

Céline Jouin

« Donner une forme sociale à l'État » : Heller et Gierke

Il est certain que notre société abrite en elle des dangers effroyables. Mais il est tout aussi certain que dans la lutte que nous devons mener pour pérenniser notre culture, la victoire est possible si, nous emplissant d'esprit communautaire, nous parvenons à donner une forme sociale à l'État et au droit, aux mœurs et à l'économie.

O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889)¹

Rien de plus facile que de dire que la conscience qu'a de son rang le chevalier errant Don Quichotte est une conscience fausse, puisque la situation objective à laquelle on la rapporte – la société d'ordres – est bien connue et qu'elle appartient au passé. Mais comment parler d'une conscience juste si l'on prend comme critère un état de la société qui n'existe pas encore ?

H. Heller, *Staatslehre* (1934)²

L'influence de Gierke sur Heller est souvent mentionnée. Otto von Gierke (1841-1921), l'un des « germanistes » les plus importants de l'École historique du droit est reconnu, avec Lorenz von Stein, comme l'une des sources principales du concept hellérien d'« État de droit social » (*sozialer Rechtsstaat*)³. Le livre de Gierke sur Althusius⁴ en particulier a exercé une grande influence sur Heller. N'a-t-il pas écrit dans la préface de son habilitation sur Hegel qu'un de ses buts était de « prolonger l'*Althusius* de Gierke dans une direction bien précise⁵ » ? Les références aux écrits de Gierke restent fréquentes jusque dans les derniers textes du juriste. À notre connaissance toutefois, aucune étude

¹ O. VON GIERKE, « Die soziale Aufgabe des Privatrechts » (1889), in *Aufsätze und kleinere Monographien*, vol. 1, Hildesheim, Weidmann, vol. 1, 2001, p. 613.

² H. HELLER, *Staatslehre*, Amsterdam, Sijthoff, 1934, p. 116. Nous traduisons toutes les citations de Heller sauf celles qui sont tirées de H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale » (trad. fr. J.A. Barash, *Cités*, vol. 2, n° 6, 2001, p. 175-211).

³ Voir dans ce dossier la contribution de Nathalie Le Bouëdec.

⁴ O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), Aalen, Scientia-Verlag, 1958. Notre traduction en français de ce livre va paraître en 2020 aux éditions Classiques Garnier.

⁵ H. HELLER, « Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke », in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, vol. 1, p. 24.

n'est consacrée à l'usage que fait Heller de la pensée de Gierke ni aux raisons qui ont pu le conduire à prendre l'*Althusius* comme modèle⁶. Étant donné qu'il ne les explique pas lui-même, nous nous proposons ici de les reconstruire à partir de sa lecture globale de la théorie gierkienne.

Notre hypothèse est que la théorie hellérienne de l'État doit énormément à Gierke – bien au-delà de son écrit d'habilitation sur Hegel et des références textuelles explicites. On peut penser qu'à bien des égards Gierke sert de guide à Heller dans ce qu'il diagnostique comme « la crise de la théorie de l'État », alors qu'il cherche à tracer une voie moyenne entre la radicalisation juridique de Kelsen et la radicalisation sociologique de ceux qui, après la Grande Guerre, veulent se débarrasser de la souveraineté – de la chose et du concept – qu'ils voient comme la cause de tous les maux. Notons que parmi ces derniers se trouvent des « gierkiens », des réalistes comme Preuss ou Duguit et des pluralistes comme Laski, qui se servent de la pensée gierkienne pour dissoudre l'État dans l'articulation entre les groupes sociaux.

Il est instructif à cet égard de comparer les lectures de Gierke de Carl Schmitt et de Hermann Heller. L'enjeu n'est rien moins que le sens qu'ils donnent à la construction de l'État social sous la République de Weimar. Que faire en effet de Gierke, qui n'est pas socialiste, mais qui est toutefois l'un des pères de l'idée de droit social⁷, quand on ne veut pas voir émerger l'État social et quand, comme Schmitt, on y voit un « État total » envahi par le pluralisme des « puissances sociales » ? Gierke n'est pas une cible aussi facile que les socialistes. Schmitt s'en sort par un contresens (fait de mauvaise foi) : il confond Gierke et ses élèves pluralistes. Il lui reproche de rabaisser l'État au rang d'une simple association et de faire de la souveraineté un attribut de l'État autoritaire⁸. Mis dans le même panier que les *guilds socialists* anglo-saxons Cole et Laski, Gierke devient comme eux un fossoyeur du politique⁹.

Tout autre est la lecture de Heller. Tout autre sa volonté politique. Heller défend l'État social et voit en Gierke un appui. Il considère le théoricien de la *Genossenschaft* comme l'une des figures cardinales du *droit public* et voit la différence entre Gierke et les « gierkiens ». Il va même plus loin : il s'attaque à ces derniers. À ses yeux, Preuss, Duguit et Laski ont tort de reprocher à Gierke d'être resté un

⁶ Wolfgang Schluchter et Michael Henkel ont relevé l'importance de l'*Althusius* de Gierke pour Heller, sans toutefois l'expliquer. Voir W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die Staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1983, p. 93 et M. HENKEL, « Hermann Heller Begründung der Politikwissenschaft », in M. LLANQUE (dir.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität: das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2010, p. 219. – La lecture hellérienne de Gierke suppose une analyse approfondie de la théorie gierkienne de l'État. Or, il existe peu de travaux sur celle-ci. On se reportera à M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milan, Giuffrè, 1973 ; Ch. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1997 et aux différentes études sur Gierke de Karsten Malowitz.

⁷ Georges Gurvitch et Franz Wieacker ont vu en Gierke le père de l'idée de droit social. Voir G. GURVITCH, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis la fin du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932 et F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), Göttingen, Zurich, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

⁸ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 35. Sur la lecture de Gierke par Schmitt, voir C. JOUIN, *Le retour de la guerre juste : droit international, épistémologie et idéologie chez Carl Schmitt*, Paris, EHESS, Vrin, 2013, p. 211-225.

⁹ Voir C. SCHMITT, *La notion de politique*, Paris, Flammarion, 1992, p. 62.

théoricien de l'État-personne malgré sa théorie de la *Genossenschaft*¹⁰. L'enjeu pour Heller est d'élaborer une sociologie qui ne voit pas l'État comme un mal¹¹.

« PROLONGER L'ALTHUSIUS DE GIERKE »

Lorsque le jeune Heller écrit dans la préface de *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke* qu'il a voulu « prolonger l'Althusius de Gierke », c'est d'abord sur le plan de l'histoire des idées qu'il se place. Dans son célèbre livre paru en 1880, Gierke redécouvre Althusius, juriste calviniste du XVII^e siècle qui était tombé dans l'oubli. Dans l'entre-deux guerres, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* est lu comme une introduction à la pensée politique par les juristes de la République de Weimar. Bien plus qu'une monographie sur Althusius, c'est une généalogie de la philosophie politique moderne tout entière que Gierke élabore en relisant la pensée politique de Bodin à Kant. Heller étudie la pensée de Hegel et du XIX^e siècle. « Prolonger l'Althusius » veut donc d'abord dire : écrire sur la période suivante.

Aux travaux de Gierke, nous devons la preuve exhaustive de ce que la représentation de l'État comme personnalité réelle organique est complètement étrangère à tout le droit naturel, y compris à Fichte¹².

Heller présente sa recherche comme une enquête sur la renaissance des concepts organicistes au XIX^e siècle, ces concepts qui, précisément, « manquent à Gierke dans la théorie du XVIII^e siècle¹³ ».

Reprenant à son compte l'histoire du concept de personnalité de l'État telle que la Gierke la retrace, il veut simplement la compléter. Gierke a démontré que l'idée de l'État comme personne juridique n'existait pas dans l'Antiquité ni au Moyen Âge. Il a vu que la *persona civitatis* n'était chez Hobbes qu'un artifice qui sert à nier la personnalité du peuple. Heller entend démontrer quant à lui « ce que personne n'a encore démontré¹⁴ », à savoir que Hegel est le véritable créateur de la théorie moderne de la personnalité de l'État.

Pour que cette idée puisse émerger, il fallait que « soit dépassée la querelle du droit naturel entre les partisans de la souveraineté du peuple et les partisans de la souveraineté du prince, entre individualisme et philosophie sociale¹⁵ », querelle que Gierke analyse longuement dans son *Althusius*.

