rektor bei seiner Entscheidung - ebenso wie die Berufungskommission und der Fakultätsrat - an die Kriterien der Eignung, Leistung und Befähigung gebunden“.

¹⁶⁹² OVG Sachsen, déc. du 16 décembre 2015, 2B 300/15, „Während die habilitierten Mitglieder der Berufungskommission und des Fakultätsrates als Hochschullehrer selbst Träger des Grundrechts nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sind, handelt der Rektor in sei-ner Eigenschaft als Organ der Universität, die ihrerseits Grundrechtsträgerin nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist.“.

de la science. Dans un même temps, ce principe doit favoriser la coopération entre les disciplines dans un espace libre. La difficulté ne tient pas dans la remise en question de ce principe mais dans l'interprétation de l'étendue du domaine des « affaires relatives à la science ». En outre, les tribunaux ne distinguent plus forcément les organes de libre administration et les organes de direction en vertu de la combinaison des principes de qualification disciplinaire et de collégialité. Les problématiques autour du droit de cooptation des pairs illustrent l'exigence de la réciprocité des principes de qualification disciplinaire et de collégialité dans une organisation adaptée à la science. C'est encore la garantie de mesures de compensation au profit des organes collégiaux qui se substitue à celle de mesures positives en faveur du domaine de la science. Au demeurant, en France, le rôle du juge administratif tend à prendre davantage d'ampleur en particulier dans le domaine du recrutement des enseignants-chercheurs bien que le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la procédure¹⁶⁹³. En France, comme en Allemagne, on assiste à une confusion de la gestion des affaires publiques et des affaires relevant de la science.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les différences entre la légitimation démocratique et la légitimation dans le droit de l'organisation universitaire tiennent dans la nécessité de prise en compte d'une pluralité d'intérêts. En effet, ce qui est déterminant pour connaître l'étendue de la participation des membres est la manière dont chacun va être concerné par la mesure en question. Plus l'individu exerce des fonctions et des responsabilités importantes et ce de façon prolongée au sein de l'institution, plus il occupera une position influente. Dans tous les cas, l'ensemble des membres de l'institution universitaire détiennent une responsabilité particulière, semblable à celle des pouvoirs publics dans les institutions démocratiques. La participation des membres est un effet du principe de libre administration ; la libre administration formelle et la libre administration matérielle doivent être combinées afin de donner de véritables moyens juridiques à la corporation en vue de sa libre détermination.

Le fonctionnement collégial serait le mieux à même de mettre en œuvre ces exigences plutôt qu'une organisation monocratique. Il faut encore s'interroger sur la fonction de ce principe collégial. Doit-il aboutir à l'efficacité de la procédure décisionnelle ou à la représentation des intérêts individuels ? Encore une fois,

¹⁶⁹³ Le domaine de la formation concernant l'accès à une formation et la notation fait également intervenir de plus en plus le juge administratif qui se pose comme un nouveau garant des libertés des étudiants. A propos du rôle du juge administratif dans le contrôle de la procédure de recrutement, voir notamment Conseil d'État, 7 avril 2016, n° 385891 ; Conseil d'État, 30 août 2016, n° 381294 et dans le domaine de la formation, voir notamment Conseil d'Etat, 23 mars 2016, n° 393959 ; Conseil d'Etat, 23 mars 2016, n° 395336 ; Conseil d'Etat, 2 juin 2016, n° 400174 ; Conseil d'Etat, 6 juillet 2016, n° 400994 (inscription en master, pas de condition d'urgence, juge des référés, rejet).

Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté de la science au moyen de la participation des membres

l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur n'est pas un objectif en soi, il doit avoir pour seul but de promouvoir les libertés individuelles et en particulier la liberté de la science.

Une organisation adaptée à la science repose sur le principe de collégialité et sur le principe de différenciation disciplinaire ou « Fachprinzip ». Ce dernier permet aux individus qualifiés dans une discipline propre d'apporter une expertise dans l'organisation interne. Le principe de collégialité est la condition de la participation des membres d'un établissement d'enseignement supérieur en ce qu'il permet la libre détermination des individus dans le choix de leurs représentants. Le principe de collégialité doit être réaffirmé dans la jurisprudence afin de parvenir à une démarcation entre l'organe collégial et l'organe de direction. La participation des membres découle d'un « droit fondamental d'organisation », toutefois transposé par la jurisprudence allemande en un « droit dérivé de participation ».

Par le moyen de principes d'organisation, la jurisprudence et la doctrine ont développées différentes formes de légitimation : institutionnelle, fonctionnelle, matérielle et personnelle. Ces différents critères de légitimation démocratique ont été développés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant l'administration de la Fédération et des Länder et pour l'administration des corporations communales. Ils sont applicables pour les corporations de libre administration fonctionnelle lorsque celles-ci ne décident pas uniquement dans le domaine des affaires de leurs membres mais encore lorsque les corporations distinguent les affaires des tiers et l'intérêt général.

Les principes démocratiques et les exigences tenant à la légitimité démocratique doivent être distingués des principes qui orientent l'organisation universitaire. Toutefois, ils ne doivent pas faire défaut ou s'opposer à une organisation universitaire. Cela tendrait à la dilution des responsabilités propres de chacun des organes d'un établissement d'enseignement supérieur. Les principes de l'organisation universitaire doivent rester en adéquation et compléter les principes démocratiques dans le sens de la responsabilité, de la légitimité et du contrôle tout en maintenant leurs spécificités découlant du droit fondamental de l'organisation universitaire, l'un des composants de la dimension objective de la liberté de la science. Les effets de la liberté de la science dans sa dimension objective peuvent encore se produire sur les tiers et sur l'ensemble du droit par le moyen des obligations de protection directes et indirectes ou, en allemand, « echte und unechte Schutzpflichten ».

CHAPITRE 2

Obligations positives de l'Etat en vue de l'élargissement des effets du droit fondamental de la liberté de la science sur les tiers

Bourdieu évoquait ce transfert du pouvoir symbolique, du capital scientifique au capital universitaire, du pôle de l'autonomie de la science au pôle de l'utilisation en faveur des intérêts globalisés. La prise en compte des valeurs de la rationalité propre de la science dans le processus de recherche permettrait le maintien des spécificités scientifiques dans l'organisation de la science en général et dans l'institution universitaire en particulier. Il ne s'agirait pas de couper l'université des intérêts extérieurs mais davantage de conserver un noyau dur de recherche et d'enseignement, de conserver un dialogue entre le monde académique et le monde réel et politique, de faire participer les experts et les intellectuels au débat public de la même façon qu'ils pourraient associer la société civile au sein de l'ordre du jour de la recherche¹⁶⁹⁴.

L'obligation d'action de l'Etat consiste à préserver ces spécificités qui représentent l'essence de la liberté de la science dans la théorie des droits fondamentaux. La communication et l'échange d'informations du milieu académique représentent une différence fondamentale avec le système économique. La concurrence indépendante entre les différents projets de recherche illustre la logique de la concurrence intellectuelle entre les scientifiques. La concurrence s'inscrit dans un schéma

¹⁶⁹⁴ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 270-271.

organisationnel décentralisé. Ce type de concurrence symbolise le point de départ de toute créativité et décrit le premier paramètre de la diversité de la science (Section 2).

En dehors de la concurrence, le deuxième paramètre essentiel qui a une influence sur la diversité de la science s'inscrit dans le contrôle des activités de recherche et d'enseignement ainsi que de leurs acteurs et plus largement, à travers le contrôle des institutions participant à l'exercice de la science (Section 1). A ce propos, une part de la doctrine s'accorde sur le fait que le contrôle provenant des acteurs externes s'exerce davantage sur les structures que sur les individus¹⁶⁹⁵.

L'ensemble de ces évaluations permettent de garantir un certain niveau de qualité dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche. Dans un même temps, elles servent le processus d'« économisation » visant à accroître l'efficacité des « services » et de la mise en œuvre des compétences des différents protagonistes. L'évaluation de l'enseignement supérieur suppose également de contrôler les experts et les examinateurs. Un équilibre est à rechercher entre la nécessité de contrôle en faveur de la diversité de la science et le risque de paralysie du progrès de la science causée par une multitude de contrôles. Le développement des effets de rayonnement du droit fondamental de la liberté de la science sur l'ensemble des acteurs politiques, économiques et scientifiques viendrait résoudre nombre de problématiques de la société contemporaine et internationalisée.

Section 1. Le contrôle des acteurs institutionnels et individuels de la science et de leurs activités dans la recherche et l'enseignement

L'objectif clairement annoncé par les lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur en Allemagne est d'améliorer la qualité des « biens » dans la recherche et l'enseignement à travers l'évaluation. Pour cela, il faut améliorer les mécanismes de contrôle de ces activités. Concernant les activités d'enseignement, leur contrôle s'exerce à travers le système des accréditations d'offres d'enseignement et d'un système de contrôle de qualité interne aux établissements d'enseignement supérieur. La Cour constitutionnelle fédérale allemande impose un financement public dans le sens de la neutralité, à l'image des établissements public de radio et de télévision¹⁶⁹⁶. Un « simple » contrôle interne ne pourrait pas satisfaire

¹⁶⁹⁵ S. Bensmaine-Coeffier, *Le principe d'autonomie des universités françaises*, thèse précitée, p. 168-178. Selon l'hypothèse d'un contrôle uniquement exercé sur la structure organisationnelle du domaine de la science, l'organisation n'a pour seul objectif que de s'améliorer en tant que telle et non plus, en vue d'accroître les connaissances, comme ce qui a été démontré dans le titre précédent.

¹⁶⁹⁶ BVerfG 87, 181, déc. du 6 octobre 1992, „7. Rundfunkentscheidung“.

les critères de qualité de la science. Les agences extérieures de contrôle des activités représentent un moyen supplémentaire pour veiller à la neutralité de l'évaluation de l'enseignement supérieur.

L'exigence d'un contrôle neutre donnerait donc des résultats plus fiables. La neutralité peut exiger l'externalité du processus de contrôle. La neutralité doit également guider la mise en œuvre du contrôle des activités de recherche et d'enseignement afin d'éviter le risque de normalisation standardisée (§1). Cela nécessite alors des institutions externes aux établissements d'enseignement supérieur qui mettent en œuvre des évaluations et des accréditations. Ces institutions peuvent être dépendantes de financements publics où exister sous la forme d'institutions publiques. Les conseils d'accréditation ou en allemand, « Akkreditierungsrate », les fondations de droit public et les agences d'accréditation organisées en règle générale comme des associations privées reconnues d'utilité publique remplissent ces missions. Ces dernières annoncent, selon la doctrine, la privatisation fonctionnelle dans le domaine de l'enseignement supérieur¹⁶⁹⁷. D'autres éléments de la privatisation fonctionnelle sont observables dans le domaine de l'évaluation de la recherche à travers l'exercice des fondations de droit privé. La plupart du temps, il s'agit d'instituts compétents dans les domaines de l'industrie ou de l'économie¹⁶⁹⁸.

Dans le domaine du contrôle de la science, la doctrine évoque également la substitution d'une qualité dite « managériale » à la garantie de qualité académique. Il s'agirait encore de remplacer la différenciation fonctionnelle des activités scientifiques par la suprématie de l'économie sur la science. L'université académique laisse place à l'université « audit ». Les difficultés relatives au processus d'« économisation » se retrouvent dans l'effort de « comparabilité » selon des critères économiques dans le domaine de la science (§2). Selon la tradition universitaire, le contrôle de qualité devrait appartenir à la communauté académique qui ensuite en devient responsable. La communauté académique permet le lien avec l'ensemble de la communauté scientifique¹⁶⁹⁹. Cela symbolise la réciprocité entre la responsabilité interne du scientifique et sa responsabilité externe eu égard à ses activités de recherche et d'enseignement. Quel sera l'impact de l'extériorisation du contrôle de la science sur ce lien de réciprocité et de responsabilité ? Nous n'en

¹⁶⁹⁷ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 68-69.

¹⁶⁹⁸ Par exemple, le « Stifverband für die Deutsche Wissenschaft und Thyssenstiftung ». Ces instituts n'existent pas uniquement sous un régime de droit privé mais peuvent aussi être constitués en tant que personnes morales ou physiques de droit privé, contrôlées par un Land ou par la Fédération. Par exemple, la fondation Volkswagen, « Volkswagenstiftung » est une fondation de droit privé dont le capital de la fondation se compose de gains réalisés par la Fédération et par le Land de Basse Saxe. Les membres du conseil de la fondation y sont mandatés par le gouvernement fédéral et le ministère régional compétent du Land de Basse Saxe. Ce type de fondation est chargé de la promotion « publique » de la recherche. La même chose vaut pour la « Deutsche Forschungsgemeinschaft » qui est une structure semi-publique.

¹⁶⁹⁹ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 94.

connaissions pas encore toute la mesure mais certains défauts sont déjà observables à bien des égards.

§1. Le risque de normalisation standardisée à travers les procédures d'évaluation de l'enseignement et de la recherche

Evaluer consiste à « juger de la valeur de ». Cela nécessite la mise en œuvre d'une certaine réflexion qui peut prendre un temps conséquent, « le temps de peser le pour et le contre avant de prendre position ». L'évaluation est à la fois une affaire d'éthique et une affaire de technique(s). En outre, « on participe à la valorisation de ce que l'on prétend évaluer ». L'évaluation, en ce qu'elle relève des affaires humaines, ne peut pas être entendue comme dépendante d'une science entièrement prévisible. « Dès lors que l'évaluateur néglige le questionnement sur ses propres valeurs, ne remet pas en question les « idéaux » à partir desquels il porte un jugement de valeur, dès lors que par paresse ou faiblesse il se laisse porter par les habitudes, il prend le risque de dévaloriser le quelque chose et/ou le quelqu'un à propos duquel il se prononce¹⁷⁰⁰ ». L'éthique de l'évaluation implique alors la responsabilité de l'évaluation en même temps que la légitimité de celui qui évalue.

Les procédures d'évaluation, afin de répondre aux exigences de neutralité et d'impartialité nécessitent une certaine formalisation. La jurisprudence allemande développe en ce sens des critères tenant à l'expertise disciplinaire des évaluateurs. La formalisation de l'évaluation au sens large permet de mettre en œuvre un certain nombre de garanties au profit de l'ensemble des évalués et dans un même temps, de prévoir une sécurité juridique dans un domaine en constante évolution. Le risque d'une formalisation excessive en revanche, serait la conséquence de la confusion de ces objectifs. Si l'évaluation ne vise qu'à la mise en concurrence économique et à l'accroissement de l'efficacité d'une organisation, la formalisation s'exerce au détriment de la diversité de la science. Si, à l'inverse, les procédures d'évaluation servent en priorité la promotion de l'ensemble des libertés individuelles des membres des établissements d'enseignement supérieur dans l'exercice de leurs activités, la diversité de la science pourra être préservée (A).

Un risque de normalisation standardisée existe également dans le système de l'accréditation des offres de formation en Allemagne, mis en œuvre afin d'intégrer la politique de l'enseignement supérieur du processus de Bologne. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans une décision du 17 février 2016 (ré) affirme la position du législateur et la prévisibilité des normes dans ce système (B). Cette décision entrouvre la possibilité d'un contrôle plus encadré par le

¹⁷⁰⁰ M. Beauvais, « Des éthiques de la responsabilité pour penser l'évaluation en éducation et en formation », *Empan*, vol. 87, n° 3, 2012, p. 132-139.

législateur qui place le critère de l'expertise disciplinaire de l'évaluateur au cœur du processus de contrôle.

A. Conciliation entre la formalisation de l'évaluation et l'épanouissement des libertés individuelles

Le contrôle des activités de la recherche et de l'enseignement sur le marché international crée un système opérant de manière autonome. La théorie de la science devient une sous-discipline de la théorie économique. La mise en œuvre du concept de « benchmarking » ou « référencement », empruntée au domaine de l'entreprise, correspond à une technique de marketing ou de gestion de la qualité qui consiste à étudier et analyser les techniques de gestion et les modes d'organisation des autres entreprises afin de s'en inspirer et d'en retirer le meilleur. C'est un processus continu de recherche, d'analyse comparative, d'adaptation et d'implantation des meilleures pratiques pour améliorer la performance dans une organisation. La colonisation de la science par l'économie est cautionnée et renforcée par le système de notation et les procédures d'évaluation¹⁷⁰¹.

Le système d'évaluation a été construit à partir d'un instrument de commande centralisé du droit de l'enseignement supérieur. Dès lors, la liberté de la science et l'exigence de la diversité scientifique ne s'appliqueront pas dans un système qui leur est le plus favorable. Ce système met en œuvre les principes qui orienteront ensuite les décisions relatives aux allocations de ressources. La doctrine critique ce système en ce qu'il ne donne pas suffisamment de garanties quant aux critères disciplinaires scientifiques. Le système de l'évaluation ne permet pas une représentation de la pluralité des intérêts scientifiques. L'évaluation doit alors être accompagnée de certaines limites matérielles, correspondant aux critères d'évaluation découlant de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale.

La complexité tient en la conciliation de la nécessité de formalisation d'un côté, et de l'autre, de l'ouverture du système de contrôle en raison des objectifs tenant à l'épanouissement des libertés fondamentales. Ce mécanisme d'évaluation entraîne des difficultés avec le domaine de la science qui ne peuvent pas être uniquement résolues à l'intérieur d'un établissement d'enseignement supérieur.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est prononcée sur la question des critères relatifs à l'évaluation de l'enseignement et à l'évaluation de la recherche¹⁷⁰². Tout d'abord, selon la Cour, le législateur n'est pas tenu par la Constitution de mettre en œuvre des critères dans le domaine de l'évaluation de la science. Il peut davantage établir un modèle dans le cadre de sa marge de manœuvre

¹⁷⁰¹ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 53-65.

¹⁷⁰² BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“.

prévisionnelle. A côté de cela subsiste l'obligation d'observation du législateur et de « retouche » pour éviter une organisation inadaptée à la science.

Dans la décision de 2004 « Brandenburgisches Hochschulgesetz », la Cour constitutionnelle fédérale allemande estime que la procédure tenant à l'évaluation des activités de recherche et d'enseignement prévue dans la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur respecte les exigences constitutionnelles de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Par exemple, les composantes scientifiques sont évaluées par la direction de la composante, avec la participation du conseil de faculté et en règle générale, la direction de la composante élabore un rapport d'évaluation a posteriori.

Ensuite, les étudiants participent également à l'évaluation de l'enseignement et la direction de l'établissement d'enseignement supérieur procède à une évaluation avec la participation du sénat en tenant compte des rapports des composantes. La direction de l'établissement va ensuite produire un rapport général. Tous ces rapports seront utilisés par des experts extérieurs et des agences d'évaluation. Au niveau des composantes, l'évaluation de la recherche est exercée par le conseil de faculté. Pour l'évaluation de la recherche au niveau de l'établissement, le conseil de faculté jouera aussi un rôle. Dans le cadre de l'évaluation par l'organe de direction, le sénat et le conseil de faculté disposent d'un droit de regard et d'information. De surcroît, ce n'est pas à la direction de l'établissement mais au sénat de déterminer des critères d'évaluation. Selon la Cour, « en raison de l'importance considérable de la liberté de la science vis-à-vis de la détermination de ces critères, [l'évaluation] est une question fondamentale »¹⁷⁰³.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, pour éviter qu'une évaluation s'éloigne des critères scientifiques, les critères utilisés peuvent être particuliers à chaque discipline et le cas échéant, doivent l'être. Les critères de l'évaluation devront aussi, selon la Cour, tenir compte du fait qu'il s'agisse d'une recherche à long terme, abstraite et générale ou d'une activité scientifique orientée sur son application à court terme¹⁷⁰⁴. Ensuite, l'intégration nécessaire de l'expertise scientifique est garantie selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans la mesure où la participation du sénat est prévue. En l'espèce, il n'y a pas d'atteinte structurelle à la liberté de la science à travers la mise en œuvre de décisions inadaptées à la science, relatives aux compétences de réglementation pour l'évaluation de la recherche¹⁷⁰⁵. Enfin, le

¹⁷⁰³ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Aufgrund der für die Wissenschaftsfreiheit erheblichen Bedeutung dieser Kriterien ist ihre Festlegung bei verfassungskonformer Auslegung eine grundsätzliche Frage im Sinne der Vorschrift“.

¹⁷⁰⁴ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Dabei ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, dass diese Kriterien in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich sein können und gegebenenfalls auch sein müssen. Außerdem sind disziplinübergreifende Unterschiede in Rechnung zu stellen, etwa hinsichtlich einer abstrakt-theoretischen Grundlagenforschung mit (ungewissem) langfristigem Ertrag gegenüber einer kurzfristig ausgerichteten anwendungs- und nachfrageorientierten wissenschaftlichen Tätigkeit“.

¹⁷⁰⁵ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Durch die Beteiligung des Senats ist die erforderliche Einbeziehung von wissenschaftlichem Sachverstand

législateur en raison de sa marge de manœuvre n'est pas obligé de formaliser davantage la participation des acteurs ou le détail des critères d'évaluation. Il reste toutefois tenu d'observer sur le long terme la réglementation relative à l'organisation de l'évaluation et de l'améliorer si nécessaire¹⁷⁰⁶.

La Cour constitutionnelle fédérale n'impose donc pas de modèle de procédure d'évaluation de l'enseignement ou une liste de critères scientifiques nécessaires à l'examen des activités de recherche et d'enseignement. La Cour constitutionnelle veille toutefois à ce qu'aucune réglementation matérielle ou formelle en vigueur puisse être qualifiée d'inadaptée à la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. Selon la Cour, une mesure inadaptée à l'évaluation de la recherche pourrait être contenue dans une disposition générale ne faisant pas la distinction entre un type de recherche fondamentale et une recherche destinée à son application.

Concernant l'examineur en charge du contrôle, selon une jurisprudence constante, l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale exige une qualification suffisante concernant les personnes qui sont autorisées à évaluer et à mettre en œuvre une procédure d'examen¹⁷⁰⁷. Par exemple, pour évaluer un écrit d'habilitation, peut être désigné uniquement un universitaire qui est compétent dans la discipline en cause selon la jurisprudence allemande¹⁷⁰⁸. En outre, il n'est pas suffisant que des personnes elles-mêmes habilités ou qui ont obtenu une qualification équivalente décident seules de l'habilitation, cela dépend également d'une expertise disciplinaire scientifique suffisante au sein de l'organisation de la procédure d'habilitation¹⁷⁰⁹. En outre, le comité d'habilitation porte une responsabilité pour l'ensemble de la matière

gewährleistet. Es besteht mithin keine strukturelle Gefahr wissenschaftsinadäquater Entscheidungen aufgrund der Zuständigkeitsregelung für die Forschungsevaluation“.

¹⁷⁰⁶ BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, „Brandenburgisches Hochschulgesetz“, „Zu einer weiteren Formalisierung der Mitwirkung ist der Gesetzgeber derzeit aufgrund seines Einschätzungs- und Prognosespielraums nicht verpflichtet. Er ist jedoch gehalten, die im Rahmen dieses Spielraums gewählte Regelung zur Organisation der Evaluation zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern“.

¹⁷⁰⁷ BVerwGE, déc. du 22 février 1974, 7 C 9.71, „Zu den aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgenden Grundsätzen für die Organisation des Fachbereichs gehört auch das Gebot, daß Prüfungsleistungen bei Promotionen und Habilitationen nur von Personen bewertet werden dürfen, die selbst mindestens die Qualifikation, die durch die Prüfung festgestellt werden soll, oder eine vergleichbare Qualifikation besitzen“.

¹⁷⁰⁸ VGH Baden-Württemberg, déc. du 15 novembre 2000, 9 S 2553/99.

¹⁷⁰⁹ BVerwGE 95, 237, déc. du 16 mars 1994, 6 C 1/93, „Dem für den Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgenden verfassungsrechtlichen Recht auf sachkundige Leistungsbewertung ist im Habilitationsverfahren nicht schon damit genügt, dass über den Erfolg der Habilitation nur von Personen entschieden werden darf, die selbst habilitiert sind oder über eine gleichwertige Qualifikation verfügen. Vielmehr muss durch die Ausgestaltung des Habilitationsverfahrens gewährleistet sein, dass der zur sachkundigen Bewertung erforderliche fachwissenschaftliche Sachverstand in dem zur Entscheidung berufenen Gremium nicht nur eingebracht, sondern auch dessen maßgebliche Berücksichtigung bei der Bewertungsentscheidung sichergestellt wird“.

et trouve sa légitimation dans les dispositions de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale¹⁷¹⁰.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, depuis son arrêt « Hochschulurteil », insiste sur le fait que, pour la procédure de recrutement des universitaires, des exigences particulières sont également à respecter. Selon la Cour, la procédure de sélection des professeurs d'université, dans la mesure où elle désigne les bénéficiaires de la libre recherche et du libre enseignement au sein de l'université, entretient des liens étroits avec la liberté de la science¹⁷¹¹. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale allemande impose que les exigences constitutionnelles relatives à la procédure et au contrôle des tribunaux sur les décisions dans le domaine des examens soient « renforcées par le droit fondamental de la liberté de la science » et notamment dans le domaine des décisions de qualification conditionnant l'accès à un poste d'universitaire¹⁷¹². La même chose vaut pour le procédé de l'habilitation, à plus forte raison lorsqu'un bénéficiaire de la liberté de la science est touché par une décision négative¹⁷¹³. Dans ce cas, la protection de la liberté de la science s'exerce, à la fois dans sa dimension subjective et dans sa dimension objective selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Ainsi, bien que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, comme le législateur ne soient pas tenus d'établir des critères d'évaluation précis dans le domaine de la recherche et de l'enseignement, la mise en œuvre des contrôles et des évaluations doit être soumise au principe de la qualification disciplinaire. Ce principe s'applique au niveau de la procédure, des personnes chargées du contrôle et du contenu de l'examen. Les tribunaux exerceront alors un contrôle a posteriori pour vérifier l'absence de mesures inadaptées au domaine de la science. Si l'on dépasse le cadre de l'institution universitaire, les problématiques tenant au maintien des spécificités de la science et à l'épanouissement des libertés individuelles, peuvent devenir encore plus complexes.

Dans le domaine des publications scientifiques par exemple, pour éviter les risques de standardisation, il faudrait améliorer la qualité des procédures d'expertise en renforçant la place accordée au principe de qualification disciplinaire. Dans ce domaine, la qualité d'une recherche est aujourd'hui associée à une abondance de citations, alors que le fait d'intégrer le plus de citations n'est pas forcément un gage

¹⁷¹⁰ VGH Baden-Württemberg, déc. du 15 novembre 2000, 9 S 2553/99, „Dabei ist zu beachten, dass der Habilitationsausschuss damit für die Wahrung des wissenschaftlichen Rangs des ganzen Fachs Sorge trägt, was seine Legitimation zugleich in Art. 5 Abs. 3 GG findet“.

¹⁷¹¹ BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

¹⁷¹² BVerfG, 4 avril 2010, 1 BvR 3389/08, „Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verfahren und die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen werden im Bereich von Qualifikationsentscheidungen, die Voraussetzung für den Zugang zur Stellung eines Hochschullehrers sind, durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit verstärkt“.

¹⁷¹³ BVerfG, 4 avril 2010, 1 BvR 3389/08, „Gleiches muss auch für die vorgelagerten Prozesse der Habilitation, der Erteilung einer Lehrbefugnis oder einer anderen Qualifikation für die Berufung auf eine Hochschulprofessur gelten, zumal durch eine negative Entscheidung die Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Grundrechtsträgers besonders intensiv betroffen ist“.

de qualité. Il y a encore des différences évidentes entre les disciplines et la taille d'un champ de recherche.

La qualité d'une recherche peut aussi tenir à l'origine de l'auteur, à l'impact de la revue ou de l'édition de l'ouvrage et à la langue. Un texte peut être écrit en anglais sans qu'il ne démontre aucune qualité particulière. Il peut alors être largement cité parce qu'il est devenu une « habitude » sans que son contenu ne révèle de signification scientifique particulière. La généralisation de la nécessité d'abondance de citations de textes, devenant une mesure de la valeur même d'une citation, entraîne un décalage considérable entre l'objectif de la quête de la connaissance et la quête d'un objectif de réception des citations. Le code primaire de « vérité » est remplacé par un code secondaire, celui de la « réception »¹⁷¹⁴. Ces nouveaux « critères » conduisent de façon évidente à une forme de standardisation de la science.

Le domaine général de l'évaluation des publications fait partie du système de contrôle externe aux universités. Si la Cour constitutionnelle fédérale allemande parvient pour l'instant à maintenir la portée du principe de qualification disciplinaire au sein des établissements d'enseignement supérieur, la tendance à l'externalisation du contrôle dans l'enseignement et la recherche entraîne de nouvelles difficultés juridiques. Les gouvernements peuvent démontrer que la garantie de qualité de la recherche et de l'enseignement est mieux assurée dans ce type de système. Le problème reste que la recherche et l'enseignement sont des activités créatrices trop complexes et qu'elles ne peuvent pas se laisser appréhender uniquement par des indicateurs standards. A terme, trône une inversion complète des objectifs et des moyens.

L'indicateur d'évaluation est envisagé comme un but et non plus comme le moyen pour améliorer la recherche et l'enseignement, c'est un changement total de paradigme. Le système d'évaluation prône un contrôle de qualité comme le contrôle de qualité d'un produit qui pourrait être contrôlé pour un consommateur. Des critères standards sont définis dans un catalogue de services. Le système évalue des activités de recherche très variées sur une unité standard et ne prend pas en compte la diversité des recherches ou une recherche en évolution. La multiplicité des formes de contrôle permettrait non seulement de s'assurer de la qualité mais aussi de la créativité et de l'originalité scientifique. Le management total de la qualité fait disparaître la promotion de l'originalité et de la diversité de la science¹⁷¹⁵. Un autre type de contrôle externe à l'université s'exerce à travers les agences d'accréditation.

¹⁷¹⁴ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 215-216.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 101.

B. Le maintien des garanties légales dans le système de l'accréditation des offres de formation en raison de la rationalité propre de la science

La loi fédérale du 15 février 2005¹⁷¹⁶ crée une fondation chargée de l'accréditation des offres de formation de l'enseignement supérieur en Allemagne. Il s'agit d'une fondation de droit public qui a son siège à Bonn¹⁷¹⁷. La fondation de droit public a pour mission de garantir la libre concurrence entre les différentes agences d'accréditation, de prendre en compte le développement des conditions européennes en faveur de la reconnaissance des accréditations à travers les divers établissements des Etats membres et de favoriser la coopération internationale dans le domaine de l'accréditation et de la garantie de qualité¹⁷¹⁸. En outre, le conseil de la fondation qui dirige l'ensemble de la fondation est soumis au droit de regard du ministère fédéral de la science et de la recherche¹⁷¹⁹.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande se prononce parfois dans le sens d'un « coup d'arrêt » de cette dérégulation des offres de formation de l'enseignement supérieur en maintenant la présence forte du législateur dans certains domaines relevant de la science. La Cour estime en effet que malgré l'existence d'un système d'accréditation des offres de formation des établissements d'enseignement supérieur pensé dans un processus externalisé, le législateur ne peut pas confier la prise de décisions cruciales relatives à l'accréditation à d'autres acteurs.

D'un autre côté, le législateur ne peut pas fixer le contenu de l'enseignement avec des objectifs détaillés sinon il méconnaîtrait les exigences d'expertise et de spécificité disciplinaire de la liberté de la science. Il doit toutefois garantir des possibilités de contrôle dans la procédure et dans l'organisation de l'accréditation des offres de formation. Le législateur doit faire preuve d'une attention particulière lorsque les critères de contrôle des offres d'enseignement ne sont pas fixés directement par les acteurs de l'université mais par des agences d'accréditation. Le législateur est compétent pour décider de l'externalisation de ce contrôle mais il doit élaborer, avec clarté et précision, certaines garanties en faveur de la liberté de la science et de son autonomie.

¹⁷¹⁶ Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland" vom 15. Februar 2005.

¹⁷¹⁷ §1, Abs. 1, S. 1 „Name, Rechtsnorm, Sitz“, „Unter dem Namen „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ wird eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Bonn errichtet“.

¹⁷¹⁸ §2, Abs. 2, S. 1, 2, „Stiftungszweck“, „ 1. Sie wirkt darauf hin, einen fairen Wettbewerb unter den Agenturen zu gewährleisten. ; 2. Sie legt unter Berücksichtigung der Entwicklung in Europa die Voraussetzungen für die Anerkennung von Akkreditierungen durch ausländische Einrichtungen fest. ; 3. Sie fördert die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Akkreditierung und der Qualitätssicherung“.

¹⁷¹⁹ §12 „Aufsicht“, „Die Stiftung untersteht der Rechtsaufsicht des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung“.

Dans une décision récente, la Cour constitutionnelle fédérale allemande pose que le droit fondamental de la liberté de la science ne s'oppose pas à la nécessité de garantie de qualité des offres de formation de façon générale¹⁷²⁰. En revanche, le législateur ne peut pas confier la plus grande part des décisions cruciales relatives à l'accréditation à d'autres acteurs, il doit s'en charger en tenant compte de la rationalité propre de la science. Dans cette affaire, la Cour avait à se prononcer sur la question de la compatibilité des dispositions relatives à l'accréditation des offres de formation contenues dans la loi des établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie avec l'article 5, alinéa 3, phrase première et avec l'article 20, alinéa 3¹⁷²¹ de la Loi fondamentale. La procédure d'accréditation en cause s'applique aussi bien aux établissements d'enseignement supérieur publics que privés.

Dans l'affaire en l'espèce, l'agence d'accréditation, le défendeur, a refusé l'accréditation de deux offres de formation d'une « Fachhochschule » privée. Dans sa décision, la Cour constitutionnelle fédérale commence par décrire le système de l'accréditation de l'enseignement supérieur. L'accréditation dans le domaine de l'enseignement supérieur est une procédure d'expertise des offres de formation des cursus de licence et de master des établissements d'enseignement supérieur publics ou reconnus par les pouvoirs publics. Ce système est une conséquence du processus de Bologne au niveau européen dans lequel les ministères de tous les Etats-membres se sont entendus sur la comparabilité des offres de formation dans l'espace universitaire européen.

En 1998, la conférence allemande des présidents d'universités s'est prononcée en faveur d'un système d'accréditation des offres de formation appartenant à la compétence des Länder. Ces-derniers s'engagent à introduire de nouvelles offres et à former un conseil d'accréditation. Un nouveau système global d'accréditation a été mis en place en mars 2002. Deux ans plus tard est instauré un conseil d'accréditation sous la forme juridique d'une fondation de droit public selon le droit du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie.

La fondation accomplit plusieurs missions : l'accréditation et la ré-accréditation d'agences d'accréditation en leur accordant une autorisation, l'accréditation d'offres de formation et la mise en œuvre d'un système de garantie de qualité de l'enseignement supérieur. Elle est aussi chargée d'édicter un récapitulatif des objectifs des agences d'accréditation et de définir les exigences minimales de la procédure d'accréditation.

L'organe principal de la fondation est le conseil d'accréditation qui comprend dix huit membres dont quatre représentant les universitaires, quatre les Länder et cinq, le milieu professionnel. Les membres sont nommés par la conférence des présidents

¹⁷²⁰ BVerfG, 17 février 2016, 1 BvL 8/10, voir aussi, Pressemitteilung Nr. 15/2016 vom 18. März 2016.

¹⁷²¹ Art. 20, Abs. 3 GG, « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

d'université pour une durée de quatre ans. Le conseil d'accréditation règle toutes les affaires de la fondation et édicte les règles relatives à l'accréditation des offres de formation. Il décide des objectifs généraux du programme d'accréditation et les critères d'évaluation sont édictés par les agences d'accréditation.

