



CLASSIQUES  
GARNIER

Édition de JOUIN (Céline), « Glossaire raisonné des termes allemands », *Althusius et le développement des théories politiques du droit naturel*, GIERKE (Otto von), p. 293-305

DOI : [10.48611/isbn.978-2-406-10837-5.p.0293](https://doi.org/10.48611/isbn.978-2-406-10837-5.p.0293)

*La diffusion ou la divulgation de ce document et de son contenu via Internet ou tout autre moyen de communication ne sont pas autorisées hormis dans un cadre privé.*

© 2021. Classiques Garnier, Paris.  
Reproduction et traduction, même partielles, interdites.  
Tous droits réservés pour tous les pays.

## GLOSSAIRE RAISONNÉ DES TERMES ALLEMANDS

*Anstalt* : Dans l'allemand courant, le terme *Anstalt* désigne un établissement. Il a aussi le sens général d'« institution ». Dans ce livre, Gierke emploie à plusieurs reprises l'expression *Staatsanstalt*, que nous traduisons par « institution interne à l'État ». Il n'emploie pas celle d'*Anstaltsstaat*, qui est pourtant un concept central du *Genossenschaftsrecht*. Les deux notions de *Staatsanstalt* et d'*Anstaltsstaat* s'éclairent l'une l'autre dans les analyses historiques de Gierke. Le juriste définit l'*Anstalt* comme une institution qui reçoit son but d'en haut, à la différence de la corporation qui le détermine elle-même (voir l'entrée « Juristische Person », *Rechtslexicon*, éd. F. Holtzendorff, 1882, vol. 1, p. 422). Il démontre que depuis la Réforme, les corporations et les communes se sont muées peu à peu en « institutions internes à l'État » (*Staatsanstalten*), à mesure que l'État devenait lui-même un *Anstaltsstaat*. Le terme *Anstaltsstaat* désigne chez lui le pouvoir vertical et juridicisé de l'État territorial moderne. L'exemple type de l'*Anstaltsstaat* est l'État absolutiste, qui se développe ensuite en « État de police » (*Polizeistaat*) et en État administratif centralisé. « Partout l'État est plus *Anstalt* qu'association (*Verem*) », note Gierke, même lorsque

ses « sujets » deviennent des individus formellement libres (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 832). Il souligne que l'État moderne centralisé n'a pas d'abord été une communauté de citoyens, que l'administration est l'élément principal au sein duquel il est né. L'État de droit lui apparaît lui-même comme une combinaison d'*Anstalt* et de *Genossenschaft*, comme une institution résultant de la reconquête de relation horizontales au sein du pouvoir vertical. Une des analyses cruciales de Gierke est celle dans laquelle il montre que le concept d'*Anstalt*, qui vient du droit canonique tardif (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, § 37), est devenu le modèle du pouvoir séculier en Europe. Sur ce point, Gierke a en partie anticipé l'analyse de Max Weber. Le concept canonique d'*Anstalt* remplace le maître visible par une personnalité invisible (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, p. 959). Il renvoie à l'idée d'une volonté qui transcende les membres du groupe, qui anime et unifie de l'extérieur l'organisme qui lui est subordonné. Ainsi, aux yeux de Gierke, il prépare l'idée que l'État est un rapport de pouvoir abstrait distinct de ceux qui l'incarnent. D'après le juriste, la Réforme a certes

débuté en niant radicalement le concept d'*Anstalt* du droit canonique, qu'elle a remplacé par le concept de paroisse ou de communauté de fidèles (*Gemeinde*). Mais elle a échoué à faire de la *Gemeinde* la base d'une constitution juridique. Les auteurs protestants ont donc à nouveau recouru au concept canonique d'*Anstalt* pour penser l'Église, et ont ainsi favorisé sa généralisation (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 3 : p. 799).

*Association* : association. Ce terme désigne exclusivement l'association moderne chez Gierke, celle du XIX<sup>e</sup> siècle, à la différence de *Verein*, qui désigne l'association en général. Dans le livre, la plupart des occurrences évoquent la *freie Association*, l'« association libre ». Le terme *Association* est lié pour Gierke à la revendication nouvelle, dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle, de la liberté des associations. Il renvoie à cette forme particulière de groupe qui sera régulée par le droit des associations (*Associationsrecht*) (voir *supra*, p. 252). L'association moderne est décrite à la fin du premier volume du *Deutsches Genossenschaftsrecht* (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, § 65). Comme la *Genossenschaft* médiévale, elle est hostile à l'idée d'une autorité extérieure à laquelle est soumise la communauté : elle « défend la liberté » (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 653). En revanche, alors que les associations médiévales tendent à englober tous les aspects de la vie de leurs membres, les associations modernes se divisent et se spécialisent en fonction de leur but. Leur organisation dépend de ce but et leur importance dans la vie des

individus est moindre : il est possible d'appartenir à plusieurs associations en même temps. La tendance moderne qui consiste à déduire la nature de l'association de son but s'applique même à l'association moderne la plus élevée : l'État.

