



HAL
open science

**De l'État de droit libéral à l'État de droit social.
Critique et transformation de l'État de droit chez
Hermann Heller**

Nathalie Le Bouedec

► **To cite this version:**

Nathalie Le Bouedec. De l'État de droit libéral à l'État de droit social. Critique et transformation de l'État de droit chez Hermann Heller. *Jus Politicum : Revue de droit politique*, 2019, Trois juristes de gauche sous Weimar : Heller, Neumann, Kirchheimer, 23. hal-02427970

HAL Id: hal-02427970

<https://hal.science/hal-02427970>

Submitted on 4 Jan 2020

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

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

Jus Politicum

Revue de droit politique

Trois juristes de gauche sous Weimar

Heller, Neumann, Kirchheimer



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divillec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Paris Nanterre),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université libre de Bruxelles)

**De l'État de droit libéral à l'État de droit social :
critique et transformation de l'État de droit chez Hermann Heller**

Hermann Heller (1891-1933) ne fut pas seulement un théoricien de l'État et un des principaux protagonistes, avec Carl Schmitt ou Hans Kelsen, de la querelle des méthodes au sein du droit public weimarien. Il fut aussi, et à double titre, un juriste social-démocrate : sur le plan politique, par son engagement au SPD et sa défense de la République de Weimar, mais également sur un plan théorique. Certains de ces textes peuvent ainsi être lus comme le témoignage de l'élaboration d'une pensée juridique socialiste, déjà en germe depuis la fin du XIX^e siècle chez des juristes comme Anton Menger et Karl Renner¹, mais qui s'affirme et se cristallise sous Weimar, portée par une nouvelle génération de juristes². Cette contribution se propose ainsi de montrer que la fameuse formule de l'« État de droit social » (« *sozialer Rechtsstaat* ») reprise dans la Loi Fondamentale de 1949³ et celle, antérieure dans les textes de Heller, de la « démocratie sociale » (« *soziale Demokratie* »), peuvent être interprétées comme des traductions ou manifestations conceptuelles – avec d'autres, comme le « droit social » (*soziales Recht*) ou la « démocratie collective » (*kollektive Demokratie*)⁴ – d'une nouvelle culture juridique qui tente, dans une perspective réformatrice, de penser la transformation sociale par le droit. Ces conceptions ont en commun d'adopter une approche critique du système juridique hérité des XVIII^e et XIX^e siècles tout en procédant à une

¹ Tous deux Autrichiens. Pour Anton Menger (1841-1906), citons les ouvrages *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890) et *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung* (1904). Karl Renner, qui devint en 1918 le premier chancelier de la République autrichienne, avait publié en 1904 sous le pseudonyme de « Karner » *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums*, réédité en 1929 dans une version largement modifiée et enrichie sous le titre *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*.

² Ou plus exactement deux générations, dont Heller se situe à la jonction : celle de Hugo Sinzheimer et Gustav Radbruch, nés respectivement en 1875 et 1878, et celle d'Ernst Fraenkel et Franz L. Neumann, nés au tournant du siècle (en 1898 et 1900).

³ Dans l'article 28, où sont évoqués les principes « de l'État de droit républicain, démocratique et social » (« *des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates* »).

⁴ Voir par exemple G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », in *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (par la suite GRGA), 2, *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, p. 485-495 ; E. FRAENKEL, « Kollektive Demokratie » (1929), in *Reformismus und Pluralismus*, Hamburg, Hoffmann und Campe, 1973, p. 73-87.

(re)valorisation inédite du droit au sein de la social-démocratie qui impliquait une prise de distance par rapport au marxisme⁵.

Les réflexions de Heller, tout comme celles de ses collègues, ne peuvent bien évidemment être analysées indépendamment du contexte weimarien. D'une part, la combinaison des mutations socio-économiques et de la crise intellectuelle entamées depuis la fin du XIX^e siècle et du bouleversement politique et social de 1918-1919 avait clairement créé un terreau favorable à l'élaboration de concepts juridiques nouveaux⁶. D'autre part, ces réflexions – *a fortiori* dès qu'il est question d'État de droit et de démocratie et à mesure que se multiplient et s'intensifient les attaques contre la démocratie weimarienne – se retrouvent inévitablement porteuses d'enjeux politiques : au début des années 1930, se réclamer du *Rechtsstaat* (État de droit), même sous la forme de « l'État de droit social » était aussi, au-delà de toute construction théorique, un acte politique de défense de la République.

Les caractéristiques des textes sur lesquels s'appuie la lecture de Heller proposée ici sont à cet égard assez révélatrices. Il s'agit d'une part de textes tel que *Rechtsstaat oder Diktatur* (*État de droit ou dictature*)⁷, qui se donnent aussi à lire comme une prise de position dans le débat politique weimarien, et d'autre part de réflexions relevant de l'histoire des idées que l'on trouve notamment dans *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* (*Les idées politiques du temps présent*) en 1926 ou encore dans « Grundrechte und Grundpflichten » (« Droits et devoirs fondamentaux »), texte publié en 1924 qui accorde une large place à l'histoire des droits fondamentaux. Ces derniers textes sont globalement peu mis en avant dans les études sur Heller. Pourtant, l'histoire des idées – une histoire des idées à forte dimension critique, qui vise à chercher des réponses à la crise d'orientation du présent – fait chez Heller fonction d'« arsenal » de sa pensée politique⁸ et constitue donc une entrée essentielle pour appréhender sa conception de l'État de droit dans toute sa complexité. Celle-ci est en effet loin de se réduire à un simple antagonisme entre « État de droit libéral » et « État de droit social ». Au-delà de sa critique parfois sans concession du droit en vigueur, Heller est en réalité loin de purement et simplement abandonner l'État de droit libéral au nom de l'avènement de la société

⁵ Voir à ce sujet notamment les travaux de C.M. HERRERA, « L'État, le droit, le compromis. Quelques remarques sur les conceptions juridiques de la social-démocratie allemande à Weimar », *Actuel Marx*, n° 23, 1998, p. 59-75 ; « La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 343-372 ; C.M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Éditions Kimé, 2002. Voir aussi N. LE BOUËDEC, *Gustav Radbruch, juriste de gauche sous la République de Weimar*, Québec, PUL, 2011, en part. p. 310 *sqq.* et p. 365 *sqq.*

⁶ C.M. HERRERA parle ainsi du « moment Weimar » comme d'un « laboratoire » de nouvelles formes juridiques et politiques (voir C.M. HERRERA, « Droit et gauche : sur une recherche », in C.M. HERRERA (dir.), *op. cit.*, p. 10).

⁷ Le texte parut sous forme d'article dans la revue *Die Neue Rundschau* en 1929 avant la publication d'une version enrichie chez l'éditeur J.C.B. Mohr en 1930. C'est cette dernière qui est contenue dans les œuvres complètes de Heller (*Gesammelte Schriften*) d'après lesquelles nous citons.

⁸ Voir M. LLANQUE, « Hermann Heller als Ideenpolitiker. Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens », in M. LLANQUE (dir.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität: Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 95-118, en part. p. 100-101 : l'auteur distingue deux fonctions de l'histoire des idées : la fonction d'archive (il s'agit avant tout de classer les différents textes en les reliant à différentes traditions) et la fonction d'arsenal (on recourt à l'histoire des idées pour analyser et évaluer le présent). Cette deuxième fonction est évidente chez un auteur comme Carl Schmitt.

socialiste. C'est ce positionnement particulier de Heller dans le contexte weimarien qu'il s'agit ici d'éclairer dans ses enjeux à la fois théoriques et éminemment politiques.

