

**Remarques sur l’Histoire du droit public
en Allemagne (1800-1914) :
pourquoi lire Michael Stolleis en France ?**

La parution de la traduction française du deuxième volume de l’Histoire du droit public en Allemagne, consacré au XIXe siècle est un événement très considérable, pour la connaissance en France de cette histoire allemande, sans doute, mais aussi pour une meilleure appréhension des fondations des doctrines publicistes en Europe en général, et même un peu au-delà. On ne proposera pas ici une recension « critique » d’un ouvrage qui suscite, par son érudition, par son intelligence comme – il convient de le souligner – par son style, une admiration unanime. On expliquera plutôt en quoi et pourquoi la publication de cet ouvrage en France constitue un apport décisif à une intelligence globale du droit public, mais aussi, dans une certaine et large mesure, à celle de la genèse du droit public classique français.

Il faut donc tout d’abord saluer les éditions Dalloz d’avoir bien voulu accueillir ce livre dans l’excellente collection que dirige Pascale Gonod, la collection « Rivages du droit ». Ce livre y est, de la manière la plus exemplaire, à sa place. Aux rivages sont aussi les passages et ce passage-ci, qui transmet au public français la connaissance la plus complète des doctrines allemandes classiques, de leur formation dans un XIXe siècle à la fois contrasté et constitutif de la pensée constitutionnelle est à l’évidence particulièrement important. Il s’agit également de remercier Jean-Louis Mestre pour sa préface qui met si bien en dialogue les évolutions françaises et allemandes. Enfin, il convient d’avoir une immense gratitude à l’égard des traductrices, Marie-Ange Maillet et Marie Ange Roy, qui nous donnent une belle traduction, parfaitement lisible, même si, n’étant pas elles-mêmes juristes, elles ont pu hésiter quant au rendu de certaines notions complexes : cependant, les traductions de juristes manquent souvent, quant à elles, de cette fluidité de la langue qui seule rend agréable, voire supportable la lecture en français. L’auteur de ces lignes, qui s’est essayé à plusieurs reprises à cet exercice, ne peut donc que saluer la qualité du produit aujourd’hui publié.

Nous disposons donc, désormais, d’une version française des deux premiers volumes de la *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Le premier a en effet paru aux Presses Universitaires de France en 1998, dans une traduction excellente elle aussi et due

également à un non-juriste, à un philosophe, Michel Sennelart. Il était consacré aux XVIIe et XVIIIe siècles et portait ce sous-titre : « Droit public impérial et science de la police ». Or le XIXe siècle marque précisément une rupture tant avec le droit public d'un Empire qui se dissout en 1806 qu'avec la science de la police qui fera progressivement place au « droit administratif ».

L'effondrement du Saint-Empire est non seulement un événement politique considérable au cœur de l'Europe, mais il apparaît aussi décisif quant à la manière de penser le droit public.

La Confédération germanique qui lui succède en 1815 et jusqu'à 1866-1867, avant de laisser la place au Second Reich de 1871, n'est qu'un système lâche qui, de ce fait, ne peut intéresser que marginalement la science du droit public. L'échec de la Constitution fédérale de 1849 laisse l'Allemagne dans son état de fractionnement politique. Jusqu'à l'Empire wilhelminien au moins, la question se pose de savoir jusqu'à quel point le droit public « en Allemagne » peut être décrit et compris comme un droit public « allemand » puisque l'on a, *prima facie*, affaire à de nombreux droits publics au sein des États territoriaux. Un « droit public allemand » est-il donc une sorte de « droit comparé » des États allemands, ou bien n'est-il pas davantage un ensemble de principes communs irriguant les droits particuliers ? Comment penser le droit public « commun » en Allemagne ?

Une telle problématique peut assez bien expliquer les raisons pour lesquelles la science allemande du droit public du XIXe siècle a pu et peut encore avoir un effet durable sur l'ensemble des droits publics européens. Les auteurs pensaient à nouveau les conditions intellectuelles de possibilité, même si c'est à une plus petite échelle, d'un *ius publicum commune*, une tâche qui, à l'échelle européenne, est encore la nôtre. Confrontés à cette difficulté d'une unité dans la diversité, ils posent à long terme la question du droit public « commun ».

L'importance au moins européenne de cette aventure de la pensée allemande du droit public s'explique aussi par le fait qu'il s'agit d'une épopée scientifique du XIXe siècle. Or, c'est au XIXe siècle que se forment les bases intellectuelles fondamentales de ce droit public. C'est au XIXe siècle que se constitue le « droit public classique ». La pensée constitutionnelle devient alors une pensée du droit constitutionnel et se veut une « science » du droit constitutionnel.