La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur contient une obligation de garantie de qualité de l'enseignement. Les objectifs de l'accréditation figurent dans le droit relatif à l'enseignement supérieur des Länder et dans les décisions du conseil d'accréditation et des agences. En outre, selon la loi cadre fédérale, les activités des établissements d'enseignement supérieur doivent être régulièrement évaluées¹⁷²². Les établissements ont pour mission de « développer et évaluer le contenu et la forme des cours au regard du développement de la science et de l'art, des besoins de la pratique professionnelle et des nécessaires adaptations dans le monde du travail »¹⁷²³. L'Etat et plus particulièrement les Länder sont responsables des questions principales et structurelles de l'offre d'enseignement et garantissent l'équivalence des études, des examens et des diplômes¹⁷²⁴.

Concernant les établissements d'enseignement supérieur non publics, une reconnaissance de l'Etat leur est nécessaire pour qu'ils soient en mesure de délivrer des diplômes et des grades. Sans cette reconnaissance, ces instituts de formation ne peuvent pas prendre la dénomination d'établissement d'enseignement supérieur. Avant la modification de la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie en 2014, la reconnaissance de ces établissements était conditionnée par l'existence d'une majorité d'offres de formation accréditées. Depuis lors, la reconnaissance des pouvoirs publics ne dépend plus de l'accréditation d'une majorité d'offres mais seulement de l'accréditation d'au moins trois offres de formation.

En l'espèce, le requérant est une « Fachhochschule » privée, fondée en 2005 et bénéficiant d'une reconnaissance de la part des pouvoirs publics. En septembre 2005, elle intègre un cours dans l'offre de formation de logistique et obtient la ré-accréditation pour cette matière. La Cour constitutionnelle fédérale allemande admet la recevabilité du recours et conclut à l'incompatibilité des mesures relatives à l'accréditation des offres de formation de la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie avec les exigences des droits fondamentaux.

Selon la Cour, les dispositions contestées ne satisfont pas les exigences de la liberté de la science au sens matériel en confiant la détermination des objectifs de l'accréditation à d'autres acteurs. Elle d'abord rappelle que l'article 5, alinéa 3, phrase première protège les universitaires, les facultés et les composantes, les

¹⁷²² §6 HRG.

¹⁷²³ §8 HRG.

¹⁷²⁴ §9 HRG.

universités et les « Fachhochschule », aussi bien que la science organisée dans le domaine privé. Les établissements d'enseignement supérieur privé peuvent donc se prévaloir de la liberté de la science en tant que tels.

S'agissant de l'accréditation des offres de formation, la Cour précise que l'obligation indirecte contenue dans les dispositions contestées, qui conditionne l'accréditation, est une atteinte lourde à la liberté de la science. L'accréditation remplace l'ancienne réserve d'accord ministériel pour la mise en œuvre, la modification et la suppression de cours. Le problème avec ce système, avancé par la Cour, est que la reconnaissance des pouvoirs publics n'est pas ici un label de qualité librement sollicité mais une condition impérative de l'existence d'un établissement d'enseignement supérieur.

Par conséquent, cette contrainte limite la liberté de l'établissement de déterminer le contenu, la conduite et l'approche méthodologique des enseignements. En effet, afin d'obtenir l'accréditation, ce sont le concept de l'offre de formation, l'organisation des cours, la composition du programme, la dénomination des grands axes d'enseignement (ou « Schwerpunkt ») et des modules ainsi que le règlement des études et des programmes qui sont évalués. Cette réserve d'accréditation est aussi une atteinte aux droits des enseignants, des facultés et des composantes.

Le contrôle global en amont du conseil d'accréditation représente, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, une atteinte grave à la liberté de la science en ce qu'il touche directement à l'organisation des enseignements et à leurs budgets. Le conseil d'accréditation évalue encore le développement de la technicité et de la pratique dans les offres de formation afin de qualifier au mieux les étudiants et les agences d'accréditation posent des objectifs en faveur de la fréquentation des cours, des règlements des études et des examens. Cette atteinte à la liberté de la science ne peut pas être justifiée par la Loi fondamentale, ni par « l'eupéanisation du système universitaire » selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Le système de l'accréditation en droit allemand transpose les accords européens, cependant il n'y a pas de compétence d'harmonisation en faveur de l'Union européenne dans le domaine de l'enseignement universitaire. La déclaration de Bologne sur l'espace universitaire européen n'est qu'une simple mesure de coopération avec la mise en œuvre d'objectifs européens dans le secteur de la formation. Les Etats-membres restent responsables du contenu de l'enseignement et de l'organisation du système de formation.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les atteintes à la liberté de la science peuvent être justifiées par la poursuite d'objectifs prévus par la Constitution¹⁷²⁵. La liberté de la science peut trouver des limites dans l'exigence de garantie de la qualité de l'enseignement. Ensuite, le principe de l'Etat de droit et le principe démocratique obligent le législateur à mettre en œuvre les réglementations

¹⁷²⁵ BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, „Hessisches Universitätsgesetz“.

relatives à la réalisation des droits fondamentaux. Selon la Cour, la mesure selon laquelle le législateur doit déterminer les règles et les principes, doit être appréhendée en fonction de l'objet de la réglementation¹⁷²⁶. Le législateur ne peut pas fixer des objectifs détaillés en faveur de la qualité de l'enseignement sinon il méconnaîtrait la rationalité propre de la science protégée par les droits fondamentaux.

La mise en place des critères d'évaluation de la science et de l'enseignement par le législateur doivent correspondre aux spécificités scientifiques, en particulier lorsque les critères sont fixés en dehors des établissements d'enseignement supérieur. Il faut aussi veiller à ce que les critères varient selon les différentes disciplines et restent suffisamment ouverts pour favoriser la diversité des offres de formation.

Le législateur ne peut pas confier la question de l'accréditation des offres de formation à un tiers car la procédure est encore au stade de l'expérimentation. En 2004, cela valait pour la définition des critères d'évaluation qui devait rester de la compétence interne de l'université. Le législateur observait ce processus et devait l'améliorer si nécessaire. Il pouvait, comme évoqué plus haut, adopter un modèle dans lequel il fixe lui-même les critères d'évaluation. Peu à peu, le processus d'accréditation a été externalisé au niveau national et international sans que le législateur n'ait pu anticiper les risques d'atteintes à la liberté de la science.

Le législateur est libre dorénavant de fixer un système de garantie de qualité des offres de formation, externe aux établissements d'enseignement supérieur. En d'autres termes, ni les établissements, ni les facultés et les composantes ne sont en charge du processus d'évaluation des offres de formation de l'enseignement. Selon la jurisprudence constitutionnelle, l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale n'impose pas aux universités ou aux facultés de déterminer exclusivement le contenu des offres d'enseignement. Afin de fixer des critères d'évaluation, le caractère scientifique et technique ne doit pas être le seul à prendre en compte. Le législateur tient aussi compte de l'égalité des chances et de facteurs internationaux à condition qu'ils ne supplantent pas la scientificité de l'évaluation.

Dans les dispositions contestées en l'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale considère que l'influence du législateur n'est pas suffisamment conséquente s'agissant des critères d'évaluation, de la fixation de la procédure et de l'organisation du système de l'accréditation. Par-dessus tout, l'application de critères scientifiques reste insuffisante. En effet, le législateur a limité la compétence de contrôle de la qualité de l'enseignement à des agences organisées selon le droit privé.

Par ailleurs, les dispositions contestées renvoient à d'autres textes afin de compléter le régime de l'accréditation et de leurs agences. Le renvoi des dispositions contestées à la « réglementation en vigueur » est incompatible avec les exigences constitutionnelles. Cette formulation, trop générale, ne permet pas de prévoir les

¹⁷²⁶ BVerfG 83, 130, déc. du 27 novembre 1990, „Josefine Mutzenbacher“.

atteintes à la liberté de la science. Cela ne permet pas non plus de légitimer l'ensemble du système externalisé.

Il manque aussi des informations quant à la réglementation relative au régime juridique des agences d'accréditation. La loi en cause précise seulement que l'accréditation sera exercée « par des agences, qui ont été accréditées à leur tour ». Les agences sont définies uniquement comme « organisées et agissant selon le droit privé ». Font aussi défaut des dispositions légales relatives au déclenchement de la procédure d'accréditation, à la procédure elle-même, à la valeur juridique des décisions des agences et du conseil d'accréditation de la fondation, aux conséquences de la mise en œuvre des obligations des agences ainsi qu'au délai de la ré-accréditation.

Le manque de dispositions légales n'est pas compensé par une autre réglementation. En effet, le droit des établissements d'enseignement supérieur des Länder ne fixe aucun objectif qui pourrait justifier une atteinte à la liberté de la science. Les dispositions contestées renvoient à la loi relative aux fondations d'accréditation du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie mais, selon la Cour, cela ne suffit pas pour satisfaire les exigences constitutionnelles. Certes, le législateur n'est pas tenu de tout régler dans une seule et même loi. Une réglementation qui répond aux exigences de clarté peut figurer dans plusieurs lois. Le législateur peut aussi renvoyer à une autre réglementation¹⁷²⁷. Les renvois à une loi doivent être toutefois clairement exposés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Ensuite, les possibilités de recours juridiques contre les décisions du conseil ou des agences d'accréditations ne sont pas envisagées.

S'agissant de la procédure d'accréditation, il est fait mention de la participation d'experts mais il n'y a pas d'exigence relative à la discipline. L'évaluation ne respecte pas les principes de collégialité et de spécialité, applicables à l'organisation de la science¹⁷²⁸. Il est seulement précisé que pour préparer une décision d'accréditation, les membres devraient représenter les différents intérêts. Aucune information ne figure sur le fait que les comités des agences et le conseil d'accréditation soient ou non liés par le vote des experts. Le manque de détails n'est pas non plus compensé par la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur. En 2014, le législateur régional a créé le paragraphe 7a dans la loi relative aux établissements d'enseignement supérieur du Land sur la forme juridique des agences, dans lequel il renvoie à la loi relative à la fondation d'accréditation. Les informations défailtantes ne sont toujours pas complétées.

Enfin, la « scientificité » n'est pas suffisamment présente dans cette procédure dans la mesure où le conseil d'accréditation est composé uniquement de quatre membres appartenant à l'établissement d'enseignement supérieur et de deux étudiants

¹⁷²⁷ BVerfG 78, 32, déc. du 25 février 1988, 2 BvL 26/84.

¹⁷²⁸ Voir Deuxième Partie, Titre 2, Chap. 1^{er}, Section 2. « Les principes d'organisation au sein de la corporation universitaire ».

nommés par la conférence des présidents d'université. Il n'est en rien garanti que les universitaires détiennent une voix prépondérante, ni dans les agences, ni dans le conseil d'accréditation. La Cour constitutionnelle fédérale déclare les dispositions incompatibles avec la Constitution allemande en raison du principe de sécurité juridique et du principe de clarté du droit¹⁷²⁹. Le législateur doit donc prévoir une nouvelle réglementation qui tienne compte de ces exigences constitutionnelles. La Cour lui accorde un délai, le législateur peut intervenir jusqu'au 31 décembre 2017.

Bien que la Cour constitutionnelle fédérale allemande ait relevé un certain nombre d'incompatibilités avec la Loi fondamentale, ce nouveau système d'accréditation des offres de formation reste encore largement au stade de l'expérimentation. Un nouveau « Staatsvertrag » est finalement rentré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 en réaction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Plusieurs accords et règlements ont été adoptés par l'agence afin de préciser certains aspects de droit. Les modifications de la loi fédérale relative au conseil d'accréditation de la fondation sont également entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Peut-on tendre vers la transposition des exigences de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au domaine international de la science ?

§2. Mise en avant de la « comparabilité » économique dans le domaine de la science

Dans le domaine plus large de la science, la réglementation et le contrôle des activités scientifiques favorisent la comparabilité économique entre les acteurs individuels et institutionnels. En 1870 déjà, il existait un classement des universités. Aujourd'hui, le Conseil américain de l'éducation (« American council on education ») publie un rapport annuel de données statistiques permettant de comparer les universités entre elles. A l'échelle mondiale, c'est le classement de Schangaï, établi par les chercheurs de l'Université Jiao Tong de Shanghai, qui impose l'internationalisation de l'évaluation et du processus scientifique dès 2003. Un an plus tard, le « Times higher education » publie sa liste des deux cent premières universités mondiales, tout comme le journal « die Zeit » en Allemagne depuis 2008, par le Centre de développement de l'enseignement supérieur (« Center for Higher Education Development »).

Avec le projet d'évaluation des résultats d'apprentissage de l'enseignement supérieur (« Assessment of Higher Education Learning Outcomes »), l'Organisation de coopération et de développement économiques propose de développer un outil d'évaluation des établissements par rapport aux acquis des étudiants. La stratégie

¹⁷²⁹ Ou en allemand, « Rechtsklarheit », BVerfG 94, 241, déc. du 12 mars 1996, „Kindererziehungszeiten“; BVerfG 104, 126, déc. du 21 novembre 2001, „Dienstbeschädigtenteilrente“.

de Lisbonne des années 2000 impose que les pays européens engendrent un marché du savoir à grande échelle. Selon l'association européenne des universités, « les palmarès internationaux les plus populaires qui servent de référence ne concernent que 1 à 3% des universités mondiales » et se concentrent davantage sur la recherche)¹⁷³⁰. L'évaluation des universités participe d'un nouveau système basé sur le « capitalisme académique » (B). Cette volonté affirmée de la comparabilité économique entraîne de très fortes inégalités entre les établissements d'enseignement supérieur.

Les universités doivent dorénavant promouvoir leurs « services » sur la scène européenne et internationale. Le rapport de l'OCDE de 2003, « Technology Transfer Offices » publie quatre recommandations pour les universités ; rendre plus cohérent les politiques nationales en matière de recrutement, développer des politiques en matière de propriété intellectuelle dans les institutions, augmenter les capacités en gestion de la propriété intellectuelle des organismes publics de recherche et améliorer la collecte de données¹⁷³¹. L'internationalisation du droit de l'organisation de la science et du droit de l'enseignement supérieur a pour objectif de satisfaire l'exigence de comparabilité dans le domaine de la recherche et dans le domaine de l'enseignement (A).

En effet, si l'ensemble des « services » de l'enseignement et de la recherche bénéficient de la mise en œuvre de critères communs, ils pourront être comparables dans le système global de l'évaluation et entrer en concurrence. Au niveau international, le principal instrument est l'accord général sur le commerce des services. Concernant la recherche, il faut adopter des critères communs afin d'attirer les acteurs de la recherche spécialisés dans un domaine. La discipline n'est plus forcément la base commune du travail de recherche. Dans le domaine de l'enseignement, l'internationalisation et la globalisation s'exercent dans le cadre des offres de formation et des types de diplômes. Dans quelle mesure peut s'exercer le processus de comparabilité des « services » de l'enseignement supérieur et de la recherche ? Le degré de comparabilité des services des établissements d'enseignement supérieur dans la recherche et l'enseignement rejoint-il l'objectif d'« universalité » correspondant à l'une des valeurs de la rationalité propre de la science ?

¹⁷³⁰ C. Paradeise, « Universités : un marché mondial de la connaissance », (UPE-LATTS), *Cahiers français*, n°367, mars-avril 2012, p. 57-61.

¹⁷³¹ C. Mailhot, V. Schaeffer, « Les universités sur le chemin du management stratégique », op. cit., p. 33-48.

A. La question de la comparabilité des « services » du domaine de la science dans le processus d'internationalisation

A l'époque de Grotius et des théoriciens du droit naturel, « la science était dans le droit », peu à peu, la science est devenue l'objet du droit international. Dans le débat relatif au financement de la recherche, deux tendances peuvent être observées et s'inscrivent au cœur des critiques de la doctrine au niveau international ; d'un côté, il y a de plus en plus de passerelles entre la recherche publique et l'industrie, en effet, de plus en plus d'entreprises commandent des recherches dans des lieux de recherche publique. D'un autre côté, la coopération scientifique est de plus en plus marquée au niveau international. La coopération scientifique s'inscrit dans des accords bilatéraux et multilatéraux. Ces accords servent de fondements à une coopération entre les acteurs élargis du domaine de la science. La coopération scientifique repose encore sur de nombreuses dispositions de la « soft law » à travers des décisions et recommandations¹⁷³².

Depuis quelques années la recherche scientifique devient l'objet du droit international, ce qui donne lieu à la conclusion de nombreux traités et accords interétatiques. L'ensemble des Etats et des organisations internationales ont alors été amenés à réfléchir à une stratégie commune de la science pour repenser l'organisation de la science. Selon la doctrine, plusieurs raisons pourraient être à l'origine d'un intérêt toujours croissant de mettre en œuvre la coopération internationale dans le domaine de la science, qui a conduit à l'émergence d'un droit international de la recherche. En premier lieu, l'impossibilité de fermer les frontières territoriales à la collaboration entre les scientifiques et les instituts de recherche réclame une réglementation internationalisée. Un second facteur peut tenir dans le coût élevé de l'exercice de certaines recherches nécessitant une coopération financière. Ensuite, certaines recherches peuvent contenir des objectifs purement internationaux, comme par exemple des aspects précis de la recherche orientés vers l'aide aux pays insuffisamment développés¹⁷³³.

Quatre étapes ponctuent le processus d'internationalisation de la réglementation relative au domaine de la science. Il s'agit tout d'abord de développer la confiance entre les Etats. Les Etats doivent ensuite procéder à un travail de coopération. Celui-ci permet de satisfaire l'exigence de compatibilité ou de comparabilité, à la fois au niveau de la recherche mais aussi quant aux offres de formation de l'enseignement supérieur. Le processus d'internationalisation suppose la mise en œuvre de conventions dans le cadre de l'Unesco, notamment avec la convention de Lisbonne de 1997, ratifiée par vingt-sept Etats et la conclusion d'accords avec l'Organisation

¹⁷³² B. Guilloux, « Le régime de droit international public de la Recherche Scientifique Marine : dualité juridique et pratique », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, t. 22, 2004, p. 113-149.

¹⁷³³ L. Focsaneanu, « Le Droit international de la recherche scientifique et technique », *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, p. 377-408.

mondiale du commerce. Enfin, les Etats doivent s'engager autour d'un but commun, à travers des stratégies communes.

Le processus de Bologne a pour objectif notamment de mettre en place ces quatre étapes. Il n'existe pourtant aucune véritable définition d'une Europe intégrée sur le plan académique. « Le processus de Bologne n'a en effet rien d'automatique dans la mesure où il repose à la fois sur le développement lent et progressif de la confiance et sur l'encouragement de propositions innovantes autour d'une définition ouverte, en développement, de ce que sera le futur espace européen de l'enseignement supérieur ». Les Etats membres conservent une grande liberté tout en étant contraints d'utiliser un ensemble d'outils communs de développement. La question de la comparabilité des services offerts par les établissements d'enseignement supérieur, et de la logique mercantile d'échange de biens et de services reste difficile à résoudre. La valeur matérielle et subjective des prestations des établissements d'enseignement supérieur tenant à la rationalité propre du domaine de l'organisation de la science est difficilement quantifiable et le domaine de la science en tant que tel ne peut jamais être isolé de ses inconnues.

La comparabilité n'existe pas en tant que telle dans des organisations aussi particulières que les organisations scientifiques, il faut la construire. Elle doit alors résulter de certains choix qui nécessitent une certaine légitimité des acteurs dans la prise de décision. La question de la méthode de comparabilité dépend du résultat à atteindre. Toutefois, il n'y a pas forcément de consensus quant aux objectifs à atteindre. La logique de comparabilité n'obéit-elle qu'à la volonté d'obtenir des gains de performance économique au niveau international ou implique-t-elle d'autres paramètres comme la valeur de la science et la quête de la vérité ?

Dans cette démarche analogique, le comparatiste devra examiner les « raisons d'être » des dissemblances et des ressemblances dans les domaines respectifs de la science. Cela dépasse le plan uniquement juridique dans la mesure où il faudra tenir compte également des « facteurs sociaux jouant sur le plan juridique ». En outre, « il s'agit d'essayer de comprendre l'influence du milieu sur la création et la transformation du droit et d'en tirer des conclusions comparatives », « cela empêche qu'on isole artificiellement le fait juridique de son environnement social naturel »¹⁷³⁴. La logique juridique de comparaison ne doit pas non plus être soumise à une rationalité économique étrangère à l'environnement social global. Il faut éviter que le domaine de la science soit calqué sur le système globalisé de l'échange des services appartenant déjà à une rationalité propre, la rationalité économique.

La démarche comparative doit intégrer les facteurs juridiques et sociétaux (et notamment économiques) tout comme les facteurs tenant à la rationalité propre de la science. Il serait donc nécessaire de définir véritablement la qualité de l'enseignement et de la recherche en tenant compte de l'ensemble des objectifs que

¹⁷³⁴ G. Langrod, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n°2, avril-juin 1957, p. 353-369.

ces « services » doivent atteindre, y compris leurs fonctions dans le domaine propre de la science. Cela permettrait d'identifier des critères d'évaluation qui intègrent davantage la dimension immatérielle de la science. Le plan juridique devrait alors aboutir à une logique de systématisation de critères abstraits et généraux facilitant l'exercice de comparaison.

Cet exercice a été réalisé de façon plus ou moins complète, en mai 2001, à l'occasion du forum de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur le commerce des services d'éducation. Des experts ont expliqué que les Etats garderaient une certaine forme de contrôle dans ce processus de comparabilité des services de l'enseignement supérieur mis en œuvre pour favoriser les échanges entre les acteurs scientifiques et les institutions. Pourtant les accords généraux de coopération et de développement économiques n'entraînent pas les mêmes effets juridiques qu'une convention¹⁷³⁵.

La logique internationale utilise une méthode d'assimilation pour résoudre le problème de la comparabilité des prestations de la recherche et de l'enseignement. L'accord général sur le commerce des services emploie le terme spécifique de « services d'éducation ». Selon le GATS, tous les échanges internationaux dans le domaine de l'éducation sont effectués selon quatre modes de fourniture ; la mobilité internationale des services éducatifs (enseignement en ligne, enseignement à distance), la mobilité internationale des étudiants, l'investissement à l'étranger des institutions éducatives et la mobilité internationale des enseignants.

Selon les termes du même accord, « les « services » comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »¹⁷³⁶. A l'inverse, un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental est un service qui ne s'entend pas à travers une rationalité économique et peut donc rester exempt de toute concurrence. Les activités des instituts de recherche et des établissements d'enseignement supérieur entrent dans la catégorie large des « services » et ne sont pas exempts de la concurrence, bien au contraire. Il subsiste toutefois une restriction et certains aménagements concernant « l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics »¹⁷³⁷. Dans la mesure où les entreprises privées intègrent de plus en plus le commerce des services des établissements d'enseignement supérieur, ces aménagements particuliers ne seront pas forcément adaptés à la nouvelle gouvernance.

Sur la question d'un éventuel monopole de fourniture des services que l'Etat pourrait exercer s'agissant des établissements d'enseignement supérieur en raison de son financement majoritaire, l'accord prévoit que lorsqu'un fournisseur monopolistique

¹⁷³⁵ A. Barblan, « L'offre internationale d'enseignement supérieur : les universités ont-elles besoin de l'AGCS ? », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2002/3, n°14, p.87-106.

¹⁷³⁶ Art. 1^{er}, al. 3b de l'Accord général sur le commerce des services.

¹⁷³⁷ Art. 13 de l'Accord général sur le commerce des services.

d'un Etat membre entre en concurrence sur le marché, il ne faut pas que ce « fournisseur n'abuse de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec des engagements »¹⁷³⁸. L'accord définit un fournisseur monopolistique d'un service comme « toute personne, publique ou privée, qui sur le marché pertinent du territoire d'un Membre est agréé ou établi formellement ou dans les faits par ce Membre comme étant le fournisseur exclusif de ce service »¹⁷³⁹. Il ne paraît pas forcément évident de pouvoir considérer l'Etat comme le « fournisseur monopolistique » des activités scientifiques. Quand bien même, cette position n'accorderait pas de garantie supplémentaire à l'organisation particulière de la science.

D'autres restrictions générales sont contenues à l'article 14 de l'accord. Dans la mesure où ces dispositions n'entraînent pas de discrimination à l'égard des autres Etats, des restrictions peuvent être nécessaires au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou encore à la sécurité¹⁷⁴⁰. Il semblerait délicat de les appliquer au domaine de la science et des établissements d'enseignement supérieur. Un établissement d'enseignement supérieur est donc envisagé comme n'importe quelle entreprise en concurrence sur le marché par l'accord général sur le commerce des services. Ainsi, non seulement le processus d'assimilation a supplanté un réel effort de recherche de comparabilité, mais encore les « services » dans le domaine de la science ne trouvent aucune définition particulière pour les distinguer du régime commun des services marchands.

L'accord général sur le commerce des services visait en 1995 à étendre l'abaissement des tarifs douaniers et à supprimer divers obstacles commerciaux à d'autres échanges que les échanges de marchandises couverts par la série des accords précédents. Avec la clause de traitement national, l'ensemble des services étrangers doit bénéficier d'un traitement non moins favorable à celui que reçoivent les services nationaux. La clause de la nation la plus favorisée impose que tout avantage offert à un pays doit être automatiquement accordé à tous les autres pays partenaires. La clause de la nation la plus favorisée repose essentiellement sur l'effectivité de l'exigence de comparabilité. Elle est définie à l'article 2 de l'accord sur le commerce des services en ce que « chaque membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ». Il ne s'agit pas d'une obligation de mettre en œuvre le même traitement mais plutôt de garantir un traitement équitable en tenant compte de la comparabilité des services. Pour autant, il n'y a pas d'indice supplémentaire quant à l'exigence de comparabilité puisque « tout autre pays » pourrait en bénéficier.

¹⁷³⁸ Art. 7, al. 2 de l'Accord général sur le commerce des services.

¹⁷³⁹ Art. 28h de l'Accord général sur le commerce des services.

¹⁷⁴⁰ Art. 15 de l'Accord général sur le commerce des services.

C'est à la fin de la guerre froide que les difficultés de financement de l'enseignement supérieur liées à la massification de l'éducation poussent à la logique commerciale. Cette logique brouille la frontière entre le public et le privé et rend difficile la question de la responsabilité financière. La Déclaration de Porto Alegre de 2002 signée par des associations et des universités publiques ibériques et latino-américaines illustre les réticences du milieu de l'enseignement supérieur. Le commerce international des services d'éducation provoquerait la dérégulation du secteur de l'éducation, la suppression de tout contrôle légal, l'abandon des gouvernements des responsabilités sociales et la standardisation de l'éducation.

D'un autre côté, les effets du GATS peuvent être relativisés. En effet, l'accord permet aussi à ses membres de « régler les secteurs des services conformément à leurs objectifs de politique nationale », de « ne contracter aucun engagement de libéralisation concernant un secteur, un sous-secteur ou un mode de fourniture particulier », de « maintenir ou créer des monopoles » et de « se réserver la possibilité de subventionner des activités de services leur territoire ». Les négociations dans le cadre de l'accord général sur le commerce des services pourraient encore servir de complément en matière d'éducation afin d'aboutir à une stratégie commune sachant que le processus est de toute façon engagé sur le terrain de l'internationalisation¹⁷⁴¹. Par conséquent, il serait sans doute avantageux de s'engager davantage dans le processus de négociations afin de mettre en œuvre un fonctionnement de coopération tout en maintenant des règles spécifiques, possiblement dérogoires au régime commun des services.

En définitive, si l'exigence de comparabilité ne doit pas être enfermée dans un schéma uniquement marchand, elle nécessite un processus volontaire dans la mise en place de critères communs tenant compte à la fois d'une rationalité de marché déjà bien amorcée mais également, tenant compte des particularités du système de l'enseignement supérieur et de la rationalité de la science. L'exigence de comparabilité peut être obtenue à travers le processus d'évaluation en mettant en œuvre des critères communs au niveau européen, voire au niveau international.

Depuis 2007, les universités françaises font l'objet d'une évaluation par une agence indépendante, l'agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur qui va déterminer peu à peu leurs dotations et leurs ressources propres. En Allemagne, le système de classements permet aussi la comparaison entre les universités et la construction de leur identité institutionnelle. Le système de l'évaluation peut être prévu dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder¹⁷⁴² ou par une commission scientifique particulière avec des objectifs clairement définis. L'évaluation permet encore la diffusion d'un modèle institutionnel. Les établissements d'enseignement supérieur

¹⁷⁴¹ P. Sauvé, « Commerce, éducation et AGCS : les tenants et les aboutissants », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, vol. 14, n°3, 2002, p. 51-85.

¹⁷⁴² Voir par exemple §5 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG); §7 Hochschulfreiheitsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (HFG).

Obligations positives de l'Etat en vue de l'élargissement du droit fondamental de la liberté de la science sur les tiers

pris individuellement doivent se comporter comme des concurrents institutionnels¹⁷⁴³. L'évaluation des universités entraînant l'émergence d'un « capitalisme académique » sera abordée dans le point suivant.

B. Les universités dans le « capitalisme académique » en quête d'un processus d'homogénéisation

La Cour de justice de l'Union européenne estimait en 2009 que les universités se définissent comme des entités « ne poursuivant pas principalement un but lucratif, ne disposant pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assurant pas une présence régulière sur le marché »¹⁷⁴⁴. L'opérateur économique « université » essaie dorénavant de pallier cette *incomplétude*. Se placer sur le marché de l'enseignement et de la recherche pour les établissements d'enseignement supérieur signifie la mise en avant d'une identité corporative et la formation d'un profil. Les universités des métropoles attirent davantage, non pas parce qu'elles délivrent un enseignement de meilleure qualité ou exercent une recherche plus spécifique, mais parce que la métropole exerce une plus grande attraction. Cet effet peut encore s'accroître lorsque les universités et les instituts de recherche sont concentrés entre eux. Une autre caractéristique tient dans la concentration de disciplines et notamment de disciplines à visibilité internationale. Seules les universités les plus riches sont dotées de suffisamment de capital pour pouvoir investir dans la visibilité de leur institution et offrir un large panel de filières et de nombreux programmes de recherche¹⁷⁴⁵.

En France, la loi sur la recherche et l'innovation de juillet 1999, dite loi « Allègre », participe à la transformation des universités en entités organisationnelles compétitives. En septembre 2004, la politique des pôles de compétitivité est lancée et l'Agence nationale de la recherche est créée un an plus tard. Les pouvoirs publics adoptent la loi d'orientation et de programme pour la recherche, dite loi « Gouillard ». L'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement est mise en place en avril 2007. La loi relative aux libertés et responsabilités des universités prolonge cette volonté politique. L'exigence de compétitivité vise à améliorer la place des universités françaises sur la scène internationale.

Les financements sur projets, après appel d'offre compétitif se sont accentués dans le financement des laboratoires publics de recherche. Depuis 2009, il est question d'un nouveau mode de répartition, les financements hors masse salariale, font intervenir des critères de performance (étudiants présents à l'examen, taux de

¹⁷⁴³ « Les universités dans la mondialisation », *Cahiers français*, n° 367, mars-avril 2012, p.62-64, extraits de l'article de J-L. Gaffard, « L'économie de l'enseignement supérieur et de la recherche. De la nécessité de marcher sur ses deux jambes », *OFCE*, Les notes, n°3, 29 septembre 2011.

¹⁷⁴⁴ CJUE, 23 décembre 2009, n° C-305/08.

¹⁷⁴⁵ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 82-83.

réussite en licence, notes d'évaluation des unités de recherche,...) à côté des critères d'activité. La création de fondations universitaires ou partenariales vise à encourager le mécénat en faveur de l'enseignement supérieur. Les regroupements ou les fusions des universités servent à lancer des programmes de grande envergure, à resserrer les liens avec le monde économique et à poursuivre l'émergence de grands pôles internationaux¹⁷⁴⁶. Les nouveaux accords et les partenariats reposent sur le processus de contractualisation. Depuis 1983 avec les contrats recherche, des partenariats se créent entre l'université et l'Etat dans le but d'accroître l'autonomie des établissements¹⁷⁴⁷.

Plusieurs difficultés peuvent émerger en réaction à ce nouveau mode de « capitalisme académique ». Tout d'abord, l'identification des objectifs spécifiques d'un établissement d'enseignement supérieur est nécessaire à leur introduction et à leur maintien sur le marché global. En effet, il faut qu'un établissement d'enseignement supérieur développe ses particularités de « services » de recherche et d'enseignement. L'établissement doit être le seul à exercer ce type de spécialité pour attirer à la fois les acteurs de la recherche et les étudiants. Le marché des services des établissements d'enseignement supérieur n'existe ni juridiquement, ni dans les faits. Une partie de l'échec de ce marché est dû au déficit d'informations quant à la valeur d'un service de recherche ou de formation. La valeur de la science se traduit difficilement sans connaissance disciplinaire. Dans la mesure où le savoir est disponible, la valeur du « service de l'enseignement supérieur » reste cependant difficilement détectable car des prévisions complexes vont être nécessaires¹⁷⁴⁸.

Une autre difficulté tient en ce qu'il ne peut pas exister de véritable marché pour les universités, notamment du fait de leur financement public qui représente encore la majorité des ressources. Ensuite, les droits d'inscription des étudiants ne correspondent pas exactement à un système obéissant aux lois de l'offre et de la demande et n'assurent donc pas l'équilibre qui serait nécessaire à la loi du marché. Les droits d'inscription restent encore contrôlés dans une certaine mesure par les pouvoirs publics, ce qui ne permet pas aux universités d'avoir la maîtrise de ce paramètre¹⁷⁴⁹.

Selon une part de la doctrine, la notion de « capitalisme académique » se définit dans une approche moderne, celle de l'« institutionnalisme juridique » qui accorde un rôle central aux institutions¹⁷⁵⁰. Les universités se comportent comme des entreprises afin de satisfaire la concurrence entre les domaines de la recherche mais

¹⁷⁴⁶ J. R. Cytermann, « Vers des universités compétitives ? », *Cahiers français*, La Documentation française, mai-juin 2012, 368, p.32-38.

¹⁷⁴⁷ P-H. Prélot, « Le monopole de la collation des grades, Etude historique du droit positif et de ses évolutions contemporaines », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°5, 20 août 0901, RDP 2008-5-002, p. 1264.

¹⁷⁴⁸ D. Krausnick, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, op. cit., p. 324.

¹⁷⁴⁹ X. Wauthy, « Université et concurrence : quelques apports théoriques récents », *Reflets et perspectives de la vie économique*, t. 45, n° 2, 2006, p. 31-38.

¹⁷⁵⁰ G. Hodgson, « Comprendre le capitalisme. Comment le mauvais usage de concepts clés nous empêche de comprendre les économies modernes », *La Vie des idées*, 17 mars 2016.

aussi entre les scientifiques et les étudiants. L'université obtient un statut d'acteur, comme une entreprise économique. Elle établit une stratégie vis-à-vis des ressources à allouer et peut alors investir dans les champs de recherches prometteurs au succès et déduire des dépenses pour les pans de recherche les moins prometteurs. Dans la rhétorique du management des entreprises privées, le savoir n'est largement plus au centre du processus. L'économie se construit à partir d'une décision politique unilatérale et forme sa propre réalité économique. La doctrine parle de non-différenciation des domaines fonctionnels de la société¹⁷⁵¹.

Toutefois, bien que le « capitalisme académique » apparaisse comme inévitable sur la scène européenne et internationale, certains contrepoids pourraient être aménagés. En Allemagne, comme aux Etats-Unis, le fédéralisme est un fort contrepouvoir au mécanisme de monopole et à la concentration des moyens de recherche et des scientifiques renommés¹⁷⁵². Le fédéralisme peut aussi être un rempart aux dérives de cette nouvelle forme de capitalisme en édictant des mesures en faveur de la régulation et de l'homogénéité. Le principe d'homogénéité permet en effet de garantir des conditions équivalentes sur l'ensemble du territoire¹⁷⁵³.

