

CHRISTOPH SCHÖNBERGER

»L'ÉTAT« DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT.
REMARQUES COMPARATIVES SUR UNE DISCIPLINE
SPÉCIFIQUEMENT ALLEMANDE*

Les processus de réception culturelle ne se déroulent pas selon des règles fixes. Cela vaut tout particulièrement pour la science juridique qui, ne serait-ce que par son objet, reste bien plus profondément prisonnière de son contexte national que d'autres disciplines des sciences humaines. La réception constitue donc pour cette matière une affaire difficile, et c'est encore dans le champ de la théorie qu'elle est le plus aisément concevable. En conséquence, la question des influences françaises sur la science juridique allemande, en particulier pour le champ de la théorie générale de l'État, semble à première vue prometteuse.

Toutefois, cette question se heurte d'emblée à une première difficulté. Le domaine spécifique de la théorie générale de l'État tel qu'il a été transmis en Allemagne n'existe pas et n'a jamais existé par le passé dans les universités françaises. De quelle réception peut-il alors être question ici?

Il serait possible de se soustraire à cette difficulté en étudiant la réception générale des classiques français de la théorie de l'État dans la théorie juridique de l'État allemande, celle d'auteurs tels que Montesquieu, Rousseau, Sieyès, Constant, etc. Compte tenu de l'importance de l'histoire des idées françaises dans la tradition constitutionnelle occidentale moderne, on en trouve naturellement de multiples mentions, plus ou moins poussées, dans la littérature allemande. Elles constituent également un signe que l'Allemagne, par son développement historique, n'a pas connu un développement théorique propre qui soit équivalent au reste de l'Occident. La théorie de l'État allemande fut pendant longtemps purement une théorie de l'administration¹. Les organes constitutionnels reposaient pour l'essentiel sur la réception des institutions franco-

* Extraits de Christoph SCHÖNBERGER, Der »Staat« der Allgemeinen Staatslehre. Anmerkung zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: Olivier Beaud, Erk Volkmar Heyen (Hg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs, Baden-Baden 1999, S.111–137, traduits de l'allemand par Valentine Meunier.

¹ Hans MAIER, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Tübingen 1966, p. 24.

anglaises². Au XIX^e siècle, la théorie et la terminologie françaises jouèrent un rôle important dans l'interprétation de ces institutions. La réception de Montesquieu constitue sur ce point un bel exemple³. Mais une fois l'Allemagne devenue une démocratie parlementaire, il est bien difficile de considérer ces influences des classiques français de la théorie de l'État comme une réception d'institutions juridiques et de théories scientifiques juridiques françaises. Les juristes allemands lisent aujourd'hui Montesquieu exactement de la même manière qu'ils lisent des classiques allemands de la philosophie politique, comme un élément d'une tradition théorique paneuropéenne. Les différents horizons nationaux de perception et les malentendus plus ou moins productifs, qui rendent la réception intéressante et instructive, ne revêtent pour l'essentiel aucune importance pour cette réception des classiques.

Une analyse des processus de réception devrait donc se concentrer sur la théorie juridique française de l'État, telle qu'elle s'est développée à partir des années 1880 avec des auteurs comme Adhémar Esmein, Léon Duguit, Maurice Hauriou et Raymond Carré de Malberg. Cependant, après la période du Vormärz, la réception des œuvres françaises de droit public en Allemagne ne fut plus aussi importante. C'est particulièrement vrai pour l'Empire, durant lequel le droit public allemand se sentait supérieur au perdant de 1870–1871, tant sur le plan politique que scientifique. Un premier signe pourrait en être le fait qu'aucune œuvre de droit public français de l'époque n'a été traduite en allemand. Les recherches allemandes sur le débat théorique à propos de l'État pendant la Révolution française, notamment sur le *pouvoir constituant*, et rédigées à la fin de l'Empire et au début de la République de Weimar, constituent une exception⁴. Dans la discussion sur le pouvoir constituant d'ailleurs, le débat français – aussi en raison de l'importance que lui accordait Carl Schmitt dans sa théorie constitutionnelle – est resté particulièrement présent dans la littérature allemande⁵. Mais il s'agit d'une exception qui confirme la

² Ernst FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, (1960), dans: ID., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, édition revue et augmentée par Alexander von BRÜNNECK, Francfort/M. 1991, p. 48 et suiv. (54 et suiv.).

³ Sur la réception particulière de Montesquieu durant le Vormärz, voir Stefan KORIOTH, *›Monarchisches Prinzip‹ und Gewaltenteilung – unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquiéus im deutschen Frühkonstitutionalismus*, dans: *Der Staat* 37 (1998) p. 27 et suiv.

⁴ Egon ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen 1909; Robert REDSLOB, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789. Ihre Grundlagen in der Staatslehre der Aufklärungszeit und in den englischen und amerikanischen Verfassungsgedanken*, Leipzig 1912; Karl LOEWENSTEIN, *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789. Studien zur Dogmengeschichte der unmittelbaren Volksgesetzgebung*, Munich 1922.

⁵ En 1956, W. Leisner a consacré son doctorat (soutenu à Paris, tapuscrit) à ce thème: *›Le pouvoir constituant‹* avant de résumer par la suite ses thèses dans un article rédigé en alle-

règle. La situation générale qui prévaut depuis l'Empire wilhelminien n'a pas subi de grand changement par la suite. D'autant moins que la réception des théories françaises, avec la fin du rôle de la langue française en tant que langue naturelle d'instruction en Allemagne et la forte orientation de la République fédérale vers les États-Unis d'Amérique, devint progressivement une affaire d'experts et de personnes particulièrement intéressées⁶. La rareté des travaux sur les grands classiques de la théorie de l'État de la III^e République le montre clairement: la théorie qui a eu la plus grande influence est bien la théorie institutionnelle de Maurice Hauriou, par le biais de l'école de Schmitt⁷. Il existe une petite monographie de Dieter Grimm sur Léon Duguit⁸. Carré de Malberg a lui aussi fait l'objet d'un intérêt relatif⁹. Mais il ne s'agit dans l'ensemble que de quelques contributions isolées. Il est impossible d'affirmer que les classiques français de la III^e République ont été naturellement intégrés dans le débat allemand. Ils sont presque complètement absents par exemple des passages sur la théorie de l'État dans les articles majeurs de l'important manuel dirigé par Josef Isensee et Paul Kirchhof, »Handbuch des Staatsrechts« (Manuel de droit public)¹⁰. C'est là le signe d'une asymétrie structurelle des processus de réception entre la France et l'Allemagne. Alors qu'en France, la réception des auteurs allemands a depuis 1870 une forte tradition, certes aujourd'hui fortement affaiblie, en Allemagne, *a contrario*, ce n'est plus le cas depuis l'Empire wilhelminien. Un bilan comparatif de la théorie générale de l'État ne mènerait ainsi pas bien loin s'il se contentait de chercher les

mand: ID., Volk und Nation als Rechtsbegriffe der französischen Revolution. Zur »tradition révolutionnaire«, dans: K. OBERMAYER u.a. (dir.), Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag, Erlangen 1964, p. 96 et suiv. (101 et suiv.); Udo STEINER, Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt, Berlin 1966.

⁶ Cf. sur cette question la bibliographie de la littérature germanophone consacrée à la France in Christian AUTEXIER, Barbara GENIUS-DEVIME, Das Französische Öffentliche Recht in deutscher Sprache, dans: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR) 38 (1989) p. 251 et suiv.