La science « classique » du droit constitutionnel est bien sûr le legs de la deuxième moitié du XIXe siècle allemand et il suffit d'en rappeler les deux noms essentiels, ceux de Carl Friedrich Gerber et Paul Laband. Toutefois, elle est préparée par cette rumination des questions constitutionnelles qui traverse tout le XIXe siècle, depuis ses débuts, depuis qu'il a

fallu, non pas seulement en France, mais en Europe et singulièrement en Allemagne digérer la Révolution française, c'est-à-dire trouver les formes et les formules qui pourraient en permettre ce qu'en termes hégéliens l'on appellerait son *Aufhebung*, le dépassement qui la supprime et la conserve cependant. Il fallait l'acclimater dans une société et une politique qui n'étaient pas les siennes, qui n'étaient pas son rêve. Les « professeurs politiques » allemands du Vormärz ont continué de rêver 1789 (mais guère, sauf très marginalement, 1793). Et de fait, les débats constitutionnels de 1848-1849 qui président à la rédaction de la Constitution inappliquée de la Paulskirche, portent le meilleur témoignage de ce processus d'une digestion allemande de 1789.

Après l'échec de la Révolution de 1848, il s'agit de stabiliser le constitutionnalisme, ramené presque à ses conditions de 1815, et de lui donner forme juridique et scientifique. En effet, comme y insiste Gerber dans son livre de 1852, *Sur les droits publics* (*Über öffentliche Rechte*), si la stabilité constitutionnelle est une condition nécessaire à l'établissement d'une véritable science du droit constitutionnel, réciproquement cette dernière contribue à sa mesure à cette stabilité en dépassionnant le débat sur la Constitution, en renversant les termes mêmes de l'affaire : objet d'une science positive, la Constitution n'est plus tant l'enjeu des politiques en dispute, que leur préalable objectif. En donnant la « garantie de la vérité conceptuelle » aux objets constitutionnels, ce positivisme juridique congédie l'époque des « professeurs politiques », distingue et sépare science et politique constitutionnelles, dans un but à peine inavoué de conservation et stabilisation du « principe monarchique ». Ce projet pouvait profiter de l'excellence et l'immense notoriété auxquelles avait atteint la science allemande du droit privé durant la première moitié du XIXe siècle. Gerber, qui avait transporté avant 1848 tout l'arsenal méthodique de la Pandectistique sur le terrain du droit germanique, considéra au début des années 1850 que le même esprit de rigueur scientifique devait enfin conquérir les domaines du droit de l'État. Il convenait de compléter le grand système du droit en y insérant, aux côtés d'un droit privé qui avait été amené à sa perfection par Savigny et, surtout, Puchta, le sous-système du droit public. Pour ce faire, il fallait rapporter le droit public au principe fondateur de tout droit et qu'il partagerait donc avec le droit privé, puis découvrir le principe spécifique qui permettrait d'en établir la « caractéristique ». Ayant appris de son maître Puchta que le principe fondamental du droit résidait dans le « pouvoir de la volonté » (*Willensmacht*), Gerber entreprit de démarquer le droit public du droit privé à travers cette modalité du vouloir en laquelle il voyait la spécificité de la volonté publique, la « domination » (*Herrschaft*). C'est sur ces fondements que repose la grande école « positiviste » du droit public allemand, entre 1850 et 1918 environ. Le lecteur de l'ouvrage de Michael Stolleis découvrira cependant que le tableau de la science allemande du droit public « fin de siècle » est évidemment beaucoup plus complexe et contrasté que cette vision, assez traditionnelle, laisse entrevoir. Car ce qui fascine, mais peut aussi rendre la lecture un peu fastidieuse, surtout pour un public étranger, c'est la recherche d'exhaustivité : il s'agit non seulement de ne laisser aucun champ du droit public de côté, mais plus encore, pratiquement aucun auteur :