Au niveau européen, bien que le principe d'homogénéité figure parfois dans les principes à atteindre, il n'est pas encore appliqué effectivement dans l'Union. On lui préfère notamment le principe de compatibilité structurelle¹⁷⁵⁴. Au niveau de l'Etat fédéral allemand, le principe d'homogénéité doit favoriser une certaine unité dans la politique de formation et de recherche. Il doit empêcher les trop grandes disparités dans le système de l'enseignement supérieur tout en favorisant la diversité dans le domaine de la science. L'homogénéité ne signifie ni la conformité ou l'uniformité mais assure la mise en œuvre de principes directeurs. La Cour constitutionnelle fédérale allemande désigne ces principes comme découlant d'une orientation républicaine, démocratique et sociale d'un Etat de droit au sens de la Constitution allemande. Selon ses termes, il s'agit de mettre en œuvre l'« unité dans la multiplicité »¹⁷⁵⁵.

Dans le domaine de l'enseignement supérieur, l'Etat et en particulier le législateur doivent également garantir des moyens de recours suffisants afin de compenser les effets négatifs du « capitalisme académique » sur les établissements. En droit public, les fonctions de contrôle décentralisé peuvent aussi venir compenser un déficit de contrôle effectif. C'est la dimension décentralisée qui servirait la légitimation de ce type de contrôle en faisant participer un plus grand nombre d'acteurs scientifiques et

¹⁷⁵¹ R. Münch, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, op. cit., p. 68-70.

¹⁷⁵² *Ibid.*, p. 261.

¹⁷⁵³ Voir Deuxième Partie, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, §1, B. « Le principe d'homogénéité dans la mise en concurrence des Länder ».

¹⁷⁵⁴ A. von Bogdandy, J. Bast, *Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, Springer, 2009, p. 52.

¹⁷⁵⁵ „Einheit in Vielfalt“, BVerfGE 24, 367, déc. du 18 décembre 1968, „Hamburgisches Deichordnungsgesetz“.

en évitant le renforcement des pouvoirs de la direction d'un établissement d'enseignement supérieur.

Au niveau européen, la mise en œuvre d'un véritable principe d'homogénéité permettrait une harmonisation profonde des prestations et des offres de formation des établissements d'enseignement supérieur. Qu'il s'agisse de la question de la comparabilité des « services » des universités au niveau international ou de la compréhension du « capitalisme académique » entre les établissements, le développement de limites spécifiques semble nécessaire afin de concilier la logique économique avec les paramètres de la science. En dehors de l'évaluation et du contrôle de la science, la conception du droit fondamental de la liberté de la science devrait également avoir des effets sur la concurrence dans ce domaine.

Section 2. La question de la distinction entre la concurrence commerciale et la concurrence intellectuelle, moteur de la créativité scientifique

La concurrence intellectuelle entre les scientifiques a lieu tout d'abord dans le domaine de l'enseignement. Dans ce sens, la cour administrative d'appel du Land de Rhénanie-Palatinat a jugé que le droit fondamental de la liberté de l'enseignement ne dispense d'aucun droit exclusif ou de monopole à la tenue d'un cours magistral particulier. Selon la cour, la concurrence dans l'enseignement est favorable au domaine de la science. En outre, le droit fondamental de la liberté de la science n'implique pas qu'un universitaire « ait besoin » d'une protection contre la concurrence d'un autre scientifique¹⁷⁵⁶. Cela importe peu que cette concurrence soit exercée par un autre professeur habilité à diriger des recherches¹⁷⁵⁷ par un professeur émérite¹⁷⁵⁸, par un chargé de cours¹⁷⁵⁹ ou encore par un collaborateur scientifique¹⁷⁶⁰. Selon la jurisprudence allemande, une atteinte au droit fondamental de la liberté de la science ne tient pas compte du type de « concurrent » scientifique¹⁷⁶¹.

La concurrence intellectuelle est donc essentielle dans le domaine de la science au niveau de la production des connaissances. Elle peut aussi avoir lieu dans le domaine propre de la recherche. Une distinction peut toutefois être faite entre la

¹⁷⁵⁶ VGH Baden-Württemberg, déc. du 28 avril 2003, 9 S 576/03.

¹⁷⁵⁷ BVerwGE, déc. du 5 février 1965, 7 C 151.63.

¹⁷⁵⁸ VGH Baden-Württemberg, déc. du 28 avril 2003, 9 S 576/03.

¹⁷⁵⁹ VGH Baden-Württemberg, déc. du 3 avril 1985, 9 S 2913/84.

¹⁷⁶⁰ OVG Sachsen-Anhalt, déc. du 29 mai 2013, 3 M 199/13.

¹⁷⁶¹ OVG Rheinland-Pfalz, déc. du 30 novembre 2016, 2 A 10642/16. En l'espèce, la jurisprudence ne fait pas de distinction entre un professeur d'établissement, un professeur émérité, un « Dozent » ou un collaborateur scientifique.

concurrence de l'esprit et la concurrence qui n'a pas d'autre objet que le gain économique : la concurrence commerciale. Dans ce deuxième type de concurrence, l'objectif visé n'est pas, en priorité, le gain de connaissances. Il s'agit d'une concurrence entre des acteurs individuels et/ou institutionnels ayant pour objet l'acquisition d'une part ou de la totalité d'un marché dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche.

La jurisprudence allemande marque une différence dans la motivation des actions de la recherche afin de séparer concurrence intellectuelle et concurrence commerciale. Elle utilise le concept de l'intention concurrentielle dans le domaine économique ou en allemand, « Wettbewerbsabsicht ». L'intention de concurrence est un critère subjectif caractérisant une activité animée par un comportement concurrentiel. Pour que l'activité en cause puisse bénéficier de la protection de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale, cette intention concurrentielle ne peut pas être l'unique intention du scientifique ou la principale motivation de cet « opérateur ». Pour prouver le critère de l'intention concurrentielle dans le domaine économique, il faut, selon la jurisprudence allemande, qu'il existe simplement une volonté de participer à la concurrence. En d'autres termes, l'existence d'un agissement de type concurrentiel présume l'intention concurrentielle¹⁷⁶².

La cour d'appel du Land de Berlin utilise notamment la notion d'intention concurrentielle pour écarter une annonce publicitaire de la protection de la liberté de la science¹⁷⁶³. La protection de la liberté de la science ne sera pas forcément exclue si les activités scientifiques en cause ont de l'influence sur la concurrence. Néanmoins, lorsqu'il est démontré qu'il existe une prédominance de l'intention de concurrence par rapport à l'intérêt scientifique, la liberté de la science ne pourra pas être invoquée à l'appui du recours.

Si la jurisprudence allemande avance une argumentation plutôt satisfaisante autour du critère de l'intention concurrentielle dans le domaine économique, certaines actions peuvent être protégées à la fois par la liberté de la science, en ce qu'elle vise des retombées scientifiques, mais aussi par les « libertés économiques » qui bénéficient d'un régime complexe dans la Constitution allemande. Il faudra préciser le régime de protection des libertés économiques afin de maintenir la liberté de la science dans son cadre propre (§2).

Au reste, la concurrence commerciale ou économique est totalement intégrée dans le domaine de la science au sens large, dans le contexte européen et international.

¹⁷⁶² D. Lehr, *Wettbewerbsrecht, Tipps und Taktik*, 3. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2007, p. 21.

¹⁷⁶³ KG, déc. du 30 novembre 2004, 5 U 55/04. Le requérant n'est en l'espèce pas gêné dans son libre exercice de recherche, ni dans la publication de ses résultats. „Es hindert den Antragsgegner nicht an wissenschaftlicher Betätigung noch an einer öffentlichen Verbreitung der dabei gewonnenen Erkenntnisse. Untersagt sind nur werbemäßige Ankündigungen, die schon ihrer Natur nach nicht als Wissenschaft im Sinne eines ernsthaften, planmäßigen Versuchs zur Ermittlung der Wahrheit angesehen werden können“.

Si la concurrence intellectuelle n'est pas un domaine protégé par les textes internationaux, la recherche et l'enseignement sont soumis en priorité à la concurrence économique. C'est également cette distorsion entre la concurrence économique et la concurrence intellectuelle qui révèle les incompatibilités flagrantes entre la rationalité propre de la science et la logique de rationalité économique. Afin d'envisager l'impact de la confusion de ces deux types de concurrences, il faut comprendre plus généralement les effets juridiques de la pratique du transfert de la science et de la technologie dans le droit de l'organisation de la science. En lieu et place du principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement, il est dorénavant question de la pratique du transfert de la science et de la technologie eu égard à la traduction de l'organisation scientifique en termes économiques et concurrentiels (§1).

§ 1 Les effets juridiques de la pratique du transfert de la science et de la technologie dans le droit de l'organisation de la science

Les pouvoirs publics doivent promouvoir et favoriser le transfert des connaissances. Le transfert du savoir et de la technologie s'inscrit au côté des missions traditionnelles des universités mais également modifie leur contenu, aussi bien celui de la recherche que celui de l'enseignement. En raison de la pratique du transfert de la science et des technologies, le droit de l'organisation du domaine de la science subit des transformations importantes.

La notion de science tout comme la notion de vérité ont connu des mutations dans les années 70. Autour de la « construction sociétale de la vérité », expression de Thomas Luckmann, la science est observée dans son quotidien. La science n'est plus comprise alors comme un savoir ésotérique compréhensible uniquement à l'aide de spécialistes¹⁷⁶⁴. La transition dont il est question passe d'un modèle dans lequel la science est au centre du schéma d'organisation à un modèle dans lequel la production scientifique devient un moyen pour satisfaire de nouveaux objectifs concurrentiels (A). Bien que ces deux modèles se confondent parfois et n'ont jamais été absolument distincts dans l'histoire de la science, la transition s'accélère au regard de l'internationalisation des principes d'organisation et des enjeux économiques.

Tout cela renforce certaines contradictions ; les valeurs de la rationalité propre de la science sont peu à peu confondues dans une rationalité seulement économique (B). L'intégration des critères économiques et a fortiori, la mise en œuvre d'un principe général d'« économisation » dans le droit de l'organisation de la science mettent à mal les règles propres de la rationalité scientifique. Les effets juridiques de la

¹⁷⁶⁴ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, op. cit., p. 48.

pratique du transfert du savoir et de la technologie sont donc observables dans le droit de l'organisation à la fois quant au mode de quête de la connaissance au sens large mais encore eu égard à l'interprétation des « valeurs » de la science dans l'exercice des activités de recherche et d'enseignement.

A. Transition dans l'organisation du mode de communication de la science et de quête de la connaissance

Le droit de l'organisation universitaire et plus généralement le droit de l'organisation du domaine de la science connaît de profondes modifications internes. Le modèle « ancien » de l'organisation de la science académique « recule » vers un nouveau mode de production du savoir, dans un contexte en lien direct avec l'application des résultats de la recherche et le travail collectif d'acteurs hétérogènes. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette nouvelle organisation ; d'une part, le droit de l'organisation répond de plus en plus à un contexte particulier et d'autre part, la science est soumise à la parcellisation du savoir et des connaissances. Enfin, cette « nouvelle science » ne se produit plus dans un environnement d'« anticipation » de la même façon que dans la mise en œuvre des garanties des libertés individuelles et dans la prévention de leurs atteintes.

D'abord la connaissance est produite pour et dans un contexte particulier. L'organisation correspond à un contexte d'application, différent d'un contexte théorique. Au niveau de l'organisation, le modèle est très large avec une hétérogénéité des lieux et des structures reposant sur un système d'organisation de la production de la recherche, orientées en fonction des « missions » et des pratiques de réseaux scientifiques flexibles. La recherche et la validation des connaissances basées sur un environnement empirique et « contextualisé » se substituent à la quête de la vérité, fondée sur des rapports de causalité généralisables et universels¹⁷⁶⁵.

Ensuite, la transdisciplinarité est mise en œuvre par des scientifiques qui s'appuient sur des intérêts personnels et professionnels plutôt que sur les disciplines. Le critère de qualification disciplinaire qui représentait pourtant une des valeurs de la rationalité propre de la science, n'est plus envisagé comme le fondement de l'organisation de la science. De la même façon, le nouveau mode d'organisation ne comprend plus l'unité de la recherche et de l'enseignement comme paradigme favorisant la transmission du savoir. Le transfert du savoir et des technologies utilise la dissociation de la recherche et de l'enseignement, activités pouvant dorénavant être davantage confiées à des acteurs différenciés. La recherche et l'enseignement, le savoir, ne sont plus pensés comme un socle unifié.

¹⁷⁶⁵ P. Ouellet, « Les nouveaux modes de production de connaissances, la recherche en PME et le développement économique : l'inévitable tension entre « pertinence sociale » et « scientificité ». », *Revue internationale P.M.E.*, 173-4 (2004), p. 95-120.

La doctrine décrit un phénomène d'enclosure des savoirs, en ce sens, « la prise de brevets systématique sur les connaissances de base parcellise le savoir disponible et rend plus longue la mobilisation des ressources »¹⁷⁶⁶. En effet, en droit allemand, avec la loi de modification des dispositions relatives aux inventions des employés ou « Arbeitnehmererfindungsgesetz » (ArbnEG) du 18 janvier 2002¹⁷⁶⁷, la réglementation relative aux droits des inventions des professeurs, des « Dozenten » ou des assistants scientifiques dans les établissements d'enseignement supérieur scientifiques a été réformée en profondeur. Les dispositions particulières selon lesquelles ces inventions n'étaient pas soumises aux règles communes de la loi sont remplacées par une série de normes valables pour tous les établissements d'enseignement supérieur y compris les « Fachhochschulen » et pour tous les « employés ». Les dispositions relatives aux inventions dans les établissements d'enseignement supérieur ne prévoient plus que certaines dérogations aux règles communes en la matière. La loi distingue notamment les « Diensterfindungen » des « freie Erfindungen »¹⁷⁶⁸. La première catégorie désigne les inventions rattachées au service de l'employé alors que la seconde englobe les inventions qui ne sont pas soumises à des directives, non rattachables au service.

Selon l'ancien paragraphe 42, alinéa 1^{er} de la loi, les inventions des professeurs, des Dozenten ou des assistants scientifiques étaient considérés comme des « freie Erfindungen ». Le privilège des universitaires a été supprimé ; les inventions des établissements d'enseignement supérieur appartiennent dorénavant à la première catégorie des « Diensterfindungen ». Les nouvelles dispositions tendent à intensifier l'utilisation économique des inventions des établissements d'enseignement supérieurs et en même temps, les inventions sont davantage liées aux établissements et pas seulement au scientifique pris individuellement. Par exemple, selon le nouveau paragraphe 42 de la loi, « l'inventeur a le droit de divulguer l'invention de service dans le cadre de ses activités d'enseignement et de recherche s'il en a informé l'employeur en temps utile, généralement deux mois auparavant »¹⁷⁶⁹. Ces dispositions prennent toutefois en compte la liberté de la science en prévoyant que « si un inventeur refuse la divulgation de son invention de

¹⁷⁶⁶ D. Pestre, « Recherche publique, innovation et société aujourd'hui en France » Analyses et propositions, *Le Débat*, 2005/2, n°134, p.76-91.

¹⁷⁶⁷ Les dispositions générales ont été modifiées par la loi de simplification et de modification du droit des brevets du 31 juillet 2009 (Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts).

¹⁷⁶⁸ §4 Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbnEG), „(1) Erfindungen von Arbeitnehmern im Sinne dieses Gesetzes können gebundene oder freie Erfindungen sein. (2) Gebundene Erfindungen (Diensterfindungen) sind während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gemachte Erfindungen, die entweder 1. aus der dem Arbeitnehmer im Betrieb oder in der öffentlichen Verwaltung obliegenden Tätigkeit entstanden sind oder 2. maßgeblich auf Erfahrungen oder Arbeiten des Betriebes oder der öffentlichen Verwaltung beruhen. (3) Sonstige Erfindungen von Arbeitnehmern sind freie Erfindungen. Sie unterliegen jedoch den Beschränkungen der §§ 18 und 19. (4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Erfindungen von Beamten und Soldaten“.

¹⁷⁶⁹ §42, Nr. 1 ArbnEG, „Der Erfinder ist berechtigt, die Diensterfindung im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit zu offenbaren, wenn er dies dem Dienstherrn rechtzeitig, in der Regel zwei Monate zuvor, angezeigt hat. §24 Abs. 2 findet insoweit keine Anwendung“.

service en raison de sa liberté d'enseignement et de recherche, il n'est pas obligé de signaler l'invention à l'employeur »¹⁷⁷⁰.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas encore pris position sur la question de la compatibilité du paragraphe 42 avec la liberté de publication positive garantie par la liberté de la science en déclarant comme irrecevable la demande du tribunal du Land de Braunschweig du 17 septembre 2003 sur ce point¹⁷⁷¹. La liberté de recherche et d'enseignement ne commanderait pas que l'universitaire possède des droits d'utilisation de ses résultats de recherche. En outre, l'obligation de publication de l'inventeur de l'établissement d'enseignement supérieur n'entrerait pas forcément dans le champ d'application de la liberté de la science de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale. En outre, une part de la doctrine intègre les droits d'utilisation des résultats de la recherche dans la garantie institutionnelle de l'établissement¹⁷⁷².

En troisième lieu, d'autres évolutions peuvent être observées dans le droit de l'organisation de la science comme la désuétude de la méthode « coût/bénéfice » de la science. En effet, le coût de la science n'est plus connu. S'y ajoute une demande d'implication accrue des profanes dans la prise de décision qui se traduit par une aspiration vers la démocratie participative. Il s'agit d'un modèle de connaissance distribuée dans lequel beaucoup d'acteurs sont impliqués. Le principal facteur de l'incertitude provient de l'innovation, de la flexibilité et de l'adaptation. L'objet de la science passe du réel au possible.

Le développement de l'objet de la science du possible est étroitement lié à la création et à l'évolution du principe de précaution en droit. Si ce principe subit souvent la critique d'aller à l'encontre du progrès scientifique, la France et l'Allemagne lui ont donné une valeur constitutionnelle. En France, le principe de précaution est inscrit dans la loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement¹⁷⁷³. Il prévoit que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adaptation de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage »¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷⁰ §42, Nr. 2 ArbNEG, „Lehnt ein Erfinder aufgrund seiner Lehr- und Forschungsfreiheit die Offenbarung seiner Dienstleistung ab, so ist er nicht verpflichtet, die Erfindung dem Dienstherrn zu melden. Will der Erfinder seine Erfindung zu einem späteren Zeitpunkt offenbaren, so hat er dem Dienstherrn die Erfindung unverzüglich zu melden“.

¹⁷⁷¹ BVerfG 3, 93, déc. du 12 mars 2004, 1 BvL 7/03.

¹⁷⁷² M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis, op. cit.*, p. 694-695.

¹⁷⁷³ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005 page 3697.

¹⁷⁷⁴ Art. 5 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. Le principe de précaution prend la forme d'un but de police administrative lorsqu'il est porté par des motifs d'ordre public (Conseil d'Etat, Sect., décision du 22 février 2002, Sté Pétroles Shell, n° 235345 ; Conseil d'Etat, décision du 25 octobre 2004, Sté Francefert, n° 251930).

En Allemagne, le principe de précaution ou « Vorsorgeprinzip » est relié expressément à l'article 20a de la Loi fondamentale. Selon les dispositions constitutionnelles, les pouvoirs publics sont soumis à une mission objective de protection de l'environnement. Cette obligation entraîne une conciliation avec les autres principes constitutionnels et les domaines protégés par la Constitution allemande relatifs aux droits fondamentaux¹⁷⁷⁵. Par ailleurs, selon la doctrine, le principe de précaution ne peut pas être mis en œuvre uniquement à travers des réglementations juridiques concrètes¹⁷⁷⁶. Il fait également parti d'un programme constitutionnel plus large qui doit inspirer les pouvoirs publics dans leur exercice normatif.

Enfin, certains auteurs ont pu théoriser la question de l'identification des modes de quête de la connaissance. En 2005, Peter Dear, spécialiste de l'histoire de la science européenne, décrit deux composantes mutuelles de la science qui ne s'analysent pourtant pas de la même façon. Le premier sens correspond à la compréhension de la science selon une acception philosophique. Elle permet l'observation et la connaissance de l'environnement naturel. Cette définition de la science autonome rejoint la théorie aristotélicienne et sa conception du cosmos. Le second aspect de la science renvoie à une conception instrumentale et est organisée en faveur de la production d'effets pratiques. Pour Peter Dear, l'approche autonome ne peut pas être minimisée, toutefois, elle peut être davantage conciliée avec la conception instrumentale. La combinaison des deux discours ne peut pas se produire de façon évidente, Peter Dear décrit la nécessité d'un travail rhétorique rigoureux¹⁷⁷⁷.

Christophe Bonneuil, historien français des sciences distingue trois périodes correspondant à la mise en œuvre d'un lien particulier entre les sciences et la technologie à travers l'expertise scientifique. Les années 45 à 60 décrivent une période de reconstruction et de restauration de l'indépendance nationale, de foi dans les sciences et dans la technologie qui résoudraient toutes les difficultés. Bonneuil constate une certaine homogénéité de la pensée. L'organisation de la science repose sur la nationalisation, la planification et la recherche fondamentale. Beaucoup d'argent est investi dans la recherche et la population adhère à cette politique. Bonneuil qualifie l'expertise scientifique de modèle standard, fondée sur la science fiable. Le modèle de communication est simple, unidirectionnel, entre l'expert, le décideur et le destinataire. L'ensemble du processus est presque automatisé.

La deuxième période commence avec les bouleversements de 1968 et la contestation du scientisme par des jeunes chercheurs. La question de l'utilité de la science est posée ; c'est le point de départ de la politisation de la science. Des travaux psychométriques sont effectués. Le mode de communication de cette

¹⁷⁷⁵ BVerwG, déc. du 13 avril 1995, 4 B 70/95.

¹⁷⁷⁶ C. Austermann, *Brachflächenreaktivierung als Instrument der Stadterhaltung und nachhaltiger Innenentwicklung*, Göttingen, V und R Unipress Universitätsverlag Osnabrück, 2012, p. 90.

¹⁷⁷⁷ D. Kaldewey, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz, op. cit.*, p. 23.

période prend acte de l'acceptabilité sociale. Le poids des intérêts politiques et économiques se sert, selon l'auteur, de la consultation du public comme alibi.

La troisième période correspond, en France, aux années Mitterrand. De nouvelles nationalisations sont entreprises, les budgets accordés à la recherche augmentent. La loi du 15 janvier 1982 accorde aux agents du Centre national de recherches scientifiques le statut de fonctionnaire et la notion de valorisation de la recherche avec les entreprises devient une mission de l'université. Dans ce modèle, les différents groupes d'intérêts se confrontent dans l'attention que l'on prête aux risques. L'opinion est une construction sociale entre les médias, les groupes de pression et les politiques. La dimension économique s'ajoute dans le processus décisionnel relevant de la science.

Les transformations postérieures des années 90 ont été théorisées dès 1994 par Michael Gibbons qui distingue deux modes de quête de la connaissance. Le premier mode repose sur les idées et les valeurs d'une science empirique. Les sciences sont produites dans un contexte disciplinaire et spécialisé. La recherche fondamentale prime les autres types de recherche. Ce qui est produit circule dans un canal académique. L'université, organisation institutionnelle spécialisée, fait dépendre le jugement scientifique des pairs. L'acteur individuel est au cœur de la pensée universitaire. Le second modèle produit des connaissances dans un contexte d'application. C'est un cadre interdisciplinaire qui enjoint un mode d'action. Les solutions sont diffusées à toutes les parties prenantes et pas seulement au sein des universités. Ces solutions sont évaluées par le plus grand nombre. La créativité est pensée comme collective¹⁷⁷⁸.

Trois éléments peuvent donc être systématisés concernant la transition dans l'organisation de la science. En premier lieu, la science n'est plus envisagée comme un tout à l'image de l'unité de l'enseignement et de la recherche. Le phénomène de parcellisation du savoir s'identifie en second lieu dans un contexte d'application du savoir. Enfin, le coût de la science n'est plus maîtrisé et le système repose notamment sur la mise en œuvre du principe de précaution. Le droit de l'organisation de la science ne fait plus primer la rationalité propre de la science mais doit satisfaire a posteriori certaines de ses fonctionnalités. Si le coût de la science n'est plus mesuré en fonction des valeurs propres de la science, les méthodes correspondant à une rationalité économique sont intégrées dans l'organisation de la science afin de mieux maîtriser l'efficacité apparente du processus.

¹⁷⁷⁸ « À propos de sciences, techniques et société », *Mouvements*, vol. 31, n°1, 2004, p. 139-142.

B. La rationalité de la science à l'épreuve de la rationalité économique

La rationalité propre de la science au travers de la liberté de la science ne se conjugue pas forcément et de manière évidente avec un modèle de rationalité économique. En effet, les dispositions constitutionnelles relatives à la liberté de la science ne se limitent pas à l'exécution d'un programme scientifique souhaité par les pouvoirs publics mais doivent promouvoir les libertés fondamentales. L'ensemble des garanties relatives à l'article 5, alinéa 3, phrase première servent l'épanouissement de l'individu dans l'exercice de ses activités scientifiques. Les garanties relatives aux droits fondamentaux s'attachent donc avant tout au comportement des individus et à leur épanouissement. En revanche, le modèle économique doit identifier et déterminer avec précision les directions et les objectifs pour maximiser les rendements. Qu'en est-il de la valorisation des intérêts des individus vis-à-vis des intérêts financiers dans le système de la rationalité économique ? Bien que la seconde ne remplace pas définitivement la première, la conciliation entre ces deux types de rationalité paraît délicate.

Le droit de l'organisation universitaire ne fait qu'accompagner le progrès scientifique, il n'est pas là pour le rationaliser ou l'économiser¹⁷⁷⁹. L'objectivisation de la science passe par son « économisation ». Le droit de l'organisation du domaine de la science connaît une telle intégration des méthodes relatives à la rationalité économique que la question se pose de l'existence d'un principe général d'« économisation » (2°). Le droit de l'enseignement supérieur allemand envisage tout d'abord des nouvelles formes de coopération sur le modèle entrepreneurial (1°).

1° L'introduction du modèle entrepreneurial par le moyen de nouvelles formes de coopération

Le gouvernement allemand, s'inspirant des gouvernements britannique, australien et canadien, a lancé une initiative visant à promouvoir la création d'entreprise au sein des universités. L'objectif affiché est de rapprocher l'université des modèles entrepreneuriaux en proposant des cours consacrés à la création d'entreprise. Le ministère crée donc le programme « EXIST », « promouvoir la culture entrepreneuriale dans l'enseignement supérieur ». Cette initiative devra réaliser quatre objectifs, « intensifier le transfert de connaissances des établissements d'enseignement supérieur au secteur privé, stimuler la création d'entreprises et d'emplois innovants, promouvoir l'esprit d'entreprise dans l'enseignement supérieur et encourager l'instauration d'une culture entrepreneuriale au sein des différents volets de l'enseignement supérieur que sont l'enseignement, la recherche et la

¹⁷⁷⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 511-514.

gestion »¹⁷⁸⁰. Concrètement, le programme « EXIST » soutient financièrement les étudiants, les diplômés et les scientifiques des universités et des instituts de recherche, qui ont l'intention de créer une entreprise et qui aimerait la transposer en un véritable plan économique. Pour bénéficier de ce programme, les projets de création doivent être orientés vers la technologie de l'innovation ou contenir de bons arguments en faveur d'un succès sur le marché¹⁷⁸¹.

En Allemagne, à l'image du programme « EXIST » la plupart des lois régionales relatives aux établissements d'enseignement supérieur intègrent des caractéristiques du milieu entrepreneurial. Par exemple, la loi relative à l'enseignement supérieur du Land de Westphalie du Nord, précise que le financement public des universités s'oriente sur des objectifs concrets et des prestations fournies¹⁷⁸². Des mesures empreintes de rationalité économique ont été insérées dans l'ensemble du droit de l'enseignement supérieur des Länder. En premier lieu, les accords d'objectifs représentent une nouvelle forme de planification dans les universités et un instrument de droit public susceptible d'évoluer. En second lieu, de nouveaux types de lieux de recherche permettent d'envisager de nouvelles perspectives à tendance entrepreneuriale.

Dans beaucoup de Länder ont été conclus depuis 1997 des contrats d'université ou « Hochschulverträge » et ce, sous différentes appellations comme des pactes de qualité ou « Qualitätspakt », des pactes de solidarité ou « Solidarpakt », des pactes d'avenir ou « Zukunftspakt ». Ils sont contractés entre les Länder et les établissements d'enseignement supérieur et garantissent pour une durée de trois à dix ans l'octroi de moyens financiers. Les accords d'objectifs et de prestations représentent un instrument de concertation et de fixation d'objectifs.

La doctrine fait une distinction entre plusieurs types de contrat parmi les accords conclus entre les Länder et les établissements d'enseignement supérieur. Il existe des contrats de garantie de financement ou « Finanzierungssicherungsverträgen » et des accords d'objectifs ou « Zielvereinbarungen ». Les deux formes de contrat sont des contrats de droit public. En principe, les recours demeurent possibles si les objectifs ne sont pas atteints. La compétence pour la conclusion d'accords d'objectifs appartient à la direction des établissements d'enseignement supérieur, la participation d'autres organes varie considérablement selon les Länder¹⁷⁸³. Dans le

¹⁷⁸⁰ C. Gudrun, « Des cours sur la création d'entreprises dans certaines universités allemandes : un pas de plus sur la voie de la réforme », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2008/3, n°20, p. 55-79.

¹⁷⁸¹ „Gründungskultur bedeutet vielmehr eine allgegenwärtige Präsenz von Unternehmergeist: in allen Fachbereichen, auf dem Campus, in der Hochschulverwaltung“, Site du Programme „EXIST“ du „Bundesministerium für Wirtschaft und Energie“ (Ministère fédéral de l'économie et de l'énergie).

¹⁷⁸² §5, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW), „Die staatliche Finanzierung der Hochschulen orientiert sich an ihren Aufgaben, den hochschulvertraglich vereinbarten Verpflichtungen und den erbrachten Leistungen“.

¹⁷⁸³ Dans le Land de Basse-Saxe, le conseil d'université prend position pour le projet d'accord d'objectifs (§52, Abs.1, Nr. 2a Niedersächsisches Hochschulgesetz, NHG), dans le Land de Rhénanie

cas d'un échec de l'accord d'objectifs, certains Länder se réservent la possibilité de remplacer l'accord par une directive-cadre dans l'intérêt de la politique du Land. Les établissements d'enseignement supérieur n'ont pas forcément le contrôle sur ce type de coopération¹⁷⁸⁴.

Ce qui est déterminant pour ce type d'accord est la fixation d'objectifs et les plans de développement des établissements d'enseignement supérieur, qui représentent des instruments de pilotage dans la coopération entre les pouvoirs publics et les établissements. Les accords d'objectifs sont négociés entre les cocontractants et possèdent alors un caractère « participatif-coopératif ». En revanche, il existe encore des accords dont les objectifs sont fixés de manière hiérarchique par le ministère fédéral de la science ou les gouvernements régionaux et mettent en œuvre une réglementation abstraite et générale qui vaut de la même façon pour tous les établissements d'enseignement supérieur d'un Land. La technique de législation correspondante contient des clauses générales et des concepts juridiques indéfinis. Ensuite, les plans de développement des établissements d'enseignement supérieur ou en allemand « Hochschulentwicklungsplanung » ont pour objet de garantir un développement coordonné et adapté aux besoins du développement des établissements et peuvent énoncer le même contenu que les accords d'objectifs. Une différence peut être faite entre les plans de développement d'un établissement et les plans de développement qui concernent l'ensemble des établissements d'un Land¹⁷⁸⁵.

Il existe, en second lieu, une forme particulière d'institut dans le paysage universitaire allemand à travers le « An-Institut ». Il peut être considéré comme un prototype de coopération, utilisé pour résoudre des problèmes pratiques dans différents domaines scientifiques. Le « An-Institut » dispose d'une organisation propre. La loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur ne contient pas de dispositions particulières sur ce type d'institut, en revanche, presque toutes les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder en font mention¹⁷⁸⁶.

En outre, ces lois régionales exigent que l'institut en cause ne fasse pas partie de l'établissement d'enseignement supérieur. Cette formulation n'implique pas une séparation stricte mais entend que l'institut possède une personnalité juridique propre. Le type de relations entretenus entre l'établissement et le « An-Institut » est précisé dans des accords de coopération. Le « An-Institut » est financé en majorité

du Nord-Westphalie, l'approbation du conseil est nécessaire (§21, Abs. 1, Nr. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen, HG NRW).

¹⁷⁸⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, 2. Auflage, *op. cit.*, p. 727-728.

¹⁷⁸⁵ S. Schmuck, « Zielvereinbarungen im Hochschulbereich, Ein Beitrag zum neuen Steuerungsinstrument zwischen dem Staat und seinen Hochschulen », Berlin, Wissenschafts-Verlag, 2010, p. 41-42.

¹⁷⁸⁶ Voir notamment, §29, Abs. 5 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW); §85 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerIHG); § 96 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG).

avec des moyens privés. Le budget du Land en couvre une autre partie avec notamment la mise à disposition de locaux dans l'université ou la prise en charge du coût du personnel. Le rattachement d'un institut à un établissement d'enseignement supérieur est conditionné par l'accomplissement de missions scientifiques. Cela peut être contenu dans une règle explicite dans les lois relatives aux établissements d'enseignement supérieur des Länder¹⁷⁸⁷ ou dans les dispositions générales qui se réfèrent à la description des missions de l'établissement d'enseignement supérieur¹⁷⁸⁸.

Le « An-Institut » est compétent dans des domaines spécifiques de recherche ou de formation qui viennent compléter l'ensemble des offres d'un établissement d'enseignement supérieur. Le « An-Institut » est dirigé par un professeur d'université. Il existe notamment plusieurs « An-Instituten » rattachés à l'Université de Humboldt à Berlin¹⁷⁸⁹. La doctrine estime que pour garantir la liberté de la science dans son organisation, il existe différentes mesures préventives, qui devraient être ancrées dans le statut du « An-Institut ». En particulier, les membres qui y exercent devraient être recrutés selon des critères comparables au recrutement du personnel universitaire académique¹⁷⁹⁰.

A coté de ces « An-Institut », des entreprises de transfert de technologie ou « Technologietransferunternehmen » ont également fait leur apparition durant la dernière décennie. Des sociétés privées ont été fondées afin de promouvoir le transfert de technologie d'une université, en partie avec le patrimoine propre des universités ou avec des ressources du Land, et ce presque exclusivement sous le régime juridique d'une société à responsabilité limitée ou « Gesellschaft mit beschränkter Haftung » (GmbH). La mise en œuvre de nouvelles coopérations et l'intégration de concepts juridiques du droit privé impliquent-elles la consécration d'un principe général d'« économisation » ?

2° La question de l'effectivité d'un principe général d'« économisation »

L'« économisation » du domaine de la science et de son organisation découle de la volonté politique d'introduire de la rationalité économique dans le droit administratif. Les formes d'organisation de l'administration publique ont été nouvellement

¹⁷⁸⁷ Voir notamment §96, S. 1 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG), „Der Rektor oder die Rektorin kann mit Zustimmung der Senatorin für Wissenschaft, Gesundheit und Verbraucherschutz einer wissenschaftlichen Einrichtung außerhalb der Hochschule, an der die Freiheit der Forschung und Lehre gesichert ist, mit deren Zustimmung befristet oder unbefristet die Befugnis verleihen, die Bezeichnung einer wissenschaftlichen Einrichtung an der Hochschule zu führen.“; §95, S. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG), „Die Hochschule kann einer wissenschaftlichen Einrichtung außerhalb der Hochschule, an der die Freiheit von Forschung und Lehre gesichert ist, mit deren Zustimmung die Befugnis verleihen, die Bezeichnung einer wissenschaftlichen Einrichtung an der Hochschule zu führen“.