I. ANALYSE ET CRITIQUE DE L'ÉTAT DE DROIT LIBÉRAL

Pour cerner ce qui se cache derrière « l'État de droit social » de Heller, il faut commencer par exposer comment et pourquoi celui-ci critique la conception du droit dominante jusque sous Weimar et qui avait trouvé sa traduction dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil), entré en vigueur seulement en 1900 après un long processus d'élaboration⁹ : la conception libérale, dont les racines remontent à la théorie du droit naturel. Dans le cadre de sa reconstruction « idéaltypique » de « l'idée libérale » (« *der liberale Ideenkreis* ») dans les *Politische Ideenkreise der Gegenwart*¹⁰, Heller explique que la première caractéristique de cette dernière est sa vision foncièrement individualiste de l'Homme : l'individu est un « atome raisonnable » (« *Vernunftatom* ») libre, « planant » au-dessus des conditions sociales¹¹. C'est cette conception qui domine dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Du côté allemand, Kant en est le parfait représentant, de même que Humboldt. Avec sa maxime de « l'assurance de la liberté selon la loi » (« *Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit* »), ce dernier a pour Heller parfaitement résumé l'idéal de « l'État de droit libéral » (« *liberaler Rechtsstaat* ») ou du « pur État de droit » (« *den reinen Rechtsstaat* »)¹² : l'État se contente de garantir la liberté juridique formelle et la sécurité juridique.

Comme le rappelle Heller, l'émergence de cet État de droit libéral est indissociable de l'ascension de la bourgeoisie et de ses aspirations à l'autonomie. La corrélation étroite entre liberté juridique et liberté économique se traduit dans les piliers de l'État de droit libéral que sont la liberté commerciale, la liberté contractuelle, la propriété privée et le droit successoral – autant de principes juridiques entérinés par le BGB. Il faut noter ici que cette analyse de Heller n'a rien d'original : on la trouvait déjà, avant Weimar, chez des auteurs comme Otto von Gierke (1841-1921) ou Anton Menger¹³. De même, le terme péjoratif d'« *atomistisch* » (« atomiste ») qu'utilise Heller pour décrire la conception libérale de l'individu¹⁴ était récurrent sous la plume de ses contemporains, y compris chez des juristes de l'autre bord politique comme Heinrich Triepel, un autre protagoniste de la querelle des

⁹ Le premier projet avait ainsi été rendu public en 1887, soit déjà 16 ans après la fondation du Reich qui avait ouvert la voie à une codification juridique commune.

¹⁰ Voir H. HELLER, « Die politischen Ideenkreise der Gegenwart » (1926), in *Gesammelte Schriften* (par la suite GS), I, Leiden, Sitjhoff, 1971, p. 333 sqq. (« Der liberale Ideenkreis »).

¹¹ « [Das Individuum] schwebte als freies und gleiches Vernunftatom [...] über allen Gesellschaftsbedingungen » (*ibid.*, p. 314. Sauf indications contraire, toutes les traductions vers le français sont de notre fait).

¹² H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten » (1924), in GS II, respectivement p. 288 et 291. Concernant Humboldt, voir aussi « Rechtsstaat oder Diktatur », in GS II, p. 448.

¹³ Voir notamment O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889) ; pour Menger voir *supra*, note 1.

¹⁴ « *individualistisch-atomistische Weltanschauung des Naturrechts* » : H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 284.

méthodes, ou le néo-hégélien Julius Binder¹⁵. Heller note d'ailleurs que le rejet de la conception du citoyen comme atome isolé abstrait est aussi un élément central de la conception fasciste de l'État corporatiste¹⁶. Même si elle prend des formes et débouche sur des conclusions très différentes, la critique de l'individualisme libéral fait ainsi partie des *topoi* des discours juridiques weimariens.

Venons-en donc maintenant à ce qui conduit Heller à critiquer cette conception libérale du droit. Le problème, explique-t-il en 1926, vient de ce que produisent la liberté et l'égalité juridiques formelles dans une société de classes marquée par les inégalités socio-économiques : la domination de ceux qui détiennent le pouvoir économique ou, pour reprendre les termes de Heller lui-même, « un droit matériellement inégal » pour les plus faibles économiquement¹⁷. Le diagnostic est formulé encore plus drastiquement – et également en des termes plus politiques – deux ans plus tard : « en l'absence d'homogénéité sociale, l'égalité formelle la plus radicale se transforme en l'inégalité la plus radicale et la démocratie formelle en dictature de la classe dominante¹⁸ ». Là encore, Heller est à cette époque loin d'être le seul à procéder à cette mise au jour critique, dans la tradition marxienne, des intérêts que sert le droit en vigueur – en l'occurrence ceux de la classe dominante, la bourgeoisie – et des rapports de domination que masquent les principes d'égalité et de liberté juridiques. Les points communs avec Gustav Radbruch, en particulier – la liberté contractuelle, écrivait ce dernier, signifie de fait la sujétion de ceux qui sont en situation d'infériorité sociale au *diktat* des puissants¹⁹ – sont évidents. Pour illustrer les paradoxes de l'idée libérale de l'égalité, Heller se réfère d'ailleurs comme son collègue avant lui²⁰ à Anatole France et sa phrase sur la « majestueuse égalité des lois » qui interdit au riche comme au pauvre de voler du pain et de mendier au coin des rues²¹.

L'originalité de Heller réside davantage dans la manière dont il analyse et critique cette contradiction entre forme juridique et réalité sociale. Elle n'est en effet pas présentée comme une conséquence inévitable de l'idée libérale, contenue en germe dans le départ, mais comme le résultat d'un processus historique ayant mené à une transformation de la fonction sociale de la liberté et de l'égalité juridiques :

¹⁵ Heinrich Triepel emploie par exemple l'adjectif « *atomistisch-individualistisch* » : H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*. Rede am 3. August 1927, Berlin, Preußische Verlags-Aktiengesellschaft, 1927, p. 30 sqq. Julius Binder parle plusieurs fois d'« atomisme » (*atomismus*) pour décrire le libéralisme : J. BINDER, *Philosophie des Rechts* (1925), Aalen, Scientia Verlag, 1967, par exemple p. 301 et 303.

¹⁶ H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise*, op. cit., p. 331.

¹⁷ « *materiell ungleiches Recht* » (*ibid.*, p. 396.)

¹⁸ « *Die radikalste formale Gleichheit wird ohne soziale Homogenität zur radikalsten Ungleichheit und die Formaldemokratie zur Diktatur der herrschenden Klasse* » (H. HELLER, « Politische Demokratie und soziale Homogenität » (1928), in *GS II*, p. 430. Voir aussi *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 399).

¹⁹ G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », art. cité, p. 487. Les *Politische Ideenkreise* comportent d'ailleurs une dédicace à Radbruch. L'amitié entre les deux juristes remonte à leurs années communes à Kiel au début de la République, où ils manquèrent notamment de se faire exécuter lors du coup d'État de Kapp et de Lüttwitz en mars 1920 et s'investirent dans le mouvement des universités populaires (*Volkshochschulen*).

²⁰ La référence à Anatole France apparaît chez Radbruch dès 1910. Voir son article « Strafrechtsreform », in *GRGA 9. Strafrechtsreform*, 1992, p. 168.

²¹ Voir H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 330 ; également « Bürger und Bourgeois » (1932), in *GS II*, p. 632.

ce qui était au départ un bienfait est devenu un « fléau²² » pour les plus faibles. Dès 1926²³ et avant de développer ensuite cette analyse de façon encore plus critique dans ses textes de la fin de la République de Weimar, Heller constate ainsi un processus de dégénérescence (« *Degeneration*²⁴ ») de l'État de droit libéral dont il situe le début après la révolution de 1848. La liberté et l'égalité, explique-t-il, constituaient bien au départ une idée juridique matérielle à visée émancipatrice. Mais à partir du milieu du XIX^e siècle, la bourgeoisie, à la fois « saturée²⁵ » après avoir atteint son objectif de sécurité économique et politique et effrayée par les revendications du prolétariat, a abandonné cet idéal : le « *Bürger* », le citoyen respectueux de la légalité, est devenu un « *Bourgeois* » à l'horizon étriqué, incapable de remettre en question des normes juridiques qu'il a absolutisées²⁶. L'État de droit s'est ainsi vu peu à peu « vidé de sa substance » (« *entleert* ») pour finalement se réduire à la simple maxime de la légalité formelle, déconnectée du contenu du droit et de l'idée de justice²⁷. Heller voit l'aboutissement de ce processus dans le positivisme juridique de Laband puis de Kelsen.