*Berufsgenossenschaft* : dans son unique occurrence, le terme désigne ici la corporation professionnelle (Gierke commente la *Politique* d'Althusius).

*Bundesstaat* : État fédéral. Gierke distingue classiquement l'État fédéral (*Bundesstaat*) de la confédération (*Staatenbund*). Il distingue aussi l'État fédéral de la *Foederation* (« fédération »), catégorie la plus large qui englobe les deux autres. Pour Gierke, l'État fédéral est la forme moderne dominante du fédéralisme. Il est l'effet de bifurcations contingentes : le fédéralisme aurait pu se développer autrement. La fondation fédérale du Reich wilhelmien qui s'est produite de son vivant résulte selon lui d'un mouvement de renaissance de la *Genossenschaft* à l'intérieur de la *Herrschaft* ; depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle (voir *Foederalismus*).

*Foederalismus* : fédéralisme ; *foederalistisch* : fédéraliste ; *Foederation* : fédération. Le terme « fédéralisme » n'est apparu qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, mais Gierke considère qu'Althusius promouvait déjà l'idée fédéraliste (*foederalistische Idee*), qu'il a transplantée sur le terrain du droit naturel. Le « fédéralisme » althusien ne débouche pas pour Gierke sur un concept d'État fédéral (*Bundesstaat*) au sens strict. Le modèle du juriste calviniste est celui de l'alliance (*Bund*) de villes

comme la Hanse, forme d'association qui est restée vivante dans le Saint Empire romain germanique jusqu'à la Guerre de Trente ans. En traduisant le *Bund* d'Althusius par « fédération » (*Foederation*), Gierke veut montrer qu'Althusius a proposé non pas une construction fédérale de l'État-nation, mais un modèle alternatif à l'État-nation. Le « fédéralisme » au sens d'une union de villes libres aurait ainsi précédé la distinction tranchée entre politique nationale et internationale, mais aussi entre droit privé et droit public (donc entre contrat et traité). En le soulignant, Gierke essaye de montrer que les États fédéraux modernes n'étaient pas la seule forme possible de fédération. Sa thèse est que « la *Genossenschaft* est le germe du fédéralisme » (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 299). Cette thèse est plus parlante pour les germanophones, car en allemand l'un des termes pour dire « confédération » est *Eidgenossenschaft*. Ce dernier terme signifie littéralement « *Genossenschaft* dont les membres sont liés par un serment ». Il renvoie à un serment entre égaux, par différence avec le serment d'allégeance féodal. L'orthographe ancienne (*Foederalismus* au lieu de *Föderalismus*) permet à Gierke de mettre en avant l'étymologie du terme (du latin *foedera*, « les pactes », « les alliances »). Notons cependant que Gierke n'insiste pas particulièrement sur la théologie de l'Alliance (ou théologie fédérale) de Calvin, sans doute parce qu'Althusius à ses yeux *sécularise* la théologie calviniste. Il insiste en revanche sur l'idée que le pacte entre égaux, comme forme politique, n'est pas propre

à la seule politique internationale. Celle-ci constituait du moins une des *possibilités* de la politique européenne, avant que la paix de Westphalie n'entérine le système de l'État territorial et le caractère international des ligues (*foedera*) et des unions (*uniones*). Le tournant crucial pour Gierke est la Guerre de Trente ans. Après cette guerre, dans le Saint Empire, les fédérations (au sens des ligues et des alliances de villes) ont complètement changé de caractère. De système formateur d'État, elles se sont muées en un système de traités internationaux et d'intérêts séparés non incorporés, à l'inverse de ce qui s'est produit en Suisse et en Hollande. Le Léviathan hobbesien a triomphé sur les *consociationes* d'Althusius.

*Gemeinde* : ce mot a deux sens, commune et paroisse (ou communauté de fidèles). Nous maintenons exceptionnellement les deux mots (paroisse et commune) pour traduire « le principe de la *Gemeinde* » (*das Gemeindeprinzip*, *supra*, p. 242), car Gierke décrit alors la constitution ecclésiastique des protestants. Dans ce cas, il semble que la polysémie permette à Gierke une conceptualisation à double sens, puisque sa thèse générale est qu'Althusius transpose dans la politique – sur un mode municipaliste et fédéraliste – la construction calviniste de l'Église « par en bas », à partir de la paroisse. D'autre part, nous traduisons *Gemeinde* par « communauté » (*die grosse Gemeinde* : la grande communauté, citation de Schlözer, *supra*, p. 252). Mais à l'exception de ces deux uniques occurrences,