La théorie de la personnalité réelle de l'État avait besoin que l'idée de nation devienne le point de départ de la pensée politique [...], que l'État soit conçu de manière démocratique et le peuple de façon nationale¹⁶.

¹⁰ Voir H. HELLER, *Die Souveränität* (1927), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, vol. 2, *op. cit.*, p. 46 sq.

¹¹ Voir « État » (1931) de Hermann Heller, traduit par Dominique Linhardt dans B. KARSENTI et D. LINHARDT (dir.), *État et société politique*, p. 17 sq., ainsi que la « Présentation » de ce livre et l'article d'Olivier Jouanjan, « Lire Hermann Heller, théoricien de l'État sous Weimar » (*ibid.*, p. 41 sq.).

¹² H. Heller, « Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke », *op. cit.*, p. 193.

¹³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴ *Ibid.*, p. 136, p. 193.

¹⁵ *Ibid.*, p. 130-131.

¹⁶ *Ibid.*

Ce n'est donc pas par hasard que l'on rencontre une première version de la théorie organique de l'État chez Montesquieu et Rousseau, les pères de la Révolution française, ceux mêmes qui influenceront Hegel, comme Gierke l'a montré¹⁷.

Dans son habilitation, le jeune Heller complète bel et bien l'histoire du droit de Gierke. Sans reprendre le grand récit « germaniste » du maître, mais sans le contredire non plus, il s'accorde avec lui pour dire que le XIX^e siècle rompt avec l'individualisme radical du droit naturel.

Si l'on quitte cet emprunt circonscrit des débuts pour prendre une vue panoramique de l'œuvre de Heller, on observe que, d'un texte à l'autre, le juriste a adopté une série de thèses « gierkiennes » ou « althusiennes » autrement plus centrales que celle qu'on vient de présenter.

Repartons des grandes lignes de l'histoire du droit de Gierke et de son ouvrage sur Althusius pour le mettre en évidence. Dans sa monumentale histoire du droit (les 4 volumes de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868-1913), Gierke met en scène un conflit séculaire entre l'individualisme du droit romain et l'organicisme du droit commun germanique, entre les systèmes imprégnés de droit romain dans lesquels s'est édifiée la doctrine de la souveraineté conçue comme monopole du pouvoir et ceux dans lesquels la production du droit, au lieu d'être la prérogative exclusive d'un État-personne, est la résultante de l'autonomie et de la dynamique de diverses associations. Pour Gierke, le droit romano-canonique a favorisé une tradition qui mène au principe du *princeps legibus solutus*, à l'État absolutiste et à l'État centralisé moderne, mais aussi au socialisme du XIX^e siècle qu'il interprète comme un mixte d'individualisme libéral et d'étatisme autoritaire.

Dans ce récit, Althusius joue un rôle précis. Gierke fait de lui le père du fédéralisme et du principe de subsidiarité, mais surtout l'incarnation d'une ligne « allemande » du droit naturel attentive aux communautés, ligne restée mineure ou dissidente, mais que le XIX^e siècle voit renaître avec l'organicisme. Pour Gierke, la théorie dominante, de Grotius à Kant, est à la fois une théorie de « l'individu souverain » et une théorie de « l'État souverain ». La théorie moderne du droit naturel (et la philosophie politique moderne) rend(ent) indissociables l'émancipation de l'individu et l'État centralisé. Le refus des « corps intermédiaires » depuis Hobbes et Rousseau jusqu'à Kant semble révélateur à Gierke d'une tendance de l'État moderne à absorber toute la vie communautaire, tendance qui ne laisse finalement aux communautés, soupçonnées d'être des « factions », que l'espace étrié du droit privé.

Dans son *Althusius*, le geste fameux de Gierke est d'avoir associé le nom du juriste calviniste à l'idée d'État de droit. Vivement discutée, cette association est intenable pour beaucoup¹⁸.

Dans la *Politica methodice digesta* (1603), Althusius construit le corps politique par en bas et sur plusieurs niveaux. Chaque niveau est composé de différents corps symbiotiques ou « consociationes » : familles, corporations, villes, et provinces composent la *consociatio universalis*. La corporation est un ensemble de familles, la

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Gierke présente Althusius comme le premier théoricien de la souveraineté populaire, avant Rousseau. Pour G. Duso, c'est un anachronisme de voir dans la *Politica* un antécédent fédéraliste du *Contrat social* : à ses yeux la pensée d'Althusius est typique de la pensée médiévale et de son pluralisme juridique (G. DUSO, « Althusius. Pensatore per una società post-moderna? », *Filosofia politica*, 4, 1990, p. 163-175).

ville un ensemble de corporations, la province un ensemble de villes et l'Empire un ensemble de provinces. Gierke savait que la cause pour laquelle luttait Althusius, l'autonomie des villes, était déjà une cause perdue au XVII^e siècle face à la montée en puissance des États territoriaux. Mais plutôt que de voir dans l'auteur de la *Politica* le dernier penseur de la polyarchie médiévale, il décide d'en faire le premier théoricien de l'État de droit moderne. Sous la plume de Gierke, le calviniste devient ainsi un modèle de la démocratie « par en bas », de l'État de droit « social », un disciple de Bodin qui élabore une variation sur le thème de la souveraineté cher à son maître quand il accorde de l'autonomie aux corporations, un théoricien de la représentation¹⁹ pour qui la clé de la politique est le contrôle des magistrats par le niveau inférieur.

Il est bien possible que Gierke ait projeté sa propre théorie sur celle d'Althusius. Sans aborder ici cette question, on se contentera de relever que, au fil de ses textes, Heller adopte des positions sur l'État, qui, mises bout à bout, donnent à penser que l'*Althusius* de Gierke a été pour lui une source d'inspiration essentielle. Même allégeance à Bodin plutôt qu'à Hobbes²⁰. Même refus de dissocier démocratie et représentation et de réduire la représentation au sens qu'elle revêt dans le parlementarisme²¹. Son affirmation que « la spécificité de la forme du pouvoir démocratique consiste dans la désignation de ses représentants par la collectivité, et dans le fait que ses représentants occupent non pas la position de souverains mais de magistrats²² » est l'une des idées maîtresses d'Althusius relu par Gierke. Une autre idée qui peut être vue comme une reformulation de la théorie de la *Genossenschaft* de Gierke est que

ce n'est pas le lien sociologique ou, éventuellement, social et éthique avec le peuple, qui caractérise le représentant démocratique. Un tel lien existe également en ce qui concerne le représentant autocratique. Il n'existe aucune forme de domination à laquelle ne s'applique la formule de Spinoza : « *Oboedientia facit imperantem.* » Mais il n'y a que dans la démocratie que ce lien est de plus juridique, doté de sanctions efficaces fixées par le droit²³.

¹⁹ Voir le chapitre sur la représentation du livre de Gierke sur Althusius (O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, op. cit., p. 211-225).

²⁰ Voir H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 34 sq.

²¹ Heller insiste sur le fait que la représentation politique naît avant le parlementarisme, leçon qu'il a pu retenir de sa lecture de Gierke : « Les formes que peuvent prendre les positions des représentants démocratiques sont également nombreuses. En plus du parlementarisme et du système démocratique des conseils, il faut aussi appeler démocratique la forme de représentation, expérimentée dans certaines villes américaines qui, renonçant ainsi au Parlement ou aux conseils, désigne uniquement un ou deux représentants ayant de très larges fonctions de décision, mais pouvant être révoqués (*recall*) à tout moment » (H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale », op. cit., p. 202). Voir aussi H. Heller, *Die Souveränität*, op. cit., p. 97.

²² H. HELLER « Démocratie politique et homogénéité sociale », op. cit., p. 202.

²³ *Ibid.* Un an plus tôt, Heller exposait la même idée en se référant cette fois explicitement au livre de Gierke sur Althusius : « À chaque fois qu'il est question de souveraineté de l'État, d'une manière ou d'une autre l'idée de la souveraineté du peuple est elle aussi convoquée. Or il faut garder à l'esprit que l'idée de la souveraineté de l'État et du peuple peut aussi revêtir un sens purement sociologique ou éthique et non juridique. [...] De ce point de vue, il n'y a aucune différence entre souveraineté du peuple et souveraineté du prince, entre démocratie et autocratie. Mais tandis que dans l'État autocratique le rapport entre le ou les gouvernants et les gouvernés est uniquement sociologique ou éthique, en démocratie ce rapport devient juridique » (H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 96.)