Face à cette évolution et aux inégalités produites et reproduites par la conception libérale du droit dans la société de classes, Heller n'hésite pas à formuler en 1930 un jugement qui semble sans appel : l'État de droit libéral n'est « plus à la hauteur de la tâche actuelle²⁸ ». Mais si l'État de droit libéral de la bourgeoisie est condamné, par quoi faut-il le remplacer ?

II. QUELLE ALTERNATIVE À L'ÉTAT DE DROIT LIBÉRAL ? « DÉMOCRATIE SOCIALE » ET « ÉTAT DE DROIT SOCIAL » CHEZ HELLER

Entre 1926 et 1932, Heller utilise différentes formules pour qualifier la nouvelle conception du droit qu'il oppose à l'idée libérale. Dans les *Politische Ideenkreise der Gegenwart*, il est ainsi plusieurs fois question de « démocratie sociale » (« *soziale Demokratie* »), un concept clairement opposé à l'idée libérale et rattaché à l'idée socialiste²⁹. Dans sa reconstruction de la genèse de l'idée socialiste, qu'il fait remonter à Fichte, Heller oppose également l'État de droit libéral à « l'État social et économique³⁰ ». L'opposition entre « *sozialer Rechtsstaat* » et « *liberaler Rechtsstaat* » n'apparaît quant à elle qu'à partir de 1929 – dans *Rechtsstaat und Diktatur*,

²² « *Plage* » (H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 290).

²³ Voir *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 327, 347.

²⁴ Le terme apparaît dans *Rechtsstaat und Diktatur*, op. cit., p. 450 (« *Degeneration des Rechtsstaatsgedankens* ») et aussi dans « Bürger und Bourgeois », art. cité, p. 632.

²⁵ Voir H. HELLER, *Europa und der Faschismus* (1931), in GS II, p. 475 ; H. HELLER, « Bürger und Bourgeois », art. cité, p. 628.

²⁶ Pour cette distinction qu'opère Heller entre le concept de « *Bürger* » et celui péjoratif de « *Bourgeois* » voir H. HELLER, « Bürger und Bourgeois », art. cité, p. 628.

²⁷ H. HELLER, *Rechtsstaat und Diktatur*, op. cit., p. 449. Heller utilise aussi dans la même phrase le terme de « *entseelt* » (qui signifie littéralement « dépourvu de son âme »).

²⁸ « *den heutigen Aufgaben nicht mehr gewachsen* ». H. HELLER, « Freiheit und Form in der Reichsverfassung » [Liberté et forme dans la constitution de Reich] (1930), in GS II, p. 377. Il s'agit d'un discours prononcé devant l'Organisation des étudiants allemands à l'occasion de la célébration de l'anniversaire de la constitution de 1919.

²⁹ Voir p. 330 sq., 333, 374, 377 et 396.

³⁰ « *Sozial- und Wirtschaftsstaat* » (*ibid.*, p. 376).

puis dans le discours « Freiheit und Form in der Reichsverfassung³¹ ». Même si ce changement terminologique n'est pas sans importance, nous y reviendrons, on aurait cependant tort d'y voir le signe d'une rupture ou d'une inflexion majeure dans la pensée de Heller. Il faut au contraire souligner ici la continuité de son raisonnement. Ainsi, la formule de *Rechtsstaat und Diktatur* régulièrement citée comme définition de l'État de droit social : « l'extension de l'idée matérielle d'État de droit à l'ordre du travail et des biens » (« *Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung* »), est en fait présentée dans le texte comme la « revendication de la démocratie sociale³² ». On se situe toujours dans le cadre d'une réflexion sur les transformations de l'ordre juridique et l'émergence d'un nouveau type de droit, « social » (*Sozialrecht*)³³ – une réflexion qui, dans les textes considérés ici, n'a jamais une dimension purement prescriptive, mais se présente toujours comme une analyse de transformations déjà en cours dans le cadre de la démocratie weimarienne.

Comme il a été dit plus haut, la vision individualiste de l'Homme constitue la base de l'idée libérale du droit. En revanche, la « démocratie sociale » repose sur une conception fondamentalement différente : son point de départ n'est pas « le sujet de droit formellement égal [aux autres] », mais doit être « l'homme en tant que totalité physique et psychologique », en tant qu'il est « déterminé par ses possibilités sociales, notamment économiques et individuelles³⁴ ». En d'autres termes, il s'agit de prendre enfin en compte dans le droit la réalité socio-économique – Heller parle d'ailleurs de « tournant réaliste » (« *Wirklichkeitswendung* ») de la démocratie sociale³⁵, et donc de prendre en compte les inégalités et les situations de dépendance sociale afin de permettre une organisation « juste » (« *gerecht* ») des rapports socio-économiques. Cette importance fondamentale de l'idée ou de l'image de l'homme dans le droit comme base du système juridique fut sous Weimar théorisée notamment par Gustav Radbruch et Hugo Sinzheimer³⁶, et la nécessité de prendre en compte « l'individu socialisé » (« *das vergesellschaftete Individuum*³⁷ ») est au cœur des réflexions de tous les juristes sociaux-démocrates sur la transformation du droit.

³¹ Voir H. HELLER, *Rechtsstaat und Diktatur*, op. cit., p. 450 ; H. HELLER, « Freiheit und Form in der Reichsverfassung », art. cité, p. 416.

³² Comme le note bien Michael Henkel dans son ouvrage *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates* (Tübingen, Mohr, Siebeck, p. 468). Voici la phrase exacte: « *Bedeutet doch die Forderung der sozialen Demokratie des Proletariats nichts anderes als die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung* » (H. HELLER, *Rechtsstaat und Diktatur*, op. cit., p. 451).

³³ H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 400 et 404.

³⁴ « *Die soziale Demokratie darf [...] nicht ausgehen vom Menschen als formalgleichen Rechtssubjekt, sondern muss den Menschen als psycho-physische Totalität, in seiner Bedingtheit durch seine gesellschaftlichen, insbesondere ökonomischen und individuellen Möglichkeiten zum Ausgangspunkte nehmen* » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 375).

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Voir notamment G. RADBRUCH, « Der Mensch im Recht » (1927), in *GRGA 2*, p. 467-476 ; H. SINZHEIMER, « Der Wandel im Weltbild des Juristen » (1928) et « Der Mensch im Arbeitsrecht » (1930), in *Arbeitsrecht und Soziologie. Gesammelte Aufsätze*, vol. 2, Francfort/Main, Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, p. 42-49 et 50-52.

³⁷ H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 295. Radbruch parle de « l'homme concret et socialisé » (voir « Vom individualistischen zum sozialen Recht », art. cité,

La remise en cause du paradigme individualiste libéral ne reste évidemment pas sans conséquences sur le plan des normes juridiques. En effet, comme Heller le résume dans le chapitre consacré à l'idée socialiste dans *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, elle implique rien moins que la « transformation de l'ordre juridico-privé du travail et des biens en ordre juridico-public³⁸ ». Cela signifie que les sphères du travail et de l'économie cessent de relever uniquement du droit privé, mais sont reconnues comme relevant de l'intérêt public ; de même, les droits ne sont plus considérés comme servant seulement un intérêt individuel, mais comme ayant une fonction sociale. Dès 1924, Heller prône ainsi un renversement de perspective en matière de conception des droits fondamentaux : les libertés ne doivent plus être conçues comme des « droits naturels » (« *Naturrechte* ») de l'individu pré-existant à toute organisation sociale, mais comme des « droits culturels » (« *Kulturrechte* ») issus de la communauté et garantis par l'État³⁹, ce qui légitime, comme dans le cas de la propriété, de restreindre leur jouissance au nom de l'intérêt social. On voit bien ici que ce que décrit Heller n'est pas simplement de l'ordre d'un changement de contenu ou d'un ajout ou complément au droit existant, mais qu'il est bien question d'une transformation *structurelle* du droit. Une fois encore, Heller n'est pas le seul à faire alors cette analyse. L'inversion du rapport entre droit public et droit privé est ainsi un topos de la pensée juridique weimarienne : on le retrouve non seulement chez d'autres sociaux-démocrates comme Renner, Sinzheimer Radbruch, mais de façon générale dans tous les discours de l'époque sur le renouvellement du droit⁴⁰. Les réflexions des juristes sociaux-démocrates comme Heller se distinguent toutefois par l'accent mis sur le problème des inégalités sociales et les questions de droit du travail.