nous traduisons systématiquement *Gemeinde* par « commune ». Comme Beseler, Gierke définit la *Gemeinde* comme une corporation territoriale, qu'il distingue de la *Genossenschaft* en tant que corporation non territoriale : « Est une *Gemeinde* toute corporation politique qui s'étend sur une partie déterminée du territoire étatique et qui poursuit des buts communautaires » (voir l'entrée « *Gemeinde* », *Rechtslexicon*, éd. F. Holtzendorff, 1882, vol. 1, p. 456-461 et *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, § 34, « Le concept de *Gemeinde* »). Dans ses analyses historiques, Gierke montre que la formation d'une communauté purement politique est indissociable du déclin de l'ancienne association communale, qui était une entité à la fois économique et politique. Gierke insiste également sur la différence entre la commune moderne et l'ancienne commune auto-administrée : avec « l'atomisme » de la Révolution française qui a fait école en Europe, la commune est devenue la « pièce d'une machinerie installée de l'extérieur » (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 695), c'est-à-dire une création de l'État.

*Gemeinschaft* : communauté. Gierke emploie ce terme tantôt pour désigner les groupes communautaires restreints, tantôt pour désigner la totalité sociale. Dans le *Genossenschaftsrecht*, les termes *Genossenschaft* et *Gemeinschaft* apparaissent souvent comme des synonymes. Gierke note cependant que la communauté moderne n'est plus une *Genossenschaft* : elle n'est plus une entité juridique autonome qui est une totalité, car elle n'implique plus une propriété

collective ni un droit collectif (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, § 36 « *Körperschaft und Rechtsgemeinschaft* », p. 925). (Voir *Vergemeinschaftung*).

*Genosse* : compagnons. Ce terme ancien est la racine du terme *Genossenschaft*. Il est étymologiquement apparenté à *Genuss* (jouissance). D'après le dictionnaire des frères Grimm, le *Genosse* est le membre d'une communauté d'égaux qui jouissent de possessions et de droits communs. Dans l'allemand actuel, le terme a pris le sens de « camarade », il est notamment employé pour désigner les membres des partis politiques de gauche. Gierke pose l'équivalence entre les symbiotici (*symbiotici*), terme forgé par Althusius pour remplacer le mot « citoyens », et les *Lebensgenossen*, les compagnons de vie (*supra*, p. 111) : à l'instar d'Althusius, il veut souligner l'importance des conditions pré-politiques de la politique et l'insuffisance de la liberté formelle.

*Genossenschaft* : il s'agit du concept clé de l'histoire et de la théorie du droit de Gierke. Il est difficile de le traduire dans les autres langues européennes, comme l'ont remarqué les meilleurs spécialistes (voir l'introduction *supra*, p. 38 sq.). Nous adoptons la traduction par « association coopérative » proposée par Jean-Pierre Lefebvre et par Jean-François Kervégan dans leurs traductions respectives des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (voir Hegel, *La société civile bourgeoise*, trad. par J.-P. Lefebvre, Paris, Maspero, 1975, p. 132 ; Hegel, *Les principes de la philosophie du droit*, trad. par J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 2011, p. 328). Cette traduction a l'avantage

d'aller dans le sens des indications que donne Gierke lui-même, qui rapproche le mouvement allemand de promotion de la *Genossenschaft* au XIX<sup>e</sup> siècle (la *Genossenschaftsbewegung*) du *cooperative movement* anglais et du mouvement qui promet la « coopération » en France (voir l'entrée « Genossenschaften », *Rechtslexicon*, éd. F. Holtzendorff, 1882, vol. 1, p. 474). C'est le terme *Korporation*, aux très nombreuses occurrences, que nous traduisons par « corporation ». Gierke explique qu'au Moyen Âge, la notion de *Genossenschaft* « incluait des communautés corporatives et des communautés non corporatives », qu'« il n'y avait que des différences de degré entre unité collective et pluralité collective, sans distinctions conceptuelles claires » (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, p. 923-924). Il observe que, de son temps, la *Genossenschaft* est devenue une corporation, au sens d'une entité juridique dotée d'une personnalité juridique. Pour Beseler comme pour lui, la *Genossenschaft* est irréductible à l'*universitas* du droit romain telle que les romanistes la comprennent. Les romanistes de l'École historique du droit opposent l'*universitas* en tant qu'entité juridique dans laquelle la totalité, et elle seule, est dotée d'une personnalité juridique, et la *societas*, en tant qu'union contractuelle entre individus qui seuls ont une personnalité juridique. Pour Beseler et Gierke, en revanche, la *Genossenschaft* concilie unité du tout et liberté individuelle. Le concept allemand de *Genossenschaft* permet à leurs yeux de modifier le droit de la collectivité par le droit de la pluralité.