En effet, le montage corporatif a pour but de représenter ce qui reste irréprésentable pour Gerber et Laband : le fait que les relations entre la personne qui porte l'unité du tout et les membres du tout sont « de véritables rapports de droit²⁴ ». Gierkienne encore est la définition par Heller de « l'essence du politique » comme « équilibre dialectique d'une diversité infinies d'actions sociales²⁵ » ou du « problème fondamental de toute politique » comme « celui de la naissance et de la conservation dans le temps de l'unité de décision sur un territoire, dans la multiplicité des actes de la volonté qui la constituent²⁶ ». La définition hellérienne de l'État comme « unité dans la pluralité » (« *Einheit in der Vielheit* ») est une reprise explicite de la définition de la *Genossenschaft* de Gierke²⁷. La façon dont Heller justifie le principe de majorité coïncide avec les conclusions de l'essai de Gierke de 1913 *Sur le principe de majorité*²⁸. Enfin, quand Heller écrit que le socialisme doit être construit « de bas en haut et de l'intérieur²⁹ », il rejoint certains textes de Gierke sur la question sociale.

Arrêtons-nous un moment sur ce point, central pour notre propos. Dans l'entrée « *Genossenschaften* » du *Rechtslexicon* de Franz von Holtzendorff, Gierke écrit que seule la création « par en bas et de l'intérieur » (« *von unten und innen heraus* ») d'organismes économiques a quelque chance de redonner de l'autonomie « aux atomes économiques devenus impuissants et maintenus dans l'isolement³⁰ ». Au socialisme et au communisme centralisateurs, il oppose l'idée de *Genossenschaft* (« qu'en France, écrit Gierke, on appelle *coopération*³¹ »). Pour lui la question sociale a plus de chance d'être résolue par la *Genossenschaftsbewegung* allemande, le *cooperative movement* anglais ou le mouvement coopératif en France que par « les théories socialistes et communistes qui en appellent à la toute-puissance de l'État

²⁴ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, p. 182.

²⁵ H. HELLER « Démocratie politique et homogénéité sociale », *op. cit.*, p. 199.

²⁶ *Ibid.*, p. 200.

²⁷ Heller renvoie au 2^e volume du *Deutsches Genossenschaftsrecht* de Gierke (Berlin, Weidmann Buchhandlung, 1873, p. 1906). Voir H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, vol. 2, *op. cit.*, p. 11, p. 28 et *Die Souveränität*, *op. cit.*, p. 82.

²⁸ O. VON GIERKE, « Sur le principe de majorité » (1913), trad. fr. O. von Busekist, *Raisons politiques*, n° 53, 2014, p. 171-185). Pour Heller le principe de majorité est, avec la représentation par le magistrat (*magistratische Repräsentation*), l'un des deux moyens qui permet au peuple en tant qu'unité d'exercer son pouvoir sur le peuple en tant que pluralité. Ce principe n'a de sens à ses yeux que lorsqu'une volonté commune existe déjà, au moins esquissée, dans la réalité. « Car seule l'existence d'une volonté collective peut faire accepter à la minorité de se rallier à la volonté du représentant choisi par la majorité » (H. HELLER, *Die Souveränität*, *op. cit.*, p. 75, et W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, *op. cit.*, p. 188.

²⁹ Dans « Démocratie politique et homogénéité sociale », Heller écrit : « La démocratie doit être la formation consciente de l'unité politique *allant du bas vers le haut*, et toute représentation doit rester juridiquement dépendante de la volonté de la communauté. Le peuple comme multiplicité doit s'autoconstituer consciemment lui-même comme peuple en tant qu'unité » (« Démocratie politique et homogénéité sociale », *op. cit.*, p. 204). Et dans « Sozialismus und Nation » : « Un socialisme qui ne construit pas *de bas en haut et de l'intérieur vers l'extérieur* sur un sol déterminé, qui ne s'adapte pas à un peuple et à un État particulier, mène une lutte des classes qui est dénuée de sens » (« Sozialismus und Nation », in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, vol. 1, *op. cit.*, p. 505).

³⁰ F. VON HOLTZENDORFF (dir.), *Rechtslexicon*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1870, vol. 1, p. 474.

³¹ O. VON GIERKE, « *Genossenschaften* », in F. VON HOLTZENDORFF (dir.), *Rechtslexicon*, *op. cit.*, p. 474.

ou à une communauté qui viendrait prendre la place de la société complètement décomposée (*völlig gesprengt*) par la surpuissance du capital » et qui veulent « réorganiser l'économie par en haut³² ». En effet, le but n'est pas seulement d'augmenter les salaires, il est aussi « moral » (*sittlich*). Il faut trouver un moyen de remplacer « les formes d'association qui ont fait leur temps (*die abgelebten Vereinsformen*) par de nouvelles formes », afin d'intégrer socialement et culturellement les individus dans des formes « plus vivantes (*lebensvollere*)³³ ». Gierke propose non pas la révolution, mais un changement profond du rapport à la propriété qui ne soit pas une extension infinie et autoritaire du domaine de la propriété publique³⁴. Sa stratégie consiste à miser sur des institutions sociales et juridiques précises (qui concernent la propriété commune dans l'entreprise, dans la famille, le rapport employeur/employé, le rapport locataire/propriétaire, etc.) et surtout sur le partage de la décision dans tous les groupes.

Comment ne pas voir qu'à cet égard Heller lui emboîte le pas ? Ne défend-il pas le principe de la *genossenschaftliche Selbstverwaltung* en économie³⁵ ? N'affirme-t-il pas que la lutte des classes a un sens éthique et culturel et pas seulement économique ? Ne se distancie-t-il pas de l'économisme de la II^e Internationale, en avançant que la crise sociale ne peut être résolue que par des acteurs conscients et non par-dessus leur tête ?

DE L'ORGANISME À L'ORGANISATION

Le rapport de Heller à Gierke est plus complexe que ce que nous venons d'en dire. Heller a aussi formulé une critique de Gierke et l'a amendé sur un point : le rapport entre sociologie et science juridique.

On peut décomposer le rapport de Heller à Gierke en trois moments.

(1) Pour Heller, Gierke est celui qui a fourni la première analyse pertinente de « la crise de la théorie de l'État » (dans sa fameuse critique de Laband de 1883³⁶). Heller pense que la crise qui affecte la science du droit sous la République de Weimar prolonge celle que Gierke diagnostique sous le II^e Reich. La critique gierkienne de Laband peut donc servir de modèle à la critique qu'il adresse à Kelsen.

(2) Aux yeux de Heller, Gierke ne résout pas la crise qu'il analyse pourtant avec lucidité. Sa sociologie organiciste, défectueuse, l'en empêche. Sur ce point, Heller donne raison à Georg Jellinek et à Max Weber.

(3) En dépit de cette critique, Heller rejoint Gierke sur toute une série de thèses maîtresses sur l'État (nous venons d'en passer en revue certaines). Le terrain où se produit ce ralliement est la controverse suscitée par la thèse gierkienne sur la personnalité réelle des groupes. Heller défend finalement cette thèse, qu'il retourne contre Weber et Jellinek. Mais il la reformule : il remplace le concept d'organisme de son aîné par celui d'organisation.

³² *Ibid.*, p. 473. Voir aussi O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868), vol. 1, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954, p. 907 sq.

³³ *Ibid.*, p. 473.

³⁴ Voir O. VON GIERKE, « Die soziale Aufgabe des Privatrechts », *op. cit.*

³⁵ Voir W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, *op. cit.*, p. 146.

³⁶ O. VON GIERKE, « Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft », in *Aufsätze und kleinere Monographien*, éd. P. Wolfgang, vol. 1, Hildesheim, Weidmann, 2001, p. 271-370.

Ces trois moments sont logiques, non chronologiques. Il ne s'agit pas de changements de position de la part de Heller. Ils sont présents tous les trois dès *Die Krisis der Staatslehre* (1926) et *Die Souveränität* (1927). La position de Heller à l'égard du théoricien de la *Genossenschaft* évolue assez peu. Une chose seulement évolue : alors que dans les textes de 1926-1927, éloge (A) et critique (B) se côtoient, la conclusion étant gierkienne (C), dans la *Staatslehre* (1934), la tension s'amointrit et seul le troisième moment demeure. La critique ne vise plus Gierke, mais ceux qui l'ont caricaturé. On le verra, Heller affirme alors qu'avec ses thèses organicistes, Gierke a « prêté le flanc à la critique³⁷ », suggérant que son organicisme n'est pas faux mais maladroitement formulé. Corrélativement, il se sert de l'*Althusius* de Gierke d'une façon nouvelle, non plus comme d'une « archive³⁸ » dans laquelle puiser des connaissances historiques, mais comme d'une théorie.

