



HAL
open science

Politiser la théorie du commun. Les leçons des fondateurs du droit social

Céline Jouin

► To cite this version:

Céline Jouin. Politiser la théorie du commun. Les leçons des fondateurs du droit social. Droit et Cultures, 2025, Du social au commun : un changement de paradigme ? Regards croisés en droit, économie et philosophie, 88, <10.4000/15d1e>. <hal-05441652>

HAL Id: hal-05441652

<https://hal.science/hal-05441652v1>

Submitted on 5 Jan 2026

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Politiser la théorie du commun

Les leçons des fondateurs du droit social

Politicising the theory of the commons. Learning from the founders of social law

Céline Jouin



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/droitcultures/10599>

DOI : 10.4000/15d1e

ISSN : 2109-9421

Éditeur

Les Amis de la revue Droit et Cultures

Ce document vous est fourni par INIST - Centre national de la recherche scientifique (CNRS)



Référence électronique

Céline Jouin, « Politiser la théorie du commun », *Droit et cultures* [En ligne], 88 | 2025/1, mis en ligne le 11 décembre 2025, consulté le 05 janvier 2026. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/10599> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/15d1e>

Ce document a été généré automatiquement le 18 décembre 2025.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont susceptibles d'être soumis à des autorisations d'usage spécifiques.

Politiser la théorie du commun

Les leçons des fondateurs du droit social

Politicising the theory of the commons. Learning from the founders of social law

Céline Jouin

- 1 Les revendications autour du commun apparues dans les mouvements altermondialistes et écologistes prennent pour référence l'ancien terme anglais « *commons* », qui désigne les terres que les anciens droits coutumiers permettaient d'utiliser dans les campagnes européennes, avant qu'une vague d'enclosures ne vienne les transformer en propriété privée. La référence aux *commons* et au mouvement des enclosures est devenue paradigmatique dans la réflexion actuelle sur la marchandisation accrue liée à la politique néolibérale. La vogue que connaît la problématique du commun est liée à l'exigence de prendre en compte la crise écologique, alors que les traditions du socialisme l'ont largement ignorée, mais aussi à l'exigence de restaurer la solidarité quand les dispositifs de l'État social, qui la réalisaient dans une certaine mesure, sont en voie de démantèlement.
- 2 La fortune dont jouit actuellement la catégorie de commun tient autant au discrédit dans lequel sont tombés le communisme et le socialisme qu'à la façon non idéale dont le droit social s'est institutionnalisé au xx^e siècle. À la volonté de conserver ce que le néolibéralisme défait – les acquis sociaux – s'ajoute la volonté d'un nouveau départ. Dans ce contexte, la tentation de *substituer le paradigme du commun au paradigme du social* se fait jour, que ce soit au nom de la critique du « socialisme réel », parce qu'historiquement, le rapport entre socialisme et démocratie s'est mal noué, ou au nom de la critique de « l'État social réel », de l'État-providence bureaucratique qui tend à transformer le citoyen en client passif de l'État.
- 3 Il est tentant de penser le commun comme une alternative au *social du socialisme* et au *social du droit social*. Cependant, à vouloir rompre trop vite avec les traditions du socialisme et du droit social, le risque est que la catégorie de commun demeure un simple slogan, qu'elle ne fasse que « répondre à des exigences pseudo-idéalistes visant à satisfaire des valeurs¹ » comme Karl Polanyi, déjà, le craignait².

- 4 L'un des écueils des théories du commun est la tentation d'oublier l'État et de l'abandonner à sa dérive, pour lui substituer des expériences d'auto-gouvernement local, à l'écart de l'État et du marché. Il est instructif, à cet égard, de se remémorer le moment de l'invention du droit social, au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, en France et en Allemagne. Sous la III^e République et sous le *Kaiserreich* en effet, la mutation sociale du droit s'est produite après des décennies de redécouverte des formes de propriété commune du Moyen Âge, en Allemagne surtout, mais en France aussi. Outre-Rhin, les philosophes et les sociologues rechignent à réintégrer ce chapitre de l'histoire des idées dans l'histoire sociale à cause des vicissitudes qu'a connues l'idée de communauté au XX^e siècle³. Mais les juristes et les historiens s'en souviennent : la résurgence du commun a joué un rôle considérable dans l'invention du droit social.
- 5 Or, au moment de la genèse du droit social, la redécouverte des formes anciennes de propriété commune ne s'est pas faite à distance de la sociologie, ni contre elle. Bien au contraire, le droit social est issu d'un dialogue intense entre juristes et sociologues. En France, ce sont les solidaristes (Léon Bourgeois, Alfred Fouillée), les durkheimiens et les juristes qu'ils ont influencés (Léon Duguit, Louis Josserand, Maurice Hauriou, Raymond Saleilles, Georges Scelle, Emmanuel Lévy⁴), en Allemagne ce sont les « socialistes de la chaire » du *Verein für Socialpolitik* (Gustav Schmoller, Adolph Wagner, Otto von Gierke) qui l'ont forgé. Le *Verein für Socialpolitik* est souvent présenté comme le puissant foyer des réformes sociales du gouvernement de Bismarck. En réalité, ses membres ont accepté la législation sociale de Bismarck par une sorte d'« éthique de la responsabilité ». Leur modèle du droit social s'en écarte⁵.
- 6 Ces auteurs étaient des républicains (en France), des partisans de l'État de droit (en Allemagne). Ils étaient convaincus que la modernité est un processus irréversible qui ébranle en profondeur la structure de la société. Tout le problème était pour eux de parvenir à traduire les formes anciennes de propriété commune dans l'individualisme moderne des droits.
- 7 On tentera de montrer dans cette étude que leurs efforts revêtent une valeur critique pour nous. À l'heure où la pensée néolibérale affirme qu'il faut choisir entre l'État social et la défense des libertés, les fondateurs du droit social nous rappellent que les deux sont compatibles. Au moment où l'on cherche une voie pour que l'écologie ne demeure pas une éthique individuelle réservée aux plus favorisés (tel le choix de manger bio, d'aller au travail à vélo, etc.), pour qu'elle devienne une force transformatrice de la société entière, ces auteurs nous rappellent que l'enquête sur la complexité systémique de nos sociétés et la reconnaissance de l'hétéronomie du social est un préalable au projet de regagner un pouvoir collectif dans nos sociétés.

Philosophie et droit privé

- 8 La problématique des communs est liée actuellement à la recherche d'une armature conceptuelle pour la critique de la pensée néolibérale, recherche qui ne peut se faire que sur un plan inséparablement juridique, politique et économique. Dans cette quête, la philosophie occupe une position singulière. D'un côté, les philosophes semblent en retrait, comme l'indique la liste des contributeurs au *Dictionnaire des biens communs* paru en 2017, dirigé par deux juristes privatistes et une économiste⁶. D'un autre côté, il semble qu'ils donnent le ton quand ils envisagent, sous le nom de « commun », une transformation radicale de la société dans son ensemble, et qu'ils s'attaquent, ce

faisant, à la sociologie et à son prétendu déterminisme (Antonio Negri et Michael Hardt⁷), ou critiquent le socialisme au nom des dérives du socialisme réel (Christian Dardot et Pierre Laval⁸).