Dès le tournant du siècle, des juristes comme Otto Gierke ou encore Karl Renner avaient démontré dans leurs travaux qu'une transformation de l'ordre juridique libéral était de fait déjà en cours. La thèse défendue par Renner dès 1904 dans *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute insbesondere des Eigentums* était ainsi que la signification et la fonction du droit, en l'occurrence du droit de la propriété, pouvaient évoluer même en l'absence de modifications de la norme juridique elle-même : la propriété était par exemple toujours garantie par le BGB, alors que, dans les faits, elle était de plus en plus restreinte par de nouvelles dispositions juridiques connexes comme que la législation sur les baux ou encore les assurances sociales. Il est d'ailleurs difficile de penser que Heller n'a pas lu Karl Renner quand il évoque en 1926 un processus de « changement de signification de l'institution juridique »

p. 486) ; Sinzheimer de « l'homme réel » (« *der wirkliche Mensch* ») ou de l'homme en tant qu'être social (« *soziales Wesen* ») : voir respectivement « Der Wandel im Weltbild des Juristen », art. cité, p. 42 et « Der Mensch im Arbeitsrecht », art. cité, p. 50.

³⁸ « *öffentlich-rechtliche Umgestaltung der privatrechtlichen Arbeits- und Güterordnung* » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 399).

³⁹ H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 286.

⁴⁰ La critique de la conception individualiste du droit étant loin d'être nécessairement « de gauche » et la « *Gemeinschaft* » loin d'être nécessairement socialiste... Citons pour les sociaux-démocrates le manifeste « Was wir wollen » (1925) qui ouvre le premier numéro de la revue *Die Justiz* codirigée par Sinzheimer et Radbruch (« Was wir wollen » (1925), in E. FRAENKEL et H. SINZHEIMER, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Neuwied, Luchterhand, 1968, p. 21) ou K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1929, par exemple p. 179 ; pour des exemples de juristes conservateurs (et plus tard soutiens du nazisme) : J.W. HEDEMANN, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, G. Fischer, 1919, p. 11 sqq. ; F. SCHLEGELBERGER, *Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren*, Berlin, Dahlen, 1930, p. 109, 161.

(« *Bedeutungswandel des Rechtsinstituts*⁴¹ ») et notamment du droit de la propriété. La preuve que « nous sommes bien au beau milieu de cette transformation⁴² », Heller la voit surtout dans les nouvelles dispositions juridiques introduites en 1918-1919, et notamment dans la partie « vie économique » (les articles 151 à 165) de la constitution du *Reich* du 11 août 1919⁴³. En matière de droit du travail, Heller cite le décret du 23 novembre 1918 sur les conventions collectives, avec lequel le contrat de travail a quitté la sphère du droit privé. Heller insiste sur la portée considérable de ce profond bouleversement (« *tiefgehende Umwälzung* ») faisant émerger « un nouveau droit social » (*ein neues Sozialrecht*⁴⁴) qui constitue un « tout nouveau domaine du droit⁴⁵ ». Il évoque bien sûr aussi le novateur article 165, qui ancrerait dans le droit constitutionnel le principe paritaire dans la réglementation des salaires et des conditions de travail entre syndicats et patronat⁴⁶ (§ 1) et prévoyait (§ 2) la mise en place de conseils d'ouvriers à plusieurs niveaux – dans les usines, au niveau des districts et enfin au niveau du *Reich*⁴⁷ –, faisant ainsi une place dans le cadre de la démocratie parlementaire au principe des conseils (*Rätegedanke*), qui avait joué un rôle central dans la phase révolutionnaire. Concernant la propriété, l'incarnation par excellence de l'État de droit libéral de la bourgeoisie, Heller souligne à quel point celle-ci, tout en étant garantie par la Constitution⁴⁸, se trouve en même temps restreinte, « minée » ou « sapée⁴⁹ » par d'autres articles : l'article 151 : « L'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de justice dans le but de garantir une existence digne pour tous⁵⁰ », dans lequel Heller voit la « réalisation de l'idée éthique du socialisme⁵¹ » ; les articles 155 et 156, qui ouvraient au moins partiellement la voie à une socialisation ou collectivisation (*Vergesellschaftung*) de l'économie ; la formule « propriété oblige » (« *Eigentum verpflichtet* »), enfin, de l'article 153, qui venait nuancer la garantie de propriété pourtant proclamée dans la première phrase de ce même article. Pour Heller, et pour de nombreux juristes weimariens, cette dernière formule montre bien que la propriété a perdu

⁴¹ H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 404. L'ouvrage de Renner n'est pas indiqué dans la bibliographie, mais Heller en cite un autre : *Marxismus, Krieg und Internationale. Kritische Studien über offene Probleme des wissenschaftlichen und des praktischen Sozialismus in und nach dem Weltkriege* (1917).

⁴² H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 290 : « *In dieser Entwicklung [...] stehen wir mitten drin* ».

⁴³ Sur ce sujet voir surtout *ibid.*, p. 312-315 et H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 400-405.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 404.

⁴⁵ « *ein ganz neues Rechtsgebiet* » (*ibid.*, p. 400).

⁴⁶ Un terme clé de l'article était « *gleichberechtigt* », c'est-à-dire « égaux en droit » ou « sur la base de l'égalité des droits ».

⁴⁷ Les *Betriebsarbeiterräte*, *Bezirksarbeiterräte* et le *Reichsarbeiterrat*. Ce paragraphe resta très largement lettre morte en raison notamment de la résistance du patronat et de l'évolution défavorable des rapports de force politiques.

⁴⁸ Art. 153, § 1 : « *Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet* ».

⁴⁹ « *ausgehöhlt* » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 405).

⁵⁰ « *Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen* ».

⁵¹ « *Verwirklichung des ethischen Gedankens des Sozialismus* » (H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 312).

son caractère inviolable et sacré⁵² : elle ne sert plus seulement à satisfaire un besoin individuel, mais a une fonction sociale (« *soziale Aufgabe* »).

Que ce soit sa conception des droits fondamentaux et son analyse de la Constitution de Weimar, la reconstruction idéaltypique de l'idée socialiste ou encore le concept même d'« État de droit social », tout indique que, chez Heller, la transformation du système juridique passe avant tout par l'intervention de l'État. Cela n'est pas si surprenant compte tenu de son ancrage disciplinaire dans le droit public et la théorie de l'État. S'il évoque au détour d'un paragraphe les réflexions menées par ses contemporains sur les conseils et autres organes d'autogestion de l'économie (*Selbstverwaltung*)⁵³, Heller ne semble ainsi pas s'intéresser spécifiquement à la conception développée par Sinzheimer d'un droit social produit et organisé de façon autonome par les forces sociales⁵⁴ – une idée qu'on retrouve à l'époque aussi dans le concept de « démocratie collective » (« *kollektive Demokratie* ») d'Ernst Fraenkel⁵⁵, qui mettait en avant le rôle croissant des organisations et groupes sociaux dans l'administration du droit et la formation de la volonté politique. De façon générale, Heller ne va pas aussi loin que d'autres ni dans la théorisation, ni dans l'analyse du fonctionnement concret dans les différents domaines (droit du travail, etc.) de cet autre type de droit « social » reposant sur la prise en compte des rapports sociaux et le primat de l'intérêt collectif. La convergence des discours n'en reste pas moins indéniable. D'ailleurs, quand Franz L. Neumann reprend à son compte le concept de « *sozialer Rechtsstaat* » en 1930, il en voit bien les fondements dans ces mêmes articles de la Constitution évoqués par Heller et fait du développement du contenu social de la seconde partie de la Constitution la tâche centrale de la théorie de l'État socialiste⁵⁶.

