HAL
open science

Le principe de subsidiarité, entre terminologie et discours : pistes pour une nouvelle histoire de la formule

Arthur Joyeux

To cite this version:

Arthur Joyeux. Le principe de subsidiarité, entre terminologie et discours : pistes pour une nouvelle histoire de la formule. Linguistique. Université de Franche-Comté, 2016. Français. NNT : 2016BESA1013 . tel-01481952

HAL Id: tel-01481952

https://theses.hal.science/tel-01481952

Submitted on 3 Mar 2017

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.

Université de Bourgogne-Franche-Comté

École doctorale Langages, Espaces, Temps, Sociétés – LETS – 38

Laboratoire ELLIADD

Thèse de doctorat en sciences du langage

Le principe de subsidiarité

Entre terminologie et discours : Pistes pour une nouvelle histoire de la formule

Tome 1

Présentée par Arthur Joyeux

Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bourgogne-Franche-Comté

Discipline : Sciences du Langage

Sous la direction de M. Daniel Lebaud

présentée et soutenue publiquement le 23 mai 2016 devant un jury composé de

Mme Claire OGER	Professeure des Universités (Université de Paris Est Créteil)
Mme Corinne GOBIN	Maître de Recherches (Université Libre de Bruxelles)
M. Laurent GAUTIER	Professeur des Universités (Université de Bourgogne-Franche-Comté)
M. Philippe ICARD	Maître de Conférences HDR en droit public (Université de Bourgogne-Franche-Comté)
M. Alain RABATEL	Professeur des Universités (Université de Lyon I)
M. Daniel LEBAUD	Professeur des Universités (Université de Bourgogne-Franche-Comté)

A mon père,

Peut-être les dix catégories sont-elles aussi des articles de foi, comme les dix commandements ?

Lorenzo Valla, *Opera*, I, p. 361.

Méfiez-vous de ceux qui vous mettent en garde contre ce qu'ils appellent les systèmes et qui vous conseillent, sous le nom de philosophie de l'instinct ou de l'intuition, l'abdication de l'intelligence. Quand vous aurez renoncé à vous construire votre doctrine à vous-mêmes, il y aura de l'autre côté de la route des doctrines toutes bâties qui vous offriront leur abri.

Et moi, je vous dis que l'intuition n'est rien, si elle n'est pas la perception rapide et géniale d'analogies jusque-là insoupçonnées entre des ordres de phénomènes qui paraissaient distincts. C'est par l'analogie, c'est par une intuition, non pas d'instinct et de hasard et de sentiment, mais de pensée, que Newton a trouvé le système du monde, que Lamarck a entrevu la loi de l'évolution universelle, que Claude Bernard, avec des hypothèses vérifiées, mais hardies, a pénétré dans le domaine de la physiologie vivante.

Pour guider les hommes, il faut la lumière de l'idée.

Jean Jaurès, février 1914, *Bulletin de la Ligue des Droits de l'Homme*

Comme tous ceux qui font de la recherche empirique, les scientifiques veulent fournir une description qui soit vraie d'une certaine partie ou un certain aspect du monde. Toutes les descriptions vraies ne peuvent pas faire l'affaire, cependant ; ainsi : « Ou bien le Big Bang est à l'origine de l'univers, ou bien il n'en est rien. » Il faut qu'une description ait de la substance, qu'elle soit significative, fournisse une véritable explication. Ce n'est pas une tâche facile. Tout ce qu'on a pour procéder, après tout, c'est ce qu'on voit, etc., et ce qu'on en comprend, etc. Parvenir à des conjectures explicatives plausibles peut pousser l'esprit humain jusqu'à sa limite ; les éléments de preuve sont toujours incomplets et ramifiés, souvent potentiellement trompeurs et fréquemment ambigus ; en obtenir davantage est un dur labeur et peut demander une ingéniosité considérable dans l'élaboration d'un dispositif expérimental. Et le succès n'est pas garanti, de sorte que la tentation de bâcler le travail est toujours là, comme celle de croire ce qu'on espère ou craint, ou ce qu'on pense que les commanditaires souhaitent entendre.

Susan Haack, *le bras long du sens commun*, 2003

Remerciements

Je tiens à témoigner ici ma gratitude envers mon directeur de recherche, M. Daniel Lebaud, pour nos régulières discussions, pour la confiance qu'il m'a témoignée depuis que je lui ai soumis de ce projet de recherche et sans lequel je n'aurais certainement pas pu me vouer à ce travail avec autant de liberté d'esprit et temps.

Mes remerciements s'adressent également à M. Laurent Gautier pour l'intérêt qu'il a témoigné pour ma recherche et mes questionnements, relatifs au langage du droit.

Je tiens également à remercier les membres du jury, Mme Claire Oger, Mme Corinne Gobin, M. Alain Rabatel, M. Philippe Icard, qui ont accepté de juger mon travail.

Je remercie vivement Ida Hekmat, qui a accepté avec une affabilité sans égal de vérifier, parfois tard le soir, des traductions absconses de passages tronqués de vieux textes de droit allemand recopiés à partir d'un gothique aux caractères douteux ou à moitié effacés.

J'adresse également mes remerciements à Mme Andrée Chauvin pour le soutien qu'elle m'a toujours témoigné, à Mohamed Embarki, à M. Amr Ibrahim, ainsi qu'à mes collègues et amis Kaouthar Ben Abdallah, Sandra Nossik et Marion Bendinelli. Je remercie également Marc Souchon, pour son aide, dans la dernière mais fatidique période.

Les sciences du langage, qui n'étaient pas ma maison, le sont devenues, une maison pleine d'amis. Ils remplaceront tous ceux que j'ai perdus depuis que j'ai commencé à rédiger ce travail… !

A Aurélien et Apolline, pas d'inquiétude, je reprends la trésorerie très bientôt.

Je remercie ma famille, qui a compris rapidement qu'il ne fallait plus me téléphoner.

Je remercie tout spécialement ma mère, qui m'a enseigné l'esprit critique.

Je remercie enfin mon épouse, sans laquelle je n'aurais jamais pu mener ce travail jusqu'au bout, pour ses appels réconfortants, ses encouragements, pour sa patience et son empressement, pour sa clairvoyance, ses multiples relectures et pour son tri de la BIBLIOGRAPHIE…

Sommaire

INTRODUCTION **1**

PREMIERE PARTIE 19
La subsidiarité entre terminologie et discours 19

Chapitre 1 ..... **20**
Etat de la question : données quantitatives et qualitatives sur la subsidiarité **20**

1. La subsidiarité : un terme ? 20
1.1. L'unité juridique 20
1.2. Les critères de repérage d'une unité terminologique 24
1.3. Les principaux ouvrages français 26
1.4. Le motif de l'ambiguïté dans les principaux ouvrages français 28

2. Etat de la question en sciences humaines et dans les principaux ouvrages lexicographiques généraux et spécialisés 34
2.1. Les références académiques 34
2.2. Recherche dans les périodiques scientifiques 41
2.3. L'omniprésence des questionnements « linguistiques » 42

3. Les données lexicographiques 43
3.1. Les données transmises par les dictionnaires de langue générale française 43
3.2. Données transmises par le domaine juridique 44
3.3. L'énoncé du Traité de Maastricht : une définition légale ? 45
3.4. Retour sur la définition du *Vocabulaire juridique* 48
3.5. La subsidiarité : une règle directive 49

4. Premier bilan 50

Chapitre 2 ..... **52**
Les standards juridiques **52**

1. La subsidiarité : un standard juridique 52
1.1. Une première contradiction 54
1.2. Les sources théoriques de la notion de standard juridique 56
1.3. Les sources sociologiques de la théorie des standards 61

2. La sociologie du droit deuxième génération : « le chaos » 69
2.1. Chaos ou discours du chaos ? 71

Chapitre 3 ..... **77**
Les limites du « toujours-déjà » du standard **77**

1. Nos interrogations 77
1.1. Discours expert ou discours scientifique ? 78
1.2. Un exemple : le principe de non-discrimination 81
1.3. La pertinence des nouvelles terminologies 83
1.4. La problématique du concept 83

2. Une approche textuelle et discursive du terme « principe de subsidiarité » ? ... 84
2.1. Nouvelles terminologies et relativisme cognitif ... 88
2.2. L'incompatibilité entre définition terminologique et analyse du discours ... 89
2.3. Les présupposés du monisme discursif ... 92

3. Analyse des discours institutionnels : la question du droit ... 96
3.1. Etat de la question sur la subsidiarité en sciences du langage ... 96
3.2. L'institution : sociologie ou droit ? ... 98
3.3. Notre position ... 104

4. L'approche formulaire ... 105
4.1. Au centre des discours institutionnels : l'approche formulaire ... 105
4.2. La formule imite le terme ... 107
4.3. Notre redéfinition de la formule ... 110
4.4. Le fonctionnement formulaire de la *subsidiarité* ... 112

DEUXIEME PARTIE : Analyse lexicale ... 122
et constitution du corpus ... 122

Chapitre 4 ... 125
L'état des connaissances lexicologiques ... 125

1. La littérature allemande ... 125

2. Les données dans l'ouvrage de Chantal Millon-Delsol ... 131

3. Les données dans l'ouvrage de Julien Barroche ... 136

4. Les apports de l'analyse de J.-J. Briu ... 143

Chapitre 5 ... 147
L'inversion notionnelle ... 147

1. Dictionnaire étymologique latin/français ... 147

2. Examen de l'énoncé de l'encyclique *Quadragesimo Anno* ... 149
2.1. Une première interprétation de l'énoncé ... 150
2.2. L'impossibilité d'une telle interprétation ... 150
2.3. La notion politique inversée ... 153
2.4. Les positions politiques catholiques au 19e et 20e siècles ... 157
2.5. Doctrine catholique et principe de totalité ... 162
2.6. Un dernier argument historique en faveur de cette lecture ... 166

3. L'énoncé dans le traité de Maastricht ... 167

4. La variante essentielle entre l'énoncé pontifical et l'énoncé maastrichtien ... 174

5. Bilan intermédiaire ... 176

Chapitre 6 ... 178
Données morphologiques et sémantiques ... 178

1. Le problème de l'étymologie : quelques éléments d'histoire du latin ... 178

2. Les étymons latins en allemand ... 181

3. Subsidiaire : une unité du latin ecclésiastique ? ... 182

4. *Subsidiaire* en contexte juridique 189
4.1. La dérivation en langage juridique 189
4.2. L'occurrence sur un plan sémantique 191
4.3. Les premières occurrences de *subsidiarité* en français juridique 196

5. La subsidiarité en droit romain 207

Chapitre 7 213
Retour sur les données lexicologiques initiales et constitution du corpus d'étude 213

1. L'encyclique de 1931 213

2. Le contexte initial : « subsidiäres Recht » chez W. E. von Ketteler 217
2.1. Brève biographie de Wilhelm Emmanuel von Ketteler 219
2.2. L'article de 1873 220

3. Hypothèse et recherches de nouvelles données lexicologiques 222
3.1. Constitution du premier corpus 223
3.2. Nos observations 231
3.3. Principale hypothèse pour la réduction du corpus : l'emploi chez Savigny 234
3.4. Le droit romain comme droit commun subsidiaire 236

Chapitre 8 240
La subsidiarité : un mot d'ordre de l'Ecole historique allemande ? 240

1. La thèse de Savigny et l'occurrence chez ses disciples 241

2. La première forme de *Subsidiarität* 245

3. L'occurrence en dehors du domaine juridique 254

4. Les incohérences de la littérature 258

5. Le *principe de subsidiarité* n'est pas catholique 261

6. Notre thèse 264

7. Le *principe de subsidiarité* comme principe de droit positif 268
7.1. La subsidiarité dans la Loi fondamentale de 1949 268
7.2. La subsidiarité dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) 269
7.3. Le *Sozialgezetz* : « Messieurs les démocrates joueront vraiment de la flûte, lorsque le peuple s'apercevra que les princes se préoccupent de son bien-être. » (Bismarck) 271

PARTIE 3. *Subsidiäres Recht :* pistes pour une nouvelle histoire de la formule et de ses variantes. Romantisme allemand et emprunt catholique au 19e siècle 279

Chapitre 9 280
Questions méthodologiques 280

1. Le manque de connaissances sur la forme 280

2. Terminologie et réalité juridique en Allemagne et en France au 19e siècle 289

3. Les enjeux de la subsidiarité : entre positivisme et jusnaturalisme 292

4. Les choix imposés par nos relevés 295

5. L'Etat et le droit en Allemagne au 19e siècle 297
5.1. La notion d'Etat de droit en Allemagne au 19e siècle 300
5.2. Réactualisation de la notion en Europe au 20e siècle 301
5.3. L'hypothèse de la filiation entre théorie de l'*Etat de droit* et théorie de l'*Etat subsidiaire* 304

Chapitre 10 310
Les trois sources de l'Etat subsidiaire 310

1. La première occurrence de *Subsidiarität* 311

2. La première théorie de l'Etat de droit : Kant et Humboldt. 313
2.1. L'absolutisme éclairé prussien et autrichien 315
2.2. L'Allemagne et la Révolution française 317
2.3. Le libéralisme kantien 317
2.4. Humboldt : entre libéralisme et historicisme 319
2.5. Humboldt : la critique organiciste de la Révolution française 321

3. L'apparition du motif organiciste : une nouvelle forme de l'Etat de droit 323
3.1. L'organicisme des réformes « Stein-Hardenberg » 326
3.2. L'échec du libéralisme politique en Allemagne au début du 19e siècle 328
3.3. La théorie organiciste de l'Etat 330

4. Quelques éléments d'histoire du droit allemand 335
4.1. La réception du droit romain en Europe et en Allemagne 337
4.2. Les trois phases de réception du droit romain en Europe 338
4.3. L'inversion du « droit subsidiaire » 340
4.4. Le droit romain en France avec l'apparition de l'Etat-nation 341
4.5. Codification et libéralisme : comparaison France -Allemagne 343

Chapitre 11 345
La question de la codification en Allemagne après le Congrès de Vienne 345

1. Les positions de Savigny sur le *subsidiäres Recht* 345

2. La fin du hiatus entre public et privé : la société organique 353
2.1. Le peuple, la loi et l'Etat dans la doctrine de Savigny 354
2.2. Droit et religion chez Savigny 362

3. La généralisation du motif subsidiaire 366

Chapitre 12 370
Le passage de la subsidiarité « légale » à la subsidiarité « sociale » 370

1. Le retour de l'Etat de Police dans la théorie de l'Etat de droit chez Robert Mohl 370

2. Lorenz von Stein et l'hégélianisme *subsidiariste* 376

3. Naissance de la doctrine de l'économie nationale : Friedrich List 380

4. L'école de la Nationalökonomie 384
4.1. Adam Heinrich Müller (1779 - 1829) 385
4.2. Wilhelm Roscher 387
4.3. Karl Heinrich Rau (1792 – 1870) 394
4.4. Gustav Schmoller (1838-1917) 395

4.5. Adolph Wagner (1835-1917) 402
4.6. Paul Laband : Etat de droit formel et organicisme social 405
4.7. Bismarck : « Messieurs les démocrates joueront vraiment de la flûte, lorsque le peuple s'apercevra que les princes se préoccupent de son bien-être. » 409

Chapitre 13 411
Le parti noir allemand et le *subsidiäres Recht der Kirche* 411

1. L'ultramontanisme allemand 411
1.1. L'adhésion des catholiques aux thèses de l'historicisme juridique et économique 414
1.2. La naissance de la terminologie allemande du catholicisme social 416

2. L'argumentation de Ketteler dans « *Lehr- und Lernfreiheit* » 422

CONCLUSION 429

BIBLIOGRAPHIE 441

Introduction

En introduction de son ouvrage intitulé le *Principe de subsidiarité contre l'Europe* (1997), le sociologue René Lourau semblait donner le ton de toute étude critique consacrée à la notion de subsidiarité :

> « Des sondages répétés dans des milieux de culture moyenne ou supérieure font apparaître qu'il est presque de bon ton, en France, de tout ignorer du principe de subsidiarité. Amusée ou agacée, voire agressive, la sommation vous est faite de définir, aussi succinctement que s'il s'agissait du théorème de Pythagore, cette chose dont on a vaguement entendu parler sans y prêter la moindre attention. » (LOURAU, 1997 : 6)

L'engouement pour le principe de subsidiarité, que nous qualifierons temporairement de notion socio-politico-éthico-juridique, nous paraît lié au développement du droit positif européen, dont il est un élément d'une grande importance. Depuis 1993[1], la locution désigne en effet, dans le domaine de ce que le droit européen nomme les « compétences partagées », le mécanisme au moyen duquel les Etats membres et les institutions de l'Union Européenne se répartissent les tâches de réalisation des objectifs politiques définis par les Traités européens.

En 1996, paraissait un rapport parlementaire[2] rédigé par Christian de la Malène. Intitulé « l'application du principe de subsidiarité », ce rapport opérait une distinction entre le « principe de philosophie politique » et l'« élément du droit communautaire » :

> « Le débat sur le principe de subsidiarité peut se trouver obscurci si l'on ne fait pas la distinction entre :
> - le principe de subsidiarité comme principe général, qui entre dans le champ de la philosophie politique,
> - le principe de subsidiarité comme élément du droit communautaire, qui est défini à l'article 3 B du Traité.
> Comme principe général, le principe de subsidiarité ne s'applique pas seulement aux rapports entre les collectivités publiques plus larges et les collectivités publiques plus restreintes, mais aussi aux rapports entre les autorités publiques, quelles qu'elles soient, et la société civile. Il demande que l'autorité publique n'intervienne dans le domaine économique et social que s'il est nécessaire de compléter les initiatives provenant de la société civile pour obtenir le Bien commun ; il demande également, de manière générale,

[1] Nous retenons ici la date du 1er novembre 1993, celle de l'entrée en vigueur du traité sur l'Union Européenne (ou TUE – traité de Maastricht).
[2] Christian de la Malène a été chargé de la rédaction de ce rapport par la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, dans la perspective de la ratification du traité d'Amsterdam. Il a été rendu le 23 octobre 1996.

> que les collectivités publiques dont le ressort est plus large n'interviennent que pour compléter, si nécessaire, l'action des collectivités publiques dont le ressort est plus étroit.
> On peut constater que, comme principe général, le principe de subsidiarité suppose l'existence d'un Bien commun : si le rôle de l'instance " supérieure " est de compléter, de prolonger ce que fait l'instance " inférieure ", c'est que toutes deux doivent aller dans la même direction.
> En ce sens, on peut s'interroger sur la compatibilité de ce principe avec la notion moderne de la démocratie, fondée sur l'idée que plusieurs conceptions légitimes du Bien commun peuvent coexister. De même, l'étendue des devoirs de l'instance " supérieure " peut faire problème : s'il est clair que, négativement, elle doit respecter l'autonomie de l'instance " inférieure ", a-t-elle également des devoirs positifs, c'est-à-dire l'obligation d'intervenir si l'instance " inférieure " ne remplit pas suffisamment sa tâche ?
> Certains l'affirment et estiment que le principe de subsidiarité a deux versants : si, d'un côté, il doit entraîner une limitation des interventions de l'instance " supérieure ", de l'autre côté, il doit conduire à développer les compétences de celle-ci dès lors que l'instance " inférieure " ne parvient pas à réaliser convenablement un objectif commun.
> Ainsi, comme principe de philosophie politique, le principe de subsidiarité peut donner lieu à plusieurs interprétations et s'intégrer dans plusieurs conceptions politiques.
> Comme élément du droit communautaire, le principe de subsidiarité apparaît plus restreint et plus précis ; même s'il comporte une marge d'appréciation importante, en tout état de cause il ne soulève pas les mêmes difficultés.
> En effet, le principe de subsidiarité fait l'objet d'une définition à l'article 3B du Traité. Il en ressort que, comme élément du droit communautaire, le principe de subsidiarité s'applique uniquement aux relations entre la Communauté et les Etats membres, et ne s'applique donc ni aux relations entre les collectivités infra-étatiques et les Etats membres ou la Communauté, ni aux rapports entre les collectivités publiques et la société civile.
> Par ailleurs, comme les finalités poursuivies par la Communauté et les Etats membres sont définies par le Traité, il n'est pas nécessaire de supposer un Bien commun pour que le principe de subsidiarité prenne son sens. » (DE LA MALENE Rapport 46, 1996-1997, site du Sénat)

A l'analyse de cet extrait, nous pourrions envisager deux interprétations : soit le principe de subsidiarité possède deux acceptions différentes, rendant la désignation polysémique, soit le principe de subsidiarité, entendu comme élément du droit communautaire, a été délesté de sa charge philosophique problématique. En l'état, les débats entre juristes montrent que, malgré une diffusion du principe de subsidiarité et de son principal motif « *d'actions et/ou de décisions* » prises « *le plus près possible des citoyens* » (Préambule du Traité de Maastricht), la question est encore loin d'avoir été tranchée.

Un peu moins de vingt-ans après la publication du rapport de Christian de la Malène, le 9 septembre 2015, le portail en ligne du Commissariat général à la stratégie et à la prospective

(*France Stratégie*)[3] de l'Etat français, publie la synthèse d'un nouveau rapport rédigé par Jean-Denis Combrexelle. En introduction de la synthèse, le portail indique :

> « Par lettre de mission du 1er avril 2015, le Premier ministre a chargé Jean-Denis Combrexelle, président de la section sociale au Conseil d'État et ancien Directeur général du travail, d'une mission sur « *l'élargissement de la place de l'accord collectif dans notre droit du travail et la construction de normes sociales. Il s'agira en particulier* […] *de faire une plus grande place à la négociation collective et en particulier à la négociation d'entreprise, pour une meilleure adaptabilité des normes aux besoins des entreprises ainsi qu'aux aspirations des salariés* ». » (France Stratégie, 9 septembre 2015)

Ce rapport, titré « La négociation collective, le travail et l'emploi », a été rendu au Premier Ministre du gouvernement français le 9 septembre 2015. Associé à un second rapport commandé par Manuel Valls à Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen en novembre 2015, il a servi de base à la rédaction du projet de réforme du Code du travail (nommé « Loi sur les nouvelles protections pour les entreprises et les salariés », autrement dénommée « Loi Travail »), présentée par l'actuelle Ministre du Travail, Myriam El Khomri, en Conseil des Ministres le 9 mars 2016. La synthèse du rapport explique notamment :

> « En dépit des poncifs et des postures, la discussion qui va s'ouvrir, et dont le rapport vise à fournir la base, n'est cependant pas usuelle. La question ne porte pas sur des mesures dont serait espéré un impact immédiat, ni même sur des initiatives destinées à catalyser des changements de comportement. Elle ne touche pas directement au contenu du droit du travail. Ses enjeux tiennent à la méthode de régulation des relations du travail : l'articulation entre législatif et conventionnel ; **le degré de subsidiarité souhaitable** dans l'application de la norme ; la hiérarchie des niveaux de négociation ; et le rôle des « acteurs sociaux », et évoque notamment la possibilité de transformer le **Code du travail en code « subsidiaire » minimum**, ne pouvant être invoqué qu'après arbitrage et négociation d'entreprise. » (COMBREXELLE, *Synthèse du Rapport* « La négociation collective, le travail et l'emploi », 9 septembre 2015)

L'un des motifs de ce projet de loi visant à réformer la législation française du travail est donc la subsidiarité. En mettant en miroir l'extrait du rapport de Christian de la Malène et celui de Jean-Denis Combrexelle, nous constatons que depuis 1996, la notion de subsidiarité a fait du chemin. Le principe de subsidiarité est désormais invoqué en droit interne. En 1996, de la Malène assurait qu'il n'en avait pas la vocation, comme il n'avait pas vocation à interroger les relations entre l'Etat, ses institutions, et la société civile. A partir de ce constat, nous émettons deux hypothèses : soit, en 1996, Christian de la Malène s'est trompé ; soit le rapport

[3] *France Stratégie* est la nouvelle dénomination de l'ancien *Commissariat au Plan* créé le 3 janvier 1946, sur proposition de Jean Monnet, par Charles de Gaulle, lorsqu'il était président du gouvernement provisoire, et ayant pour mission « *de préparer la modernisation de la France* ».

Combrexelle ne réfère pas directement à l'élément juridique communautaire. Nous aurions ici affaire à une nouvelle notion juridique.

L'auteur du rapport de 1996 pointait également la relative incompatibilité de son acception philosophique « *avec la notion moderne de la démocratie, fondée sur l'idée que plusieurs conceptions légitimes du Bien commun peuvent coexister*. » Or, si l'élément juridique a été délesté, en 1993, de sa charge philosophique, il est difficile d'en dire de même de la notion invoquée par le rapport Combrexelle. En effet, dans le contexte du rapport, la référence à un « *degré de subsidiarité souhaitable* » et à un « *code « subsidiaire » minimum ne pouvant être qu'après* […] » est encadrée par un postulat initial, celui d'une « *meilleure adaptabilité des normes aux besoins des entreprises ainsi qu'aux aspirations des salariés*. » Le rapport postule donc bien, en droit du travail, un Bien Commun entre « *salariés* » et « *besoins des entreprises* ».

Nos deux hypothèses valent ici encore : soit de la Malène s'est trompé sur les motifs sous-jacents de l'élément juridique européen ; soit il s'agit d'une nouvelle notion juridique, dont l'introduction en droit français nous paraît problématique. En effet, la caractérisation du Code du travail comme *subsidiaire*, n'implique pas seulement un Bien Commun social, mais conduit à réinterroger les relations entre différentes sources du droit du travail (Code du travail, conventions collectives, accords d'entreprises et contrats de travail). Il envisage également la création de nouvelles sources : le juge ou l'arbitre sont appelés à n'invoquer la loi « *qu'après arbitrage et négociation d'entreprise* ». Dans ce contexte, l'arbitrage (public s'il s'agit d'un juge du travail, privé s'il s'agit d'un arbitre payé par les parties) produit du droit, avant la loi. La notion de subsidiarité, invoquée par le rapport Combrexelle, invite donc à la décodification et à la restauration, sous des aspects nouveaux, d'une sorte de droit coutumier du travail.

Sur un plan discursif, l'examen du rapport Combrexelle, nous conduit à d'autres observations. L'emploi de *subsidiarité* n'est pas accompagné d'une définition. Le rédacteur suppose donc que la notion désignée est comprise de tous. Toutefois, sa prise en charge ne semble pas assumée, du moins lorsque le rédacteur qualifie les nouvelles propriétés que devrait revêtir le Code du travail. La mise entre guillemets de l'adjectif en cooccurrence avec *code* témoigne de la non-évidence de la notion. Ce marqueur discursif illustre, en outre, une « hétérogénéité montrée » (AUTHIER-REVUZ, 1984 : 98) : le rédacteur réfère à un discours autre. Néanmoins, en l'absence de références précises, le lecteur est livré à ses propres conjectures. Enfin, elle

témoigne de la mise à distance, par le rapporteur, de son propre discours avec les objectifs politiques sous-jacents de la « subsidiarisation » du Code du travail. En effet, il précise que ce processus ne dépend pas de lui mais de circonstances qui le transcendent. Toutefois, il entend également rassurer : « *[La question] ne touche pas directement au contenu du droit du travail* », mais tient de la « *discussion* ». Par contre, la discussion est cadrée : le Code du travail deviendra inéluctablement « *subsidiaire* » puisque le rapport sert de base à une discussion sur « *la méthode de régulation des relations du travail* », non sur la légitimité même de la discussion.