- 9 Catherine Colliot-Thélène n'a pas tort de reprocher à la théorie contemporaine du commun d'être trop abstraite dans l'ensemble, et de partir d'un concept de commun trop indifférencié pour penser l'institutionnalisation du commun dans les collectifs sociaux réels⁹. Selon la philosophe, c'est notamment le problème des frontières qui est éludé quand le commun renvoie à toutes les ressources et à tous les biens de la planète¹⁰. Force est de constater que la question de l'institutionnalisation concrète est plutôt éludée quand les théories du commun nous exhortent à « mieux habiter la terre », ou prennent comme point de référence les communaux ruraux de l'Europe prémoderne sans poser la question de leur raccord aux droits individuels, au moment où les droits subjectifs font l'objet d'atteintes manifestes sur le plan national et international. Dans ce contexte, relire les fondateurs du droit social du « moment 1900 » peut s'avérer utile. On l'a dit, en France et en Allemagne, la genèse du droit social s'est accompagnée d'une résurgence, déjà, de la question des biens communs. Or les protagonistes de ce moment avaient identifié un certain nombre de chausse-trapes liées à cette résurgence.
- 10 La théorie contemporaine des communs énonce une critique d'une certaine imbrication du droit public et du droit privé qui prend son départ chez Hobbes et qui tend à consolider le face-à-face de l'individu et de l'État en expulsant le commun de la vie sociale¹¹. Au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, les pères fondateurs du droit social critiquaient déjà cette imbrication. Alors qu'ils faisaient naître le droit social en premier lieu sur le terrain du droit privé¹², qu'ils voulaient repolitiser, en partant d'une critique du Code civil en vigueur (le Code Napoléon) ou du Code en chantier (le Code civil allemand, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), ils ont considéré que la philosophie politique les freinait dans cette tâche.
- 11 Durkheim (*Leçons de sociologie*, années 1890) et Gierke (*Althusius*, 1880) font le procès de la philosophie politique moderne d'une manière étonnamment consonante¹³. Ils démontrent que la théorie du droit naturel moderne, de Hobbes à Kant, favorise une conception « antisociale » du droit. Ils mettent en cause le contractualisme de la philosophie politique moderne, son individualisme méthodologique, sa façon de justifier de façon normative la propriété privée individuelle.
- 12 Durkheim et Gierke critiquent en outre l'alliance de la philosophie politique et du droit civil. En visant les théories du contrat social, le sociologue français et le juriste allemand mettent au jour l'anthropologie individualiste sous-jacente à la doctrine civiliste qui était dominante au XIX^e siècle. Ils accusent la philosophie politique des modernes de ne pas tolérer d'autres sources du droit, face à l'État, que la volonté des individus, et de faire ainsi le lit d'un juridisme formel qui fait des droits subjectifs exclusivement individuels les seules coordonnées du système juridique.
- 13 Depuis les années 1840, en Allemagne, les germanistes de l'École historique dénonçaient l'alliance de Kant et de Savigny. Pour eux, la doctrine civiliste dominante (savinienne, romaniste) avait rompu le lien entre l'histoire et la dogmatique juridique. À leurs yeux, la philosophie politique, celle de Kant notamment, avait aidé la doctrine civiliste à faire du droit un système formel et autonome et à refouler les anciennes formes de propriété commune hors de la science du droit.

- 14 Dans le sillage des germanistes, Durkheim et Gierke donnent des clés pour comprendre le fossé qui sépare la philosophie politique et le droit privé. Selon eux, en identifiant la politique et l'étatique, la théorie du contrat social a contribué à consolider, face au droit public, un droit privé dépolitisé. Comme Gierke le montre dans « La fonction sociale du droit privé » (1890), cinquante ans avant Polanyi, la théorie du contrat social et la doctrine civiliste se sont aussi combinées aux idées des économistes « manchestériens ». Cette alliance a eu pour effet d'accélérer la marchandisation de la terre et du travail, alors que la terre et le travail « ne sont pas des marchandises¹⁴ ».
- 15 Une lecture attentive montre que ce n'est pas seulement en tant que pourvoyeuse d'une axiomatique individualiste que les juristes et les sociologues du moment 1900 critiquent la philosophie politique moderne. À bien y regarder, ils incriminent aussi la philosophie parce qu'elle valorise d'une façon inadéquate la communauté de biens. Elle le fait d'une façon abstraite, ce qui ne l'empêche nullement de retourner sa veste sur le terrain juridique, et de l'y exclure. Dans le sillage du christianisme en effet, les théories du droit naturel moderne postulent qu'à l'origine, les ressources de la terre appartiennent à l'humanité entière. Le problème est qu'elles interprètent la communauté originaire des biens comme une « communauté négative », ou comme une non-propriété. Elles confinent les formes du commun à la sphère de l'inappropriable (l'air, la mer) alors que l'essentiel est de se servir du schème du commun pour construire la propriété, et par conséquent, d'appliquer ce schème à la terre et à la propriété d'entreprise afin de construire des « communautés positives de biens¹⁵ ».
- 16 Dans cette perspective, l'axiomatique individualiste de la philosophie politique n'est pas le seul problème. Le problème le plus épineux est que cet individualisme s'accompagne toujours aussi d'un discours sur la communauté de biens. Celui-ci se déploie tout de même, mais découplé de toute recherche des formes juridiques concrètes que cette communauté peut prendre.
- 17 En somme, pour Durkheim et Gierke, la conception philosophique, qui pense l'appropriation privative comme un prélèvement individuel sur un commun indifférencié a pavé la voie à deux discours qui s'alimentent l'un l'autre : le discours sur l'abolition de la propriété privée et la défense de la propriété exclusive¹⁶. Le programme marxiste de collectivisation des moyens de production et le programme libéral qui sanctuarise la propriété privée s'emboîtent. Dans ces programmes, seul le titulaire du droit de propriété diffère, non la structure de ce droit. La propriété est conçue dans les deux cas comme un droit absolu.

Usages de la catégorie du commun

- 18 Membre, lui aussi, du *Verein für Socialpolitik*, Max Weber met en lumière les conditions communautaires de l'appropriation dans sa sociologie¹⁷. Il conçoit la propriété privée libre comme la limite extrême d'un processus d'appropriation qui est, à l'origine, toujours celui de communautés déterminées. Mais quand il prend position, en 1895, dans le débat provoqué par la publication du premier projet du BGB, jugé antisocial par beaucoup, ce n'est pas pour mettre l'accent sur l'opposition de la propriété commune et de la propriété individuelle. C'est pour souligner qu'il y a deux façons de valoriser les communs, dont une lui semble idéologique.