*Gesellschaft* : société ; *bürgerliche Gesellschaft* : société civile (voir aussi *Societät*). 1/ Ce terme n'est pas le terme générique qu'emploie Gierke pour désigner la totalité sociale (ce sont les termes *Gemeinschaft* ou *Gesamtheit* qu'il emploie). Car il n'est pas neutre à ses yeux. En effet, la question qui traverse son enquête est la suivante : comment le concept de « société » a-t-il pu s'imposer pour désigner le tout social ? La « société » désigne moins pour lui une réalité qu'une conception (biaisée) du tout social comme association volontaire d'individus autonomes. Il en souligne les présupposés « individualistes et mécanistes », et reconnaît que cette « construction » accouche finalement d'une réalité déterminée (la société des individus). Ainsi ne parle-t-il pas de « la société » tout court, mais du « concept de société » (*der Gesellschaftsbegriff*), de « la théorie de la société » (*die Gesellschaftslehre*), ou de la « construction de la société » (*die gesellschaftliche Konstruktion*). Pour Gierke, les théoriciens du droit naturel moderne sont les premiers théoriciens de la « société », Hobbes en particulier, qui traite les lois naturelles comme une force immanente à la vie sociale. Tönnies n'aura plus qu'à reformuler cette thèse dans *Hobbes Lebens und Lehre* (1896). Dans les textes de Gierke, la « société » prise en ce sens ne s'oppose pas à l'État. L'État lui-même est défini comme une « société » (*eine staatliche Gesellschaft*). 2/ Le terme *Gesellschaft* a un second sens chez Gierke : il désigne également les associations restreintes qui ne sont pas des corporations (voir *Deutsches Genossenschaftsrecht*, vol. 2,

p. 925). C'est en ce sens qu'il parle dans le livre du droit des sociétés (*Gesellschaftsrecht*, voir *supra*, p. 166).

*Herrschaft* : terme que nous traduisons parfois par « pouvoir », parfois par « domination ». Dans le *Genossenschaftsrecht*, Gierke lit toute l'histoire du droit comme un conflit dialectique entre le principe de la *Herrschaft* (la domination, la verticalité du pouvoir) et le principe de la *Genossenschaft* (le rapport horizontal entre compagnons) : « *Genossenschaft* et *Herrschaft* sont deux formes contraires de communautés » (*Deutsches Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 136).

*Herrscher* : dans le livre, ce terme renvoie au souverain quand il s'agit d'une personne individuelle et non d'un collectif, dans le contexte de la monarchie. Nous le traduisons par « souverain » quand le contexte indique clairement qu'il s'agit d'une personne individuelle. Nous le traduisons par « monarque » ou par « prince » quand Gierke parle de la souveraineté du *Herrscher* (*die Herrschersouveränität*) afin d'éviter la redondance. Nous le traduisons par « chef » quand il est question de la direction des groupes restreints.

*Kollektivistisch* : collectiviste ; *Kollektivismus* : collectivisme. Ce terme est toujours péjoratif chez Gierke. Le collectivisme est la façon dont les théories individualistes de la société résolvent le problème de l'autorité à ses yeux. Il est lié à la pensée « individualiste » et « mécaniste ». Il est typique du centralisme de la culture politique française. Pour

Gierke, Rousseau est le paradigme de la pensée individualiste-collectiviste (*individualistisch-kollektivistisch*), mais l'économie politique du XVIII<sup>e</sup> siècle et le socialisme en relèvent aussi.

*Konstitutionalismus* : constitutionnalisme ; *konstitutioneller Staat* : État constitutionnel ; *konstitutionelle Theorie* : théorie constitutionnelle (voir *Verfassung*).

*Korporation, Körperschaft* : corporation. Dans le livre, les mots *Korporation* (très fréquent) et *Körperschaft* (plus rare) ne désignent pas d'abord la corporation d'Ancien Régime comme structure sociale. Celle-ci n'est pour Gierke qu'un type particulier de corporation – la « corporation à privilèges » (*privilegierte Korporation*) – dont il critique « l'égoïsme » et « l'esprit de corps » (voir *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 638 *sq.*). Les mots *Korporation* et *Körperschaft* désignent tout groupe doté d'une personnalité juridique, tout groupe qui est un sujet de droit (voir l'entrée « Corporation » du *Rechtslexicon*, éd. F. Holtzendorff, 1882, vol. 1, p. 236-239 et *Deutsches Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 6). « Comme on ne peut penser le droit sans penser les relations réciproques entre communauté et individus, note Gierke, la subjectivité juridique des collectifs [et donc l'idée de corporation] est aussi vieille que les individus » (*Rechtslexicon*, éd. F. Holtzendorff, 1882, vol. 1, p. 236). Mais Gierke souligne qu'on peut concevoir la corporation de façon très différente. D'après lui, la doctrine de la corporation de son temps ne peut prendre comme fondement le droit romain que dans une moindre mesure, car celui-ci ne suffit pas à couvrir la

richesse de la vie associative. Il estime que la doctrine de la corporation de Savigny, de Puchta et de Windscheid rigidifie le droit romain, qu'elle entraîne la dépolitisation et à la mise sous tutelle des associations. Il lui oppose la doctrine de la corporation de Beseler, de Bluntschli et la sienne propre. (Voir *Universitas*).