Cet emploi de la notion de subsidiarité illustre parfaitement les principaux problèmes que quiconque rencontre dès lors qu'il se confronte aux discours sur la subsidiarité : problèmes interprétatifs, enjeux discursifs, difficultés d'identifier un discours-source. La formulation du principe de subsidiarité dans le *Traité de Maastricht* a, quoi qu'en disait de la Malène en 1996, suscité d'immenses polémiques. En 1992, Monique Chemillier-Gendreau publiait, au milieu du processus de ratification du traité de Maastricht, un billet d'humeur dans lequel elle s'insurgeait de la manière suivante :

> « L'expression « principe de subsidiarité » est entrée récemment, et d'abord par la petite porte, dans le vocabulaire politique et juridique européen. Le projet de traité de Maastricht l'officialise (article 3B 5) sans pour autant la clarifier. L'ambiguïté a même atteint un point tel que l'on trouve sous certaines plumes, l'affirmation que ce principe limite le champ d'action des compétences de la Communauté à tout ce qui ne peut trouver de solution à l'échelon national. Or le principe est formulé de telle manière que la situation est exactement inverse et qu'il permet bel et bien l'expression incontrôlée des compétences de la Communauté. » (CHEMILLIER-GENDREAU, le principe de subsidiarité, enjeux majeurs, débats confus, *le Monde diplomatique*, mardi 30 juillet 1992).

Les auteurs soulignent le caractère « gigogne », « réversible », « polysémique » ou encore « ambigu » de la notion. Pour tenter d'y voir plus clair, les études systématiques réinterrogent l'étymologie du substantif, dont il apparaît qu'il ne dispose d'aucune entrée dans les principaux dictionnaires français de langue générale avant les années 2000. En 2016, le Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) ne lui consacre pas encore de notice. La littérature spécialisée indique par ailleurs que le substantif français *subsidiarité* est l'emprunt francisé d'une locution allemande : *das Prinzip der Subsidiarität*, après réduction.

Ces difficultés sont renforcées par le fait qu'avant d'être intégrée dans le traité de Maastricht, la littérature indique avoir identifié la première occurrence dans une encyclique pontificale de 1931, *Quadragesimo Anno*. Par conséquent, initialement, la notion participerait de la doctrine

catholique et plus précisément de sa Doctrine sociale (désormais DSE). Néanmoins, comme l'illustre bien le rapport de la Malène, la doctrine éprouve des réticences à concéder à cette première acception, un programme de sens auquel participerait encore l'élément juridique européen.

Confronté à l'ensemble de ces questionnements, ainsi qu'aux débats soulevés lors du référendum relatif à la ratification du Projet de Constitution européenne de 2005, nous avons entrepris, en 2007, alors que nous étions étudiant de philosophie, d'étudier les sources supposées de la subsidiarité. Le mémoire final portait exclusivement sur les motifs de la réactualisation, en 1993, d'une notion identifiée comme aristotélicienne, thomiste, néothomiste (Jacques Maritain, Etienne Gilson), puis personnaliste (Emmanuel Mounier) par conséquent catholique, mais à laquelle les auteurs les plus autorisés en France (MILLON-DELSOL, 1991a) souhaitaient également rattacher des penseurs du début de la Renaissance, comme le syndic protestant de la ville allemande d'Emden, Johannes Althusius (1557-1638), puis à sa suite, des penseurs du fédéralisme allemand, ainsi que des philosophes et hommes politiques libéraux comme John Locke ou Alexis de Tocqueville, et enfin quelques anarchistes du 19e siècle, comme Joseph Proudhon.

Notre recherche était motivée essentiellement par une curiosité initiale : nous avons suivi les enseignements de nombreux professeurs de philosophie, dont des spécialistes des philosophies d'Aristote et de Thomas d'Aquin et de leurs réceptions (en particulier M. le Professeur Bruno Pinchard ou M. le Professeur Robert Damien), des spécialistes de la philosophie médiévale et de la Renaissance, ainsi que de spécialistes de la pensée de John Locke (en particulier ceux de M. le Professeur Frédéric Brahami). Nous avions nous-mêmes étudié Aristote et Thomas d'Aquin, ainsi que leurs principaux commentateurs des 19e et 20e siècles, Pierre Aubenque ou Etienne Gilson, car les études de philosophie imposent de connaître et de pouvoir commenter les *Politiques* ou la *Métaphysique* d'Aristote, et la *Somme théologique*, la *Somme contre les gentils* ou le *De Regno* de Thomas d'Aquin. Jamais nous n'avions entendu parler de la subsidiarité ou du principe de subsidiarité. Nous avons interrogé, en 2005, certains professeurs et constaté que ces derniers ne connaissaient pas cette notion. Si elle pouvait faire écho aux développements des doctrines politiques des philosophes invoqués par la généalogie officielle, sur un plan proprement terminologique, la désignation *subsidiarité* ne renvoyait décidément à aucune notion philosophique déterminée.

Le principe de subsidiarité, si l'on en croit ses principaux promoteurs, nécessite pour être

saisi, de se confronter à des corpus philosophiques immenses. Néanmoins, l'actualité de la notion impose également de saisir les enjeux des discours contemporains, qui dépassent de loin de simples enjeux philosophiques. L'étude des discours juridiques et politiques, mais également théologiques, philosophiques, sociologiques et économiques relatifs au principe, nécessitait de nous armer d'outils d'analyse plus précis que ceux de la démarche philosophique. Nous étions en effet traversé par la question de l'origine. Nous avons donc entrepris de reprendre des études de sciences du langage et réécrit un mémoire dont l'approche était linguistique (sémantique énonciative et lexicale) et discursive. Toutefois, ce travail ne nous a pas semblé concluant : nous n'avions pas collecté suffisamment de données textuelles, notre étude glissant inexorablement vers l'analyse des discours constituants (MAINGUENEAU, COSSUTTA, 1995 : 112-125) de l'Union européenne. Le contexte y était favorable puisque nous rédigions en 2009, alors que se déroulaient les élections européennes. Les termes-notions de notre étude étaient *citoyenneté* et ses dérivés (*eurocitoyenneté*, *écocitoyenneté*), *démocratie* (*représentative vs directe/participative*). Notre démarche empruntait donc les principaux motifs de l'approche formulaire des discours (FIALA-EBEL, 1983a, KRIEG-PLANQUE, 2003 ; 2009) et de celle des discours institutionnels et de leurs mutations (MAINGUENEAU, 1995 : 5-11). Sur un plan philosophique, cette approche entretenait toujours un lien conceptuel avec le principe de subsidiarité ; toutefois, elle nous éloignait de son étude lexicologique. Par ailleurs, elle ne nous satisfaisait pas sur un point fondamental : *principe de subsidiarité*, ainsi que *citoyenneté européenne* ou encore *démocratie participative*, explicitement mentionnés dans des corpus de droit positif européens, d'autres comme *développement durable*, introduits dans les constitutions internes, ne pouvaient être uniquement analysés comme des objets discursifs. Nous avions bel et bien affaire à des termes juridiques.

L'avalanche des questionnements nous interdisait dans un premier temps de problématiser notre objet d'étude doctoral. Nous ne savions pas si notre étude relevait de la terminologie juridique, de l'analyse du discours, de la sémantique lexicale, de la lexicologie ou de la philologie. Confronté à des corpus juridiques, en particulier des corpus de décisions de jurisprudence (de la Cour de Justice de l'Union, mais aussi ceux de la Cour européenne des droits de l'homme), nous avons décidé de reprendre une licence de droit, tout en poursuivant le travail de doctorat, et suivi des cours de droit constitutionnel, de droit administratif, de libertés publiques et de droit européen (sans toutefois passer les examens). En 2011, nous n'avions toujours pas de corpus constitué autour du *principe de subsidiarité*. Notre principale

préoccupation était de tester plusieurs approches analytiques. Nous avons donc constitué des corpus autour d'autres désignations (*développement durable* et *dialogue social*), notamment les discours constitutionnels relatifs à la ratification de la Charte européenne de l'environnement (2006) et de son annexion au « triptyque constitutionnel », ainsi que des corpus de commentaires doctrinaux sur *développement durable*. Nous avons en effet observé la grande difficulté, sinon le rejet, d'une partie de la doctrine française, pour ce genre d'objets terminologiques. Ces réflexions nous ont conduit tout à la fois à l'analyse des métalangages (REY-DEBOVE, 1997) juridiques (CORNU, 1981), ainsi que l'histoire du français juridique et les problématiques historiques entre « clarté de la loi » et sources du droit (en particulier jurisprudentielles). Nous avons découvert un océan de positionnements : rationalisme juridique et jusnaturalisme, positivisme juridique, réalisme juridique, sociologie juridique, théories des standards, qui tous, sous une forme ou une autre, interrogeaient les relations entre langue, discours et droit.

Ceci dit, notre objet était également théologique. Nous avons donc étudié les relations entre le droit ecclésiastique et le droit moderne, en France, puis celles entre les religions institutionnelles (catholicisme, protestantisme, islam) et les institutions de l'UE. Nous connaissions les obédiences religieuses des principaux pères de l'UE : celles de Robert Schuman, plaidant le 15 septembre 1922 pour « *une action subsidiaire* » de l'Etat « *pour compléter l'initiative privée »* (ROTH, 2008 : 116) dans le domaine social et dont le procès en béatification est encore actuellement étudié par le Vatican[4] ; celles de l'ancien maire de Cologne, Konrad Adenauer, membre éminent, avant-guerre, de l'ancien *Zentrumspartei*, le parti catholique allemand fondé notamment par Wilhelm Emmanuel Ketteler en 1870, auquel la littérature attribue la paternité de la formule « droit subsidiaire » de l'Etat (*subsidiäres Recht,* 1873 : 38) ; celles de Paul-Henri Spaak, qui a fréquenté dans sa jeunesse, entre 1934 et 1939 le salon des époux Didier dans lequel se tenaient les réunions du cercle catholique belge *Jeune Europe* (DUCHENNE, 2008 : 656) ; celles d'Alcide De Gasperri, dirigeant du parti catholique fondé par l'abbé Luigi Sturzo. L'Action Catholique, constituée dans ses différentes déclinaisons européennes après les publications de la première encyclique dite « sociale » de 1891 (*Rerum Novarum*) et de l'encyclique dite du « ralliement » (1892 - *Au milieu des sollicitudes),* puis les organisations reliées au personnalisme d'Emmanuel Mounier et de Jacques Maritain (*Ordre nouveau* en France, *Esprit Nouveau*, en Belgique), ou du solidarisme

[4] Le dossier diocésain en vue de sa béatification a été clôturé le 29 mai 2004, toutefois, le Vatican est toujours dans l'attente d'un miracle dûment attesté.

d'Heinrich Pesch (*Neue Ordnung* en Allemagne), ont contribué largement à renforcer l'esprit européiste des principaux pères de l'UE. Jacques Delors lui-même n'est pas avare de détails sur ses propres convictions religieuses.

Toutefois, ces données sont connues et ont été longuement discutées par le politiste Julien Barroche qui consacrait en 2010, sa thèse de doctorat aux relations entre l'Europe, le libéralisme d'après guerre et l'Eglise catholique. Les filiations entre organisations, cercles et *Verein* (associations) catholiques allemands, belges, italiens ou français avec de nombreuses personnalités qui ont œuvré pour la construction européenne ont été soulignées. Toutefois, l'effort du Vatican et des épiscopats européens, depuis Vatican II (1962-1965) pour faire du *principe de subsidiarité* l'un des quatre termes-notions de la Doctrine sociale de l'Eglise catholique contemporaine, aux côtés de la Dignité humaine, du Bien commun et de la Solidarité (*Compendium de la DSE*, 2005), ne nous convainc que partiellement d'une filiation notionnelle entre la subsidiarité catholique et la subsidiarité juridique telle que nous la trouvons formulée de manière très technique dans le traité de Maastricht.

Par ailleurs, même en postulant une filiation entre les deux formulations (1931 et 1993), les données relatives à l'origine notionnelle et morpho-sémantique, sont toujours composées de segments tronqués et font l'objet de spéculations oiseuses.

Julien Barroche, en tant que politiste, avait également perçu ces problèmes. Dans la rédaction de sa thèse publiée en 2012, il s'est appuyé sur la méthode initiée par l'historien allemand Reinhardt Koselleck pour retracer l'« *histoire langagière du concept* » de subsidiarité. Il a évalué la pertinence des données transmises par la littérature et reconstruit de nombreux segments du parcours discursif et terminologique de l'unité entre 1931 et 1993. Cependant, il s'est, lui aussi, gardé de postuler une relation ontologique entre subsidiarité catholique et subsidiarité communautaire. Selon lui, il faut voir dans les « *affinités électives entre l'Eglise d'avant l'Etat et l'Europe d'après, plus une homologie de structure qu'une généalogie de programme* » (BARROCHE, 2012 : 71). Il a été conduit à dégager deux subsidiarités : une catholique « naturaliste » et une communautaire « constructiviste ». Dans sa version communautaire, il ne s'agit plus de postuler une conception sociale « organiciste » à l'intérieur de laquelle chaque personne occupe une fonction déterminée par la nature ou la Providence, mais une nécessaire adaptation des structures institutionnelles aux évolutions de la société civile. Dès lors, le principe de subsidiarité revêt deux acceptions techniques :

fonctionnelle[5] (Etat-Société) et territoriale (fédéralisme et décentralisation).

Barroche dégage également derrière le « discours subsidiariste », le topos (ANSCOMBRE, 1989 : 13) du rejet de l'indivisibilité de la souveraineté étatique, lié à la promotion de la démocratie participative, du personnalisme écologique ainsi qu'aux relents d'une Europe des ethnies sanctifiée par les Chartes de l'autonomie régionale et des minorités linguistiques. L'auteur détecte dernière la nébuleuse subsidiaire, les conditions idéologiques de l'hymne de la diversité contre l'égalité, du régionalisme contre l'unité territoriale.

Sa conclusion est la suivante : la codification juridique de la subsidiarité a été difficile, en vertu du manque de justiciabilité du principe. Le principe de subsidiarité organise tout à la fois la dilution du pouvoir politique et le monopole interprétatif. En effet, seule la Commission de Bruxelles a investi le travail de sémantisation en en faisant une ressource rhétorique à son service. Cette dernière emploie le principe tout autant pour fustiger la puissance étatique, en reprenant à son compte l'élément définitoire initial fondé sur le motif de la proximité (« *décisions prises au plus proche des citoyens* »), que pour célébrer la société civile dans une acception de plus en plus proche de la gouvernance managériale.

La thèse de Julien Barroche aurait dû nous « couper l'herbe sous le pied » : nous partageons, de fait, une grande partie des conclusions de son travail. Cependant, il nous semblait laisser en suspens un certain nombre de questions, dont deux des plus décisives : d'où vient la forme linguistique ? Pourquoi son emploi crée-t-il ces phénomènes discursifs ? Conclure que le principe de subsidiarité est une ressource discursive plutôt qu'un terme, n'éclaire pas sur son fonctionnement. Rechercher le parcours de l'unité de 1931 à 1993 ne permet pas non plus d'identifier un discours-source. Au contraire, Barroche explique ne pas souhaiter entrer « *dans un projet spéculatif de définition de son sens* » (BARROCHE, 2012 : 20). Par conséquent, il entérine plus qu'il ne montre, que *subsidiarité* n'est pas un terme juridique.

Nous avons fait, quant à nous, un autre pari. *Spéculatif* est un adjectif dérivé du bas-latin *speculatio*, qui désigne l'action d'observation. Si, métaphoriquement, le *speculator* fait porter sa réflexion sur des objets abstraits, initialement il est l'*observateur*, l'*espion* ou encore en langage militaire, l'*éclaireur* et le *messager du Général*. Il n'a pas pour vocation, en contexte initial latin, de spéculer sur les positions de troupes ennemies imaginaires, mais d'informer

[5] A comprendre sous l'angle de la régulation des rôles et des fonctions entre les divers corps intermédiaires privés ou publics-privés, du désengagement de l'Etat, dans une perspective managériale du principe de subsidiarité.

objectivement d'une situation. Le *speculator* peut transmettre des informations erronées. Chacun pourrait, en l'absence de preuves matérielles attestant de sa responsabilité, spéculer sur ses intentions. Toutefois, si ses données sont fausses, le Général s'en apercevra rapidement.

Il nous fallait prendre un autre point de départ et mêler deux approches différentes : extraire des discours contemporains sur la *subsidiarité*, les données nous mettant sur la piste d'une forme linguistique initiale. Nous avons comparé les données lexicologiques allemandes et françaises les plus récentes. Elles indiquent des informations relativement similaires : la plume de l'évêque de Mayence, puis l'encyclique pontificale de 1931.

Or, le vocabulaire de l'Eglise catholique est, avec le vocabulaire juridique, le plus conservateur qui soit. Si le latin ecclésiastique a évolué au fil de l'histoire, notamment au contact des langues vulgaires, il relève encore en grande partie du latin patristique de la fin de l'Antiquité. Comment une forme, qui de surcroit désigne une notion socio-politico-éthico-juridique peut-elle apparaître *sui generis* en 1873, puis disparaître pendant près de soixante ans pour devenir une désignation d'une aussi grande importance dans le discours social catholique actuel ? Un « trou » sépare en effet l'emploi de *subsidiäres Recht* par Ketteler de celui de Pie XI en 1931 : *« subsidiarii » officii principio* (*Quadragesimo Anno*, §88). Sur un plan linguistique, ces données nous ont paru douteuses : comment des cercles catholiques, dont ceux fondés par Ketteler lui-même, que Léon XIII nommait son « précurseur », ont-ils pu laisser pendant près de soixante ans, la *subsidiarité* en gestation ? Nous avons vérifié le texte allemand initial (1873) et constaté la présence de l'occurrence. Le texte n'est toutefois pas traduit en français et nous n'avions pas entrepris sa traduction. Notre niveau en allemand nous permettait de comprendre le texte, plus difficilement de le traduire. Intitulé *Lehr- und Lehrnfreiheit* (liberté d'enseignement et d'enseigner), il a été rédigé lors de l'épisode du *Kulturkampf* en Allemagne (1871-1876) et plaide essentiellement pour la liberté scolaire, c'est-à-dire la liberté pour l'Eglise catholique d'enseigner le catéchisme dans les écoles publiques du nouvel Empire. Le texte est très circonstancié, mais il aborde, dans des termes très proches des débats parlementaires français de 1850, la question du monopole de l'Etat en matière scolaire :

> « Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht. » (KETTELER, 1873 : 38)

Chantal Millon-Delsol est la seule auteure française, à notre connaissance, à avoir traduit ce

passage :

> « Ce serait un absolutisme dur, un véritable esclavage de l'esprit et des âmes, si l'Etat abusait de ce que j'appelle le droit subsidiaire. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 131)

La forme est, dans ce recueil de textes publiés en 1873, un hapax. Toutefois, en elle-même, elle nous paraissait suffisamment énigmatique pour tenter d'en percer le motif et l'origine morphologique. Les principaux auteurs interprètent ce passage comme la première formulation contemporaine d'une conception antéhistorique faisant de toute autorité publique, une autorité secondaire/subsidiaire/auxiliaire. Millon-Delsol elle-même a intitulé son ouvrage *L'Etat subsidiaire* (1991a).

La forme étant un dérivé du latin, nous avons décidé de réunir toutes les données textuelles possibles relatives aux discours officiels de l'Eglise catholique. Nous avons essentiellement collecté des documents pontificaux : encycliques, bulles, brefs, constitutions et exhortations apostoliques, rescrits, motu proprio, homélies, messages et discours pontificaux, lettres, ainsi que tous les fragments attestés de synodes et de conciles. Il nous fallait en effet vérifier qu'aucun texte pontifical n'employait la désignation avant le 20e siècle.

Puisque la DSE a été formulée officiellement au moyen d'encycliques pontificales, nous avons entrepris de collecter, prioritairement, toutes les encycliques (ou lettres circulaires) existantes. Afin de contourner les problèmes posés par la notion de genre discursif (ADAM, 1997 ; RASTIER, 2001) et comme nous n'avions pas, initialement, pour ambition de constituer un corpus homogène en vue d'une analyse de discours ou l'étude de l'évolution de la terminologie pontificale, la sélection a été opérée selon un critère relativement arbitraire : le corpus était constitué de tous les textes explicitement nommés *encyclique*. Puis, nous en avons identifié les principales propriétés :

1. Ils sont nommés *encycliques* par l'instance suprême du magistère catholique : le pape.
2. Ils ont une valeur juridique contraignante.
3. Ils empruntent une forme épistolaire : datés, signés du nom du pape régnant, ils s'adressent à un ou plusieurs destinataires.
4. Ils sont publiés initialement en langue latine.
5. Ils sont traduits (ou non) en langue « vulgaire ».

Nous nous sommes rapidement rendu compte que le genre avait subi de fortes évolutions au début de la modernité. Au point de départ, une encyclique (ou lettre circulaire) s'adresse aux

cardinaux et aux évêques et archevêques des différents épiscopats nationaux. Les encycliques ont pour fonction initiale de reformuler des points de dogme. Sémiotiquement, le genre est à l'origine, très caractéristique : court et parcouru de marqueurs intertextuels (citations d'épîtres et d'évangiles, citations des papes antérieurs). Son titre est composé des deux ou trois premiers mots de la première phrase du texte. Le genre a évolué avec l'encyclique de Benoit XIV, publiée le 3 décembre 1740, intitulée *Ubi primum*. Ce texte, première « encyclique moderne », formule l'exigence pontificale d'une reprise en main, par les différents diocèses européens, des activités des clercs et laïcs placés sous leur juridiction (en particulier des clercs tentés par les doctrines rationalistes). A partir de cette date, la lettre encyclique devient le medium d'un message adressé, non plus aux seuls évêques mais à l'ensemble des fidèles catholiques, puis, progressivement à tous les hommes « de bonne volonté », croyants d'autres religions mais aussi laïques. En 1816, Pie VII écrivait encore : « *Si la sainte Bible est admise en langue vulgaire en tous lieux, sans discrimination, il en résulte plus de dommage que d'utilité* » (DELISLE, 2005 : 832). Jusque dans les années 1900, l'Eglise condamne les traductions non-officielles des livres dits saints. Toutefois :

> « Depuis 1943, le Vatican a été amené, par la force des circonstances, à préciser de façon plus nuancée sa position en ce qui concerne la traduction de la Bible et des textes liturgiques. » (*ibid.* : 833).

En réalité, depuis la fin du 19e siècle, le Vatican autorise les traductions des textes officiels ou émanant des différents dicastères de la curie romaine. Il dispose à cette fin, depuis les années 1960, de ses propres services de traduction. Les textes officiels sont tous publiés initialement en latin, à quelques exceptions près, en particulier les encycliques qui définissent une position officielle sur un sujet de politique nationale. A titre d'exemple, l'encyclique *Mit brennender Sorge*, publiée sous le pontificat de Pie XI le 21 mars 1937 pour condamner le paganisme national-socialiste, a été rédigée directement en langue allemande.

Sur la période 1740-2009, 296 encycliques ont reçu la signature de l'évêque de Rome, ce qui fait une moyenne d'une encyclique tous les quatorze mois. Sur cette période, certains pontifes se distinguent par une production intensive. Dans la période considérée, dix-neuf cardinaux ont accédé à la fonction suprême : Benoît XIV, Clément XIII, Clément XIV, Pie VI, Pie VII, Léon XII, Pie VIII, Grégoire XVI, Pie IX, Léon XIII, Pie X, Benoit XV, Pie XI, Pie XII, Jean XXIII, Paul VI, Jean-Paul Ier, Jean-Paul II, Benoît XVI. A eux seuls, Pie IX (1846-1878) et Léon XIII (1878-1903) ont publié 123 encycliques. Au vingtième siècle, Pie XI (1922-1939) et Pie XII (1939-1958) en ont publié respectivement 31 et 41. Plus de deux cents encycliques,

c'est-à-dire les deux tiers du corpus considéré, ont donc été publiées sur deux périodes précises : de 1848 (Printemps des peuples et proclamation de la courte première République italienne) à 1905 (Loi de séparation en France) cette période est la plus intensive ; de 1918 (issue de la Première Guerre mondiale) à 1958 (traité de Rome) cette période est également très productive.

Pour collecter ce corpus, nous avons consulté le site internet du Vatican. Cependant celui-ci ne permet d'accéder qu'aux textes des encycliques publiées depuis le pontificat de Vincenzo Gioacchino Raffaele Luigi Pecci ou Léon XIII (1878-1903), c'est-à-dire environ 180 encycliques. Comme nous cherchions essentiellement une occurrence latine, un adjectif, (*subsidiaria*, *subsidiarium*), le fait que ces textes ne soient traduits en langue française que depuis la fin du 19e siècle ne nous a pas posé de problème particulier. Par contre, retrouver les 116 encycliques précédentes a constitué un véritable défi : nous avons sillonné les diocèses de France, les étagères des archives de la Bibliothèque Nationale de France, ainsi que la Bibliothèque Nationale Centrale de Rome. Plusieurs sites internet (La Porte Latine, notamment) publient quelques encycliques d'avant 1864, et sont relativement fiables, puisqu'ils ont reçu l'approbation des services de communication et de traduction du Vatican. Nous n'avons cependant pas entrepris de démarches pour consulter les archives du Vatican.

Le corpus constitué est composé des textes latins de 251 encycliques (environ 4 millions d'occurrences), trente-cinq nous étant inaccessibles. L'étude du corpus a révélé l'absence d'une quelconque occurrence latine d'un ancêtre de la *subsidiarité* de l'Etat, de la puissance publique ou de la *potestas civitas*. Bien sûr, il est régulièrement question de la *Théorie des deux Glaives* (primauté du pouvoir spirituel sur le pouvoir temporel), notamment à l'époque des guerres napoléoniennes, des conflits opposant les Etats pontificaux et les troupes de Victor- Emmanuel II ou du *Kulturkampf* sous Bismarck. Il en est également question dans les encycliques publiées après la Loi française de séparation (1905). Toutefois, sur le plan morphologique, aucune occurrence ne nous a mis sur une piste crédible.

Nous avons parcouru de nombreux rescrits, constitutions apostoliques, discours (y compris radiodiffusés), motu proprio, ainsi que la *Vulgate* (traduction des différents textes qui composent la Bible chrétienne depuis Jérôme - 403), sans identifier la trace de la subsidiarité. Dans la mesure où les principales épîtres de la Bible sont des plagiats des œuvres

néoplatoniciennes et stoïciennes[6], nous avons également étudié les fragments attribués à Philon d'Alexandrie, les textes de Plotin, de Proclus, Cicéron, Sénèque et Marc-Aurèle. Chez ces derniers, l'occurrence *subsidium* et l'adjectif *subsidiarium/a* sont réguliers. Toutefois, essentiellement en contexte militaire ou juridique (comme chez les auteurs latins suivants, en particulier Tacite). Nous avons également étudié les éditions latines des œuvres d'Augustin, de Thomas d'Aquin, de quelques philosophes médiévaux (Guilhaume Ockham, Roscelin de Compiègne), puis d'Althusius, sans retrouver la forme.

La subsidiarité catholique semble bien être née à la fin du 19e siècle en Allemagne. Dès lors, nous avions plusieurs possibilités. Nous avions un corpus constitué, composé de 251 encycliques. Nous pouvions nous concentrer sur l'étude des évolutions du discours pontifical, en choisissant pour période 1794 (*Adeo Nota*), encyclique de condamnation de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* - 2005 (*Deus caritas est*), première encyclique qui mentionne la traduction latine du *principe de subsidiarité* : *principio subsidiarietatis*.