tout se passe comme si le plus insignifiant avait un droit à paraître sur le grand tableau du droit public allemand que peint Stolleis avec un souci presque maniaque du détail. De ce foisonnement, cependant, l'auteur fait bien ressortir les lignes de force. Et l'on comprend alors pourquoi toute la science continentale du droit public s'est construite dans une relation puissante aux plus grands auteurs allemands, pourquoi les noms de Geber, Laband, Otto Mayer et Georg Jellinek devinrent presque universels. La réception de cette école allemande fut considérable : il suffit de penser à Orlando en Italie, à Fritz Fleiner et Walter Burckhardt en Suisse, Ernö Nagy en Hongrie, Johan Theodoor Buys aux Pays-Bas, Nikolaos Saripolos en Grèce, ou encore Adolfo Posada et Fernando de los Rios en Espagne, cette réception de la science allemande déclenche, autour de 1900, une immense rénovation du droit public en Europe. Au Japon, c'est la doctrine du droit public de l'Empire allemand qui inspire toute une partie de la littérature constitutionnaliste de l'ère Meiji et, à l'époque du militarisme, la transposition de la théorie jellinéquienne de l'organe vaudra quelques déboires au célèbre Tatsukichi Minobe. Pour des raisons politiques évidentes, la réception française du droit public allemand fut compliquée dès 1870 et rendue plus difficile encore à partir de 1918. Mais il était impossible de passer à côté d'une doctrine qui dominait l'Europe, même si, comme l'on sait, Adhémar Esmein avait voulu faire croire, dans une page célèbre de ses *Éléments de droit constitutionnel*, qu'il avait pu s'en passer, même si dans ses *Institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, Joseph Barthélémy a cru devoir dresser, au début de la Première Guerre mondiale, un tableau apocalyptique du système constitutionnel allemand. Comme les privatistes ou les historiens du droit, les publicistes lurent avec patience et intérêt les Allemands. On pense bien sûr à Duguit et Carré de Malberg, mais aussi à Michoud, Larnaude, Deslandres et tant d'autres (la relation d'Hauriou aux Allemands est cependant très indirecte). Il fallait les étudier suffisamment, ne serait-ce que pour tracer précisément et efficacement la ligne de démarcation scientifique qui permettrait d'offrir sur le marché des idées de droit public un modèle capable de concurrencer l'allemand, abusant de sa position dominante, un modèle français, celui de la liberté républicaine. Ce faisant, cet effort de rejet (Duguit) ou d'adaptation-refondation (Carré de Malberg) des doctrines d'Allemagne explique largement les conditions et les débats qui ont présidé à l'émergence de la science « classique » du droit public français. Il faut d'ailleurs préciser que c'est une confrontation qui oppose les Français à la doctrine « classique » allemande, celle du Second Reich essentiellement, la doctrine de République de Weimar, si riche pourtant, restant largement absente des débats français des années 1920 et jusqu'à l'avènement du nazisme. La publication en langue française de l'*Histoire* de Michael Stolleis prend alors tout son sens. Seule une connaissance approfondie de la doctrine allemande du XIXe siècle permet de comprendre la « belle époque » du droit public européen, et spécialement la construction de la grande doctrine française, à travers cet affrontement politiquement conditionné, mais scientifiquement productif qui a fait naître les œuvres majeures du droit public français. Le droit public allemand de la fin du XIXe siècle est un peu « l'envers de l'histoire contemporaine » du droit public français. Le livre de Michael Stolleis offre évidemment l'accès le plus sûr, le plus érudit et le plus intelligent à ce continent

allemand du droit public moderne. C'est une lecture qui peut provoquer quelques blessures narcissiques : lisant en effet les pages consacrées à Otto Mayer, le « père du droit administratif allemand » selon l'image consacrée, le lecteur se rendra compte que, malgré la légende propagée par les Français en France et selon laquelle le Droit administratif allemand de Mayer ne serait presque qu'une transposition, une traduction du droit administratif français et, surtout, de l'œuvre du Conseil d'État, les problématiques et les méthodes, les concepts et les théories de ce droit administratif sont largement conditionnés par des questionnements et des démarches spécifiquement allemands. Ce deuxième volume de l'Histoire du droit public en Allemagne remplira donc pleinement son office, non pas seulement par l'ouverture du regard sur l'Allemagne qu'il offrira au lecteur français, mais aussi, et peut-être surtout, s'il aide ce lecteur à produire en lui, par surcroît, un regard réflexif sur sa tradition et la provenance de ses constructions emblématiques. On peut expliquer la force d'attraction (ou d'attraction-répulsion) de cette doctrine allemande du droit public par la qualité de sa systématisation et donc de sa conceptualisation. De ce point de vue, elle est l'héritière de l'École historique et tributaire de la grande Pandectistique allemande. Car il ne faut pas s'y méprendre, le projet de cette science allemande du droit privé n'est pas de décrire un ordre juridique particulier, mais de découvrir une grammaire générative profonde des systèmes juridiques au-delà de leurs spécificités géographiques et historiques. Cette grammaire n'est pas un droit naturel : elle donne la syntaxe des droits, pas leur sémantique, leurs structures, pas leurs contenus légitimes. Mais elle a une dimension universelle qui permet, à ce niveau syntaxique, de faire communiquer les ordres juridiques entre eux et de les comparer. Comme l'on a essayé de le montrer ailleurs, jusqu'à ce que le néo-kantisme applique à cette démarche la puissance de sa critique épistémologique, ce systématisme repose sur un idéalisme absolu et un conceptualisme dur, un essentialisme pour lequel les concepts structurants du droit ont une réalité et forment même ce que ces auteurs appellent « réalité juridique ». Le geste fondamental de Gerber consistera à appliquer cette grammaire structurante du droit à l'objet « droit public » et ainsi à découvrir la « vérité conceptuelle » de celui-ci. C'est ce geste qui fait la rupture avec la manière « politique » de considérer les institutions et établir le droit constitutionnel sur des bases nouvelles. C'est ce geste qui fascinera le monde des juristes européens et obligera les Français à rechercher une autre inauguration du droit public. C'est au fond la limite que l'on peut rencontrer à la lecture de ce deuxième volume de l'Histoire du droit public de Michael Stolleis : cette articulation profonde entre le projet systématique de l'École de Savigny et Puchta et le projet gerbérien d'un droit public « scientifique », qui passe par Puchta, le maître vénéré de Gerber, n'est pas assez soulignée ni analysée. Or, c'est seulement par l'analyse des figures générales du droit (la personnalité juridique, le droit subjectif, le rapport juridique, l'acte juridique, le contrat, etc.) qui ne passent dans le droit public que si et dans la mesure où elles sont compatibles avec le principe distinctif du droit public (la domination) – parce que la vérité conceptuelle du contrat est liée à une égalité de rapports contraire à l'idée de domination et de puissance publique, le concept de « contrat de droit public » est, selon Otto Mayer, une *contradictio in adiecto* –, mais qui, ce test étant