⁷ Maurice HAURIOU, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, éd. par Roman SCHNUR, Berlin 1965. Sur la réception jusqu'à Häberle, cf. le résumé de Hasso HOFMANN, Zum juristischen Begriff der Institution (1984), dans: ID., Recht-Politik-Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Francfort/M. 1986, p. 206 et suiv. (208 et suiv.).

⁸ Dieter GRIMM, Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit, Francfort/M 1973.

⁹ LEISNER, Volk und Nation, p. 101 et suiv.; Christoph SCHÖNBERGER, Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie: Raymond Carré de Malberg (1861–1935) und die Souveränität der französischen Nation, dans: Der Staat 34 (1995) p. 359 et suiv.

¹⁰ Sur le problème du renoncement à une classification juridique comparative et à une accentuation des propres positions des auteurs dans les textes du Handbuch, cf. en général Helmut SCHULZE-FIELITZ, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts, dans: Die Verwaltung 32 (1999) p. 241 et suiv. (264 et note 110).

quelques mentions plus ou moins superficielles des œuvres françaises dans la littérature allemande.

Cette contribution suit donc une autre voie. Elle essaie de montrer la spécificité de la discipline allemande de la théorie générale de l'État par contraste avec la France. Elle utilise pour ce faire une alternative classique de la comparaison juridique en matière de droit public¹¹ : aiguïser la perception de sa propre culture juridique par la mise en contexte d'une autre. La comparaison avec la France permet ainsi d'obtenir une appréciation plus distanciée de sa propre tradition théorique.

Ce regard distancié ne peut être acquis par une simple mise en contraste avec le monde anglo-saxon. Néanmoins, cette seule comparaison suffit à mettre en évidence que la réalité des institutions de Grande-Bretagne et des États-Unis ne peut être appréhendée par la représentation de l'État de l'Europe continentale et de l'Allemagne, que la théorie générale de l'État conçoit pourtant comme une évidence¹². Une discipline telle que la théorie générale de l'État est de toute façon inconnue là-bas¹³, et à partir de celle-ci on s'approche la plupart du temps de manière plutôt déconcertante de la »state tradition« de l'Europe continentale¹⁴. La particularité de la tradition bureaucratique de l'Europe continentale par rapport à son homologue anglo-saxonne ne se laisse pas saisir par la formule tant usitée de »l'État«¹⁵. Cette tradition correspond à

¹¹ Pour le problème de la comparaison juridique en droit public, se reporter à Rudolph BERNHARDT, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, dans: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 24 (1964) p. 341 et suiv. En outre, la comparaison des sciences juridiques, particulièrement en droit public, soulève des problèmes méthodologiques supplémentaires et peu discutés: Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945*, Munich 1999, p. 7.

¹² Sur la particularité de la »state tradition« de l'Europe continentale cf. Henry Stuart JONES, *The French State in Question. Public Law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, 1993, p. 6 et suiv.; Kenneth DYSON, *Die Ideen des Staates und der Demokratie. Ein Vergleich »staatlich verfaßter« und »nicht staatlich verfaßter« Gesellschaften*, dans: *Der Staat* 19 (1980) p. 485 et suiv. (491–492, 503 et suiv.); Nevil JOHNSON, *Law as the articulation of the state in Western Germany: a German tradition seen from a British perspective*, *West European Politics* 1 (1978) p. 177 et suiv. Voir aussi sur ce point la critique fondée de Oliver Lepsius sur l'analyse irréfléchie du droit constitutionnel américain avec des concepts juridiques allemands: ID., *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, Tübingen 1997, p. 9 et note 18.

¹³ Un classique sur cette question est Ferdinand TÖNNIES, *Der englische und der deutsche Staat. Eine Studie*, Berlin 1917, p. 188, qui souligne les parallèles avec l'absence de distinction entre droit public et droit privé.

¹⁴ L'analyse de JONES, *French State*, p. 6 et suiv., est remarquable sur cette question.

¹⁵ On trouve une analyse comparative claire dans Bertrand BADIE, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, (1979), Paris ²1982, p. 173 et suiv., 196 et suiv.; Pierre BIRNBAUM, *La logique de l'État*, Paris, 1982, p. 13 et suiv. Très instructif également, sur la comparaison entre les États-Unis et la France, Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris 1992.

une conception de l'État, fixée sur l'unité de la puissance publique et sur son maniement par un corps administratif rationnel et professionnel. À l'inverse, l'espace anglo-saxon est largement dépourvu de la conception d'une sphère entièrement autonomisée de l'ordre politique. Il entretient un rapport pour le moins ambivalent à l'idée d'un intérêt public et de l'intervention bureaucratique liée à cet intérêt¹⁶. Malgré les avancées de la bureaucratisation dans cet espace, des divergences frappantes persistent : aujourd'hui encore l'administration reste comparativement plus personnalisée, elle est moins hiérarchique, repose moins sur l'organisation, et est en outre, sur le plan du personnel, plus perméable à l'économie privée que sur le continent européen¹⁷. La quasi-absence d'un droit administratif spécifiquement lié à l'État administratif et contrôlé par une juridiction spéciale en constitue un signe¹⁸. À cela s'ajoute pour la Grande-Bretagne un système de gouvernement parlementaire¹⁹, dont l'exercice est antérieur à la bureaucratisation moderne, et pour l'ensemble du monde anglo-saxon la spécificité de la tradition de la *common law*²⁰. On peut polémiquer sur la question de savoir s'il s'agit là uniquement de variations au sein d'un type finalement constant de l'étaticité rationnelle occidentale²¹. »L'État« n'est en tous cas ni aux États-Unis ni en Grande-Bretagne une catégorie centrale de la conscience politique ou de la théorie politique. Il n'y existe logiquement pas de »théorie de l'État«. Bien plus, la grande réserve avec laquelle le terme »État« est employé dans le monde anglo-saxon saute aux yeux. Kenneth Dyson a même parlé de »stateless societies«²². Il faut donc se garder

¹⁶ En toute logique, d'un point de vue anglo-américain, les particularités suivantes continuent à être encore considérées comme des représentations de l'État issues d'Allemagne et de l'Europe continentale : la fixation sur l'administration, le légalisme et l'aversion pour une conciliation d'intérêts qui n'est pas un acte de souveraineté. Cf. Harry ECKSTEIN, *On the »Science« of the State*, dans : *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences* 108 (1979) p. 1 et suiv. (14–15).

¹⁷ Cf. Bernhard SILBERMAN, *Cages of Reason. The Rise of the Rational State in France, Japan, the United States and Great Britain*, Chicago, Londres, 1993, p. 10 et suiv.; Stefan BREUER, *Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien*, Reinbeck 1998, p. 165–166, 178 et suiv.

¹⁸ Sur la singularité de l'»administrative law« américaine, cf. LEPSIUS, *Verwaltungsrecht*, p. 23 et suiv., 296 et suiv.; cf. également sur l'Angleterre, TÖNNIES, *Der englische und der deutsche Staat*, p. 106 et suiv.

¹⁹ Sur les différences fondamentales avec l'évolution allemande, se reporter à l'analyse comparative de Gerhard RITTER, *Deutscher und britischer Parlamentarismus. Ein verfassungsgeschichtlicher Vergleich*, Tübingen 1962, en particulier p. 46 et suiv.

²⁰ Cf. sur cette question, l'étude de LEPSIUS, *Verwaltungsrecht*, pour les États-Unis.

²¹ Selon BREUER, *Der Staat*, p. 167, évoquant Kenneth Dyson.