Nous avions observé, sur un plan lexical, une évolution notable dans l'exposé des principaux points de dogmes : effacement progressif de l'intertextualité (de moins en moins de références aux épîtres ou aux évangiles) et l'acquisition d'une terminologie relativement proche de la sociologie et de l'économie. Notre étude pouvait s'inspirer de celle employée en 1994 par Maurice Tournier. Ce dernier, en procédant à une comparaison fréquentielle des deux versions du *Décalogue* (1566 Concile de Trente – 1992 nouvelle version du Vatican) (TOURNIER, 1994 : 27- 41), observait trois mutations essentielles du discours de l'Eglise catholique contemporain : systématique, stylistique et thématique. Pour cette dernière, il concluait :

6 Le texte de l'Apocalypse, attribué à Jean de Zébédée, écrit en 68 ou en janvier 69 de notre ère est le seul texte du *Nouveau Testament* qui puisse être daté avec précision et considéré comme le premier texte de ce *Testament*. En effet, il y est fait référence, de manière allégorique, à la figure de Néron, premier persécuteur des chrétiens et à la ville de Rome, dépeinte comme une femme écarlate chevauchant à un monstre à sept têtes (les sept premiers empereurs). A l'époque de la rédaction de ce texte, Néron a été écarté du pouvoir, mais le texte de l'*Apocalypse* prévoit le retour du mal. Sur le plan cultuel, on ne relève pas dans ce texte, de caractéristiques particulières du dogme catholique : la notion de sacrifice y est présente, mais rien de moins ou plus que les sacrifices habituels juifs et païens. La notion de Trinité y est absente, ainsi que celle du péché originel. En 68, l'Eglise chrétienne semble n'être encore qu'une secte du judaïsme ouverte aux juifs, bien que l'ouverture de la secte aux païens (non-juifs) et la révolte judéo-chrétienne de 70 témoignent que la secte chrétienne se désolidarise peu à peu du judaïsme. Nous ne possédons de traces de l'existence du catholicisme comme dogme constitué et nettement distinct du judaïsme, qu'à partir du troisième siècle. Les épîtres dites de « Jean » (qui n'ont, selon toute vraisemblance, pas le même auteur que le texte de l'Apocalypse) sont des plagiats des œuvres philosophiques de Sénèque et de Philon (on y retrouve les mêmes notions que celle de néoplatoniciens et des stoïciens). L'âge d'or des Pères de l'Eglise catholique est le IVe siècle : Basile de Césarée, Grégoire de Nysse, Jean Chrysostome. L'Eglise n'est dite catholique que depuis le premier concile œcuménique tenu à Nicée en 325, convoqué par Constantin Ier. Le *Symbole* (mieux connu sous le nom de *Credo*) date de 325. Les premières figures christiques représentent en réalité l'empereur Constantin.

> « La liberté et la responsabilité tendent à prendre la place de la nécessité et de la culpabilité […]. L'aspect le plus important de ce renouvellement lexical est le déferlement de la société civile. Le texte du Vatican se caractérise quantitativement par l'apport de nombreuses désignations des réalités modernes extérieures à l'Eglise. On trouve par exemple : société, sociétés, sociale, mariage, famille, familiale, époux, enfant, conjugal(e), travail, humain(e,s), économique, citoyens, politique, pouvoirs, propriété, pratiques, humanité, civile, sexuelle, sexualité, publique, public(s), privée, procréation, information, éducation, êtres, activité, relation(s), communication, développement, santé, sécurité, … Moins fréquents mais totalement nouveaux apparaissent des termes inouïs, comme avortement, contraception, drogue, euthanasie, grève, inceste, transplantation ou des locutions inédites comme « vie sexuelle », « union libre », « régulation des naissances », « agir humain », « course aux armements » ou « responsabilité de l'Etat ». Admonitions, recommandations se multiplient sur tous les fronts éthiques de la société. » (TOURNIER, 1994 : 39)

Si les principales positions dogmatiques de l'Eglise ont été confirmées lors du Concile Vatican II (1962-1965, notamment les positions sur l'infaillibilité pontificale ou la théorie des Deux Glaives), nous avons observé une évolution réelle de la terminologie pontificale. Cette dernière absorbe à un tel degré les formes linguistiques identifiées comme des formules que nous nous sommes finalement interrogé sur sa responsabilité directe dans leur production. L'absence de la forme *subsidiarité* (ou de son ancêtre, en particulier l'adjectif) dans les encycliques avant 1931 témoigne de la capacité de l'Eglise catholique à s'appuyer sur la production de néologismes pour exprimer différemment ses positions historiques : « *Quand les hommes ne peuvent changer les choses, ils changent les mots*[7]. »

Si nous abordions le travail sous cet angle, nous pouvions également comparer les résultats obtenus à partir de ce corpus réduit à 228 encycliques (dont il fallait, au préalable traduire plus de 45%) et le comparer à des résultats obtenus notamment à partir de corpus de discours politiques de Jacques Delors selon une perspective thématique (*pouvoir spirituel/temporel*, *économie*, *foi/spiritualité*, *principe de subsidiarité*, *totalitarisme* puis pour les années 1980 ; *dialogue social*, *démocratie participative*, *droits de l'homme*). Nous pouvions également élaborer une problématique tenant compte de notre principale préoccupation : ne pas limiter le travail à une analyse comparative des discours pontifical et delorien, mais mettre en regard ces discours avec les préoccupations de la doctrine juridique française, relatives à la nouvelle terminologie majoritairement issue du processus d'intégration européenne. Nous pouvions enfin étudier en parallèle, les mutations de la terminologie constitutionnelle française, en relation avec les différentes révisions constitutionnelles depuis 1992 et les problématiques du

[7] Cette citation est généralement attribuée à Jean Jaurès (1859-1914), mais nous ne pouvons citer le texte initial.

« désordre constitutionnel » (GUILLOUD, 2008 : 83-103), ainsi que les mutations de la terminologie du droit du travail, du droit de la santé, du droit administratif, du droit pénal ou des libertés publiques.

Toutefois, et bien qu'initialement nous ayons envisagé de rédiger notre travail doctoral en ce sens, l'objet du travail final n'est pas celui-ci. En effet, le recueil d'un large corpus d'encycliques pontificales pouvait nous permettre une étude objective des évolutions discursives de l'Eglise catholique. Mais initialement, il devait confirmer nos doutes, non nous faire abandonner le projet initial : retrouver le discours-source de la subsidiarité catholique et européenne. Nous avons, en parallèle de la collecte des corpus d'encycliques, suivi d'autres pistes, plus prometteuses sur le plan morphologique mais également plus difficiles à suivre car elles nécessitaient d'étudier des textes en langue allemande. Un article, publié par le terminologue Jean-Jacques Briu en 2014 (BRIU, 2014 : 3-23), nous a finalement convaincu de présenter ces résultats, plutôt que ceux obtenus à partir de corpus pontificaux et politiques. Ces résultats nous paraissent finalement plus éloquents que le premier corpus réuni et témoignent que l'« expression prémonitoire » (BARROCHE, 2008 : 780) attribuée à l'évêque de Mayence relève d'un faux. Toutefois, ils sont encore trop parcellaires, quelques uns sont incertains. Nos traductions feront inévitablement l'objet de critiques par les germanistes. Mais nous assumons cette prise de risque.

Les données que nous allons présenter dans ce travail, conduiront, nous l'espérons, à une révision des connaissances actuelles sur la forme *subsidiarité* et sur la locution figée *principe de subsidiarité*. Nous espérons qu'elles permettront également une révision des connaissances relatives à la signification juridique du *principe de subsidiarité*. La linguistique n'étant pas la philosophie, elle interdit les spéculations, en ce qu'elle contraint à rester attaché aux processus de formation des unités linguistiques, et en particulier des unités lexicales.

L'exposé de notre travail reprend, dans la forme, l'essentiel de nos principales pérégrinations. Nous n'avons pas souhaité présenter directement nos résultats, parce qu'il nous tenait à cœur, dans un premier temps, d'illustrer comment s'organisent les discours contemporains autour du principe de subsidiarité. Nous voulions également discuter les raisons qui nous ont contraint à rejeter partiellement les présupposés de l'analyse du discours ainsi que ceux des nouvelles approches de la terminologie (discursive, textuelle ou sociocognitive). La méthode employée sera peut-être perçue comme peu rigoureuse.

La première partie de ce travail aborde, en relation avec notre objet, le problème de la méthode et du cadre théorique propice à l'étude des objets linguistiques qu'en analyse du discours, nombreux chercheurs interrogent comme des formules, qu'en droit, les juristes abordent comme des standards (BERNARD, 2010) et qu'en terminologie, des chercheurs appréhendent comme des *« concepts essentiellement contestés »* (PIC, 2007 : 62 ; GALLIE, 2014 [1952] : 9-33)

La seconde partie reprend progressivement les principales données lexicologiques connues sur le substantif *subsidiarité* et la locution figée *principe de subsidiarité*, puis présente nos résultats de recherche. Elle est essentiellement consacrée à une approche de type philologique et présente notre corpus. Ce corpus ne peut en aucun cas être considéré comme exhaustif, dans la mesure où il a été constitué dans des conditions relativement précaires, essentiellement depuis la France, par voie informatique.

Enfin, la dernière partie s'appuie sur ces premières données, ainsi que sur des lectures de sources doctrinales secondaires et propose la reconstruction d'un premier segment de l'histoire de la formule *subsidiäres Recht* et de ses variantes, en Allemagne, au 19e siècle. Elle interroge également l'absence des connaissances doctrinales autour de ces emplois attestés. Enfin, elle revient sur l'emploi de l'occurrence par l'évêque de Mayence.

PREMIERE PARTIE

LA SUBSIDIARITE ENTRE TERMINOLOGIE ET DISCOURS

Chapitre 1

Etat de la question : données quantitatives et qualitatives sur la subsidiarité

Remarques préliminaires

Cette partie est consacrée à une discussion méthodologique et théorique. Nous intégrons nos réflexions épistémologiques et théoriques dans le cours de l'analyse terminologique et discursive de notre objet d'étude. La partie apparaîtra déséquilibrée. Elle concentre en effet la discussion sur deux aspects majeurs : la caractérisation juridique du *principe de subsidiarité* comme standard juridique et la pertinence de l'approche discursive et textuelle de la terminologie. Puisque nous discutons nos problèmes de méthode en fin de partie, nous avons choisi de ne pas exposer immédiatement l'état de la question dans le domaine spécifique des sciences du langage.

1. La subsidiarité : un terme ?

1.1. L'unité juridique

Le mot *subsidiarité* est depuis 1993 une désignation centrale dans un domaine de spécialité, le domaine juridique, initialement circonscrit au seul droit européen. La locution figée *principe de subsidiarité* est explicitement mentionnée dans l'article 3B du *traité sur l'Union européenne* (TUE) également appelé *traité de Maastricht*, signé par les douze Etats membres

le 7 février 1992, ratifié[8] en France par le référendum du 20 septembre 1992 et entré en vigueur le 1er novembre 1993. Il s'agit désormais d'un concept de droit positif, s'inscrivant dans un ensemble de règles applicables dans un espace juridique déterminé, l'Union européenne. Il a été consacré par le *traité de Lisbonne* comme principe fondamental de l'Union aux côtés des principes d'attribution et de proportionnalité (art. 5 TUE) et désigne, selon J. Rossetto :

> « [un] mécanisme régulateur de l'exercice des compétences respectives de la Communauté européenne et des États membres » [dans le domaine spécifique] « des compétences partagées entre la Communauté et ses États membres. » (ROSSETTO, 2005 : 9)

Cependant, depuis la révision constitutionnelle du 4 février 2008, nécessaire à la ratification du *traité de Lisbonne* signé le 13 décembre 2007 par le gouvernement français et ratifié par voie parlementaire le 14 février 2008, le *principe de subsidiarité* est désormais explicitement mentionné à deux reprises dans la Constitution française, à l'article 88-6 :

(1) « Art. 88-6.-L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne. Le Gouvernement en est informé.
Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement. »

Cet article peut être renvoyé à l'alinéa 2 de l'article 23 (article dit « Europe ») de la *Loi fondamentale* allemande, révisée en 2008 pour y introduire les dispositions similaires :

(2) « Le Bundestag et le Bundesrat ont le droit de former un recours devant de la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif de l'Union européenne. Le Bundestag en a l'obligation à la demande d'un quart de ses membres. Par une loi requérant l'approbation du Bundesrat, des exceptions à l'article 42, al. 2, 1re phrase et à l'article 52, al.3, 1re phrase, pourront être

[8] Un instrument de ratification est une lettre par laquelle un chef d'État ou une autorité compétente confirme la signature que son plénipotentiaire a apposée au bas d'un document valant accord avec un pays étranger.

admises pour l'exercice des droits qui sont conférés au Bundestag et au Bundesrat par les fondements conventionnels de l'Union européenne. »

Le *principe de subsidiarité* a été introduit en 2008 dans la *Constitution française* en vertu du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité de Lisbonne, instaurant le *contrôle de subsidiarité* : le Sénat et l'Assemblée nationale sont officiellement chargés de vérifier que les projets d'acte législatif de l'Union européenne respectent le *principe de subsidiarité*. La commission européenne indiquait, bien qu'elle s'en défende, que le contrôle de subsidiarité avait un caractère proche d'un principe de contrôle juridictionnel :

> « Ce principe ne peut se ramener à des règles de procédure, il est avant tout un état d'esprit qui, pour se concrétiser, suppose qu'une réponse d'ordre politique soit apportée aux questions de fond » (COMMISSION EUROPEENNE, Rapport au Conseil sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité, 24 novembre 1993)

Dans ce contexte, le *principe de subsidiarité*, même constitutionalisé, demeure un concept de droit positif européen, non interne.

Le cas allemand est toutefois un peu différent. En effet, le *principe de subsidiarité* avait déjà été introduit dans la *Loi fondamentale* allemande en vertu d'une première révision, celle du 21 décembre 1992. L'article « Europe » (art. 23) substitué à l'ancien article sur la réunification allemande, l'avait introduit comme un principe chargé d'une valeur symbolique et rattaché à d'autres notions : *principe fédératif*, *principes sociaux*, *d'Etat de droit et de démocratie*, notions qui en droit allemand et en droit de l'Union sont caractérisées comme « substantiellement comparable[s] » :

(3) « Article 23 [L'Union européenne] (1) Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au **principe de subsidiarité** et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments. »

Comme principe juridique, le principe de subsidiarité relève donc initialement et exclusivement du droit européen. Il vise à organiser la répartition des compétences dites « partagées » (ou, avant Maastricht, « concurrentes » (BERNARD, 2003 : 95)), entre l'Union européenne (désormais UE) et les Etats-membres. Il désigne l'un des « éléments juridiques » (DE LA MALENE, 1996) d'une institution politique et juridique née *sui generis* depuis l'entrée en vigueur, le 1er novembre 1993 du Traité de Maastricht. Si de nombreux organes et institutions de l'UE existaient déjà depuis la signature du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (TCEE - traité de Rome) entré en vigueur le 1er janvier 1958[9], leur vocation était limitée aux politiques économiques centrées sur la création du Marché commun européen.

Depuis 1993, les institutions de l'UE[10] sont politiques et juridiques : elles détiennent des éléments de souveraineté et de compétences législatives dans de nombreux domaines, qui ont fait l'objet d'une aliénation volontaire des Etats membres. Le traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE - 1er décembre 2009) fixe les compétences exclusives[11] et les compétences partagées[12] de l'UE. Ces compétences sont donc définies par les traités dont les Etats sont signataires. Les grandes lignes politiques de l'Union européenne sont quant à elles, essentiellement définies lors des séances du Conseil Européen.

Le principe de subsidiarité a été adopté, initialement, pour résoudre la difficile question de la nature constitutionnelle de l'UE : fédéralisme ou confédéralisme. Il vise à garantir qu'en dehors des compétences définitivement transférées à l'UE, les objectifs politiques communs définis dans les traités sont prioritairement réalisés par les Etats-membres. Il a également vocation à éviter la « furie réglementaire » (DE LA MALENE, 1996) de l'Union européenne et à garantir la souplesse nécessaire à l'adaptation des ordres juridiques nationaux (intégration européenne) aux objectifs communs.

[9] Notamment le Conseil, la Commission, le Parlement et la Cour de Justice.

[10] Commission européenne (exécutif), Parlement européen (législatif), Conseil de l'Union européenne (sorte de conseil des ministres), Conseil européen, Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), Banque centrale européenne (BCE), Cour des comptes européenne, Service européen pour l'action extérieure (SEAE), Comité économique et social européen (CESE), Comité des régions (CdR), Banque européenne d'investissement (BEI), Médiateur européen, Contrôleur européen de la protection des données, Services interinstitutionnels.

[11] Union douanière, Règles de concurrence intracommunautaires, Union économique et monétaire, Développement durable (conservation des ressources biologiques en mer et sur terre), Commerce extracommunautaire, Conclusion de certains accords internationaux.

[12] Marché commun, Politique sociale (limitée aux aspects définis dans le TFUE), Politique régionale (cohésion économique, sociale et territoriale), Politique agricole et halieutique, Politique de recherche et d'innovation, Politique énergétique, Politique environnementale, Protection des consommateurs, Politique des transports, Réseaux transeuropéens, Espace de liberté, de sécurité et de justice, Coopération au développement et aide humanitaire, Enjeux communs de sécurité en matière de santé publique.

1.2. Les critères de repérage d'une unité terminologique

Nous en tenant à ces premières informations en droit positif primaire européen et en droit constitutionnel allemand et français, nous devons considérer les deux désignations de *subsidiarité* et *principe de subsidiarité* comme recouvrant un concept juridique. Il s'agit ainsi probablement de deux unités terminologiques. A partir de ces premières données, tout questionnement linguistique relatif à *subsidiarité* et *principe de subsidiarité* devrait s'inscrire dans les cadres théoriques de ce que Pierre Lerat désigne par « langues spécialisées » :

> « La notion de langue spécialisée est [plus] pragmatique : c'est une langue naturelle considérée en tant que vecteur de connaissances spécialisées ». (LERAT, 1995 : 20)

Il devrait également, et de manière plus précise, s'inscrire en terminologie juridique. Un élément permettant de renforcer ce sentiment est un critère interlinguistique : la régularité de la forme *subsidiarité* et de la locution figée dans les langues des Etats-membres de l'Union européenne. Nous trouvons par exemple, en allemand *Subsidiarität* ; *Subsidiaritätsprinzip* ; en espagnol *subsidiariedad*, *principio de subsidiariedad* ; en italien *subsidiarita* ; en anglais *subsidiarity*, *principle of subsidiarity* ; en tchèque *subsidiarita, Zásada subsidiarity* (dans le cas de la locution, il s'agit d'une forme mixte construite sur le tchèque et l'anglais) ; en bulgare *субсидиарност – subsidiarnost*, *Принцип на субсидиарност – Printsip na subsidiarnost*. Ceci dit, on les retrouve également dans des langues qui ne sont pas des langues officielles de l'UE : en arménien *սուբսիդիարության – subsidiarut'yan*, *սուբսիդիարության սկզբունքը– subsidiarut'yan skzbunk'y* ; dans des langues sino-tibétaines, comme le mandarin (輔助性 ; 輔助性原則) ; ou dans les langues sémitiques, par exemple l'arabe classique التبعية (subsidiarité) ; مبدأ التبعية (principe de subsidiarité).

Dans son ouvrage de 2003, *Entre signe et concept, élément de terminologie générale*, Loïc Depecker énumère ce qu'il considère être les principaux critères linguistiques permettant le repérage d'une unité terminologique :

> « Les critères internes à la langue auxquels le terminologue peut avoir recours […] sont souvent les grands concepts élaborés en linguistique. Ainsi sur l'axe syntagmatique, l'ordre syntactique des éléments peut manifester la cohésion de l'unité terminologique : échange de données informatisé (EDI, electronic data interchange) pour laquelle l'accord manifeste l'unité terminologique : c'est bien sûr l'échange qui est informatisé […]. L'axe paradigmatique permet aussi de déterminer des unités terminologiques : donnée en polarisation croisée face à donnée en polarisation parallèle révèle l'existence de deux

> véritables unités […]. Parmi les autres concepts de linguistique utilisés pour le repérage des unités terminologiques, figure notamment l'observation, dans les syntagmes, de la désactualisation : transmission de données par rapport à transmission des données tend à montrer le figement sous la forme d'un terme […]. On voit ici que ce qui est véritablement visé est le figement (Martinet, 6-20, 1974, 1980), c'est-à-dire le phénomène par lequel le locuteur considère un ensemble comme une unité indissociable. […]
> Pour résumer, ce qui demeure important pour la détermination d'unités terminologiques est, au moins deux critères forts.
> D'une part la récurrence du même ensemble d'unités […]. Ce critère peut se doubler efficacement d'un critère de type interlinguistique : si dans une autre langue proche, une unité terminologique renvoyant au même concept existe, c'est souvent qu'elle renvoie bien à un véritable concept.
> D'autre part la pertinence du concept, auquel renvoie l'unité considérée. […] Le terminologue aura recours à la stipulation [Martinet, 1985, p. 9)]. » (DEPECKER, 2003 : 66-67)

La locution *principe de subsidiarité* nous paraît remplir le premier critère : nous n'avons observé ni de variation ni de défigement (principe de la subsidiarité*/de la bonne subsidiarité*/principe de subsidiarité fonctionnelle*), en tout cas en emploi français (ainsi qu'en allemand, en dehors d'une application des contraintes grammaticales de l'allemand : déclinaisons) : *Subsidiaritätsprinzip*, *Prinzip der Subsidiarität*.

Cependant, il faut nuancer pour le substantif : *subsidiarité fonctionnelle/territoriale*, *active/passive*. Ce dernier, qui s'apparente à ce que Marie-Paule Jacques désigne comme une « *réduction du syntagme terminologique* » (JACQUES, 2000 : 93), est un phénomène lexical général, non propre aux unités terminologiques : « *lorsque la fréquence d'une unité s'accroit, sa forme tend à se réduire* » (MARTINET, 1960 : 194). Siglaison, apocope, troncation, le phénomène et ses processus ont été rigoureusement décrits. Dès lors qu'il est approprié en discours, le syntagme n'a pas seulement été réduit, il a donné lieu à des variantes, en premier lieu par computation, permettant de créer des syntagmes nouveaux. Toutefois, nous avons observé que ces occurrences sont surtout employées dans des discours non prescriptifs, « parajuridiques » (discours doctrinaux) ou transversaux au droit (sociologie, histoire, philosophie, économie), en dehors de la locution *contrôle de subsidiarité*.

Par contre, les deux formes valident pas le second critère de repérage terminologique avancé par Depecker : « la *pertinence du concept auquel renvoie l'unité* » (*ibid.*). En effet, pour mesurer la pertinence d'un concept, il faut au préalable l'identifier. Or, nous avons justement constitué notre objet d'étude en relation avec la difficulté manifeste, non seulement auprès de locuteurs non familiarisés avec la terminologie du droit de l'Union, mais aussi et surtout par

les membres de la doctrine juridique et les magistrats eux-mêmes, de circonscrire la signification de *subsidiarité*. La caractérisation comme terme des deux unités en question pose problème : difficulté de les circonscrire à un domaine de spécialité (principe politique, juridique, religieux, économique), difficulté d'aboutir à une définition précise. Plus énigmatique encore, difficulté de déterminer l'origine et les processus de construction de la forme substantivée *subsidiarité*.

1.3. Les principaux ouvrages français

Les études françaises consacrées à la *subsidiarité* sont très nombreuses. Mais, en réalité, elles n'augmentent que depuis une vingtaine d'années, en particulier dans le domaine juridique et les articles doctrinaux. S'agissant d'une unité que l'on retrouve avant tout dans des textes du droit européen, cette évolution nous apparaît cohérente. Pourtant, au fil de nos lectures, nous avons constaté que les principaux auteurs, ayant tenté de présenter la notion philosophico-juridique, et d'asseoir la désignation[13] en France, sont très peu nombreux et n'appartiennent pas tous à la discipline juridique mais surtout aux sciences politiques ou à la philosophie. Jean-Jacques Briu, le seul chercheur en terminologie ayant mené une étude linguistique de la forme *subsidiarité*, partageait encore ce constat en 2014, en indiquant que l'ouvrage de Chantal Millon-Delsol (1991a) restait « *l'une des rares études sur le sujet* » (BRIU, 2014 : 13). En 2015, la tendance ne semble pas s'être modifiée. Nous avons en effet identifié six ouvrages de référence, au sein desquels deux (le premier et le dernier présentés ci-dessous), sont des études fondatrices.

L'étude de référence reste, depuis vingt-cinq ans, celle de Chantal Millon-Delsol, fondatrice de *l'Institut Hannah Arendt* (Centre d'Etudes européennes) de l'Université de Marne-la-Vallée, professeur de philosophie politique et membre de l'Académie des sciences morales et politiques depuis 2007. Son ouvrage date de 1991 (1991a) : *L'État subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'État, le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*.

[13] Nous employons le terme *désignation* dans la continuité des travaux de Loïc Depecker, comme l'un des constituants du terme : « *les descriptions de la terminologie parlent le plus souvent de dénomination, selon le terme repris de la tradition (voir par exemple le numéro de Méta consacré, précisément, à La dénomination, 1996). A notre sens, le mot de dénomination est trompeur, même s'il s'offre d'emblée à la réflexion comme porteur de la référence (notamment Siblot, 1997, p. 38 sq.). Il induit en premier lieu qu'il n'y aurait en terminologie que des noms. Ce qui est loin d'être le cas. Les verbes sont nombreux (on verbalise un véhicule), les expressions verbales aussi (transmettre des données), et les adjectifs voire les adverbes existent, comment dans le domaine du droit par exemple (Cornu, 1990). En second lieu, le mot de dénomination a tendance à réduire la part linguistique du terme à une catégorie grammaticale (le nom), occultant par là-même, relativement, sa nature plus générale de signe.* » (DEPECKER, 2014 : 20)

Elle est également l'auteur d'un Que sais-je ?, intitulé *Le principe de subsidiarité*, publié par les Presses Universitaires de France en 1993, dans lequel elle synthétise ses analyses de 1991. Bien que ces ouvrages interrogent moins le concept juridique « principe de subsidiarité » que ce qu'elle désigne comme la « notion philosophique de *subsidiarité* » ou « l'idée subsidiaire », les principaux constitutionnalistes français qui ont interrogé le concept juridique dans les années 1991-1995 (CONSTANTINESCO, 1991 : 37 ; DRAGO, 1994 : 585) s'y réfèrent expressément.

La seconde référence est l'ouvrage de Claude du Granrut : *La citoyenneté européenne : une application du principe de subsidiarité*, publiée en 1997. Cette auteure, magistrate en droit administratif, est surtout une femme politique. Ancienne chargée de mission du Ministère de l'Agriculture dans les années 1960, elle a occupé dans les dernières années la vice-présidence du Comité des Régions de l'Union européenne. Son ouvrage, publié par la Librairie générale de droit et de jurisprudence, dans la collection « Droit Communautaire » est disponible sur toutes les étagères des bibliothèques universitaires et revêt la forme d'un court manuel, conçu en deux parties. Dans la première, l'auteure expose la *subsidiarité* comme participant d'une organisation fédérale de l'Etat, mieux adaptée à l'évolution contemporaine de la forme et du rôle de l'Etat, dans le contexte de la mondialisation. Dans la seconde partie, elle expose « *la dynamique du principe de subsidiarité* » comme réponse à la « *problématique du labyrinthe décisionnel de l'Union européenne* » (DU GRANRUT, 1997 : 6).

La troisième référence est celle de René Lourau, sociologue du politique et de l'éducation et auteur de la première étude critique consacrée au *principe de subsidiarité*. Cependant, cet ouvrage doit être considéré moins comme une étude théorique que comme un essai à caractère polémique, comme le laisse entendre le titre de l'ouvrage lui-même : *Le Principe de subsidiarité contre l'Europe* (1997). Son ouvrage est lui aussi disponible sur les étagères des bibliothèques de droit et de sciences politiques.