¹⁷⁸⁸ Par exemple, §85, Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerlHG).

¹⁷⁸⁹ Par exemple, l'institut pour les projets écologiques agraires et municipaux, « Institut für Agrar- und Stadtökologische Projekte an der Humboldt Universität zu Berlin » (IAPS).

¹⁷⁹⁰ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 334.

orientées sous l'angle de l'« efficacité » économique. Au sein de l'université, déjà dans sa structure traditionnelle, il existait une nécessité de planifier économiquement les avancées scientifiques mais la différence tient dans l'instrumentalisation d'un attrait concurrentiel, le droit a été remplacé par l'économie. La rationalité normative s'est transformée. Le savoir est considéré comme une ressource économique, on entend la valeur de la recherche et de l'enseignement en fonction d'une nécessité objective. Ce nouveau modèle a des conséquences considérables sur le profil du droit de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur¹⁷⁹¹.

Du point de vue de la théorie des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale allemande déduit de l'article 5, alinéa 3, phrase première de la Loi fondamentale une obligation juridique objective des pouvoirs publics en faveur des activités de la recherche et de l'enseignement à travers la mise à disposition de moyens financiers¹⁷⁹². De plus il existe un droit pour le scientifique de bénéficier de la répartition des moyens disponibles pour accomplir son activité scientifique¹⁷⁹³. Le droit à un équipement raisonnable reste toutefois difficile à quantifier. Il est encore indiqué au paragraphe 4 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur que l'université n'est pas en mesure d'obliger le scientifique de conclure un contrat avec une entreprise privée scientifique pour accomplir une activité particulière¹⁷⁹⁴.

L'intégration de concepts et de réglementations provenant du droit privé et du droit des sociétés est de plus en plus évidente dans le droit de l'enseignement supérieur allemand. La question de l'existence d'un véritable principe général d'« économisation » se pose surtout à l'égard du droit budgétaire applicable aux établissements d'enseignement supérieur et aux instituts publics de recherche. En ce sens, les dispositions budgétaires ont été assouplies dans la majorité des Länder¹⁷⁹⁵. Les établissements d'enseignement supérieur, et ce peu importe leur statut juridique¹⁷⁹⁶, sont financées encore majoritairement par les pouvoirs publics, et sont donc soumis aux principes du droit budgétaire des Länder. Les principes budgétaires contiennent le principe de l'annualité, le principe de l'estimation distincte des dépenses et des revenus et le principe de spécialité par le moyen duquel les dépenses sont affectées à des objectifs précis dans le domaine de l'enseignement supérieur.

Ces principes ont été considérablement modifiés avec la garantie de l'autonomie financière, l'introduction du budget global et la conclusion des contrats

¹⁷⁹¹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 28-32.

¹⁷⁹² BVerfGE 35, 79, déc. du 29 mai 1973, „Hochschulurteil“.

¹⁷⁹³ BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, „Universitätsgesetz Hamburg“.

¹⁷⁹⁴ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 339-341.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 708.

¹⁷⁹⁶ Voir Deuxième Partie, Titre 1, Chapitre 2 : « Le statut juridique de l'université. La distinction des affaires académiques et publiques ».

Obligations positives de l'Etat en vue de l'élargissement du droit fondamental de la liberté de la science sur les tiers

d'université¹⁷⁹⁷. La garantie de l'autonomie financière consiste à déléguer des compétences ministérielles des Länder à l'administration propre des établissements d'enseignement supérieur. Les modifications juridiques dans le droit budgétaire de l'enseignement supérieur repose sur la fixation en amont des dépenses.

Les établissements d'enseignement supérieur dépendent d'un nouveau partage des moyens en fonction de la performance des services. Dans le Land de Berlin dorénavant, deux tiers du financement public dépendent des paramètres de « réussite »¹⁷⁹⁸ des services des établissements. Pour les établissements d'enseignement supérieur du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, la loi régionale relative aux établissements d'enseignement supérieur prévoit qu'ils peuvent utiliser des moyens de droit privé afin de promouvoir le transfert de la science. En outre, ces établissements peuvent coopérer avec les tiers¹⁷⁹⁹. Les établissements peuvent entreprendre, développer ou participer à des activités entrepreneuriales.

Néanmoins, selon le paragraphe 2 de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur et selon les dispositions de l'ensemble des lois des Länder du droit de l'enseignement supérieur¹⁸⁰⁰, la seule limite générale à la coopération avec l'économie tient dans les missions des établissements. La mission de transfert de technologie est également inscrite explicitement comme une mission première de l'université dans la loi cadre fédérale¹⁸⁰¹. Selon les termes de la loi, les établissements ont pour mission de former les professionnels scientifiques et en même temps de promouvoir le développement des sciences.

En effet, la mission de promotion de l'évolution scientifique ne concerne pas uniquement la science fondamentale et désintéressée mais aussi la recherche orientée vers son application, financée par les tiers. Les paragraphes 22, phrase première¹⁸⁰² et 25¹⁸⁰³ de la loi cadre fédérale relative aux établissements d'enseignement supérieur considèrent l'exercice de la recherche appliquée, financée par les entreprises privées, comme une des missions des établissements d'enseignement supérieur. L'ensemble des missions dites « traditionnelles » qui

¹⁷⁹⁷ Voir notamment, §13 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW LHG), „Finanz- und Berichtswesen“.

¹⁷⁹⁸ Dans l'enseignement, cela peut consister dans l'obtention d'un diplôme ou dans l'obtention de crédits et dans la recherche, les promotions, la réception de financements provenant d'acteurs privés ou l'obtention de brevets peuvent représenter des paramètres de réussite.

¹⁷⁹⁹ §3, Abs. 3 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW).

¹⁸⁰⁰ Par exemple, §2 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (BW LHG); Art. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG); §4 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (BerLHG).

¹⁸⁰¹ §2, Abs. 1, Abs. 7 HRG.

¹⁸⁰² §22, S. 1 HRG, „Die Forschung in den Hochschulen dient der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der wissenschaftlichen Grundlegung und Weiterentwicklung von Lehre und Studium“.

¹⁸⁰³ §25, Abs. 1 HRG, „Die in der Forschung tätigen Hochschulmitglieder sind berechtigt, im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben auch solche Forschungsvorhaben durchzuführen, die nicht aus den der Hochschule zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln, sondern aus Mitteln Dritter finanziert werden; ihre Verpflichtung zur Erfüllung der übrigen Dienstaufgaben bleibt unberührt“.

figurent à l'alinéa 1er du paragraphe 2 de cette même loi sont donc associées au transfert de savoir et de technologie¹⁸⁰⁴.

Au regard de ces modifications, pour une part de la doctrine, le droit de l'enseignement supérieur devient un droit des activités « publiques ou communales à caractère économique et commercial » ou « Gemeindewirtschaftsrecht », ce qui pourrait s'apparenter au régime des services publics industriel et commercial en France. Ce nouveau droit économique de l'enseignement supérieur serait en mesure de régler les activités économiques des collectivités de droit public autonomes¹⁸⁰⁵. La définition jurisprudentielle française de 1956 du service public industriel et commercial pourrait se rapprocher des nouveaux piliers du droit de l'enseignement supérieur allemand¹⁸⁰⁶. Selon le Conseil d'Etat, la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial obéit à un faisceau d'indices articulant la question de l'objet du service qui consiste dans « la production ou l'échange de biens ou de services », le mode de financement du service et les modalités de fonctionnement du service. Si le service en question se comporte comme une « véritable entreprise avec les éléments matériels et même psychologiques qui caractérisent cette réalité économique », il se verra le plus souvent reconnaître le caractère industriel et commercial.

Si les critères sont rapportés à la mise en œuvre du droit de l'enseignement supérieur allemand, d'abord, un établissement d'enseignement supérieur est de plus en plus assimilé à un prestataire « de biens et de services » au niveau national comme au niveau international. Ensuite, les règles de financement des établissements ne dépendent plus seulement du budget des Länder, elles font intervenir des moyens tiers provenant des acteurs privés. Enfin, le droit de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur allemands intègre des critères correspondant à une rationalité économique et à un éventuel principe général « d'économisation » qui traduirait cette volonté consciente de se calquer sur le modèle entrepreneurial.

Le terme clé de l'« économisation » ne possède pas de contours clairement définis en droit administratif allemand. Il n'existe pas de références explicites à des concepts économiques en lien avec l'organisation de l'administration. D'autres objectifs sont contenus dans le droit de l'organisation qui ne correspondent pas au principe de performance économique. Le modèle économique ne peut pas devenir la seule source du droit de l'organisation et des actions de l'Etat fédéral et des Länder¹⁸⁰⁷. De

¹⁸⁰⁴ §2, Abs. 1 HRG, „Die Hochschulen dienen entsprechend ihrer Aufgabenstellung der Pflege und der Entwicklung der Wissenschaften und der Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Sie bereiten auf berufliche Tätigkeiten vor, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und wissenschaftlicher Methoden oder die Fähigkeit zu künstlerischer Gestaltung erfordern“.

¹⁸⁰⁵ M. Hartmer et H. Detmer, *Hochschulrecht-ein Handbuch für die Praxis*, op. cit., p. 723.

¹⁸⁰⁶ Conseil d'Etat, décision du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. CE, p. 34.

¹⁸⁰⁷ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 222.

la même façon, le processus législatif doit identifier les différents intérêts des parties prenantes et la loi s'inscrit de façon abstraite et générale. L'analyse économique est difficilement conciliable avec l'abstraction de la loi.

En outre, un principe général d'« économisation » ou en allemand, « Wirtschaftlichkeit » ne peut pas être réceptionné en tant que tel en droit administratif et plus particulièrement dans le droit de l'enseignement supérieur. Cela créerait un fossé entre d'une part, « l'opérabilité » d'autre part, les dispositions juridiques en faveur d'une différenciation dans la recherche et l'enseignement. L'attribution d'une préférence économique conduit à une dissolution probable de chaque potentiel de différenciation¹⁸⁰⁸. L'« économisation » peut en particulier améliorer l'appréhension des coûts de transaction des différentes opérations au sein des institutions mais ne peut pas intégrer, ou de façon très limitée, l'exigence de l'épanouissement de l'individu à travers ses libertés contenues dans les droits fondamentaux.

§ 2 La protection constitutionnelle de la sphère individuelle dans le domaine économique, distincte de la liberté de la science

La nouveauté dans le débat sur l'« économisation » ne vient pas de la réception de l'idée de concurrence mais davantage dans un réalignement des facteurs d'impulsion. La traditionnelle motivation intrinsèque et idéale du scientifique d'activer le processus de connaissance est alors méconnu. Le problème n'est donc pas la concurrence en tant que telle mais bien le modèle d'impulsion économique. Dans le cadre de la concurrence économique, les universitaires et les étudiants ne sont pas au premier plan, ils sont davantage appréhendés comme une conséquence ou un phénomène secondaire à la concurrence. La concurrence est depuis longtemps au centre des discussions relatives à la politique universitaire sans directement transformer le droit de l'organisation universitaire.

La concurrence peut se traduire en droit comme un concept qui concilie la pluralité des intérêts personnels. Par exemple, le système des élections repose sur une pensée concurrentielle. Le principe de l'Etat fédéral, comme le principe de la libre administration communale protégé par l'article 28, alinéa 2 de la Loi fondamentale agissent en faveur d'une « structure décentralisée de l'intérêt général » et de la diversification du droit sur le territoire à la condition qu'il reste conforme aux règles juridiques supérieures. La concurrence va de pair avec la liberté ; elle ne vise pas seulement l'épanouissement des libertés individuelles, la concurrence bénéficie également aux institutions publiques sous la forme d'une liberté d'organisation. Il n'est pas exclu que certaines entités autonomes poursuivent des intérêts personnels

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 227-229.

dans la mesure où la motivation des actions concurrentielles soient déterminées à terme par des objectifs d'intérêt général¹⁸⁰⁹.

Le principe de concurrence au sens large a toujours été la clé du progrès scientifique. La rivalité des prestations scientifiques, la concurrence en faveur de la réputation académique et le choix des candidats dans la procédure de recrutement représentent les enjeux traditionnels de la vie académique qui sont appréhendés de façon fragmentés par le droit universitaire positif. Le fait que la concurrence devienne le moteur principal des nouvelles réformes ne satisfait toutefois pas ces principes, une différence fonctionnelle subsiste.

La Constitution allemande pose certaines limites indirectes à la concurrence économique, à la fois entre les acteurs des établissements d'enseignement supérieur et dans le domaine de la science au sens large. En effet, la liberté de la science ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'il est question d'actions protégées par la liberté générale d'action de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Constitution (A). Si la jurisprudence constitutionnelle parvenait à unifier le régime des « droits de liberté économiques », la liberté de la science pourrait elle aussi conserver son domaine de protection privilégié et plus précisément, mettre en avant la garantie d'une concurrence intellectuelle (B).

A. Limite de la concurrence économique dans les universités et dans le domaine de la science à travers la distinction entre la liberté de la science et la liberté générale d'action

Plusieurs limites constitutionnelles dans la théorie des droits fondamentaux s'opposent à la mise en œuvre d'une totale concurrence économique dans le domaine de l'enseignement supérieur. Au préalable, selon la Loi fondamentale, « tout pouvoir émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire »¹⁸¹⁰. Si la disposition est rapportée au domaine de la concurrence, cela signifie à la fois que la concurrence nécessite une protection des pouvoirs publics quant à son exercice dans un espace de liberté et également qu'elle reste liée au cadre institutionnel du droit. L'étendue de la protection de cet espace de liberté est déterminé par les règles juridiques qui favorisent et limitent la concurrence¹⁸¹¹. La concurrence ne peut pas devenir un principe d'organisation général au regard de la pluralité des objectifs des pouvoirs publics. Le principe de la concurrence se

¹⁸⁰⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸¹⁰ Art. 20, Abs. 2, S. 2 GG, „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“.

¹⁸¹¹ BVerfGE 106, 275, déc. du 17 décembre 2002, „Arzneimittelfestbeträge“, „Die Reichweite des Freiheitsschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen“.

trouverait en contradiction avec le principe de souveraineté de l'Etat. En effet, d'un côté, la concurrence repose sur les actions des individus en fonction de l'offre et de la demande. L'Etat, au contraire, n'a pas pour objet de maximiser les profits. Si le principe de concurrence encourage les individus à poursuivre la satisfaction de l'intérêt personnel, l'Etat est animé par la consolidation de l'intérêt général¹⁸¹².

La différence entre la concurrence scientifique et la concurrence commerciale ou économique est ensuite abordée plus précisément dans la Constitution allemande. En effet, les deux types de concurrences sont protégés par des droits fondamentaux distincts. La concurrence économique se trouve protégée au niveau constitutionnel par l'article 2, alinéa premier de la Loi fondamentale alors que la concurrence scientifique au sens intellectuel est uniquement protégée par l'article 5, alinéa 3, phrase première. L'article 2, alinéa 1^{er} garantit le droit à l'épanouissement individuel¹⁸¹³. Si les deux types de concurrence se confondent, comme les garanties qui en découlent, cela posera des difficultés dans la dogmatique des droits fondamentaux. Dans quelle mesure la liberté générale d'action peut-elle alors protéger la concurrence économique exercée par les bénéficiaires des droits fondamentaux ?

Les tribunaux allemands ont d'abord précisé l'étendue de la protection de la liberté générale d'action au sens strict. La jurisprudence constitutionnelle a reconnu que l'article 2, alinéa 1^{er} protégeait l'épanouissement de la personnalité de chaque individu. Cette disposition constitutionnelle protège aussi les actions de l'individu qui participent à son épanouissement. Elle a ensuite utilisé les dispositions de l'article 2 afin de protéger des actions dans le domaine économique. La jurisprudence a intégré explicitement la liberté contractuelle et la liberté des échanges économiques dans le champ de protection de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande. Plus le cadre de la liberté générale d'action sera précis, plus la distinction avec le régime de la liberté de la science en sera facilitée. Néanmoins, l'article 2 doit aussi pouvoir intégrer de nouvelles libertés économiques qui n'étaient pas prévues au moment de la rédaction de la Constitution allemande.

En premier lieu, la jurisprudence constitutionnelle a reconnu explicitement qu'une garantie de liberté générale d'action découlait de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande dans un arrêt du 16 janvier 1957¹⁸¹⁴. Cette disposition s'entend comme suit, « chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale ». Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande

¹⁸¹² K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 255-256.

¹⁸¹³ Art. 2, Abs. 1 GG, „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

¹⁸¹⁴ BVerfGE 6, 32, déc. du 16 janvier 1957, „Elfes“.

considère que l'article 11 de la Loi fondamentale¹⁸¹⁵ protégeant la liberté de circulation et la liberté d'établissement ne protège pas la liberté de circulation à l'étranger ou « Ausreisefreiheit ». Cette dernière sera alors garantie par la liberté générale d'action au sens de l'article 2, alinéa premier de la Loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande avait gardé la question ouverte dans son arrêt du 20 juillet 1954¹⁸¹⁶ quant à savoir si l'article 2, alinéa premier de la Loi fondamentale s'entend dans un sens large, comprenant le libre développement de la personnalité de la personne humaine ou s'il se limitait à la protection d'une liberté d'action minimale. Dans sa décision de 1957, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise la portée de la liberté générale d'action en estimant que la Loi fondamentale ne peut pas entendre l'exigence du libre développement de la personnalité uniquement dans le sens d'un développement minimal. La disposition protège un individu en tant que membre de la communauté, cela suppose donc une définition large de la liberté d'action. En effet, l'article 2, alinéa premier de la Loi fondamentale s'interprète à la lumière de l'article 1^{er} de la Constitution allemande protégeant la dignité de l'homme.

En outre, dans la mesure où des domaines particuliers ne sont pas protégés par des droits fondamentaux spécifiques, l'individu peut en tous les cas se prévaloir de sa liberté au sens de l'article 2 contre les atteintes des pouvoirs publics. La pensée de l'article 2 s'inspire de la tradition des philosophes des lumières et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon laquelle, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits »¹⁸¹⁷. Le droit au libre développement de la personnalité s'adresse donc en priorité aux individus et les protège des influences extérieures. Un bénéficiaire collectif peut également recourir à la protection de cette liberté¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁵ Art. 11 GG, 1. « Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral. » ; 2. « Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières à la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou pour protéger la jeunesse menacée d'abandon ou pour prévenir des agissements délictueux ».

¹⁸¹⁶ BVerfGE 4, 7 déc. du 20 juillet 1954, „Investitionshilfe“.

¹⁸¹⁷ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁸¹⁸ Une des raisons pour lesquelles le texte constitutionnel admet la possibilité d'un recours collectif tient dans le fait que les dispositions contenues dans la Loi fondamentale relative à la liberté d'association (art. 9) ne garantissent pas de liberté générale d'exercice. En effet, l'article 9 ne dispose que du droit de créer une association et énonce les limites de ce droit. Art. 9, Abs. 1, „Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden“, Abs. 2, „Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten“. BVerfGE 10, 89, déc. du 29 juillet 1959, „(Großer) Erftverband“, „Handelsgesellschaften können sich auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) berufen, auch wenn sie keine juristischen Personen sind“.

Dans l'arrêt « Elfes » de 1957, la Cour constitutionnelle fédérale allemande fait la distinction entre l'article 11 de la Loi fondamentale qui protège la circulation des allemands sur le territoire fédéral et la liberté générale d'action qui protège la liberté de partir à l'étranger. Dans les faits, selon la Cour, la loi établissant une réglementation relative aux passeports représente une limitation formelle au départ des personnes, elle porte donc atteinte à la liberté d'action de l'article 2, alinéa premier de la Loi fondamentale. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les dispositions en cause restent toutefois conformes à la Constitution dans la mesure où elles prévoient que le refus de délivrance d'une autorisation de circuler peut être fondé sur un risque pour la sécurité intérieure ou extérieure de la République fédérale d'Allemagne ou d'un autre pays. L'utilisation d'un motif large repose sur le fait que la détermination du risque reste à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente.

En revanche, le législateur ne pourrait pas limiter la liberté générale d'action au moyen d'une clause générale et imprécise. Ce n'est pas le cas en l'espèce selon la Cour. En effet, la loi prévoit que certains faits doivent être établis afin de justifier l'adoption de mesures restrictives, en cas de menace grave et imminente. La liberté générale d'action vient donc compléter la protection de l'article 11 qui ne protège que le citoyen allemand lorsqu'il circule sur le territoire fédéral. En cela, la liberté d'action générale vient élargir le champ d'application personnel de la liberté de circulation des « allemands »¹⁸¹⁹.

En second lieu, dans une décision relative à la compatibilité de la loi sur les prix (« Preisgesetz ») du 10 avril 1948¹⁸²⁰ avec la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que l'article 2, alinéa premier protégeait la liberté contractuelle (« Vertragsfreiheit ») et la liberté des échanges économiques (« Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr ») « dans la mesure où il n'existe en la matière aucune protection particulière d'un droit fondamental »¹⁸²¹.

Dans cette affaire, la Cour estime que la loi autorisant de prendre des mesures réglementaires modifiant certains prix sur le marché est compatible avec l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale et avec l'article 14 protégeant le droit de

¹⁸¹⁹ L'article 2, alinéa 1er de la Loi fondamentale dispose en effet que « chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale » alors que selon l'article 11, « tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral ».

¹⁸²⁰ Preisgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 720-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 22 des Gesetzes vom 18. Februar 1986 (BGBl. I S. 265) geändert worden ist.

¹⁸²¹ BVerfG 8, 274, déc. du 12 novembre 1958, „Preisgesetz“, „Das selbständige Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet neben dem Schutz, den das Grundgesetz der Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche durch besondere Grundrechtsbestimmungen zuteilwerden lässt, die allgemeine Handlungsfreiheit. Als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet sind“.

propriété¹⁸²². Les règlements en cause permettaient de remplacer un prix librement fixé par des acteurs de la société civile par un prix fixé par les pouvoirs publics. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en conclut que la loi d'habilitation ne contrevient pas à la liberté contractuelle et économique¹⁸²³, contenue dans la liberté générale d'action de l'article 2, alinéa 1^{er}. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les mesures touchent toutefois à un aspect essentiel du « libre développement de la personnalité, de l'individu en tant que participant au domaine du droit et de l'économie ».

En l'espèce, la Cour autorise à prendre des mesures visant uniquement à empêcher les troubles graves dans le domaine économique. Le principe de proportionnalité doit être pris en compte afin de contrôler les moyens au regard des objectifs. La Cour constitutionnelle considère que les dispositions législatives en cause ne touchent pas au contenu de l'article 2, alinéa premier de la liberté d'action générale, ni à celui de la liberté économique ou au contenu de la liberté contractuelle. Le cadre juridique qui rend possible l'édiction de ce type de mesures est conforme au but d'intérêt général correspondant au principe allemand de justice sociale selon la Cour. Ce principe peut alors représenter une limite à la liberté contractuelle. Les dispositions en cause sont par conséquent compatibles avec la Constitution allemande et ne visent pas à restreindre le libre développement de la personnalité. La liberté contractuelle et la liberté des échanges économiques sont donc intégrées dans le champ de protection de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Dès lors, restreindre la liberté contractuelle ou la liberté des échanges économiques d'un individu reviendrait à limiter le libre développement de sa personnalité.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a ensuite progressivement intégré d'autres droits de liberté économiques dans la protection de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Dans le domaine du droit des sociétés, la Cour reconnaît que l'initiative dans l'organisation des entreprises est garantie par la liberté générale d'action¹⁸²⁴ et dans le domaine du commerce transfrontalier, la Cour consacre le principe d'égalité de la concurrence¹⁸²⁵. La liberté générale d'action protège encore la liberté d'entreprendre¹⁸²⁶, la possibilité pour l'employé de participer dans son

¹⁸²² BVerfG 8, 274, déc. du 12 novembre 1958, „Preisgesetz“, „Die Ermächtigungen von § 2 Preisgesetz sind auch mit den Grundrechten und insbesondere mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 GG vereinbar“.

¹⁸²³ BVerfG 8, 274, déc. du 12 novembre 1958, „Preisgesetz“, „Die Ermächtigung des § 2 Preisgesetz zum Erlaß von Rechtsverordnungen ist [...] vereinbar; sie ist nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt“.

¹⁸²⁴ BVerfGE 14, 263, déc. du 7 août 1962, „Feldmühle-Urteil“, à propos de l'organisation des entreprises.

¹⁸²⁵ BVerfG 27, 375, déc. du 28 janvier 1970, 1 BvL 4/67, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande consacre le principe de l'égalité de la concurrence dans ce domaine ou en allemand, « Wettbewerbsgleichheit ».

¹⁸²⁶ BVerfG 29, 260, déc. du 14 octobre 1970, 1 BvR 306/68, relative à l'initiative d'entreprendre et à la liberté d'entreprendre.

entreprise et plus généralement l'article 2, alinéa premier protège dans une certaine mesure l'organisation de l'entreprise¹⁸²⁷.

L'article 2, alinéa premier permet donc de garantir l'épanouissement de l'individu au sens large puisqu'il comprend la protection des actions économiques individuelles. Dans le domaine de la science et de l'enseignement supérieur, la présence d'une intention de concurrence économique contenue notamment dans la liberté contractuelle ou la liberté des échanges économiques, qui entraînera l'application de la liberté générale d'action se démarque d'une intention qui n'aurait aucune implication concurrentielle économique et qui pourra trouver une protection avec la liberté de la science au sens de l'article 5, alinéa 3, phrase première. Toutefois, la protection des actions individuelles économiques est plus complexe en ce qu'elle peut faire intervenir des droits fondamentaux plus précis que la liberté générale d'action. Dans ce cas, c'est le principe de subsidiarité qui trouvera à s'appliquer. Dans la mesure où la protection des actions économiques reste encore imprécise et manque parfois de prévisibilité, les confusions avec le régime de protection de la liberté de la science peuvent être un obstacle à l'identification des limites constitutionnelles de la concurrence économique dans le domaine de l'enseignement supérieur et dans le domaine de la science.

B. Le régime particulier des « droits-libertés économiques » ou « wirtschaftliche Freiheitsrechte » dans la dogmatique des droits fondamentaux

La liberté économique n'est pas entendue comme un droit fondamental à part entière, inscrit dans la Constitution allemande. La doctrine constitutionnelle allemande peut distinguer deux types de droits fondamentaux protégés ; les droits de liberté généraux ou « allgemeine Freiheitsrechte » et les droits de liberté économiques ou « wirtschaftliche Freiheitsrechte »¹⁸²⁸. Les premiers droits touchent aux garanties qui protègent la personne humaine comme le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage ou les droits processuels tel que le droit à un procès équitable. La liberté de la science peut aussi intégrer cette première catégorie de droits fondamentaux. La deuxième catégorie des « libertés économiques » ne connaît pas de régime commun, ni au niveau de leurs garanties, ni au niveau de leur régime de limitation.

Si les actions individuelles économiques trouvent une protection dans le cadre de la liberté générale d'action, d'autres libertés plus précises peuvent aussi s'appliquer et protéger des actions individuelles économiques. C'est ce régime reposant sur l'enchevêtrement de ces droits fondamentaux qui peut indirectement porter atteinte

¹⁸²⁷ BVerfGE 50, 290, déc. du 1er mars 1979, „Mitbestimmung“.

¹⁸²⁸ I. Baron Adamovich, *Entstehung von Verfassungen, Ökonomische Theorie und Anwendung auf Mittel- und Osteuropa nach 1989*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 85.

au régime autonome de la liberté de la science. En effet, si les actions individuelles démontrant une intention concurrentielle ne trouvent pas de protection adéquate dans le cadre des libertés économiques, elles pourront être intégrées dans le domaine de protection de la liberté de la science, ce qui pourrait affaiblir cette dernière. Encore une fois, la rationalité propre de la science ne peut pas se confondre dans une rationalité purement économique. Les « droits de liberté économiques » sont donc entendus comme une multiplicité de libertés économiques (1°), qui ne correspondent pas à un régime de limitation commun (2°).

1° Les « droits de liberté économiques » entendus comme un faisceau de libertés

Ce que la doctrine nomme les « wirtschaftliche Freiheitsrechte » ou droits de liberté économiques regroupent certains droits protégés explicitement par la Constitution comme le droit de propriété protégé à l'article 14 de la Loi fondamentale, le droit de fonder des associations ou des sociétés garanti à l'article 9, le droit à une protection de son local commercial, protégé à l'article 13 qui garantit l'inviolabilité du domicile, l'interdiction de discrimination dans le domaine économique découlant du principe d'égalité de l'article 3 et la liberté de communication dans le domaine économique protégée par la liberté d'expression de l'article 5, alinéa premier de la Loi fondamentale. Les droits de liberté économiques regroupent aussi des libertés qui ne sont pas consacrées explicitement par la Constitution allemande mais dont certaines ont été reconnues par la jurisprudence constitutionnelle comme vu précédemment. En effet, la liberté contractuelle fait partie des droits de liberté économiques mais ne figure pas explicitement dans la Constitution.

En outre, si les droits de liberté économiques dépendent du champ d'application de plusieurs droits fondamentaux, ils ne sont pas protégés uniquement dans une dimension subjective. Certains droits de liberté économiques entendent une double dimension, subjective et objective ; par exemple, la garantie du libre accès au marché (« Freiheit des Marktzutritts ») protège à la fois les intérêts subjectifs dont peuvent se prévaloir les opérateurs économiques à l'encontre de la puissance publique et, en même temps, le fonctionnement du mécanisme de marché concourant à la réalisation d'un objectif d'intérêt général. La dimension défensive des libertés économiques s'inscrit donc dans le fait de ne pas empêcher les actions des opérateurs économiques. Leur dimension objective impose la mise en œuvre de mesures de la part des pouvoirs publics dans le sens de la promotion d'une économie de marché.

S'il existe bon nombre de déclinaisons, il n'y a pas de droit spécifique relatif à la liberté économique dans la Constitution allemande qui capterait l'ensemble des droits de liberté économiques. En premier lieu, s'agissant des droits non spécifiques comme la liberté contractuelle, c'est la liberté générale d'action contenue dans l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale qui sert de principe normatif. La reconnaissance d'un droit non spécifique consiste à assimiler un droit qui n'est pas

mentionné par la Constitution à l'ensemble des droits fondamentaux, dans le catalogue des droits fondamentaux.

L'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale permet en cela de placer les droits non spécifiques au même rang que les droits fondamentaux spécifiques. Trois conditions sont à observer pour intégrer un droit non spécifique, il faut qu'il possède une valeur comparable à un autre droit fondamental, qu'il soit dans une situation de risque d'atteinte par les pouvoirs publics et que la possibilité de limitation de ce droit non spécifique par les pouvoirs publics soit structurée dans une règle de droit¹⁸²⁹.

L'article 2, alinéa 1^{er} relatif à la liberté générale d'action reconnaît le droit à l'épanouissement de la personnalité et protège toutes les actions et tous les comportements de l'individu. En revanche, il ne trouve pas d'application lorsqu'il s'agit d'actes répréhensibles ou lorsqu'il existe un droit spécifique en la matière. La doctrine estime que la liberté générale d'action joue un rôle de protection complémentaire à l'encontre de l'ensemble des droits fondamentaux (« Schutzergänzungsfunktion »). C'est par exemple le cas lorsque la liberté générale d'action est venue compléter les garanties de l'article 11 relatif à la liberté de circulation des allemands sur le territoire fédéral. La protection complémentaire élargit à la fois le champ d'application du lieu et le groupe d'individus protégés.

La protection des droits de libertés dans le domaine économique dans le cadre de l'article 2 s'accompagne des exigences du principe d'égalité qui découle de l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. La liberté d'action générale défend les libertés économiques contre les atteintes de l'Etat et le principe d'égalité garantit un traitement égal et une absence de discrimination. Les deux principes sont utilisés de façon juxtaposée. Toutefois, la Cour constitutionnelle a plusieurs fois écarté l'application de l'article 2 en privilégiant l'exigence d'égalité entre les opérateurs économiques et notamment sur des questions relatives à la concurrence. La promotion des libertés économiques individuelles est donc conditionnée par le fait que l'Etat traite les citoyens de manière égale dans les affaires économiques¹⁸³⁰.

En second lieu, dans certains cas d'espèces, le juge peut utiliser le principe de subsidiarité en appliquant un droit spécifique plus précis que la liberté générale d'action. Il s'agit notamment de l'article 9, alinéa 1^{er} relatif au droit de fonder une association, de l'article 12, alinéa 1^{er} relatif à la liberté de profession et de l'article 14 relatif au droit de propriété. Si la situation d'espèce relève du champ d'application particulier de ces droits spéciaux, l'article 2 ne pourra pas s'appliquer.

L'article 12 est un droit fondamental spécial qui écarte l'application de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Constitution allemande. Le terme de profession reste toutefois

¹⁸²⁹ G. Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, p. 190.

¹⁸³⁰ R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2008, p. 173.

complexe, il ne regroupe pas uniquement l'ensemble des professions au sens strict mais aussi l'ensemble des activités qui font partie de la vie en société à condition qu'elles ne soient pas interdites par l'ordre juridique. Par exemple, l'activité de covoiturage ou les achats dans le domaine propre des affaires tombent dans le domaine de protection de l'article 12. L'articulation des deux normes n'est pas toujours évidente. En effet, dans plusieurs décisions, la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas tenu compte de la priorité de l'article 12 sur l'article 2, alinéa 1^{er} alors qu'elle avait constaté la subsidiarité des deux articles in abstracto¹⁸³¹. Elle procède à une démarche comparable avec le droit de propriété en appliquant plus facilement l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale.

En définitive, la liberté générale d'action garantit une protection effective à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, à la liberté d'organisation dans l'entreprise et à la libre concurrence, que le bénéficiaire soit une personne physique ou morale. Toutefois, certains droits fondamentaux spéciaux sont parfois plus évidents à utiliser dans le domaine économique. Une partie de la doctrine critique le fait que la Cour constitutionnelle ait plutôt tendance à faire primer la liberté générale d'action en ne faisant pas référence au principe de subsidiarité¹⁸³². A travers ce principe, des droits fondamentaux spécifiques trouveraient à s'appliquer et s'adapteraient davantage à la situation d'espèce. C'est le cas de l'article 3 relatif au principe d'égalité, de l'article 9 protégeant le droit de fonder une association, de l'article 12 garantissant le droit au libre exercice de la profession et de l'article 14 relatif au droit de propriété.

C'est encore l'étude des limites de ces droits fondamentaux qui pose la question de la nécessité de la consécration d'une liberté économique fondamentale à part entière et soumise à un régime commun de limitation. En outre, un droit fondamental de liberté économique devrait-il être soumis aux mêmes limites que le droit à l'épanouissement de la personnalité ?

2° La pluralité des types de limitation des « droits-libertés économiques »

La garantie du libre développement de la personnalité n'est pas soumise expressément à une réserve de loi comme la plupart des droits fondamentaux mais à trois limites matérielles¹⁸³³ : la protection des droits d'autrui, la protection de l'ordre constitutionnel et la protection de la loi morale. Il s'agit en premier lieu de s'interroger sur l'étendue des limites de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale et de leur application directe ou à l'inverse, si elles nécessitent une transposition en droit positif. La limite de l'ordre constitutionnel s'applique également à la liberté de l'enseignement.

¹⁸³¹ Par exemple, BVerfGE 1, 264, déc. du 30 avril 1952, „Bezirksschornsteinfeger“.