²² Cf. sur cette question DYSON, *Ideen des Staates*, p. 503 et suiv.; ID, *The State Tradition in Western Europe: a Study of an Idea and Institution*, Oxford, 1980, p. VIII; JONES, *French State*, p. 8 et suiv.; Nevil JOHNSON, *Über den Begriff des Staates aus vergleichender Sicht*, dans : Rudolph MORSEY et al. (dir.), *Staat, Politik, Verwaltung in Europa*, Berlin 1997, p. 167 et suiv. (169 et suiv.).

de décrire le monde anglo-saxon à l'aide du concept étatique de l'Europe continentale, qui semble aller de soi mais dont l'universalité n'est qu'apparente²³. En cela déjà se révèle la généralité très limitée de la théorie générale de l'État.

Mais si l'on voulait comparer uniquement avec la Grande-Bretagne ou les États-Unis, il serait presque possible d'objecter que l'univers théorique de la théorie générale de l'État allemande est au moins adéquat pour décrire le continent européen. C'est précisément pour cette raison que la comparaison avec d'autres pays de l'Europe continentale tels que la France est intéressante car, à l'instar de l'Allemagne, son étaticité plonge ses racines dans l'appareil administratif de l'absolutisme monarchique. L'empreinte particulière de l'étaticité administrative influence aujourd'hui encore la perception du phénomène »État« en France autant qu'en Allemagne. C'est précisément ce point commun à l'Europe continentale qui rend la question des différences de perception particulièrement féconde²⁴, comme celles qui se manifestent par exemple dans l'absence d'une théorie juridique générale de l'État en France.

Dans ce qui suit, nous aborderons tout d'abord les raisons de l'existence de cette discipline spécifique qu'est la théorie générale de l'État en Allemagne. Ensuite, nous analyserons les raisons de l'absence d'une telle discipline en France tout en faisant ressortir, par une mise en perspective, la singularité de la discipline allemande.

La théorie générale de l'État en Allemagne

La théorie générale de l'État est une discipline très allemande. Elle est née en Allemagne, où elle a donné lieu et donne toujours lieu à des cours universitaires²⁵ et à des manuels. Néanmoins, la justification d'une telle discipline n'est pas évidente.

²³ Ceci renvoie particulièrement à la question de savoir si par exemple les pères de la Constitution américaine »trouvèrent« tout simplement »l'État« comme modèle institutionnel, ainsi que le suppose Josef ISENSEE, *Staat und Verfassung*, in ID., Paul KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, Heidelberg 1987, § 13 p. 591 et suiv., note marginale 16. L'étude de LEPSIUS, *Verwaltungsrecht*, montre de manière exemplaire la spécificité de l'administration et du droit administratif américain, qui ne partage pratiquement rien de commun avec l'étaticité administrative de l'Europe continentale. Cf. sur cette question BREUER, *Der Staat*, p. 165–166, 177 et suiv.

²⁴ ECKSTEIN, »Science of State, p. 13, souligne aussi avec justesse que pour l'Allemagne la comparaison est plus appropriée avec des pays de l'Europe continentale qu'anglo-saxons.

²⁵ Les facultés juridiques allemandes offrent cependant de moins en moins de cours magistraux sur la théorie générale de l'État. Martin MORLOK évoque déjà ce point, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin 1988, p. 26 et note 76.

La comparaison avec d'autres domaines dans lesquels les juristes se meuvent aux frontières de leur discipline, la philosophie du droit ou l'histoire du droit, suffit à le montrer. Car ces disciplines frontalières pratiquées par les juristes trouvent au moins des interlocuteurs naturels dans leurs disciplines apparentées respectives. En étudiant la discipline voisine, les juristes peuvent faire sérieusement de la philosophie ou de l'histoire du droit, et s'expliquer à eux-mêmes leur apport en tant que juristes. Ce qui pose immédiatement un premier problème pour la théorie générale de l'État. À quelle discipline voisine se rattache-t-elle au juste? Il semble ne pas exister de discipline non juridique de la théorie de l'État, la science politique s'intéressant tout au plus à certains de ses thèmes traditionnels²⁶. Étant donné que cette matière, même dans le domaine de l'étaticité de l'Europe continentale, n'existe pas en dehors de l'espace germanophone, se pose expressément la question du sens de cette discipline originale en Allemagne.

Il faut pour y répondre s'intéresser à son histoire. La théorie générale de l'État possède une tradition en Allemagne. C'est et cela reste l'argument le plus fort de son existence institutionnelle dans le giron de la science juridique allemande²⁷. Pour l'essentiel, cette théorie générale de l'État s'est développée en tant que discipline spéciale à la fin du XIX^e siècle. La discipline émergea alors comme le produit de la désintégration de courants de développement plus anciens: des manuels sur le droit naturel et rationnel dans la tradition littéraire de l'Empire et de son *jus publicum universale*; de la littérature encyclopédique sur la science de l'État au début du XIX^e siècle; du »droit public général allemand« (allgemeines deutsches Staatsrecht), qui après la disparition de l'ancien Empire a interprété le droit public des monarchies constitutionnelles allemandes avec une orientation systémique et libérale²⁸. L'ascension du positivisme en droit public de Gerber et de Laband signifia la fin de la combinaison d'arguments historiques, politico-constitutionnels, dogmatiques juridiques dans le maniement du droit en vigueur. La théorie générale de l'État devint le substitut de cette restriction des perspectives juridiques²⁹. Elle offrait désor-

²⁶ Ainsi, Reinhold Zippelius appelle dans son titre (en ayant recours aux deux-points explicatifs) »science politique« un de ses ouvrages fondamentaux sur la théorie générale de l'État.

²⁷ Peter Häberle a noté en »forçant le trait« que la »théorie générale de l'État« existerait encore en Allemagne même lorsque l'État n'existerait plus, Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre, dans: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 98 (1973) p. 119 et suiv. (119).

²⁸ Hisao KURIKI, Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, dans: AöR 99 (1974) p. 556 et suiv.; Manfred FRIEDRICH, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, p. 210 et suiv., STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts, vol. 1: Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600–1800, Munich 1998, p. 296–297, et vol. 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, Munich 1992, p. 423 et suiv.

²⁹ Cf. sur cette question MORLOK, Verfassungstheorie, p. 23–24.

mais un lieu institutionnel pour traiter les questions de politique, d'histoire et de théorie de l'État par les juristes.

Mais en réalité, cette théorie générale de l'État n'a été stimulante sur le plan intellectuel, et révolutionnaire pour l'histoire de la discipline, qu'une seule et unique fois: à l'époque de son émergence autour de 1900. Lors de cette première phase, la théorie générale de l'État sut articuler le malaise généré par la pétrification du positivisme en droit public, qui ne cessait de croître depuis les années 1890 parallèlement aux profonds changements constitutionnels de l'Empire wilhelminien³⁰. Elle permit de mettre en évidence des problèmes et des perspectives qui étaient ignorés par le système de droit public de Laband, sans pour autant avoir à prendre ouvertement congé du positivisme juridique³¹. Ainsi Richard Schmidt, par exemple, s'intéressa aux partis et à la politique en général³², et Georg Jellinek concentra son attention sur le rapport du droit et de la réalité en changement³³. Ce fut l'époque réelle de la fondation de la discipline qu'est la théorie générale de l'État³⁴. Le grand livre de Georg Jellinek, paru en 1900, est resté le modèle canonique de ce genre littéraire. La grande époque de la théorie générale de l'État fut celle où l'imposant édifice du droit public de Laband s'effritait notoirement. Le complétant et le corrigeant, elle permit de donner un nouveau souffle à la théorie générale de l'État de la fin de l'Empire et d'exprimer la conscience de crise du tournant du siècle³⁵. Elle ouvrit ainsi la théorie générale de l'État à un débat juridique scientifique qui dans son ensemble s'articulait de manière inédite, dans lequel l'»école du droit

³⁰ Stefan KORIOTH, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, AöR 117 (1992) p. 212 et suiv.; Christoph SCHÖNBERGER, *Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918)*, Francfort/M. 1997, p. 183 et suiv., 216 et suiv.