- 19 Max Weber oppose, en 1895, les « réformistes sociaux sobres » (*nüchterne Sozialpolitiker*) à « la troupe, pas si petite que cela, des germanistes populaires des bois et des prairies », les « philanthropes du *Deutscher Bund für Bodenbesitzreform* » qui veulent étatiser la propriété du sol et qui croient « au caractère absolument central de leur petite idée¹⁸ ». Il distingue « la critique sérieuse des formes juridiques, notamment la critique du premier projet du Code civil qui a été effectuée par des germanistes de renom dont l'excellence scientifique est avérée » et l'activité des « fanatiques sectaires¹⁹ » qui n'ont fait que fournir leur rhétorique aux junkers, aux agrariens et aux nationalistes²⁰.
- 20 On sait que Max Weber s'est distancé de l'opposition entre « communauté » et « société » que campe Tönnies dans son livre classique (*Communauté et société*, 1887), qu'il juge trop massive et unilatérale. Plutôt que d'opposer les liens organiques communautaires à l'utilitarisme des individus qui contractent – le holisme et l'individualisme –, Weber trace la voie d'un *individualisme holiste*. Il part de l'idée qu'il existe une action réciproque entre l'individualisation et la communautisation. Il propose une conception sociologique des droits subjectifs²¹ qui permet d'affirmer l'importance des droits subjectifs individuels et de leur défense, tout en se montrant attentif aux conditions sociales de l'individualisation.
- 21 L'individualisme holiste de Weber épouse les présupposés de ceux qui ont forgé le droit social à son époque, dont il était proche, et dont il vante, dans le texte susmentionné, le travail critique mené sur le terrain du droit privé²². Sur ce point, il épouse les présupposés de Gierke, le père du droit social allemand. Gierke avait deux casquettes : historien du droit et privatiste. Tönnies reproche à Gierke d'être romantique, car il ne prend en compte que son histoire du droit dans laquelle il magnifie la propriété commune germanique²³. Weber voit au contraire en Gierke un réformateur sérieux, car il prend en compte ses travaux de privatiste. En tant que privatiste, Gierke a compris qu'il lui fallait abandonner l'opposition rigide entre droit romain individualiste et droit germanique communautaire qui commandait ses travaux d'historien du droit²⁴. Cette opposition devient dogmatique à ses propres yeux quand il s'agit de construire le droit social moderne²⁵. Les tentatives qui visent à redonner vie à la communauté en combattant l'individualisme lui semblent, à lui aussi, purement réactives et romantiques²⁶.
- 22 Gierke et Max Weber étaient convaincus que si l'on veut transformer la société entière et non se contenter de former des petites communautés intentionnelles à l'écart de l'État et du marché, il faut trouver un moyen de greffer du commun sur l'individualisme des droits. Ce n'est donc pas un hasard si les deux ont pris comme paradigme, l'un de sa conception du droit social, l'autre de sa conception sociologique des droits, la ville médiévale plutôt que les communaux des campagnes²⁷. Tönnies considérait que c'est avant tout dans la famille, dans le voisinage et dans le village que la communauté s'incarne. Pour Gierke et Weber en revanche, la ville médiévale est le modèle duquel il convient de partir pour penser le social du droit parce qu'elle représente une rupture avec la logique des ordres de l'Ancien Régime et qu'elle initie la reconfiguration du commun sur la base des droits individuels émergents.
- 23 Actuellement, le droit privé demeure plutôt un inconnu pour la philosophie politique. La littérature récente sur le commun donne parfois l'impression que l'on assiste à des retrouvailles hâtives, après une longue séparation, entre la philosophie politique et l'histoire du droit. Ces retrouvailles trahissent un certain manque de familiarité malgré

l'enthousiasme. Il semble que l'on oscille entre un historicisme touffu qui tend à présenter les communaux ruraux comme le modèle de « la révolution au XXI^e siècle » et l'idée qu'il n'y a pas de ressources juridiques mobilisables en Occident pour dépasser le dualisme entre la propriété privée absolue et l'État souverain, et qu'il faudrait tout créer à partir de rien²⁸.

- 24 Les théories du moment 1900 nous enseignent un usage plus sobre de la catégorie du commun. Alors qu'il est devenu courant de défendre le droit social en invoquant la solidarité ou la communauté et en incriminant le libéralisme et l'individualisme des droits, elles nous rappellent que l'antithèse entre communauté et individu ne suffit pas à briser la logique de l'exclusivisme propriétaire. Elles nous montrent qu'il y a *plusieurs* programmes de réintroduction du commun, dont certains sont problématiques et ont peu de chances d'atteindre leurs objectifs.
- 25 Le problème est qu'il y a une manière de défendre le droit social au nom de la communauté qui nous reconduit vers le nationalisme²⁹. Les pouvoirs du capitalisme s'accommodent très bien de l'anthropologie anti-utilitariste qui veut adjoindre une pensée communautaire à la socialisation du marché. Ils font très bon ménage avec le conservatisme social, notamment avec la critique de la « pensée 1968 », pour laquelle la religion, la tradition et la nation sont censées devenir les correctifs d'une anthropologie de l'homme mondialisé. C'est pourquoi l'alternative entre l'idéologie individualiste et l'idéologie communautaire est insuffisante : elle ne permet pas de dépasser l'opposition entre mondialisation libérale et nationalisme protecteur, opposition qui n'est que de façade dans la conjoncture politique qui est la nôtre, où néolibéralisme et nationalisme s'alimentent l'un l'autre.
- 26 Il n'est pas certain qu'actuellement, la critique du paradigme utilitariste constitue une véritable alternative, dans les sciences sociales, à la « constitutionnalisation du marché ». Il se pourrait que cette critique soit l'autre versant de la même médaille. En dépit de ce que pensent les collaborateurs de la *Revue du Mauss* quand ils se réapproprient la pensée de Polanyi³⁰, le royaume du don ne s'opposera jamais à la république de l'échange. Stigmatiser le mobile individuel du gain conduit à ériger une morale plutôt qu'une politique. Il n'y a pas d'un côté la marchandisation de toutes les sphères de la vie sociale et de l'autre une résistance sociale ou communautaire entièrement positive dans ses effets. Les auteurs du moment 1900 nous rappellent que les choses sont plus complexes.
- 27 Ils nous invitent en particulier à nous demander *quelle traduction juridique* on donne à la valorisation du commun. À l'heure où certains disent qu'il faut choisir entre liberté et écologie (et instaurer par exemple un « état d'urgence climatique »), à l'heure aussi où la pensée néolibérale affirme qu'il faut choisir entre justice sociale et liberté, la *technique juridique* s'avère être une mine dans laquelle nous pourrions puiser. La mutation sociale du droit n'a-t-elle pas reposé sur l'invention de techniques permettant de concilier l'État de droit et les fins sociales ?
- 28 Les fondateurs du droit social nous rappellent que le droit subjectif est une *technique* qui permet d'*enchevêtrer* droits de l'individu et droits des collectifs. Ils nous rappellent que loin d'être le droit de l'individu moderne « narcissique » et « libre de toute attache », le droit subjectif est séparable d'une anthropologie individualiste et utilitariste. S'il est une technique d'imputation de droits et de responsabilités, on peut tout à fait l'appliquer aux collectifs. Ce constat a été décisif dans l'invention du droit social, comme le rappelle Thomas Berns dans ce dossier³¹.