Ce qu'il faut maintenant analyser de plus près, c'est la manière dont s'articule chez Heller cette nouvelle « démocratie sociale » ou cet « État de droit social » avec l'État de droit libéral : en effet, et c'est là ce qui fait l'intérêt et l'originalité de sa pensée, *a fortiori* dans le contexte de la République de Weimar, le rapport entre les deux est loin de se réduire à un simple antagonisme.

III. TRANSFORMER L'ÉTAT DE DROIT LIBÉRAL, MAIS SANS LE DÉTRUIRE : L'ENJEU DE « L'ÉTAT DE DROIT SOCIAL »

A. La perspective réformiste de Heller

Comprendre cette articulation suppose de s'attarder tout d'abord sur la valorisation du droit et de l'État à l'œuvre dans les textes de Heller – une évidence pour un juriste, pourrait-on objecter, mais beaucoup moins pour un social-démocrate. Dans la perspective de Marx et Engels, le droit et l'État devaient en effet être considérés comme des formes idéologiques de la domination de la bourgeoisie sur le prolétariat. Le droit et l'État étaient donc par nature un droit et un État « de classe »

⁵² *Ibid.*, p. 313.

⁵³ *Ibid.*, p. 315 ; H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 406.

⁵⁴ Heller ne le cite même pas en bibliographie dans le chapitre sur l'idée socialiste des *Politische Ideenkreise*.

⁵⁵ Voir *supra*, note 4. E. Fraenkel avait été l'élève de Sinzheimer.

⁵⁶ F.L. NEUMANN, « Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung » (1930), in *Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*, éd. par A. Söllner, Francfort/Main, Suhrkamp, 1978, p. 70-74.

et la fin du capitalisme devait nécessairement entraîner leur disparition. Ce n'est pas un hasard si avant Weimar, on ne trouve pratiquement aucune référence positive à l'État de droit chez les sociaux-démocrates⁵⁷, même si la *doxa* marxiste était déjà contestée depuis le tournant du siècle au sein de l'aile révisionniste autour d'Eduard Bernstein⁵⁸. Heller, lui, n'hésite pas à la remettre franchement en cause. Dans son ouvrage *Sozialismus und Nation* et lors de son affrontement avec le juriste austro-marxiste Max Adler au congrès des Jeunes socialistes à Iéna en 1925⁵⁹, il dénonce ainsi la confusion entre État (*Staat*) et État de classe (*Klassenstaat*) dans laquelle tombent selon lui les tenants de la thèse de la mort de l'État (*Absterben des Staates*) à l'avènement du socialisme. Heller est en certain : la disparition de l'État de classe ne signifiera pas celle de l'État. Il va même jusqu'à fustiger un « utopisme libéralo-anarchiste » potentiellement dangereux⁶⁰ : si l'idée d'une société sans domination (« *herrschaftslose Gesellschaft* ») peut faire sens en tant que « promesse prophétique » (« *prophetische Verheißung* »), elle ne vaut rien en tant que finalité politique⁶¹. « Le socialisme », affirme-t-il de façon assez provocatrice, « n'est pas l'abolition, mais l'ennoblissement de l'État⁶² ». *Sozialismus und Nation* contient par ailleurs des considérations révélatrices de l'importance du droit dans la conception du socialisme de Heller. Il y explique notamment que la véritable essence du socialisme, son ultime justification, réside dans l'idée de « justice sociale » (« *gesellschaftliche Gerechtigkeit* ») et « la volonté de créer [...] une communauté juste⁶³ », tout le problème étant de parvenir à passer d'une justice formelle à une justice matérielle.

Au vu de cette réévaluation de l'État et du droit, il n'est pas surprenant que dans les réflexions que Heller consacre spécifiquement à la constitution de 1919, les nouvelles dispositions juridiques évoquées plus haut (art. 165, etc.) apparaissent comme un moyen d'envisager la réalisation graduelle du socialisme par des voies réformatrices⁶⁴ – une conception qui avait le mérite d'être en cohérence avec la pratique politique réelle du SPD dans le cadre de la démocratie parlementaire. Cela ne va certes pas sans ambivalences, que l'on retrouve aussi chez d'autres juristes réformatrices comme Radbruch ou Fraenkel, liées à l'écart subsistant entre ce qui avait déjà été conquis – la démocratie – et ce qui restait à conquérir – le socialisme. Heller en était parfaitement conscient, parlant lui-même d'une « attitude partagée » ou d'un « dilemme » (« *zwiespältige Haltung* ») du socialisme envers la démocratie politique (concept qui désigne chez lui la démocratie parlementaire d'observance libérale) : celle-ci apparaît d'un côté comme le cadre indispensable pour

⁵⁷ Voir C.M. HERRERA, « La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar », art. cité, p. 350.

⁵⁸ Voir notamment son texte de 1899, *Voraussetzungen des Sozialismus*.

⁵⁹ Heller représente alors l'aile droite des Jeunes socialistes et Adler l'aile gauche. Voir H. HELLER, « Staat, Nation und Sozialdemokratie », suivi de Korreferat von Max Adler, in GSI, p. 527-563.

⁶⁰ « *dieser [...] liberal-anarchische Utopismus* » (H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, in GSI, p. 465).

⁶¹ H. HELLER, « Politische Demokratie und soziale Homogenität », art. cité, p. 428.

⁶² « *Sozialismus ist nicht Aufhebung, sondern Veredelung des Staates* » (H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, op. cit., p. 496).

⁶³ « *in dem Willen zu [...] gerechter Gemeinschaft* » (*ibid.*, p. 442).

⁶⁴ Dans ce sens, voir C.M. HERRERA, « Social-démocratie et la notion d'État de droit », art. cité, p. 354.

mener le combat pour une démocratie sociale et doit à ce titre absolument être défendue, mais elle est aussi synonyme d'un droit matériellement inégal auquel l'idée socialiste déclare la guerre⁶⁵. Il distingue en outre plusieurs fois l'« idée sociale » de l'« idée socialiste », notamment dans son article de 1924 sur les droits fondamentaux : l'idée « sociale » correspond au principe de l'intervention de l'État dans l'économie libérale, alors que le socialisme suppose la collectivisation de la propriété ; les dispositions constitutionnelles concernant la propriété relèvent donc de la première, et non de la seconde. De même, en 1926, il écrit que le nouveau droit du travail est encore loin de signifier le dépassement (« *Überwindung* ») de la forme capitaliste du travail⁶⁶. On est alors tenté de penser que la pleine réalisation de l'idée socialiste présuppose d'aller au-delà de l'ordre constitutionnel weimarien qui ne pourrait être que transitoire. Mais, dans le même temps⁶⁷, Heller présente bien la « démocratie sociale » (« *soziale Demokratie* ») comme la traduction de l'idée « socialiste » par rapport à la démocratie libérale. Dans son essai de 1924 sur les droits fondamentaux, il apparaît même persuadé que même si l'on reste dans le cadre d'un ordre capitaliste, la Constitution de 1919 offre bien « les leviers juridiques » (« *die verfassungsrechtlichen Hebel* ») pour transformer l'ordre social⁶⁸. Deux ans plus tard, il se montre toujours optimiste : les tendances de l'idée socialiste, estime-t-il, sont « dans une certaine mesure » déjà devenues réalité⁶⁹ et la voie est ouverte vers un « renversement anticapitaliste de l'ordre des biens » dans le cadre de la Constitution⁷⁰.