A. La critique gierkienne du positivisme juridique

En 1926, Heller diagnostique une crise profonde de la théorie allemande de l'État. À ses yeux la séparation de la théorie juridique de l'État et de la sociologie³⁹ rend la première stérile. Kant, Laband, Kelsen sont responsables de cette séparation. Heller est d'accord avec Gierke pour dire que l'élimination du social par Laband a conduit à la « mise en pièce du concept d'État » (« *führt zur Zersetzung des Staatsbegriffes*⁴⁰ »). « À quel point Gierke allait avoir raison » (« *wie Recht Gierke behalten sollte* »), écrit Heller, on le voit à « la théorie de l'État sans État » (*die Staatslehre ohne Staat*) qui allait dominer la science juridique les décennies suivantes⁴¹.

Heller reprend contre Kelsen la critique adressée par Gierke à Gerber et Laband un demi-siècle plus tôt⁴². Cette critique touchait juste dans la mesure où le logicisme de Laband est clair mais pauvre. Laband ne parvient à rester cohérent qu'en excluant les vrais problèmes de la science du droit⁴³. Gierke a vu que loin de représenter « la » science, la pensée de Laband présuppose en fait une certaine conception politique. Elle défend le modèle « prussien » d'un État séparé de la société, d'une noblesse et d'une monarchie crispées sur la défense de leurs privilèges, de la bureaucratie et de l'autoritarisme. Pour Heller, pas plus que pour Gierke, il n'y a de *Staatslehre* entièrement apolitique :

Gierke a eu entièrement raison de déceler dans les travaux de Laband un élément « indéniablement absolutiste » tempéré seulement par certaines concessions à vrai

³⁷ H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 98.

³⁸ M. LLANQUE, *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, op. cit., p. 95 sq.

³⁹ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 3-30.

⁴⁰ H. Heller cite « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien » de Gierke (voir H. HELLER, « Die Krisis der Staatslehre », op. cit., p. 11).

⁴¹ *Ibid.*, p. 11.

⁴² O. VON GIERKE, « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien » (1874), in *Aufsätze und kleinere Monographien*, op. cit., p. 103-174 et O. VON GIERKE, « Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft » (1883), in *Aufsätze und kleinere Monographien*, op. cit., p. 271-370.

⁴³ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 9.

dire illogiques que Laband a faites à la doctrine constitutionnaliste traditionnelle⁴⁴.

La même chose vaut pour la théorie de Kelsen, qui se dit pure mais qui exprime en fait les valeurs du libéralisme démocratique.

Pour Gierke, l'erreur de Gerber et Laband est d'attribuer à l'État la personnalité juridique au sens qu'elle a pour les romanistes et en droit privé. Leur personnalité juridique est celle d'un individu « fermé sur soi », posé au centre d'une sphère qui est celle de sa domination (sur les choses⁴⁵).

Dans cette perspective, soit une personne juridique est un individu réel, soit elle est une fiction. En effet, Laband ne conçoit que deux types d'association. D'une part, l'association dans laquelle l'unité collective n'est pas dotée de la personnalité juridique et les individus gardent leur autonomie. On a alors affaire à une *communio*. D'autre part, l'association où, à l'inverse, l'unité collective est seule dotée d'une personnalité juridique, et non ses membres, on a alors une *universitas*. *Tertium non datur*⁴⁶ : une personne juridique ne peut être composée de personnes juridiques. Laband souligne que, du point de vue juridique, en toute rigueur, les volontés et les actes de la ville de Berlin ou de l'État allemand ou de toute autre corporation ne peut tenir compte des volontés de leurs membres. L'appartenance à la ville, à l'État, à la corporation est donc purement formelle.

Alors que, pour Laband, les droits des citoyens sont réduits à de simples effets réflexes (*Korrelaten, Reflexe*) du droit objectif, Gierke réintroduit l'idée que les droits subjectifs sont des droits fondamentaux (*Grundrechte*)⁴⁷. Il souligne que la tâche du droit public moderne est de penser les droits de participation du peuple et qu'il est réducteur d'identifier la volonté publique à l'appareil du pouvoir étatique.

À ses yeux la théorie romaniste que reprend Laband est incapable de penser les formes multiples de « pluralité dans l'unité » léguées par l'histoire et reconnues « tous les jours par les tribunaux » du Reich⁴⁸. Certes, le concept de personne juridique repose sur la distinction du droit de l'unité et du droit de la pluralité, mais, pour Gierke, une union dans la séparation est possible. « Le concept allemand moderne de corporation (*Körperschaft*) est d'une élasticité extraordinaire⁴⁹ », car il dessine la possibilité d'une autonomie dans l'intégration.

Dans la mesure où dans la constitution de la corporation, on relie des droits et des devoirs individuels au statut de membre ou d'organe de la corporation, la sphère des volontés individuelles autonomes est à la fois *posée et limitée* par le droit lui-même au sein de la sphère communautaire⁵⁰.

⁴⁴ H. HELLER, « Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung » (1927), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, vol. 2, *op. cit.*, p. 276.

⁴⁵ O. VON GIERKE, « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien », *op. cit.*, p. 115.

⁴⁶ C'est ce que répond Laband au texte de Gierke de 1883, réponse qu'il insèrera dans toutes les éditions ultérieures de son *Staatsrecht des Deutschen Reiches*.

⁴⁷ O. VON GIERKE, « Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft », *Schmollers Jahrbuch*, 4, Leipzig, Duncker & Humblot, 1883, p. 37.

⁴⁸ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁰ *Ibid.* Nous soulignons.

À Laband qui lui reproche d'être peu clair quand il fait de l'État une personnalité collective tout en maintenant l'autonomie de ses membres⁵¹, Gierke répond que la théorie positiviste « doit son triomphe à sa grande simplicité », mais qu'« elle nie la réalité⁵² ». C'est une fiction selon lui de poser

la même séparation entre la personne collective et les personnes qu'elle regroupe qu'entre des personnes qui ne sont pas réunies dans un groupe, quels que soient leurs rapports dans la réalité, comme s'ils étaient entièrement étrangers les uns aux autres⁵³.

Cette pensée est « l'expression d'une conception du monde individualiste et mécaniste⁵⁴ ».

Gierke souligne que le droit privé ne saurait servir de modèle au droit public, puisqu'il postule un ordre de relations extérieures entre personnes isolées. C'est tout un appareil nouveau de concepts qu'il faut mettre en place pour penser la nature juridique de l'État⁵⁵. Alors que le droit privé présuppose l'individu déjà constitué, dans le droit public, la personne juridique est constituée par le droit, elle ne lui préexiste pas : « La libre décision qui donne vie à une personne collective n'est pas un contrat mais un acte collectif créateur (*schöpferischer Gesammtakt*)⁵⁶ ». À la relation extérieure des volontés (*Willensbindung*) du droit privé, Gierke oppose la volonté collective comme organisation (*Willensorganisation*) du droit public⁵⁷. Cette volonté collective n'est pas une fiction : la volonté de plusieurs individus de fonder et transformer un collectif déterminé est tout aussi réelle que la volonté d'un individu. La nature de l'homme est double, individuelle et sociale : l'homme est « à la fois un tout pour soi et une partie d'un tout plus grand⁵⁸ ».

Le refus d'appliquer le concept privatiste de personne à l'État conduit finalement Gierke à redéfinir le droit public et une partie du droit privé comme « droit social » (*Sozialrecht*). Ce droit s'applique dès qu'une forme de société dépasse les individus et transforme les formes de la propriété, de la responsabilité, de la subjectivité elle-même. Ce qui distingue le droit social du droit individuel est que les relations entre le tout et les parties y sont juridiques⁵⁹. Cette redéfinition du droit public et du droit privé comme droit social conduit à voir dans l'État « le dernier degré dans la série des groupes devenus des personnes », comme « l'universel le plus haut⁶⁰ » (*die höchste Allgemeinheit*). Ce qui veut dire que l'universel peut être

⁵¹ *Ibid.*, p. 484.

⁵² *Ibid.*, p. 75.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Maurizio Fioravanti souligne l'aspect novateur et constructif des analyses de Gierke sur ce point. Voir M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁶ O. VON GIERKE, « Das Wesen der menschlichen Verbände », in *Aufsätze und kleinere Monographien*, *op. cit.*, p. 722.

⁵⁷ O. VON GIERKE, « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien », *op. cit.*, p. 116-117.