La quatrième référence est un manuel de droit à destination essentiellement des étudiants de premier cycle, publié par Jean-Louis de Clergerie en 1997 : *Le Principe de subsidiarité*. De Clergerie est professeur de droit public et de sciences politiques, il occupe désormais la Chaire Jean Monnet de l'Université de Limoges. Il est également l'auteur de l'un des principaux manuels de droit de l'Union, réédité tous les deux ans, intitulé *L'Union européenne*, publié aux Editions Dalloz depuis 1996. Son ouvrage consacré au principe de subsidiarité a une vocation didactique. Il présente successivement : 1. l'origine du concept ; 2.

l'introduction en droit communautaire ; 3. l'ambigüité du concept (DE CLERGERIE, 1997 : 5).

La cinquième référence est l'ouvrage publié par la Documentation française en 2005, également intitulé *Le Principe de subsidiarité*. Ses auteurs sont Philippe Brault, politiste enseignant-chercheur à l'IEP de Paris ; Guillaume Renaudineau qui, à l'époque de la rédaction de l'ouvrage était chargé de cours à l'université de Paris I et occupe désormais la fonction de conseiller à la Direction des affaires financières et sociales du Sénat, et enfin François Sicard, qui en 1997 était conseiller au service des Affaires européennes du Sénat et est désormais conseiller hors classe, responsable de la division de soutien à la direction de l'initiative parlementaire et des délégations du Sénat. Leur ouvrage collectif emprunte une tripartition originale : 1. un « aperçu philosophique » (présentation de la philosophie politique d'Althusius et de la Doctrine sociale de l'Eglise) ; 2. La notion positive (« la subsidiarité en acte ») dans le droit interne de certains Etats (France, Etats-Unis, Allemagne, Suisse, Pologne) ; 3. Le principe de subsidiarité comme concept de droit positif de l'Union européenne.

Le principal ouvrage universitaire récent consacré à la désignation en tant que telle, est le fruit d'une recherche de doctorat consacrée à la généalogie philosophique du principe de subsidiarité, publiée par les éditions Dalloz en 2012 sous le titre *État, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiarité européenne*. Son auteur, Julien Barroche, est devenu depuis enseignant-chercheur à l'INALCO. La thèse a été soutenue en décembre 2010 dans la section 04 du CNU (sciences politiques) ; le jury de thèse était composé essentiellement de politistes (J.M. Donegani, P. Portier, S. Saurruger), d'un philosophe (J.-F. Kervegan) et d'un professeur de droit public et droit européen (Loïc Azoulai). Depuis, J. Barroche est l'un des spécialistes de la subsidiarité en France. Nous avons consulté une dizaine d'articles publiés dans des revues scientifiques entre 2012 et 2015 et publié des comptes-rendus de ses travaux, en particulier de sa thèse. Cette dernière, d'une grande richesse bibliographique, évalue les relations entre la notion juridique et théologique, sa pertinence dans le contexte fédéral allemand et son efficience dans le contexte européen. L'auteur s'appuie de façon très critique sur les acquis de l'ouvrage de C. Millon-Delsol (1991a).

1.4. Le motif de l'ambiguïté dans les principaux ouvrages français

A la lecture de cette littérature déjà abondante sur la subsidiarité, la thèse de J. Barroche

faisant à elle seule plus de 800 pages, nous avons été frappé de constater qu'à défaut d'une analyse consensuelle sur la pertinence du concept et/ou de sa désignation, ces six ouvrages rédigés sur une période d'une vingtaine d'années (1992-2012) partagent tous une même caractéristique. De manière naïve, nous avons entrepris nos lectures, afin d'en savoir plus sur la notion. Puisque ces études étaient consacrées à son exposé, nous avons au point de départ considéré que les auteurs pourraient répondre à nos interrogations. Pour suivre le raisonnement de Juan C. Sager, lorsqu'un spécialiste :

> « […] pense que l'interlocuteur ne connaît pas un terme ou s'il souhaite d'abord introduire de nouveaux termes dans son discours, il utilisera d'abord des mots pour paraphraser ou expliquer le terme dont il a besoin, parfois au moyen d'une définition, avant de l'utiliser. En d'autres termes, le locuteur peut utiliser une métalangue pour expliquer les termes inconnus d'un domaine. » (SAGER, 2000 : 46)

Afin d'illustrer les difficultés discursives et interprétatives inhérentes à toute exposition des motifs philosophiques et juridiques de la *subsidiarité* et du *principe de subsidiarité*, nous avons extrait un corpus de remarques épi- et métalinguistiques présentes dans les ouvrages que nous venons de présenter[14].

(4) « Si l'idée subsidiaire resurgit à l'occasion de l'intégration européenne, c'est que les instances menacées ici de perdre une partie de leur autonomie, sont précisément les instances les plus jalouses de leurs propres prérogatives. Souveraineté implique autosuffisance. Cette autosuffisance se trouve remise en cause, de l'aveu des acteurs eux-mêmes. » (MILLON-DELSOL, 1993 : 96)

(5) « Rien de plus ombrageux qu'un Etat national. Il acceptera bien de déléguer par nécessité une partie de sa liberté d'action, mais avec regret et, ce qui peut paraître étrange, à condition que cela ne se dise pas. » (*Ibid.* : 97)

(6) « A cet égard le débat sur Maastricht a été révélateur : les courants nationalistes, sachant fort bien qu'une partie de la souveraineté avait déjà été abandonnée par nécessité, ne supportaient pas le dévoilement public et l'énonciation de cette évidence » (*Ibid.* Note de bas de page 1 : 97)

(7) « Les Etats souverains européens ne se targuent pas en général d'appliquer une politique de subsidiarité face aux groupes sociaux, aux collectivités locales, aux corps intermédiaires qu'ils gouvernent. Mais ici, ils en appellent au principe de subsidiarité parce que leur autorité se trouve remise en cause [...] d'où une perception tronquée de

[14] Pour les citations des travaux de J. Barroche, nous citons parfois des extraits de travaux antérieurs à sa thèse (articles de revue scientifiques), lorsque leurs formulations sont plus synthétiques.

la subsidiarité […]. Ils la captent à leur profit : le discours européen sur la subsidiarité ne s'accompagne d'aucun discours sur la nécessité de changer de politique intérieure […]. Cela peut sans doute expliquer pourquoi le discours actuel sur la subsidiarité souffre d'imprécision, et ignore souvent ses propres attendus. » (*Ibid.* : 97)

(8) « Au point que le principe se trouve défini de manières différentes, voire contradictoires, selon les commentateurs, cf par exemple, *Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus*, M. Chemillier-Gendrau, le Monde diplomatique, juillet 1992). On avance en général la complexité de l'idée pour justifier ce flou décourageant. » (*Ibid* : 98)

(9) « Problèmes de garanties ou problèmes de définition des référents ?
Pour les instances européennes, le principe de subsidiarité représente ainsi l'une des références obligées de toute action nouvelle. Du moins les textes récents le présent-ils ainsi. […] Pourtant, il faut bien préciser que l'idée de subsidiarité est davantage politique que juridique : d'où la difficulté de mettre en place la garantie en question. » (*Ibid*. 115)

(10) « Essai de définition du principe de subsidiarité
Le principe de subsidiarité n'est pas un principe juridique au sens classique du terme. C'est un concept politique de régulation des pouvoirs qui a pour effet d'obliger les instances supérieures à limiter leur action à l'exécution des tâches et à la solution des problèmes qui peuvent l'être à un niveau inférieur. » (DU GRANRUT, 1997 : 13)

(11) « Le principe de subsidiarité se situe en dehors du domaine institutionnel de la politique au sens habituel du terme. » (*Ibid.*)

(12) « Le principe de subsidiarité, vieux comme notre civilisation, porte en lui une force révolutionnaire. Il casse le lien univoque entre l'Etat et l'individu, il met en question la légitimité de ses pouvoirs traditionnels. » (*Ibid.* : 8)

(13) « Les premiers projets du Traité sur l'Union européenne mentionnaient le terme de Fédéralisme et devant l'opposition de certains Etats membres pour lesquels cette inscription entraînerait inéluctablement la perte de leur souveraineté nationale et éventuellement leur éclatement interne, celui de subsidiarité lui fut substitué. » (*Ibid.* 17)

(14) « Pour réduire son potentiel d'ambiguïté, les Etats ont souhaité que soit annexé aux conclusions approuvées au Sommet d'Edimbourg un texte intitulé « Approche globale de l'application du principe de subsidiarité et de l'article 3B du Traité de l'Union européenne. » (*Ibid.* 18)

(15) « On ne s'éloigne guère de la démarche théologique et canonique en lisant la définition purement négative de la subsidiarité dans le fameux 3 B : Domaines qui ne relèvent pas de [la] compétence de la Communauté... la Communauté « n'intervient que si et dans la mesure... » « où les objectifs de l'action envisagée [par qui ? par vous et moi ? par le Texte sans sujet ?] ne peuvent être réalisés »... ; « de manière suffisante ». Qui va évaluer les « dimensions » et les « effets » ? Le centre, bien entendu, ne sera pas nommé ; il est, poétiquement, « le niveau communautaire » seul compétent quant à sa propre compétence (cf. Hauriou, chap. IV) et, en toute autoréférentialité, compétent pour savoir ou est le Bien commun. » (LOURAU, 1997 : 36)

(16) « Alors que, il y a quelques années encore, le mot « subsidiarité » ne figurait même pas dans les dictionnaires français, le principe de subsidiarité est aujourd'hui un thème récurrent tant dans les débats européens que dans les débats nationaux. Ce « succès fulgurant » tient sans doute en partie au fait que le principe de subsidiarité n'a pas de définition simple. » (BRAULT, RENAUDINEAU, SICARD, 2005 : 7)

(17) « L'existence de plusieurs facettes du principe de subsidiarité explique que celui-ci puisse être facilement invoqué dans des contextes différents et avec des intentions différentes. Mais cette relative polysémie est en même temps une source d'interrogation : existe-t-il, au-delà de la diversité des aspects du principe de subsidiarité, un substrat philosophique commun à ces aspects ? Dans quelle mesure ce principe peut-il jouer le rôle d'un principe juridique ? » (*Ibid.* : 8)

(18) « Les différentes facettes du principe de subsidiarité semblent susceptibles de correspondre à des ambiguïtés ou des tensions internes. Comment, en particulier, justifier en même temps le respect des autonomies et le devoir d'ingérence, la garantie de la liberté des acteurs et la reconnaissance d'une finalité commune ? » (*Ibid.* : 9)

(19) « Au-delà des ambiguïtés contenues dans la formulation même du texte – tension entre efficacité politique et proximité démocratique, contradiction entre efficacité relative (« suffisante ») et efficacité maximale (« mieux ») –, la nature proprement juridique du principe de subsidiarité a été très discutée (DEHOUSSE, 1992 ; ESTELLA, 2002). Si l'on examine, en effet, le contexte de la rédaction du traité, il apparaît clairement que le contenu de la subsidiarité n'est pas tant juridique que politique. » (BARROCHE, 20 juin 2007)

(20) « Parler de subsidiarité ne suffit pas pour en faire une réalité tangible, précisément parce que le mot charrie avec lui des réalités très contrastées. La

> subsidiarité est un slogan politique et non un principe juridique ; elle est un objet juridique indéterminé, une catégorie juridique introuvable. » (BARROCHE, 2008 : 16)

Une première observation est d'ordre épistémologique : alors que ces différentes références ne relèvent pas de disciplines ayant pour objet d'étudier des phénomènes langagiers ou discursifs mais d'exposer une notion juridique et/ou philosophique, la principale littérature témoigne de grandes difficultés pour rendre compte de la signification de l'unité considérée : elle échappe à une définition stable, nous conduisant à supposer, en vertu de la perspective terminologique classique, qu'on ne peut lui attribuer le statut de terme du droit.

Aude Bouveresse, s'intéressant aux différentes formes du pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, confirme toujours en 2010 (publication de sa thèse de 2007) :

> « L'efficacité du principe de subsidiarité est relativisée par trois éléments essentiels qui tiennent à la délimitation de son champ d'application, en l'absence de définition objective du principe et, corrélativement, à la difficulté de son contrôle. » (BOUVERESSE, 2010 : 82)

A la place de la définition d'un concept, nous ne devrions disposer que d'éléments définitoires subjectifs, en d'autres termes, d'appropriations discursives concurrentes. Ces appropriations variables, tributaires des conditions de production et positionnements idéologiques des locuteurs, témoigneraient, si l'unité devait correspondre à un terme juridique, d'un défaut de codage sémantique : le contexte ne neutralise pas la polysémie initiale. En observant mieux la manière dont les auteurs expriment les difficultés rencontrées, ces dernières nous paraissent réductibles à deux phénomènes : l'un discursif, l'autre sémantique.

Sur le plan discursif, *subsidiarité* concentre des enjeux fortement polémiques à l'origine de stratégies énonciatives multiples : les locuteurs *discourent* sur la subsidiarité sans l'appliquer, ou sans *avouer* l'appliquer, n'osent pas *énoncer* certaines évidences, appliquent *à condition de ne pas dire* ou de ne pas *dévoiler en public*. Ces stratégies énonciatives mises en œuvre majoritairement par des « locuteurs institutionnels » (les représentants des Etats-membres de l'Union européenne) porteraient la responsabilité de l'*imprécision*, du *flou décourageant*, des *définitions contradictoires* du terme.

Contradictoirement, cette instabilité définitoire paraît également intrinsèque au terme lui-même, dans la mesure où le concept qu'il entend désigner échappe à tout domaine spécialisé : il est *plus politique que juridique*, il n'est *pas juridique au sens classique du terme*, il n'est pas non plus *institutionnel au sens politique du terme*, il casse des *liens univoques*.

Ces données pourraient être relativisées par le fait que l'occurrence *subsidiarité* est récente. J.-J. Briu, indique qu'elle n'apparaît dans aucun ouvrage lexicographique avant les années 2000 : « *le nom trois fois dérivé « subsidiarité » - ((sub-sid)-iar)-ité))) – n'existe dans aucun dictionnaire français du 18e, 19e et 20e siècle* » (2014 : 7). Pourtant, l'adjectif *subsidiaire* est attesté et employé au moins depuis le 14e siècle (CNRTL). La dérivation est relativement courante : *fragile*/*fragilité* ne posent pas de difficulté particulière. En l'état, on ne comprend pas d'où proviennent les difficultés rencontrées autour du substantif. Néanmoins, il faut constater que les difficultés ne sont pas exclusives au cas français :

(21) « Was ist Subsidiarität ? Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip : Von Thomas von Aquin bis zur « Civil Society ». » (WASCHKUHN, 1995)

(22) « Nonetheless, the principle's origins are obscure and its definition remains somewhat openended, leaving its application indeterminate » (O'MALLEY, 2008 : 23)

(23) « ORIGEN Y DOBLE SIGNIFICADO DEL TÉRMINO « SUBSIDIARIEDAD »

El término subsidiariedad, por tanto, ha adquirido sólo recientemente, en el léxico político y jurídico, su valor específico de significado; más bien, se puede decir su ambivalencia, ya que está acompañado y definido por el adjetivo «vertical», o bien, por el de « horizontal ». » (FROSINI, 2002 : 13)

[Le terme subsidiarité, par conséquent, n'a acquis une signification spécifique dans le lexique politique et juridique que très récemment ; il serait plutôt préférable de parler de son ambivalence étant donné qu'il est accompagné par l'adjectif « vertical » ou bien par celui d'« horizontal ».]

(24) « субсидиарността се оказва твърде много на мода. субсидиарност в европейски контекст се говори циклично от 1975 г. насам, тя се оказва и много полезна. Заема място сред основните нововъведения в Договора за Европейски съюз и става една от идеите, осигурили неговото приемане, след като фразата „federal goal" отпада от проекторазпоредбата на чл. А. Харесват я всички, защото позволява всяка от страните да привиди в нея това, което иска: повече обединение или помалко обединение. » (VOÏNOV, 2010 : 74)

[La subsidiarité est une idée très à la mode : en contexte européen, intégré depuis 1975, elle a été particulièrement utile. Elle prend place parmi les principales innovations du traité sur l'Union européenne et est devenue l'un des concepts qui a permis son adoption en se substituant au terme d'« objectif fédéral » du projet de traité

initial. Elle satisfait tout le monde, car elle permet à chaque partie de revendiquer ce qu'elle veut, sous le signe apparent du consensus : plus d'Union moins d'unification.]

2. Etat de la question en sciences humaines et dans les principaux ouvrages lexicographiques généraux et spécialisés

2.1. Les références académiques

Malgré ces informations, nous avons poursuivi nos investigations et procédé à un état de la question plus complet. Le moteur de recherche du SUDOC recensait, fin 2014, 282 références (une fois les rééditions ou doublons retirés), consacrées totalement ou partiellement à la *subsidiarité* (unité présente dans les titres ou dans les mots-clés indiqués dans les notices). Toutefois, le catalogue ne répertorie que les références d'ouvrages, thèses, mémoires de DEA et de Master, actes de colloques ou congrès, ouvrages collectifs essentiellement universitaires, qui font partie du fond documentaire des universités françaises. La liste des ouvrages n'est donc aucunement exhaustive, puisqu'elle ne recense pas les articles scientifiques. Par ailleurs, la recherche par mot-clé ne permet pas de circonscrire l'ensemble des ressources consacrées à la question ou déterminantes pour l'approfondissement de son étude.

Malgré ces limites et sans porter particulièrement notre attention sur les orientations de recherche ou les positionnements des différents auteurs vis-à-vis de la notion, mais tentant de classer les travaux répertoriés par genre[15] (travaux académiques, contributions privées - y compris religieuses - rapports parlementaires), domaine scientifique[16] (droit, sciences

[15] Nous avons conscience des problématiques suscitées par la notion de genre textuel. Cette question, au point de départ littéraire est discutée par la linguistique textuelle (RASTIER, F. *Eléments de théorie des genres*, 2001, texto ! ; ADAM, J.-M., « Genres, textes, discours : pour une reconception linguistique du concept de genre », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1997, 75/3, pp. 665-681) et plus généralement par la linguistique de corpus, en relation avec la terminologie (CONDAMINES, A. « La linguistique de corpus et la terminologie », *Langages*, 2005, 39/157, propriété. 36-47) ou l'analyse du discours. A ce stade de notre réflexion, les enjeux de la notion de « genre » reliés à celle de la linguistique de corpus (RASTIER, « Enjeux épistémologiques de la linguistique de corpus », *Texto !*, 2002) seront évacuées : nous retenons ici des critères de différenciation internes aux disciplines, et non les distinctions qu'opèrent sur elles les linguistes.

16 Il en va de même pour la difficulté croissante de saisir la notion de domaine, en particulier en terminologie (l'arbre des domaines ou arbre analogique) est remis en cause par la terminologie textuelle (Slodzian, Bourigault, Candel) et la socioterminologie (Gambier, Gaudin, Delavigne), mais reste, dans bien des cas, encore un modèle efficient (ou inévitable ?). Les principaux critères de remise en cause des domaines sont pragmatiques et/ou sociolinguistiques : « *Le domaine est un principe de base en terminologie. Si le classement des termes*

politiques, sociologie, …) et date de publication, nous avons fait sept observations. Premièrement, seules 13 références des 282 ouvrages répertoriées ont été publiées avant 1992, c'est-à-dire avant l'inscription de l'unité dans le *traité sur l'Union européenne* (TUE). Ces travaux sont les suivants :

- Un ouvrage atteste de l'existence du substantif *Subsidiarität* dès 1926 en droit pénal allemand ;
- Un ouvrage italien de droit public est consacré à la notion juridique (Palerme) (1961) ;
- Huit ouvrages sont consacrés au droit canon ou/et ont été publiés par des institutions catholiques :
    - Deux études menées par un abbé, René Metz, portant sur la *subsidiarité* comme principe juridique du droit canon (1971 et 1972),
    - Une thèse de la *Catholic University of America* (1968),
    - Un ouvrage espagnol sur l'organisation hiérarchique de l'Eglise (*Collection canonique*, 1987),
    - Un mémoire de licence publié par la *Faculté de droit canonique de Paris* (1988),
    - Une thèse allemande d'habilitation en théologie (Francfort–sur-le-Main, 1989),
    - Une publication des *Etudes dominicaines* de Bologne (1991) ;
- Un ouvrage du centre européen de la culture basé en Suisse est consacré aux relations entre politique culturelle et *subsidiarité ;*
- Un ouvrage de Bernard de La Rochefoucauld, fondateur de *l'Institut La Boétie*, l'un des premier « *think tank* » français, intitulé *Le Principe de subsidiarité* : *l'entreprise et la société*, publié en 1985 par les éditions de l'Institut ;
- Un ouvrage d'hommage à Jean Boulouis, publié en 1991 et dont l'un des articles, intitulé : « Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union européenne ? » a été rédigé par le constitutionnaliste Vlad Constantinesco ;
- Une publication du *Colloque Delors*, tenu en 1991 sous l'égide de l'Institut européen d'administration publique, affilié à l'Union européenne (UE).

---

scientifiques et techniques en domaines précisément découpés a pu convenir à des périodes de moindre foisonnement terminologique, la notion de domaine doit aujourd'hui être interrogée dans la mesure où elle ne correspond plus à la réalité des usages » et « *au défigement des disciplines* » (DELAVIGNE, V. « Le domaine aujourd'hui, une notion à repenser », *Actes du séminaire Le traitement des marques de domaine en terminologie*, Cahier du LCPE, 2002). Nous sommes toutefois méfiant vis-à-vis de ces nouvelles « dés-ontologies ».

Au regard de ces données relativement partielles, nous nous sommes interrogé : avant 1992, la doctrine juridique française n'a pas produit d'études majeures concernant la *subsidiarité*. Les premières publications sont placées sous l'égide de l'épiscopat français ou du Vatican, de l'Union européenne elle-même ou de groupes de réflexion privés comme l'Institut la Boétie. Une seule publication française témoigne de l'intérêt d'un constitutionnaliste pour la question, celle de Vlad Constantinesco, toutefois ce dernier est personnellement lié au *think tank* « Notre Europe » (ou Institut Jacques Delors) :

> « Nous pouvons mentionner ici les cas emblématiques des professeurs Constantinesco et Dehousse, proche du club delorien *Notre Europe*, le premier favorable à la subsidiarité, le second plus critique, mais l'un et l'autre, ne faisant pas mystère de leur engagement fédéraliste. » (BARROCHE, 2012 : 456)

Deuxièmement, nous avons constaté que 99 références sont étrangères, en majorité allemandes, italiennes (non traduites) et belges, ainsi que suisses, brésiliennes, hollandaises, luxembourgeoises, « liechtensteinienne » (1), autrichiennes (2), finlandaises (1), anglaises (3), américaines (1), colombienne (1). La plupart des publications allemandes et italiennes sont issues du domaine juridique (études d'impact de la construction européenne sur le droit interne) : travaux universitaires et thèses de doctorat, l'essentiel des références allemandes datent des années 1990. Quelques documents espagnols sont des rapports institutionnels du Parlement de Catalogne. Les juristes italiens, belges et allemands[17] semblent s'être saisis de l'unité ou en avoir étudié le concept de manière plus précoce que les juristes français.

Troisièmement, 18 documents sont des rapports ou actes de congrès institutionnels. Y figurent :

- Un rapport de l'OCDE de 2001 ;
- Six documents institutionnels européens ;
    - Les *Actes du colloque Delors* organisé par l'Institut Européen d'administration publique affilié à l'Union européenne (1991),
    - Le rapport du Comité Directeur des Autorités Locales et Régionales (CDLR) du Conseil de l'Europe consacré à la « définition » de la subsidiarité (1994),
    - Les actes de la conférence organisée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'UE du Conseil de l'Europe (1997),

[17] Centre de recherche Robert Schuman de Florence.

- Un document de l'Office des publications du Comité des régions de l'UE (1995),
- Un Livre vert de la Commission européenne (2003),
- Un rapport du Comité des régions de l'UE (2006) ;

- Onze documents institutionnels internes[18],
  - Un rapport du commissariat au Plan sur la politique industrielle (1992),
  - Un rapport d'information du Sénat dit « rapport Poniatowski » au nom de la Délégation du Sénat pour les Communautés européennes (1993),
  - Un rapport d'information de l'Assemblée nationale sur les licences de télécommunication (1994),
  - Le compte-rendu de la 11e conférence des instances européennes des parlements de l'UE publié au journal officiel de l'Assemblée nationale (1994),
  - Un rapport d'information dit « rapport De la Malène » au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union européenne (1996),
  - Un rapport d'information de la délégation pour l'UE du Sénat (2002),
  - Un rapport d'information de la délégation pour l'UE de l'Assemblée Nationale (2004),
  - Un rapport du Conseil d'analyse économique sur les politiques économiques européennes (2004),
  - Rapport d'information de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale (2010),
  - Deux rapports d'information de la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale (2011).

L'essentiel des publications officielles portent sur les relations Etat-membre/Union européenne, en matière de marché unique ou d'application institutionnelle du *principe de subsidiarité*.

Quatrièmement, quatorze documents sont issus de recherches privées :

- Politiques,
  - Actes de congrès du parti populaire européen (1993),

[18] Interne : relatif au droit ou institutions nationaux d'un Etat membre de l'Union européenne, ici les institutions de l'Etat français (ministère, commissions rattachées aux ministères ou aux deux chambres du Parlement).

- Ouvrage consacré au principe de subsidiarité publié par l'Office Universitaire de recherche socialiste (OURS[19]) (1992) ;

- Associatives,
  - Les actes du congrès de l'European association for education law and policy (2000), association de droit privé mais qui dispose du soutien de nombreuses organisations internationales[20],
  - Une publication de l'Association pour l'histoire des caisses d'épargne, affiliée à la Caisse d'Epargne (2007) ;
- Religieuses,
  - Une thèse soutenue à la Catholic University of America (1968),
  - Un numéro de la *Revue de droit canonique* (1972),
  - Un mémoire de licence de la Faculté de droit canonique de Paris (1988),
  - Une référence italienne célébrant le centenaire de l'encyclique *Rerum Novarum* de Léon XIII (1891), publiées par les *Etudes Dominicaines de Bologne* (1991),
  - Une publication de l'Université Pontificale Grégorienne dépendant du Vatican (1992),
  - Les actes du colloque tenu par l'Association des juristes catholiques (1993),
  - Une thèse publiée sous l'égide de la faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris,
  - Les actes d'un colloque de Chrétiens organisé par la section Evangile du *Konrad Adenauer Stiftung* (KAS), *think tank* affilié à la CDU allemande,
  - Le compte-rendu du *Forum Caritas* de Munich, conférences périodiques du réseau *Caritas*, Confédération internationale d'organisations catholiques à but caritatif (à laquelle appartient le Secours catholique en France), dont le siège est au Vatican (1998),

[19] L'OURS a été fondé en 1969 par Guy Mollet après la dissolution de la SFIO.

[20] Réseau de spécialistes en droit de l'éducation et de hauts fonctionnaires de l'éducation nationale, ELA bénéficie de représentants d'organisations et institutions internationales et européennes : en particulier la Commission européenne, le Conseil de l'Europe, l'UNESCO, l'OCDE et la Cour européenne des Droits de l'homme.

- Une étude publiée dans le *Bulletin de littérature ecclésiastique* (2012).

Cinquièmement, les premiers ouvrages en français ne sont pas issus du domaine juridique : nous retrouvons les ouvrages de Millon-Delsol (1991a), de René Lourau (1997), de Claude du Granrut (1997) et le manuel de Clergerie (1997).