- 29 Ainsi, en entrant sur le terrain du droit, on trouve une série d'instruments qui permettent de réfuter l'opposition trop facile entre communauté et individualisme. La critique antimoderne qui met sur le même plan le recours à une grossesse extra-utérine dans un pays étranger et l'évasion fiscale des multinationales, et qui y voit deux illustrations de la dégradation *morale* sur laquelle repose la « religion du marché », se voit contrecarrée.

Solidarité ou commun ? Deux concepts de propriété sociale

- 30 Les théories contemporaines du commun se focalisent souvent sur la tradition et la littérature anglaises. On lit parfois que le terme anglais *commons* est peu traduisible dans les autres langues européennes³². En réalité, non seulement la langue allemande, comme d'autres langues européennes, dispose de plusieurs mots pour désigner les *commons* (*Allmende*, *Gemeingüter*, *Gemeindemark*), mais la doctrine juridique allemande, depuis le XIX^e siècle, traite de la question des biens communs avec une certaine virtuosité.
- 31 Intégrer la théorie allemande au débat contemporain présente des avantages : d'une part, comme l'écrivait Maitland, c'est parfois vers elle qu'il faut se tourner pour comprendre la pratique des Anglais³³ ; d'autre part, on comprend mal l'ordolibéralisme allemand, dont le legs est central aujourd'hui, si l'on ne fait pas entrer dans le tableau la variante allemande du droit social contre laquelle il luttait aussi ; enfin, les auteurs allemands permettent de poser avec acuité la question de l'articulation de la valorisation des communs et de la transformation de la société entière.
- 32 En France, le droit social a tourné autour de l'idée de solidarité, alors qu'en Allemagne, cette idée n'a joué aucun rôle dans l'émergence de l'État social. Est-ce autour de l'idée de *communauté* que le droit social allemand s'est constitué depuis la fin du XIX^e siècle, comme l'affirme Alain Supiot (*Critique du droit du travail*, 2007) ? Peut-on dire que la tradition française du droit social est centrée sur le principe de l'égalité devant la loi, d'une égalité que le droit social doit rendre effective, alors que la tradition allemande est centrée sur le paradigme communautaire, lequel serait indissociable des droits collectifs (*Kollektivrechte*³⁴) ? Cette vision des choses est répandue. Elle n'est pas réfutée par les philosophes de l'École de Francfort (Jürgen Habermas, Axel Honneth) qui préfèrent repartir de Fichte et de Hegel pour reconstruire les fondements théoriques du droit social, précisément parce qu'ils ne remettent pas en cause l'idée selon laquelle c'est sous la sulfureuse catégorie de *Gemeinschaft* qu'il faut subsumer l'œuvre des fondateurs réels (les socialistes de la chaire), même si les historiens du droit comme Franz Wieacker et Michael Stolleis ont montré que c'était un contresens de faire d'eux la source du discours sur la *Gemeinschaft* des nazis³⁵. Le problème est qu'ainsi, on laisse se répandre l'idée fautive, lancée par les ordolibéraux et les conservateurs des années 1930, renouvelée après 1945, selon laquelle les socialistes de la chaire auraient mis sur pied un droit social incompatible avec l'État de droit et menant directement aux droits corporatifs promus par les nazis. L'argument selon lequel les statuts du droit social équivalent à des privilèges vient d'ailleurs des ordolibéraux et des conservateurs des années 1930.

- 33 Il y a de bonnes raisons de penser que le modèle allemand du droit social a en fait pour noyau l'idée de commun plutôt que l'idée de communauté³⁶. Je vais tenter d'expliquer pourquoi en comparant les concepts de propriété sociale des solidaristes et des socialistes de la chaire.
- 34 Les solidaristes et les socialistes de la chaire adoptent des positions très proches³⁷. Ils tracent une voie médiane entre la collectivisation des marxistes et la propriété privée des libre-échangistes. Loin de vouloir supprimer la propriété privée, ils veulent en généraliser l'accès en protégeant la petite et la moyenne propriété (paysanne et ouvrière). Mais ce que l'on souligne plus rarement, c'est que leurs concepts de propriété sociale diffèrent.
- 35 Cette différence semble avoir quelque chose à voir avec le fait qu'en France le droit social est né d'un dialogue entre juristes et sociologues, alors qu'en Allemagne, il est né d'un dialogue entre juristes, sociologues *et économistes*. La dichotomie du social et de l'économique, très ancrée dans la culture politique française (et redoublée par la dichotomie de l'économie sociale et solidaire et de l'économie de marché), est quasiment absente en Allemagne, où la notion d'« économie sociale de marché » a été structurante. Forcée après-guerre par les ordolibéraux et leurs compagnons de route (Alfred Müller-Armack, Ludwig Erhard), la formule d'« économie sociale de marché » s'applique au fond déjà très bien aux théories des socialistes de la chaire, et l'on peut dire qu'elle prend racine au XIX^e siècle.
- 36 Pour être exact, ce n'est pas un concept de « propriété sociale » que les socialistes de la chaire élaborent. À la différence des solidaristes (Fouillée, 1884), ils forgent un « concept social de propriété » (*ein sozialer Eigentumsbegriff*³⁸). Ce dernier se confond avec l'idée de « propriété socialement liée » (« *sozialgebundenes Eigentum* », Gurvitch traduit : « propriété intérieurement liée³⁹ »).
- 37 Quelle est la différence entre le concept de « propriété sociale » des solidaristes et le « concept social de propriété » des socialistes de la chaire ? Fouillée définit la propriété sociale comme un « minimum de propriété essentielle » que l'État garantit à tout citoyen⁴⁰. Pour les solidaristes, la propriété sociale est le dispositif par lequel la propriété privée est soumise à des mécanismes de redistribution, au nom du principe de solidarité, par le biais de l'assurance obligatoire, des cotisations sociales, de l'impôt progressif et grâce aux services publics. La propriété sociale est « un analogon de la propriété pour les non-propriétaires, qui s'obtient non plus par la possession d'un patrimoine, mais par l'entrée dans des systèmes de protections⁴¹ ».
- 38 Ce n'est pas un hasard si les fondateurs allemands du droit social (Schmoller, Wagner, Gierke) rechignent à employer l'expression de « propriété sociale ». Comme l'explique Jhering, du point de vue juridique, ce que les solidaristes appellent « propriété sociale » n'est pas à proprement parler un droit de propriété. C'est l'affectation d'une chose aux besoins du public ou de la société, c'est-à-dire un droit d'usage commun⁴². Or, ce que les socialistes de la chaire placent au cœur de leur projet, c'est la reconfiguration du droit de propriété au sens strict. Le droit privé et le droit constitutionnel sont les deux points d'ancrage de leur projet. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles ils peuvent être vus comme des prédécesseurs des expériences faites récemment en Amérique latine et avec la Commission Rodotà, en Italie, visant à faire plus de place aux biens communs.