⁵⁸ O. VON GIERKE, « Das Wesen der menschlichen Verbände », *op. cit.*, p. 719.

⁵⁹ *Ibid.* Le *Sozialrecht* comprend le *Staatsrecht* ainsi que le droit privé en tant qu'il traite de personnes collectives et non des individus.

⁶⁰ Voir le § 33 (« Le concept d'État ») du second volume du *Deutsches Genossenschaftsrecht* (*op. cit.*, p. 831).

présent dès le niveau des groupes restreints : il y a État quand un groupe oblige les sous-groupes à se départiculariser. L'État apparaît alors comme ce qui fait peser une règle sur les sous-groupes qui les oblige à traiter leurs membres comme des sujets libres et égaux⁶¹.

B. La « pseudo-sociologie » de Gierke

Pour Heller l'importance de la pensée gierkienne vient de ce qu'elle veut réintroduire le social au sein de la théorie de l'État. Mais dans *Die Krisis der Staatslehre* et *Die Souveränität*, le juriste élabore une critique de l'organicisme gierkien. Il regrette que la « célèbre querelle des méthodes avec Laband » ait été coulée dans l'opposition entre les concepts romanistes et les concepts germaniques et qu'elle ait ainsi été « revêtue d'un habit en partie inadéquat⁶² ». Heller ne peut pas accepter le nationalisme méthodologique de son aîné,⁶³ qui est ce qui a le plus vieilli dans sa pensée. L'organicisme gierkien lui apparaît comme une « métaphysique proliférante et incontrôlée », comme une « pseudo et une crypto-sociologie (*Pseudo- und Kryptosociologie*)⁶⁴ » :

Dans le combat légitime de Gierke contre l'isolement complet du concept de droit par rapport aux domaines sociologique, téléologique et éthique, il emploie malheureusement les armes d'une organologie qui veut être à la fois une métaphysique, une éthique, une théorie juridique et une sociologie. La théorie organique de l'État de Gierke avait le mérite de comprendre l'État comme une réalité sociale et une nécessité immanente à la société, bien que cette tentative fût tâtonnante. Elle visait à « expliquer la personne de l'État », à comprendre l'État comme « phénomène social » et comme « produit nécessaire des forces sociales traversant les individus » (Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts...*, 1874), mais elle confondait cette crypto-sociologie dressée contre la rationalité instrumentale (qui par ailleurs fouillait en profondeur) avec des catégories juridiques, éthiques et même biologiques, s'exposant ainsi à des attaques justifiées⁶⁵.

C'est en substance la critique que Jellinek adresse à Gierke que Heller reprend ici. Selon l'auteur de l'*Allgemeine Staatslehre*, Gierke a confondu la volonté empirique et la compétence de l'organe parce qu'il n'a pas été en mesure de séparer clairement théorie juridique et sociologie de l'État, ce que, lui, Jellinek, a été le premier à faire. Dans *Die Souveränität*, Heller écrit :

L'opposition irrésolue entre nature et esprit, entre volonté et norme qui caractérise la théorie non organique de l'État a été tranchée unilatéralement au profit de la nature et de la volonté dans la théorie organique de l'État de Gierke. Sur ce terrain naturaliste, il est certes possible de comprendre le pouvoir de l'État, mais pas le pouvoir juridique de l'État. « Relativement au groupe comme à l'individu, le cœur du sujet de droit se trouve », selon Gierke, « dans la volonté en tant que force qui cause les mouvements extérieurs » (*Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887, p. 608 sq.) Cette conception permet certes

⁶¹ Gierke affirme que la ville fut le premier État allemand véritable. Contrairement au Reich, la ville « était un phénomène proprement étatique », parce qu'elle « était liée par le droit des citoyens et imprégnée de part en part par l'idée de droit public » (*ibid.*, p. 832).

⁶² H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, *op. cit.*, p. 9.

⁶³ Gierke écrit par exemple que « le droit germanique était social dès l'origine » (« Die soziale Aufgabe des Privatrechts », *op. cit.*, p. 610).

⁶⁴ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 11-12.

d'expliquer ce qui pour la théorie anorganique de l'État est un fait incompréhensible, à savoir que « les atomes individuels de volonté puissent former l'unité organique d'une volonté commune » (Hugo Preuß, « Über Organpersönlichkeit », in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, n° 26, 1902, p. 562). Mais que la « force qui cause les mouvements extérieurs » ait quelque chose à voir avec le droit, la théorie qui se réfère aussi souvent et volontiers à Darwin et à Haeckel aura du mal à nous le démontrer. Pas plus que la sociologie qui s'appuie sur le concept d'interaction, sur la psychologie des masses et sur la psychanalyse, la théorie organique de l'État ne parvient à expliquer avec rigueur l'unité de l'État. [...] Elle ne parvient pas à penser une unité sociale de décision qui soit juridiquement le sujet d'actes souverains qui interviennent dans la chaîne des causes réelles⁶⁶.

La critique est sévère. Elle est en partie injuste puisque, loin de se référer à Haeckel et à Darwin, Gierke précise au contraire que « la conception organique de l'État n'est en aucune manière une hypothèse qui relève de la métaphysique ou des sciences de la nature⁶⁷ ». Mais elle saisit avec justesse le flottement méthodologique de Gierke. La *Genossenschaft* a-t-elle un sens sociologique ou un sens juridique ? Le commentaire se scinde sur cette question, car l'ambiguïté de Gierke est des plus grandes⁶⁸. C'est ce que montre la discussion suscitée par sa thèse de la personnalité réelle du groupe.

C. L'État comme personne réelle

Dans un livre qui a fait date, Wolfgang Schluchter affirme qu'il faut repartir de Jellinek pour comprendre la problématique de Heller⁶⁹. Selon nous, c'est de Gierke qu'il faut repartir. Et ce pour deux raisons : en premier lieu parce que Jellinek ne crée pas de toutes pièces sa problématique, il en hérite pour une grande part de Gierke (à cet égard, il existe une filiation Gierke–Jellinek–Heller)⁷⁰. En second lieu,

⁶⁶ H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 84.

⁶⁷ Pour Gierke, la comparaison des organicismes sociaux à l'organisme biologique ne peut être qu'une simple comparaison, car ceux-là relèvent des *Geisteswissenschaften* et non des sciences de la nature (« Das Wesen der menschlichen Verbände », op. cit., p. 709-710). Fioravanti considère que Gierke a arraché le concept d'organisme au monde de la nature (M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, op. cit., p. 333).

⁶⁸ F. Tönnies donne un sens sociologique à la *Genossenschaft*, dont il fait le modèle de sa *Gemeinschaft*, tandis que Duguit et Böckenförde considèrent que c'est un contresens. Duguit demande de ne pas confondre la théorie de Gierke avec la théorie sociologique organique de la société : « Celle-ci a peut-être suggéré celle-là mais elles n'ont de commun que le nom » ; « L'une parle de la nature des sociétés, l'autre est une construction de logique juridique ». Voir F. TÖNNIES, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, trad. fr. S. Mesure et N. Bond, Paris, PUF, 2010 ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901, p. 26 ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 152, note 27.

⁶⁹ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, op. cit., p. 20, p. 22.

⁷⁰ C'est ce que montre de façon convaincante Fioravanti. « Même si dès l'introduction de son livre, Jellinek cite toute la littérature sociologique moderne (Stein, Marx, Comte et Spencer), ce n'est pas de ce côté-là qu'il faut chercher le modèle de sa théorie sociale, mais du côté d'une tradition plus juridique. En effet, en dépit de la dure critique qu'il adresse aux juristes qui sont les adversaires de Laband, c'est d'eux que Jellinek tire les lignes directrices de sa *Soziallehre*. En particulier de la théorie des *Genossenschaften* de Gierke » (M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, op. cit., p. 417). Et plus loin : « La sociologie de Jellinek provient de sa reprise de la problématique de juristes comme Gierke » (*ibid.*, p. 161).

parce que Heller « résout » le problème qui leur est commun à tous trois en revenant explicitement vers Gierke *contre Jellinek*, en dépit de la critique qu'il a d'abord adressée au théoricien de la *Genossenschaft*.

Le problème commun qui occupe Gierke, Jellinek et Heller est celui de l'unité juridique de l'État, problème devenu aigu depuis la critique adressée par Hänel et Gierke à Laband. Gierke a inauguré quelque chose en montrant l'insuffisance du formalisme juridique, mais, aux yeux de Heller, le problème est resté irrésolu. S'il est légitime en effet de vouloir réintroduire le social dans la théorie de l'État, comment articuler la pluralité des groupes sociaux et l'État-personne ? Comment concilier le principe de l'auto-administration des groupes et l'unité de l'État, les éléments démocratiques et les éléments monarchiques de la théorie de l'État ?