³¹ Kari Palonen dit fort justement que la théorie générale de l'État est une «victoire sur cette tradition née au sein du droit public positiviste de l'école de Gerber et Laband», ID., *Allgemeine Staatslehre als Wissenschaft*, dans: *Der Staat* 20 (1981) p. 229 et suiv. (231).

³² Richard SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, vol. 1: *Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens*, Leipzig 1901, p. 239 et suiv. Sur Schmidt existe désormais l'ample ouvrage de Thomas DUVE, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900. Historisch-systematische Untersuchung des Lebens und Werks von Richard Schmidt (1862–1944) und der Methodenentwicklung seiner Zeit*, Ebelsbach 1998.

³³ Cf. sur cette question Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milan 1979, p. 399 et suiv.; SCHÖNBERGER, *Das Parlament*, p. 210 et suiv.

³⁴ Cf. le riche article de PALONEN, *Allgemeine Staatslehre*, p. 231; Olivier BEAUD, *Carl Schmitt ou le juriste engagé*, préface à Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, 1993, p. 5 et suiv. (70–71). Des aperçus chez STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, p. 441 et suiv.; FRIEDRICH, *Geschichte*, p. 282 et suiv.; DUVE, *Normativität*, p. 258 et suiv.

³⁵ C'est en cela que l'analyse de FRIEDRICH, *Geschichte*, p. 283 (idem p. 289) est problématique, lorsqu'il affirme que le renouveau de la théorie de l'État en 1900 a «notamment [été] un réflexe d'autosatisfaction politique du corps académique wilhelminien».

libre« (Freirechtsschule) explora de nouvelles voies en droit privé³⁶. La sociologie contemporaine ainsi que l'histoire, pratiquées par des auteurs comme Max Weber et Otto Hintze, furent également influencées par cette nouvelle théorie générale de l'État³⁷.

Un des succès paradoxaux de cette brève apogée de la théorie générale de l'État est bien qu'elle ne fut jamais en mesure de retrouver son importance passée. Le débat méthodologique de Weimar traça un tableau rebutant des débats de l'Empire. La théorie générale de l'État, tout comme le positivisme en droit public, était désormais considérée comme une discipline qui séparait l'être et les normes de manière normativiste et fort éloignée de la réalité, et qui proposait une »image [...] de démission« face aux problèmes pressants de l'époque³⁸. La théorie générale de l'État de Georg Jellinek, décédé dès 1911, offrait une cible commode à ce genre de critiques. On passait volontiers outre le fait que Jellinek justement, comme peu d'auteurs de l'époque wilhelminienne, avait traité des problèmes politiques de son époque et avait notablement contribué par ses nouvelles approches à l'abandon, initié de longue date, de la pensée du droit public de Laband³⁹. En outre, avec la parution de la théorie générale de l'État de Hans Kelsen en 1925, fut publié un ouvrage dans lequel les critiques du positivisme de l'époque de Weimar – de Smend à Heller en passant par Schmitt – voyait le condensé intellectuel d'un positivisme politique naïf et normativiste, qui manifestement représentait l'héritage »des apolitiques Gerber, Laband, Jellinek«⁴⁰. On a mis depuis en évidence combien les

³⁶ Une recension commune des théories générales de l'État de Rehm, Jellinek et Schmidt, parues entre 1899 et 1901, soulignait déjà la singularité de ce renouveau, ainsi que les parallèles avec la philosophie du droit: Leo von SAVIGNY, Die neuesten Bearbeitungen der allgemeinen Staatslehre, dans: Juristisches Literaturblatt 14 (1902) p. 1 et suiv. (2).

³⁷ Cf. Paul HONIGSHEIM, Georg JELLINEK, Ein Wort zum 100. Geburtstag eines soziologischen Juristen und Historikers sozialer Ideen und Institutionen, dans: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 3 (1950/51) p. 391 et suiv. (394 et suiv.); Gangolf HÜBINGER, Staatstheorie und Politik als Wissenschaft im Kaiserreich: Georg Jellinek, Otto Hintze, Max Weber, Stuttgart 1988, p. 143 et suiv.

³⁸ Selon le jugement de Rudolf SMEND, typique de son époque, sur la théorie générale de l'État de Jellinek, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), dans: ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin³1994, p. 119 et suiv. (121). Ce genre de stéréotypes a marqué la perception ultérieure y compris dans des travaux plus nuancés. Cf. par exemple Karsten PLOG, *Die Krise der Allgemeinen Staatslehre in der Wissenschaftsgeschichte der Politik*, Hambourg 1969, p. 13 et suiv.

³⁹ Cf. sur cette question Christoph SCHÖNBERGER, Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende, dans: Stanley PAULSON, Martin SCHULTE (dir.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, p. 3 et suiv.; ID., *Das Parlament*, p. 210 et suiv., p. 216–217.

⁴⁰ Également encore l'inopportune polémique chez Hermann HELLER, *Staatslehre* (1934), dans: ID., *Gesammelte Schriften*, vol. 3 *Staatslehre als politische Wissenschaft*, Tübingen²1992, p. 81 et suiv. (118). Une critique de Kelsen vraiment sommaire chez Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 124; Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, Munich 1928, p. 89.

clichés de Weimar sur la théorie générale de l'État de l'Empire wilhelminien étaient peu fondés. Elle était très différenciée, ni aussi apolitique ni aussi normativiste que le soutenaient volontiers ses détracteurs de l'époque de Weimar, puis leurs successeurs de la République fédérale⁴¹. Les antipositivistes de Weimar ignoraient – de manière délibérée ou non – que Kelsen avait été l'un des détracteurs principaux de Laband et de Jellinek dès avant 1918 et que pour cette raison il ne pouvait être considéré comme leur héritier légitime. La théorie de l'État et du droit de Kelsen détruisait précisément la conception d'un État situé avant le droit, caractéristique du positivisme de l'Empire⁴².

Dans ce débat, on abandonnait de plus en plus le concept d'État, qui fut remplacé, ou à tout le moins complété, par celui de Constitution⁴³. Cette distanciation croissante vis-à-vis du concept d'État s'explique par le fait que les auteurs l'assimilaient à ce qui constituaient à leurs yeux des représentations lacunaires de l'État: à la pensée étatique »statique, réifiante, spatialisante« de Laband, à l'État en tant qu'»entreprise« (Betrieb) de Max Weber, à l'État en tant que système de normes et à »la négation de la réalité sociale de l'État qui en résulte« de Hans Kelsen⁴⁴. Pour ces raisons, le concept d'État fut de plus en plus remplacé par celui de Constitution, cette dernière étant comprise comme une Constitution réelle à la différence de l'ordre normatif (Smend, Schmitt)⁴⁵. Ce concept constitutionnel existentiel plaçait l'ensemble de l'ordre normatif sous »réserve«⁴⁶. Même ici, la rupture avec la tradition fut l'objet d'une mise en scène rhétorique, alors que des continuités de fond avec la conception de l'État de Laband étaient patentées⁴⁷. En effet, le nouvel accent mis sur une

⁴¹ Pour une critique des clichés du débat de Weimar, cf. Manfred FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken. Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1971, p. 123, 14 et suiv.; Detlef LEHNERT, *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte zwischen Legendenbildung und Neubesinnung*, dans: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 51 (1996) p. 3 et suiv.