- 39 Le « concept social de propriété » des socialistes de la chaire ne renvoie pas aux salaires indirects de la protection sociale, autrement dit à un interventionnisme d'État qui vient compenser les inégalités du marché en prélevant une part des biens privés pour les affecter aux besoins du public (modèle prestationniste). Schmoller et ses collègues conçoivent la société comme un ensemble de groupes organisés dont les rapports sont asymétriques. Selon eux, la tâche de l'État consiste à rééquilibrer ces rapports, mais de façon médiata seulement : en établissant une règle du jeu constituée en grande partie par le droit privé.
- 40 Le droit privé doit favoriser les plus faibles (le locataire par rapport au propriétaire, le salarié par rapport à l'employeur, etc.) et obliger les collectifs à se démocratiser. Pour les socialistes de la chaire, le droit social n'est pas une branche déterminée du droit (droit de la sécurité sociale, droit du travail, etc.). Il coïncide plutôt avec un principe général, qui consiste à partir de la définition transindividuelle du sujet, et à considérer les sujets comme des membres de collectifs divers, à la différence du « droit individuel », lequel part des individus isolés, les prend comme des totalités, et construit entre eux des relations de coordination (ou contractuelles).
- 41 Une telle définition du droit social anticipe le mouvement historique d'éclatement de l'unité classique du droit civil en plusieurs branches (droit économique, droit syndical, droit du travail, etc.) qui eut lieu au début du xx^e siècle. Elle exige de construire, pour les collectifs, des catégories de volonté, de propriété, de responsabilité et de représentation qui n'ont pas leur équivalent dans le droit individuel⁴³.
- 42 Répétons-le : cela ne suppose pas d'exclure les droits individuels, bien au contraire. Le but est de greffer les droits collectifs sur les droits individuels, dans des constructions complexes qui enchevêtrent l'individuel et le social. La catégorie de *Genossenschaft* mise en avant par l'École historique a servi à cela : elle a visé à réaliser l'immanence de la pluralité à l'unité, à dépasser l'alternative ruineuse entre l'individualisme pur et le holisme destructeur de l'individualité, alternative attachée, selon les germanistes de l'École historique, au doublet *societas/universitas* du droit romain. De même, le modèle de la propriété en main commune (*gesamte Hand*) a visé à dépasser l'alternative « romaine » entre simple copropriété et indivision.
- 43 Les socialistes de la chaire auraient trouvé aberrantes les décisions récentes de la Cour suprême américaine qui défendent les « droits fondamentaux » des entreprises, comme si elles étaient des individus réels, et qui défendent, par ce biais, le secret des affaires ou le droit des entreprises de financer autant qu'elles veulent les partis politiques⁴⁴. La définition du droit social qu'ils proposent coupe l'herbe sous le pied à un tel anthropomorphisme.
- 44 La voie qu'ils empruntent est celle de la *politisation du droit privé*, non celle de la *fondamentalisation des droits sociaux*. Sous Weimar, on retrouve cette conception à l'arrière-plan des deux projets antagoniques : le projet de « démocratie économique » des juristes sociaux-démocrates (Hugo Sinzheimer, 1920), et le projet de la « société du droit privé » des ordolibéraux (Franz Böhm, 1966). « La fonction sociale du droit privé » dégagée au xix^e siècle par Gierke (1890) est le soubassement des deux, la base à partir de laquelle les sociaux-démocrates de Weimar et les ordolibéraux ont fait varier la teneur sociale du droit. Les ordolibéraux ont certes entrepris de dé-démocratiser ce que les pères du droit du travail avaient commencé à démocratiser (l'économie), mais leur soustraction n'a pas été complète. Ils ont maintenu le principe de subsidiarité, le

principe de l'économie décentralisée, soit une variante de la valorisation du commun, qui venait de l'École historique⁴⁵.

- 45 Une fois qu'on a dit cela, on comprend mieux ce qu'a d'insatisfaisant l'interprétation d'Alain Supiot qui veut que ce soit l'idée de communauté qui joue un rôle équivalent, dans le modèle rhénan, au rôle que joue l'idée de solidarité dans le droit social français. Selon Alain Supiot, on aurait d'un côté le modèle français régi par le principe de l'égalité devant la loi, de l'autre, le droit social allemand et son paradigme communautaire⁴⁶. L'ambiguïté de ce dernier aurait été confirmée par l'histoire du xx^e siècle, puisque ce droit a fluctué, on le sait, entre des variantes démocratiques et des variantes autoritaires⁴⁷.
- 46 L'embêtant est qu'en opposant la « communauté » du droit social allemand à l'« égalité » du modèle républicain, on reprend l'argument qui a servi aux ordolibéraux et aux conservateurs à déconstruire le premier. Dès les années 1930, les ordolibéraux et les conservateurs ne se sont pas privés d'affirmer que les droits collectifs menaient à un pluralisme juridique néoféodal, à un marché du droit anarchique, et au darwinisme social⁴⁸.
- 47 La pensée française se plaît à rapporter la pensée allemande aux idées d'« autorité » et de « communauté »⁴⁹. Mais, ce faisant, elle se conforte elle-même⁵⁰. En réalité, le modèle rhénan intègre le principe de l'égalité devant la loi. Il part d'une conception transindividuelle du sujet de droit, sans cesser de placer le sujet de droit individuel au fondement du système juridique. Il est donc plus juste de dire que l'idée qui se trouve au cœur du modèle allemand est moins l'idée de communauté que l'idée de commun. C'est celle de *liberté limitée*.
- 48 Parmi les juristes français qui se sont servis du modèle de la propriété germanique pour socialiser la propriété du Code civil, Saleilles⁵¹ est le juriste qui est le mieux à même de nous le rappeler.
- 49 Au moment où Hauriou dessinait les contours d'un État social prestationniste, Saleilles concevait un autre projet. Maître du droit comparé, il est allé aussi loin dans la direction de la conception sociale de la propriété des Allemands que le droit français le permettait.
- 50 Aux yeux de Saleilles, la loi de 1901 légalise l'association sous une forme qui la rend impuissante. Le droit français condamne les associations à vivre sur les cotisations des premiers associés, ce qui les force, note-t-il, à « se fonder sur une caisse vide » et « rend à peu près inutile, sous le côté pratique, toute la loi de 1901⁵² ». Saleilles veut que quelque chose de la fondation passe aux associations, afin de mieux les doter financièrement et d'en faire de véritables puissances sociales et économiques. Hostile au collectivisme et à l'extension excessive du pouvoir de l'État, il sent les possibilités immenses de l'usage social de richesses privées. L'enjeu pour lui est d'attribuer au droit privé une mission de droit public.
- 51 Bien que ses efforts aient connu des résultats modestes sur le plan du droit positif, ils ont une valeur heuristique pour nous. Ils permettent de saisir de façon juste la différence entre les cultures juridiques allemandes et de souligner l'actualité du modèle allemand dans l'ordre global actuel où l'État n'est plus le seul à produire la norme juridique.
- 52 Saleilles s'est appuyé sur l'idée de patrimoine d'affectation de Brinz et sur le modèle allemand de la fondation (*Stiftung*) pour promouvoir la fonction sociale de la propriété.