Suffit-il de rebaptiser « droit social » le droit public ? Nullement, aux yeux de Jellinek, qui reproche à Gierke le syncrétisme de sa méthode.

Mais il n'est pas non plus question pour Jellinek de simplement juxtaposer la dimension sociologique et la dimension juridique de l'État. Comment articuler les deux ? Comment réunifier la science de l'État ? Jellinek y parvient-il ?

La réponse de Heller est claire : chez Jellinek, théorie sociale et théorie juridique de l'État sont « mal reliées entre elles », écrit-il dans *Die Krisis der Staatslehre*⁷¹. Jellinek a bien fait de séparer nettement les deux. « Mais, après les avoir séparées, il n'a plus trouvé de fondement méthodologique pour sa théorie générale de l'État⁷² ».

C'est la raison qui pousse Heller à vouloir livrer « une synthèse » de la pensée de Gierke et de Jellinek⁷³ en donnant raison à Gierke sur un point :

Gierke a eu raison de s'opposer à la théorie de Jellinek qui affirmait qu'« il y a deux types d'unité, les unités physiques et les unités intentionnelles ». Car le groupe est à la fois une unité sociale, physique et une unité de sens, tout comme l'individu [...]. Qu'on ne puisse se passer de l'idée de la réalité de la volonté commune, nous l'accordons sans réserve à la théorie de la *Genossenschaft*⁷⁴.

Analysant en détail la controverse entre Laband, Gierke et Jellinek⁷⁵, Heller reprend à son compte la position de Gierke. S'il revient vers cette controverse, c'est qu'elle permet à ses yeux d'éclairer le problème de la souveraineté tel qu'il se pose pour ses contemporains et qui vient de l'impossibilité de trouver un sujet de la souveraineté.

En refusant de voir le peuple comme le sujet de la souveraineté et en situant ce sujet dans l'État, Hegel a préparé l'idée que l'État était une unité fictive. Jellinek préfère-t-il dire qu'il est une abstraction ? Pour Heller, « cela revient à dire fiction⁷⁶ ».

⁷¹ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 12.

⁷² *Ibid.*

⁷³ H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 102.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 105. Il récuse également la position nominaliste de Max Weber qui avait critiqué l'organicisme gierkien de manière analogue à Jellinek. Il juge « maladroit » l'idée que l'État correspond, « dans la réalité empirique, à une infinité d'actions humaines diffuses et discontinues, tenues ensemble par une idée, à savoir la croyance en la validité effective de normes et en des relations de pouvoir que les hommes exercent sur d'autres hommes ».

⁷⁵ Voir H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 82 sq. et H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 95 sq.

⁷⁶ H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 82.

Gierke affirme en revanche que la personne de l'État est réelle. Comme lui, Heller pense que la volonté commune réelle est le soubassement de l'État. Toutefois, il ne renvoie pas au peuple en corps, mais à la volonté organisée :

On peut définir l'État comme une unité *organique* garantie par la réalité vécue au niveau de la société entière et sur le plan psychologique, unité qui est tout à fait *réelle* et qui est aussi peu un ensemble de relations abstraites que ne l'est la réalité vécue la plus concrète⁷⁷.

Ainsi Heller maintient-il les prédicats gierkiens à la fois contre le rousseauisme de la doctrine française et contre le formalisme juridique : la personne de l'État est « réelle », elle est « organique », parce que l'État est une « unité de décision et d'effectivité⁷⁸ » (*Entscheidungs- und Wirkungseinheit*), une « capacité collective de décision et d'action⁷⁹ » (*kollektive Entscheidungs- und Aktionsfähigkeit*). Mais c'est en remplaçant au passage le concept d'« organisme » par celui d'« organisation⁸⁰ » :

La réalité sociale des groupes humains n'est jamais seulement une unité organique de la pluralité, elle est toujours une unité organisée [...]. Le moment décisif pour la réalité du groupe est celui de la planification et de l'intention et non de la croissance organique⁸¹.

Notons que la ligne d'argumentation de Heller a changé depuis 1926-1927. Dans la *Staatslehre*, il n'affirme plus que Gierke est naturaliste. Il ne parle plus des défauts de sa sociologie. Il souligne désormais que les conceptions organicistes résistent à la caricature qu'on en fait. Il veut en conserver quelque chose. Il défend maintenant l'idée plus nuancée que les thèses de Gierke sont maladroitement formulées :

même si Gierke évite les analogies grossières de l'organicisme, avec son idée d'un individu collectif et de la réalité des groupes humains, *il prête le flanc à la critique* d'un Jellinek qui lui reproche de réifier de façon indue la société, comme si celle-ci pouvait être séparée des hommes et de leur pratique⁸².

Or,

l'idée d'une réalité sociale détachée des hommes est peut-être un problème théologique, mais ce n'est pas un problème sociologique⁸³.

Finalement Heller sauve la thèse de la réalité de la personne collective (*reale Gesamtperson*) en la reformulant : « le groupe est une réalité dans la mesure où il est action » ; « sa réalité est son actualité (*Aktualität*) » ; « celui qui nie la réalité des groupes sociaux nie la réalité de l'individu actif et par là son existence sociale elle-même⁸⁴ ». Rebaptisée « organisation », la notion d'organisme revêt un sens précis. Elle sert à affirmer que l'intégration sociale et la communauté historique ne suffit pas à définir l'unité juridique⁸⁵. Pour le dire, Heller mobilise des exemples

⁷⁷ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 29.

⁷⁸ H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p.103.

⁷⁹ H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 88.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 98.

⁸² *Ibid.* Nous soulignons.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 88.

tirés de l'histoire du droit de Gierke : une communauté de croyants « en tant qu'Église invisible » n'est pas une organisation – lui font défaut l'unité d'action et l'effectivité sociale – « l'Église visible⁸⁶ » en est une, car en elle la volonté du groupe est articulée. « Autrement dit, toute organisation doit avoir au moins un organe⁸⁷ ».

Heller donne à la thèse gierkienne de la réalité de la personne collective un nouveau sens qui présuppose la conception *sociologique* du social. Gierke avait donné des pistes en ce sens⁸⁸ et, à ce titre, il avait eu de l'influence sur les pères de la sociologie allemande (Tönnies, Weber⁸⁹). Mais il n'avait pas dégagé adéquatement cette conception nouvelle. Selon Heller, « on peut comprendre que la théorie de l'État du XIX^e siècle en soit resté là⁹⁰ » compte tenu de l'état de la sociologie de l'époque.

En somme, l'auteur de la *Staatslehre* cherche chez Gierke ce qu'il ne trouve ni dans la sociologie wébérienne, qui n'a pas assez rompu avec les présupposés individualistes, ni dans le marxisme, trop économiste et trop attaché à la thèse du « déperissement de l'État » : de quoi construire la sociologie dont la politique démocratique a besoin. Celle-ci devra être une sociologie de la société *et de l'État*. Il y cherche les linéaments d'une sociologie qui fasse émerger les rapports politiques des rapports sociaux eux-mêmes et qui récuse la politisation extrinsèque qui, dans l'expérience historique, a abouti à la dépolitisation du social.

L'ALTHUSIUS DE GIERKE : UNE « SOCIOLOGIE DU DROIT NATUREL »

Alors que les textes de Heller de 1926-1927 juxtaposent, on l'a dit, la critique et l'allégeance à Gierke, sans solution de continuité, la *Staatslehre* estompe la critique et expose les raisons de l'allégeance. Dans son dernier écrit, Heller ne parle plus d'« État de droit social », mais il affirme que « la théorie de l'État est sociologie » (I, 2, 3). Il développe en outre sa théorie de la constitution matérielle et livre pour la première fois une lecture raisonnée de l'*Althusius* de Gierke.

⁸⁶ Gierke montre qu'historiquement « l'Église visible » (romaine) comme *Anstalt* a été le premier modèle de l'État, thèse rendue célèbre par Max Weber puis Carl Schmitt dans « La visibilité de l'Église ».

⁸⁷ H. HELLER, *Staatslehre*, *op. cit.*, p. 89. Plus loin, H. Heller reprend la dichotomie gierkienne entre *Genossenschaft* et *Herrschaft* : « Il est essentiel que l'organisation garantisse la validité de la norme. Cette garantie provient de la formation *genossenschaftlich* ou *herrschaftlich* d'organes particuliers » (p. 262).