Sixièmement, seules 26 références française sont consacrées à la notion, dont 16 sont postérieures aux années 2000 et essentiellement des actes de colloques organisés par des centres d'études européens : Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe de l'Université de Nantes (GRALE GIS-CNRS), ainsi que les actes d'un séminaire organisé en 2003 et d'un colloque organisé en 2005, publiés par les Presses universitaires de Rennes ; les actes d'un colloque de 2008 en droit administratif, un ouvrage portant sur les politiques publiques (2004), des études de droit comparé en matière de décentralisation (2007).

Enfin, l'observation la plus déterminante est sans doute le grand nombre de travaux d'étudiants (117). Dans l'ensemble, les principales thèses et les mémoires de DEA et de Master augmentent significativement à partir de 1997. Elles appartiennent essentiellement au domaine juridique, mais non uniquement. On retrouve un grand nombre de thèses en sciences politiques, en relations économiques internationales, en ingénierie et gestion, en gouvernance des entreprises, en sociologie et aménagement du territoire, des thèses portant sur les politiques européennes des transports, la responsabilité sociale de l'entreprise et les ressources humaines, mais aussi en génie civil, en techniques urbaines, en économie, en politiques européennes de la ville.

Concernant les thèses soutenues dans le domaine juridique, deux tiers s'inscrivent en droit public et communautaire et un tiers en droit privé interne et droit privé international. Le fait le plus significatif est l'étendue des domaines de recherche parcourus : droit de l'Union, droit comparé (français et italien, allemand, marocain, afghan, …), droit administratif, droit de l'environnement, droit de la famille, droit fiscal, droit de la concurrence, droit social, droit constitutionnel (et conflits de juridiction), et droit pénal (et sciences criminelles).

Après l'examen de ces différentes références bibliographiques, nous retenons que, concernant l'acception française de la *subsidiarité*, les références sont, pour la plupart, postérieures à l'inscription de l'occurrence dans le *traité de Maastricht*. Le fait est surprenant puisque l'unité est déjà présente dans un rapport de la Commission européenne de 1975 :

(25) « Pas plus que les Communautés actuelles, l'Union européenne ne doit conduire à la création d'un super-Etat centralisateur. Par conséquent, et conformément au principe de subsidiarité, ne seront attribuées à l'Union que les tâches que les Etats membres ne pourront plus accomplir avec efficacité. » (COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, 1975)

Il est également reconnu que le *principe de subsidiarité* a été explicité (sans être cependant mentionné), par la *Charte de l'autonomie locale* du Conseil de l'Europe, signée à Strasbourg le 15 octobre 1985, ratifiée par 30 Etats-membres du Conseil de l'Europe, parmi lesquels douze des quinze Etats-membres de l'Union européenne.

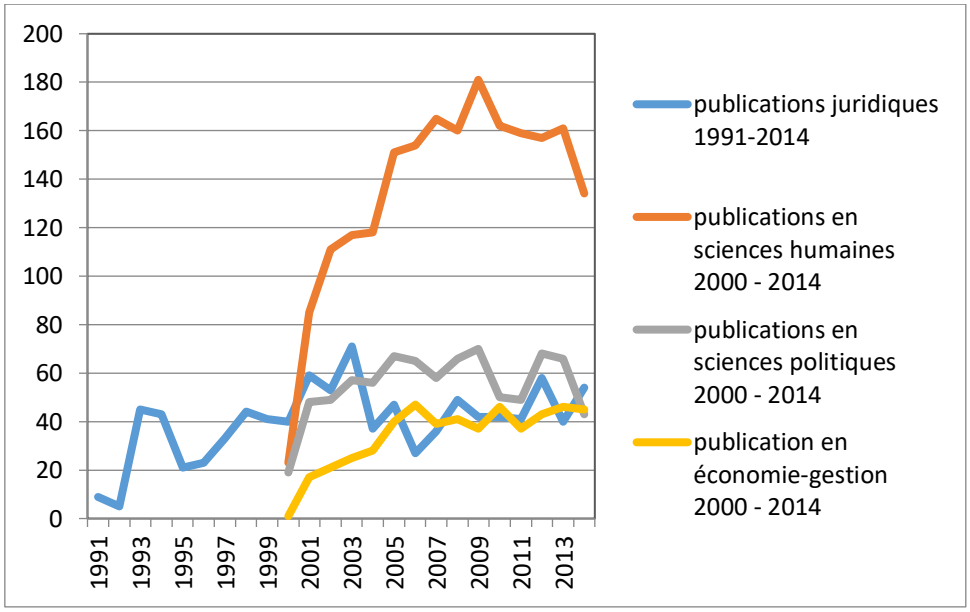
Hormis quelques études marginales, les principaux ouvrages de présentation de la notion sont l'œuvre d'institutions ou d'auteurs qui n'appartiennent pas à la discipline juridique et ne sont pas nécessairement des universitaires, mais surtout des juristes engagés dans la promotion de l'Union européenne ou des hommes et des femmes politiques. L'augmentation rapide des travaux académiques consacrés à la subsidiarité, en particulier des thèses, et la création, en France, de centre de recherches européens, comme le centre Monnet d'Amiens ou le centre de recherche de J. Filiaire, indiquent que les universitaires du domaine n'ont pas anticipé la construction européenne mais qu'ils ont plutôt constitué leurs objets de recherche *a posteriori*.

Par ailleurs, la grande diversité des domaines de recherche auxquels l'université française consacre une partie de l'énergie de ses jeunes chercheurs montre l'étendue des implications du concept de *subsidiarité*, non seulement dans le domaine juridique, mais surtout dans les domaines politique et économique.

Si dans les années 1990, les premières publications portent sur l'unité en droit ecclésiastique, après les années 1990, elles se déportent sur les relations entre ordre communautaire et droit interne, progressivement, les études se développent dans de nombreux domaines de droit interne : la *subsidiarité* se diffuse et interroge désormais le droit français, qu'il s'agisse des différentes branches du droit privé comme de celles du droit public, y compris le droit constitutionnel. Pour la seule année 2014, neuf thèses ont été publiées sur la question et interrogent non le droit européen mais le droit (public) interne. Les principales ressources bibliographiques détenues par le fond universitaire français témoignent désormais d'une recherche active, qui transcende le domaine juridique.

2.2. Recherche dans les périodiques scientifiques

L'affolement est un peu général. Une recherche dans les périodiques juridiques[21] montre l'augmentation des publications entre 1993 et 2014. Une autre recherche à partir de CAIRN (portail de sciences humaines) permet de recenser 2253 articles scientifiques, sur la période 2000-2015[22]. Le graphique suivant que nous avons élaboré à partir des résultats transmis par le portail Doctrinal + et de CAIRN illustre ces évolutions :



Evolution des travaux scientifiques sur la subsidiarité entre 1991 et 2014

L'augmentation des travaux en sciences humaines est significative à partir de 2001. Avant les années 2000, les contributions sont relativement modestes (moins de 90 articles recensés). Elément frappant, les travaux de sciences juridiques augmentent de manière chronique après chaque ratification de traités européens (1992, 1997, 2001, 2007, 2012) mais chutent cependant entre 2004 et 2009. A l'inverse, l'augmentation brutale des travaux, en particulier en sciences politiques (920 au total) et en économie-gestion (525 au total) sur la même période laisse un peu perplexe. C'est un peu comme si, entre 2004 et 2009, la notion de subsidiarité avait été saisie par les politologues et délaissée par les juristes. J. Barroche soulignait également ce phénomène :

[21] Recherches effectuées à partir de la base de données Doctrinal Plus, qui référence les titres d'articles publiés dans 250 revues juridiques françaises depuis 1993.
[22] Déclinées par types : 1 924 articles de revues, 256 ouvrages ou chapitres d'ouvrages, 73 articles d'encyclopédies de poche.

> « Chez de nombreux juristes et politistes, faire référence au principe de subsidiarité, c'est avant tout marquer son engagement en faveur du fédéralisme européen. De là, une intrication problématique entre registre descriptif et registre normatif. Aujourd'hui, le terme assume de plus en plus la fonction de catégorie descriptive, à tel point que, même en l'absence de textes juridiques officiels faisant expressément mention du vocable, les politistes n'hésitent plus à l'invoquer dans leurs analyses, sans nécessairement prendre le soin de préciser sa portée explicative. La subsidiarité peut alors servir aux spécialistes des politiques publiques et de l'administration locale pour interpréter les dynamiques de territorialisation en cours. C'est le sens qui a été donné en 2003 au nouvel article 72-2 de la constitution de la Ve République. » (BARROCHE, DicoPo, 2007)

La subsidiarité est de moins en moins interrogée. Du moins, dans le domaine juridique, elle fait moins l'objet de travaux de recherches spécifiques. Par contre les recherches des domaines connexes au droit, moins familiers d'une notion dont l'une des caractéristiques est l'adaptabilité, commencent à s'en saisir.

2.3. L'omniprésence des questionnements « linguistiques »

A partir du portail CAIRN, il est possible de dresser une liste des trente premiers termes associés à la *subsidiarité* dans les contributions recensées en sciences humaines, les voici : principe ; subsidiarité ; état ; principe de subsidiarité ; article ; Union ; Europe ; action ; Etats membres ; Union européenne ; droit ; enfant ; traité ; commission ; organisation ; objectif ; cadre ; effet ; projet ; environnement ; compétence ; Delors ; situation ; **notion** ; auteur ; agent ; **mot** ; Belgique.

Si nous nous montrons généralement assez méfiants avec les instruments de calcul de fréquence lexicale qui ne sont pas paramétrés, il nous a semblé que ce premier relevé était assez révélateur des principales thématiques abordées en sciences sociales. Si l'on observe cette liste de termes-notions, nous constatons en premier lieu l'omniprésence de la question institutionnelle, en particulier celle relative aux institutions de l'Union, de la question judiciaire, des relations entre Union et Etats-membres. Quelques contributions discutent le principe de subsidiarité en droit de la famille (tutelle et curatelle). Mais il apparaît également toujours le motif linguistique et notionnel.

3. Les données lexicographiques

3.1. Les données transmises par les dictionnaires de langue générale française

Les questionnements liés à la forme et au sens de l'unité *subsidiarité* traversent l'ensemble des travaux que nous avons été amené à consulter dans le cours de notre recherche. Il s'agit d'un motif récurrent des principaux ouvrages français consacrés à l'exposé de la notion mais également des ouvrages allemands, bien que la forme *subsidiarité* soit généralement présentée comme ayant une origine allemande (*Subsidiarität*). Cependant, l'unité est bien répertoriée (depuis quelques années seulement comme le soulevait déjà J.-J. Briu en 2014[23]) dans les ouvrages lexicographiques juridiques, notamment dans le *Vocabulaire* de Gérard Cornu (Association René Capitant), ainsi que dans les versions les plus récentes des dictionnaires de langue générale. L'édition 2015 du *Petit Robert* indique :

(26) « Subsidiarité : nf. Qualité, Statut de ce qui est subsidiaire.
Pol. Principe de subsidiarité – selon lequel une autorité centrale ne peut effectuer que les tâches qui ne peuvent pas être réalisées à l'échelon inférieur. »

Le *Larousse Illustré* 2015 indique pour sa part :

(27) « Subsidiarité : nf. Dr. Adm. Principe de subsidiarité. Principe de délégation verticale des pouvoirs, notamment dans les fédérations ou dans l'Union européenne. L'Union européenne est compétente pour les domaines où une intervention communautaire a été prévue et pour lesquels celle-ci est jugée souhaitable, la compétence de droit commun appartenant aux autorités nationales. »

Les choix définitoires de ces deux ouvrages ne se recoupent que partiellement. Le *Petit Robert*, traditionnellement, s'attache à donner des informations de nature morphologique : *subsidiarité* est un dérivé de *subsidiaire.* Le *Larousse*, quant à lui, ne s'attarde pas sur cette question et renvoie immédiatement à un sens spécialisé en droit administratif. Ainsi, alors qu'il s'agit de deux définitions données par des dictionnaires de langue générale, le caractère

[23] Dans un article introducteur de l'ouvrage collectif franco-allemand, Briu indique en effet : « *Dans tous les ouvrages généraux français le terme « subside » est attesté depuis le Nicot 1606 jusque dans le Petit Robert 1970. Le dérivé « subsidiaire » apparaît dans tous les dictionnaires français depuis celui de l'Académie française 1694. En revanche – le fait est assez surprenant – le nom trois fois dérivé « subsidiarité » - ((subsid) – iar) –ité))) – n'existe dans aucun des dictionnaires français du 18e, 19e et 20e siècle.* » (p. 7)

spécialisé est omniprésent : *subsidiarité* n'a, selon tout vraisemblance, pas d'acception en langue générale. C'est pourquoi les deux dictionnaires consacrent l'essentiel de la définition au *principe de subsidiarité*, c'est-à-dire au syntagme tel qu'il s'est figé pour devenir une entrée juridique. Mais quand le *Larousse* renvoie au sens juridique, le *Petit Robert* le qualifie pour sa part de sens politique. *Le Petit Robert* donne une définition que l'on pourrait qualifier de générale, pouvant être reformulée ainsi : principe politique général qui limite le pouvoir d'intervention d'une autorité désignée comme *centrale* au profit d'autorités d'échelons inférieurs. *Le Larousse* indique un sens spécifiquement juridique qui recoupe sous une formulation différente et plus précise les indications du *Petit Robert* : « *principe de délégation verticale des pouvoirs* », tout en limitant l'acception au droit européen et à certains Etats-nations organisés sur le modèle fédéraliste. Cependant, la définition se consacre plus précisément au *principe de subsidiarité* tel qu'il s'exprime en droit de l'Union : on retrouve dans cette mention spécifique l'essentiel de l'article 3B du *traité sur l'Union européenne*, (1993), en particulier sur le plan lexical (*compétence*, *intervention*, *domaine*). Le dictionnaire précise une connotation discrétionnaire à travers le syntagme « jugée souhaitable ».

3.2. Données transmises par le domaine juridique

Nous avons comparé ces deux définitions avec celle donnée par un dictionnaire spécialisé du domaine juridique, en nous reportant sur le principal ouvrage lexicographique du domaine, le *Vocabulaire Juridique* de Gérard Cornu, association Henri Capitant. Le doyen Cornu est connu pour avoir été l'un des principaux chercheurs du domaine à avoir interrogé le droit sous l'angle de ses relations avec les questions linguistiques et communicatives. Il a écrit de nombreux ouvrages et articles dont le principal est *Linguistique Juridique*. Il s'est également interrogé sur la notion de définition en domaine juridique. Le dictionnaire dont il avait repris la coordination, transmet en 2015 les données définitoires suivantes :

(28) « Subsidiarité

Subst. Fém. – de *subsidiaire.

1 Caractère de ce qui est *subsidiaire

Ex. subsidiarité de l'action de *in rem verso*

2 (eur.). Caractère imprimé à l'un des modes d'action de la Communauté européenne.

- (principe de). Règle directive en vertu de laquelle la Communauté n'agit – en dehors des domaines de sa compétence exclusive – que si et dans la mesure où les objectifs de

l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire (art. 3B trait. CE, ins. par trait. Maastricht). V. *transposition*. » (LE VOCABULAIRE JURIDIQUE, 2015)

A la première lecture, nous pourrions être quelque peu déçu. En effet, nous nous attendions à trouver une définition plus précise, qui tranche avec les différentes acceptions attestées dans les dictionnaires de langue générale. Or, si le *Vocabulaire Juridique* distingue deux sens, un premier très restrictif où *subsidiarité* désigne un mode particulier d'action judiciaire et l'illustre par un exemple en droit des obligations (des quasi-contrats) avec l'action de *in rem verso* (enrichissement sans cause), pour le second, la définition est réduite à la reproduction de l'énoncé du *principe de subsidiarité* du *traité sur l'Union européenne* de 1993 :

(29) « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. » (Traité sur l'Union Européenne, 1993).

3.3. L'énoncé du Traité de Maastricht : une définition légale ?

Nous nous sommes interrogé sur la nature de cette définition. G. Cornu a publié en 1981 un article consacré à la définition dans le domaine juridique et caractérisé le genre de la « définition légale » :

> « Parmi d'autres interventions étatiques en matière de langage, la définition légale pourrait avoir au moins pour fonction – et justification – de dissiper l'équivoque et l'obscurité. De la part du législateur, souverain, elle est choix et clarification. » (CORNU, 1981 : 77)

Cornu envisage l'importance de la définition légale car, selon lui : « *le pouvoir de nommer, surtout lorsqu'il accompagne la réforme du droit, est une prérogative de souveraineté* » (CORNU, 2005 : 21). L'acte de dénomination est donc déterminant : nommer consiste, dans le domaine juridique, à attacher une signification parmi d'autres et retenir « *un effet de droit* » (*ibid*. : 18). C'est pourquoi, explique-t-il :

> « Nous avons, dans nos lois, un trésor de définitions : pour le droit français, plus d'une centaine dans le Code civil, et une trentaine dans le nouveau Code de procédure civile, à

> ne compter que les définitions qui, en la forme, se donnent évidemment pour telles. Il en existe d'innombrables dans les autres codes et les textes spéciaux (lois, décrets, arrêtés). Le procédé des définitions est également connu dans les législations étrangères. Certaines — les législations de type anglo-saxon — font un emploi systématique, en tête de chaque loi, de définitions générales. Le même usage de définitions préliminaires (ou annexes) prévaut dans la plupart des conventions internationales. C'est une haute tradition : au titre XVI du livre cinquante du *Digeste*, le *De verborum significatione* en regroupe 246. » (CORNU, 1981 : 77)

Bien que s'inscrivant dans une approche que nous qualifierons pour l'instant de « classique », établissant que la définition d'un terme (spécialisé) est la consécration d'un concept, Cornu constate qu'« *à l'essai, l'extrême diversité des définitions légales se déploie, pour notre embarras, dans toute son ampleur* » (op. cit. :79). A partir de cette citation, nous insisterons sur le fait que la définition juridique constitue un exercice périlleux et multiforme, mais qu'il traverse toutes les époques et toutes les traditions juridiques (ainsi, autant le droit de tradition civiliste que le droit anglo-saxon).

Pour illustrer ce qu'il entend par définition légale, Cornu reproduit la définition canonique de « mineur » dans l'article 388 du *Code civil*. Bien que l'article auquel se réfère Cornu ait été modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 2[24], le chapitre 1 de la loi est toujours introduit par cette définition : « *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.* (article 388, Livre Ier, Titre X) »

A titre d'exemple de définition légale en droit international, Cornu illustre par le décret n° 78-1000 du 28 septembre 1978 portant publication de la *Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution* (qui contient un art. 2 Définitions) :

> « Article 2.
> Définitions
> Aux fins de la présente Convention :
> On entend par « pollution » l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, lorsqu'elle a des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques, risques pour la santé de l'homme, entraves aux activités maritimes y compris la pêche, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agréments ;
> On entend par « Organisation » l'organisme chargée d'assurer les fonctions de secrétariat en vertu de l'article 13 de la présente convention. »

La définition légale emprunte des formes multiples mais relativement proches de celles utilisées en langue générale : il s'agit essentiellement d'une « reformulation » (PEYTARD, ALII.

[24] Journal Officiel de la République Française, 7 mars 2007, révision en vigueur le 1er janvier 2009.

1984) :

> « La question nodale posée est celle de la *reformulation* des discours scientifiques et techniques dans diverses situations : celles de l'enseignement, de la traduction, des échanges conversationnels au laboratoire, de la « vulgarisation ». Autant de lieux et de motifs pour *reformuler* un discours d'origine en un discours second, sans que s'efface, au passage, le label « scientifique et technique. » (PEYTARD, 1984 *:* 3)

M.-F. Mortureux, dans une étude consacrée à la notion de paradigme désignationnels, explique qu'en premier lieu, les principaux reformulants sont de nature métalinguistique, et plus précisément relèvent d'un « *métalangage in presentiae* » :

> « […] toutes les structures syntactico-lexicales faisant intervenir les verbes et noms métalinguistiques : *signifier, désigner, nommer, s'appeler, mot, terme, nom*, … ainsi que leurs nombreuses variantes, qui établissent une équivalence entre un terme et une séquence reliés syntaxiquement par ces verbes ou noms. Le métalangage, analysé par J. Rey-Debove (1978), est régulièrement pris en compte par les analyses automatiques de textes parmi les signaux de terminologie dans les discours spécialisés (voir G. Osman 1989), où il apparaît très fréquemment, aussi bien dans la démarche proprement scientifique, productrice de connaissances, que dans la diffusion et la vulgarisation ; on trouvera dans *Langue française* n°53 (Mortureux 1982, notamment p. 50-56) une description de ses manifestations dans des discours spécialisés. » (MORTUREUX, 1993)

Elle remarque toutefois que dans les discours spécialisés, les principaux reformulants définitionnels (à partir de *signifier* ou *désigner*) sont en fait plus rares qu'on ne le pense. De façon générale, les séquences définitionnelles ou dénominatives s'estompent en discours de vulgarisation. L'effacement du métalangage est substitué par des relations d'équivalence (*être*), de coordination (*c'est-à-dire*) ou de juxtaposition de reformulants non désignés. Il nous semble lié au phénomène soulevé ici par Cornu concernant la définition légale. Toutefois, malgré leur hétérogénéité, on voit ici que nos définitions canoniques ont des structures qui lui correspondent. Dans le corps de la loi, l'emploi *être* établit ici, certes une équivalence, mais également une relation hypéronymique : l'individu concret et sa classe (le mineur). Dans le cas de l'article conventionnel, les définitions donnent lieu, sur le plan sémiotique, à des articles distincts du corps des énoncés prescriptifs. La définition est introduite par reformulants définitionnels : *entendre*, dans un sens désuet encore vivace en domaine juridique, est synonyme de *comprendre*.

Si nous considèrerons le traité européen, source primaire du droit de l'Union européenne, comme comparable à la loi constitutionnelle, de toute évidence, notre définition du principe de subsidiarité, reproduction du contexte définitoire de l'article 3B du *traité de Maastricht* ne

correspond pas à la définition légale « canonique », que Cornu nomme :

> « […] le modèle aristotélicien : destiné à extraire « l'essentiel de l'essence d'un objet », en rattachant d'abord l'objet à un genre puis en le distinguant, par ses caractères propres, des autres espèces de ce genre […]. Ordonnée à la connaissance de la nature de l'objet, subordonnée à la découverte de ses attributs distinctifs, [la définition] conduit à la formulation du concept qui les unit. » (CORNU, 1984 : 80)

Cette conception de la définition, et bien que Cornu soit conscient qu'il n'existe pas de modèle canonique et figé, correspond à la définition componentielle : identification d'un hypéronyme, ici correspondant au genre des règles de droit, puis spécification des traits définitoires spécifiques. Or, s*ubsidiarité* apparaît comme une forme dont la définition va de soi : l'article qui l'énonce n'a pas pour fonction de définir la *subsidiarité de l'action communautaire*, mais les conditions dans lesquelles les relations entre Etats-membres et ordre juridique communautaire sont de nature à favoriser au mieux l'application des objectifs des traités dans les domaines de compétences qu'ils partagent. L'adverbe *conformément* sous-entend un intertexte vers lequel se reporter pour y lire une définition. Or, cet intertexte n'existe pas : le *traité de Maastricht* ne consacre aucun article spécifique à la définition du terme employé. Ainsi, si nous avons bien affaire à un concept de droit positif (dont la définition découle d'une source de droit positif), non pas à un concept doctrinal (créé par la doctrine pour analyser, interpréter et styliser les phénomènes juridiques) (EISENMANN, 1966 : 25-43) : « *tout se passe en définitive comme si le principe de subsidiarité disposait de l'évidence du bon sens* » (BARROCHE, 2012 : 33).

3.4. Retour sur la définition du *Vocabulaire juridique*

Si nous observons de plus près la physionomie de la définition juridique, nous constatons que le *Vocabulaire*, à la différence des deux autres, distingue bien deux sens, ou deux concepts, de *subsidiarité*. On retrouve en fait ici la caractéristique d'un dictionnaire terminologique, qui vise à distinguer deux termes :

> « [l'] élément distinctif entre la lexicologie et la terminologie est que les mots du lexique – dit-on – sont toujours ou presque polysémiques, tandis que les termes sont monosémiques. Ainsi, dans le lexique, une forme reçoit plusieurs sens – représentée ainsi dans les dictionnaires – et par contre, un terme n'a qu'un seul sens. » (CABRE, 2000 : 30)

Bien que M. T. Cabré introduise cette distinction afin de la remettre en cause, elle vaut pour ce que nous décrivons : le sens 1 renvoie à la définition, en droit français, non du substantif

subsidiarité mais de l'adjectif *subsidiaire*. Il y a tout lieu de penser que *subsidiaire*, en droit français, renvoie à une notion ou à plusieurs notions juridiques indépendantes du droit européen. Si l'on suit le raisonnement de P. Lerat :

> « La méthodologie de la définition est un jeu de propositions dont les unités ne sont pas des mots mais des notions. Du moins si l'on s'en tient à la définition substantielle, bien entendu : il faut exclure les simples définitions relationnelles qui renvoient du dérivé au mot de base, les définitions synonymiques et antonymiques qui prennent les notions comme invariant partagé, et les définitions métalinguistiques qui disent par exemple que *eux* est un pronom personnel. » (LERAT, 1990 : 79)

En l'espèce, le premier sens est bien une « *définition relationnelle qui renvoie du dérivé au mot de base* ». Bien que le caractère *subsidiaire* de l'action de *in rem verso* (enrichissement sans cause) ait été reconnu dès l'arrêt de 1892 (arrêt Boudier), ni le terme de *subsidiarité* ni l'adjectif *subsidiaire* ne sont mentionnés par l'arrêt. Ils n'apparaissent que dans les commentaires doctrinaux, plus tardifs, par exemple : « *la doublure des actions régulières* », constituant « *un moyen subsidiaire, à défaut de tout autre* » (Bourcart, com. Cas. Req. 15 juin 1892, [1908], cité par POSEZ, 2014 : 190).

Nos conclusions sont les suivantes : premièrement, le sens 1 ne paraît pas recouvrir le même concept que le sens 2 : s'il y a deux sens, il y a bien deux concepts. Deuxièmement, le substantif *subsidiarité* n'appartient pas à la terminologie juridique interne mais est un terme d'appartenance exclusive au droit européen. Troisièmement, ce sens n'est pas spécifié, il entend renvoyer à une notion *a priori* connue. Nous allons le voir, aucun des ouvrages consacrés à la notion de *subsidiarité* dans son acception européenne ou dans ses sources catholiques, ne s'intéresse à ce premier sens juridique. Sa relation avec le sens européen semble au mieux relever de l'homonymie. Toutefois, C. Millon-Delsol évoque, dans l'introduction son ouvrage de 1991a, le fait que le terme rappelle une notion de « droit administratif » :

> « L'idée de subsidiarité ne recueille guère d'écho chez les modernes. Elle rappelle un principe de droit administratif, donc relégué dans les manuels techniques. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 5)

Cependant, l'auteure ne renvoie à aucune source doctrinale ou légale.

3.5. La subsidiarité : une règle directive

Le second sens s'en tient bien à la définition de l'unité en droit européen. Nous précisons que

nous avons consulté la dernière édition (2015) du *Vocabulaire* et l'avons comparé à l'édition de 2005 : la définition y reste inchangée. Celle-ci n'est que partiellement rédigée : « *règle directive en vertu de laquelle* ». La suite de l'énoncé est une reproduction de l'article 3B du *traité de Maastricht*. Le *Vocabulaire* ne donne aucune définition formalisée de *subsidiarité*. Du moins se contente-t-il d'établir une relation d'hypéronymie générique (LERAT, 1990 : 79) : la *subsidiarité* appartient à la classe de la *règle de droit*.