Ce faisant, il a fait subir une torsion au modèle allemand afin de l'adapter à la culture juridique française et à la séparation stricte qu'elle érige entre droit privé et droit public. Il est remarquable, en effet, que le juriste français soit allé jusqu'à faire de la fondation le paradigme de la propriété sociale elle-même⁵³, ce que les juristes allemands n'ont pas fait. Si, en Allemagne, les fondations fleurissent, elles n'ont pas été transformées en paradigme analytique par les théoriciens du droit social. Le « concept social de propriété » l'interdisait : dès lors qu'il s'agissait de donner une teneur sociale au droit de propriété en concevant ce droit comme une liberté limitée (modèle du commun⁵⁴), il n'était pas possible de prendre la fondation pour modèle de la propriété sociale⁵⁵. Si la fondation a pu devenir le paradigme de la propriété sociale sous la plume de Saleilles, c'est qu'en France la propriété sociale était conçue comme l'affectation aux besoins de la société de choses soustraites à l'appropriation privée (modèle de la solidarité), et non comme une propriété privée limitée (modèle du commun).

- 53 Vu au prisme du droit comparé, le modèle rhénan du droit social ne consiste pas exactement à faire plus de place à la propriété communautaire à côté de la propriété individuelle, contrairement à ce qu'on lit souvent. Il ne conduit pas seulement à pluraliser les régimes de propriété, en ajoutant des formes de propriété collective (coopérative, copropriété des immeubles bâtis, etc.) à la propriété exclusive, même si c'est ce qu'il est devenu en France après que Josserand, Hauriou et Saleilles ont voulu l'importer. Il consiste plutôt à déjouer l'opposition du privé et du social, du social et de l'économique. Il défait la coïncidence entre le privatif et l'exclusif. Par rapport aux mécanismes redistributifs qui opèrent des transferts entre propriétaires, il s'attaque à la structure même de la propriété en repartant du Code civil.
- 54 On l'aura compris, pour les fondateurs allemands du droit social, la valorisation du commun *contre* le privé ne suffit pas à briser la logique antisociale du capitalisme. Grâce à leur modèle de la propriété en main commune (*gesamte Hand*), qui correspond peu ou prou aux théories actuelles du faisceau de droit, Schmoller, Wagner et von Gierke s'attachent à construire juridiquement les formes de la propriété limitée. Ils appliquent la forme de la main commune médiévale à la propriété d'entreprise, partant du constat que la propriété capitaliste est déjà commune. Il s'agit moins pour eux de créer de toutes pièces de nouveaux communs, que de démocratiser la propriété d'entreprise, autoritaire et paternaliste, et de reconfigurer les sociétés par actions en y repensant le partage des biens et de la décision. Dans la perspective qui est la leur, la propriété sociale telle que la conçoit Fouillée apparaît comme un simple correctif à la propriété privée. De même qu'un État-providence qui ne serait « qu'une société d'assurance pour la liberté et la propriété de l'individu⁵⁶ ». L'État-providence prestationniste s'apparente trop, selon eux, à un « droit de nécessité », dont la rupture avec l'ancien droit des pauvres est mal consommée.

Conclusion

- 55 Comme on a tenté de le montrer dans cette étude, on peut penser que le droit social allemand obéit au paradigme du commun plutôt qu'au paradigme communautaire, puisqu'il respecte autant que le modèle français le principe de l'égalité devant la loi et que la façon dont il construit les droits collectifs invite à le penser.
- 56 Le déplacement peut paraître minime. Pourtant, ainsi réévalué, le projet des fondateurs allemands du droit social apparaît sous un jour différent et devient un modèle possible

dans une conjoncture globale où l'État perd toujours plus sa position de Léviathan : fermement arrimé aux principes de l'État de droit, et débouchant non pas sur les droits corporatifs du national-socialisme (qui ont détruit le syndicalisme) mais sur deux points majeurs consacrés par la Constitution de Weimar : le principe selon lequel « la propriété oblige » (art. 153) et le projet de démocratie économique (art. 165).

- 57 Ce projet apparaît moins inoffensif que ne l'ont dit les marxistes durant la première moitié du xx^e siècle. Une telle réévaluation permet de comprendre pourquoi, aujourd'hui, la sociologue Isabelle Ferreras ou l'économiste Thomas Piketty se réclament de la redéfinition de la propriété et du projet de démocratie économique auxquels il a mené⁵⁷.

NOTES

1. Karl Polanyi, « La liberté dans une société complexe », in Karl Polanyi, *Essais*, Paris, Le Seuil, 2008, p. 552. Dans le même texte, Polanyi prône une « extension de l'Habeas Corpus à l'industrie », p. 555.

2. C'est la perspective développée par Bruno Karsenti et Cyril Lemieux dans *Socialisme et sociologie* (Paris, Éditions de l'EHESS, 2017), dans laquelle je m'inscris pleinement. Bruno Karsenti et Cyril Lemieux proposent un usage de la pensée de Karl Polanyi qui prend le contrepied de la lecture qui en est souvent faite aujourd'hui.

3. Comme le montrent Wilhelm Hennis et Giacomo Marramao, Habermas coupe la pensée de Max Weber de ses racines allemandes, de Tönnies en particulier, car il veut prendre ses distances vis-à-vis du thème de la *Gemeinschaft* qui avait été instrumentalisé par les nazis. Voir Wilhelm Hennis, *La problématique de Max Weber*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 ; Giacomo Marramao, « Le Weber tronqué de l'École de Francfort », in Giacomo Marramao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Turin, Bollati Boringhieri, 2000, p. 127 sq. Il est révélateur qu'Habermas soit ainsi conduit à rester vague sur la genèse du droit social allemand. Dans *Droit et démocratie* (1992), c'est à Franz Wieacker qu'il attribue la paternité de la mutation sociale du droit, alors que Wieacker n'est que l'historien de ce moment. Voir Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, p. 416 sq. De même, dans « Droit naturel et révolution » (1963), Habermas distingue deux grandes conceptions de la société civile : l'anglaise qui mène à la défense du libéralisme et la française, républicaine, qui mène via Durkheim à l'État social, sans dire un mot de la tradition allemande du droit social, du legs de l'École historique du droit et des « socialistes de la chaire ». Jürgen Habermas, « Naturrecht und Revolution », in Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, Berlin, Luchterhand, 1963, p. 52-88.

4. Voir Georges Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social : histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

5. Voir Sandrine Kott, *L'État social allemand. Représentations et pratiques*, Paris, Belin, coll. « Temps présents », 1995.

6. Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2017.