B. La continuité entre État de droit libéral et État de droit social

Cette logique réformiste suggère déjà que la démocratie sociale ne se construit pas simplement *contre* l'État de droit libéral. Les deux apparaissent au contraire inextricablement liés, et c'est la démocratie qui constitue le trait d'union entre les deux. Dans ses *Politische Ideenkreise der Gegenwart*, Heller distingue certes, comme nombre de ses contemporains, l'idée libérale et l'idée démocratique. Mais c'est pour mieux relativiser cette distinction en affirmant qu'elles ont les mêmes racines du point de vue de l'histoire des idées⁷¹ : selon lui, le but du libéralisme n'a jamais été « la simple légalité » (« *bloße Gesetzmäßigkeit* »), mais toujours la légalité « dé-

⁶⁵ Voir H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 396.

⁶⁶ Voir respectivement H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 291 et 311 ; *Die politischen Ideenkreise*, op. cit., p. 404.

⁶⁷ C'est-à-dire dans le même texte : *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 375.

⁶⁸ H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 312.

⁶⁹ « so wird man nicht leugnen können, daß die Tendenzen des sozialistischen Ideenkreises in gewissem Umfange bereits Wirklichkeit geworden sind » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 407).

⁷⁰ « antikapitalistische Umwälzung der Güterordnung » (*ibid.*, p. 405).

⁷¹ « Liberalismus und Demokratie haben die gleichen ideengeschichtlichen Wurzeln » (*ibid.*, p. 333). Heller se situe ainsi aux antipodes de Carl Schmitt qui affirme l'antagonisme fondamental entre libéralisme et démocratie et fait jouer la seconde contre le premier pour mieux faire imploser le parlementarisme, considéré comme la forme politique de l'idée libérale. Voir notamment l'avant-propos à la seconde édition, en 1926, de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, justement intitulé « De l'opposition entre parlementarisme et démocratie » (en français dans C. SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Seuil, 1988, p. 96-116 ; voir aussi p. 39).

cidée et contrôlée démocratiquement » (« *demokratisch mitbeschlossene und kontrollierte Gesetzmäßigkeit* »)⁷². En réalité, comme Heller le répète toujours dans ce même texte, « le libéralisme et le socialisme sont deux moments de l'évolution de la démocratie⁷³ » ayant chacun une fonction sociale différente : le libéralisme a correspondu à l'émancipation de la bourgeoisie, avant que le prolétariat ne fasse sienne la revendication de la démocratie sous la forme de la « démocratie sociale » au service de sa propre émancipation⁷⁴. C'est ce moment de bascule qui marque en même temps le début de la dégénérescence de l'État de droit libéral.

Mais cette continuité entre démocratie libérale et sociale ne relève pas de la simple succession historique. Il s'agit aussi d'une continuité ou plutôt d'une contiguïté d'ordre conceptuel. Le lexique employé par Heller est à cet égard tout à fait significatif. Il utilise ainsi plusieurs fois l'adjectif « *folgerichtig* » (logique, conséquent) pour décrire le rapport entre les deux : « l'idée sociale est la continuation logique de la démocratie politique vers la démocratie économique⁷⁵ » ; la revendication d'égalité de la classe ouvrière s'inscrit dans « l'évolution logique de la démocratie⁷⁶ ». On peut également citer à nouveau ici la revendication d'une « extension » (« *Ausdehnung* ») de l'idée matérielle d'État de droit à l'ordre du travail et des biens⁷⁷. Un autre exemple intéressant est l'emploi du verbe *umbauen*⁷⁸, formé du verbe *bauen*, construire, et du préverbe *um* qui indique un changement, une transformation, et signifiant donc au sens littéral : faire des transformations dans une construction. Autrement dit, quand Heller déclare que l'objectif est de « *umbauen* » (par défaut, on traduira ce verbe par « transformer ») l'État de droit libéral en un État de droit socialiste, il n'est pas question de faire table rase du premier, mais bien de le transformer tout en conservant les fondements, ou plutôt les fondations, si l'on file la métaphore de la construction. En fait, on pourrait dire qu'il s'agit davantage d'aller jusqu'au bout de la logique initiale de l'État de droit libéral en redonnant tout leur sens à des principes vidés de leur substance à partir du milieu du XIX^e siècle, mais sans jamais abandonner les principes que sont les droits de l'individu et la sécurité juridique. Heller ne laisse aucun doute sur ce point, et ce bien avant que la République et ces mêmes principes ne soient menacés : les idées libérales ont beau avoir perdu leur actualité, écrit-il ainsi en 1926, elles ont produit

un grand nombre d'institutions qui sont sans le moindre doute ancrées si solidement dans notre culture commune qu'elles ne pourront que disparaître avec elle. Même une communauté socialiste devra construire sur ses fondements et reconnaître les droits de l'individu⁷⁹.

⁷² H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 333.

⁷³ *Ibid.*, p. 281 : « *Liberalismus und Sozialismus sind Entwicklungsmomente der Demokratie* ».

⁷⁴ Voir H. HELLER, *Rechtsstaat und Diktatur*, op. cit., p. 448.

⁷⁵ « *Diese soziale Idee ist die folgerichtige Fortführung der politischen zur wirtschaftlichen Demokratie* » (H. HELLER, « Grundrechte und Grundpflichten », art. cité, p. 290).

⁷⁶ « *in folgerichtiger Entwicklung der Demokratie* » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 379).

⁷⁷ Voir *supra* note 33.

⁷⁸ « *den liberalen in einen sozialistischen Rechtsstaat umzubauen* » (H. HELLER, « Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform » (1932), in *GS II*, p. 416).

⁷⁹ « *Der liberale Ideenkreis hat [...] eine große Zahl von [...] Einrichtungen bewirkt, die zweifellos so fest in unserer Gesamtkultur wurzeln, dass sie nur mit ihr zugleich verschwinden können. Auch*

Heller n'hésite d'ailleurs pas à affirmer que Marx lui-même avait conscience du lien entre droit naturel et revendications socialistes⁸⁰. Cet attachement aux principes libéraux et notamment à la sécurité juridique est aussi à mettre en relation avec la conception de l'État de Heller : comme il l'oppose à Max Adler dans *Sozialismus und Nation*⁸¹, l'existence ne se réduit pas à l'économie ; elle peut être entravée par d'autres facteurs que socio-économiques et c'est pourquoi l'État restera toujours nécessaire.

État de droit libéral et social apparaissent donc liés par un socle culturel commun⁸². Le discours de Heller a ainsi le mérite de pas laisser place à l'ambiguïté que pouvait faire naître l'insistance sur la fonction sociale des droits et le primat du droit public quant au statut des libertés individuelles dans le cadre de la réalisation du droit social⁸³.

C. Dimension stratégique du recours au concept de *Rechtsstaat*

Quand Heller proclame en 1932 son attachement à l'État de droit – il faut transformer (*umbauen*) l'État de droit libéral, mais pas se débarrasser (*beseitigen*) de l'État de droit en tant que tel⁸⁴ –, il est évident qu'au vu de la crise dans laquelle est plongée la République, l'enjeu n'est pas simplement théorique, mais aussi clairement *politique*. De fait, l'idée d'une démocratie sociale s'inscrit dès le texte de 1928 « Politische Demokratie und soziale Homogenität », où il analyse la crise de la démocratie parlementaire, dans une stratégie de défense de la République face à ceux qui, à l'instar de Carl Schmitt, affirmaient que le système parlementaire avait vécu. Pour Heller, la crise trouve sa source dans les disparités socio-économiques. Un minimum d'homogénéité sociale est en effet une condition indispensable au bon fonctionnement de la démocratie⁸⁵. La démocratie sociale, grâce à sa prise en compte de ces mêmes disparités, apparaît alors comme une solution pour résoudre la crise de la démocratie politique (ou libérale) sans pour autant sortir du cadre démocratique et constitutionnel. De même, ce n'est sans doute pas un hasard si

ein sozialistisches Gemeinwesen wird auf diesen Grundlagen bauen und Menschenrechte des Individuums anerkennen müssen » (H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart*, op. cit., p. 348 sqq.)