Cette règle est qualifiée de « directive ». Nous nous sommes reporté à l'entrée *règle* du même dictionnaire pour constater l'inexistence, en droit français, d'une définition de *règle directive*. Les seules *règles juridiques* faisant l'objet d'une définition dans le *Vocabulaire juridique* (2015) sont :

1. *la règle de droit* entendue comme règle « obligatoire »
2. La *règle de principe* (opposée l'exception)
3. Toute norme autre que juridique (morale, éthique, religieuse).

Cependant, en nous reportant à l'entrée « directif, ive » du *Vocabulaire*, nous avons pu lire :

> « Dér. de direct. Se dit d'une règle souple destinée à orienter les sujets de droit ou à guider l'interprète dans la poursuite d'une certaine fin, sans enfermer sa mise en œuvre dans des prescriptions de détail. Comp. standard, notion-cadre. V. norme, normatif, régulateur. Ex. le devoir de bonne foi dans les contrats, l'obligation de se conduire en bon père de famille. » (CORNU, 2015 : 307)

Nous pouvons, à ce stade, faire l'hypothèse que les auteurs de l'entrée *subsidiarité* du *Vocabulaire* classent la notion à laquelle renvoie la désignation en droit européen dans le sous-genre des « standards juridiques ». Ainsi, la définition du dictionnaire juridique indique une donnée déjà transmise par la définition du *Larousse*, à savoir le caractère discrétionnaire (souple) du *principe de subsidiarité*.

4. Premier bilan

A partir ces informations transmises par trois dictionnaires ainsi que par l'état de la question en droit et en sciences humaines et sociales, nous pouvons résumer les principales difficultés rencontrées lorsqu'on s'aventure à circonscrire la signification de *subsidiarité* et de la locution *principe de subsidiarité* :

- Les deux unités circulent de manière intense au-delà du seul domaine juridique, elles sont parfois présentées comme uniquement juridiques, parfois comme transversales à plusieurs domaines ;
- Sur le plan morphosémantique, deux ouvrages lexicographiques consultés présentent l'unité *subsidiarité* comme dérivé de *subsidiaire*, attesté en langue française, mais la forme *subsidiarité* ne semble pas actualisable en dehors de domaines spécialisés très récents, comme le droit de l'Union ;
- Les données sont relativement pauvres, pour des motifs intentionnels, consistant dans la nature même du concept (être un standard, c'est-à-dire une règle souple qui ne prescrit rien en détail) ;
- L'acception juridique (sens 1) paraît accessoire par rapport à l'acception contemporaine, issue du droit de l'Union.

Chapitre 2

Les standards juridiques

1. La subsidiarité : un standard juridique

Elsa Bernard, chercheuse en droit public, a consacré sa thèse de doctorat, soutenue en 2006, à la notion *de standard juridique* et à sa spécificité en droit de l'Union, dans les prolongements des travaux de son directeur de recherche, Stéphane Rials. Elle indique notamment :

> « Les particularités de l'ordre juridique communautaire ont fait l'objet de multiples analyses. Droit de l'intégration, droit supranational, le droit des Communautés, puis de l'Union européenne présente d'irréductibles spécificités tant par rapport aux droits nationaux qu'eu égard au droit international. L'une de ses particularités est peu souvent évoquée. Il s'agit de la présence, en droit communautaire, d'un type particulier de notions indéterminées a priori : les standards juridiques. » (BERNARD, 2010 : 2[25]).

L'auteure explique que le problème inhérent à la notion de standard juridique consiste dans l'impossibilité d'obtenir des définitions strictes des notions qu'elle subsume, puisque cette classe de règle de droit est elle-même indéterminée :

> « Ce désintérêt relatif de la doctrine s'explique peut-être par l'ambigüité de la notion de standard, son insaisissabilité voire les doutes qui en découlent quant à son existence même. » (*Ibid.* : 2)

Un standard échappe à toute définition formalisée en raison de son caractère relatif : son hétérogénéité est telle qu'aucune abstraction de ses principales propriétés n'est possible. La chercheuse précise cependant :

> « […] constater que la règle qui contient le standard est indéterminée a priori, et que son contenu est attribué par l'interprète, lors de son application aux faits de l'espèce, ne suffit pas à différencier le standard des autres notions juridiques. » (*Ibid.* : 2)

[25] Sa thèse a été publiée chez Bruylant en 2010. Cf Bibliographie.

Donc, nous dit-elle encore :

> « Il est évidemment difficile de percevoir un seuil à partir duquel la « marge de manœuvre revenant à l'interprète de la norme est telle qu'une notion mérite la qualification de standard. » (*Ibid.* : 3)

Elle indique également qu'il est :

> « […] rare que dans un ordre juridique, le législateur et le juge emploient le terme de « standard » […]. En droit communautaire, ni les traités, ni les actes de droit dérivé, ni même la jurisprudence ne qualifient expressément certaines notions de standard juridique. Seul l'Avocat général P. Léger, y fait référence dans ses conclusions, en évoquant la nécessité d'avoir recours à l'interprétation téléologique lorsqu'une disposition contient un « standard juridique […] révélant ainsi la volonté du législateur de laisser au juge le soin d'en définir le contenu au cas par cas pour en faire une application adaptée aux faits dont il est saisi ». » (*Ibid.* : 3)

En fait, si la classe du standard est aussi difficile à saisir par la définition (exposition du concept) c'est qu'il semble que :

> « […] l'indétermination des standards ait amené les auteurs à considérer que la notion de standard elle-même peut – ou doit – rester indéterminée, comme si le « flou », qui définit le contenu devait également caractériser le contenant. » (*Ibid.* : 4)

A partir de ces commentaires, on perçoit que le standard désigne une notion vague, un critérium de la pratique juridique, mais en aucun cas un concept subsumant les cas particuliers sous la règle générale. Il nécessite, pour trouver un contenu, une interprétation jurisprudentielle. Elsa Bernard admet bien le *principe de subsidiarité* dans la classe des notions indéterminées *a priori* (dont déterminées *a posteriori*, c'est-à-dire à travers ou après l'expérience judiciaire) :

> « Déjà décelable dans le traité CECA, la subsidiarité se devine aussi dans le traité CE, mais c'est avec l'Acte Unique européen, qu'elle est, pour la première fois, mentionnée expressément, dans un domaine particulier : l'environnement. Il faut attendre le traité de Maastricht pour que la subsidiarité fasse l'objet d'une disposition générale. […] La notion de subsidiarité, telle qu'elle a été élaborée par le constituant communautaire, est une notion dont le contenu n'est pas déterminé, a priori. Compte tenu des termes mêmes dans lesquels est formulé le principe, il peut être légitimement présumé que cette indétermination est intentionnelle. » (BERNARD, 2010 : 92).

Les standards seraient de nouveaux concepts indéterminés, formulés comme des « directives » laissant une grande marge de manœuvre à l'interprète (Etat ou juge). Il est régulièrement rapproché, notamment en terminologie (PIC, 2007 : 68) de la notion de « *concept*

essentiellement contesté » tel que l'a défini le sociologue américain Walter Bryce Gallie :

> « Des concepts dont l'usage approprié entraîne inévitablement des disputes sans fin sur leurs usages appropriés de la part de leurs utilisateurs » (GALLIE, 2014 [1956]).

Ce rapprochement, opéré par Elsa Pic, est étonnant étant donné l'étymologie de *standard* que les linguistes Danièle Boursier et Véronique Tauziac définissaient dans un rapport de 1995 de la manière suivante :

> « Standard vient du vieux français "estandard" : c'était un signe de rassemblement autour d'un homme ou d'un symbole. » (BOURSIER, TAUZIAC, 1995).

1.1. Une première contradiction

Le principe de subsidiarité appartiendrait à la classe des règles juridiques souples. En soi, cela ne devrait pas poser de problème particulier. Le droit français, notamment le droit public, est riche de dispositions laissant à l'administration une relative marge de manœuvre discrétionnaire, lui permettant de tenir compte des situations particulières des administrés lorsqu'elle est amenée à appliquer les textes législatifs et réglementaires. Bien que le pouvoir discrétionnaire soit « *affecté d'un coefficient de méfiance, pour ne pas dire de défiance dans les systèmes juridiques* » (BOUVERESSE, 2010 : 1), le droit public distingue le pouvoir discrétionnaire entendu comme « *pouvoir de libre appréciation que la loi laisse à l'agent administratif* » (BONNARD, 1923 : 363), encadré par l'opportunité du « recours pour excès de pouvoir » et la décision arbitraire, entendue non comme le « *résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre* » (VOCABULAIRE JURIDIQUE, 2015).

A l'inverse, le standard serait contenu dans des dispositions législatives visant à limiter le rôle de l'Etat dans la définition précise de l'application d'une disposition. Le standard ne favorise pas le pouvoir discrétionnaire de l'Etat, mais d'un côté, le recours pour excès de pouvoir dans le domaine administratif, de l'autre l'augmentation du pouvoir discrétionnaire du juge judiciaire, des juridictions du droit social (travail, sécurité sociale, …), et, plus problématique encore, la multiplication de « juridictions » privées (arbitrage). Ceci dit, nous ne rentrerons pas dans ces considérations, du moins pour l'instant. Ce qui nous a semblé le plus frappant concernant le *principe de subsidiarité*, mais également pour d'autres notions désignées comme standards, se situe sur le terrain linguistique et discursif, bien que ces phénomènes nous paraissent liés.

La classification de ces notions dans le domaine des standards ne parvient pas à neutraliser la recherche permanente de définition. Bien au contraire, elle la suscite. Pour le substantif *subsidiarité*, la recherche frôle l'obsession, dont nous avons nous-même été victime. Le phénomène est accru par le fait que la désignation est souvent présentée comme ayant été employée au point de départ par le pape Pie XI dans son encyclique de 1931 intitulée *Quadragesimo Anno*. Les questionnements sont donc de deux ordres : morphologiques et sémantiques. Ils parcourent toutes les études majeures : quand le substantif a-t-il été créé ? Par qui ? Quel est son parcours discursif, comment d'une notion théologique en est-on parvenu à une notion juridique ? Y a-t-il un lien ? Tantôt le lien est réaffirmé, tantôt le lien est nuancé (en particulier dans le *Rapport de la Malène* de 1996 évoqué en introduction). Que veut dire *subsidiarité* ? Les principales recherches opèrent un détour étymologique, toujours identique : *subsidiarité* est construit à partir de l'étymon *subsidium*, lexème latin employé essentiellement dans le domaine militaire. Mais l'idée politique d'un « Etat subsidiaire » (Millon-Delsol, 1991a) aurait été inventée en 1873 par un évêque allemand, J. Ketteler puis reprise soixante ans plus tard par le pape Pie XI. Elle serait devenue un principe essentiel de la Doctrine sociale de l'Eglise, et sur un autre plan, plus tardivement et par emprunt, une notion juridique centrale du processus d'intégration communautaire.

La seconde partie étant entièrement consacrée à l'état de la question sur ce plan linguistique, nous ne rentrerons pas ici dans le détail des acquis en la matière. Notre première partie est consacrée à des réflexions théoriques et méthodologiques. Nous tenions toutefois à préciser que, si ces questionnements versent quelque peu dans les spéculations les plus saugrenues en ce qui concerne notre objet, ils s'avèrent presque typiques pour de nombreuses autres notions caractérisées comme standard, en particulier dans le domaine des Droits de l'Homme. Il est inhérent à la notion de standard de soulever des interrogations linguistiques. Nous pourrions constituer des corpus métalinguistiques entiers dans le domaine juridique (autour de *principe de subsidiarité*, mais aussi de *développement durable*, de *dialogue social*, …) Evidemment, il faudrait distinguer entre les différentes notions désignées comme des standards. Les notions d'« indu », d'« immoral », d'« injurieux et grossier », attestées sans définition dans le Code civil ne présentent pas un caractère de droit politique (leur utilisation par le législateur n'a pas de conséquence immédiate sur l'ordre juridique). Il n'en va pas de même de *principe de subsidiarité*, *principe de non discrimination* et d'autres notions qui sont expressément mentionnées dans des textes de nature constitutionnelle.

1.2. Les sources théoriques de la notion de standard juridique

Un instrument juridique en forte augmentation

La théorie des standards n'est pas une théorie contemporaine. Nous ne pouvons pas, dans le cadre de ce travail, espérer présenter la notion dans toute son histoire et ses implications. Nous tenterons de synthétiser ses principaux enjeux et ses sources.

Le terme *standard* devient à l'heure actuelle une sorte de mot d'ordre en lien avec la juxtaposition et construction de nombreux ordres juridiques, ce que l'on pourrait désigner par la mondialisation du droit, la « mondialisation des juges » (ALLARD, GARAPON, 2005) ou encore reprendre la formule de Ronald Dworkin de « l'Empire du droit » (DWORKIN, 1986). Cet engouement pour la notion de standard nous paraît lié au développement du droit international, en particulier privé, ainsi qu'au renforcement des organisations internationales, comme l'Organisation des Nations Unies ou d'institutions supranationales régionales comme l'Union européenne. Le développement des relations internationales nécessiterait un assouplissement du droit, en particulier celui des ordres juridiques nationaux.

Il est souvent pointé que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et d'autres textes comme la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, entérinent la notion de standard juridique, c'est-à-dire listent des droits fondamentaux au moyen de désignations permettant une certaine latitude interprétative. L'objectif invoqué est généralement celui du minimum de consensus entre des Etats dont les ordres juridiques sont très hétérogènes. André Tunc estimait déjà en 1970, avec le rédacteur de la *Déclaration* de 1948 René Cassin, qu' :

> « En ce qui concerne les droits de l'homme, au contraire, les standards peuvent être extrêmement féconds, ainsi que l'a suggéré M. le Président Cassin. C'est ainsi qu'on les trouve couramment dans des documents tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme ou la Déclaration européenne des droits de l'homme. De tels textes ne peuvent pas poser de règles précises et concrètes qui soient acceptables par l'ensemble des nations ; les règles précises dépendraient trop étroitement d'un contexte de règles de droit, de procédures et de juridictions, qui varie beaucoup d'un pays à l'autre. Les Déclarations de droits ne peuvent donc s'exprimer que par de grands principes généraux ou par des standards. » (TUNC, 1970 : 253-254)

Les standards juridiques sont donc de simples directives autour desquelles des partenaires institutionnels peuvent trouver matière à consensus, moyennant une formulation relativement souple et renvoyant à une interprétation par les Etats et les juges internes.

Tentative de caractérisation linguistique

Comment se construit linguistiquement un standard ? Aucune unité de la langue n'est intrinsèquement un standard. Une unité de la langue générale ne devient un « terme » juridique que dès lors qu'on lui « *rattache une signification auquel renvoie à un effet de droit* » (CORNU, 2005 : 18). Certes, la langue juridique dispose d'un répertoire lexical composé de nombreuses unités dont l'« *appartenance juridique est exclusive* » (CORNU, 2005 : 13) et qui « *n'ont aucune autre fonction que celle d'exprimer, dans la langue commune, des notions juridiques* ». (*Ibid.*) Elle est également « *conservatrice* » (*Ibid* : 20), notamment parce qu'elle maintient un vieux fond lexical latin (LERAT, SOURIOUX, 1975 : 15). Mais l'essentiel de la terminologie juridique appartient au système lexical de la langue générale, la langue juridique n'est pas une langue, mais pour reprendre encore la terminologie de Gérard Cornu, un *langage*, ou une pratique langagière. Pierre Lerat et Jean-Louis Sourioux insistaient également sur ce point, du moins d'un point de vue linguistique (et non pragmatique) :

> « Il est bien évident que le droit s'exprime dans des idiomes nationaux. En ce sens il n'y a pas de langue du droit. La question qui se pose en revanche, est celle de l'existence d'un langage juridique, en prenant langage au sens de façon particulière de s'exprimer. » (LERAT, SOURIOUX, 1975 : 9)

Dès lors, les juristes reconnaissent l'importance de l'appui linguistique dans un domaine juridique, essentiellement tenu par des préoccupations d'ordre prescriptive :

> « La recherche du sens est le service essentiel que la linguistique juridique, science auxiliaire du droit, peut rendre au droit […] l'existence et l'importance des significations juridiques sont des données incontestables de l'observation linguistiques […]. La juridicité du sens et l'importance de cette spécificité sont, pour la création et la réalisation du droit, des faits linguistiques essentiels. » (CORNU, 2005 : 17)

En effet, pour Cornu, comme pour Depecker, « *le mot (pour raisonner sur l'unité significative ordinaire) véhicule un concept*. » En somme, un terme répond à plusieurs exigences : un consensus autour de la forme et de sa relation avec une signification, elle-même discutée au sein d'un domaine. Cette signification ne renvoie pas au signifié saussurien, mais à une unité de connaissance (DEPECKER, 2003 : 30), qu'il faut distinguer, car si « *le concept se résumait au signifié, on serait obligé d'admettre* […] *que les concepts varient d'une langue à l'autre* » (*Ibid.*), et même, d'une certaine manière, puisque le signe « *déborde de sens* » (*Ibid.* : 36) que les concepts varient d'un individu à l'autre. Afin de neutraliser les variations sémantiques et désignationnelles, le concept fait l'objet d'une définition, qui n'est rien d'autre que l'énoncé des « *propriétés du concept* » (*Ibid.* : 43), exercice essentiellement collectif. Le consensus

n'en est pas moins fragile et difficile à obtenir, mais il s'obtient : *anatocisme*, *antichrèse*, *emphythéose* sont des entrées de dictionnaires juridiques. Même en discours, l'interprétation jurisprudentielle est relativement cadrée par leur définition.

Un standard juridique est désigné par une unité de la langue énoncée de manière régulière dans des discours juridiques, y compris et surtout de nature contraignante (c'est-à-dire des textes de droit positif). A la différence du terme cependant, il fait volontairement l'objet d'une absence de définition préalable. Si l'on attribuait à un standard une définition précise, c'est-à-dire si l'on rattachait à une unité une signification déterminée, moyennant une perte significatrice et un certain despotisme normalisateur, le standard deviendrait un terme juridique.

La question des droits de l'homme

Peut-on considérer que la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, toujours en vigueur en France, contient des standards ? Il est fort probable qu'on réponde à cette question par l'affirmative. Dans un contexte très particulier, celui de la Première guerre mondiale, Carré de Malberg s'interrogeait sur la nécessaire limitation de la puissance d'Etat (CARRE DE MALBERG, 1920-1922, TOME I, pp. XV-XX). Il semblait considérer que la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, par son caractère philosophique, ne permettait pas suffisamment d'enchaîner le législateur. Il concluait dans les avant-propos du Premier tome de sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de la manière suivante :

> « Tout en maintenant le principe d'autorité et le pouvoir de commandement sans lesquels l'Etat ne pourrait, ni fonctionner, ni même se concevoir, il faut donc réserver la part de la morale, à côté et au-dessus de celle du droit effectif » (Ibid. 1920-1922 : XX)

Ce motif a été discuté également par Georg Jellinek (1902) et le débat a été relancé notamment par Stéphane Rials (1986 : 65) autour des questions de supraconstitutionnalité : existe-t-il des principes supraconstitutionnels qui soient réellement des règles de droit et non « *de simples normes de caractère éthique, ou des principes faisant partie d'un credo politique* » (VEDEL, 1993 : 80), et qui, par conséquent puissent lier aussi le constituant ? Toutefois, malgré les critiques de Carré de Malberg à l'endroit de la *Déclaration*, ce dernier attribuait bien aux principes de la Déclaration de 1789, un caractère politique important :

> « La Déclaration des droits, qui reconnaît et consacre ces facultés [les droits naturels, AJ], ne limite pas seulement les pouvoirs des autorités constituées, elle lie aussi le pouvoir constituant. » (CARRE DE MALBERG, 1920-1922 : 519)

En fait, si ces questions sont profondes et relèvent de débats juridiques anciens (notamment entre partisans du jusnaturalisme et du positivisme juridique), les questions étaient-elles bien posées ? En effet, quelque soit son statut juridique, la Déclaration de 1789 contient des dispositions précises quant aux libertés publiques, à la séparation des juridictions, à l'énoncé des droits individuels de liberté, de propriété, de sûreté, de liberté de conscience et de culte, ou d'accès à la fonction publique. Surtout, elle a conduit concrètement à des modifications de l'ordre juridique : accès de la fonction publique aux Juifs ou encore droit du sol (avec le Code civil de 1804), ainsi qu'à la modification de la forme institutionnelle de l'Etat, devenu républicain. Ces conséquences ont été telles qu'elle a suscitée de profondes critiques sur sa signification politique, celle de William Burke ou pour de toutes autres raisons, celle de Karl Marx.

Il est donc curieux que les principes évoqués dans les discussions autour de la supraconstitutionalité, ne soient en réalité dans la plupart des cas, rien d'autre que des standards juridiques qui devraient lier le constituant ou le législateur. Serge Arné considère notamment qu'il faut accorder aux principes tels que « *le respect de la dignité de la personne* » (1993 : 474) ou celui de la « *non-discrimination* » (*Ibid.* : 475) un statut juridique (Ibid. : 475-480). La discussion est importante : elle interroge effectivement la morale ou la philosophie. Mais la morale de la Déclaration de 1789 et la morale de la Déclaration de 1948 ne nous paraîssent pas relever des mêmes présupposés philosophiques, ni avoir des conséquences juridiques de même nature.

Dans sa thèse de 2007, Elsa Pic estime que les standards ou ce qu'elle désigne avec Gallie comme des « *concepts essentiellement contestés* », sont particulièrement difficiles à caractériser et donc à appréhender sous un angle terminologique. Selon elle, aucun ouvrage, portant sur les mots des « *droits de l'homme* » (au sens de la *Déclaration* de 1948), ne satisfait aux critères élémentaires d'un ouvrage lexicographique. Cette étrangeté a motivé sa recherche d'une méthode terminologique plus propice aux fins de classement. Pic observe toutefois que les notions évoquées dans les corpus constitutifs des droits de l'homme et particulièrement la Déclaration de 1948, sont systématiquement reliés à un standard principal, celui de *dignité* (PIC, 2007 : 55).

Si nous trouvons sa démarche intéressante, elle nous gêne quelque peu, pour une raison intrinsèque au standard : il fait *volontairement* l'objet d'une absence de définition. En cela, nous nous sommes interrogé sur la nature du concept désigné : s'agit-il de désigner clairement

une réalité juridique que l'on crée en nommant ? Cornu nous dit encore :

> « Les actions juridiques s'exercent sur la langue. La loi nomme (elle nomme les contrats et les délits, les biens, les dettes, etc.). La loi consacre, dans un emploi nouveau (avec un sens particulier), un terme de la langue usuelle. » (CORNU, 2005 : 2)

Le constituant, en nommant, contribue à créer une réalité juridique. Une réalité juridique nouvelle est née en 1789. Un standard n'a pour fonction, quant à lui, ni de nommer, ni de consacrer, ni de fixer un sens particulier. Par conséquent, le standard entend ne rien prescrire, du moins rien qui ne relève de la rationalité juridique. La Déclaration de 1948 parle quant à elle « *d'idéal commun à atteindre* » : elle se limite à formuler un voeu. La question nous paraît la suivante : même si nous considérions les principes définis par la Déclaration de 1789 comme des standards juridiques, c'est-à-dire des principes non définis, dont le pouvoir de prescription est limité à son interprétation jurisprudentielle (ou étatique), participent-ils des mêmes motifs extrajuridiques que la Déclaration de 1948 ? Avant de considérer qu'il est nécessaire de réformer les techniques de terminologie, ne faut-il pas s'interroger sur la philosophie politique et juridique des standards juridiques ? Donc, en premier lieu, en interroger les sources ?

La Déclaration de 1948

Si l'auteur principal de la *Déclaration* de 1948 était René Cassin, ce dernier l'a rédigé, comme il le rappelait encore en 1966 « *suivant le souhait de J. Maritain dans un esprit d'idéalisme pratique*[26]. » Maritain, philosophe catholique personnaliste, fondateur du cercle catholique Nouvel Ordre, a eu une grande influence auprès des organisations internationales à la fin de la Seconde Guerre mondiale, en particulier auprès de l'ONU et de l'UNESCO. René Mougel (2012 : 19-29) explique à ce propos que dès 1944, Maritain militait pour une « formulation juridique » de la conception catholique des « *droits fondamentaux de la « personne humaine »* » (MOUGEL, 2012 : 24) et plus précisément :

> « Non seulement pour une nouvelle démocratie mais également pour une nouvelle déclaration des droits de l'homme. […] Il cherche non pas un ralliement à la Déclaration de 1789, mais une reprise chrétienne des droits de l'homme autour de la dignité de la personne humaine, pour aller de l'avant, vers une nouvelle Déclaration. […] Son personnalisme était tout autre que l'individualisme de Rousseau qui imprègne la Déclaration de 1789. […] Sollicité par l'UNESCO, Jacques Maritain adressa sa réponse à

[26] Discours de René Cassin, Réunion à l'UNESCO le 21 avril 1966, intitulé « Rencontre des Cultures à l'UNESCO sous le signe du Concile œcuménique Vatican II » Mame, 1966, cité par MOUGEL R. « Jacques Maritain et la déclaration universelle des droits, 1948 », in Coutel, C., Rota, O., *Deux personnalistes en prise avec la modernité : Jacques Maritain et Emmanuel Mounier*, Artois Presse Universités, Arras, 2012, p. 19.

> l'enquête en juin 1947. Il y développait un certain nombre de points touchant le droit naturel et le fondement des droits de l'homme, mais soulignait qu' « *une déclaration des droits de l'homme ne sera jamais exhaustive ni définitive* […] *toujours fonction de l'état de la conscience morale et de la civilisation à une époque donnée de l'histoire* ». Et Maritain renvoyait pour finir, à son petit livre de 1942, ainsi qu'à celui de Gurvitch. » (MOUGEL, 2012 : 26-27)

Nous posons ici une première question : la classe des standards renvoie-t-elle réellement à des concepts indéterminés ? La philosophie personnaliste est proche des motifs des standards. Chaïm Perelman les définissait comme des « *critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés* » (PERELMAN, 1984 : 368). Elsa Bernard explique que l'interprétation d'un standard présuppose le recours à des motifs « exogènes » au droit. Pour principe de subsidiarité, elle explique notamment que

> « Bien que le référent exogène soit essentiellement de nature politique en droit communautaire, l'interprète de la subsidiarité pourra être amené à avoir recours, non seulement à des références politiques, mais aussi économiques, sociales, culturelles, voire éthiques, en fonction de ce qu'il considère être un comportement ou une situation normale. » (BERNARD, 2010 : 103)

Un standard s'oppose donc, sur fond de pragmatisme ou pour reprendre la terminologie de l'inspirateur de la Déclaration de 1948, d'« *idéalisme pratique* », à la notion de « *décrets clercs et entendibles* » de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts. Au-delà de l'intérêt intrinsèque du texte français de 1539, la notion de standard s'oppose à une tradition juridique qui a prévalue jusqu'au 19e siècle, participant du renforcement du pouvoir du législateur et du « monisme juridique », c'est-à-dire de l'élimination progressive des diverses sources du droit au sein d'un ordre juridique national et avec elles, des conditions d'une fluctuation interprétative, conformément à l'assertion de Louis XIV en entête de chaque lettre patente royale : « *le roi veut et ordonne* ». Cette tradition a été prolongée par la 1ère République, dans sa tentative d'opposer à l'absolutisme monarchique, le despotisme de la volonté générale.