7. Antonio Negri et Michael Hardt, *Commonwealth*, Paris, Folio Essais, 2014.

8. Pierre Dardot, Christian Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

9. Catherine Colliot-Thélène, Postface aux *Communautés* de Max Weber, trad. de Catherine Colliot-Thélène et Elisabeth Kaufmann, Paris, La Découverte, 2019, p. 272-273. Dans *Le commun de la liberté* (Paris, Presses universitaires de France, 2022, p. 22) Catherine Colliot-Thélène reproche à la théorie contemporaine du commun de n'être qu'un double inversé du néolibéralisme qui mine les solidarités communautaires.
10. Catherine Colliot-Thélène, Postface aux *Communautés* de Max Weber, *op. cit.*, p. 284.
11. C'est cette imbrication que Michele Spanò appelle dans ce dossier la « topologie des modernes », Michele Spanò « Par-delà le droit subjectif. Le droit civil et la politique des modernes », *Droit et Cultures*, n° 88, 2025/1, 2025.
12. Voir Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 414-415.
13. Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2015, p. 143 sq ; Otto von Gierke, *Althusius et le développement des théories politiques du droit naturel*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », 2021.
14. Voir Otto von Gierke, « Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes », [1893], in Wolfgang Pöggeler (dir.), *Aufsätze und kleinere Monographien*, vol. 2, Hildesheim, Olms-Weidmann, 2001, p. 661 ; Otto von Gierke, « Dauernde Schuldverhältnisse », [1914], in Wolfgang Pöggeler (dir.), *op. cit.*, p. 941. « Qu'un morceau de notre planète puisse appartenir à un individu de la même manière qu'un parapluie ou qu'un billet de banque, du point de vue culturel, c'est une aberration », Otto von Gierke, « Die soziale Aufgabe des Privatrechts », [1890], in Wolfgang Pöggeler (dir.), *op. cit.*, p. 620.
15. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, [1913], vol. 4, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954, p. 388-389.
16. *Ibid.*, p. 410.
17. Voir Max Weber, *Les communautés*, *op. cit.*
18. Max Weber, « Römisches und Deutsches Recht », [1895], in *Max Weber Gesamtausgabe*, I/4, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 526.
19. *Ibid.*, p. 532.
20. Sur ce point, voir Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, Clarendon Press, 1989 et James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton, Princeton University Press, 1990, en particulier le chapitre 5, p. 151-199.
21. Dans le chapitre 2 de la *Sociologie du droit* de Max Weber (traduction française par Jacques Grosclaude, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Recherches politiques », 1986).
22. Max Weber, « Römisches und Deutsches Recht », *op. cit.*, p. 531. Que ce soit à Gierke que Weber pense quand il mentionne « la critique sérieuse des formes juridiques, notamment la critique du premier projet du Code civil qui a été effectuée par des germanistes de renom dont l'excellence scientifique est avérée », une lettre qu'il adresse à Georg von Below le confirme. Lettre à Georg von Below du 23 août 1905, in *Max Weber Gesamtausgabe*, II/4, *Briefe 1903-1905*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 534-537.
23. Lettre de Ferdinand Tönnies à Carl Schmitt datée du 18 juillet 1930, « Ferdinand Tönnies-Carl Schmitt : correspondance (1924-1930) », in *Cahiers de philosophie de l'Université de Caen*, n° 58, Presses universitaires de Caen, 2021, p. 168-169, DOI : <https://doi.org/10.4000/cpuc.1680>.
24. Otto von Gierke, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, in Franz von Holtzendorff (dir.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Munich et Leipzig, Duncker & Humblot, 7^e éd., 1915, p. 181.
25. « Nous ne devons jamais oublier que toute notre pensée juridique est formée par le droit romain, que nous devons aux Romains des conquêtes irremplaçables en matière de méthode, de système et de certaines catégories de concepts. [...] Il faut faire sa part à l'esprit moderne et ne pas appréhender la réalité avec des concepts scolaires trop étroits. Cela vaut pour le regard que

nous devons porter sur le BGB », Otto von Gierke, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 181.

26. Gierke est un théoricien du droit subjectif contrairement à ce qu'écrit Caroula Argyriadis-Kervégan dans « Droits subjectifs et théories holistes de la société. Althusius, Gierke, Duguit », in Olivier Beaud, Catherine Colliot-Thélène, Jean-François Kervégan (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », 2019.

27. Voir Max Weber, *La ville*, [1911-1914], éd. et trad. Aurélien Berlan, Paris, La Découverte, coll. « Politique & sociétés », 2014 et Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, [1873], vol. 2, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954 (dont le chapitre 4, p. 573-828, est le traité sur la ville de Gierke).

28. Serge Gutwirth et Isabelle Stengers, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », *Revue juridique de l'environnement*, n° 41, 2016/2, 2016, p. 327.

29. Sur le « chauvinisme du Welfare », voir Marion Dupont « À l'extrême droite, un autre point de vue sur l'Europe », *Le Monde*, 1^{er} juin 2024, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2024/05/31/a-l-extreme-droite-un-autre-point-de-vue-sur-l-europe_6236603_3232.html], consulté le 13 octobre 2025.

30. Voir Alain Caillé et Jean-Louis Laville, « Postface », aux *Essais* de Karl Polanyi, *op. cit.*, p. 565 sq.

31. Thomas Berns, « Les fictions du commun », *Droit et Culture*, n° 88, 2025/1, 2025.

32. Serge Gutwirth et Isabelle Stengers, *op. cit.*, p. 312, note 17.

33. Voir Frederic William Maitland, « Introduction », [1900], à Otto von Gierke, *Les théories politiques du Moyen Âge*, [1881], trad. Jean de Pange, préface Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2008. Le parcours du juriste Otto Kahn-Freund illustre cette idée : après avoir émigré au Royaume-Uni, le juriste allemand est le premier à avoir forgé la théorie du droit du travail anglais.

34. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige - Essais, débats », 2007, p. 134 sq.

35. Franz Wieacker et Michael Stolleis critiquent la thèse selon laquelle Gierke aurait été un précurseur du nazisme. Angelo Bolaffi qualifie cette idée de « légende ». Voir Michael Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994, p. 64, p. 89 sq., p. 111 ; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 453-448 ; Angelo Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Rome, Donzelli Editore, 2002, p. 154, note 13. Angelo Bolaffi rappelle que certains juristes nazis (Scheuner, Merk, Tatarin-Tarnheyden) ont instrumentalisé la pensée de Gierke pour magnifier le « droit germanique », mais que d'autres l'ont critiquée en raison de son libéralisme, notamment Carl Schmitt, Ernst Forsthoff et Reinhard Höhn.

36. Je me permets de renvoyer à Céline Jouin, *Le marché du droit. Droit social et capitalisme chez Otto von Gierke*, Paris, Classiques Garnier, coll. « PolitiqueS », 2025.

37. Voir Serge Audier, *La pensée solidariste. Aux sources du modèle social républicain*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 4.

38. Albert Janssen, « Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriffs », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milan, Giuffrè, n° 5/6, 1976-1977, p. 549-585.