¹⁸³² P. Jung, *Der Unternehmergesellschaftler als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 254.

¹⁸³³ C. Stark, « Artikel 2 », H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 187.

La garantie du libre développement de la liberté générale d'action, tant qu'elle ne contrevient pas aux droits d'autrui ou au respect des mœurs, n'est liée qu'au respect de l'ordre constitutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale allemande définit encore l'ordre constitutionnel comme l'ensemble des règles « construit conformément à la Constitution et maintenu dans le cadre de l'ordre juridique de la Constitution »¹⁸³⁴. L'ordre constitutionnel évoqué par l'article 2, alinéa 1^{er} s'entend comme l'ensemble du système juridique constitutionnel, à savoir l'ensemble des normes qui sont conformes à la Constitution d'un point de vue formel et matériel. La notion d'ordre constitutionnel est assez large mais son interprétation dépend surtout de la fonction à remplir pour chaque norme, compte tenu de l'analyse juridique des faits et du destinataire de la norme. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁸³⁵, le concept « d'ordre constitutionnel » ne peut pas avoir un sens différent avec un autre droit fondamental, il doit signifier le même contenu pour tous les droits fondamentaux.

La limite de la loi morale n'a été utilisée qu'une seule fois par la Cour constitutionnelle allemande dans une décision de 1957¹⁸³⁶. Cette limite est repoussée à la fois par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et par la doctrine. La loi morale doit poursuivre l'objectif d'un Etat de droit démocratique et social. Le contenu de la limite de la loi morale rejoint donc le contenu de la limite de l'ordre constitutionnel. En d'autres termes, cette limite peut avoir un caractère complémentaire par rapport aux deux autres limites.

La troisième limite posée à la liberté générale d'action de l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale s'inscrit dans la protection des droits d'autrui. Au sens formel, on entend la limite des droits d'autrui comme la limite de l'ordre constitutionnel, au sens matériel, il s'agit de l'ensemble des droits fondamentaux bénéficiant à la personne au sens large. En règle générale, la liberté générale d'action est limitée par les droits d'autrui et la limite de l'ordre constitutionnel ne s'applique uniquement lorsque le cas d'espèce ne se trouve pas dans le champ de la limite des droits d'autrui.

La doctrine critique de façon récurrente le fait que l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale tourne au ralenti dans la mesure où il est soumis à ce régime de limitation. Les droits de liberté dans le domaine économique, garantis par la liberté générale d'action n'échapperaient donc pas à cette critique puisqu'ils sont en effet soumis aux mêmes limites que le droit à l'épanouissement de la personnalité¹⁸³⁷. Le régime de limitation de la liberté générale d'action serait alors peu favorable à la mise en œuvre des garanties relatives aux droits de liberté économiques. Mais dans le cas où ces droits bénéficient du principe de subsidiarité, ils seront soumis, en second

¹⁸³⁴ BVerfGE 6, 32, déc. du 16 janvier 1957, „Elfes“.

¹⁸³⁵ BVerfGE 6, 32, déc. du 16 janvier 1957, „Elfes“.

¹⁸³⁶ BVerfGE 6, 389, déc. du 10 mai 1957, „Homosexuelle“.

¹⁸³⁷ BVerfG 8, 274, déc. du 12 novembre 1958, „Preisgesetz“, „Die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn ist jedoch durch Art. 2 Abs. 1 GG nur innerhalb der Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung geschützt“.

lieu, aux limites propres des dispositions relatives au droit de fonder une association, à la liberté de profession et à la garantie de propriété.

En ce sens, l'article 9 relatif aux associations ne contient pas de réserve simple, l'exécutif ne pourrait pas adopter des mesures limitant le droit de fonder une association. En d'autres termes, la Loi fondamentale contient en elle-même la possibilité d'interdiction d'une association¹⁸³⁸. La limite de l'article 9 qui figure dans son deuxième alinéa, selon lequel, « les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples, sont prohibées ». Cette interdiction reste abstraite, les destinataires ne sont pas désignés précisément. Toutefois, le pouvoir d'interdiction d'une association n'est pas seulement déclaratif, il est « constitutif » afin d'assurer le respect du principe de sécurité juridique¹⁸³⁹. Le régime de limitation de l'article 12 relatif à la liberté de la profession a déjà été envisagé relativement à la liberté de choix de formation pour l'étudiant¹⁸⁴⁰, cette liberté peut être limitée par une loi générale. Le droit de propriété, enfin, ne peut être limité que par le moyen d'une loi. Le législateur conserve donc une certaine marge de manœuvre dans ce domaine¹⁸⁴¹.

L'ensemble des droits de liberté économiques ne sont donc pas soumis au même régime de limitation. Selon le cas d'espèce, ils sont soumis à une réserve de loi générale ou à des limites particulières précisées explicitement par la Constitution. Ils peuvent encore tomber dans le régime de protection de la liberté générale d'action qui connaît lui aussi un régime de limitation singulier. L'existence d'un droit fondamental à part entière qui capterait l'ensemble des droits économiques permettrait la mise en œuvre d'un régime commun de limitation et le renforcement de la sécurité juridique pour les justiciables dans la mesure où le risque d'atteinte par les pouvoirs publics serait plus encadré et prévisible. Si les droits de liberté économiques bénéficient d'un régime de protection « réservé » et mieux adapté au milieu économique et à ses paramètres spécifiques, les garanties de la liberté de la science pourraient être attribuées à des motifs uniquement scientifiques. Ainsi, la distinction entre la concurrence commerciale et la concurrence intellectuelle et scientifique trouverait une nouvelle confirmation dans la théorie des droits fondamentaux et dans la jurisprudence allemande.

*

¹⁸³⁸ „ohne weiteres verboten“, BVerfGE 2, 1, déc. du 23 octobre 1952, „SRP-Verbot“.

¹⁸³⁹ M. Kemper, „Artikel 9“, H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 910.

¹⁸⁴⁰ Voir Première partie, titre 1, chapitre 2, section 2, §1 « Le double statut de l'étudiant ; liberté de la science et liberté du choix de la formation ».

¹⁸⁴¹ O. Depenheuer, « Artikel 14 », H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19, op. cit.*, p. 1399.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le critère de la diversité de la science subit des conséquences négatives en raison de la concurrence entre les acteurs scientifiques et les institutions compétentes dans la recherche et l'enseignement d'une part, et du fait du contrôle exercé par et sur les acteurs, autant que sur les activités de l'enseignement et de la recherche d'autre part. Une organisation décentralisée du domaine de la science permet à la fois de ne pas concentrer la concurrence dans une acception uniquement économique et dans un même temps de garantir la diversité dans les différentes formes de contrôle interne et externe. La liberté de la science doit être le pilier de la concurrence intellectuelle entre les scientifiques et les universités et doit encadrer le processus général de contrôle des activités scientifiques au regard du principe de qualification disciplinaire.

Dans le but de faire primer la logique tenant à la rationalité propre de la science, il faut distinguer la concurrence commerciale ou économique de la concurrence intellectuelle. La jurisprudence allemande met en œuvre une distinction entre l'intention économique et l'intention scientifique. Cela passe également par un processus volontaire plus général de mise en œuvre de critères dans la comparabilité des « services » de l'enseignement supérieur et de la recherche qui déterminent l'espace concurrentiel des bénéficiaires de la liberté de la science et des universités. La concurrence des « services » de l'enseignement supérieur et des institutions ne doit pas être simplement assimilée à la concurrence économique des biens et des services marchands au niveau international. D'autres instruments juridiques peuvent être mis en avant comme le principe d'homogénéité qui s'exerce au niveau du fédéralisme allemand. La diversité de la science se retrouve dans la définition jurisprudentielle allemande du principe d'homogénéité, de « l'unité dans la multiplicité ».

Le paradoxe dans le domaine du contrôle de la science par des agents externes tient en ce que l'évaluation de la recherche et de l'enseignement repose sur des critères et « indicateurs » standards alors que le caractère immatériel des disciplines s'oppose à une formalisation trop poussée. La Cour constitutionnelle fédérale allemande exige certaines garanties légales dans le système d'accréditation des offres de formation dans le domaine de l'enseignement supérieur. En effet, le législateur ne peut pas confier l'entière responsabilité de ce système à des acteurs externes aux établissements d'enseignement supérieur. L'exigence de légitimation des critères d'évaluations et des « examinateurs » devrait aussi se répercuter dans le cadre plus large de la « macrosociété » au niveau international et européen. Si le progrès de la science ne peut pas réellement se mesurer et être anticipé, le droit de l'organisation de la science et le droit des établissements d'enseignement supérieur peuvent également s'inscrire comme des « laboratoires » de recherche afin de protéger au mieux les libertés individuelles et institutionnelles.

* *

CONCLUSION DU TITRE 2

Pour que la concurrence bénéficie à la science, le principe de concurrence doit rester neutre vis-à-vis de son contenu et de ses objectifs. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a rappelé dans sa jurisprudence¹⁸⁴². La concurrence ne doit pas imposer des objectifs économiques, elle doit participer au processus de décentralisation de la science. Les pôles scientifiques ne reposent pas sur des monopoles mais multiplient la capacité décisionnelle des acteurs de la science. La concurrence scientifique est le moteur de la créativité et de la diversité. Le système de contrôle de l'enseignement et de recherche sert à la fois, la décentralisation du domaine de la science, la garantie de sa qualité scientifique mais également la légitimation de l'ensemble du processus en faisant intervenir des acteurs extérieurs aux universités. L'externalisation ne signifie pas pour autant de renier l'exigence de l'expertise scientifique et disciplinaire tenant à la rationalité propre de la science.

Des exigences particulières existent quant au choix de l'expert ou de l'évaluateur et quant à son activité. Une évaluation de qualité suppose que les personnes qui en sont chargées possèdent une connaissance suffisante de la discipline scientifique. Les comités d'évaluation, lorsqu'ils rendent des décisions contraignantes, ont une responsabilité propre dans ce domaine. La place particulière des universitaires n'est garantie que lorsque leur sélection repose sur des mesures scientifiques et qualitatives. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les décisions dans le domaine de l'évaluation sont aussi liées à une responsabilité institutionnelle¹⁸⁴³.

Une organisation adaptée au domaine de la science impose des spécificités tenant au caractère scientifique des activités de la recherche et de l'enseignement. Les principes d'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur doivent encadrer des droits de participation pour l'ensemble des membres d'une université tout en aménageant une influence déterminante dans l'ensemble du processus aux bénéficiaires directs de la liberté de la science. La jurisprudence allemande use principalement de deux principes d'organisation autour de la représentation des membres : le principe de collégialité et le principe de la qualification disciplinaire. Bien que ces deux principes ne bénéficient pas de la même reconnaissance normative et jurisprudentielle, ils sont strictement liés entre eux. Le principe de qualification disciplinaire ne devrait s'exercer qu'en vertu du principe de collégialité. La pratique dans l'organisation universitaire démontre au contraire une dissociation de ces principes dans la mesure où le principe de collégialité n'exige plus forcément de « représentation authentique » dans une même discipline et qu'à l'inverse, un

¹⁸⁴² BVerfG 113, 167, déc. du 18 juillet 2005, „Risikostrukturausgleich“.

¹⁸⁴³ Et notamment concernant la procédure d'habilitation, BVerfG, 4 avril 2010, 1 BvR 3389/08, „Mit der Prüfungsentscheidung über die Habilitation ist demgemäß auch eine institutionelle Verantwortung für die Qualitätssicherung der freien Wissenschaft verbunden“.

organe monocratique pourrait accomplir les tâches d'un organe de libre administration.

L'autonomie de l'institution universitaire repose sur le principe de libre administration. La libre administration démocratique applicable aux communes et la libre administration fonctionnelle garantie dans les établissements d'enseignement supérieur se distinguent dans leur mode de légitimation. La libre administration démocratique exige une application stricte des principes démocratiques dont le principe d'égalité formelle des voix tandis que la libre administration fonctionnelle admet certaines dérogations en vertu du lien particulier avec leurs membres dans les missions qu'ils exercent. Les organes bénéficiant de la libre administration démocratique ont pour objectif de satisfaire l'intérêt général. Le système général de représentation des établissements d'enseignement supérieur s'exerce lui aussi en vue de la garantie de l'intérêt général mais les missions qui y sont rattachées ne sont pas définies comme des missions strictes des pouvoirs publics.

L'introduction de concepts dans le droit de l'organisation de l'enseignement supérieur ayant pour objet d'accroître la flexibilité du personnel participe d'un processus plus général d'un accroissement des compétences des Länder. En particulier, dans le domaine de l'admission dans l'enseignement supérieur, les Länder ont mis en œuvre un certain nombre de réglementations qui se superposent. Il serait plus souhaitable que des principes cadres soient édictés dans le droit de l'admission et que la réglementation détaillée revienne à la compétence des établissements. Cela nécessiterait sans doute une redéfinition des compétences entre la Fédération, les Länder et les établissements afin d'éviter une totale planification de la formation professionnelle dans laquelle les universités ne seraient plus que les simples « agents ».

Aux vues de ces développements, la fonction de promotion et de stabilisation des droits fondamentaux ne peut pas s'analyser comme une fonction accessoire ou secondaire pour les pouvoirs publics. Cette fonction révèle le traitement des droits fondamentaux à l'avenir. Elle implique des actions positives en faveur des libertés et pas uniquement la mise en œuvre de droits de compensation à l'égard des individus et des groupes d'intérêts. La protection de la dimension subjective des droits fondamentaux dépend de l'engagement des pouvoirs publics dans la valorisation et la promotion de leur dimension objective.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La jurisprudence Lüth de 1958 consacrant la dimension objective des droits fondamentaux affirme que l'exercice de la liberté est exempt d'objectivisation de l'Etat et que l'ordre des valeurs ne peut pas être instrumentalisé dans le sens d'un idéal de vertu matériel, ayant pour effet de relativiser les libertés. Un ordre de valeurs objectif ne signifie pas d'apposer une philosophie à la Constitution mais bien d'établir un cadre normatif constitutionnel. L'exégèse des valeurs de droit constitutionnel sert la justification des normes et vient les concilier entre elles. Cette démarche relative à la dimension objective des droits fondamentaux correspond à une volonté d'optimiser la garantie des droits fondamentaux dans l'ordre juridique en général.

La jurisprudence constitutionnelle, en développant la dimension objective de la liberté de la science ne peut donc pas faire le choix d'une idéologie libérale marquée par la quête de la performance. Elle doit trouver le juste équilibre entre la mise en œuvre de valeurs respectant la rationalité propre de la science et la concrétisation de garanties normatives correspondant à une technique juridique précise. L'autonomie de la science repose sur le postulat selon lequel la science possède une rationalité propre et une valeur intrinsèque. La quête de la vérité au cœur de la liberté de la science conditionne l'objectif de la science qui doit tendre au progrès et à la transmission des connaissances. Les paramètres propres de la science auront un impact sur la place de la science au sein de la société. La rationalité et l'objectivisation économiques ne peuvent en aucun cas représenter le seul critère déterminant dans l'organisation du domaine de la science. Le risque tenant à l'existence d'une science uniquement programmée et rentable s'inscrit dans l'échec à moyen et long terme du progrès scientifique.

Accorder une place à part entière à la rationalité propre de la science ne signifie pas enfermer la science et ses praticiens dans une tour d'ivoire. La science existe aussi pour améliorer la croissance d'un État et augmenter ses richesses. La dogmatique des droits fondamentaux fait la différence entre la liberté de la science et les libertés économiques bien que ces-dernières ne bénéficient pas d'un régime juridique unifié. La Loi fondamentale envisage la liberté de la science comme un droit fondamental dit « spécifique », il n'est donc pas question de lui imposer le régime d'un autre droit fondamental. La distinction des libertés reposent ici sur la distinction de leurs objectifs.

Les objectifs de la liberté de la science sont inclus dans les missions des universités. L'organisation du système universitaire au sens strict doit alors se conjuguer avec la conception matérielle de la libre administration fonctionnelle. Ce sont les missions exercées qui seront au cœur de la pensée organisationnelle ainsi que la responsabilité des membres en fonction de celles-ci. Le fonctionnement le plus adapté à une institution universitaire au sens corporatif du terme prône un processus

décisionnel collégial et disciplinaire. Philip Selznick écrivait d'ailleurs que « les universités allemandes ont acquis une « unité institutionnelle » qui leur permet d'être plus institutionnalisées que les universités françaises »¹⁸⁴⁴. La libre administration fonctionnelle bénéficiant à une corporation permet la réalisation des intérêts de ses membres. Ce schéma institutionnel illustre la raison d'être de la corporation. C'est par le moyen d'un droit formel adapté au contenu matériel de la science que le droit fondamental de la liberté de la science pourra subséquemment produire des effets bénéfiques sur l'ensemble de la société.

¹⁸⁴⁴ Philip Selznick est un sociologue né le 8 janvier 1919 et décédé le 12 juin 2010. Il a été professeur de sociologie et de droit à l'université de Californie à Los Angeles, cité dans C. Musselin, « Structures formelles et capacités d'intégration dans les universités françaises et allemandes », op. cit., p. 439-461.

CONCLUSION GENERALE

La Gestalt théorie démontre que « les relations qui unissent les parties pour former un tout ont autant d'importance sur le comportement du tout que leur composition. Le tout est plus que les parties. Il dépend à la fois des parties et de l'ensemble des relations (ou structure) qui les ordonnent. C'est précisément la réunion de l'ensemble des parties et de la structure qui se nomme Gestalt »¹⁸⁴⁵. La Gestalt théorie peut en cela décrire l'institution universitaire telle qu'elle a été présentée dans cette étude. Les parties désignent les membres de l'institution et la structure est figurée par le droit de l'organisation universitaire. Le tout qui représente plus que les parties peut se traduire dans la mise en œuvre de la garantie institutionnelle d'un établissement d'enseignement supérieur au service de l'autonomie et du progrès de la science.

La Gestalt théorie peut s'appliquer à l'institution universitaire mais également à l'imbrication de la dimension subjective et de la dimension objective de la liberté de la science. La dimension subjective protège les intérêts des individus dans un objectif plus grand que la défense des seuls intérêts privés ; la dimension objective de la liberté de la science garantit un cadre de valeurs¹⁸⁴⁶ et l'ambition tendue vers le progrès des connaissances.

Cette ambition singulière est intégrée dans la définition des missions d'une université qui tient une place essentielle dans cette étude. Les missions peuvent se rattacher au régime juridique d'un établissement ; la distinction traditionnelle entre institution du Land et collectivité de droit public permettait de ne pas confondre les affaires publiques avec les affaires académiques. Le maintien de l'institution dans un régime

¹⁸⁴⁵ B. Lussato, *Introduction critique aux théories d'organisation*, Paris, Dunod, 1977, p. 79.

¹⁸⁴⁶ La justification de l'autonomie vaut pour l'ensemble des libertés individuelles. Si le savoir est dissimulé, c'est l'ensemble des libertés qui en sera dévalorisé. Prenons l'exemple du droit fondamental de la dignité humaine protégé à l'article premier de la Loi fondamentale allemande, la où « la dignité de l'être humain est intangible ». Ce droit repose sur une compréhension ouverte et réfléchie de la notion de dignité. Celle-ci ne peut être évoquée sans un certain recul sur la nature humaine ; la notion de dignité se charge de certaines valeurs et des objectifs sociétaux.

public donnait encore à l'université une sécurité quant au maintien d'un financement minimum sans la condition d'un objectif à atteindre dans l'enseignement ou la recherche. La définition des missions de l'université renseignait aussi sur la dissemblance entre les missions souveraines et régaliennes de l'Etat au sens strict et les missions publiques exercées par l'université. Ces types de missions n'entraînent pas les mêmes exigences de légitimation, de responsabilité des acteurs et de la participation des membres dans l'organisation.

La distinction entre les affaires publiques et les affaires de la corporation établit avant tout une certaine distance entre l'université et l'Etat, mais aussi entre l'université et la société et plus généralement entre les pouvoirs publics au sens large et la société civile¹⁸⁴⁷. La constitution de la liberté et de la libre détermination individuelle sont conditionnées par la différence entre Etat et société. Le paradigme de séparation suit la structure de base du droit constitutionnel¹⁸⁴⁸. La distance entre l'Etat et la société qui stabilise la volonté politique de l'Etat, empêche une mise à contribution totale des individus dans une organisation et ainsi, réduit les atteintes des pouvoirs publics sur les libertés de l'individu. Cette distance crée alors les conditions matérielles de la liberté.

Des formes d'organisation hybrides dans lesquelles se mêlent une autorité souveraine de l'Etat et la garantie d'intérêts purement sociétaux présentent un danger particulier pour la liberté individuelle. En outre, une responsabilité commune de l'Etat et de la société ne peut pas s'établir sans friction. La légitimité de leur point de jonction est le sujet individuel et non le groupe. En effet, la disposition de la Loi fondamentale de l'article 19, alinéa 3 pouvant accorder le bénéfice de droits fondamentaux à une personne morale n'est, dans sa construction, qu'un dérivé de la protection accordée au sujet personnel individuel.

A l'université, une organisation autonome et indépendante peut être appréhendée de plusieurs façons. D'une part, la libre administration du groupe peut être décrite comme un gain de liberté en s'éloignant du contrôle de l'Etat, d'autre part, elle peut aussi produire des nouveaux risques pour la liberté de l'individu qui sera alors soumis à l'autorité exercée par ce groupe autonome. Le paradigme de la séparation fonctionnelle trouve une expression directe dans la différenciation des rôles entre les sujets individuels et les sujets collectifs. La dimension collective de la liberté est à

¹⁸⁴⁷ La distance comme outil politique était déjà l'objet de l'œuvre de Tocqueville. Qu'il s'agisse de l'Etat, la société ou l'individu, chacun doit rester cantonné à un « territoire » précis. Bien que cette configuration puisse traduire une certaine lourdeur, cela pourra être compensé par une visibilité réelle du pouvoir. Chacun de ces « organes » est attaché à un espace mais la communication entre eux est maintenue. Olivier Meuwly décrit encore qu'à travers cette forme d'organisation « on esquivé ainsi le péril de l'ubiquité, sommet de l'illusion d'une société réconciliée avec elle-même ; cette ubiquité que le romantisme, sous toutes ses formes, couronnait en magnifiant un grand Tout, sans remarquer que les individualités s'atrophiaient, que le particulier écharpait le singulier, que le Moi s'enfonçait dans l'aveugle égoïsme », O. Meuwly, *Liberté et société, Constant et Tocqueville face aux imites du libéralisme moderne*, Genève, Librairie Droz, 2002, p. 246.

¹⁸⁴⁸ Et notamment l'article premier, alinéa 3, 19, alinéa 3 et 4, 20, alinéa 2 et 3 de la Constitution allemande.

différencier strictement de l'exercice de la liberté individuelle au sein de l'organisation. La somme des intérêts particuliers n'est pas contenue dans un intérêt général de la société académique. Si les organes collégiaux de l'université reposent sur l'idée de la représentation, la *liberté* de l'individu ne peut pas être représentée. La dimension subjective doit par conséquent être définie strictement par rapport à la dimension objective et institutionnelle afin de parvenir à un renforcement des deux dimensions. Aucune de ces deux dimensions ne doit soumettre l'autre, de même que leur assimilation aboutirait à l'appauvrissement des deux dimensions en tant que telles¹⁸⁴⁹.

La liberté de la science doit donc rester multiple. Afin de conserver la multiplicité de cette liberté et du concept de science, il vaut mieux favoriser alors des garanties procédurales positives plutôt qu'enfermer les notions dans une définition détaillée et de fait, improductive. La dimension objective et la mise en œuvre de son cadre propre de valeurs rejoint également l'ambition d'universalité à travers le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. Cette ambition était contenue traditionnellement dans la « Einheitsuniversität » allemande du début du XIXème siècle.

L'enseignement supérieur français ne possède sans doute pas le même héritage relatif aux enjeux de l'universalité et de la diversité des sciences¹⁸⁵⁰. Ces paramètres ont cependant motivé cette étude dans le but d'une rencontre des disciplines. La liberté de la science et l'autonomie des universités, des concepts juridiques, empruntent successivement à la sociologie des organisations, à la philosophie de la science ou aux thèses relatives à l'économie du savoir. La diversité de la science supposait le dépassement d'un cadre préétabli et un détour à travers d'autres disciplines académiques. L'ambition de l'université allemande, bien qu'elle reste associée à un idéal, peut être un facteur d'impulsion de la recherche et de l'enseignement.

La « Einheitsuniversität » conceptualise à la fois, une relation particulière entre l'Etat et l'institution et un mode explicite de quête des connaissances. Georges Gusdorf soulignait à propos de l'Université de Berlin de 1810 que l'Etat ne doit pas avoir de

¹⁸⁴⁹ K-F Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, op. cit., p. 296-297.

¹⁸⁵⁰ Le système français de l'enseignement supérieur aurait davantage tendance à confondre uniformisation et universalité. Le discours de l'empereur au Conseil d'État, le 21 mars 1810, exposait sans ambiguïté cette volonté de suivre une seule et même impulsion : « Si mes espérances se réalisent, je veux trouver dans ce corps même une garantie contre les théories pernicieuses et subversives de l'ordre social dans un sens ou dans un autre. Il y a toujours eu dans les États bien organisés un corps destiné à régler les principes de la morale et de la politique. Telle fut l'Université de Paris et ensuite la Sorbonne ; telles sont, en Italie, les Universités de Pavie, de Pise et de Padoue ; en Allemagne, celles de Göttingen et d'Iéna ; en Espagne, celle de Salamanque ; en Angleterre, celle d'Oxford ; chez les Turcs, le corps des Ulémas. Ces corps, étant les premiers défenseurs de la cause de la morale et des principes de l'État, donneront les premiers l'éveil, et seront toujours prêts à résister aux théories dangereuses des esprits qui cherchent à se singulariser, et qui, de période en période, renouvellent ces vaines discussions qui, chez tous les peuples, ont si fréquemment tourmenté l'opinion publique », texte publié dans la *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. 61, 1911, p. 231 cité par G. Gusdorf, *L'université en question*, op. cit., p. 63-65.

vues intéressées dans la matière académique ; il doit se persuader que si les universités « atteignent leurs fins propres, elles servent aussi les siennes, mais d'un point de vue beaucoup plus élevé ». Humboldt pose en principe « que la science doit être considérée comme quelque chose qui n'est pas encore complètement découvert, et ne pourra jamais l'être, mais doit être inlassablement cherché comme si on pouvait le découvrir. Tout est irrémédiablement et à jamais perdu dès que l'on renonce à chercher vraiment la vérité, ou dès que l'on s'imagine qu'il n'est pas nécessaire de la créer du plus profond de son esprit, mais qu'elle peut se réduire à une collection de connaissances alignées les unes à côté des autres »¹⁸⁵¹.

L'institution universitaire est le premier terrain de recherche de l'esprit alors que les scientifiques ne prennent pas le temps d'inventer l'université. Si les réformes universitaires représentent un élément central de la politique allemande et française, l'institution en tant que telle ne bénéficie que de peu d'attention. Aujourd'hui, d'autres Etats inspirent les nouveaux modèles d'université, non plus motivés forcément par la réciprocité de la recherche et de l'enseignement mais par la promesse d'une place dans les classements internationaux. Aux Etats-Unis, à l'occasion de conférences à Harvard en 1963, le président de l'Université de Californie utilisait l'expression de « multiversities ».

Ce nouveau type d'université se définit par une forte croissance de l'effectif des étudiants et des enseignants, à travers la diversification des formations et des matières enseignées et par l'intégration des enjeux économiques, sociaux, politiques, locaux ou fédéraux au sein de l'université¹⁸⁵². La « multiversity » se substituerait à la « Einheitsuniversität ». Cette vision apparaît aux Etats-Unis dès les années 80 afin de concurrencer les économies asiatiques dynamiques et en particulier, l'économie japonaise. Cette théorie de la nouvelle université sera finalement intégrée dans la stratégie de Lisbonne de l'Union européenne en 2000 ; « La plupart des réformes universitaires ou du système de recherche des différents pays la prennent désormais pour justificatif ou objectif à atteindre »¹⁸⁵³.

Il faudrait alors s'interroger sur l'université et le rôle qu'elle doit remplir pour la société. Comment maintenir la place réservée à la quête de la vérité alors que tant d'autres pensent l'avoir découverte ? Sur la « forme » de l'institution, la sociologue Christine Musselin évoquait dans son ouvrage l'idée d'université fédérale¹⁸⁵⁴. Si les discussions actuelles s'intéressent déjà à l'université fédérale, la question pourrait être recentrée sur une meilleure garantie des libertés individuelles, sur la décentralisation des compétences et sur une répartition claire des pouvoirs et des responsabilités. L'université fédérale plutôt que l'université unique pourrait conserver les particularités de la science et des différentes disciplines académiques tout en favorisant une politique commune et harmonisée.

¹⁸⁵¹ G. Gusdorf, *L'université en question*, op. cit., p. 59-63.

¹⁸⁵² C. Charle, J. Verger, *Histoire des universités, XIIème-XXIème siècle*, op. cit., p. 152.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, p. 228-229.

¹⁸⁵⁴ C. Musselin, *La grande course des universités*, op. cit., p. 170.

L'individu doit rester au cœur de la liberté de la science et donc de la garantie institutionnelle puisqu'il est le bénéficiaire des droits fondamentaux mais encore le destinataire du progrès des connaissances. Johann Gottlieb Fichte se posait la question de ce qui devait guider l'individu ou le professeur dans ses activités. Il y répond en invoquant l'art d'utilisation du savoir mais surtout l'amour. « Rien ne procure une satisfaction plus profonde que le sentiment de liberté de l'activité de l'esprit qui est appropriée au but fixé, et que le sentiment de la croissance de cette liberté, et c'est ainsi que se déploie, remplie d'amour et de joie, la vie de celui qui apprend l'exercice et le contenu de cette liberté »¹⁸⁵⁵.

La justification de la liberté de la science dans sa dimension intellectuelle et en tant que substrat de l'autonomie de l'individu intègre la perspective du plaisir de la connaissance. Une part de l'intérêt pour le savoir est motivée par la volonté de compréhension générale du monde tandis qu'une autre part révèle la curiosité des individus. Du reste, le plaisir de la connaissance ne se limite pas à la seule compréhension de notre propre système puisqu'il peut s'agir d'une connaissance plus éloignée historiquement et géographiquement. Aristote définit l'acquisition du savoir, comme la sagesse, la *sapience*. Ici, le savoir n'est pas entendu comme ayant de la valeur en soi ; le sentiment de joie qui est rendu possible par les résultats scientifiques symbolise une valeur instrumentale supplémentaire du savoir¹⁸⁵⁶.

Il y a là une valeur hédoniste à la recherche de la connaissance¹⁸⁵⁷, peu importe que l'individu soit le premier ou le centième à en faire la découverte, le goût du savoir reste identique. Ce n'est pas une question de rationalité effective ou économique, il n'y a pas de possibilité de quantifier le savoir. Il ne se conjugue pas non plus avec l'exclusivité ou la rareté, il ne peut donc pas être comparé avec un bien privé ou un bien marchand. Aucune rivalité ne se joue autour de la quête de ce type de savoir. Le plaisir de la connaissance est encore conditionné par un certain apprentissage, il faut attiser la connaissance pour pouvoir y accéder. En définitive, la satisfaction et le goût de la connaissance peuvent aussi être entendus comme une composante de la valeur instrumentale de la recherche scientifique et plus largement de la liberté intellectuelle, condition de l'autonomie de l'individu¹⁸⁵⁸.

¹⁸⁵⁵ J. G. Fichte, « Plan déductif d'un établissement d'enseignement supérieur à fonder à Berlin (1807), A. Renaut, *Philosophies de l'Université, l'idéalisme allemand et la question de l'Université, Schelling, Fichte, Schleiermacher, Humboldt, Hegel, op. cit.*, p. 180.

¹⁸⁵⁶ T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung ; Begründungen und Begrenzungen, op. cit.*, p. 184-185.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 186.

¹⁸⁵⁸ Il s'agit alors de se poser la question même de la signification du savoir, de son rôle et de son impact sur notre mode de vie et plus particulièrement d'un savoir qui n'aurait pas d'utilisation pratique quand bien même il servirait à l'amélioration du bien-être de l'individu. En d'autres termes, un savoir spécifique serait mis à la disposition des individus et leur permettrait d'augmenter la qualité de la santé, du bien-être et de la sécurité. Ce savoir permet la connaissance et la compréhension du monde. La doctrine allemande parle de la notion de « *Verständniswissen* ». A titre d'exemple, l'on pense au savoir relatif à l'évolution de notre espèce, à la naissance du vivant, au savoir relatif aux principes neurologiques du phénomène du libre arbitre, s'il y a une vie intelligente en dehors de la terre, si le monde est totalement descriptible par la physique ou encore quel rôle joue les gènes dans la construction du comportement de l'homme et de son caractère. Tous ces exemples font partie de

La liberté de la science, lorsqu'elle est assimilée à l'objectivisation de la connaissance, renvoie à la problématique de la coexistence de l'utile et de l'honnête mise en lumière par Montaigne. Selon le philosophe, le monde marchand « nie l'idée d'une morale universelle et atemporelle en faisant intervenir la notion de gain et de profit. Tout a un coût et chaque décision est considérée comme un « investissement » en fonction de dividende à venir ». En cela, « l'utilité se juge par rapport à un résultat concret et visible, alors que l'honnêteté réside dans la manière de faire les choses »¹⁸⁵⁹. Ce qui sépare donc l'utilité de l'honnêteté est la conscience bien que la relation utile honnête n'est pas forcément antithétique¹⁸⁶⁰. Toutefois, Montaigne ne pense pas que l'utile devient honnête en raison de son utilité.

En d'autres termes, la tierce voie lorsque se confondent « l'utilité privée » et « l'intérêt commun », c'est « assumer en y faisant face la diversité et l'inintelligibilité relative des circonstances ». Dès lors, ce n'est pas parce que nous manquons à l'intelligence des fins et aux exigences de la vertu que nous sommes acculés à des arrangements opportuns, mais c'est inversement parce que nous restons irrémédiablement ignorants des circonstances que nous avons intérêt de nous en tenir à l'« honnête »¹⁸⁶¹. La liberté de la science et l'institution universitaire n'ont de

l'ensemble des problématiques communes à chacun de nous, problématiques qui nous permettent de comprendre le monde et de nous y positionner. Ici, bien que ce savoir soit utile au processus sociétal, qu'il possède donc une valeur instrumentale et non pas de valeur intrinsèque en tant que tel, ce savoir n'a pas de véritable valeur pratique.

Selon Jürgen Mittelstrasse, il existerait deux types de savoir. Il nomme le premier comme un savoir de décision ou un savoir à disposition et le second comme un savoir orientation. En allemand, Jürgen Mittelstrasse parle de « *Verfügungswissen* » et de « *Orientierungswissen* », cité dans T. Wilholt, *Die Freiheit der Forschung ; Begründungen und Begrenzungen*, *op. cit.*, p. 174. Le savoir « décision » désigne le savoir des causes, des conséquences et des moyens alors que le savoir « orientation » conduit à l'action. Cette action ne se traduit pas seulement sous la forme d'une possibilité mais davantage comme une obligation. Il n'y a cependant aucun caractère normatif derrière cette typologie. John Stuart Mill propose une théorie non plus tournée vers le réalisme moraliste de Kant mais toujours en lien avec la signification du savoir et la justification de la liberté de pensée et de la connaissance. John Stuart Mill, *On liberty* : « The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it ». *Ibid.*, p. 175.