Notons que Gierke ne parle pas d'« État corporatif » (notion qui sera propre au fascisme) mais de l'État comme corporation (*der Staat als Körperschaft*), expression qui renvoie à « l'État comme personne juridique ». L'affirmation de « la nature corporative de l'État » (« *die korporative Natur des Staates* », *supra*, p. 196) est chez lui le corollaire de la thèse selon laquelle c'est l'État qui est le souverain. Que l'État soit souverain, en tant que corporation (*Körperschaft*), veut dire que ce n'est pas le monarque qui est souverain. Cette idée défendue par les juristes libéraux du *Vormärz* est une arme contre l'autocratie monarchique.

*Menschenrechte* : les droits de l'homme.

Gierke commet un anachronisme quand il définit les théories du droit naturel des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles comme des « systèmes des droits de l'homme » alors qu'elles précèdent les Déclarations des droits de l'homme de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

« *Monarchomachen* » : monarchomaques.

Dans le livre, Gierke emploie l'expression entre guillemets à cause de son origine polémique. Il rappelle que cette dénomination a été forgée par un adversaire du mouvement, Barclay, qui donna ce nom aux libellistes et juristes français qui s'opposaient à

l'absolutisme du prince dans le cadre de la guerre civile du XVI<sup>e</sup> siècle (dans son texte paru en 1600 : *De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum, Boucherium et reliquos Monarchomachos libri sex*). Gierke trouve cette appellation contestable car elle signifie « celui qui combat le pouvoir d'un seul » et qu'elle assimile à tort des auteurs qui reconnaissent le droit de résistance du peuple à des apologètes du régicide. Nous n'avons conservé les guillemets que lorsque Gierke commente l'expression et suggère qu'elle est inadéquate.

*Obrigkei* : ce mot ancien, qui, selon le dictionnaire des frères Grimm, s'est établi dans le langage politique à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, désigne un pouvoir supérieur (séculier ou spirituel). Nous le traduisons par « autorité publique ». Il renvoie au droit d'exercer la domination, à un pouvoir public supérieur mais non arbitraire. Dans le Saint Empire romain germanique, il désigne notamment la position des princes, des villes d'Empire ou des représentants locaux sur les territoires qu'ils dominent. Selon Gierke, l'idée d'*Obrigkei* est une intensification de la vieille conception de la *Herrschaft*, de même que l'idée de communauté (*Gemeinwesen*) est une intensification de l'ancienne idée de *Genossenschaft* (*Deutsches Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 642). L'*Obrigkei* est le principe directeur de l'absolutisme (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 638). Pour l'expression *obrigkeitlicher Staat* (dans le *Genossenschaftsrecht*, Gierke préfère le terme *Obrigkeitsstaat*), nous adoptons la traduction par « État hiérarchique autoritaire » proposée par Élisabeth

Kauffmann dans Max Weber, *Ceuvres politiques (1895-1919)* (Albin Michel, 2004). Elle nous semble préférable à la traduction par « État absolutiste », qu'on rencontre parfois, ou par « État autoritaire », qui a une consonance trop contemporaine et qui a l'inconvénient d'effacer l'aspect légal de ce pouvoir. Pour Gierke, l'*Obrigkeitsstaat* incarne une forme de pouvoir qui triomphe sur les alliances de ville et sur les formes proto-fédérales du type de la Hanse. Il s'impose à la fin du Moyen Âge quand les princes territoriaux parviennent à concentrer entre leurs mains tous les pouvoirs publics et à dominer des territoires déterminés (*Deutsches Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 511). La thèse originale de Gierke est que la notion d'*Obrigkeit* est la version sécularisée de la notion théologique d'*Anstalt* (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, § 37). (Voir *Anstalt*).

*Person/Persönlichkeit* : personne/personnalité. Chez Gierke, ce terme désigne toujours ce qu'en Allemagne on appelle plutôt la personne juridique, et en France plutôt la « personne morale » (voir Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1932). Il désigne le sujet de droit, collectif ou individuel, et non le « moi » conscient ou l'individu réel.

*Repraesentation* : représentation ;  
*repraesentativ* : représentatif (Voir *Stellvertretung*).