⁸⁸ Gierke s'en prend par exemple aux « auteurs spiritualistes qui donnent trop d'importance à la volonté du fondateur par rapport à la volonté incorporée, et ne prennent pas assez en compte la volonté sociale, ce qui mène au mysticisme ou à la fiction » (O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, *op. cit.*, p. 12).

⁸⁹ L'idée que l'influence de Gierke a été déterminante pour Max Weber, et pas seulement pour Tönnies, est défendue par R. Marra et G. Dilcher. Voir R. MARRA, *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber 1882-1889*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1992 et G. DILCHER, « Einleitung », in M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, vol. 1, Tübingen, Gesamtausgabe, 2008.

⁹⁰ H. HELLER, *Die Souveränität*, *op. cit.*, p.103.

Dans les chapitres II, 3 et II, 5 de la *Staatslehre* (respectivement intitulés « Les conditions culturelles générales de la réalité sociale » et « La société civile »⁹¹), Heller reprend à son compte trois thèses maîtresses de l'*Althusius* de Gierke relatives au droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles.

La première thèse présente les doctrines du droit naturel du XVII^e et XVIII^e siècles comme une proto-sociologie. Dès *Die Krisis der Staatslehre* et *Die Souveränität*, Heller avait évoqué la « sociologie du droit naturel⁹² » (*die Soziologie des Naturrechts, die naturrechtliche Soziologie*) dégagée par l'*Althusius* de Gierke, expression quelque peu énigmatique qui s'éclaire à la lecture des textes du théoricien de la *Genossenschaft*. En effet, celui-ci a écrit que son projet était de dégager la « théorie de la société du droit naturel⁹³ » (*die naturrechtliche Gesellschaftslehre*). Mais ce n'est que dans la *Staatslehre*⁹⁴ que Heller précise le sens de cette expression et qu'il explique quel est pour lui l'enjeu de l'ouvrage de son aîné.

Avant F. Tönnies et C.B. Macpherson⁹⁵ en effet, Gierke a mis au jour la théorie « mécaniste et atomiste » du droit naturel. En plus de déduire la communauté de l'individu, celle-ci réussit, fait étrange aux yeux de Gierke, à placer un concept typique du droit privé (le contrat) au cœur du droit public. Heller considère que Gierke a su dégager « l'esprit de la société civile », à savoir l'individualisme possessif commun à Hobbes, à Locke et à Rousseau. En tant que « pure société de marché basée sur l'échange de sujets économiques libres et égaux », la société civile est fondée « sur l'éthos de l'autodétermination et sur l'idée que chaque personne est responsable de soi-même et de sa propre propriété⁹⁶ ».

Pour Gierke, le droit naturel moderne est la théorie de la société dont avait besoin « l'État d'autorité » (*Obrigkeitsstaat*). Il se nourrit de la tradition romaine, qui court du principe du *Princeps legibus solutus* à l'État de police (*Polizeistaat*) du XVIII^e siècle, puis de l'État éducateur (*Erziehungsstaat*) du XIX^e siècle, avec sa religion d'État et son école d'État, à l'État providence (*Wohlfahrtsstaat*) qui est en train de dégénérer selon lui en État-tutelle⁹⁷ (*Bevormundungsstaat*). La *Staatslehre* épouse les lignes de cette analyse : « l'une des composantes » de la conception individualiste de la société qui a émergé au XVII^e siècle est « la *societas* du droit romain⁹⁸ ». Heller juge que c'est cette conception qui est au fondement de la théorie de l'État qui domine à la fin du XIX^e siècle (avec Laband) et qu'elle est encore le socle de la

⁹¹ Chap. II, section 3 : « Allgemeine Kulturbedingungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit » ; Chap. II, section 5 : « Die bürgerliche Gesellschaft ».

⁹² H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 8 ; H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 96.

⁹³ Voir O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, op. cit., p. 103. Une section du volume 4 de *Das deutsche Genossenschaftsrecht* porte ce titre (O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 4, op. cit., p. 276 sq.).

⁹⁴ Dans les chapitres II, 3 et II, 5.

⁹⁵ Voir F. TÖNNIES, *Communauté et société*, op. cit., et C.B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke*, Paris, Folio, 1971.

⁹⁶ H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 111.

⁹⁷ O. VON GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, Berlin, Weidmann, 1919, p. 18.

⁹⁸ H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 109.

théorie de Kelsen⁹⁹. C'est pourquoi il sait gré à Gierke d'avoir réinséré l'histoire du droit naturel dans la généalogie de l'individualisme moderne¹⁰⁰.

La deuxième thèse que l'auteur de la *Staatslehre* emprunte au théoricien de la *Genossenschaft* pose que la doctrine du droit naturel est un *phénomène historique*, bien qu'elle se présente comme un système tiré de la raison abstraite. Gierke s'est efforcé de mettre un terme à la querelle du XIX^e siècle entre l'historicisme et le rationalisme et de dépasser l'opposition du droit naturel et de l'École historique du droit¹⁰¹. Or, on retrouve dans la *Staatslehre* les objections que Gierke a faites à Savigny. Le droit naturel a beau être abstrait, « il a accouché de nouvelles réalités et il a bouleversé la réalité politique¹⁰² », écrivait Gierke. Son apport est historique, renchérit Heller : il a « dissous les conceptions organicistes du Moyen Âge et préparé les théories de la “société civile”¹⁰³ ».

La troisième thèse gierkienne présente dans la *Staatslehre* est celle qui récuse l'opposition radicale du droit naturel et du droit positif. Comme Gierke, Heller découvre dans l'histoire européenne un vaste mouvement de positivisation du droit naturel¹⁰⁴. Gierke ne nie pas que le droit naturel ait eu une fonction de critique du pouvoir établi. Il valorise d'ailleurs ce rôle. Il reste attaché au droit subjectif et « à l'idée de l'individu comme fin¹⁰⁵ ». Dans son récit, le droit naturel moderne sauve l'idée « allemande » de l'État, celle d'un État indissociable de l'idée de droit, au moment où l'absolutisme s'imposait en Europe et mettait l'État au-dessus du droit¹⁰⁶. D'où le rôle crucial d'Althusius en tant que jusnaturaliste allemand. Il n'en reste pas moins qu'aux yeux de Gierke le droit naturel provient de deux ensembles historiques « positifs » – le droit romain et le droit germanique médiéval – et qu'il a été « repositivé » en grande partie avec l'État constitutionnel.

Heller trouve finalement dans la thèse gierkienne de la positivisation du droit naturel (qu'il dépouille de son nationalisme) un modèle pour articuler *dialectiquement*¹⁰⁷ « normalité » et « normativité » et pour poser « la question fondamentale de toute sociologie de l'État », à savoir « la question *historique* des causes de l'importance accrue des normes juridiques dans la normalisation sociale, qui est au fond la question même de la genèse de l'État moderne¹⁰⁸ ». Si Heller a pu s'approprier la pensée de Gierke, c'est que celui-ci finalement ne critique pas la genèse de

⁹⁹ *Ibid.*, p. 96.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 95.

¹⁰¹ Voir O. VON GIERKE, « Die historische Rechtsschule und die Germanisten » (1903), in *Aufsätze und kleinere Monographien*, *op. cit.*, p. 741-742. Gierke reproche à Savigny de ne pas avoir su dégager le sens historique du droit naturel, de ne pas avoir vu qu'il était passé dans le droit positif et qu'il avait renouvelé de nombreuses idées du droit germanique.

¹⁰² O. VON GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, Francfort-sur-le-Main, Rütten & Loening, 1883, p. 15.

¹⁰³ H. HELLER, *Staatslehre*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 261 sq.

¹⁰⁵ « L'idée de l'individu comme fin est un legs sacré du christianisme, de même que l'idée de la libre égalité » (O. VON GIERKE, « Die soziale Aufgabe des Sozialrechts » (1889), in *Aufsätze und kleinere Monographien*, *op. cit.*, p. 613).

¹⁰⁶ O. VON GIERKE, « Die historische Rechtsschule und die Germanisten », *op. cit.*, p. 741-742.

¹⁰⁷ H. HELLER, *Staatslehre*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 253.

l'État moderne – ni le processus de positivisation du droit, ni la constitution formelle, ni la codification du droit civil.