39. Voir Georges Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 164.

40. Alfred Fouillée, *La propriété sociale et la démocratie*, Paris, Hachette, 1884, p. 148 ; Mikhaïl Xifaras, « Propriété sociale », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld, *op. cit.*, p. 1089.

41. Robert Castel, Claudine Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Paris, Fayard, 2001, p. 73.

42. Rudolf von Jhering, *L'évolution du droit [Der Zweck im Recht]*, trad. Octave de Meulenaere, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1901, p. 310.

43. Gierke oppose le droit social au droit individuel et il souligne que cette distinction ne recoupe pas la distinction du droit public et du droit privé. Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, p. 177-178.
44. Sur les décisions de la Cour suprême des États-Unis, voir : [<https://multinationales.org/fr/actualites/grace-a-la-cour-supreme-les-entreprises-ont-davantage-de-droits>], consulté le 10 octobre 2025.
45. Voir par exemple Franz Böhm, « Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung », *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 1, 1946/1, 1946, p. 141-149, repris in Franz Böhm, *Reden und Schriften*, Müller, Karlsruhe, 1960, p. 54-55.
46. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 134 sq.
47. Alain Supiot, *Le droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2004, p. 21.
48. Voir Franz Böhm, Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth, « Unsere Aufgabe », [1936], in Nils Goldschmidt, Michael Wohlgemuth (dir.), *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 28 sq.
49. Dans *Le droit ouvrier* (Paris, Armand Colin, 1922), Georges Scelle explique que l'étatisme paternaliste caractérise le droit social allemand, l'organicisme et l'auto-gouvernement le droit anglais, et l'interventionnisme politique le droit français.
50. Voir Jacques Leenhardt, Robert Picht (dir.), *Au jardin des malentendus. Le commerce franco-allemand des idées*, Arles, Actes Sud, 1990.
51. Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau, 1910.
52. *Ibid.*, p. 207.
53. Voir Raymond Saleilles, « Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations », in *Bulletin de la société d'études législatives*, n° 7, 1908, p. 357-422 ; Raymond Saleilles, « Les Piae causae dans le droit de Justinien », in *Mélanges Gérardin*, Paris, Sirey, 1908, p. 513-551 ; Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, op. cit.
54. Selon l'article 153.3 de la Constitution de Weimar repris par l'article 14.2 de la Loi fondamentale de la RFA de 1949, « la propriété oblige » (« *Eigentum verpflichtet* »). Sur la généalogie de ce principe, voir Franz Neumann, « Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung », [1930], in Franz Neumann, *Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1978, p. 57-102.
55. C'est vers Gierke que Saleilles se tourne afin que celui-ci lui explique le rôle que joue la fondation dans le droit allemand. Le juriste de Berlin lui répond par une longue lettre, datée du 29 janvier 1907, que Saleilles a traduite en français. Voir « Lettre de M. le professeur Otto Gierke », in *Bulletin de la société d'études législatives*, n° 6, 1907, trad. Raymond Saleilles, p. 70-76. Mais la fondation n'a jamais eu pour Gierke la centralité que Saleilles lui a accordée. Et pour le juriste allemand, elle n'était pas marquée d'un signe positif, mais d'un signe négatif, étant associée à l'*Anstalt*, au droit canonique, à la verticalité du pouvoir et à la domination. Gierke a d'ailleurs critiqué la liberté des fondations prévue par le premier projet du BGB.
56. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, [1913], vol. 4, op. cit., p. 407.
57. Voir Isabelle Ferreras, « L'entreprise est une entité politique qu'il faut démocratiser ! », *Le Monde*, 11 décembre 2023, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/11/isabelle-ferreras-sociologue-l-entreprise-est-une-entite-politique-qu-il-faut-democratiser_6205127_3232.html], consulté le 10 octobre 2025 ; Thomas Piketty, « Les leçons de la Constitution de Weimar pour aujourd'hui », *Le Monde*, 16 mars 2024, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2024/03/16/thomas-piketty-les-lecons-de-la-constitution-de-weimar-pour-aujourd-hui_6222317_3232.html], consulté le 10 octobre 2025.

RÉSUMÉS

La fortune dont jouit actuellement la catégorie de commun tient autant au discrédit dans lequel sont tombés le communisme et le socialisme qu'à la façon non idéale dont le droit social s'est institutionnalisé au xx^e siècle. Dans ce contexte, la tentation de substituer le paradigme du commun au paradigme du social se fait jour, que ce soit au nom de la critique du « socialisme réel », ou au nom de la critique de « l'État social réel ». Cependant, à vouloir rompre trop vite avec les traditions du socialisme et du droit social, le risque est que la catégorie de commun demeure un simple slogan, qu'elle ne fasse que « répondre à des exigences pseudo-idéalistes visant à satisfaire des valeurs » (Karl Polanyi). Dans cette étude, on rappelle que la genèse du droit social, au tournant du xix^e et du xx^e siècle, en France et en Allemagne, s'est accompagnée d'une redécouverte des formes anciennes de propriété commune. On montre que l'on peut trouver des pistes chez les solidaristes, les durkheimiens et les « socialistes de la chaire » pour politiser la théorie contemporaine du commun, car ces auteurs ont déjà affronté le problème de l'articulation du social et du commun.

The current popularity of the category of the commons stems as much from the discredit into which communism and socialism have fallen as from the less than ideal way in which social law became institutionalised in the 20th century. In this context, there is a temptation to replace the paradigm of the social with that of the common, in the name of criticising whether “real socialism” or “the real welfare state”. However, in seeking to break too quickly with the traditions of socialism and social law, there is a risk that the category of the common will remain a mere slogan, that it will merely ‘respond to pseudo-idealistic demands aimed at satisfying values’ (Karl Polanyi). This study recalls that the emergence of social law at the turn of the 19th and 20th centuries in France and Germany was accompanied by a rediscovery of ancient forms of common property. It shows that we can find clues among the solidarists, the Durkheimians and the ‘socialists of the Chair’ for politicising contemporary theory of the commons. Indeed, these authors have already addressed the problem of the articulation of the social and the common.

INDEX

Mots-clés : communs, droit social, propriété sociale, économie sociale de marché, solidaristes, Durkheim, Gierke, Saleilles, socialistes de la chaire


Keywords : commons, social law, social property, social market economy, solidarists, Durkheim, Gierke, Saleilles, socialists of the Chair

AUTEUR

CÉLINE JOUIN

 IDREF : <https://idref.fr/119972530>

 VIAF : <http://viaf.org/viaf/69252988>

 ISNI : <https://isni.org/isni/0000000081494188>

Céline Jouin est professeure de philosophie politique et de philosophie du droit à Sciences Po Bordeaux et membre du Centre Émile Durkheim. Elle est l'auteure de : *Le retour de la guerre juste. Droit international, idéologie, épistémologie chez Carl Schmitt* (Vrin/EHESS, 2013) et de *Le marché du droit. Droit social et capitalisme chez Otto von Gierke* (Classique Garnier, PhilosophieS, 2025). Ses recherches en cours portent sur les fondements théoriques du droit social et sur les aspects juridiques du néolibéralisme.