Le développement des standards s'inscrit à l'inverse dans le processus que l'on désigne de plusieurs manières : recul de l'Etat-nation, pluralité des sources du droit. Cependant, comme la *Société des Nations*, cette théorie n'est pas contemporaine, elle se développe dès le 19e siècle.

1.3. Les sources sociologiques de la théorie des standards

Selon André Tunc, le terme « standard » aurait été prononcé pour la première fois par un

juriste américain, Roscoe Pound (1870-1964) :

> « L'idée de « standards juridiques » semble avoir été présentée pour la première fois dans une communication adressée par le doyen Roscoe Pound à un congrès de l'American Bar Association en 1919. » (TUNC, 1970 : 248)

Il est schématiquement avancé que la notion de « standard » est essentiellement anglo-saxonne, rendue possible par la nature jurisprudentielle de la *Common Law* et proviendrait en ligne directe de la doctrine juridique américaine. Toutefois, les historiens du droit insistent sur la présence en droit romain de nombreux standards (AL SANHOURY, 1925). Les choses sont en fait encore un peu moins simples.

Juriste américain, principal introducteur des thèses de Raymond Saleilles[27] sur « l'individualisation de la peine » aux Etats-Unis, Pound est aussi un grand lecteur du sociologue français George Gurvitch et des théoriciens du droit social. Surnommé le « Jhering américain », il est l'un des fondateurs de la *sociological jurisprudence*[28], c'est-à-dire de la science sociologique du droit. La notion de standard est d'après André Tunc, un concept inhérent à la conception sociologique du droit développée par Pound :

> « Dans cette communication, le doyen Pound expliquait que les juristes se trouvent devant quatre catégories d'instruments juridiques : des règles, des principes, des concepts et des standards. Les trois premiers instruments ne posent pas véritablement de problèmes. Nous savons ce que sont les règles : ce sont des préceptes impératifs posés par le législateur ou par les tribunaux. Par exemple, un enfant ne peut pas contracter mariage avant l'âge de 21 ans sans le consentement de ses parents. Les préceptes sont des impératifs un peu plus généraux que l'on peut induire d'un ensemble de règles. Par exemple, jusqu'à l'âge de 21 ans, un enfant ne peut pas passer d'actes juridiques. Un principe comporte à la fois des applications et, couramment, des exceptions. Le concept

27 L'ouvrage de Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, a été publié en 1899. Dans cet ouvrage, Saleilles développe l'idée que la loi écrite comprend des dispositions rigides et que la souplesse du droit doit relever de l'interprétation du juge judiciaire. Adaptée en droit français avec l'idée de « peine adaptée à celui qu'elle va frapper », cette idée soulève encore à l'heure actuelle des discussions au sein de la doctrine : « *La pratique quotidienne comme le résultat des recherches empiriques montrent cependant les limites rencontrées lors de la mise en œuvre du principe* » (REYNALD OTTENHOF, 2001) Professeur de droit civil français, il participe d'un nouveau courant doctrinal, notamment avec François Geny, qui vise à remettre en cause l'idée classique selon laquelle, pour reprendre la formule de Montesquieu, le juge « est la bouche de la loi » et non une source du droit. Très influencé par la doctrine juridique allemande en particulier sur la place que cette dernière attribue à la doctrine et au juge comme source du droit, ainsi qu'à la thèse du « pluralisme juridique » il est aussi, à l'instar de François Gény très influencé par les thèses corporatistes, en particulier l'idée selon laquelle « des sociétés » autres que l'État peuvent donner naissance au « pouvoir social » nécessaire pour édicter des règles de droit » (DEROUSSIN, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Études Sociales*, 2013, 1 (n° 157-158), p. 147-185).

28 Il faut entendre ici le concept de « jurisprudence », à l'instar de l'allemand, comme « la science du droit » autrement dit la « doctrine » et non dans son acception française : « *Ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale, etc…), soit dans l'ensemble du Droit* » (CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 520).

> est quelque chose d'encore un peu plus abstrait et plus général. On dira par exemple qu'existent le concept d'acte de disposition et celui d'acte d'administration. On précisera alors que quelqu'un ne peut passer d'acte de disposition avant l'âge de la majorité, mais que pour les actes d'administration, il peut avoir une certaine capacité avant cet âge. Reste le standard. En quoi consiste-t-il ? Le doyen Roscoe Pound le définit comme une mesure moyenne de conduite sociale correcte. C'est ainsi que sont des standards : le bon père de famille, l'homme raisonnable des Anglais, ou encore, plus généralement, la notion de raisonnable, les inconvénients normaux du voisinage, l'intérêt sérieux, etc… Tels sont les exemples couramment donnés par les partisans du standard. Celui-ci apparaît ainsi comme une notion assez vague, fondée sur ce qui se passe couramment dans la société et, au fond, de nature sociologique. » (TUNC, 1970 : 248)

La science du droit sociologique dont Pound contribue au développement, n'entend pas seulement créer des concepts descriptifs et doctrinaux, mais des concepts à prétention prescriptive :

> « Le problème principal pour les tenants de la théorie du droit sociologique aujourd'hui est de rendre possible et obligatoire que la législation mais aussi l'interprétation et l'application des règles juridiques soient faites en prenant plus en compte et en ayant une meilleure connaissance des faits sociaux dont le droit doit traiter et auxquels il doit être appliqué. » (POUND, 1911)

Cette tradition vise essentiellement la remise en cause de l'idée évoquée plus haut d'un législateur conçu comme seule et unique source du droit ainsi que celle d'une règle stricte subsumant les cas particuliers. Cette conception première est souvent assimilée à l'une des caractéristiques des systèmes « despotiques », dans lesquelles le législateur limite les facteurs possibles d'interprétation normative et relativise la prétention du juge à créer le droit. En réalité, plutôt qu'une caractéristique des systèmes despotiques, cette conception exprime surtout les processus de centralisation politique, despotique ou démocratique. En France en particulier, le Constituant issu de la Révolution prolonge cette séparation, en vertu de la notion de *souveraineté nationale*, la loi des 16/24 août 1790 sur *l'organisation judiciaire* prévoyant par exemple que :

> « Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que prévoit ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions [29].»

[29] La contrepartie de cette interdiction faite aux juridictions judiciaires d'exercer leur contrôle sur les différends susceptibles de naître entre les administrés et l'administration et l'interdiction au corps judiciaire de toute délibération politique, participe pour le Constituant français du principe de dualité des juridictions, distinguant ordre administratif (chargé du contentieux administratif) et ordre judiciaire (chargé des litiges entre personnes privées et des infractions à la loi). Il institue également la professionnalisation et le statut de la magistrature, fondements de l'indépendance du magistrat vis-à-vis de l'exécutif.

La conception française, inspirée de la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été définie par Montesquieu, vise à soustraire au juge toute prérogative politique, tandis qu'elle retire aux pouvoirs législatif et exécutif toute prérogative en matière judiciaire.

Ainsi entendu, le concept de standard s'inscrit dans une perspective *antisystème* de nature pragmatique et conforme aux conceptions libérales contemporaines (assouplissement du droit). Toutefois, cette appréciation n'est que partiellement juste. Le standard s'inscrit également, et contradictoirement, dans une grande critique de l'individualisme philosophique hérité des Lumières, à la théorie du « laissez-faire laissez-passer » reposant sur l'idée smithienne et ricardienne de la main invisible et d'une restriction du rôle de l'Etat. Dans la philosophie du standard, le droit n'est pas au service d'une somme d'individus à la recherche de la satisfaction de leurs propres intérêts, le but du droit est de s'adapter aux finalités de la société (Jhering) :

> « Le droit est une idée pratique, c'est-à-dire indiquant un but, et toute idée de tendance est essentiellement double, car elle renferme une antithèse, le but et le moyen. Il ne suffit pas en effet de montrer le but, on doit encore faire connaître le chemin qui y conduit. » (JHERING, 1875, p. 1[30])

Cette théorie a été reçue en France assez rapidement, dès les années 1910-1920, notamment par le constitutionnaliste Maurice Hauriou, par le comparatiste Edouard Lambert, qui fut le premier à employer l'expression de « gouvernement des juges », et surtout son discipline A. Al Sanhoury, l'un des principaux artisans du code civil égyptien. Ce dernier décrit le standard juridique, d'une manière assez proche de Pound, comme appelé à gagner en importance dans les ordres juridiques « *matures* » (POUND, 1911) :

> « A l'apogée du développement d'un système juridique se produit une mutation. […] On utilise un instrument de travail plus savant : le standard, règle directrice : « grande ligne de conduite qui permet une certaine liberté d'action et une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables de la vie sociale ». » (AL SANHOURY, 1925, cité par TUNC, 1970 : 248-249)

Chez les théoriciens du standard, la rigidité de la règle de droit serait le signe d'une immaturité du droit (POUND, 1911). A l'inverse, pour Al Sanhoury le standard correspond à « *la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir.* » (AL SANHOURY, 1925, cité par TUNC, 1970 : 249) La théorie des standards, en vertu de ses motifs sociologiques, s'inscrit donc dans une conception pluraliste des sources du

[30] Dans son article de 1911, Pound s'appuie sur les travaux du juriste allemand Rudolf Jhering, fondateur de l'Ecole sociologique et historique du droit.

droit et relativiste (les références exogènes du juge sont « morales », « religieuses », tiennent compte de l'état mœurs sociales, mais aussi des nécessités économiques, qui participent d'une économie morale).

Dans l'article de Pound publié en 1911, traduit en français et intitulé il y a peu par Françoise Michaut « La place et la finalité de la théorie du droit sociologique » (MICHAUT, 2014), Pound explique que la conception sociologique du droit est une conception entièrement nouvelle et peut être considérée comme un quatrième courant « moderne » de la science juridique (après ce qu'il nomme, l'école philosophique, l'école analytique et l'école historique). Nouvelle science du droit, la science sociologique, puise toutefois dans l'historicisme allemand du 19e siècle et dans la sociologie « psychologique » développée particulièrement par Gabriel Tarde. En 1911, Pound explique qu'elle s'inspire aussi du positivisme allemand :

> « La tendance sociologique, est bien implantée en Europe continentale. Le premier mouvement dans la direction nouvelle s'est fait à partir de l'école historique allemande alors dominante. L'école historique a d'abord appliqué la méthode historique au droit romain moderne. Ensuite a commencé l'investigation des institutions juridiques de tous les peuples germaniques [N. d. t. : « Aryan » dans le texte original] et la tentative de reconstruction d'un droit ancien (« Urrecht ») dans lequel devaient être trouvées les racines du droit moderne.
> Un changement radical dans la théorie du droit est intervenu lorsque les utilitaristes sociaux ont détourné leur attention de la nature du droit pour envisager sa finalité. Sous ce rapport, l'œuvre du chef de file de ce groupe est Rudolf von Jhering. » (POUND, 1911, trad. MICHAUT, 2014)

Rudolf von Jhering est un juriste allemand héritier critique de la conception historiciste développée par F. K. von Savigny et de la « *jurisprudence des concepts* ». Le juriste et philosophe allemand du droit cherche, d'après Pound, à constituer une « *théorie du droit axée sur les conditions réelles* » (POUND, 1911). Cependant, sa conception juridique, à l'instar de la seconde génération de l'historicisme, n'en demeure pas moins cadrée par l'idée philosophique d'un développement organique et téléologique du droit.

Dans son article de 1911, Pound évoque également le fait que la notion de standard a déjà été utilisée par un juriste et philosophe du droit allemand, Rudolf Stammler[31] dans un écrit intitulé *Wirstchaft und Recht* (1902 – *Economie et droit*). Pour Pound, ce dernier :

[31] Stammler, Karl Eduard Julius Theodor Rudolf (1856-1938), héritier critique de la philosophie du droit de Friedrich von Stahl.

> « […] opère une distinction entre deux manières de traiter une règle de droit. L'une prend le contenu de la règle tel qu'il est modelé dans un cas particulier et le traite comme s'il constituait son état final. L'autre cherche à comprendre chaque règle en question dans son caractère en tant que moyen ; en conséquence, elle s'interroge sur sa valeur pratique, lorsqu'il en est fait usage et entreprend de critiquer le contenu des standards juridiques. […] Le problème auquel nous devons faire face est le suivant : « déterminer dans quelles conditions le caractère d'être juste dans ses applications est présent dans un standard juridique particulier ». » (POUND, 1911, trad. MICHAUD, 2014)

Rudolf Stammler est un philosophe du droit allemand, qui a tenté de réhabiliter le droit naturel, dans une doctrine allemande où régnaient essentiellement des conceptions historicistes du droit. Toutefois, restant un héritier de la philosophie du droit de Friedrich von Stahl, philosophe inspiré des doctrines contre-révolutionnaires de Joseph de Maistre, il développe l'idée d'un droit juste, dont le contenu est empiriquement contenu dans le développement historique du droit et que le légiste doit exhumer :

> « Tous les schémas de droit naturel ont entretenu, chacun à sa façon, le projet de produire un code idéal ayant un contenu juridique immuable, valide inconditionnellement. Au contraire, mon objectif est de découvrir une méthode formelle, de validité générale, au moyen de laquelle nous est donnée la possibilité de traiter le matériau fourni par les principes du droit qui ont vocation à s'épanouir et sont empiriquement conditionnés et celle de critiquer et de définir ce matériau de sorte qu'il présente le caractère d'être objectivement juste. » (Stammler, 1902 : 116, cité par Michaut)

Contre le « monisme juridique » du droit rationaliste qui prétend enfermer la pratique dans des règles détaillées, Stammler oppose le « monisme social » (*das Monismus des sozialen Lebens*), c'est-à-dire la réduction inévitable de toute connaissance de la vie sociale à une seule régularité de l'ordre d'une loi (*Gesetzmäßigkeit*) : il s'agit d'exhumer de l'observation des faits sociaux la « *loi fondamentale qui régit la vie sociale* » (COUTU, 2009 : 669). S'inspirant de la méthode du matérialisme historique, lequel postule que la loi fondamentale de la vie sociale est de nature économique et consiste dans le développement des forces productives et la lutte de classe, mais s'interdisant cette conclusion, Stammler estime pour sa part que la loi fondamentale de la vie sociale est le « lien social », le « vivre ensemble ». L'activité de la multitude s'oriente réciproquement :

> « La définition du concept, le contenu légal juste, est le même que celui d'unité sociale. Le contenu d'une règle de conduite est juste lorsqu'il correspond dans son caractère spécifique à l'idée d'idéal social ». (Stammler, 1969 : 3)

Le lien social et l'unité sociale n'est maintenue, en dernière instance, que par une contrainte externe, coercitive, à savoir le droit :

> « Pour Stammler, le droit ne peut être considéré, telle l'économie dans la perspective marxiste, comme une sphère de la vie sociale puisqu'il en constitue la forme ; à l'inverse, le matérialisme historique est dans l'erreur lorsqu'il accorde à l'économie une présence autonome, sans considération aucune pour le droit : l'économie représente la matière de la vie sociale, elle apparaît impensable sans la régulation juridique. […]
> Le monisme social signifie donc que le droit ne peut être opposé à la société : les rapports entre le droit et l'économie doivent être pensés comme unité, en tant que *forme* et *matière*. Le monisme social signifie en outre qu'il n'est aucun phénomène social, au premier chef économique, qui ne puisse être pensé sans présupposer l'existence d'un ordre juridique : le droit est donc l'élément conditionnant la vie sociale. » (COUTU, 2009, 670)

Au préalable, pour Stammler, il est donc nécessaire de déterminer « l'unité de la finalité sociale », entendue comme « idéal » (*das soziale Idealismus*). Dans sa perspective critique du marxisme qui considère l'économie régie par la loi de causalité, Stammler y voit quant à lui une relation « téléologique » :

> « Celui qui édicte une norme juridique n'affirme pas un fait de l'expérience, il poursuit une finalité. Si nous considérons le contenu d'un ordre juridique, nous ne retrouvons pas ici la manifestation matérielle de la nature, mais celle de la volonté humaine[32].» (STAMMLER, 1911)

Le « telos » est l'idée d'une règle de volonté, somme de toutes les volontés individuelles en une pluralité de volontés. En fait, Stammler est certes plus proche de la sociologie psychologique développée par Tarde que de la sociologie « biologique », mais ses influences sont surtout Joseph De Maistre, Louis de Bonald ou Frédéric Le Play, à savoir des catholiques légitimistes français, qui récusent entièrement le développement du rationalisme juridique. Or, pour nous, entre une approche biologique de la communauté entendue comme organisme ou approche psychologique, le fond demeure : le postulat d'une finalité sociale collective supérieure aux volontés individuelles. Dès lors, qu'est-ce que le droit « juste » ?

> « Stammler récuse les deux postulats essentiels du droit naturel, qu'il estime désormais intenables : celui de la primauté du droit naturel sur le droit positif et celui de la validité absolue des axiomes du droit naturel. Le « droit juste » ne constitue en ce sens qu'un *droit naturel à contenu variable*, lequel ne possède aucune substance prédéterminée. Il s'agit uniquement d'un droit qui, en dépit des contingences découlant de conditions sociohistoriques déterminées et sans être détaché du droit positif, *tend* vers l'idée de droit juste, reflet de l'idéal social. Stammler quitte malaisément le terrain de la philosophie formaliste : il évite soigneusement de poser la question *de lege ferenda* et de s'adresser directement au législateur. Son propos vise plutôt le juge, lequel doit parfois combler les lacunes du droit existant ; ce qui doit se faire, avance Stammler, en conformité avec les

32 La traduction de ce passage est celle de Coutu, p. in Rudolf Stammler, *Theorie des Rechtswissenschaft*, 2e éd., op. cit., p. 42.

principes du droit juste, tels la bonne foi ou la participation, formules qui demeurent vagues et floues. » (COUTU, 2009 : 670)

Nous consacrons ces longs développements à R. Stammler essentiellement pour une raison : au-delà du rôle prépondérant qu'il attribue au juge contre le législateur, ce qui est manifeste et déjà exprimé par le philosophe du droit est que la théorie des standards s'inscrit dans une sociologie et un empirisme conditionnés par une conception philosophique d'un ordre social mu par une finalité commune (antinomique avec le libéralisme classique tout autant que les doctrines socialistes et communistes) et nationale. Stammler, cité par Pound en 1911 et décédé en 1938, conserva jusqu'à sa mort toute son acuité théorique : il sera l'un des membres éminents de la commission de philosophie du droit de l'Académie allemande du droit inaugurée par le parti national-socialiste (RUPNOW, 2005 : 109). Les thèses de son contemporain Otto von Gierke sur la personnalité des corporations, bien que toujours fidèle à l'approche historiciste, iront dans le même sens. Le *standard* juridique n'a rien d'une philosophie innocente. Les mots d'ordre de l'empirisme, du pragmatisme ou d'unité dans la diversité non plus. Notons que Stammler constitue une des sources déterminantes de la pensée de l'économiste et sociologue allemand, Max Weber[33].C'est pourquoi Tunc explique que :

> « Le standard permettrait donc une adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante. Le rapporteur souligne l'optimisme de cette vue et rappelle qu'elle évoque la contestation actuelle de la société et en particulier de la rationalité. Lambert et Al-Sanhoury voient en effet dans le standard le triomphe de l'intuition sur la logique et sur le syllogisme. La promotion du standard se rattachait à la lutte pour la liberté du juge à l'égard du texte de la loi. Mais jusqu'ici, déclarent Lambert et Al-Sanhoury, le juge, pour gagner sa liberté, recourait à des fictions ou à une interprétation qui déformait les règles. C'était là des pratiques regrettables.
> Il n'appartient pas au juge de fausser la loi, fût-ce pour moderniser le droit : c'est au législateur qu'il appartient de donner au juge un instrument qui permette que le droit, de lui-même, s'adapte constamment aux circonstances sociales variables. Le rapporteur évoque l'idée d'un « droit flottant », s'adaptant de lui-même à l'évolution de la société et

[33] Nous évoquerons ici le fait que le père de la sociologie compréhensive était initialement un économiste, chef de file, avec Werner Sombart de la « jeune école historique d'économie », héritière de l'école d'économie nationale (*Nationalökonomie*) des « socialistes de la Chaire » (*Kathedersozialisten*) dirigée par Gustav Schmoller, Lujo Brentano et Adolph Wagner, et dont Weber assure la publication de l'organe théorique *Schriften des Vereins für Socialpolitik*. Il a par ailleurs rédigé, dans ses premières années, de nombreux articles sur la philosophie du droit de Stammler, dont la critique constitue pour lui, les « fondements » de sa propre théorie sociologique (in *Remarques préliminaires de Economie et Société*) ces articles ont été traduits et publiés dans Rudolf *Stammler et le matérialisme historique*, trad. de M. Coutu et D. Leydet avec la collab. de G. Rocher et E. Winter, Québec/Paris : Les Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001. Traduction de « R. Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung » et de « Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung » par Max Weber, dans *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3e éd., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1968, p. 291-383. Pour une lecture très instructive des sources théoriques et politiques de la pensée de Weber, nous renvoyons à Jean-Marie Vincent. « Aux sources de la pensée de Max Weber », *L'Homme et la société*, N°6, 1967, p. 49-66.

> qu'il compare au mark flottant (le cours du mark, au moment du rapport, dépendait uniquement de la loi de l'offre et de la demande). » (TUNC, 1970 : 249)

Les conséquences sont importantes : le législateur souverain ne formulerait pas des règles impératives. La sociologie du standard contourne la question de la souveraineté. Il n'est guère étonnant que Stammler ait été principalement préoccupé par les relations entre droit et économie. Ne sont pas étonnantes non plus les relations de Roscoe Pound avec les représentants de l'école austroaméricaine (Friedrich Hayek, Ludwig von Mises), de l'Ecole allemande ordolibérale d'économie (Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow), et surtout avec l'ami de Jean Monnet, Walter Lippmann. Ce dernier partageait alors les principales thèses politiques de Pound, en particulier celle de l'obsolescence des thèses libérales de l'Ecole écossaise du « laissez-faire, laissez-passer ». La même année était publiée l'encyclique pontificale *Quadragesimo Anno*, qui intronisait le *principe de subsidiarité* au nom d'une restauration chrétienne de l'ordre social. Ses rédacteurs, Oswald Nell-Breuning et Gustav Gundlach n'étaient pas uniquement des théologiens mais également des économistes, proches des économistes de l'Ecole historique d'économie allemande, en particulier de Röpke.

Nous tenions à souligner ces problèmes, inhérents à la notion de standard juridique : tous, sont, à l'instar du principe de subsidiarité, plus politiques que juridiques. Ils touchent au droit sur le plan formel, mais également aux buts et aux fins de l'Etat. Ils relèvent donc du droit politique, non de simples questions de bon sens. L'indétermination présumée des standards doit, selon nous, être fortement relativisée. Elle interroge le droit sous plusieurs angles : celui de sécurité juridique, celui de sa régularité, de sa prévisibilité, mais aussi et surtout, celle de sa source : qui dit le droit ? Elle interroge donc principalement le principe de souveraineté.

2. La sociologie du droit de deuxième génération : « le chaos »

Le concept de standard s'inscrit, comme l'explique Tunc, dans une critique du rationalisme juridique. Cette critique antirationaliste est toujours aussi vivante en France, notamment à travers la sociologie du droit défendue par le doyen Carbonnier. Ce dernier, dans un ouvrage célèbre au nom évocateur, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur,* rassemblant nombreux de ses articles, poursuit l'argumentaire d'une nécessaire adaptation du droit aux circonstances sociales et économiques et reprend l'essentiel des arguments de la

sociologie de Gurvitch :

> « George Gurvitch a eu ici chez nous, un rôle décisif. Il s'appuie sur l'expérience moderne mais aussi sur l'histoire. Il fait cette réflexion très judicieuse que le monisme juridique a correspondu à une situation politique contingente, à la création des grands Etats modernes, dans une période qui va du XVE siècle au début du XXE siècle. Auparavant les juristes étaient loin d'avoir une conception aussi radicale de l'unité du droit. C'est comme un reflet de la monarchie absolue et de l'Etat jacobin que le monisme s'est implanté dans la pensée juridique.
> Mais, précisément, notre époque a remis ce monisme en question. De nouveau, la diversité a envahi le milieu juridique, et Gurvitch observe, dans les sociétés industrielles, d'innombrables centres générateurs du droit, d'innombrables foyers autonomes de droit, qui viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique. » (CARBONNIER, 2001 : 19)

L'élément central dans la conception sociologique du droit défendue par Carbonnier, dont G. Gurvitch est une source d'inspiration au même titre que Roscoe Pound et Jacques Maritain, est sans aucun doute l'idée retrouvée du pluralisme juridique. Le standard n'a pas pour seule vocation de réinterroger le rôle du juge, mais aussi de réintroduire de la diversité des sources du droit et avec elle la diversité des sources du pouvoir. Ceci dit, l'argumentaire de Carbonnier nous paraît très contradictoire. Il souligne tantôt les conséquences concrètes d'une multiplication des sources du droit :

> « Il y a trop de droit. […] Notre époque n'a-t-elle pas vu se développer, derrière les professions judiciaires de style traditionnel, une rallonge, qui semble inépuisable, de carrières nouvelles : conseils juridiques, experts fiscaux, juristes d'entreprise, médiateurs à toute dispute ? Ceux qui raisonnent ainsi ne semblent pas soupçonner quel avait été le grouillement des robins du temps des droits féodaux jusqu'à la veille du 4 août, et comment leur nombre même avait provoqué la nation à s'en délivrer, comme de parasites, par une grande secousse » (Ibid. : 9).

Mais persiste à souligner :

> « Semblablement, les Eglises, les services publics, les établissements décentralisés peuvent avoir leur droit particulier qui sont des droits infraétatiques. Et au dessus de l'Etat, certaines organisations internationales (aujourd'hui l'ONU, l'Union européenne) émettent aussi des règles de droit qui auront vocation à s'appliquer sur les différents territoires nationaux en concurrence avec les droits étatiques. » (Ibid. : 19)

La conception sociologique du droit tend à oublier qu'historiquement, les Etats-nations se sont essentiellement constitués contre le droit des Eglises, le pluralisme juridique du droit féodal, territorial ou droit coutumier, de façon très hétérogène selon les pays, mais suivant des processus aux motifs similaires. Le motif du « déclin de l'Etat » et de la montée en puissance de la notion de standard s'accompagne, pour le doyen Carbonnier, d'une

« hypothèse fondamentale » :

> « Bref, il faut admettre, comme hypothèse fondamentale, que l'on n'a pas a priori affaire, sur un territoire donné, à un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits concurrents, étatiques, infraétatiques, supraétatiques. Faut-il craindre le désordre, le chaos ? Ce sont des notions qui ne font plus peur : les mathématiciens les ont, de nos jours, intégrés à la science. » (Ibid. : 19)

Cette analogie « vertigineuse », pour reprendre une formulation du philosophe J. Bouveresse (1999) avec la théorie du chaos nous paraît particulièrement imprudente. Certes, la théorie du chaos fait état, par la négative, du caractère limité des potentialités d'explication des phénomènes physiques par la mécanique newtonienne. Toutefois, elle n'en constitue pas moins une théorie, c'est-à-dire une tentative d'explication scientifique systématique qui cherche, non pas à absolutiser le chaos, mais bien au contraire à expliquer, par d'autres moyens que ceux de la mécanique classique, les lois qui nous font *apparaître* certains phénomènes comme désordonnés. En somme, elle a contribué à « *trouver de l'ordre caché sous un désordre apparent* » (EKELAND, 1987 : 98). Y aurait-il un ordre caché derrière le chaos juridique apparent ?