Vaut le nom de liberté, le seul fait d'être à la poursuite de notre propre bien, à notre façon, tant que nous ne tentons pas de priver les autres de la leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir. On retrouve l'idée de déployer ses valeurs personnelles afin de trouver l'objectif de sa propre vie. Et si l'individu veut parvenir à la réussite et l'épanouissement de sa vie, la compréhension du monde en est la clé : le savoir ou « *Verständniswissen* ». Les sciences qui favorisent notre compréhension du monde contribuent alors à cette liberté élémentaire. Ce savoir associé à la compréhension du monde ou « *Verständniswissen* » peut aussi posséder un caractère normatif dans la mesure où il peut retranscrire certains objectifs globaux. *Ibid.*, p. 176. La prise en considération du fait que le « savoir compréhension » ne possède pas de valeur intrinsèque est aussi un élément crucial dans l'approche de la liberté de la science et de l'autonomie de l'individu. La question du destinataire de ce savoir s'avère délicate et susceptible d'entraîner un certain nombre de conséquences que nous allons pouvoir aborder dans cette étude. Ce qui reste certain est l'exigence d'indépendance que réclame ce type de savoir vis-à-vis de la puissance publique ou de la société dans son ensemble.

¹⁸⁵⁹ « Montaigne 'métis': 'De l'utile et de l'honnête' (III, 1) », dans *Lectures du Troisième Livre des Essais de Montaigne*, ed. Philippe Desan, Paris, H. Champion, 2016, p. 59-84.

¹⁸⁶⁰ L. Van Delft, F. Lotterie, « Torquato Accetto et la notion de dissimulation honnête » dans la culture classique », édité par A. Montandon, dans *L'honnête homme et le dandy*, Tübingen, Gunter Narr Verlag, 1993, p. 47.

¹⁸⁶¹ P. Mathias, *Montaigne ou l'usage du monde*, Paris, Librairie Philosophique, 2006, p. 154.

cesse de résister à la tentation simple et plus directe de l'utile¹⁸⁶². L'utilité au mépris de l'honnêteté fait également écho à la volonté politique de rendre le système de l'enseignement supérieur efficace en tout point.

Alan Kirman, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales à Paris, ayant également obtenu le prix Humboldt en Allemagne, défend la coordination plutôt que l'efficacité, l'efficience ou l'optimisation de l'individu dans ses thèses sur l'économie théorique. Il s'intéresse en particulier à la théorie de l'équilibre général et à la théorie des jeux. Dans sa modélisation de l'économie et des marchés, il conditionne le comportement agrégé de l'interaction entre agents relativement simples avec de l'information locale et limitée. L'« interaction entre les agents » peut être rapproché d'un système en réseau dans lequel les individus ont chacun un rôle à jouer à leur niveau. La participation à l'organisation universitaire en est une illustration. Pour Kirman aussi, les mécanismes des réseaux d'individus et des institutions ne sont pas suffisamment exploités dans la recherche actuelle.

Si les termes d'efficacité et d'optimisation des individus ou des organisations proviennent d'une pensée économique, c'est encore ce pan disciplinaire qui doit être un moteur pour les critiquer selon des méthodes scientifiques. Les recherches dans le domaine de l'économie sont d'autant plus cruciales que les intérêts se globalisent et le domaine de la science entre dans une sphère de la quête de la performance. Il faudrait encore parvenir à distinguer les concepts de gouvernance et de réseaux de

¹⁸⁶² La faculté de droit n'est pas exempte de cette direction, elle a, au contraire, le plus souvent été pensée comme devant préparer et diplômé les futurs professionnels du droit. En outre, après la Révolution française, pour la faculté de droit, c'est le directoire qui réorganisa l'instruction publique et qui considérait que le droit ne faisait pas partie des écoles spéciales. Avec le coup d'Etat, le gouvernement consulaire rattacha l'enseignement du droit aux écoles spéciales. La loi du 11 floréal an X les définit comme des établissements publics intégrés dans une administration très hiérarchisée. Dès lors, les écoles de droit dépendaient à la fois du ministère de la justice et du ministère de l'intérieur. La loi du 10 mai 1806 créa l'Université impériale et transforma l'instruction publique en une corporation publique. Les écoles spéciales furent abandonnées au profit des facultés. L'Université impériale devint par la suite l'Université royale. Les facultés de droit acquirent le monopole de la formation juridique au sein de laquelle des connaissances utiles y étaient enseignées. Dans ce cadre, la science n'était pas considérée comme une fin en soi ; elle doit préparer à l'exercice d'une profession déterminée.

L'exposé des motifs de la loi du 22 ventôse an XII décrit les écoles de droit comme ayant « pour but de rétablir une branche d'instruction dont le vide se fait sentir depuis plusieurs années ; [...] il écartera du temple des lois ceux qui oseraient le profaner sans titre et sans lumières ; il formera des hommes éclairés à la profession du barreau ; il contribuera par les bonnes études à faire renaître et à recommencer parmi nous ces magistrats célèbres par leur mérite et leurs vertus qui ont illustré les deux derniers siècles ; enfin, il fera connaître à l'Europe qui nous contemple le prix que le chef auguste du gouvernement attache aux sciences utiles ».

Dans ces établissements, y était enseigné surtout du droit civil, à moindre mesure du droit public et encore moins du droit constitutionnel. La défaite de 1870 due à la supériorité d'esprit de l'Allemagne relança le cours des réformes dans l'enseignement supérieur. Pendant la seconde république, la loi Falloux du 15 mars 1850 retira aux établissements leur statut de corporation publique ; l'établissement d'enseignement supérieur n'a plus la personnalité civile jusqu'au décret du 25 juillet 1885. Un décret du 9 mars 1852 supprima l'inamovibilité des professeurs ; ils sont dorénavant seulement nommés par le chef de l'Etat sur proposition du premier ministre. Le système du concours unique fut de nouveau consacré par le statut de 1874. Voir notamment, M. Mathieu, « Faculté de droit et réforme universitaire au XIXème siècle : la conquête d'un statut », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 août 2001, n° 4, RDP 2008-4-001, p. 999.

l'objectif de la rentabilité économique. Les deux premiers concepts ne figurent pas forcément un objectif en soi mais davantage des moyens pour parvenir à des finalités précises. Il y a une nécessité d'améliorer la réception juridique et formelle des concepts de gouvernance et de réseaux. En revanche, il faudra éviter la confusion entre une normalisation trop poussée du droit dans ce domaine qui aboutirait à une standardisation des modèles, et la formalisation souhaitée en vue d'accroître la sécurité juridique.

Dans notre étude, il a aussi été question de la concurrence scientifique et de la concurrence commerciale. Kirman estime que selon la théorie du marché et la théorie de la concurrence pure et parfaite, la notion même de concurrence n'aurait pas de sens dans ce modèle économique. Pour l'économiste, une économie dans laquelle les individus agissent dans leurs propres intérêts, s'auto-organise d'une façon socialement insatisfaisante. En outre, la concurrence n'aurait pas de valeur intrinsèque comme pourrait l'avoir la science ou la quête de la vérité. L'hypothèse des marchés efficaces, de Bachelier notamment, dans laquelle toute l'information est transmise sur le marché, vient justifier une interférence minimale. Si la solution ne se trouve ni dans la concurrence, ni dans la rationalité individuelle ou institutionnelle, ni dans l'efficacité, ni dans l'optimisation, c'est davantage la compréhension du réseau et la capacité de faire des prévisions en tenant compte du fait que les anticipations sont influencées par les autres individus, qui pourront être à l'origine d'un équilibre. La diffusion de l'information joue un rôle clé dans ce processus¹⁸⁶³. L'accès à l'information et plus généralement la diversité de la science rend le progrès des connaissances réalisable dans une société libérale.

Pourtant, l'orientation générale de l'université et de la promotion de la science prend le chemin annoncé par le classement de Shanghai, tant convoité par certains protagonistes de la recherche. Ce classement est pourtant vecteur de grandes inégalités dans le domaine de l'enseignement supérieur et de la recherche au niveau international, européen mais aussi au niveau national. Critiqué depuis quelques années, en France notamment, il tend néanmoins à devenir la référence de l'excellence scientifique. Parmi les inégalités mises en avant, un prix obtenu par un professeur français rapporte deux fois moins que celui d'un professeur américain ou britannique car la recherche française est le plus souvent exercée dans des laboratoires mixtes¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁶³ Propos recueillis au colloque interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France et l'Université de Strasbourg dans le cadre de l'Initiative d'excellence, A. Kirman, « La transmission de l'information : le talon d'Achille de l'économie libérale », *Transmission, Trois jours d'échanges sous forme de conférences plénières et communications orales pour découvrir comment la notion de transmission est prise en compte dans différentes disciplines*, 28, 29 et 30 mai 2018.

¹⁸⁶⁴ « La recherche universitaire française s'effectue en général dans des laboratoires mixtes associant l'université à un organisme comme le CNRS. Shanghai attribue alors 50 % du bénéfice à l'université et 50 % à l'organisme. Mais, comme le CNRS et les autres organismes de recherche n'apparaissent pas dans le classement de Shanghai, cela signifie que la moitié du bénéfice du prix ne profite à personne et s'évapore complètement ». A. Fert, « Comment le classement de Shanghai désavantage nos universités », *Le Monde*, 27/8.

Le sociologue Fabien Eloire discrédite la thèse du caractère performatif du classement de Shangaï ; « en objectivant une hiérarchie, qui auparavant, était soit informelle soit inexistante, il contribue à générer artificiellement les conditions d'un marché des universités ». Le processus de Bologne est à l'origine du passage d'une logique de service public à une logique de marché, concurrentielle et gestionnaire. « L'économique » se présente comme « horizon unique et indépassable ». La vision normative du classement impose un diktat de la « bonne université » et de son rôle dans la société. Les critères, à défaut d'être scientifiques, sont générés par des rapports de force entre dominants et dominés, par la loi de l'offre et de la demande ; « il n'y a ni critère de justice, ni de morale, ni de bien commun ». Cornelius Castoriadis affirmait encore qu'« une rationalité instrumentale n'a visiblement aucune valeur en elle-même »¹⁸⁶⁵.

A l'origine, les auteurs du classement de Shangaï avaient été sollicités par le gouvernement chinois. L'objectif du classement était de développer un outil permettant d'analyser l'écart entre les universités chinoises et les universités dites « de classe mondiale ». Le critère de la qualité de l'enseignement, d'abord, comptabilise le nombre d'anciens élèves de l'institution ayant reçu un prix Nobel ou une médaille Fields. Le critère de la qualité du corps académique ensuite, tient compte du nombre de membres du corps académique de l'institution ayant reçu un prix et du nombre de personnes appartenant au personnel académique de l'institution figurant dans la liste des chercheurs les plus cités dans chacun des 21 domaines de la science tels que donnés par *Thomson Scientific*. Le critère de la production scientifique dépend du nombre d'articles publiés dans *Nature* et *Science* par les membres du corps académique et enfin, le critère de la productivité utilise le score total des cinq premiers indicateurs divisé par la taille du corps académique de l'institution.

Lorsqu'un tel classement est mis au point, certaines questions simples mais fondamentales restent trop légèrement abordées ; « Quelle est la définition des objets évalués ? Quel est le but du modèle ? Qui l'utilisera ? Comment structurer les objectifs ? Comment définir une « famille cohérente de critères » ? Comment prendre en compte l'incertitude, l'imprécision, et la mauvaise détermination ? ». Mais encore, quelle est l'utilité d'un tel système au regard des objectifs de la science ?

Afin de clore cette étude, les auteurs Jean-Charles Billaut, Denis Bouyssou et Philippe Vincke illustrent la nouvelle tour d'ivoire économique par ce nouveau calcul ; « Supposons que vous dirigiez une université et que vous voulez augmenter votre position dans le classement. C'est relativement simple. Il y a de grands domaines dans votre université qui ne contribuent aucunement à votre position dans le classement. Nous pensons au Droit et à la plupart des SHS. Supprimez ces domaines. Vous dégagerez des moyens financiers importants que vous pourrez alors utiliser pour vous « acheter » des groupes de recherche qui pourront contribuer à

¹⁸⁶⁵ F. Eloire, « Le classement de Shangaï. Histoire, analyse et critique », *L'Homme et la société*, vol. 178, n° 4, 2010, p. 17-38.

améliorer votre position dans le classement. Plusieurs indicateurs fournis par *Thomson Scientific* sont utiles pour cela (après tout, la liste des potentiels futurs prix Nobel en médecine n'est pas si longue que cela). Et quoiqu'il en soit, si le groupe ne reçoit pas le prix Nobel, il publiera dans des journaux qui comptent pour le classement et il contribuera à augmenter la liste des chercheurs les plus cités dans votre institution. Cela tend à promouvoir une certaine vision de la science, qui la fait ressembler à un sport professionnel où quelques riches équipes sont en compétition pour attirer les meilleurs joueurs mondiaux. Nous ne sommes pas persuadés qu'il s'agisse du meilleur moyen d'accroître les connaissances scientifiques »¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁶⁶ J-C. Billaut, D. Bouyssou, P. Vincke, « Faut-il croire le classement de Shanghai ? », *Revue de la régulation* [En ligne], 8 | 2e semestre / Autumn 2010, mis en ligne le 14 décembre 2010.

BIBLIOGRAPHIE

I. Références allemandes

Ouvrages

Alexy Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 582, 2015, 548 p.

Austermann Christof, *Brachflächenreaktivierung als Instrument der Stadterhaltung und nachhaltiger Innenentwicklung*, Göttingen, V und R Unipress Universitätsverlag Osnabrück, 2012, 262 p.

Baron Adamovich Ivan, *Entstehung von Verfassungen, Ökonomische Theorie und Anwendung auf Mittel- und Osteuropa nach 1989*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 334 p.

Bäumlin Richard, Böckenförde Ernst-Wolfgang, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht*, Berlin, Walter de Gruyter and Co, 1969, 291 p.

Bettermann Karl August, Goessl Manfred, M. Goessl, *Schulgliederung, Lehrebildung und Lehrerbesoldung in der bundesstaatlichen Ordnung, Zugleich ein Beitrag zur Rahmenkompetenz des Bundes und zu Konflikten zwischen Bundes und Landeskompentzen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963, 495 p.

Von Bogdandy Armi, Bast Jürgen, (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, Springer, 2009, 1094 p.

Borowski Martin, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Jus Publicum 144, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 837 p.

Bucher Eugen, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, 215 p.

Bumke Christian, Voßkuhle Andreas, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 693 p.

Cremer Wolfram, *Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 570 p.

Darraz Enrique Fernandez, Lenhardt Gero, Reisz Robert D., Stock Manfred, *Hochschulprivatisierung und akademische Freiheit, Jenseits von Markt und Staat : Hochschulen in der Weltgesellschaft*, Bielefeld, Science Studies, 2010, 197 p.

Essig Michael, *Preispolitik in Netzwerken, Ein institutionenökonomisch und spieltheoretisch fundierter Integrationsansatz für das Supply Chain Management*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag, 2004, 284 p.

Flämig Christian, Grellert Volker, Kimminich Otto, Meusel Ernst-Joachim, Rupp Hans-Heinrich, Scheven Dieter, Schuster Hermann Josef, Graf Stenbock-Fermor Friedrich, (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Band. 1, Berlin, Springer Verlag, 1982, 1482 p.

Fraenkel-Haeberle Cristina, *Die Universität im Mehrebenensystem : Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 455 p.

Gallas Andreas, *Die Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsaufsicht über die Studentenschaften*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band. 297, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, 251 p.

Gärditz Klaus Ferdinand, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 727 p.

Geis Max-Emanuel, *Examens-Repetitorium Staatsrecht : Staatsorganisationsrecht und Grundrechte*, Nördlingen, C. F. Müller, 2010, 281 p.

Gimmler Antje, *Institution und Individuum, Zur Institutionentheorie von Max Weber und Jürgen Habermas*, Frankfurt am Main, Campus Forschung, Band. 769, 1996, 244 p.

Gomolka Martin, *Zur Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung in öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Ergebnis eines prozessorientierten Content Management*, Hamburg, Diplomica Verlag, 2003, 248 p.

Hartmer Michael, Detmer Hubert, *Hochschulrecht ein Handbuch für die Praxis*, 2. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Wissenschaft, 2011, 758 p.

Muther Urs-Ullrich, *Paulinische Ökonomie, Der Effizienzbegriff in 1. Korinther 12 und seine Bedeutung für die Gemeindekonzeption*, Religion in der Öffentlichkeit, Band. 11, Frankfurt am Main, Peter Land, 2010, 385 p.

Himpsl Franz, *Die Freiheit der Wissenschaft, Eine Theorie für das 21. Jahrhundert*, Berlin, J. B. Metzler, 2006, 277 p.

Hömig Dieter, Wolff Heinrich Amadeus (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2016, 972 p.

Jahr Volker, *Innovation und Macht in der Organisation Hochschule, Die Etablierung des ökologischen Paradigmas am Fachbereich Agrarwissenschaften der Universität Kassel aus organisationstheoretischer Sicht*, Kassel, Kassel University Press GmbH, 2007, 266 p.

Jarass Hans Dieter, Pieroth Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 14. Auflage, München, C. H. Beck, 2016, 1433 p.

Jung Peter, *Der Unternehmergeinschaftler als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, Habilitationsschrift, Universität Freiburg im Breisgau.

Kaldewey David, *Wahrheit und Nützlichkeit, Selbstbeschreibungen der Wissenschaft zwischen Autonomie und gesellschaftlicher Relevanz*, Bielefeld, Transcript, Sciences studies, 2012, 494 p.

Kemper Till, *Konzepte demokratischer Legitimation unter besonderer Berücksichtigung der funktionalen Selbstverwaltung*, Seminararbeit, Norderstedt, Grin, 2011, 37 p.

Kingreen Thorsten, Porscher Ralf, *Grundrechte Staatsrecht II*, Schwerpunkte Pflichtfach, 33. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2017, 380 p.

Kirk Wolfgang, *Die öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland auf dem Weg zum Verwaltungsbetrieb*, Grundsätze, Chancen und Risiken des Veränderungsprozesses, Band. 1, Essen, Die Deutsche Bibliothek, 2004, 80 p.

Köbler Gerhard, *Rechtsfranzösisch, Deutsch-französisches und französisch-deutsches, Rechtswörterbuch für jedermann*, 4. Auflage, Sinzheim, Verlag Vahlen, 2004, 358 p.

Krausnick Daniel, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 548 p.

Lahusen Christiane, Markschiefs Christoph, *Zitat, Paraphrase, Plagiat, Wissenschaft zwischen guter Praxis und Fehlverhalten*, Berlin, Campus Verlag GmbH, 2015, 339 p.

Laudien Arne, *Präventives staatliches Eingreifen in massenmediale Internetkommunikation: der Schutz der Kommunikationsfreiheiten in der Wissensgesellschaft durch das Zensurverbot und die objektiven Gehalte des Art. 5 Abs. 1 GG*, Bremen, Europäischer Hochschulverlag, 2013, 392 p.

Lehr Dirk, *Wettbewerbsrecht, Tipps und Taktik*, 3. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2007, 192 p.

Luhmann Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechtes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1981, 456 p.

Lynen Peter Michael, *Kunstrecht 1 : Grundlagen des Kunstrechts*, Wiesbaden, Springer VS, 2013, 247 p. .

Mager Ute, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemässe Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Band 99, Tübingen, Jus Publicum, 2003, 527 p.

Von Mangoldt Hermann, Klein Friedrich, Starck Christian, *GG Kommentar zum Grundgesetz Band. 1, Präambel. Art. 1-19*, 6. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2010, 1973 p.

Manssen Gerrit, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen*, Tübingen, Jus Publicum 9, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, 414 p.

Marzlin Christian, *Die Exzellenzinitiative von Bund und Ländern auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Zuständigkeiten, Grundrechte und Rechtsschutz*, vol. 58, Kölner Schriften zu Recht und Staat, 2015, 279 p.

Meier Frank, *Die Universität als Akteur, Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation, Organisation und Public Management*, Wiesbaden, VS Research, 2009, 279 p.

Meyer-Guckel Volker, Winde Mathias, Ziegele Frank (Hrsg.), *Handbuch Hochschulräte, Denkanstöße und Erfolgsfaktoren für die Praxis*, Essen, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Heinz Nixdorf Stiftung, 2010, 176 p.

Möcke Jörgen, *Musiktheater und Vertragsrecht, die Verträge im Musiktheaterbetrieb vom Gastspiel- bis zum Tarifvertrag im Wandel der Zeit*, Hamburg, Diplomica Verlag GmbH, 2013, 84 p.

Müller Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte.: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, 106 p.

Münch Richard, *Akademischer Kapitalismus, Über die politische Ökonomie der Hochschulreform*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 459 p.

Musil Andreas, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 473 p.

Musil Andreas, Kirchner Sören, *Das Recht der Berliner Verwaltung, Unter Berücksichtigung kommunalrechtlicher Bezüge*, Potsdam, Springer, 2012, 310 p.

Niebler Julia, *Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel zur Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag*, Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Band. 32, Francfort, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2009, 302 p.

Opielka Michael, *Gemeinschaft in Gesellschaft, Soziologie nach Hegel und Parsons*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2004, 443 p.

Oppermann Thomas, *Kulturverwaltungsrecht : Bildung, Wissenschaft, Kunst*, J. C. B. Mohr Siebeck, 1969, 646 p.

Peine Franz-Joseph, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Auflage, Heidelberg, CF. Müller, 2014, 355 p.

Peters Hans, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Wiesbaden, Springer, 1963, 95 p.

Popp Karl, *Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung*, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band. 20, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, 242 p.

Rechmann Annika, *Von Kriegsverächtern und Kriegsverfechtern : die Berichterstattung über den Irak-Krieg 2003 in deutschen und amerikanischen Qualitätszeitungen*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag, 2007, 175 p.

Rusteberg Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 291 p.

Sachs Michael, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 3. Auflage, Köln, Springer, 2017, 731 p.

Schemmer Franz, Kempen Bernhard, BeckOK GG Art .5 Abs.3, Rn 179-185.2, Beck'scher Online-Kommentar GG.

Schlette Volker, *Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 777 p.

Schmitt Carl, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, 517 p.

Schoch Friedrich (hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, Göttingen, De Gruyter, 2013, 810 p.

Schülein Johann August, *Theorie der Institution, eine dogmengeschichtliche und konzeptionelle Analyse*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, 261 p.

Schulz-Priessnitz Almut, *Einheit von Forschung und Lehre*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band. 391, Berlin, Duncker und Humblot, 1981, 171 p.

Schwarze Jürgen (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Auflage, Baden Baden, Nomos Verlag, 2009, 2734 p.

Sommermann Karl-Peter, Huster Stefan, *Kultur und Wissenschaft: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. Bis 8. Oktober 2005*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band. 65, Berlin, De Gruyter, 2006, 611 p.

Starck Christian, *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*, Tübingen, J. C. B. Mohr Siebeck, 1995, 439 p.

Stober Rolf, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2008, 315 p.

Trute Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, 797 p.

Uechtritz Michael, *„Kooperationsverträge“ zwischen Hochschulen und gesellschaftlichen Verbänden, Die Abkommen der Hochschulen mit Arbeitnehmerorganisationen in Bremen, Oldenburg, Bochum und Saarbrücken*, Band. 454, Berlin, Duncker und Humblot, 1983, 245 p.

Wilholt Torsten, *Die Freiheit der Forschung ; Begründungen und Begrenzungen*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2012, 372 p.

Wischmeyer Thomas, *Die Kosten der Freiheit*, Grundrechtsschutz und Haushaltsautonomie, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 90 p.

Von Wissel Carsten, *Hochschule als Organisationsproblem, Neue Modi universitärer Selbstbeschreibung in Deutschland*, Bielefeld, Transcript, 2007, 353 p.

Württemberg Thomas, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band. 360, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 445 p.

Zimmerling Wolfgang, *Akademische Grade und Titel, Die verwaltungsrechtliche Voraussetzungen für das Führen inländischer und ausländischer Grade und Titel*, 2. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1995, 206 p.

Articles

Asche Matthias, « Das « grosse Universitätssterben » in den Jahrzehnten um 1800 », p. 25-48, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Vom Brocke Bernhard, « „Exportschlager Humboldt?“ Preussische Hochschulpolitik im 19. Und 20. Jahrhundert », p. 49-64, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Eidenmüller Horst, „Vertrauensmechanismus und Vertrauenshaftung“, Neumann Ulfrid, Schulz Lorenz, *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, p. 126.

Hener Yorck, Kaudelka Steffen, Kirst Sabine, „Stiftungshochschulen in Deutschland-Ein Zukunftsmodell? Eine Studie zu Modellen und Perspektiven“, CHE Centrum für Hochschulentwicklung, Arbeitspapier Nr. 110, Oktober 2008, (www.che.de/downloads/CHE_AP110_Stiftungshochschulen_in_Deutschland.pdf).

Kaufhold Ann-Katrin, „Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht ?“, NJW 2010, p. 3276-3279.

Kehm Barbara, „Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neuen Theorien zur „Organisation Hochschule“, p. 17-25, dans Wilkesmann Uwe, Schmid Christian J. (Hrsg.), *Hochschule als Organisation*, Heidelberg, Springer VS, 2012, 385 p.

Kleifeld Helge, « Hochschulpolitik als Arbeitsfeld studentischer Verbindungen », p. 129-145, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Klein Wolfgang, „Fast nur Zitate und Paraphrasen, oder: Von Nutzen und Schaden des Plagiats“, p. 67-84, dans Lahusen Christiane, Markschiefs Christoph, *Zitat, Paraphrase, Plagiat, Wissenschaft zwischen guter Praxis und Fehlverhalten*, Berlin, Campus Verlag GmbH, 2015, 339 p.

Klenke Dietmar, « Das Verfassungsgerichtsurteil von 1973 über die universitäre Mitbestimmung », p. 217-246, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Köster Roman, « Die deutsche Nationalökonomie in den 1920er Jahren und die Einführung des Diplomexamens », p. 80-100, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Lambrecht Wolfgang, „Lange Linien“ und Brüche in der (deutsch-) deutschen Hochschulpolitik nach 1945“, p. 146-157, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Lieb Wolfgang, „ NachDenkSeiten – Die kritische Website, „Bundesverfassungsgericht stärkt die individuelle Wissenschaftsfreiheit und die Selbstverwaltungsrechte der Hochschulangehörigen“, Mittwoch den 6. August 2014, (<https://www.nachdenkseiten.de/?p=22637>).

Maria Kiesow Rainer, „Das Recht aufs Plagiat“, p. 59-66, dans Lahusen Christiane, Markschiefs Christoph, *Zitat, Paraphrase, Plagiat, Wissenschaft zwischen guter Praxis und Fehlverhalten*, Berlin, Campus Verlag GmbH, 2015, 339 p.

Rohwedder Uwe, « SDS-Hochschuldenkschrift und VDS-Neugründungsgutachten », p. 158-172, dans Pöppinghege Rainer, Klenke Dietmar, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011.

W. Rudloff, « Die Studienreform in der Hochphase der Hochschulexpansion: Zwischen Effektivierung und Projekt? », p. 186-216, dans R. Pöppinghege, D. Klenke, *Hochschulreformen früher und heute, zwischen Autonomie und gesellschaftlichem Gestaltungsanspruch*, Abhandlungen zur Studenten- und Hochschulgeschichte, Band. 18, Köln, SH-Verlag, 2011, 270 p.

Schedler Kuno, „Gewährleistungsstaat, eine Konzeption für den Staat im New Public Management“, dans *Berliner Debatte Initial*, 11. Jg. , Nr. 3, 2000, p. 5-18.

Wienbracke Mike, « Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz », *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2/2013, p. 149-153.

Jurisprudence

BVerfG 1, 97, déc. du 19 décembre 1951, « Hinterbliebenenrente I »

BVerfGE 1, 167, déc. du 20 mars 1952, « Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden »

BVerfGE 1, 264, déc. du 30 avril 1952, « Bezirksschornsteinfeger »

BVerfGE 2, 1, déc. du 23 octobre 1952, « SRP-Verbot »

BVerfGE, 3, 58, déc. du 17 décembre 1953, « Beamtenverhältnisse »

BVerfGE 3, 383, déc. du 3 juin 1954, « Gesamtdeutscher Block »

BVerfGE 4, 7 déc. du 20 juillet 1954, « Investitionshilfe »

BVerfGE 4, 96, déc. du 18 novembre 1954, « Hutfabrikant »

BVerfGE 4, 219, déc. du 21 juillet 1955, « Junktimklausel »

BVerfGE 5, 85, déc. du 17 août 1956, « KPD-Verbot »

BVerfGE 6, 32, déc. du 16 janvier 1957, « Elfes »

BVerfGE déc. du 10 mai 1957, « Homosexuelle »

BVerfG 7, 155, déc. du 17 octobre 1957, « Hauptamtlicher Bürgermeister »

BVerfGE 7, 198, déc. du 15 janvier 1958, « Lüth »

BVerfGE 7, 377, déc. du 11 juin 1958, « Apotheken-Urteil »

BVerfG 8, 1, déc. du 11 juin 1958, « Teuerungszulage »

BVerfG 8, 274, déc. du 12 novembre 1958, « Preisgesetz »

BVerfG 9, 20, déc. du 16 décembre 1958, « Arbeitslosenhilfe »

BVerfGE 10, 89, déc. du 29 juillet 1959, « (Großer) Erftverband »

BVerfGE 11, 30, déc. du 23 mars 1960, « Kassenarzt-Urteil »

BVerfG 11, 234, déc. du 22 juin 1960, « Jugendgefährdende Schriften »

BVerfG 11, 266, déc. du 12 juillet 1960, « Wählervereinigung »

BVerfGE 11, 351, déc. du 2 novembre 1960, « Wahlprüfungsbeschwerde »

BVerfGE 12, 10, déc. du 15 novembre 1960, 2 BvR 536/60

BVerfG 12, 45, déc. du 20 décembre 1960, « Kriegsdienstverweigerung I »

BVerfGE 12, 205, déc. du 28 février 1961, « Rundfunkentscheidung »

- BVerfG 13, 97, déc. du 17 juillet 1961, « Handwerksordnung »
- BVerfGE, 13, 230, déc. du 26 novembre 1961, « Ladenschlussgesetz I »
- BVerfGE 14, 263, déc. du 7 août 1962, « Feldmühle-Urteil »
- BVerfG, déc. du 16 janvier 1963, 1 BvR 316/60, « Universitäre Selbstverwaltung »
- BVerwGE 16, 50, déc. du 28 mars 1963, 8 C 57/62
- BVerfG 17, 172, déc. du 26 novembre 1963, « Freiburger Polizei »
- BVerfG 18, 112, déc. du 30 juin 1964, « Auslieferung I »
- BVerfG 18, 121, déc. du 1^{er} juillet 1964, « Fiskusprivileg »
- BVerwGE, déc. du 5 février 1965, 7 C 151/63
- BVerfG 19, 1, déc. du 28 avril 1965, « Neuapostolische Kirche »
- BVerfG 19, 129, déc. du 4 octobre 1965, « Umsatzsteuer »
- BVerfG 19, 342, déc. du 15 décembre 1965, « Wencker »
- BVerfGE 20, 56, déc. du 19 juin 1966, « Parteifinanzierung I »
- BVerfGE 20, 162, déc. du 5 août 1966, « Spiegel »
- BVerwG, déc. du 19 janvier 1967, E 26, S. 31, 36 ; Erichsen, Jura 1991, S. 109f
- BVerfG 21, 207, déc. du 1^{er} mars 1967, « Flächentransistor »
- BVerfGE 21, 271, déc. du 4 avril 1967, « Südkurier »
- BVerfG, 21, 362, déc. du 2 mai 1967, « Sozialversicherungsträger »
- BVerfG 23, 153, déc. du 6 mars 1968, « Schatzanweisungen »
- BVerfGE 24, 300, déc. du 3 décembre 1968, « Wahlkampfkostenpauschale »
- BVerfGE 24, 367, déc. du 18 décembre 1968, « Hamburgisches Deichordnungsgesetz »
- BVerfG 25, 44, déc. du 14 janvier 1969, « Durchsetzung von Parteiverboten »
- BVerfG 27, 1, déc. du 16 juillet 1969, « Mikrozensus »
- BVerfGE 27, 44, déc. du 22 juillet 1969, « Parlamentarisches Regierungssystem »
- BVerfG 27, 88, déc. du 14 octobre 1969, « Der Demokrat »
- BVerfGE 27, 220, déc. du 14 novembre 1969, 1 BvL 4/ 69

BVerfG 27, 375, déc. du 28 janvier 1970, 1 BvL 4/67

BVerfG, déc. du 26 mai 1970, 28, 243, « Dienstpflichtverweigerung »

BVerfG 29, 260, déc. du 14 octobre 1970, 1 BvR 306/68

BVerfG 30, 173, déc. du 24 février 1971, « Mephisto »

BVerfG 30, 227, déc. du 24 février 1971, « Vereinsname », 1 BvR 438, 456, 484/68, 1 BvL 40/69

BVerfG 30, 292, déc. du 16 mars 1971, « Erdölbevorratung »

BVerfG 30, 336, déc. du 23 mars 1971, « Jugendgefährdende Schriften

BVerfG 31, 275, déc. du 8 juillet 1971, « Bearbeiter-Urheberrechte »

BVerfGE 31, 314, déc. du 27 juillet 1971, « 2. Rundfunkentscheidung »

BVerfG 32, 54, déc. du 13 octobre 1971, « Betriebsbetretungsrecht »

BVerfG 32, 98, déc. du 19 octobre 1971, « Gesundheitsbeter »

BVerfG 33, 1, déc. du 14 mars 1972, « Strafgefangene »

BVerfG 33, 52, déc. du 25 avril 1972, « Zensur »

BVerfG 33, 23, déc. du 11 avril 1972, « Eidesverweigerung aus Glaubensgründen“

BVerfG 33, 125, déc. du 9 mai 1972, « Facharzt »

BVerfGE 33, 303, déc. du 18 juillet 1972, « Numerus clausus I »

BVerfG 34, 269, déc. du 14 février 1973, « Soraya »

BVerfGE 35, 202, déc. du 5 juin 1973, « Lebach »

StGH Baden-Württemberg, déc. du 24 novembre 1973, GR 1/73

BVerwGE, déc. du 22 février 1974, 7 C 9/71

BVerfGE 36, 321, déc. du 5 mars 1974, « Schallplatten »

BVerfG, déc. du 25 juin 1974, 1 BvL 11/73

BVerfGE 39, 1, déc. du 25 février 1975, « Schwangerschaftsabbruch I »

BVerfG, déc. du 9 avril 1975, 1 BvL 6/74

BVerfG 39, 334, déc. du 22 mai 1975, « Extremistenbeschluss »