⁸⁰ *Ibid.*, p. 380. Il se réfère notamment au *Manifeste du parti communiste* et à la fameuse description de la société socialiste comme une association où le libre épanouissement de chacun est la condition du libre épanouissement de tous.

⁸¹ Voir H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, op. cit., p. 492 sq.

⁸² Dans ce sens C. MÜLLER, « Soziale oder sozialistische Marktwirtschaft. Möglichkeiten zur Steuerung der wirtschaftlichen Entwicklung durch Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht », *Verfassung und Recht in Übersee*, n° 28, 1995, p. 47 sqq.

⁸³ Ambiguïté que n'évite ainsi pas toujours son collègue Radbruch lorsqu'il écrit par exemple en 1927 que tous les droits sont devenus susceptibles d'être abrogés (voir « Der Mensch im Recht », art. cité, p. 474). Voir aussi N. LE BOUËDEC, *Gustav Radbruch, juriste de gauche sous la République de Weimar*, op. cit., p. 389 sqq.

⁸⁴ H. HELLER, « Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform », art. cité, p. 416.

⁸⁵ Voir H. HELLER, « Politische Demokratie und soziale Homogenität », art. cité, en part. p. 427 sqq. À noter que Heller parle bien d'homogénéité *sociale* – et non d'une quelconque homogénéité idéelle ou « substantielle » comme Carl Schmitt – et surtout seulement d'un « certain degré » d'homogénéité. L'unité (*Einheit*) nécessaire au sein de l'État n'est pas du tout chez Heller synonyme de disparition de la pluralité (*Vielheit*) et encore moins, pour paraphraser Carl Schmitt, d'exclusion de l'hétérogène ! Pour Carl Schmitt, voir *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 106.

l'apparition de l'expression même d'« État de droit social », qui explicite sur le plan lexical davantage que celle de « démocratie sociale » la continuité avec l'État de droit libéral, coïncide chronologiquement avec le début de la crise politique et institutionnelle de la dernière phase de la République de Weimar, quand il s'avère que la bourgeoisie est disposée à se suicider, pour reprendre les termes de Heller⁸⁶, en abandonnant « son » État de droit pour le fascisme. Dans ce contexte, le « *sozialer Rechtsstaat* » présenté dans « *Rechtsstaat oder Diktatur* » comme une alternative au fascisme fait figure à double titre de ce qu'on appellerait en allemand un « *Kampfbegriff* », un « concept de combat »⁸⁷ : d'une part, il s'agit d'un « contre-feu conceptuel⁸⁸ » allumé contre les juristes qui refusent l'interprétation proposée par les sociaux-démocrates des droits fondamentaux et ne voient dans la deuxième partie de la Constitution qu'une décision en faveur de l'État de droit libéral bourgeois, mais, d'autre part, il sonne aussi comme un appel à défendre l'héritage culturel des Lumières. La dimension prescriptive et stratégique du concept est ici évidente. Heller n'est d'ailleurs pas le seul juriste social-démocrate à invoquer l'État de droit dans les dernières années de la République où, à un optimisme – naïf⁸⁹ ? – quant aux possibilités offertes par l'avènement de la République (un optimisme encore bien présent, comme on l'a vu, en 1926), succède une phase défensive de repli sur la défense de l'État de droit⁹⁰ à mesure que la République s'enfonce dans la crise. On peut citer ici Radbruch, affirmant en 1932 que la tâche du socialisme est d'abord de défendre les conquêtes de l'État de droit, ou encore l'éditorial plein de pathos rédigé par Fraenkel pour la revue *Die Justiz* en mai 1932. Celui-ci y rappelle que « si les républicains allemands s'efforcent de construire un barrage pour endiguer la vague de barbarie qui déferle sur nous, ils le font surtout pour conserver les conquêtes que nous devons à l'ère libérale⁹¹ ». Comme Heller le nota lui-même

⁸⁶ Le terme « *Selbstmord* » apparaît dans *Rechtsstaat und Diktatur*, *op. cit.*, p. 460.

⁸⁷ Pour cette expression voir C. M. HERRERA, « La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar », art. cité, p. 370.

⁸⁸ *Id.*, « Constitution et social-démocratie à Weimar : Pour une périodisation », in *Id.*, *Les juristes de gauche...*, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁹ Pour le reproche du déficit de réalisme chez Heller voir G. RAULET, « Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft », in M. GANGL (dir.), *Linke Juristen in der Weimarer Republik*, Francfort/Main, Peter Lang, 2003, p. 194 ; I. STAFF, « Staatslehre in der Weimarer Republik », in C. MÜLLER, I. STAFF (dir.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1985, p. 21 ; E. HENNIG, « Nationalismus, Sozialismus und die "Form aus Leben" : Hermann Hellers politische Hoffnung auf soziale Integration und staatliche Einheit », in C. MÜLLER, I. STAFF (dir.), *Der soziale Rechtsstaat*, *op. cit.*, p. 276.

⁹⁰ Sur ce changement d'attitude, voir P. STEINBACH, « Sozialistische Transformation und Demokratie », in H. HELMANN, T. MEYER (dir.), *Reformsozialismus und Sozialdemokratie. Zur Theorie-diskussion des demokratischen Sozialismus in der Weimarer Republik*, Berlin, Bonn, Dietz Nachf. 1982, p. 202 *sqq.* ; C. M. HERRERA, « Constitution et social-démocratie à Weimar... », art. cité, p. 111 *sq.*

⁹¹ Voir respectivement G. RADBRUCH, « Sozialistische Hochschulgemeinschaft » (1932), in *GRGA 12 : Politische Schriften der Weimarer Republik I*, 1992, p. 178 ; E. FRAENKEL, Chronik XXXVIII (Mai 1932), in E. FRAENKEL, H. SINZHEIMER, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, *op. cit.*, p. 368 : « Wenn die deutschen Republikaner gegen die Welle der Barbarei, die auf uns zuströmt, einen Damm zu errichten sich bemühen, so tun sie dies nicht zuletzt um der Erhaltung der Errungenschaften willen, die wir dem liberalen Zeitalter verdanken ». Sur l'amplification de la revendication du *Rechtsstaat*, voir toujours C. M. HERRERA, « La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar », art. cité, p. 364.

en 1932, ce n'était pas le moindre des paradoxes que l'État de droit, la forme de vie étatique de la bourgeoisie, ne fût plus défendu que par la social-démocratie⁹².

CONCLUSION

Il est tentant, dans un contexte où fleurissent les comparaisons entre la situation politique actuelle et la crise de la démocratie de l'entre-deux-guerres⁹³, de s'interroger en conclusion de cette lecture partielle de l'œuvre de Heller sur l'actualité de sa pensée. Le risque est toutefois grand de décontextualiser et donc de dénaturer et/ou d'instrumentaliser des réflexions⁹⁴ qui sont pourtant, nous l'avons vu, indissociablement liées aux enjeux spécifiques du « moment Weimar » : tenter de penser le socialisme dans le cadre du nouvel ordre constitutionnel, puis défendre celui-ci. D'ailleurs, dans sa *Staatslehre* parue de manière posthume en 1934, une fois ce moment passé, Heller ne parle plus de « sozialer Rechtsstaat ». On pourrait certes objecter que cet ouvrage théorique n'a ni le même statut ni le même objet que les textes analysés ici. Mais le désenchantement par rapport à l'État de droit social transparait aussi chez Franz Neumann : en 1934, prenant acte de l'échec de la stratégie fondée sur l'idée de « l'État de droit social », ce dernier critique rétrospectivement l'aveuglement des sociaux-démocrates qui, du fait de leur foi dans l'État de droit, n'ont pas pris conscience de la « collision » entre démocratie et État de droit⁹⁵.