*Selbstverwaltung* : auto-administration.  
 Nous adoptons la traduction de Caroula Argyriagis-Kervégan

(« L'administration locale entre nature et État dans la pensée allemande du XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 23, 2006/1, p. 83-128) et de Sandrine Kott (*L'État social allemand*, Paris, Belin, 1995, p. 407). En Allemagne, depuis la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le terme *Selbstverwaltung* est traditionnellement employé pour qualifier l'administration municipale, quand celle-ci est libérée de la tutelle des princes. Avec la naissance de l'État social, il renvoie au fonctionnement d'assurances sociales qui sont gérées conjointement par les employeurs et les employés. Le terme *Selbstverwaltung* ne comporte pas la connotation libertaire du mot français « autogestion ». Il n'est pas le mot d'ordre de théoriciens anarchistes, mais de réformateurs de l'État. Outre Gierke, le réformateur prussien le baron de Stein, le juriste Rudolf von Gneist et Hugo Preuss en font un principe directeur de leur pensée politique. L'idée de *Selbstverwaltung* participe de l'idéal d'un dépassement de la scission de la société civile et de l'État grâce à l'implication de celle-ci dans celui-là. Gierke applique le mot *Selbstverwaltung* à toute association qui dispose d'une grande part d'autonomie. Il en fait le principe même de la *Genossenschaft*. Les *Genossenschaften* « auto-administrées » se caractérisent non seulement par leur propriété commune, mais aussi par leur dimension politique. Ce modèle d'une auto-organisation « par en bas » est pour lui le principe politique « allemand » par excellence (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 3-10), principe qui a été

refoulé en Europe par la diffusion du droit romain, mais qui est resté vivant en Allemagne, en Scandinavie, et dans la tradition anglaise du *selfgovernment* (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 100-101).

*Societät* : société. Ce terme a le même sens globalement négatif que le mot *Gesellschaft* chez Gierke. Très rare en allemand, il permet à Gierke de souligner ce que la conception individualiste et contractualiste de la société doit, selon lui, à la catégorie de *societas* du droit romain. Il lui permet de construire une filiation entre la culture juridique romaine et les théories modernes de la société civile (voir *Gesellschaft*).

*Staat* : État. Gierke fait un usage extensif du terme « État », sans argumenter et sans prendre de précautions : pour lui Althusius est un théoricien de l'État. Giuseppe Duso et l'École de Padoue lui ont reproché cet anachronisme. Il traduit par « Staat » les mots *politia*, *imperium*, *regnum* et *respublica* du texte althusien ; il traduit *jus regni* par « le droit de l'État ». Notons néanmoins que cet usage est chez lui généralisé et qu'il ne se limite pas à la pensée d'Althusius : il parle aussi de « l'État du Moyen Âge », de « l'État antique », etc. En outre, il fait de Locke, Wolff et Thomasius (*supra*, p. 172) des théoriciens de « l'État de droit » alors que le terme *Rechtsstaat* n'apparaît qu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Cela ne l'empêche pas de donner une définition philosophiquement consistante du concept d'État, à la tonalité nettement hégélienne (voir *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, § 33, « Le concept d'État », *Der Staatsbegriff*). Dans quelques cas,

notamment dans le titre du livre, nous traduisons « Staats- » par « politique », dans les expressions *Staatslehre* et *Staatswissenschaft* (« théorie politique », « science politique »), sans que cela soit systématique (car ces expressions désignent parfois de la « théorie de l'État »).

*Stände* : « états », « ordres ». Le terme *Stand* (pluriel : *Stände*, adjectif : *ständisch*), très fréquent dans ce livre et dans la langue allemande, n'a pas d'équivalent unique en français. Il est impossible de le rendre toujours par le même mot, c'est pourquoi nous indiquons toujours le mot allemand entre parenthèses. Il renvoie à une société divisée en groupes de statut, qui peuvent être liés à l'exercice d'un métier, au sein, ou non, d'une corporation. En Europe occidentale, il renvoie notamment à la division de la société en ordres, selon le schéma tripartite (clergé, nobles, tiers-état) qui accompagne la société fondée sur des « états » stratifiés. En règle générale, nous avons conservé la traduction par « états » pour le mot *Stände* et toutes ses formations, de préférence à « ordre » et « statut », en particulier quand le contexte est celui du Saint Empire romain germanique. Nous le traduisons quelquefois par « ordres » quand le contexte est autre ; ou quand il est question des trois ordres ou de la structure même de la société (nous restituons *die ständische Gliederung* par « la société d'ordres ») ; ou quand *Stände* est une traduction du latin *ordo* ; ou quand il est associé à la notion de privilège (nous traduisons *ständisches Privileg* par « privilège liés à un ordre »). Nous l'avons traduit une fois par « statut » (*ständische*

*Unterschiede* : « différences de statut ». Quant au terme *Landstände*, il désigne les assemblées des « états » (en général le clergé, les nobles et les bourgeois des villes) qui se sont développées à partir du XIV<sup>e</sup> siècle dans le Saint Empire romain germanique et qui, selon l'opinion commune, représentaient le peuple face au prince. Nous l'avons traduit par « assemblée des états », bien que le terme de *Landtag* soit le terme spécifique en allemand pour nommer de façon univoque l'assemblée des états.