BVerfG, déc. du 16 décembre 1975, 2 BvR 854/75

- BVerfG 41, 29, déc. du 17 décembre 1975, « Simultanschule »
- BVerfG 41, 126, déc. du 13 janvier 1976, « Reparationsschäden »
- BVerfGE 42, 103, déc. du 7 avril 1976, « Staatsvertrag »
- BVerfG 42, 312, déc. du 21 septembre 1976, « Inkompatibilität/Kirchliches Amt »
- BVerfGE 43, 242, déc. du 8 février 1977, « Universitätsgesetz Hamburg »
- BVerfGE 43, 291, déc. du 8 février 1977, « Numerus clausus II »
- BVerwGE, déc. du 8 mars 1977, 1 C 15/73
- BVerfG 44, 283, déc. du 19 avril 1977, 1 BvL 17/75
- BVerwGE 52, 313, déc. du 22 avril 1977, 7 C 17/74
- BVerfG 45, 63, déc. du 7 juin 1977, « Stadtwerke Hameln »
- BVerfGE 45, 187, déc. du 21 juin 1977, « Lebenslange Freiheitsstrafe »
- BVerfGE 46, 160, déc. du 16 octobre 1977, « Schleyer »
- BVerfG 47, 46, déc. du 21 décembre 1977, « Sexualkundeunterricht »
- BVerfG 47, 130, déc. du 17 janvier 1978, « KBW-Werbung »
- BVerfGE 47, 198, déc. du 14 février 1978, « Wahlwerbesendungen »
- BVerfG 47, 327, déc. du 1^{er} mars 1978, « Hessisches Universitätsgesetz »
- BVerfG 47, 253, déc. du 15 février 1978, 2 BvR 134/76, « Gemeindeparlament »
- BVerfG 48, 376, déc. du 20 juin 1978, 1 BvL 14/77, « Tierversuche »
- BVerfG 49, 89, déc. du 8 août 1978, « Kalkar I »
- BVerwG, déc. du 30 novembre 1978, 7 B 93/76
- BVerfG 50, 234, déc. du 6 février 1979, « Gerichtspresse »
- BVerfGE 50, 290, déc. du 1^{er} mars 1979, « Mitbestimmung »
- BVerfG 51, 97, déc. du 3 avril 1979, « Zwangsvollstreckung I. »
- BVerfG 51, 369, déc. du 26 juin 1979, « Auflösungsgesetz »
- BVerfGE 55, 223, déc. du 16 octobre 1979, « Schulgebet »
- BVerfG 52, 380, déc. du 13 novembre 1979, « Schweigender Prüfling »
- BVerfG 53, 1, déc. du 4 décembre 1979, « Schulbücher »

BVerwGE 59, 231, déc. du 13 décembre 1979, 7C 58/78

BVerwGE, déc. du 8 février 1980, 7 C 93/77

BVerfG 54, 208, déc. du 3 juillet 1980, « Böll »

BVerfG, déc. du 8 juillet 1980, 1 BvR 1472/78

BverfG 55, 37, déc. du 7 octobre 1980, 1 BvR 1289/78, « Bremer Modell »

BVerwGE, déc. du 15 octobre 1980, 7 C 64/77

BVerfG 58, 68, déc. du 23 janvier 1981, 2 BvR/1067/80

BVerwG, déc. du 18 mars 1981, 6 P 17/79

BVerfG, déc. du 8 avril 1981, 1 BvR 608/79

BVerfGR 57, 295, déc. du 16 juin 1981, « 3. Rundfunkentscheidung »

BVerwG, déc. du 18 septembre 1981, 7 N 1/79

BVerfG 59, 231, déc. du 13 janvier 1982, « Freie Mitarbeiter »

BVerfGE 59, 360, déc. du 9 février 1982, « Schülerberater »

BVerfG 60, 162, déc. du 23 mars 1982, 2 BvL 1/81

BVerfGE 60, 374, déc. du 8 juin 1982, « Redefreiheit und Ordnungsrecht »

BVerfG 61, 1, déc. du 22 juin 1982, « Wahlkampf/ CSU : NPD Europas »

BVerfG, 61, 82, déc. du 8 juillet 1982, « Sasbach »

BVerfG 61, 210, déc. du 20 octobre 1982, 1 BvR 1467/80

BVerfG 62, 230, déc. du 15 novembre 1982, « Boykottaufruf »

BVerfG 64, 72, déc. du 4 mai 1983, « Prüflingenieur »

BVerwGE 67, 206, déc. du 27 mai 1983, 4 C 44/8

BVerfGE 64, 323, déc. du 29 juin 1983, 2 BvR 720/79, « Amtsbezeichnung der Hochschullehrer »

BVerfGE 65, 1, déc. du 15 décembre 1983, « Volkszählung »

BVerfG, déc. du 08 février 1984, 1 BvR 580/83, « Hochschule Hannover »

BVerfGE 67, 100, déc. du 17 juillet 1984, « Flick-Untersuchungsausschuss »

BVerfG 68, 193, déc. du 31 octobre 1984, « Zahntechniker-Innungen »

BVerwGE 70, 318, déc. du 13 décembre 1984, 7 C 3/83
VGH Baden Württemberg, déc. du 3 avril 1985, 9 S 2913/84
BVerfG 70, 1, déc. du 14 mai 1985, « Orthopädietechniker-Innungen »
LAG Berlin, déc. du 15 juillet 1985, 9 Sa 34/85
BVerwG, déc. du 09 octobre 1985, 7 B 188/85
BVerfG 71, 81, déc. du 22 octobre 1985, « Arbeitnehmerkammern Bremen »
BVerfG 71, 162, déc. du 19 novembre 1985, « Frischzellentherapie »
BVerwGE, déc. du 24 juillet 1986, 7 B 26/86
BVerfGE 73, 118, déc. du 4 novembre 1986, « 4. Rundfunkentscheidung »
BVerfG 74, 297, déc. du 24 mars 1987, 1 BvR 147/86 ; 1 BvR 478/86,
« 5. Rundfunkentscheidung »
BVerfG 75, 192, déc. du 14 avril 1987, « Sparkassen »
BVerfG 76, 1, déc. du 12 mai 1987, « Familiennachzug »
BVerfG 75, 369, déc. du 3 juin 1987, « Strauss-Karikatur »
BVerfG 76, 83, déc. du 16 juin 1987, « Zwangsvollstreckung III. »
BVerfG 76, 171, déc. du 14 juillet 1987, « Standesrichtlinien »
BVerfG 76, 196, déc. du 14 juillet 1987, 1 BvR 362/79
BVerwGE, déc. du 23 juillet 1987, 7 C 10/86
BVerfG 77, 65, déc. du 1^{er} octobre 1987, « Beschlagnahme von Filmmaterial »
BVerfG 77, 170, déc. du 29 octobre 1987, « Lagerung chemischer Waffen »
BVerfG 77, 240, déc. du 3 novembre 1987, « Herrnburger Bericht »
BVerfG 78, 32, déc. du 25 février 1988, 2 BvL 26/84
BVerfGE 78, 101, déc. du 23 mars 1988, « Eigentumsrecht von Rundfunkanstalten »
BVerfGE 78, 179, déc. du 10 mai 1988, « Heilpraktikergesetz »
BVerwGE, déc. du 30 mai 1988, 7 B 173/87
BVerwGE, déc. du 3 novembre 1988, 7 C 85/86
BVerfG 79, 127, déc. du 23 novembre 1988, « Rastede »

BVerfG 80, 1, déc. du 14 mars 1989, 1 BvR 1033/82, 1 BvR 174/84

BVerwG, déc. du 25 mai 1989, 7 B 112/88

BAG, déc. du 21 juin 1989, 7 ABR 58/87

VGH Baden-Württemberg, déc. du 6 mars 1990, 9 S 1682/89

OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 26 avril 1990, 15 A 203/88

VGH Hessen, déc. du 29 août 1990, 6 N 3630/87

OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 28 septembre 1990, 15 A 584/87

BVerfGE 83, 60, déc. du 31 octobre 1990, « Ausländerwahlrecht II »

BVerfG 83, 130, déc. du 27 novembre 1990, « Josefine Mutzenbacher »

BVerfGE 83, 238, déc. du 5 février 1991, 1 BvF 1/85, 1 BvR 1/88,
« 6.Rundfunkentscheidung »

BVerfG 83, 363, déc. du 7 février 1991, « Krankenhausumlage »

BVerfG 84, 34, déc. du 17 avril 1991, « Gerichtliche Prüfungskontrolle »

BVerfG 84, 59, déc. du 17 avril 1991, « Multiple Choice Verfahren »

BVerfGE 84, 133, déc. du 24 avril 1991, « Warteschleife »

VGH Baden-Württemberg, déc. du 3 septembre 1991, 9 S 16/91

BVerfG, déc. du 22 octobre 1991, 1 BvR 393, 1 BvR 610/85

BVerwGE, déc. du 18 décembre 1991, 7 B 127/91

BVerfGE 85, 360, déc. du 10 mars 1992, 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905, 939-955,
957-963, 1128, 1315-1318, 1453/91, « Akademie-Auflösung »

BVerfG 86, 1, déc. du 25 mars 1992, « TITANIC/'ge. Mörder' »

BVerfGE 85, 264, déc. du 9 avril 1992, « Parteifinanzierung II »

VGH Bayern, déc. du 29 avril 1992, 7 B 90/1718

VG Würzburg, déc. du 7 mai 1992, W 1 K 91/1510

BVerfG 86, 90, déc. du 12 mai 1992, « Papenburg »

BVerwGE, déc. du 23 septembre 1992, 6 C 2/91

BVerfG 87, 181, déc. du 6 octobre 1992, « 7. Rundfunkentscheidung »

BVerfG 88, 129, déc. du 3 mars 1993, « Promotionsberechtigung »

BVerfG 89, 1, déc. du 26 mai 1993, « Besitzrecht des Mieters »

BVerfGE 88, 203, déc. du 28 mai 1993, « Schwangerschaftsabbruch II »

BVerfGE 89, 155, déc. du 12 octobre 1993, « Maastricht »

OVG Schleswig-Holstein, déc. du 25 novembre 1993, 3 M 58/93

VGH Hessen, déc. du 29 décembre 1993, 11 TH 2796/93

BVerfG 90, 1, déc. du 11 janvier 1994, 1 BvR 434/87, « Jugendgefährdendenschriften »

BVerwGE 95, 237, déc. du 16 mars 1994, 6 C 1/93

BVerfG, déc. du 17 mars 1994, 1 BvR 2069/93

BVerfG 90, 241, déc. du 13 avril 1994, « Auschwitzlüge »

BVerfG 91, 228, déc. du 26 octobre 1994, « Gleichstellungsbeauftragte »

VGH Baden-Württemberg, déc. du 12 janvier 1995, 4 S 1016/92

BVerwG, déc. du 13 avril 1995, 4 B 70/95

BVerfG 93, 1, déc. du 16 mai 1995, « Kruzifix »

BVerfG 93, 37, déc. du 24 mai 1995, « Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein »

BVerfG 93, 85, déc. du 31 mai 1995, « Universitätsgesetz »

OVG Rheinland-Pfalz, déc. du 29 septembre 1995, 2 C 12228/94

BVerwGE, déc. du 13 décembre 1995, 6 C 7/94

BVerfG 94, 241, déc. du 12 mars 1996, « Kindererziehungszeiten »

BFH, déc. du 5 juin 1996, X R 234/93

BVerwGE 102, 142, déc. du 23 octobre 1996, 6 C 1/94

BVerwGE, déc. du 11 décembre 1996, 6C 5/95

BVerfG 95, 193, déc. du 26 février 1997, « DDR-Hochschullehrer »

BVerfG 95, 220, déc. du 26 février 1997, « Aufzeichnungspflicht »

BVerfGE 95, 267, déc. du 8 avril 1997, « Altschulden »

BVerfG 75, 318, déc. du 5 mai 1997, « Sachverständiger »

BVerfG 96, 231, déc. du 9 juillet 1997, « Müllkonzept »

BverfG, déc. du 15 septembre 1997, 1 BvR 406/96, 1 BvR 1214/97

BVerfG 97, 298, déc. du 20 février 1998, « extra-radio »
VGH Karlsruhe, déc. du 29 avril 1998, 7 K 2768/97
BVerfGE 99, 367, déc. du 2 mars 1999, « Montan-Mitbestimmung »
BAG, déc. du 11 mars 1999, 2 AZR 427/98
BVerfGE 100, 313, déc. du 14 juillet 1999, « Telekommunikationsüberwachung I. »
VerfGH Nordrhein-Westfalen, déc. du 25 janvier 2000, 2/98
VGH Baden-Württemberg, déc. du 31 juillet 2000, D 17 S 4/00
BVerfG, déc. du 4 août 2000, 1 BvR 1510/99, « Semesterticket »
VGH Baden-Württemberg, déc. du 15 novembre 2000, 9 S 2553/99
BVerfGE 102, 347, déc. du 12 décembre 2000, « Schockwerbung I »
VG Hannover, déc. du 28 février 2001, 6A 759/00
BVerfG, déc. du 7 mai 2001, 1 BvR 2206/00
VGH Baden-Württemberg , déc. du 8. mai 2001, 14 S 1238/00
BVerfG 104, 14, déc. du 22 mai 2001, « Wahlkreiseinteilung Krefeld»
BVerwG, déc. du 31 juillet 2001, 6 B 42/01
BverfG, déc. du 16 août 2001, 1 BvL 6/01
BVerfG 104, 126, déc. du 21 novembre 2001, « Dienstbeschädigtenteilrente »
BVerfGE 104, 357, déc. du 16 janvier 2002, « Apothekenöffnungszeiten »
VG Göttingen, déc. du 5 mars 2002, 4 B 4220/01
VG Göttingen, déc. du 15 mai 2002, 3 A 3193/00
BVerfGE 105, 279, déc. du 26 juin 2002, « Osho »
BVerfG, déc. du 11 novembre 2002, 1 BvR 2145/01
BVerfG 107, 59, déc. du 5 décembre 2002, « Lippeverband »
BVerfG, déc. du 4 février 2003, 2 BvR 315/01
VGH Bayern, déc. du 21 février 2003, 4 CS 03/462
BVerfGE 107, 339, déc. du 18 mars 2003, « NPD-Verbotsverfahren »
VGH Gelsenkirchen, déc. du 25 mars 2003, 1 L 3141/02

VGH Bayern, déc. du 7 avril 2003, 7 B 02/168
VGH Baden Württemberg, déc. du 28 avril 2003, 9 S 576/03
BVerfGE, déc. du 26 aout 2003, 1 BvR 2243/02
BVerfGE, 108, 282, déc. du 24 septembre 2003, « Kopftuch »
VG Köln, déc. du 17 février 2004, 7 K 8281/01
BVerfG 3, 93, déc. du 12 mars 2004, 1 BvL 7/03
BAG, 27 mai 2004, 6 AZR 129/03
BAG, déc. du 27 mai 2004, 6 AZR 132/03
BVerfGE 111, 226, déc. du 27 juillet 2004, 2 BvF 2/02, « Juniorprofessur »
BVerfG 111, 333, déc. du 26 octobre 2004, « Brandenburgisches Hochschulgesetz »
BVerfG, déc. du 12 octobre 2004, 1 BvR 2130/98
VGH Baden-Württemberg, déc. du 29 octobre 2004, 9 S 2089/04
VerfGH Berlin, déc. du 1^{er} novembre 2004, 210/03
KG Berlin, déc. du 30 novembre 2004, 5 U 55/04
BVerfGE 112, 226, déc. du 26 janvier 2005, « Studiengebühren »
BVerwGE, déc. du 19 mai 2005, 3 C 17/04
BVerfG 113, 167, déc. du 18 juillet 2005, « Risikostrukturausgleich »
VGH Baden-Württemberg, déc. du 29 novembre 2005, 1 S 1161/04
BGH, déc. du 20 janvier 2006, 5 ZR 134/05
BVerfGE 115, 118, déc. du 15 février 2006, « Luftsicherheitsgesetz »
BVerfGE 115, 276, déc. du 28 mars 2006, « Sporwetten »
VGH Baden-Württemberg, déc. du 23 mai 2006, 4 S 1957/04
VGH Hessen, déc. du 16 novembre 2006, 8 UE 2251/05
BVerfG 117, 302, déc. du 27 février 2007, « Art. 19 Einigungsvertrag »
BVerfGE, déc. du 27 février 2007, 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06
BVerfG 118, 79, déc. du 13 mars 2007, « Treibhausgas-Emissionsberechtigungen »
VG München déc. du 9 mai 2007, 7 CE 07/551

BVerfG 118, 168, déc. du 13 juin 2007, « Konstammdaten »

BVerfG 119, 1, déc. du 13 juin 2007, « Roman Esra »

BVerfG, déc. du 7 août 2007, 1 BvR 2667/05

BGH, déc. du 18 septembre 2007, X ZR 167/05

BVerfGE 120, 274, déc. du 27 février 2008, « Oline Durchsuchungen »

BVerfGE 121, 30, déc. du 12 mars 2008, « Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen »

BAG, déc. du 19 mars 2008, 7 AZR 1100/06

VGH Bayern, 7 mai 2008, 19-VII-06

BVerfG 121, 205, déc. du 28 mai 2008, 2 BvL 11/07

VG München déc. du 1^{er} octobre 2008, M 4 E 08/4233

BVerfG 122, 89, déc. du 28 octobre 2008, « Wissenschaftsfreiheit in der Theologie »

OVG Nordrhein-Westfalen, déc. du 19 décembre 2008, 6 B 1607/08

BVerfG 122, 342, déc. du 17 février 2009, « Bayerisches Versammlungsgesetz »

VerfGH Berlin, déc. du 4 mars 2009, 199/06

BVerwGE, déc. du 29 avril 2009, 6 C 16/08

VG Mainz, déc. du 7 septembre 2009, 3 L 762/09

VG München, déc. du 28 septembre 2009, M 4 09/3618

BVerfG 124, 300, déc. du 4 novembre 2009, « Rudolf Hess Gedenkfeier »

BVerfGE 125, 175, déc. du 9 février 2010, « Hartz IV »

OVG Hamburg, déc. du 23 février 2010, 3 Bf 70/09

BVerfGE, déc. du 14 janvier 2010, 1 BvR 216/07

BVerfG, déc. du 4 avril 2010- 1 BvR 3389/08

BVerfG 126, 1, déc. du 13 avril 2010, 1 BvR 216/07

BVerfG 127, 87, déc. du 20 juillet 2010, 1 BvR 748/06, « Hamburgisches Hochschulgesetz »

OVG Sachsen, déc. du 2 août 2010, 2 B 181/10

BVerfG, déc. du 7 septembre 2010, 2 BvF 1/09

BVerfGE 128, 1, déc. du 24 novembre 2010, 1 BvF 2/05, « GentechnikG »
VG Köln , déc. du 27 janvier 2011, 6 K 758/09
LAG Hamburg, déc. du 21 février 2011, 36A C 243/10
VG Karlsruhe, déc. du 6 avril 2011, 7 K 390/09
BVerfG 129, 78, déc. du 19 juillet 2011, « Anwendungserweiterung »
OVG Sachsen, déc. du 8 août 2011, 2 C 1/10
BVerfG, déc. du 14 février 2012, 2 BvL 4/10
BVerwG, déc. du 23 février 2012, 6 BN 2/11
VG Freiburg, déc. du 23 mai 2012, 1 K 58/12
VG Würzburg, déc. du 5 septembre 2012, W 1 E 12/671
VG Leipzig, déc. du 12 décembre 2012, NC 2 L 301/12
BFH, déc. du 30 janvier 2013, I R 35/11
OVG Sachsen-Anhalt, déc. du 29 mai 2013, 3 M 199/13
VG Braunschweig, déc. du 26 juin 2013, 5 A 33/11
VerfGH Bayern 50, 129, déc. du 12 juillet 2013
VerfGH Brandenburg, déc. du 18 octobre 2013, 25/13
BVerfGE, déc. du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12
OVG Rheinland-Pfalz, déc. du 15 avril 2014, 2 A 10022/14
BVerfG 136, 338, déc. du 24 juin 2014, 1 BvR 3217/07
BVerfG, déc. du 3 septembre 2014, 1 BvR 3048/13
OVG Landes Sachsen-Anhalt, déc. du 1^{er} septembre 2014, 1 M 76/14
VG Würzburg, déc. du 30 septembre 2014, W 1 K 12/767
OVG Berlin-Brandenburg, déc. du 10 novembre 2014, 5 N 11/13
BVerfG, déc. du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11
LAG Köln, déc. du 23 janvier 2015, 4 Sa 773/14
BVerfG, déc. du 12 mai 2015, 1 BvR 1501/13, 1BvR 1682/13
BFH, déc. du 9 juin 2015, VIII R 12/14

VG München, déc. du 25 juin 2015, M 3 K 14/1137

BVerfG, déc. du 29 août 2015, 1 BvQ 32/15

BVerfG, déc. du 3 novembre 2015, 1 BvR 1766/15

OVG Sachsen, déc. du 16 décembre 2015, 2 B 300/15

BVerfG, déc. du 17 février 2016, 1 BvL 8/10

OVG Berlin, déc. du 21 avril 2016, 12 N 41/14

VGH Brandenburg, déc. du 25 mai 2016, 51/15

BVerfG, déc. du 29 juin 2016, 1 BvR 590/15

VerfGH Baden-Württemberg, déc. du 14 novembre 2016, 1 VB 16/15

OVG Rheinland-Pfalz, déc. du 30 novembre 2016, 2 A 10642/16

BVerfGE, déc. du 17 janvier 2017, 2 BvB 1/13

BVerfG, déc. du 24 février 2017, 2 BvR 2524/16

BVerfGE, déc. du 19 décembre 2017, 1 BvL 3/14

BVerfG, déc. du 24 avril 2018, 2 BvL 10/16

BverfG, déc. du 12 juin 2018, 2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 1395/13

Textes juridiques

Grundgesetz

Das 50. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. 7 . 2002

Weimarer Reichsverfassung, 1919

Gesetz über das einheitliche sozialistische Bildungssystem vom 25. 2. 1965, GBl. Der DDR 1965 I, Nr. 6, 85f.

Hochschulrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 1999 (BGBl. I S. 18), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228) geändert worden ist

Gesetz über die Sicherung und Nutzung von Archivgut des Bundes (Bundesarchivgesetz - BArchG) du 6 janvier 1988

Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz-IFG) du 1er janvier 2006

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) du 1er janvier 1966

Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GjS), du 12 juillet 1985

Tierschutzgesetz (TierSchG) du 1^{er} octobre 1972

Gentechnikgesetz (GenTG) du 16 décembre 1993

Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbnEG) du 25 juillet 1957

Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland" du 15 février 2005

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).du 1^{er} janvier 1977

Bundesbeamtenengesetz du 5 février 2009

Beamtenstatusgesetz (Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern) du 17 juin 2008

Staatsvertrag über Mediendienste (Mediendienste-Staatsvertrag), du 31 janvier 1997

Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung du 5 juin 2008

Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung in der Fassung der Bekanntmachung du 18 mai 2010

Gesetz zum Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätze du 21 novembre 2006

Verfassung des Landes Baden-Württemberg du 11 novembre 1953

Verfassung des Freistaates Bayern du 8 décembre 1946

Verfassung von Berlin du 1er octobre 1950

Verfassung des Landes Brandenburg du 21 aout 1992

Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen du 22 octobre 1947

Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg du 15 mai 1946

Verfassung des Landes Hessen du 1er décembre 1946

Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern du 15 novembre 1994

Niedersächsische Verfassung du 1er juin 1993

Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen du 11 juillet 1950

Verfassung für Rheinland-Pfalz du 18 mai 1947

Verfassung des Saarlandes du 17 décembre 1947

Verfassung des Freistaates Sachsen du 6 juin 1992

Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt du 18 juillet 1992

Verfassung des Landes Schleswig-Holstein du 12 janvier 1950

Verfassung des Freistaats Thürigen du 30 octobre 1993

Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg du 1^{er} janvier 2005, modifiée par la loi du 13 mars 2018

Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Baden-Württemberg (HZG BW) du 15 septembre 2005

Bayerisches Hochschulgesetz du 23 mai 2006, modifiée par la loi du 15 mai 2018

Gesetz über die Hochschulzulassung in Bayern (BayHZG) du 9 mai 2007

Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen sowie des weiteren wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen (Bayerisches Hochschulpersonalgesetz – BayHSchPG) du 23 mai 2006

Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin du 13 février 2003, modifiée par la loi du 2 février 2018

Berliner Hochschulzulassungsgesetz (BerlHZG) du 18 juin 2005

Gesetz über die Hochschulen des Landes Brandenburg du 18 décembre 2008 modifiée par la loi du 8 mai 2018

Bremisches Hochschulgesetz du 9 mai 2007, modifiée par la loi du 8 mai 2018

Hamburgisches Hochschulgesetz du 18 juillet 2001, modifiée par la loi du 29 mai 2018

Hessisches Hochschulgesetz du 14 décembre 2009, modifiée par la loi du 18 décembre 2017

Gesetz über die Errichtung der „Stiftung Europa-Universität Viadrina Frankfurt (StiftG-EUV) du 1^{er} décembre 2007

Gesetz zur organisatorischen Fortentwicklung der Technischen Universität Darmstadt (TUD-Gesetz) du 5 décembre 2004

Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg- Vorpommern du 5 juillet 2002, modifiée par la loi du 11 juillet 2016

Niedersächsisches Hochschulgesetz du 26 février 2007, modifiée par la loi du 20 décembre 2016

Vorschaltgesetz für ein Niedersächsisches Gesamthochschulgesetz vom 26. Oktober 1971

Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen du 1^{er} janvier 2007, modifiée par la loi du 1^{er} juillet 2018

FHG NRW Gesetz über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (Fachhochschulgesetz öffentlicher Dienst - FHGöD -) du 29 mai 1984

Drittes Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Nordrhein-Westfalen (HZG NRW) du 18 novembre 2008

Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz du 21 juillet 2003, modifiée par la loi du 7 février 2018

Saarländisches Hochschulgesetz du 23 mai 2004, modifiée par la loi du 30 novembre 2016

Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz du 10 décembre 2008, modifiée par la loi du 26 avril 2018

Sächsisches Hochschulzulassungsgesetz (SächsHZG) du 7 juin 1993

Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt du 5 mai 2004, modifiée par la loi du 13 juin 2018

Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein du 5 février 2016, modifiée par la loi du 10 février 2018

Thüringer Hochschulgesetz du 21 décembre 2006, modifiée par la loi du 6 juin 2018

Landesverwaltungsverfahrensgesetz für Baden-Württemberg du 12 avril 2005

Gesetz über die Presse (Landespressegesetz Baden-Württemberg) du 14 janvier 1964

Bayerisches Pressegesetz (BayPrG) du 19 avril 2000

Pressegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landespressegesetz NRW) du 24. mai 1966

Rundfunkgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LRG NW) du 24 aout 1995

Gesetz über die Sicherung und Nutzung öffentlichen Archivguts im Lande Nordrhein-Westfalen (Archivgesetz Nordrhein-Westfalen - ArchivG NRW) du 16 mai 1989

Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur künftigen Rolle der Universitäten im Wissenschaftssystem, Berlin, 27 janvier 2006

« Regeln guter wissenschaftlicher Praxis », DFG, Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis

« Muster-Verfahrensordnung », « Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen », HRK, Empfehlung des 185. Plenums vom 6. Juli 1998

Verfassung Humboldt Universität (https://gremien.hu-berlin.de/de/amb/2013/47/47_2013_Verfassung_HU_%202013_a.pdf)

Promotionsordnung der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg du 7 juillet 2010

Richtlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und für den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten an der Technischen Universität München (http://www.chancengleichheit.tum.de/fileadmin/w00blt/www/Ombudsbuero/TUM_Richtlinien_zur_Sicherung_guter_wissenschaftlicher_Praxis_de-eng_2015.pdf)

II. Références françaises

Ouvrages

Arendt Hannah, *De la révolution*, folio essais, Gallimard, 2013, 512 p.

Beaud Olivier, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Les sens du droit, débat, Paris, Dalloz, 2010, 346 p.

Bensmaine-Coeffier Sophie, *Le principe d'autonomie des universités françaises*, Thèse, Droit. Université Grenoble Alpes, 2016, 386 p.

Bioy Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, 1006 p.

Boudon Raymond, *La rationalité*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, 128 p.

Busino Giovanni, Ducrey Pierre, Gisel Pierre, Junod Eric, *L'université et ses valeurs, héritages et contraintes nouvelles*, Lausanne, Ethique, Labor et Fides, 1990, 71 p.

Le transfert du patrimoine universitaire, conférence des présidents d'université, caisse des Dépôts et Consignations, Paris, PUF, 2015, 167 p, (http://www.cpu.fr/wp-content/uploads/2013/09/2010-05-06_Etude_patrimoine_universitaire.pdf).

Charle Christophe, Verger Jacques, *Histoire des universités, XIIème-XXIème siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2012, 352 p.

Crombez Nicolas, *La Gestalt : Psychologie de la forme, L'environnement et les formes influencent-ils nos décisions ?*, Namur, 50 minutes.fr, 2014, 36 p.

La rationalité scientifique aujourd'hui, sous la dir. de **Debru Claude, Kahane Jean-Pierre, Sanchez-Palencia Evariste**, Paris, EDP Sciences, 2016, 94 p.

Desreumaux Alain, *Théorie des organisations*, 2^{ème} édition, Les essentiels de la gestion, 2005, 288 p.

Dupront Alphonse, *La chaîne vive, l'Université, école d'humanité*, Paris, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2003, 193 p.

Florio Nicole, *La liberté d'expression et la liberté académique dans les universités en droits allemand, français et suisse*, thèse, Lausanne, Imprimerie du « journal de Genève », 1979, 231 p.

France Anatole, *Apologie pour le plagiat*, Paris, La petite collection des éditions du sonneur, 2013, date de la première publication 1891, 48 p.

Kahn Axel, Péresse Valérie, *Controverses: Université, science et progrès*, Paris, Nil, 2011, 256 p.

Guillien Raymond, Vincent Jean, Guinchard Serge, *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005, 662 p.

Gusdorf Georges, *L'université en question*, Les classiques de sciences sociales, Paris, Études et documents, Payot, 1964, 223 p.

Gusdorf Georges, *La nef des fous. Université 1968*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1969, 211 p.

Lussato Bruno, *Introduction critique aux théories d'organisation*, Paris, Dunod, 1977, 228 p.

Mathias Paul, *Montaigne ou l'usage du monde*, Paris, Librairie Philosophique, 2006, 224 p.

Meuwly Olivier, *Liberté et société, Constant et Tocqueville face aux imites du libéralisme moderne*, Genève, Librairie Droz, 2002, 264 p.

Mialaret Gaston, Vial Jean (Dir.), *Histoire mondiale de l'éducation, Universités et écoles médiévales*, t. 1, Des origines à 1515, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 336 p.

Mialaret Gaston, Vial Jean (Dir.), *Histoire mondiale de l'éducation, Les Universités à l'époque moderne*, t. 2, De 1515 à 1815, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 481 p.

Mialaret Gaston, Vial Jean (Dir.), *Histoire mondiale de l'éducation, L'enseignement supérieur et la recherche scientifique*, t. 3, De 1815 à 1945, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 356 p.

Mialaret Gaston, Vial Jean (Dir.), *Histoire mondiale de l'éducation, L'enseignement supérieur*, t. 4, De 1945 à nos jours, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 458 p.

Musselin Christine, *La grande course des universités*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017, 304 p.

Naifar Noureddine, *Rationalité de la science d'Albert Einstein*, Paris, L'Harmattan, 2010, 248 p.

Portuese Aurélien, *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, thèse, Droit et sciences politiques, droit international, Paris, Publibook, 2014, 559 p.

Schelling, Fichte, Schleiermacher, Humboldt, Hegel, *Philosophies de l'Université, l'idéalisme allemand et la question de l'Université*, présentés par Luc Ferry, Jean Pierre Pesron et Alain Renaut, Paris, Payot, 1979, 381 p.

Toulemonde Bernard, *Les libertés et franchises universitaires en France*, Univ. Lille II, 1971, thèse de doctorat dactyl, 2 tomes, 763 p.

Vincent Gilbert, *Associations et institutions, les formes élémentaires de la solidarité*, Essais, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2014, 310 p.

Waline Jean, *Droit administratif*, 24ème édition, Paris, Précis Dalloz, 2012, 760 p.

Articles

Agulhon Catherine, « La professionnalisation à l'Université, une réponse à la demande sociale ? », *Recherche et formation*, 54/2007, p. 11-27.

Baier Eric, Dupraz Laure, « Responsabilité individuelle et institutionnelle des chercheurs en cas de fraude scientifique : valeurs et éthique », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2007/3 n°19, p. 29-44.

Bantman Patrick, « Le concept de réseau », *VST-Vie sociale et traitements*, vol. 81, n°1, 2004, p. 18-19.

Barblan Andris, « L'offre internationale d'enseignement supérieur : les universités ont-elles besoin de l'AGCS ? », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2002/3, n°14, p. 87-106.

Beaud Olivier, « Légalité et légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d'une « contre-constitution » allemande », dans *Crise et pensée de la crise en droit, Weimar, sa république et ses juristes*, textes réunis par Jean-François Kervégan, Lyon, ENS, 2002, 231 p.

Beaud Olivier, « Academic Freedom : les chemins américains de la liberté universitaire », *Critique* 4/2010, n°755, p. 291-305.

Beauvais Martine, « Des éthiques de la responsabilité pour penser l'évaluation en éducation et en formation », *Empan*, vol. 87, n°3, 2012, p. 132-139.

Bernabé Boris, « Quelle(s) liberté(s) d'expression avant 1881 ? », *Petites affiches*, n°3 RDP 2012, LGDJ, p.742-765.

Bienvenu Jean-Jacques, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire (suite), La fabrication d'une loi sur l'Université. La loi du 10 juillet 1896 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 septembre 1101, n°6, RDP 2009-6-001, p.1539.

Billaut Jean-Charles, Bouyssou Denis, Vincke Philippe, « Faut-il croire le classement de Shangaï ? », *Revue de la régulation*, en ligne, 2010, (<http://journals.openedition.org/regulation/9016>).

Biziou Michaël, « Lien social, norme morale et institutions civiles chez La Rochefoucauld, Mandeville et Smith », p. 143-146, dans Christian Lazzeri, *La production des institutions*, Paris, Presses Universitaires Franc-Comtoises, 2002, 333 p.

Camby Jean-Pierre, « La compatibilité des fonctions de maître de conférences avec un mandat parlementaire », *AJDA* 2014, p. 352.

Cassier Maurice, « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », *Revue française des affaires sociales*, n°3, 2002, p. 235-259.

Charle Christophe, « Les références étrangères des universitaires », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 3/2003, n°148, p. 8-19.

Charlier Jean-Emile, Croché Sarah. « Le processus de Bologne, ses acteurs et leurs complices », *Education et sociétés*, vol 12, n°2, 2003, p. 13-34.

Cytermann Jean-Richard, « Vers des universités compétitives ? », *Cahiers français*, la Documentation française, mai-juin 2012, 368, p.32-38.

Van Delft Louis, Lotterie Florence, « Torquato Accetto et la notion de dissimulation honnête » dans la culture classique », p. 47, dans Alain Montandon, *L'honnête homme et le dandy*, Tübingen, Gunter Narr Verlag, 1993, 262 p.

Desan, Philippe, « Montaigne 'métis' : 'De l'utile et de l'honnête' (III, 1) », dans *Lectures du Troisième Livre des Essais de Montaigne*, ed. Philippe Desan, Paris, H. Champion, 2016, p. 56-84.

Dord Olivier, « Réforme du statut des enseignants-chercheurs : universités vs. Universitaires ? », *AJDA* 2010, p. 323.

Eloire Fabien, « Le classement de Shangai. Histoire, analyse et critique », *L'Homme et la société*, vol. 178, n°4, 2010, p. 17-38.

Fansten Maïa, « Ancrage disciplinaire, formation, courants de pensée », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 102, n°3, 2010, p. 14-22.

Fave-Bonnet Marie-Françoise, « Conflits de missions et conflits de valeur : la profession universitaire sous tension », *Connexions*, n°78, p. 31-45.

Fert Albert, « Comment le classement de Shangai désavantage nos universités », *Le Monde*, 27/8 (<http://www.fabula.org/actualites/article25231.php>).

Focsaneanu Lazar, « Le Droit international de la recherche scientifique et technique », *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, p. 377-408.

Fontaine Philippe, « Qu'est-ce que la science ? De la philosophie à la science : les origines de la rationalité moderne », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 92, n°1, 2008, p. 6-19.

Fort François-Xavier, « Les libertés universitaires devant le Conseil d'Etat », *AJDA* 2010. p. 58.

Fromont Michel, Siedentopf Heinrich, « L'évolution de l'administration publique allemande en 1981 », Aménagement du territoire et planification régionale, *Annuaire européen d'administration publique*, 1981, p. 569-588.