Alors que l'accroissement des inégalités sociales joue indéniablement un rôle essentiel dans la fragilisation, voire la remise en cause actuelle de la démocratie représentative, il est néanmoins difficile de nier la pertinence des réflexions de Heller sur le minimum d'homogénéité nécessaire au fonctionnement de la démocratie, par exemple, et de la problématique qui est au cœur des textes que nous avons analysés : penser la transformation de l'État de droit démocratique sans pour au-

⁹² Voir H. HELLER, « Bürger und Bourgeois », art. cité, p. 627.

⁹³ Un motif récurrent dans le discours politique (voir l'entretien donné par Emmanuel Macron au quotidien *Ouest-France*, publié le 31 octobre 2018 ; la comparaison fut alors abondamment commentée) et médiatique (parmi de multiples exemples, voir L. JOFFRIN, « La résonance des années 1930 », éditorial dans *Libération* du 7 mars 2017 ; A. HOENIG, « Das Gespenst der "Weimarer Verhältnisse" », *Rhein-Neckar-Zeitung*, 30 octobre 2018) et également objet d'analyse des historiens, par le biais de commentaires critiques dans les médias (voir, là encore parmi de nombreux exemples, voir la tribune de Pascal Ory dans *Le Monde* du 9 novembre 2018 : « Au fascisme des années 1930 répond aujourd'hui le populisme »), mais aussi dans le cadre de manifestations scientifiques : les premières journées d'étude organisées dans le cadre du programme de recherche du CIERA, « Quelle(s) démocratie(s) ? Réflexions sur la crise, la modernisation et les limites de la démocratie en Allemagne, France, Angleterre et en Europe centrale entre 1919 et 1939 », ont ainsi été consacrées aux ruptures et continuités entre l'entre-deux-guerres et aujourd'hui. Voir le compte-rendu sur [<https://ciera.hypotheses.org/1128>] (consulté le 13/10/2019)..

⁹⁴ C'est le risque de l'histoire des idées comme « arsenal », qui peut avoir tendance à trouver dans les textes passés ce qu'elle est venue y chercher pour soutenir son argumentation. Voir M. LLANQUE, « Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens », art. cité, p. 115.

⁹⁵ Voir F.L. NEUMANN, « Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus » [1934], in *Id.*, *Wirtschaft, Staat, Demokratie, op. cit.*, p. 124-133, en part. p. 126, 131. Neumann se rapproche en cela des positions adoptées par son collègue Otto Kirchheimer dans les dernières années de Weimar.

tant le détruire ou, pour reprendre les termes de Marcus Llanque, « non pas dépasser l'État de droit, mais l'élever à un niveau supérieur⁹⁶ ». Mais au-delà de comparaisons toujours hasardeuses, lire Heller aujourd'hui, c'est finalement peut-être surtout faire sienne l'exigence d'une approche critique du droit comme une construction historique et culturelle dont il faut analyser les présupposés et la fonction politique et sociale – une approche qui préserve de toute sanctification ou absolutisation de normes juridiques qui peuvent perdre leur sens initial tout en reconnaissant le potentiel du droit pour l'émancipation des individus et de la transformation sociale.

Nathalie Le Bouëdec

Nathalie Le Bouëdec, docteur en études germaniques, maître de conférences en civilisation allemande à l'université de Bourgogne Franche-Comté. Auteur d'une thèse sur Gustav Radbruch et de plusieurs articles sur les juristes de gauche et la justice sous la République de Weimar. Ses recherches actuelles portent sur la démocratisation de la justice ouest-allemande dans l'après-guerre et plus particulièrement sur les relations entre la justice et les médias. Principales publications : *Gustav Radbruch, juriste de gauche sous la République de Weimar*, Québec, Presses de l'université Laval, 2011 ; « Transitions démocratiques et transformations des élites en Allemagne au xx^e siècle » dossier thématique codirigé avec Fritz Taubert, *Allemagne d'aujourd'hui*, n° 208, avril-juin 2014 ; « Das "Miteinanderreden" in der Demokratie lernen: Vermittlungsversuche zwischen Justiz und Presse in der frühen Nachkriegszeit », in N. Colin, P. Farges, F. Taubert (dir.), *Annäherung durch Konflikt: Mittler und Vermittlung*, Heidelberg, Synchron, 2017, p. 213-224 ; « Héritage(s) de Weimar. Éclairages historiques sur l'interdiction des partis politiques dans le droit constitutionnel allemand », in J. Hummel (dir.), *Les partis politiques et l'ordre constitutionnel. Histoire(s) et théorie(s) comparées*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 183-205 ; « Die westdeutschen Juristen und der Nürnberger Juristenprozess: Analyse einer (Nicht-?)Rezeption », *Comparativ. Zeitschrift für Globalgeschichte und vergleichende Gesellschaftsforschung*, 26 (4), 2016: The Nuremberg Trials. New Perspectives on the Professions, p. 87-103.

⁹⁶ « *Er will den Rechtsstaat nicht überwinden, er will ihn auf ein neues Niveau anheben* » – une démarche qui, comme le souligne M. Llanque (M. LLANQUE, « Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens », art. cité, p. 111), évoque l'*Aufhebung* hégélienne. L'habilitation de Heller portait d'ailleurs sur Hegel.



Jus Politicum n° 23 (décembre 2019)

Trois juristes de gauche sous Weimar : Heller, Neumann, Kirchheimer

<http://juspoliticum.com/numero/Trois-juristes-de-gauche-sous-Weimar-Heller-Neumann-Kirchheimer-76.html>

http://juspoliticum.com/uploads/jp23_ebook.pdf

Heller, Kirchheimer, Neumann : Trois pensées réformatrices du droit

- Isabelle Aubert et Céline Jouin : [Présentation](#)
- Marcus Llanque : [Hermann Heller and the Republicanism of the Left in the Weimar Republic](#)
- Olivier Jouanjan : [Enjeux de la théorie hellérienne de l'État](#)
- Renaud Baumert : [Hermann Heller face au fascisme](#)
- Nathalie Le Bouëdec : [De l'État de droit libéral à l'État de droit social : critique et transformation de l'État de droit chez Hermann Heller](#)
- Céline Jouin : [« Donner une forme sociale à l'État » : Heller et Gierke](#)
- Augustin Simard : [« La force d'inertie des formes juridiques ». Otto Kirchheimer et la critique du droit](#)
- William E. Scheuerman : [Liberal Democracy's Crisis. What a Forgotten "Frankfurter" Can Still Teach Us](#)
- Renaud Baumert : [Recension de Christoph Gusy, 100 Jahre Weimarer Verfassung: eine gute Verfassung in schlechter Zeit](#)

Les origines de la Quatrième République : regards croisés

- La rédaction de Jus Politicum : [Quelques mots sur les textes publiés](#)
- Jérôme Couillerot : [Introduction à la réédition partielle de R. Aron et F. Cleirens, Les Français devant la constitution \(1945\)](#)
- Francis Cleirens : [Introduction au Passé constitutionnel de la France](#)
- Raymond Aron : [À propos de la Constitution de la IV^e République](#)
- Maurice Duverger : [Libres propos sur la constitution future](#)

Procédure législative comparée

- Estelle Chambas : [Les procédures de « fast-track » anglo-américaines : un exemple d'efficacité législative ?](#)
- Viktor Zoltán Kazai : [The Instrumentalization of Parliamentary Legislation and its Possible Remedies. Lessons from Hungary](#)

Varia

- Luc Klein : [Les War Powers en droit constitutionnel américain : État des lieux et perspectives](#)
- Bernard Quiriny : [Remarques sur le projet de constitution de Friedrich A. Hayek](#)

Notes de lecture

- Renaud Baumert : [Grey ANDERSON, La guerre civile en France \(1958-1962\)](#)
- Benjamin Fargeaud : [Jacky HUMMEL \(dir.\), Les partis politiques et l'ordre constitutionnel. Histoire\(s\) et théorie\(s\) comparées](#)
- Céline Vintzel : [Sylvie HUTIER, Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel](#)
- Patrick Wachsmann : [Quelques remarques sur L'isonomie moderne de Gerald Stourzh](#)

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)