⁴² Maurizio FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica del Ottocento*, dans: Gustavo GOZZI, Pierangelo SCHIERA (dir.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologne, 1987, p. 51 et suiv.

⁴³ Cf. sur cette question SCHMITT, *Verfassungslehre*, Vorwort zur *Verfassungslehre*, p. IX–X et le compte rendu de Albert HENSEL, *Staatslehre und Verfassung*, dans: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 61 (1929) p. 168 et suiv. (181–182, 195–196).

⁴⁴ Les passages cités sont tirés de la recension de Günther HOLSTEIN de l'ouvrage de Smend, *Verfassung*, dans: *Deutsche Literaturzeitung* 1928, col. 1367 et suiv. (1368). Holstein était conscient que le nouveau courant »de sciences humaines« concordait en tous cas avec Kelsen dans sa critique du concept d'État de la tradition de Laband (*ibid.*).

⁴⁵ Cf. sur cette question HENSEL, *Staatslehre und Verfassung*, p. 168, 186 et suiv. et 196.

⁴⁶ Par exemple Günther Holstein: Stefan KORIOH, *Normativität mit Vorbehalt – Günther Holsteins Greifswalder Beitrag zur Methodendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre*, dans: *AöR*, 123 (1998) p. 606 et suiv.

⁴⁷ Les continuités chez Carl Schmitt sont démontrées par FIORAVANTI, Kelsen, Schmitt; Carlo ROEHRSEN, *Il ritorno all'ontologia nel costituzionalismo di Weimar*, dans: *Quaderni Fiorentini* 9 (1979) p. 491 et suiv.

compréhension métapositive de la Constitution se rattachait en réalité à des conceptions étatiques qui remontaient à l'époque wilhelminienne⁴⁸.

Cet abandon du concept d'État et de la doctrine de l'État n'a pas été l'unique raison qui a favorisé la prise de distance vis-à-vis de la théorie générale de l'État. Les débats de Weimar ont ouvert la possibilité de réintroduire plus ouvertement des arguments historiques, politiques et relevant de la théorie constitutionnelle dans la discussion sur le droit constitutionnel en vigueur. Ainsi disparut la fonction spéciale que la théorie générale de l'État avait acquise dans les conditions de crise du positivisme juridique à la fin de l'Empire. Il était désormais possible de discuter des évolutions et des changements de la Constitution réelle dans le cadre du droit constitutionnel en vigueur, sans avoir à se rabattre sur la théorie générale de l'État.

À l'époque de la Loi fondamentale, les cours universitaires et les manuels sont revenus à la forme traditionnelle. L'émergence d'une science politique autonome depuis les années 1950 a elle aussi réduit les besoins d'une théorie de l'État juridique relativement empirique⁴⁹. C'est la continuité qui domine: moins dans le débat intellectuel, qui s'est de plus en plus établi dans le droit constitutionnel en vigueur ou totalement tari, que dans une forme précise de la transmission des thèmes à aborder (formes étatiques, etc.), que l'on pouvait déjà à peu près trouver telle quelle dans un ouvrage sur la théorie générale de l'État de 1880, datant donc de »l'époque de la sécheresse«⁵⁰ de la théorie générale de l'État. L'observateur attentif qu'est Michel Troper a noté non sans fondement qu'il s'agissait aujourd'hui d'une »discipline académique«, certes présente sur le plan institutionnel, mais dont les méthodes et les objets s'étaient peu renouvelés depuis un demi-siècle⁵¹. Le statut canonique de la théorie de l'État de Jellinek pointe cette problématique d'une manière toute particulière. Réédité à de nombreuses reprises mais peu lu, voilà un ouvrage incontournable d'une part mais qui ne fait pratiquement pas l'objet d'un tra-

⁴⁸ Sur cette mise en relief d'une compréhension pré-juridique de l'État, aux accents souvent »littéraires et sociologiques« dans le débat de Weimar, voir Christoph GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997, p. 439 et suiv. La recension de Holstein de l'ouvrage de Smend le montre de manière exemplaire dans: *Deutsche Literaturzeitung* 1928, col. 1367 et suiv.

⁴⁹ Pour diverses raisons, la science politique allemande a énormément traité de »l'État« à ses débuts, après la Seconde Guerre mondiale. Voir l'article instructif de Alfons SÖLLNER, *Vom Staatsrecht zur »political science«? Die Emigration deutscher Wissenschaftler nach 1933, ihr Einfluß auf die Transformation einer Disziplin*, dans: *Politische Vierteljahresschrift* 31 (1990) p. 627 et suiv.

⁵⁰ STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, p. 438.

⁵¹ Michel TROPER, *Sur la théorie juridique de l'État*, dans: ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994, p. 5 et suiv. (6, note 4).

vail sérieux de l'autre⁵². Son statut singulier d'ouvrage de référence non lu indique la stagnation persistante de la théorie générale de l'État⁵³.

Bien évidemment cette stagnation ne touche pas toutes les réflexions de juristes sur le thème de »l'État«. Mais la tradition de la théorie générale de l'État a incité d'une curieuse manière depuis longtemps à formuler des affirmations générales sur »l'être de l'État«⁵⁴ ou tout au moins sur »l'État moderne«⁵⁵. Elles sont de moins en moins fécondes sur le plan scientifique parce qu'elles s'appliquent presque naturellement à l'État du début des temps modernes et ne s'intéressent pratiquement pas aux évolutions telles que le passage vers un État constitutionnel et vers un système de gouvernement parlementaire, les avancées de la démocratisation sous le signe du droit de vote universel, le cheminement vers un État présent et prévoyant, et l'interdépendance internationale croissante. »L'État« est bien censé être né à un moment déterminé⁵⁶, mais ses caractéristiques principales semblent depuis continuer à exister de manière intemporelle⁵⁷. On peut être d'avis que les évolutions historiques depuis le début des temps modernes avaient imposé d'effectuer des différenciations au sein d'un cadre conceptuel constant. Mais il est impossible de le justifier par un simple renvoi aux concepts d'une théorie générale de l'État⁵⁸. C'est pourquoi il n'est peut-être pas fortuit que les travaux intéressants sous la République fédérale, rédigés depuis les années 1970 sur les thèmes qui nous ont été transmis de la théorie générale de l'État, aient progressivement abandonné la forme stérile d'une littérature pédagogique surannée⁵⁹. Il semble que la

⁵² Il est révélateur que la première monographie ambitieuse entreprise sur Jellinek n'ait pas été réalisée par un juriste: Hans-Peter ALBERT, *Der Staat als »Handlungssubjekt«*. Interpretation und Kritik der Staatslehre Georg Jellineks, Heidelberg 1988. Voir maintenant: Jens KERSTEN, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen 2000.

⁵³ Cf. sur cette question l'ouvrage de PLOG, *Krise*, p. 7.

⁵⁴ Dans cet esprit, également Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, p. 135 et suiv. Cf. de plus la recension critique de Ulrich SCHEUNER, *Zwei Darstellungen der Allgemeinen Staatslehre*, dans: *Der Staat* 13 (1974) p. 527 et suiv. (p. 533 et suiv.).

⁵⁵ Dans une optique critique: Stephan SKALWEIT, *Der »moderne Staat«*. Ein historischer Begriff und seine Problematik, Opladen 1975; Thomas ELLWEIN, *Staatlichkeit im Wandel. Das Staatsmodell des 19. Jahrhunderts als Verständnisbarriere*, dans: Beate KOHLER-KOCH (dir.), *Staat und Demokratie in Europa*, Opladen 1992, p. 73 et suiv.