Fromont Michel, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2007, n°70, p. 227-248.

« Les universités dans la mondialisation », *Cahiers français*, n°367, mars-avril 2012, p.62-64, extraits de l'article de **Jean-Luc Gaffard**, « L'économie de l'enseignement supérieur et de la recherche. De la nécessité de marcher sur ses deux jambes », *OFCE*, Les notes, n°3, 29 septembre 2011.

Gaudillière Jean-Paul, « À propos de sciences, techniques et société », *Mouvements*, vol. 31, n°1, 2004, p. 139-142.

Girard Charles, « De la presse en démocratie, la révolution médiatique et le débat public », dossier : Presse et démocratie, 2011, (accessible sur le site la vie des idées.fr).

Goesel-Le Bihan Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007.

Grelley Pierre, « Contrepoint - La méthode expérimentale », *Informations sociales*, vol. 174, n°6, 2012, p. 23.

Gudrun Curri, « Des cours sur la création d'entreprises dans certaines universités allemandes : un pas de plus sur la voie de la réforme », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, 2008/3, n°20, p. 55-79.

Guilloux Bleuenn, « Le régime de droit international public de la Recherche Scientifique Marine : dualité juridique et pratique », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, t. 22, 2004, p. 113-149.

Heitz Jean-Michel, « La décision : ses fondements et ses manifestations », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 5, n°1, 2013, p. 106-117.

Hervieu Nicolas, « Droit de ne pas divulguer des travaux universitaires versus droit d'accès et de libre critique des autres chercheurs », dans *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 avril 2012.

Hochmann Thomas, « L'université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés par la publication de recherches : une victoire à la Pyrrhus ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, RDP* 2011, n°4, p.863-882.

Hodgson Geoffrey, « Comprendre le capitalisme. Comment le mauvais usage de concepts clés nous empêche de comprendre les économies modernes », traduit par Emilie l'Hôte, *La Vie des idées*, 17 mars 2016, (<http://www.laviedesidees.fr/Comprendre-le-capitalisme.html>).

Jouanjan Olivier, « Une origine des droits fondamentaux en Allemagne : le moment 1848 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, RDP* 2012, n°3, p. 766-784.

Kervégan Jean-François, « Éléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis, Philosophie analytique du droit, Revue philosophique*, n°21, 2011, p. 112-132.

Kischel Uwe, « La liberté d'opinion au défi du néonazisme. La culture juridique allemande évolue », *Revue française de droit constitutionnel*, Puf, n°89, janvier 2012, p. 63-81.

Krulić Joseph, « La notion légale de réfugié et le droit d'asile en France », *Revue internationale et stratégique*, vol. 50, n°2, 2003, p. 131-138.

Langrod Georges, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n°2, avril-juin 1957, p. 353-369.

Larivée Serge, « La fraude scientifique et ses conséquences », Faculté des arts et des sciences, Ecole de psycho-éducation, Université de Montréal, (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.613.9713&rep=rep1&type=pdf>).

Larsen Kurt, Vincent-Lancrin Stéphan, « Le commerce international de services d'éducation : est-il bon ? est-il méchant ? », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur* 3/2002, n°14, p. 9-50.

Latour Bruno, « Nouvelles règles de la méthode scientifique », *Revue Projet*, vol. 268, n°4, 2001, p. 91-100.

Le Goff Jacques, « La conception française de l'université à l'époque de la Renaissance », dans *Les Universités Européennes du XIVème au XVIIIème Siècle, Aspects et Problèmes*, Actes du Colloque International à l'occasion du VIème Centenaire de l'Universitaire Jagellonne de Cracovie 6-8 Mai 1964, Genève, Librairie Droz, 1967, p. 94.

Legrand André, « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », *AJDA* 2006, p. 505.

Leroy Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n°3, 2011, p. 715-732.

Liard Louis, « Universités », Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire publié sous la direction de Ferdinand Buisson, 1911, l'édition électronique, (<http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3764>).

Macherey Pierre, « Kant et le conflit des facultés (1) », (<http://philolarge.hypotheses.org/47>).

Mailhot Chantale, Schaeffer Véronique « Les universités sur le chemin du management stratégique », *Revue française de gestion*, vol. 191, n°1, 2009, p. 33-48.

Mathieu Mathieu, « Faculté de droit et réforme universitaire au XIXème siècle : la conquête d'un statut », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 aout 0701, n°4, *RDP* 2008-4-001, p. 999.

Melleray Fabrice, « Que reste-t-il des bases constitutionnelles du droit universitaire ? », *AJDA* 2017, p. 1249.

Meylan Jacques, « Problèmes actuels de l'autonomie communale », *Revue de droit suisse* (RDS/ZSR) 1972 II, p 1 et s.

Miguet Mathilde, « Depuis une décennie, la FAD dans les universités françaises », Au croisement des discours de modernisation et du terrain, *Distances et savoirs*, 2011/3, vol. 9, p. 331-347.

Millard Eric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n°30-31, 1995, dans *L'environnement et le droit*, p. 381-412.

Millard Eric, « Théories de l'institution et disciplines », *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 29-40.

Musselin Christine, « Structures formelles et capacités d'intégration dans les universités françaises et allemandes », *Revue française de sociologie*, v. 31, n°3, 1990, p. 439-461.

Ouellet Patrice, « Les nouveaux modes de production de connaissances, la recherche en PME et le développement économique : l'inévitable tension entre « pertinence sociale » et « scientificité ». », *Revue internationale P.M.E.*, 173-4 (2004), p. 95-120.

Paradeise Catherine, « Universités : un marché mondial de la connaissance », (UPE-LATTS), *Cahiers français*, n°367, mars-avril 2012, p.57-61.

Pestre Dominique, « Recherche publique, innovation et société aujourd'hui en France » Analyses et propositions, *Le Débat*, 2005/2 n°134, p.76-91.

Pitseys John, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n°2, 2010, p. 207-228.

Prélot Pierre-Henri, « Le monopole de la collation des grades, Etude historique du droit positif et de ses évolutions contemporaines », *Revue du droit pub et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 aout 0901, n°5, RDP 2008-5-002, p. 1264.

Prüm André, Ergéc Rusen, « La liberté académique, Les facultés de droit dans la réforme universitaire », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, RDP 2010-1-001, n°1, p. 3.

Rivero Jean, « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n°3, p. 128.

Rockmore Tom, « Fichte, éthique et philosophie transcendantale », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 71, n°3, 2011, p. 343-353.

Sauvageot Frédéric, « Réflexions sur le degré de juridictionnalisation des instances disciplinaires », *RFDA*, 2002, p. 968.

Sauvé Pierre, « Commerce, éducation et AGCS : les tenants et les aboutissants », *Politiques et gestion de l'enseignement supérieur*, vol. 14, n°3, 2002, p. 51-85.

Von Savigny Friedrich Carl, « Essence et valeur des universités allemandes », traduction par Olivier Jouanjan, Paris, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°23, 2003.

Schaepelynck Valentin, « Institution », *Le Télémaque*, vol. 44, n°2, 2013, p. 21-34.

Schlüter Bernd, « Science et raison d'État. Les universités allemandes durant le Vormärz », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2/2006, n°24, p. 341-364.

Simoulin Vincent, « Droit et sociologie des organisations, frontières organisationnelles et disciplinaires », *Droit et société*, vol. 67, n°3, 2007, p. 569-575.

Soykurt-Macaire Sophie, « L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de « circonstances particulières » ? », *Etudes* 13, n°7, 2009, p. 7-12.

Toulemonde Bernard, « Compatibilité d'une fonction publique et d'un mandat parlementaire : l'assimilation des maîtres de conférences aux professeurs d'université », *AJFP*, 2014, p. 101.

Tulard Jean, « L'Université napoléonienne », p. 11-12, dans Pierre Bousquet, Roland Drago, Paul Gerbod, Claude Goyard, Jean Imbert, Stéphane Rials, Guy Thuillier, Jean Tulard, *Histoire de l'administration de l'enseignement en France, 1789-1981*, Genève, Librairie Droz, 1983, 158 p.

Verpeaux Michel, « Les libertés universitaires mal protégées : Constitution, loi et décret, quand tout le monde s'en mêle », *AJDA*, 2011, p.1791.

Verpeaux Michel, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3/2012, n°36, p. 135-155.

Wafeu toko Patrick, « Les forces créatrices du droit universitaire », *Revue du dt public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 octobre 0901, n°5, *RDP* 2010-5-01, p.1479.

Waline Jean, « L'autonomie des universités : une bouteille à l'encre », Les Facultés de droit dans la réforme universitaire (suite), *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 aout 1101, n°6, *RDP* 2008-6-001, p.1467.

Wasmer Etienne, « Formalisation de l'enseignement de l'économie et incitations », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2002/24 t. 41, n°4, 2002, p. 45-53.

Wauthy Xavier, « Université et concurrence : quelques apports théoriques récents », *Reflets et perspectives de la vie économique*, t. 45, n°2, 2006, p. 31-38.

Zarca Alexis, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire, l'égalité au service de l'indépendance. Retour prospectif sur les configurations du jury de recrutement des universitaires », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1, LGDJ, 2012, p. 6-7.

Jurisprudence française

Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier*, n°00035, Rec. Lebon, p. 117

Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, n°00820, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 18 novembre 1949, *Dlle Mimeur, Defaux, Besthelsemer*, n°91864, *JCP* 1950, II, 5286, concl. Gazier

Conseil d'Etat, décision du 28 juillet 1951, *Laruelle*, n°04032, Rec. Lebon

C. Cass. Civ. 1^{er}, 27 septembre 1951, *Branly c/ Turpain*, D.1951, 329, note H. Desbois

Conseil d'Etat, décision du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. CE, p. 34

Conseil d'Etat, décision du 5 avril 1974, n°86569, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 5 avril 1974, *Sieur Leroy*, *AJDA*, 1974, p. 441, n°88572

Conseil d'Etat, décision du 11 juillet 1975, n°95293, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 9 avril 1976, n°98423, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 27 juin 1980, *Debbasch*, n°11283, Rec. Lebon, p. 296

Conseil d'Etat, décision du 1^{er} juillet 1983, *Payen de la Garanderie*, n°28315, Lebon tables, p. 812

Conseil constitutionnel, décision du 20 janvier 1984, n°83-165 DC, Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365, Recueil, p. 30

C. Cass. Civ 1^{ère}, 9 décembre 1986, Bull. civ. I n°295

Conseil constitutionnel, décision du 20 février 1987, n°87-149 L

Conseil d'Etat, décision du 2 mars 1988, n°61165, 61472, Rec. Lebon

Tribunal des conflits, 19 octobre 1988, *Préfet du Tarn c. CA Toulouse*, n°03131, Rec. p. 822 ; D. 1999, jurispr. p. 127, note Gohin ; *JCP G* 1999, II 10225, concl. Sainte-Rose, note du Cheyron

Conseil d'Etat, décision du 20 janvier 1989, *Synd. nat. pilotes professionnels ULM*, Rec. Lebon 1989, p. 437

C. Cass. Civ. 1^{er}, 15 juin 1994, Bull. n°218

Conseil constitutionnel, décision du 29 juillet 1994, n°94-345 DC

Conseil d'Etat, décision du 29 juillet 1994, n°66966, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 12 décembre 1994, n°135460, 135530, 135555, 135558, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 12 décembre 1994, n°135553, Re. Lebon

Conseil constitutionnel, décision du 10 janvier 1995, n°94-355 DC

Conseil d'Etat, décision du 9 juillet 1997, n°161929, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 27 mars 1998, n°157190

Conseil d'Etat, décision du 28 juillet 2000, n°183460, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 8 juillet 2005, n°266900, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 28 décembre 2005, n°285760, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 25 mai 2007, n°296014, Rec. Lebon

Conseil constitutionnel, décision du 14 février 2008, n°2008-24-25-26 I

C. Cass, crim., 30 septembre 2008, pourvoi n°07-82.249, Bull

Conseil d'Etat, ordonnance du 11 mai 2009, n°327356, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, ordonnance du 22 juin 2009, n°328756, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, ordonnance du 24 août 2009, n°330259, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 9 juin 2010, *M. Combacau et autres*, n°316986

Conseil d'Etat, décision du 9 juin 2010, *Collectif pour la défense de l'université-M. Beaud et autres*, n°329056, 329057

Conseil constitutionnel, QPC du 6 août 2010, n°2010-20/21, Journal officiel du 7 août 2010, p. 14615, texte n°44, Recueil, p. 203

Conseil d'Etat, décision du 15 décembre 2010, n°316927, Rec. Lebon

Cass. Civ. 1^{ère}, 23 février 2011, *Maurel Indart c/ Edelmann*, n°09-72. 059, Bull. n°183; *AJDA* 2011

Conseil d'Etat, décision du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autre*, n° 317827, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 29 octobre 2012, n°332157, Rec. Lebon

Conseil constitutionnel, décision du 19 décembre 2013, n°2013-30 I

Conseil d'Etat, décision du 11 juin 2014, n°352522, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 23 juin 2014, n° 354198

Conseil constitutionnel, QPC du 24 avril 2015, n° 2015-465

Conseil d'Etat, avis 10 février 2016, n°394594, 394595, Journal officiel n°46 du 24 février 2016, texte n°103

Conseil d'Etat, décision du 23 mars 2016, n°393959, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 23 mars 2016, n° 395336, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 7 avril 2016, n°385891, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 15 avril 2016, n°388034, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 15 avril 2016, n°385992, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, ordonnance du 2 juin 2016, n°400174, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 13 juin 2016, n°382405, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, ordonnance du 6 juillet 2016, n°400994, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 30 août 2016, n°381294, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 17 octobre 2016, n°386400, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 17 octobre 2016, n°386118, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 23 novembre 2016, n°395652, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 5 décembre 2016, n°394370, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 5 décembre 2016, n°380763, *AJDA* 2016. 2353, Lebon tables

Conseil d'Etat, décision du 7 juin 2017, n° 389213, *AJDA* 2017, p. 1198, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 8 novembre 2017, n°403451, Rec. Lebon

Conseil d'Etat, décision du 6 novembre 2017, n°391707, Rec. Lebon

Jurisprudence européenne

CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72

CEDH, arrêt du 24 juin 1996, *Marais c. France*, req.n° 31159/96

CEDH, arrêt du 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. n°44599/98

CEDH, arrêt du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n°42326/98

CEDH, 4^{ème} sect., déc. du 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, req. n°65831/01

CEDH, G.C., décision du 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n°44774/98

CEDH, 2^{ème} sect. arrêt du 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, req. n°17089/03

CJUE, arrêt du 23 décembre 2009, *CoNISMA*, n°C-305/08

CEDH, 5^{ème} sect., décision du 7 juin 2011, *Gollnisch c. France*, req. n°48135/08

CEDH, G.C., arrêt du 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, req. n°4149/04

CEDH, G.C., arrêt du 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, req. n°41723/06

CEDH, 2^{ème} sect., arrêt du 2 avril 2013, *Tarantino et a. c. Italie*, req. n°25851/09, 29284/09, 64090/09

CEDH, G. C., arrêt du 20 octobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituanie*, req. n°35343/05

Textes juridiques (français et autres)

Pacte international relatif aux droits et politiques de 1966 (PIDESC)

Accord général sur le commerce des services

Traité sur l'Union européenne (TUE)

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2009

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

Magna Charta Universitatum de 1988

Décision n°1982/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 relative au septième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration (2007-2013) dans les Déclarations de la Commission, Journal officiel n°L 412 du 30 décembre 2006, p. 0001-0043

Recommandation 1762 (2006) « Liberté académique et autonomie des universités », discussion par l'Assemblée le 30 juin 2006, texte adopté par l'Assemblée le 30 juin 2006

Constitution de l'An I, 1ère République, du 24 juin 1793

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Code de l'éducation

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, (JORF n°0051 du 2 mars 2005, p. 3697)

Loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur

Loi n°68-978 d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968

Loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques vient transposer la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques

Loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche

Décret n°50-1370 du 2 novembre 1950 relatif au statut particulier des fonctionnaires de l'école centrale des arts et manufactures

Décret n°53-566 du 15 juin 1953 portant fixation des règles d'avancement applicables aux professeurs du Conservatoire national des arts et métiers

Décret n°78-284 du 8 mars 1978 relatif au recrutement des personnels associés ou invités dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche relevant du ministère des universités

Décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires

Décret du 6 juin 1984, n°84-431 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences

Décret n°85-733 du 17 juillet 1985 relatif au recrutement des maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités

Décret n°85-827 du 31 juillet 1985 relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel

Décret n°86-434 du 12 mars 1986 portant statuts du corps des astronomes et physiciens et du corps des astronomes adjoints et physiciens adjoints

Décret n°87-754 du 14 septembre 1987 relatif au recrutement de lecteurs de langue étrangère et de maîtres de langue étrangère dans les établissements publics d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur

Décret n°87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur

Décret n°88-654 du 7 mai 1988 relatif au recrutement d'attachés temporaires d'enseignement et de recherche dans les établissements publics d'enseignement supérieur

Décret n°89-709 du 28 septembre 1989 portant statut du corps des directeurs d'études de l'Ecole des hautes études en sciences sociales et du corps des maîtres de conférences de l'Ecole des hautes études en sciences sociales

Décret n°89-710 du 28 septembre 1989 portant statut particulier du corps des directeurs d'études et du corps des maîtres de conférences de l'Ecole pratique des hautes études, de l'Ecole nationale des chartes et de l'Ecole française d'Extrême-Orient

Décret n°90-92 du 24 janvier 1990 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres de soins, d'enseignement et de recherche dentaires des centres hospitaliers et universitaires

Décret n°92-70 du 16 janvier 1992 relatif au Conseil national des universités

Décret n°92-131 du 5 février 1992 relatif au recrutement d'enseignants contractuels dans les établissements d'enseignement supérieur

Décret n°92-657 du 13 juillet 1992 relatif à la procédure disciplinaire dans les établissements publics d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministre chargé de l'enseignement supérieur

Décret n°2008-333 du 10 avril 2008 relatif aux comités de sélection des enseignants-chercheurs

Décret n°2008-744 du 28 juillet 2008 portant dispositions relatives aux personnels enseignants des universités, titulaires et non titulaires de médecine générale

Décret n°2009-460 du 23 avril 2009 modifiant le décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences et portant diverses dispositions relatives aux enseignants-chercheurs

Décret n°2009-464 du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels des établissements publics d'enseignement supérieur ou de recherche

Décret n°2014-997 du 2 septembre 2014 modifiant le décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences

Décret n°2016-672 du 25 mai 2016 relatif au diplôme national de master

Décret n°2017-854 du 9 mai 2017 modifiant le décret n°84-431 du 6 juin 1984 modifié fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences

Ordonnance du 22 juin 2000, n°2000-549 relative à la partie Législative du code de l'éducation

Arrêté du 23 novembre 1988 relatif à l'habilitation à diriger des recherches

Circulaire n°2014-0018 du 23 octobre 2014, bulletin officiel n°43 du 20 novembre 2014

EDCE, Rapport public 1999, p. 71

Table des matières

Sommaire	IIII
Principales abréviations	V
Remerciements	VII
Introduction	1

Première partie Dimension subjective de la liberté de la science : un droit constitutionnel de défense

Titre 1. Protection des biens et des personnes	45
Chapitre 1. Le champ d'application matériel de la liberté de la science : les domaines protégés	47
Section 1. Définition du bien protégé de la « science »	49
§1. Les paramètres et les valeurs de la science : savoir, connaissance et vérité	50
A. La rationalité propre de la science	51
B. La valeur intrinsèque du savoir et de la vérité	57
§2. Signification de la « science » au regard du principe de la liberté de recherche	63
A. Le critère de diversité dans la pensée scientifique	64
B. Perspective synchronique et contextualisée : critique réciproque	70
Section 2. Détermination du comportement protégé par la liberté de la science	75
§1. Une liberté faite de deux libertés à part entière : l'étendue du champ de protection des activités de recherche et d'enseignement	77
A. La recherche, un effort structuré de quête de la vérité	78
1° Absence de définition du contenu de la recherche compensée par le critère de l'attribut scientifique	78
2° L'indépendance méthodologique	85
B. De la liberté de l'enseignement à la « fonction d'enseignement »	88
§2. Vers une exigence constitutionnelle de la jonction de l'enseignement et de la recherche?	94
A. Le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement en tant que clause fonctionnelle : l'absence de réciprocity de la recherche et de l'enseignement	96

B. L'unité de la recherche et de l'enseignement, d'une « clause fonctionnelle » à une véritable garantie institutionnelle ?	100
Conclusion du chapitre 1	106
Chapitre 2. Le champ d'application personnel de la liberté de la science : les personnes protégées.....	107
Section 1. Les bénéficiaires de la liberté de la science.....	108
§1. Les bénéficiaires individuels du droit fondamental dans l'intérêt commun : les titulaires directs et indirects.....	109
§2. Les bénéficiaires collectifs du droit fondamental.....	116
A. Justification et nécessité de dépassement de la protection traditionnelle des droits fondamentaux individuels.....	116
1° La conciliation de la dimension juridique subjective et de la dimension objective au regard de la liberté d'expression de l'opinion	117
2° La théorie des « droits fondamentaux doubles »	121
B. Les exceptions tenant à la mise en œuvre d'une organisation propre et à l'exercice de missions non étatiques	123
Section 2. Les étudiants, bénéficiaires de la liberté de la science ?.....	129
§1. Le double statut de l'étudiant : liberté de la science et liberté du choix de formation	131
A. La protection de la liberté des études par le moyen d'une combinaison de droits fondamentaux	132
B. Les droits d'affiliation de l'étudiant et sa participation institutionnelle	137
§2. Évolutions dans le droit de l'admission des étudiants dans les établissements d'enseignement supérieur	141
A. Liberté des études <i>versus</i> fonction de formation	143
B. Le droit au maintien des prestations de l'Etat (derivatives Teilhaberecht) dans une nouvelle forme de gouvernance.....	150
Conclusion du chapitre 2	159
Conclusion du titre 1	160
Titre 2. Protection des garanties	163
Chapitre 1. Les garanties générales de la liberté de la science.....	167
Section 1. Étendue des garanties de la liberté de la science : la question de la protection d'un objectif scientifique	170
§1. La conduite de la science vers son propre objectif du progrès scientifique et de la promotion du savoir	171
A. La définition jurisprudentielle de l'objectif scientifique	172

B. La question de la liberté de but comme composante de la liberté de la science.....	177
§2. Recherche fondamentale et recherche appliquée : la promotion adaptée à l'ensemble de la recherche	181
A. La garantie d'une protection générale de la liberté de la science à tous les types de recherche	182
1° Indifférenciation de la protection selon le financement par des moyens publics ou privés	184
2° Cadre commun à tous les types de recherche malgré leurs spécificités tenant à leurs résultats et à leur mode de communication	187
B. L'identification de critères jurisprudentiels dans la mise en œuvre d'une différenciation des types de recherche.....	191
Section 2. Ingérences et justification des ingérences au regard des limites à la liberté de la science	196
§1. Les limites de la liberté de la science : l'encadrement de la possibilité d'ingérence du pouvoir législatif	196
A. L'affranchissement de la technique de la réserve de loi : la différence de nature du but recherché par le législateur	198
B. Les fonctions de la clause de fidélité à la Constitution et la liberté de l'enseignement.....	204
§2. Limite au principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement : la tendance contemporaine à la dissociation de la recherche et de l'enseignement à travers l'alignement des missions des établissements.....	210
A. Le processus de standardisation des établissements d'enseignement supérieur : universités et établissements d'enseignement supérieur de sciences appliquées	211
B. Les effets juridiques de la réserve légale de différenciation des missions des établissements d'enseignement supérieur	217
Conclusion du chapitre 1	223
Chapitre 2. Les garanties particulières de la liberté de la science : le statut spécifique de l'universitaire.....	225
Section 1. La question de la diffusion et de la publication de la science : la responsabilité de l'universitaire dans l'utilisation des résultats de la recherche.....	228
§1. Éthique propre du chercheur	230
A. Les distinctions et contradictions permettant d'envisager une définition de l'éthique du scientifique	230
B. La traduction en droit positif d'un concept philosophique.....	234
§2. L'étendue de la fraude scientifique : responsabilité individuelle du scientifique, responsabilité institutionnelle	237

A. La notion de fraude scientifique dans le droit de la propriété intellectuelle et artistique	238
B. Aperçu de la fraude scientifique dans la jurisprudence française : distinction entre « faute personnelle » et « faute de service »	242
Section 2. Le statut spécifique du corps académique.....	246
§1. La définition matérielle du groupe des universitaires en France et en Allemagne.....	248
A. Le principe d'indépendance et le principe de représentation propre et authentique du corps des enseignants-chercheurs en France.....	249
1° Le principe d'indépendance, condition d'existence du corps professoral.....	251
2° La faiblesse des garanties positives à travers le principe de représentation propre et authentique.....	254
B. Le principe d'homogénéité de la corporation universitaire en Allemagne	257
§2. La définition fonctionnelle de l'universitaire	263
A. Garanties et obligations liées à la qualité de « fonctionnaire particulier »	265
B. La mise à mal des principes traditionnels du fonctionnariat par le « principe » de flexibilité	270
1° Le principe de réciprocité des activités exercées découlant du statut du fonctionnaire (Anspruch des Beamtes auf amtsangemessene Beschäftigung) ...	273
2° Le principe de stabilité et de durabilité de la fonction	276
Conclusion du chapitre 2	280
Conclusion du titre 2.....	281
Conclusion de la première partie	283

Deuxième partie Dimension objective de la liberté de la science : un cadre positif de valeurs

Titre 1. Garanties institutionnelles	291
Chapitre 1. Institution universitaire et organisation universitaire : les effets sur la capacité fonctionnelle d'une université	293
Section 1. Les garanties institutionnelles, condition d'existence d'une institution de droit public.....	296
§1. Les fondements de la garantie institutionnelle des franchises universitaires en France et en Allemagne	298
A. Les franchises universitaires en France, une règle coutumière au service de ses membres.....	299

B.	Les garanties de police et de justice découlant du « droit fondamental de l'Université allemande »	307
1°	La compétence juridictionnelle des organes de l'université au nom du « Fachprinzip »	308
2°	La protection générale du domaine de l'institution universitaire et le « Hausrecht »	311
§2.	Le pouvoir de création du droit administratif d'une « Institution concrète »	316
A.	Le domaine d'action d'un organe public de l'administration ou « Verwaltungsträger »	318
B.	L'hétérogénéité des mesures d'organisation justifiée par leur caractère objectif.....	323
Section 2.	Capacité fonctionnelle de l'université : de l'autonomie organisationnelle à l'autonomie institutionnelle	328
§1.	La problématique de la rationalité des actions de l'institution universitaire ; de l'efficacité à l'efficience.....	330
A.	Enchevêtrement et caractère polysémique des concepts.....	331
1°	Le problème tenant aux finalités exogènes au droit des principes d'efficacité et d'efficience	332
2°	Le principe jurisprudentiel de l'efficience de l'administration	335
B.	Lecture fonctionnelle du principe de rationalité dans le processus décisionnel.....	339
1°	La mise en avant de la fonction « relationnelle » des principes ou « Relationsbegriff ».....	340
2°	L'interprétation téléologique des principes et le critère de la différenciation de la rationalité et de l'efficience	342
§2.	Vers une définition de la capacité d'action institutionnelle permettant l'articulation des dimensions de la liberté de la science	345
A.	La capacité d'action de l'université en fonction de ses missions : notion de finalité extravertie	347
1°	Le contenu et les limites de la garantie d'organisation	348
2°	La garantie de compétence conditionnée par des critères cumulatifs	351
B.	Le risque de dépossession des individus tenant à la prééminence de l'autonomie organisationnelle	355
1°	Le rôle de médiation de l'université.....	355
2°	La confusion des différents types d'autonomie et ses effets sur l'autonomie individuelle.....	358
	Conclusion du chapitre 1	361

Chapitre 2. Le statut juridique de l'université et la distinction des affaires académiques et publiques	363
Section 1. L'université allemande, une collectivité de droit public animée par le principe de libre administration	367
§1. La difficulté de définition précise du contenu du principe de libre administration ..	367
A. La détermination du principe de libre administration par analogie	369
B. La soumission du principe de libre administration à un contexte social et politique.....	374
1° Le caractère de flexibilité du « droit fondamental à la libre administration » .	375
2° La fonction de conciliation du principe de libre administration	378
§2. La condition d'effectivité du principe de libre administration : une corporation autonome.....	381
A. La matérialisation du principe de libre administration dans la mise en place du statut des établissements.....	382
1° La compétence de délivrance de la « promotion » et de l'« habilitation » du droit statutaire	383
2° La dérogation au principe du double statut afin d'accroître l'autonomie de l'université	387
B. L'apparition de nouveaux « modèles d'organisation » des universités : de la collectivité de droit public à la fondation de droit public	391
1° Modes d'organisation et « Binnenorganisation »	392
2° La question de la substitution des pouvoirs publics par la fondation de droit public : la détermination du « Trägerschaft » d'un établissement d'enseignement supérieur	397
Section 2. L'université allemande, une institution publique à l'épreuve du retrait de l'Etat	403
§1. Université et Etat, d'un fédéralisme de coopération à la décentralisation des compétences.....	407
A. Le retrait de la Fédération et l'abrogation de sa compétence cadre.....	408
B. Le principe d'homogénéité dans la mise en concurrence des Länder	414
1° Le renforcement de la capacité concurrentielle des Länder	414
2° La compétence législative concurrente des Länder	416
§2. L'autonomie de gestion dans le processus décisionnel universitaire.....	420
A. La hiérarchisation de l'organisation interne	421
1° La tendance à considérer le sénat académique comme un membre secondaire dans le processus décisionnel	422
2° La direction de l'université au sommet d'une organisation verticale.....	424

B. L'État en concurrence avec de nouveaux acteurs de pilotage, extérieurs à l'université	429
1° Notion de pilotage externalisé : les conseils d'université	432
2° La question de la légitimité des conseils d'université	435
Conclusion du chapitre 2	439
Conclusion du titre 1	440
Titre 2. Fonction de promotion et de stabilisation du droit fondamental de la liberté de la science	443
Chapitre 1. Droit de l'organisation d'un établissement d'enseignement supérieur : la concrétisation de la liberté au moyen de la participation des membres.....	447
Section 1. L'exigence objective d'une organisation adaptée à la science : légitimation démocratique et libre administration fonctionnelle	450
§1. Légitimation personnelle des organes de représentation.....	453
A. La valeur du principe d'égalité formelle des voix dans le système de représentation démocratique	453
1° Les enjeux de la représentation démocratique : de l'impératif de légitimation à la nécessité de contrôle	454
2° L'application du principe d'égalité formelle des voix dans le système des corporations.....	456
B. La transposition du principe d'égalité formelle des voix dans le droit de l'organisation universitaire	459
§2. Libre administration démocratique et libre administration fonctionnelle : la mise en avant de la conception matérielle de l'organisation, en vue de l'accomplissement de missions particulières.....	462
Section 2. Les principes d'organisation dans le cadre de la corporation universitaire	469
§1. Principe de collégialité ou « kollegialitätsprinzip »	471
A. Droit fondamental organisationnel et liberté d'agencement du législateur	472
1° Le droit à la détermination de la représentation collégiale pour les membres de l'université : « Selbstorganschaft »	472
2° D'un droit fondamental organisationnel à un droit dérivé de participation.....	475
B. De l'exigence positive de normes organisationnelles en faveur de la promotion de la science à la nécessité de mesures de compensation.....	477
§2. Principe de qualification disciplinaire ou « Fachprinzip »	483
A. La réserve disciplinaire des universitaires dans l'ensemble des affaires relevant du domaine de la science	484

B. L'étendue du principe de « cooptation des pairs » dans la procédure de recrutement	488
Conclusion du chapitre 1	494
Chapitre 2. Obligations positives de l'Etat en vue de l'élargissement des effets du droit fondamental de la liberté de la science sur les tiers	497
Section 1. Le contrôle des acteurs institutionnels et individuels de la science et de leurs activités dans la recherche et l'enseignement	498
§1. Le risque de normalisation standardisée à travers les procédures d'évaluation de l'enseignement et de la recherche	500
A. Conciliation entre la formalisation de l'évaluation et l'épanouissement des libertés individuelles.....	501
B. Le maintien des garanties légales dans le système de l'accréditation des offres de formation en raison de la rationalité propre de la science.....	506
§2. Mise en avant de la « comparabilité » économique dans le domaine de la science.....	512
A. La question de la comparabilité des « services » du domaine de la science dans le processus d'internationalisation.....	514
B. Les universités dans le « capitalisme académique » en quête d'un processus d'homogénéisation.....	519
Section 2. La question de la distinction entre la concurrence commerciale et la concurrence intellectuelle, moteur de la créativité scientifique	522
§1. Les effets juridiques de la pratique du transfert de la science et de la technologie dans le droit de l'organisation de la science	524
A. Transition dans l'organisation du mode de communication de la science et de quête de la connaissance	525
B. La rationalité de la science à l'épreuve de la rationalité économique.....	530
1° L'introduction du modèle entrepreneurial par le moyen de nouvelles formes de coopération	530
2° La question de l'effectivité d'un principe général d'« économisation »	533
§2. La protection constitutionnelle de la sphère individuelle dans le domaine économique, distincte de la liberté de la science.....	537
A. Limite de la concurrence économique dans les universités et dans le domaine de la science à travers la distinction entre la liberté de la science et la liberté générale d'action	538
B. Le régime particulier des « droits-libertés économiques » ou « wirtschaftliche Freiheitsrechte » dans la dogmatique des droits fondamentaux ..	543
1° Les « droits-libertés économiques » entendus comme un faisceau de libertés	544
2° La pluralité des types de limitation des « droits-libertés économiques ».....	546

Conclusion du chapitre 2	549
Conclusion du titre 2.....	550
Conclusion de la seconde partie.....	552
Conclusion générale.....	555
Bibliographie.....	565
I. Références allemandes.....	565
II. Références françaises	588

Libertés académiques et autonomie des universités en Allemagne

Les libertés académiques trouvent une consécration dans la liberté de la science, protégée par la Loi fondamentale allemande. La liberté de la science assure à l'individu exerçant de la recherche et de l'enseignement au sens large, un espace libre de toute ingérence des pouvoirs publics. En outre mais sans le mentionner explicitement, la Constitution allemande garantit également le principe de libre administration conditionnant le libre choix des organes d'un établissement d'enseignement supérieur et le traitement propre des affaires académiques.

La tradition universitaire allemande est marquée par les principes humboldtiens du début du XIX^{ème} siècle, parmi lesquels trône le principe de l'unité de la recherche et de l'enseignement. Wilhelm von Humboldt, philosophe prussien et fondateur de l'Université de Berlin en 1810 insiste sur l'importance de la pratique de la liberté eu égard à l'autonomie personnelle.

La Constitution française ne fait aucune mention des libertés académiques. Le « droit universitaire » d'origine coutumier en France, peut se caractériser par une grande porosité des principes et permet difficilement de maintenir des garanties bénéficiant au scientifique, au groupe des universitaires ou à l'institution dans son ensemble. Selon la formule latine, *Universitas semper reformanda*, l'université serait depuis son origine en attente d'une réforme complète. Aujourd'hui, l'université doit faire face à de nouveaux « adversaires » qui ne se limitent plus à l'intervention des pouvoirs publics. Si l'exercice de la science nécessite des ressources financières importantes, il faut la préserver de toute objectivisation sociétale et politique. Pour que l'université puisse se définir comme un lieu de science, ouvert et caractérisé par la discussion critique, il faut qu'elle repose sur la liberté d'expression et sur la liberté de diffusion, *a fortiori* sur la liberté de la science.