réussi, en déterminent la structure profonde, c'est cette analyse seulement qui permet de comprendre jusque dans leurs principes les tensions, les apories, les accommodements et les faiblesses qui sous-tendent la construction de ce droit public. Cette limite n'est que l'effet d'une méthode, une méthode d'historien qui a bien sûr, par ailleurs, tant de mérites. C'est cette méthode qui donne à l'ouvrage son caractère encyclopédique et son désir d'exhaustivité. C'est aussi un choix méthodologique fondamental et salutaire qui ne détache pas l'« histoire des idées juridiques » de ses contextes, de l'histoire politique, sociale et culturelle, sans laquelle une « histoire » des idées n'a aucune « histoire ». Stolleis apporte un soin tout particulier à l'histoire des institutions et de la vie universitaires, les pensées ne se détachant pas complètement du cadre institutionnel dans lequel elles sont formulées et circulent, ce cadre donnant la structure générale de la communauté scientifique. On se sent donc assez proche, chez Stolleis, de l'« histoire des concepts » (Begriffsgeschichte) dans la théorisation qu'en fait notamment Reinhard Kosellek. Ces partis-pris méthodologiques font toute la richesse incroyable de cet ouvrage, mais expliquent aussi, peut-être, cette limite évoquée plus haut. Sans doute, les idées ne planent-elles pas dans les airs et le paradis des concepts n'a pas d'histoire. La pensée (juridique) est conditionnée (pas : déterminée). Mais les conditions de pensabilité de ces pensées ne sont pas seulement sociales, politiques et institutionnelles. Elles sont aussi strictement intellectuelles et dépendent notamment d'une épistémè au sens de Foucault : l'histoire ne doit pas effacer la dimension « archéologique ». De même, les pensées sont prises dans ce discours au sein duquel elles circulent et de ce fait soumises à des conditions logiques d'enchaînement tout en relevant aussi de la spontanéité créatrice des locuteurs. Bien sûr, on ne saurait imputer à Michael Stolleis de méconnaître ces banalités. Il s'agit seulement de dire que les méthodes historiques ne permettent pas suffisamment de prendre en charge l'intelligence propre de ces pensées : si une histoire de la pensée doit être une « histoire », elle n'en demeure pas moins une histoire de la « pensée », des « idées » et pas seulement une histoire de la culture juridique. Il lui faudrait donc aussi une dimension théorique voire philosophique qu'une démarche trop historienne occulte trop souvent. On peut estimer que c'est aussi le cas chez Michael Stolleis. Mais peut-on sérieusement lui reprocher de n'avoir pas transformé nos rêves en réalités ? Les quatre volumes de la *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* forment une œuvre immense et monumentale, comme on n'en connaît plus guère aujourd'hui. Signalons que, dans un format de poche, un résumé des quatre volumes vient de paraître sous le titre *Öffentliches Recht in Deutschland : eine Einführung in seine Geschichte* (Munich, C.H. Beck, 2014). La « critique » que l'on vient de formuler relève d'une différence d'approche qui n'engage que son auteur. Car, en son genre, dans le cadre de ses propres choix méthodologiques, il faut bien avouer que cette Histoire et particulièrement ce deuxième volume est une sorte d'objet parfait qui suscite la plus rare des admirations.

Olivier Jouanjan

Professeur de droit public aux Universités de Strasbourg et Fribourg-en-Brisgau.