⁵⁶ Carl SCHMITT, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, (1941), dans: ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin 1958, p. 375 et suiv.; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, (1967) dans: ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort/M. 1991, p. 92 et suiv.; Helmut QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, vol. 1, *Die Grundlagen*, Francfort/M. 1970, p. 32 et suiv., p. 288 et suiv.

⁵⁷ Cf. sur cette question l'étonnement de SCHEUNER, *Zwei Darstellungen*, p. 534, à propos des thèses correspondantes de Herbert Krüger: »La thèse de la nécessité de l'existence de l'État semble en tous cas ne pas concorder avec cette relativisation historique de l'État«.

⁵⁸ Cf. sur ce point MORLOK, *Verfassungstheorie*, p. 28.

⁵⁹ Cf. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*; Ernst FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munich 1971; Martin KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen*

théorie juridique générale de l'État ne se préoccupe plus que de la forme de l'État »sans remarquer que tout autant la théorie formelle que l'empirie de l'État lui a échappé«⁶⁰. Ce qui soulève d'ores et déjà la question de ce qu'il serait éventuellement possible de faire renaître »des cendres des diverses théories générales de l'État«⁶¹.

Le manque d'une théorie générale de l'État en France et la singularité de la discipline en Allemagne

La singularité de la discipline allemande qu'est la théorie générale de l'État devient encore plus patente si l'on effectue une comparaison avec la France. Précisément parce qu'il existe une base commune d'étatité continentale européenne avec ce pays, il est particulièrement intéressant que la théorie générale de l'État n'ait pas de répondant institutionnel en France. Les signes extérieurs qui certifient l'existence d'une théorie générale de l'État en Allemagne manquent en France. Il n'y a pas ici de cours et de littérature pédagogique sur la théorie générale de l'État comme il en existe sur l'histoire des institutions françaises ou des idées politiques. D'où la question: pourquoi la théorie générale de l'État n'existe-t-elle pas en France? Rechercher les raisons de l'absence en France de ce qui dans un contexte allemand est évident ou tout au moins usuel, peut être riche d'enseignement pour comprendre la tradition allemande⁶².

Au premier chef, l'absence d'une discipline comparable en France a sans aucun doute rapport avec le fait que l'État, dans ses évolutions historiques, ne posait pas de problème particulier parce que l'État-nation fut très tôt structuré. À l'inverse, l'État – et d'autant plus l'État-nation – est dans l'histoire allemande tout sauf évident. À la différence de l'État-nation français, anciennement établi, l'État en Allemagne fut longtemps l'objet d'espoirs et de craintes

Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, Opladen ⁵1994; ISENSEE, Staat und Verfassung; également Görg HAVERKATE, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, Munich 1992.

⁶⁰ Helmut WILLKE, Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Francfort/M 1996, p. 7; Cf. aussi les »doutes à l'égard de l'utilité actuelle de l'entreprise »théorie générale de l'État« chez FRIEDRICH, Geschichte, p. 327.

⁶¹ Gunnar Folke SCHUPPERT, Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder »Bringing the State Back in?«, dans: Der Staat 28 (1989) p. 91 et suiv. (94), qui aimerait relancer la science de l'État depuis longtemps trépassée.

⁶² Werner Sombart, dans un autre domaine, en constitue un exemple classique: ID., Warum gibt es in den Vereinigten Staaten keinen Sozialismus?, Tübingen 1906.

intenses, ce qui s'est répercuté dans la théorie⁶³. »L'Allemagne n'est plus un État« pouvait encore écrire Hegel en 1801 en tête de son ouvrage sur la Constitution⁶⁴. L'État n'a jamais été aussi peu problématique qu'en France. Rétrospectivement, l'existence d'une théorie spécifique de l'État au sein des universités allemandes est donc la manifestation d'une insécurité et d'un problème⁶⁵. L'absence d'une discipline spécifique de la théorie de l'État en France s'explique ainsi à l'inverse par la normalité de l'État-nation. Ce qui va de soi ne nécessite pas d'attention particulière.

À cela s'ajoute que la conception allemande de l'État fut influencée de façon majeure par l'époque de la monarchie constitutionnelle, conception qui dans la théorie générale de l'État fut rapidement réinterprétée comme une idée de »l'État en tant que tel« ou »l'État en général«. Jamais il n'a été discuté de cela en France. Léon Duguit a résumé ces représentations allemandes en une formule ironique »L'État se pose comme tel; il est parce qu'il est«⁶⁶. Sous une autre forme, ce problème a préoccupé dès le début du XX^e siècle le grand historien constitutionnel prussien qu'était Otto Hintze. Il s'interrogea à plusieurs reprises sur les raisons pour lesquelles la France, »pays modèle de l'absolutisme centralisateur et des institutions bureaucratiques et militaires«⁶⁷, avait développé une conception de l'État si différente que celle de l'Allemagne. Il en vint à la conclusion que la conception singulière de l'État en Allemagne dépendait de l'idée »de l'État et de la société sous forme de deux pouvoirs se faisant face et se complétant«, inconcevable en France, pays doté d'un gouvernement parlementaire⁶⁸.

Cet héritage toujours perceptible de la monarchie constitutionnelle allemande, qui était bien en premier lieu un État administratif⁶⁹, fait sentir ses ef-

⁶³ Cf. sur cette question l'analyse comparative de Helmuth PLESSNER, *Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes*, Francfort/M. 1974, p. 52 et suiv.

⁶⁴ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands*, (1801–02), dans: ID., *Werke*, vol. 1: *Frühe Schriften*, Francfort/M. 1986, p. 461 et suiv. (461).

⁶⁵ Ce que souligne avec justesse Olivier BEAUD dans son article, *La théorie générale de l'État (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié*, dans: ID., Erk Volkmar HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs*, Baden-Baden 1999, p. 83 et suiv.

⁶⁶ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, Paris ¹1927, p. 615.

⁶⁷ Otto HINTZE, *Das Verfassungsleben der heutigen Kulturstaaten* (1914), dans: ID., *Gesammelte Abhandlungen*, vol. 3: *Staat und Verfassung*, Leipzig ²1962, p. 390 et suiv. (413). Sur l'histoire de l'administration française, cf. en particulier Pierre LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Paris 1992.

⁶⁸ Otto HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung* (1911), dans: ID., *Abhandlungen*, p. 359 et suiv. (365–366).

⁶⁹ Sur cette question, continuer à se reporter à Thomas ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise. Zur Geschichte des Verfassungsstaates in Deutschland*, Munich 1954, p. 320 et suiv.; Ernst FRAENKEL, *Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus* (1960), dans: ID., *Deutschland*, p. 23 et suiv. (38 et suiv.); MAIER, *Staatslehre*, p. 17 et suiv.

fets aujourd'hui encore dans la terminologie. Ainsi en France n'existe-t-il non seulement pas de discipline institutionnelle comme la théorie générale de l'État mais le droit positif ignore également un terme comme »Staatsrecht«, littéralement le »droit de l'État«. La langue juridique française a uniquement recours aux termes de »droit public« et »droit constitutionnel«. Dès 1895, Luigi Rossi, juriste publiciste italien, se demandait pourquoi le »concept de »droit de l'État« dominant dans la science allemande« était »parfaitement inconnu« en France. Comme Otto Hintze peu après, Rossi émit l'hypothèse très plausible que cela avait un lien avec l'assimilation que faisait l'Allemagne entre État et administration, alors qu'un tel concept ne pouvait surgir dans la configuration d'un système de gouvernement parlementaire tel qu'il existait en France⁷⁰. Depuis la Révolution, l'État en France a été toujours plus assimilé à la nation et en a tiré sa légitimation⁷¹. Par-delà toutes les crises politiques internes, cette identification s'est imposée le plus fortement après 1870 sous la III^e République, processus auquel contribuèrent à leur manière historiens et sociologues⁷². Ce qui a interdit de légitimer de manière indépendante l'existence d'un État totalement autonome, en dépit de la pérennité de la bureaucratie centralisatrice à Paris, déjà analysée par Tocqueville⁷³. Il paraît naturel de voir une autre raison de l'absence d'une théorie générale de l'État institutionnellement autonome en France dans cette incapacité à conceptualiser naturellement l'appareil bureaucratique en un »État en tant que tel« universel. L'idée que l'on puisse et l'on doit s'intéresser à l'État »en général« ne vint pas aux Français.