Face à Gierke, Jellinek apparaît à nouveau comme le penseur du « dualisme insatisfaisant ». Pour Jellinek en effet, tout ordre juridique se compose d'un élément conservateur et d'un élément progressiste (le « normal » des habitudes et le « normatif » dans le langage de la *Staatslehre*). En 1926, Heller relève l'erreur de Jellinek qui est d'ancrer ces deux tendances dans deux « tendances psychologiques » fondamentales de l'être humain et de recourir ainsi à une psychologie abstraite¹⁰⁹. Heller poursuit cette critique dans la *Staatslehre* en discutant de la nature de la constitution : la constitution moderne est toujours une tension entre un ensemble d'habitudes collectives (la constitution matérielle) et une constitution formelle. Ainsi, il ne faut négliger ni la « force normative du fait » (expression de Jellinek que Heller rebaptise « la force normative du normal ») ni la force factuelle du normatif (« normalisante¹¹⁰ » sous la plume de Heller). Or, « Jellinek et ses disciples » n'ont fait qu'ajouter un autre sens au sens ordinaire de « constitution » (comme ensemble de normes), « la constitution comme fait », « sans réfléchir avec rigueur au rapport qu'elle entretient avec la constitution comme norme¹¹¹ ».

Notons pour finir qu'en plus de dégager avec acuité les thèses les plus tranchantes de l'*Althusius* de Gierke (livre que Heller lit comme une première esquisse de sa propre théorie sociologique de l'État), la *Staatslehre* propose une justification du type d'histoire du droit qu'écrit Gierke. L'utilité de cette histoire des idées sinon vieillotte, du moins peu matérialiste, n'a rien d'évident. On en trouve pourtant une justification dans le chapitre sur « la société civile » (II, 5) de la *Staatslehre*¹¹².

Après avoir déclaré que « la société civile véritable est société de classes¹¹³ », ce que ne dit jamais Gierke, Heller ajoute aussitôt que la domination de classe *a été édifée au nom de la liberté et de l'égalité de tous*. Par conséquent, l'esprit de la société civile ne peut être saisi que si l'on cherche la racine de cette exigence. C'est pourquoi il faut repartir du christianisme et étudier la genèse de la sécularisation, de l'individualisme et du libéralisme pendant les trois siècles qui séparent la Renaissance et la Réforme de la Révolution française. Nous nous permettons de citer longuement ce passage étonnant dans lequel Heller mobilise Lénine pour justifier l'histoire gierkienne du droit :

On ne peut déduire le contenu de la volonté [de classe] des seuls rapports de production économiques et techniques [...]. Comme toutes les idées, le contenu de la conscience de classe naît d'abord dans la tête d'une élite qui – ce qui est très caractéristique – ne se trouve pas dans une situation de classe adéquate, mais qui provient souvent de la classe qu'elle combat. Les idées révolutionnaires de la classe bourgeoise comme de la classe prolétarienne ont cette particularité. Par cette élite, la continuité de l'histoire intellectuelle est conservée. Lénine en était tout à fait conscient. Il admet qu'il n'existe aucune relation causale nécessaire entre l'être d'une classe et sa conscience de classe quand il constate qu'il « n'y a pas d'idéologie autonome des masses travailleuses qui se serait formée au sein

¹⁰⁹ Voir H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 13 et G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Bonn, Bouvier, 1961 p. 338.

¹¹⁰ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, op. cit., p. 252.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 259.

¹¹² Voir H. HELLER, *Staatslehre*, op. cit., p. 111-117.

¹¹³ *Ibid.*, p. 113.

de son mouvement même. La théorie socialiste est née des théories philosophiques, historiques et économiques forgées par les représentants cultivés des classes possédantes, c'est-à-dire par les intellectuels » (W. W. IV, p. 159 sq, p. 169 sq).

Ce n'est pas du tout la situation sociale propre à cette élite qui la rend consciente. En vérité, cette élite applique à une nouvelle situation sociale des critères qui proviennent de l'histoire des idées tout entière et elle se révèle ainsi – à son insu – comme un vecteur de la continuité de l'histoire des idées, histoire qui est relativement autonome. C'est pourquoi on ne peut comprendre la revendication de liberté et d'égalité de la bourgeoisie et du prolétariat qu'en se référant à l'histoire intellectuelle tout entière de l'Occident et du christianisme¹¹⁴.

Loin d'être le « reflet » des conditions matérielles d'existence de la bourgeoisie et du prolétariat, l'idéologie bourgeoise et l'idéologie prolétarienne – la revendication de la liberté et de l'égalité – ne se comprennent qu'en repartant des idées juridiques et religieuses de l'Occident sur le long terme. Aussi surprenant que cela puisse paraître, c'est Lénine qui permet à Heller de montrer pourquoi l'histoire du droit de Gierke peut combler une lacune des théories marxistes.

CONCLUSION

Selon Heller, même si la société socialiste advenait, il faudrait conserver l'État de droit. Une société entièrement réconciliée avec elle-même et débarrassée du droit est une utopie. Gierke lui est d'un secours particulier dans cette recherche d'un État social demeurant État de droit.

Il n'a pas échappé à Heller que l'auteur du *Deutsches Genossenschaftsrecht* ne souhaitait nullement que les groupes sociaux redeviennent des « États dans l'État » comme au Moyen Âge. Contrairement aux élèves pluralistes de Gierke et aux « syndicalistes » anti-étatistes qui s'inspirent de lui (Preuss, Duguit, Laski), Heller ne considère pas que le maintien du concept de souveraineté soit chez lui une incohérence. Ce sont Preuss, Duguit et Laski qui, aux yeux de Heller, sont d'incorrigibles romantiques, non Gierke. Il qualifie leur polémique contre le concept de la souveraineté de « combat contre des moulins¹¹⁵. Leur incapacité à trouver un sujet de la souveraineté vient pour lui de ce qu'ils n'ont « pas compris le problème de la représentation¹¹⁶ ». Gierke en revanche renouvelle de façon prometteuse la théorie de la représentation en indiquant qu'on ne peut se passer de représentation, non seulement au sein de l'État, mais au sein des groupes les plus restreints dès lors que ces groupes expriment une volonté.

Cette critique sans appel, qui prend le parti de Gierke contre les gierkiens, est d'autant plus virulente que Heller défend la possibilité de sa propre conception sociologique de l'État. Ainsi Gierke est-il moins pour lui le défenseur anachronique du monde évanoui des anciennes *Genossenschaften* que celui qui a anticipé la crise de légitimité de l'ordre étatique. L'État de droit doit être maintenu, mais il doit prendre une forme sociale. Gierke n'est pas arrivé trop tard, mais trop tôt, à une époque où le pouvoir centralisé avait encore l'ambition d'être l'unique point de référence de la collectivité. Il est donc inexact de dire que Gierke n'a pas compris

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 117.

¹¹⁵ H. HELLER, *Die Souveränität*, op. cit., p. 50.

¹¹⁶ *Ibid.*

la séparation de l'État et de la société : le juriste avait déjà compris ce qu'elle a d'indéfendable.

Nous avons cherché à montrer que la lecture hellérienne de Gierke éclaire en retour ce que Heller entend par « État de droit social ». Gierke ne dresse pas les corporations contre l'État. Il introduit le droit constitutionnel *à tous les niveaux*. Il ne préconise pas l'intervention extérieure de l'État dans l'économie ni l'extension autoritaire de la propriété publique. Il plaide pour la construction de la propriété sociale et pour un droit d'égalité de participation des individus au sein des groupes, sous l'empire de la loi. Dans cette perspective, l'État social n'ajoute pas une fonction paternaliste de redistribution à l'État de droit. Il est la souveraineté qui se tourne vers la société et qui oblige les groupes à se former autrement. L'État social est l'État de droit.

Céline Jouin

Maîtresse de conférences en philosophie politique et en philosophie du droit à l'Université de Caen Normandie depuis 2011, rattachée à l'EA 2129 « Identité et subjectivité ». Ses recherches portent sur la philosophie politique et la philosophie du droit, sur le rapport entre sciences sociales, théorie juridique et philosophie au XIX^e et au XX^e siècles, et sur la crise du concept de souveraineté. Elle a publié *Le retour de la guerre juste. Droit international, idéologie, épistémologie chez Carl Schmitt* (Paris, Vrin, 2013). Elle a notamment coordonné le volume *La constitution matérielle de l'Europe* (Paris, Pédone, 2019). Sa traduction et son édition critique du livre d'Otto von Gierke intitulé *Althusius et le développement des théories politiques du droit naturel* va paraître en 2020 aux éditions Classiques Garnier.