*Stellvertretung* : représentation-mandat ; *freie Stellvertretung* : mandat représentatif. La *Stellvertretung* renvoie chez Gierke à la conception traditionnelle de la représentation (*Repraesentation*) comme rapport entre deux volontés autonomes, conception dont la procuration ou la commission du droit privé est le modèle. Gierke critique cette conception. Parmi les théories qui conçoivent la représentation comme une *Stellvertretung* (« représentation-mandat »), il compte les juristes canonistes, mais aussi Pufendorf ou la doctrine constitutionnelle française. Avec sa théorie du mandat représentatif, la doctrine française a le tort de croire que l'élection ou la nomination sont les sources véritables du mandat des représentants, alors qu'aux yeux de Gierke, elles ne sont que des moyens techniques de pourvoir les fonctions. Pour lui, la source véritable du mandat des représentants est la constitution prise comme un tout (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 824-825) : si c'est le peuple décide, c'est la constitution qui décide qui est le

peuple. Selon la théorie de l'organe que Gierke veut substituer à la théorie de la représentation comme *Stellvertretung*, l'assemblée des représentants n'est pas l'organe du « peuple » dans l'État. Par rapport à l'État et au monarque, elle n'est pas un sujet de droit, ni le représentant d'un sujet de droit. Elle est un organe de l'État.

*Träger* : porteur. La plupart du temps, ce terme apparaît dans l'expression *Träger des Staatsgewalt*, qui signifie le « porteur du pouvoir de l'État ». Cette expression est typique de la théorie allemande de l'État de la monarchie constitutionnelle. Elle n'a aucun sens pour la théorie anglaise ou française, ainsi que l'a montré Hermann Heller dans *Die Souveränität* (HELLER, 1971, vol. 2, p. 94 *sq.*) En France, Carré de Malberg a critiqué la théorie allemande du *Träger*, qui, selon C. Schönberger, est « l'Ersatz positiviste de l'idée de la souveraineté populaire » (Schönberger, 1997, p. 224). Quand l'idée s'impose chez certains constitutionnalistes allemands, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, que l'État, et non le monarque, est le souverain, l'expression *Träger des Staatsgewalt* devient le terme technique pour parler de la qualité d'organe du monarque. Sans être le souverain, le « porteur » du pouvoir de l'État est celui en qui ce pouvoir est concentré. La contribution singulière de Gierke est d'avoir critiqué l'emploi de ce terme chez Laband (dans « Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft », 1883) et d'avoir souligné que cette idée implique un organe qui représente

l'État à lui seul et revient à localiser l'État dans le gouvernement. D'après Gierke, la théorie allemande de l'État paye ce geste du triste résultat de l'État abstrait ou fictif. Contrairement à Jellinek, qui rejettera l'expression de *Träger des Staatsgewalt* comme étant une manière subtile de réintroduire l'ancienne conception de la souveraineté personnelle du monarque, Gierke ne rejette pas l'idée, mais il pluralise les « porteurs ». Pour lui, l'État constitutionnel est l'État dans lequel des « co-porteurs » (*Mitträger*) autres que le souverain portent le pouvoir public. À ses yeux, c'est parce que Laband refuse cette idée qu'il « fait sortir par la porte le vrai constitutionnalisme, en même temps que le faux » (« Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft », 1883, p. 51)

*Universitas* : ce terme latin désigne la corporation du droit romain en tant qu'entité juridique qui est une totalité et dont le droit est distinct du droit de ses membres. À l'instar de Beseler, Gierke pense que les romanistes (Savigny, Puchta, Windscheid) durcissent l'opposition de l'*universitas* et de la *societas* du droit romain quand ils conçoivent la première comme une totalité dans laquelle les membres ont perdu leur personnalité morale et la seconde comme une union seulement contractuelle dans laquelle ils la conservent. Il oppose la *Genossenschaft* germanique à l'*universitas*. Dans la première, le droit de l'unité est modifié par le droit de la pluralité, alors que dans la seconde, le droit de la totalité remplace le droit des parties prises séparément. Pour Gierke, comme pour

Beseler, la réalité est pleine de formes intermédiaires entre l'*universitas* et la *societas* que la compréhension allemande de la corporation permet de saisir.

*Verein* : association. Le terme *Verein* désigne chez Gierke toute association, indépendamment de sa taille (il peut s'agir du *staatlicher Verein*, l'association étatique) et indépendamment de son époque (alors que l'*Association* renvoie uniquement à l'association moderne). (Voir *Association*).