Le concept allemand fit bien une brève apparition dans le débat français, entre le tournant du siècle et la Première Guerre mondiale. Mais cela advint en réalité dans le cadre du débat interne français, pour protéger le gouvernement et l'administration avec des arguments relativement technocratiques de la prétention au pouvoir qu'avait le parlementarisme français. Ici le recours au concept d'État de la théorie générale de l'État allemande, complètement axé

⁷⁰ Luigi ROSSI, Die neuere Literatur des Verfassungsrechts bei den romanischen Völkern, dans: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 37 (1895) p. 481 et suiv. (484).

⁷¹ Pierre ROSANVALLON, L'État en France de 1789 à nos jours, Paris 1990, p. 100 et suiv.

⁷² Cf. sur ce point Raoul GIRARDET, Le nationalisme français. Anthologie 1871–1914, Paris 1983; Pierre NORA, Lavisserie, instituteur national. Le »Petit Lavisserie«, évangile de la République, dans: ID. (dir.), Les lieux de mémoire, vol. 1, Paris 1997, p. 239 et suiv.; Horst FIRSCHING, Die Sakralisierung der Gesellschaft. Emile Durkheims Soziologie der »Moral« und der »Religion« in der ideenpolitischen Auseinandersetzung der Dritten Republik, dans: Volkhard KRECH, Hartmann TYRELL (dir.), Religionssoziologie um 1900, Würzburg 1995, p. 159 et suiv. (p. 172 et suiv.).

⁷³ Cette célèbre thèse des continuités se trouve dans: Alexis de TOCQUEVILLE, L'Ancien Régime et la Révolution, Paris 1856, et au premier rang dans le Livre II, chapitre II. Pour une critique contemporaine de la thèse des continuités, cf. ROSANVALLON, L'État, p. 19 et suiv.

sur l'exécutif et l'administration, ouvrait de nouvelles perspectives argumentatives aux auteurs français de l'époque⁷⁴. Ainsi au début du XX^e siècle, le constitutionnaliste parisien Ferdinand Larnaude réclama que Jellinek et Laband soient traduits en français et, dans sa préface à l'édition française du droit public de Laband, il émit l'espoir que la réception de la théorie générale de l'État allemande pût contribuer à ce qu'en France un appareil administratif compétent s'autonomise et s'isole des influences parlementaires. Il utilisa la réception des auteurs allemands à la fin purement française de légitimer l'État en tant qu'institution bureaucratique autonome, à la fois vis-à-vis des parlementaires mais aussi de la devise contemporaine syndicaliste-révolutionnaire de la «mort de l'État»⁷⁵. On vit également apparaître ça et là l'expression de «théorie générale de l'État» dans le cadre de cette réception générale de la science juridique allemande dans la France d'avant-guerre⁷⁶. En premier lieu chez Carré de Malberg qui intitula son ouvrage majeur «Contribution à la théorie générale de l'État»⁷⁷. De plus, Larnaude nota en 1902 que le «droit public» français s'appelait en général «Staatsrecht» dans la terminologie allemande et le traduisit littéralement par «droit de l'État»⁷⁸. Mais même Larnaude ne songea pas à reprendre cette expression inhabituelle dans la terminologie juridique française, alors qu'il poussait par ailleurs activement à la réception contemporaine de la science juridique allemande.

⁷⁴ SCHÖNBERGER, Vom repräsentativen Parlamentarismus, p. 371–372; ID., Penser l'État dans l'Empire et la République: Critique et réception de la conception juridique de l'État de Laband chez Carré de Malberg, dans: Olivier Beaud, Patrick Wachsmann (dir.), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Strasbourg 1997, p. 255 et suiv. (260 et suiv.). Sur le débat contemporain français en général, se reporter à Marie-Joëlle REDOR, De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879–1914, Aix-en-Provence 1992.

⁷⁵ Ferdinand LARNAUDE, Préface à Paul LABAND, Le droit public de l'Empire allemand, vol. 1, 1900; p. VII et suiv.; ID., L'évolution actuelle du régime représentatif, dans: L'évolution actuelle du régime représentatif. Cinq réponses à une enquête de l'Union interparlementaire, éd. par l'Union interparlementaire, Lausanne 1928, p. 39 et suiv. (42 et suiv.). Larnaude (1849–1942), doyen de la faculté de droit de Paris entre 1913 et 1922, a joué un rôle clé dans la réception du droit public allemand en France au début du XX^e siècle. Sur lui, cf. Oliver MOTTE, Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes, vol. 1, Bonn 1989, p. 1138 et suiv. Sur les motivations purement françaises de cette réception, cf. SCHÖNBERGER, Penser l'État dans l'Empire, p. 260–261.

⁷⁶ Sur cette réception, cf. SCHÖNBERGER, Vom repräsentativen Parlamentarismus, p. 371–372, ID., Penser l'État dans l'Empire, p. 256 et suiv., sur la réception en droit privé, cf. Alfons BÜRGE, Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (1997) p. 643 et suiv. (651 et suiv.).

⁷⁷ Raymond CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français, vol. 2, Paris 1920/22.

⁷⁸ Ferdinand LARNAUDE, Droit comparé et droit public, dans: Revue du droit public (1902) p. 5 et suiv. (6): «droit de l'État, littéralement». Également CARRÉ DE MALBERG, Contribution, vol. 1, p. V, qui utilise le terme dans sa préface.

Ni le renouvellement terminologique de »théorie générale de l'État« ni la discipline de la théorie générale de l'État dans son ensemble n'a rencontré un succès de longue durée en France, d'autant moins que l'obsession vis-à-vis du vainqueur de 1870/71 s'est fortement affaiblie après la revanche de la Première Guerre. En outre, la III^e République française n'a pas connu de phénomène comparable au positivisme en droit public de l'Allemagne et le débat constitutionnel de la *Gründerzeit* française, de Adhémar Esmein à Maurice Hauriou et Raymond Carré de Malberg, resta ouvert aux arguments politiques et constitutionnels théoriques. Dès le tournant du siècle également, s'était formée chez Léon Duguit une théorie de l'État axée sur la sociologie, qui traduisait les acquis de la sociologie naissante d'Émile Durkheim en des catégories théoriques appliquées à l'État et les reliait au syndicalisme français de l'époque⁷⁹. En France, la théorie générale de l'État ne pouvait donc pas, comme en Allemagne, combler les lacunes d'une dogmatique juridique trop étroite⁸⁰. Depuis le début du XX^e siècle, les juristes français avaient ouvertement et largement discuté des problèmes de la structure constitutionnelle de la III^e République⁸¹, ainsi que des bouleversements qu'avait subi l'image de l'État du XIX^e siècle et qui accompagnèrent le passage à la démocratie de masse et à la société industrielle⁸². Pour discuter de ces problèmes, il n'y avait pas lieu de fonder une discipline juridique abstraite et centrée sur la théorie de l'État. De plus, on pressentait fortement qu'une science abstraite de l'État serait précisément fort peu à même de décrire correctement les nouveaux phénomènes de la démocratie de masse, alors en pleine ascension, ainsi que les

⁷⁹ De plus, Léon Duguit était très critique à l'égard de la théorie générale de l'État allemande: ID., *Études de droit public*, vol. 1: L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901, vol. 2: L'État, les gouvernants et les agents, Paris 1903. Sur sa théorie de l'État et du droit, cf. GRIMM, *Solidarität*; JONES, *French State*, p. 159 et suiv.; Cécile LABORDE, *Pluralism, syndicalism and corporation: Léon Duguit and the crisis of the state (1900–1925)*, *History of European Ideas* 22 (1996) p. 227 et suiv. Sur la manière dont les perspectives sociologiques se sont, comparativement, rapidement imposées en France: William LOGUE, *From Philosophy to Sociology. The Evolution of French Liberalism, 1870–1914*, Dekalb (Illinois) 1983, p. 97 et suiv.; Laurent MUCCHIELLI, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France (1870–1914)*, Paris 1998, p. 101 et suiv.

⁸⁰ On trouve une ébauche de comparaison entre la France et l'Allemagne chez JONES, *French State*, p. 29 et suiv. (38–39).

⁸¹ Rudolf von ALBERTINI, *Regierung und Parlament in der Dritten Republik*, dans: *Historische Zeitschrift* 188 (1959) p. 17 et suiv.; ID., *Parteiorganisation und Parteibegriff in Frankreich 1789–1940*, dans: *Historische Zeitschrift* 193 (1961) p. 529 et suiv. (559 et suiv.).

⁸² Sur le débat de l'époque concernant la crise de l'État et du parlementarisme de la III^e République, se reporter à Roman SCHNUR, *Über Maxime Leroy*, dans: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55) p. 511 et suiv.; JONES, *French State*, p. 55 et suiv.; REDOR, *De l'État légal*, p. 87 et suiv. En Allemagne, ce débat a été attentivement suivi par Georg JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin 1906, p. 52–53; cf. sur ce point SCHÖNBERGER, *Das Parlament*, p. 284 et suiv.

formes partisans et associatives qui les accompagnaient⁸³. Enfin, l'absence d'une théorie générale de l'État institutionnellement autonome en France s'explique aussi par le fait – tout comme en Allemagne par la suite – qu'émergea une science politique indépendante qui s'est progressivement détachée des facultés juridiques, réduisant d'autant les besoins d'une discipline juridique complémentaire⁸⁴.

Cette absence renvoie à nouveau à la singularité de la discipline allemande, dont la fixation sur »l'État« s'enracine dans l'époque de la monarchie constitutionnelle. En France à l'inverse, l'appareil absolutiste a été dès la Révolution repris par la nation, de telle sorte que l'idée d'un sujet autonome »État« fait défaut à la tradition française. La véritable phase de fondation du droit public français se situe à l'époque du triomphe de la III^e République, à partir des années 1870, durant lesquelles la démocratie parlementaire s'implanta durablement en France. Là, ne pouvait se concevoir un »Staatsrecht« au sens allemand mais uniquement un *droit constitutionnel* entendu dans un sens institutionnel et politique.

Ainsi, la comparaison avec la France montre dans toute son acuité la singularité de la théorie générale de l'État allemande. Son problème central réside dans le fait qu'elle donne traditionnellement un tour »général« à des problématiques issues dans leur grande majorité des évolutions historiques particulières de l'Allemagne. Elle formule des questions apparemment universelles dans le champ catégoriel de la tradition allemande, sans même problématiser leur relativité due à la spécificité de l'évolution allemande. Le maniement évident d'un concept de l'État dont la validité semble universelle – notamment aussi dans sa forme atténuée de »l'État moderne« – n'en constitue que le symptôme le plus frappant. Le concept universalisé de l'État tel qu'on le trouve dans la théorie générale de l'État chez les juristes allemands est historiquement conditionné de la même manière que les diverses catégories du droit public et constitutionnel allemand: par exemple celle du droit public subjectif pour lequel il n'existe pas non plus d'équivalent en France⁸⁵. Même pour le domaine de la théorie de l'État, dont l'abstraction n'est qu'apparente, le miroir

⁸³ Ainsi que le rappelle fort justement ECKSTEIN, »Science« of State, p. 56.

⁸⁴ Sur ses débuts en France, voir Pierre FAVRE, Naissances de la science politique en France 1870–1914, Paris 1989. Comme en Allemagne, de nombreux politistes commencèrent leur carrière en tant que juristes, comme Georges Burdeau et Maurice Duverger dans les années 1930.

⁸⁵ Cf. sur cette question Martin ROTT, Das verwaltungsrechtliche subjektive öffentliche Recht im Spiegel seiner Entwicklung im deutschen liberalen Rechtsstaat und in der französischen »théorie des droits subjectifs des administrés«, thèse en droit de l'université de Gießen, 1976; Stephan GERSTNER, Die Drittschutzdogmatik im Spiegel des französischen und britischen Verwaltungsgerichtsverfahrens, Berlin 1995; Johannes MASING, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht, Berlin 1997.

français enseigne à prendre ses distances avec une tradition théorique qui réinterprète en toute ingénuité des singularités allemandes en des réalités universelles.

C'est dans la période fondatrice de 1870 à 1914 que les deux traditions de penser l'État se sont formées et condensées en Allemagne comme en France, dans un dialogue difficile, mais fructueux. Les grilles de lecture contemporaines restent encore influencées par les concepts forgés à cette époque. C'est pour cette raison que tout renouvellement de la théorie de l'État doit passer par une réévaluation critique du dialogue contrarié qu'ont entretenu les juristes allemands et français pendant la période fondatrice de leurs disciplines respectives.

Deutsche Zusammenfassung

Der Autor analysiert die Disparität zwischen den juristischen Staatstheorien in Deutschland und Frankreich während ihrer Entstehungsphase zwischen 1870 und 1914. Bei diesem Vergleich fällt die weitgehende Abwesenheit des Staatsbegriffs in Frankreich im Unterschied zu seiner Omnipräsenz im deutschen juristischen Diskurs auf. Dies erklärt sich vor allem aus der unsicheren nationalen Tradition in Deutschland und der vergleichsweise späten Gründung eines nationalen Bundesstaats zwischen 1867 und 1871. Aus diesem Grund ist der Staatsbegriff im Denken deutscher Staatsrechtler jener Zeit derart zentral geworden. In Frankreich dagegen war der Zentralstaat seit langem gefestigt. Seit der Revolution, insbesondere aber seit der Gründung der Dritten Republik, wurde der französische Staat als Produkt und Ausdruck der Nation verstanden. Von daher stellte der Staat als solcher kein so starkes Argument in der juristischen Debatte dar wie in Deutschland. Vielmehr bedienten sich viele französische Staatsrechtler des Staatsbegriffs als Kontrast, um eine spezifisch deutsche Denktradition zu kritisieren. Zugleich aber lieferte das deutsche Staatsdenken denjenigen Autoren in Frankreich wissenschaftliche Waffen, die den vermeintlichen Parlamentsabsolutismus der Dritten Republik angriffen. Diese Kritik schöpfte Argumente aus einer deutschen Tradition, die den Staat vor allem als autonome Bürokratie im Verhältnis zum Parlament begriff. Insgesamt gingen daher Anziehung und Ablehnung im wissenschaftlichen Austausch der französischen und deutschen Juristen vor dem Ersten Weltkrieg Hand in Hand.