*Verfassung* : constitution. Dans ce livre et dans les autres textes de Gierke, le terme *Verfassung* est très fréquent, alors que le terme *Grundgesetze* (lois fondamentales) est rare et que le mot *Konstitution* est absent (il n'est présent qu'à travers les mots *Konstitutionalismus* et *konstitutionnel*, voir *Konstitutionalismus*). En règle générale, « *Verfassung* » a un sens très large chez Gierke, qui reprend l'usage hégélien du terme (voir Hegel, *Über die Reichsverfassung*). Ce mot ne désigne pas seulement la constitution écrite ou formelle (la constitution comme ensemble de normes, au sens que revêt le terme pour le constitutionnalisme), mais la structure réelle du pouvoir dans un groupe donné, qui peut venir, selon les cas, de la coutume, de la tradition ou de règlements explicites. Dans le présent ouvrage, Gierke retrace la genèse de l'État de droit constitutionnel, qu'il appelle le *Rechts- und Verfassungsstaat* (ou parfois *der konstitutionelle Staat*). Il fait l'inventaire des sources du constitutionnalisme (*Konstitutionalismus*) et de la théorie constitutionnelle (*konstitutionelle Staatslehre*). Historiquement, l'État a précédé la constitution (au sens qu'a

le terme pour le constitutionnalisme). La constitution a présupposé la concentration des droits de souveraineté et leur densification sur un territoire bien défini. Mais l'apport propre de Gierke est d'avoir montré qu'il y avait une constitution de la vie collective entière et pas seulement de l'État comme centre de pouvoir. En ce sens large, la constitution (*Verfassung*) a précédé l'État. Dans cette perspective, il devient possible de parler d'une constitution féodale (*Lehnsverfassung*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 509). C'est en raison de cette contribution singulière de Gierke que Rudolf Smend, Hermann Heller ou Otto Brunner ont pu se réclamer de lui. Pour Gierke, l'erreur du positivisme juridique est de séparer la constitution de l'État de celle des groupes sociaux. Le positivisme se trompe non dans sa méthode en tant que telle, mais en prétendant décrire par elle la réalité entière de l'État (historique, sociologique, etc.). Une des idées-forces de Gierke est que « le concept d'un droit constitutionnel (*Verfassungsrecht*) est commun au droit étatique et au droit corporatif, alors qu'il n'a pas d'équivalent dans le droit privé » (« Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien », 1874, in *Aufsätze und kleinere Monographien*, vol. 1, p. 123). Chez lui, le primat du droit corporatif sur le droit individuel n'implique pas la négation des droits individuels, il implique le primat de la constitution (au sens large). Car pour le juriste, la corporation occupe une sorte de position intermédiaire entre le donné et le construit et elle a toujours une constitution. C'est pourquoi il

peut parler ici de la « constitution de l'Église » (*Kirchenverfassung*) ou de la « constitution de l'école » (*Verfassung der Schule*), et, dans le *Genossenschaftsrecht*, de la constitution de la ville, de la guilde, de l'université, ou même, de l'entreprise capitaliste (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, p. 1037). Notons que Gierke *ne confond pas* la constitution comme ordre objectif et la constitution formelle, propre à l'État de droit libéral. Et qu'il *n'attaque pas* la seconde au nom de l'ordre concret : il la défend au contraire. Il n'y a aucune nostalgie dans son constat qu'« aujourd'hui, la *Verfassung* n'a plus le sens d'un ordre objectif, elle a toujours le sens d'une relation entre sujets de droit », (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 2, p. 924).

*Vergemeinschaftung* : communautisation.

Nous adoptons la traduction proposée par Jean-Pierre Grossein dans sa traduction des *Concepts fondamentaux de sociologie* de Max Weber (Gallimard, Paris, 2016) et reprise par Catherine Colliot-Thélène et Élisabeth Kauffmann dans leur traduction de *Les communautés* de Weber (La Découverte, 2019). Le terme *Gesellschaft* est présent chez Gierke (voir plus haut), mais pas le terme wébérien « Vergesellschaftung » (sociation ou sociétisation). Notons que les termes *Gemeinschaft* et *Gesellschaft* (communauté et société) ne forment pas un binôme chez Gierke, comme c'est le cas chez Tönnies, sauf dans sa *Genossenschaftstheorie* (1887) où les deux termes apparaissent côte à côte, ce qui est probablement un effet de sa lecture de l'ouvrage de Tönnies, *Communauté et société*, paru la même année.

*Vertrag* : contrat, pacte. Nous traduisons le binôme *Gesellschaftsvertrag*/*Herrschaftsvertrag* par « pacte d'association » / « pacte de soumission ». Nous traduisons *Unterwerfungsvertrag* par « pacte de sujétion ». Nous traduisons par « pacte d'association » deux expressions différentes : *Gesellschaftsvertrag* et *Vereinigungsvertrag*, car le français dispose de moins de possibilités

que l'allemand pour renvoyer à ce concept. Enfin, nous traduisons par l'unique expression de « contrat social » trois expressions différentes : *Gesellschaftsvertrag* (qui est la traduction usuelle du *Contrat social* de Rousseau en allemand), *Staatsvertrag* (terme au centre du titre du deuxième chapitre de la seconde partie de ce livre, qui signifie littéralement « le contrat étatique ») et *Socialvertrag*.