2.1. Chaos ou discours du chaos ?

Si nous n'avons pas pour objet de répondre directement à cette question, tout en prenant l'injonction faite à la linguistique par le doyen Cornu, d'être, dans le domaine juridique, une « *science auxiliaire* », nous observons qu'il existe bien un ordre sous-jacent aux discours des promoteurs du désordre juridique, et tout particulièrement du principe de subsidiarité. Les « thématiques subsidiaristes » (BARROCHE, 2008 : 783), partagent les principaux motifs précédemment exposés d'une nécessaire souplesse de la norme et de l'obsolescence des institutions politiques de la modernité. Quant à la caractérisation du concept, il paraît plus proche d'un leitmotiv christique que d'une réelle catégorie juridique :

(30) « Il désigne [le principe de subsidiarité - AJ] une sorte de concept achevé, alourdi par l'histoire. » (MILLON-DELSOL, 1993 : 13).

(31) « Le principe de subsidiarité hérite d'une philosophie de l'action libre – qui ne s'identifie pas à l'idée moderne de liberté -, d'une philosophie de la personne, d'un éloge de la diversité sociale et de la cohésion sociale. Il passe à côté des idéologies modernes en les critiquant pour leurs excès et en prophétisant leur décadence. » (*Ibid.*)

(32) « Le principe de subsidiarité est vieux comme notre civilisation, il porte en lui une force révolutionnaire. » (DU GRANRUT, 1997 : 8)

(33) « Oubliée depuis des décennies, l'idée de subsidiarité réapparait dans notre univers conceptuel. » (DU GRANRUT, 1997 : 10)

(34) « Il ne s'agit pas d'un nouveau système de pensée. » (*Ibid.*)

(35) « Il s'agit d'une sorte d'antisystème. » (DU GRANRUT, 1997 : 11)

(36) « Elle est inscrite dans la généalogie de notre pensée. » (MILLON-DELSOL, 1993 : 17)

(37) « Depuis des millénaires, les peuples européens se réfèrent à l'idée subsidiaire comme M. Jourdain faisait de la prose, c'est-à-dire à leur insu. » (MILLON-DELSOL, 1993 : 4)

Depuis la publication de l'ouvrage de Millon-Delsol (1993), cette locution proverbiale est non seulement l'un des principaux topoï mais également une périphrase définitionnelle de l'« idée de subsidiarité [34]» :

(38) « Généalogie du concept de subsidiarité
On dit qu'il s'agit d'un mot savant, mais il recouvre une idée simple et essentielle et nous sommes tous partisans de la subsidiarité sans le savoir, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. C'est le mode naturel d'organisation des sociétés. » (J.-Y. NAUDET, 10 janvier 2006, 23ème université d'été de Liberté économique et progrès social)

(39) « La subsidiarité est une expression récente, mais un principe vieux comme le monde : « depuis des millénaires, les peuples européens se réfèrent à l'idée subsidiaire comme M. Jourdain fait de la prose, c'est-à-dire à leur insu », écrit Chantal Millon-Delsol. » (COMMUNOD, 2006 : 29)

(40) « Le principe de subsidiarité a des racines très profondes dans la culture européenne car comme l'a écrit Chantal Delsol : « Depuis des millénaires, les peuples européens se réfèrent à l'idée de subsidiarité comme M. Jourdain faisait de la prose, c'est-à-dire à leur insu. L'idée, quand elle réapparaît aujourd'hui, nous semble toute naturelle : à preuve, le récent rapport de la Commission européenne parle d'un principe de bon sens. » (Bruno GUILLARD, Bulletin du MRB, décembre 2002)

[34] Le corpus suivant n'est pas constitué de citations des six ouvrages précédents, mais de citations où le motif est explicite.

(41) « En Suisse, il existe dans les institutions un principe de subsidiarité qui nous ferait le plus grand bien à nous français jacobins et centralisateurs de tradition […] je constate que les acteurs du développement local rompent avec les habitudes du passé, en obéissant aux lois de la complexité, un peu comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir. » (PLASSARD, Qu'est-ce que le développement local ?, 1998)

(42) « Fallait-il, dans ces conditions, comparer à l'époque de l'adoption du traité de Maastricht, la communauté à M. Jourdain se découvrant à faire de la prose ? Certes, non. Le débat sur l'application du principe de subsidiarité correspondait à un tournant capital de l'intégration communautaire. » (VAN RAEPENBUSCH, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2004 : 169)

La locution est non seulement employée par les chercheurs, mais également par les institutions publiques et les juristes :

(43) « Auditionné par la Convention, M. Jean-Claude Piris, Jurisconsulte et Directeur général du Service juridique du Conseil, soulignait ainsi qu'en pratique, la question du respect du principe de subsidiarité apparaît au Conseil souvent sans que le terme lui-même ne soit évoqué, mais plutôt à travers les interventions tendant à modifier un projet d'acte pour le rendre moins détaillé ou en laissant plus d'options aux Etats membres pour son application. Et de conclure ainsi son propos : « Comme le Monsieur Jourdain de Molière qui faisait de la prose sans le savoir, les membres du Conseil pratiquent la subsidiarité plus qu'ils ne l'invoquent expressément. » » (Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'Union européenne (1), sur l'application du principe de subsidiarité, présenté par MM. Jérôme LAMBERT et Didier QUENTIN, Députés, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 novembre 2004)

Le discours subsidiariste est surtout porteur de la même critique vis-à-vis de l'ordre juridique issu de la Révolution française et de la centralisation politique. La subsidiarité, en tant que concept achevé, qui s'autoréalise historiquement, aurait été « *oubliée* » ou « *dissimulée* » par l'hégémonie du rationalisme juridique, du contractualisme jusnaturaliste, qui sous la plume de ses détracteurs, relèvent d'une philosophie antinaturelle :

(44) « La subsidiarité était longtemps la norme en Europe et on la trouve justifiée, par exemple, par Thomas d'Aquin au XIIIe siècle. C'est le rationalisme technocratique

qui l'a discréditée, au prétexte qu'un système hiérarchique descendant est plus efficace que de multiples pouvoirs de proximité. » (GOMEZ, *Le Monde économie*, 13.06.2011)

(45) « Survol historique

La Révolution ne s'y est pas trompée, une des ses premières réalisations fut la destruction de tout l'édifice social issu du Moyen-âge, fondé sur le principe de subsidiarité et structuré en corps intermédiaires. L'œuvre de plusieurs siècles d'empirisme fut réduite à néant par la loi Le Chapelier. » (GOTTEREAU, Civitas, Septembre 2001)

(46) « L'Etat subsidiaire parvient à ses fins par la maintenance et le développement d'une société formée d'autorités plurielles et diversifiées, c'est-à-dire en récusant l'individualisme philosophique. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 10)

(47) « On ne saurait à la fois sauvegarder la liberté, la justice et l'individualisme. Pour mettre fin à l'aporie, c'est l'individualisme qui doit être mis en cause. » (*Ibid.*)

(48) « L'Europe des citoyens ne se fera pas sans rupture avec des structures périmées. » (DU GRANRUT, 1997 : 7)

(49) « En ce sens, la subsidiarité est un principe d'organisation sociale, adaptable à la réalité socio-économique de toute collectivité. » (*Ibid*: 13)

(50) « Le principe de subsidiarité porte en lui les germes d'une rénovation de la vie politique dont on ne peut ni ne doit s'abstraire. » (*Ibid*: 11)

La plupart des chercheurs restent, en fait, assez modérés sur la pertinence de la subsidiarité. Nous avons sélectionné les énoncés précédents pour leur prise charge assumée des motifs subsidiaristes. Ils relèvent de plaidoyers, dont nous avons étudié la régularité énonciative : *notre civilisation*, *notre univers conceptuel*, *notre pensée*. Cette régularité manifeste non seulement un effet d'identité entre l'auteur et son objet, mais également entre la notion décrite et l'entité politique et culturelle (la *civilisation*) qui lui a donné naissance sous la forme du concept. Il n'y a donc pas d'hétérogénéité possible entre *civilisation* et *univers conceptuel*, dont la notion de *subsidiarité* assure la cohérence et révèle l'unité.

L'argument est cependant contradictoire : si la notion s'inscrit dans un *univers conceptuel* unifié, qui est celui d'une *civilisation*, celle « *des peuples européens* », qui existe elle-même de manière unifiée par l'idée subsidiaire « *depuis des millénaires* », cette « *unité* » entre histoire culturelle et concept n'apparaît pas en toute conscience à cette *civilisation* : ce sont donc aux auteurs, qui se donnent pour tâche d'en exhumer la substance, de la lui révéler. L'auteur a une mission apostolique : il apporte la bonne nouvelle, après des siècles de

fourvoiement ; le retour érudit, sur la coïncidence inconsciente entre une *généalogie conceptuelle* et une *civilisation*, confère à l'exposé de la notion une vocation mémorielle car le concept a été *oublié*. Son exhumation a un enjeu salvateur car si la civilisation des peuples européens est unifiée par un concept oublié, n'est-ce pas que la civilisation européenne s'est oubliée elle-même ?

Nous avouons avoir beaucoup de difficultés à prendre les discours relatifs à notre objet d'étude au sérieux. Leur régularité témoigne d'une caractéristique : ils s'évertuent à construire un véritable *Volkgeist* européen, dont ils postulent en même temps l'existence : même oubliée, les peuples européens continuent à s'y conformer comme « *M. Jourdain fait de la prose* ». Ce motif du *Volkgeist* est relayé par le Conseil de l'Europe :

(51) « Il faut procéder à effort de clarification du concept, qui puise ses racines dans des traditions et des politiques très différentes mais qui, toutes, appartiennent au bien commun de la tradition européenne » (CONSEIL DE l'EUROPE, Rapport 1992)

Le même Conseil de l'Europe publiait deux ans plus tard, en 1994, une fiche de présentation du *principe de subsidiarité* :

(52) « Définition et limites du principe de subsidiarité
La subsidiarité est aujourd'hui une idée à la mode sans que l'on sache très bien ce qu'elle signifie.
La présente fiche s'efforce de définir ce concept et de déterminer dans quelle mesure il peut contribuer à l'épanouissement et au renforcement de la démocratie locale. » (CONSEIL DE l'EUROPE, Comité européen sur la démocratie locale et régionale, fiche technique « le principe de subsidiarité », 1994)

La subsidiarité est donc tout à la fois « *le Bien commun de la tradition européenne* » mais aussi une « *idée à la mode* » que personne n'arrive à définir. Si le *principe de subsidiarité* n'était pas un concept de droit positif et n'engendrait pas, eu égard aux processus d'intégration communautaire, des conséquences concrètes sur les ordres juridiques nationaux, la lecture des assertions précédentes pourrait surtout revêtir un caractère comique. Ne révèlent-elles pas l'existence de ce que l'analyse du discours a désigné, et bien que nous ayons conscience de l'obsolescence de la catégorie forgée par M. Foucault (1969) et M. Pêcheux (1971) par *formation discursive* ? Françoise Dufour a reformulé la notion de la manière suivante :

> « L'existence d'une formation discursive est repérable par les « effets » de « toujours-déjà » que les discours renvoient. Ces échos de mémoire ne sont pas seulement d'ordre sémantique, mais proviennent de la reproduction/transformation d'un type d'agencement énonciatif dans des séries de discours en fait une marque de fabrique ancrée dans l'interdiscours qui produit des effets d'interpellation. » (DUFOUR, 2010 : 66)

Pour notre part, nous l'avons ironiquement nommé « Volkgeist » pour des raisons que nous expliquerons bientôt. Ce Volkgeist présumé est un des motifs de justification de la construction européenne. Il se matérialise, sur le plan discursif, par une rhétorique dont les traits s'apparentent tout à la fois aux discours messianiques et à l'historicisme romantique. De ce point de vue, toute étude des standards juridiques et du *principe de subsidiarité*, devrait nous conduire à nous placer théoriquement, non plus sur un terrain terminologique, mais bien plutôt sur celui de l'analyse du discours. Du moins, elle devrait nous conduire à adopter un point de vue discursif, si nous devions étudier le fonctionnement de l'unité comme terme. Si la terminologie plaide déjà pour une approche hybride « *entre science et discours* » (CANDEL, 2005), il serait sans doute opportun d'employer une méthode similaire à propos du droit des standards et du principe de subsidiarité.

> « La terminologie est couramment présentée en opposition avec la lexicologie. Elle est considérée comme éloignée des réalisations discursives. Les « termes » sont caractérisés par un lien sans équivoque avec le domaine précis dont ils relèvent et, surtout, par la relation de biunivocité qu'ils entretiennent avec le concept. Ces principes sont décrits et/ou remis en cause par nombre d'auteurs (Cabré 1998, Pearson 1998, Humbley 2001, Aussenac-Gilles et Condamines 2003). J. Humbley (2004) établit de son côté l'historique d'un ensemble de mouvements opposés à une telle conception rigoureuse de la terminologie, retracé à partir d'un riche corpus d'articles critiques. […] L'expérience de la terminologie elle-même montre que le recours à de vastes ensembles d'attestations textuelles préexistantes est d'une valeur incomparable. […] Qu'il nous soit permis d'insister, pour avoir été témoin d'une double expérience lexicographique (avec la rédaction du Trésor de la langue française) et terminologique (avec l'expertise pour les Commissions de terminologie), sur l'utilité d'un tel recours à la source textuelle, même en terminologie. Cette source doit naturellement être sélectionnée, attestée et référencée de la manière la plus précise, préalable nécessaire à une bonne évaluation et une réutilisation adéquate. Nous avons donc largement recours au discours. » (CANDEL, 2005 : 87-88)

Ce constat devrait être renforcé par le caractère circulant (ROSIER, 2006) et transversal des désignations identifiées comme standards.

Chapitre 3

Les limites du « toujours-déjà » du standard

1. Nos interrogations

L'hypothèse selon laquelle l'approche terminologique des standards juridiques devrait adapter sa méthode à la linguistique textuelle et discursive n'est pas évidente. Pour nombre de termes, nous partageons la position de Candel, il faut accorder au repérage terminologique à partir de données textuelles attestées, sa priorité. Nous reconnaissons également la nécessité de tenir compte, comme Benveniste l'avait montré, de l'appareil formel de l'énonciation, de la situation du locuteur et des conditions de production des discours scientifiques, juridiques ou techniques. Par contre, nous nous interrogeons sur le caractère radical de l'approche discursive. Le processus actuel qui voit la terminologie renouer avec les présupposés de la linguistique, ainsi que de ceux de l'approche discursive ou de la sociolinguisque ne conduit-il pas à la redéfinition de la notion de concept, dans le sens d'une catégorie idéologique ? D'après nous, il faut distinguer les approches linguistiques et terminologiques : la linguistique est une science de la description, le droit et la terminologie s'ils décrivent également, en dernière analyse sont orientés par la prescription. La linguistique, comme l'explique Cornu, est une science auxiliaire du droit. En terminologie, ne doit-elle pas s'en tenir exactement à la même position ? Doit-on, parce que la terminologie classique montre certaines limites, inverser ses postulats et limiter le concept au signifié saussurien ou à l'hétérogénéité discursive ? Nos questions sont formulées de cette manière car nous avons le sentiment que la démarche de la terminologie discursive partage certains des postulats relativistes de la théorie juridiques des standards.

1.1. Discours expert ou discours scientifique ?

En 2002, Gérard Petit discutait l'émergence du stéréotype ou de la figure de l'*expert* :

> « La notion d'expert est fonctionnellement symétrique de celle d'amateur (Petit, 1999) au regard de la distinction entre spécialiste et non-spécialiste : elle vient perturber une partition binaire et fondatrice pour l'analyse des discours techniques et scientifiques. » (PETIT, 2000 : 63)

Sur le plan politique et institutionnel, Corinne Gobin et Roser Cussó, relevaient quant à elles :

> « Nous sommes, depuis les années quatre-vingt, dans un contexte progressif mais intensif de transnationalisation et de concentration de la décision politique, à travers le poids qu'ont pris à la fois des organismes de pouvoirs collégiaux (G8, Union européenne), et les organisations économiques internationales (Banque mondiale, Fonds monétaire international, Organisation mondiale du commerce …). Ce déplacement de la production du lieu central du programme et du discours matriciels de référence, de la sphère nationale vers des sphères technocratiques, car peu soumises au débat contradictoire, semble déboucher sur la production d'un imaginaire collectif internationalisé dominant qui n'est pas présenté comme un discours politisé et partisan, mais comme un discours neutre. C'est ce discours politique de « bon sens général », commun à de très nombreux acteurs parce qu'ils veulent être acteurs et reconnus comme tels par ces nouveaux lieux de pouvoir, que nous qualifions de discours expert. » (GOBIN, CUSSO, 2008 : 6)

La nouvelle figure de l'expert ne participe-t-elle pas de la dilution des domaines et des qualifications, comme le *soft law* et le standard, de celui de la norme juridique ? Si la figure de l'expert pose problème, n'est-ce pas, en premier lieu par la difficulté d'identifier, dans son discours, ce qui relève de son indépendance critique ? L'indépendance est liée aux débats scientifiques, dont la condition de possibilité est le débat contradictoire sur la base de connaissances partagées.

Si nous observons mieux le discours de la doctrine vis-à-vis des standards, nous identifierons aisément que le flou n'a pas que des émules, et que le leitmotiv du désordre juridique ne fait pas l'unanimité, pas plus que la notion de standard ou de concepts indéterminés a priori, que ce soit dans la doctrine française ou dans la doctrine anglaise :

> « L'aversion des juristes anglais pour les maximes générales de ce genre est bien connue. MM. David et Gutteridge ont exposé autrefois les droits français et anglais de l'enrichissement injuste, en les comparant (5). A ce sujet, Gutteridge cite un mot de Lord Esher : « I detest the attempt to fetter the law by maxims. They are almost invariably misleading; they are for the most part so large and general in their language that they always include something which really is not intended to be included in them. » (CAEMMERER, 1966 : 574)

Il en va de même pour la subsidiarité, même élevée au rang de principe juridique :

(53) « L'esprit français fait une grande place à la doctrine, et le droit au système. La subsidiarité n'est pas un principe cartésien et le juriste français ne s'y retrouve pas. Cependant la constitution est un système de gouvernement et la France, par son histoire constitutionnelle mouvementée, est le champion des systèmes constitutionnels. Hormis quelques tenants d'une pensée libérale, la doctrine française se reconnaît peu dans le principe de subsidiarité. » (DRAGO, 1994 : 585)

A propos de la ratification de la *Charte européenne de l'environnement* en 2005 et son introduction dans la Constitution, Bertrand Mathieu (2005) signalait des problèmes relativement similaires :

> « Si le préambule de la Déclaration de 1789 s'inscrit dans une logique qui est celle du droit naturel, si la phrase liminaire du Préambule de 1946 se situe volontairement dans un contexte historique spécifique, les premiers considérants de cette Charte renvoient à des considérations scientifiques sur le lien entre l'humanité et son environnement. Ainsi, d'une part, la science, qui est à la fois la cause des dégradations causées à l'environnement et l'instrument par lequel on entend les réparer ou les prévenir, est au centre de la logique sur laquelle est construit ce texte. D'autre part, à l'individu titulaire de droits se substitue l'humanité ou l'homme abstrait qui symbolise cette humanité. Ainsi s'établit un rapport triangulaire entre l'homme, la nature et la science qui fait naître un certain nombre d'objets constitutionnels dont il faut, *a priori*, considérer qu'ils sont les destinataires d'une protection et non des sujets titulaires de droits. Il en est ainsi de l'humanité, de l'environnement, défini comme le patrimoine commun des êtres humains, de l'être humain lui-même défini comme le maître de ce patrimoine commun et sur l'identité duquel les débats en matière de bioéthique ont suscité bien des controverses, de la diversité biologique, du développement durable, des sociétés humaines, des générations futures et des autres peuples. De cette énumération qui relève à la fois du bricolage conceptuel et de l'air du temps, il est difficile de tirer des conséquences juridiquement déterminées » (MATHIEU, 2004, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°15)

Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des conséquences juridiques de la constitutionnalisation de cette Charte, dont Mathieu montre parfaitement qu'elles ne sont pas si indéterminées : « *La protection de l'environnement est ainsi mise à la même place que les droits de l'homme et la souveraineté nationale* » (2004). Nous tenons juste à souligner que nombreux membres de la doctrine pointent « *le désordre juridique* », engendré par la multiplication des standards, leur incompatibilité avec l'esprit rationaliste du constituant et du juge français et le manque de pertinence quant à leur introduction en droit interne à la faveur de la primauté du droit européen (GUILLOUD, 2009 ; MATHIEU, 2004). A propos des révisions constitutionnelles, Patrick Gaia parle de transformation de la « *loi fondamentale en Arlequin*

constitutionnel » (GAIA, 1998 : 153), Yves Gaudemet détaille ce phénomène de « désordre normatif » :

> « Une loi de plus en plus réservée aux « débats de société » et encore, et qui le cède en nombre et en importance à la législation déléguée des ordonnances elles-mêmes promues procédé ordinaire de législation ; une confusion, jusque dans les mots, dans le nouveau droit des contrats publics ; une dénaturation profonde de la fonction et de la langue de la loi […]. » (GAUDEMET, 2006 : 43)

Laetitia Guilloud ajoute :

> « L'inflation normative – plus précisément l'inflation législative – la multiplication des ordonnances, l'anarchie normative – c'est-à-dire la confusion dans la hiérarchie des normes – ou bien encore dissociation entre acte et norme, autrement dit l'émergence d'un « droit mou, un droit flou, un droit « à l'état gazeux » » qui s'incarne dans des textes d'affichages ». » (GUILLOUD, 2008 : 86)

Guilloud interroge les conséquences de l'intégration sur le texte constitutionnel, non seulement sur la technique des révisions, qu'elle considère comme de la « *chirurgie répétitive qui risque de fatiguer le malade* » (*Ibid.*), mais elle interroge ce que nous désignons par transformation de la constitution en « label-qualité », à l'instar des chartes de bon comportement ou d'usager des services publics, c'est-à-dire des documents à valeur juridique nulle (qui énoncent de simples règles morales) : *soft law*, *droit mou*, *droit flou, droit gazeux* (DELMAS-MARTY, 2004) qui se multiplient et conquièrent les plus hauts degrés (constitutionnel et législatif) des ordres juridiques internes. Les chartes et autres labellisations n'ont-elles pas pour fonction, en particulier dans les services publics, de dissimuler la dégradation concrète des conditions de prise en charge des usagers ? Nous posons la même question, à l'instar d'une partie de la doctrine juridique française, à l'égard de la sécurité juridique : elle interroge le linguiste préoccupé par les questions de sécurité linguistique. Avec le concept de droit mou, Mireille Delmas-Marty cherche à décrire ces processus de dilatation et de fragmentation des normes nationales induit par le développement de nouvelles formes juridiques telles que l'arbitrage et l'externalisation progressive de la justice, l'explosion des normes internationales, des chartes, des accords multilatéraux et des traités supranationaux. Si nous ne partageons pas l'optimisme de ses conclusions, son principal ouvrage, *Les forces imaginantes du droit,* recèle cependant de pistes intéressantes pour appréhender ces processus sur un plan linguistique et discursif.

Le principe de subsidiarité, qui initialement désignait un « *élément juridique du droit communautaire* » (DE LA MALENE, 1996), c'est-à-dire un instrument juridique que le

rapporteur parlementaire n'était déjà pas en mesure de caractériser précisément, se diffuse, dans les discours politiques, mais également, comme un concept à valeur scientifique, tandis que personne n'est apte à déterminer s'il s'agit d'une notion juridique, politique, économique, social ou religieuse. C'est pourquoi nous souscrivons à la déduction du doyen Carbonnier : si notre démarche est scientifique, nous n'éprouvons pas de crainte particulière à l'égard du processus de fragmentation normative. L'étrange et le douteux motivent toute recherche scientifique. Toutefois, nous n'en conclurons pas que le chaos juridique (ou le *pluralisme* pour utiliser une expression connotée plus acceptable) peut être élevé en nouvel horizon du droit par la force des faits eux-mêmes. Il faut mesurer les résistances et leurs manifestations linguistiques, en particulier discursives, dont la première est sans conteste le refus, manifesté par certains membres de la doctrine, mais aussi et surtout par le juge interne, de l'emploi de ces unités à contenu conceptuel prétendument variable.

1.2. Un exemple : le principe de non-discrimination

La résistance de la doctrine française ne vaut pas que pour le *principe de subsidiarité*. A titre d'exemple, nous travaillons actuellement avec un groupe de juristes (privatistes et publicistes) et de sociologues du droit autour du discours du juge (interne et européen) relatif à ce standard international et européen qu'est le *principe de non-discrimination*. Nous ne pouvons exposer l'ensemble de nos premières conclusions, mais tenons rendre compte de trois observations. Notre corpus est constitué de décisions administratives relatives à des affaires opposant des justiciables et des administrations, lors desquelles est invoqué le *principe de non-discrimination*.

Nos observations principales sont les suivantes : premièrement, le juge interne, essentiellement le juge administratif (Conseil d'Etat, juge administratif, juge d'appel, juge de cassation), emploie *non-discrimination* dès lors que la référence à des textes normatifs supranationaux, essentiellement européens, l'y oblige expressément. Deuxièmement, lorsqu'il y est contraint, il manifeste linguistiquement la référence aux textes supranationaux (guillemets, intertexte), se délestant rapidement de la responsabilité de l'emploi de l'occurrence et de ses conséquences sur son raisonnement. Troisièmement, lorsqu'il doit utiliser *non-discrimination*, il cherche à obtenir une définition du concept et se voit régulièrement contraint d'établir une relation de synonymie avec le principe constitutionnel d'égalité. Dès lors, il n'utilise plus réellement *non-discrimination*.

Nous en avons conclu que le juge utilise des stratégies discursives, dont la plus fameuse est l'évitement énonciatif. Evidemment, ces observations sont des tendances. Dans bien des cas, le juge emploie *non-discrimination* et tente de raisonner à partir de ses présupposés. Dès lors, nous avons observé au sein de son discours, des formulations qui témoignent du caractère discrétionnaire du principe, en particulier une profusion de variantes syntagmatiques (KRIEG-PLANQUE, 2009 : 71) : *discrimination légale/illégale*, *discrimination raisonnable*, *discrimination proportionnée*, *discrimination justifiée*. Nous n'avons pas observé de formulations identiques pour *égalité* (*égalité légale/illégale*, *proportionnée*, *raisonnable, justifiée*). Nous voyons difficilement comment une notion (égalité) exprimant en mathématique une relation d'équivalence au sein d'un ensemble (et transposée par voie d'analogie au domaine juridique) puisse être associée à des qualificatifs (*légal*/*illégal* ; *proportionné*, *raisonnable*) désignant les conditions dans lesquelles la rupture d'équivalence est tolérée, voire souhaitée.

Considérant que le dissensus s'exprime essentiellement par le refus d'invoquer le principe, que ce refus n'est pas caractéristique d'une résistance individuelle mais d'une profession (conservatrice ?) ou du moins d'une partie, nous formulerons une première question : faut-il adapter la terminologie et ses méthodes à ce genre d'objets discursifs ?

Notre seconde interrogation porte sur la caractérisation habituelle du standard : « polysémie conceptuelle » (BARROCHE, 2012) ou ambigüité du terme, ces caractérisations ne relèvent-elles pas plus d'un dissensus superficiel visant à empêcher le plein accès au concept ? Dans le cas de non-discrimination, pourquoi le juge n'emploie-t-il pas le terme ? Est-ce en raison de son caractère intrinsèquement flou ? Il pourrait tout aussi bien lui attribuer une définition un tant soit peu stable, ce qu'il fait quand il le peut. Ceci n'explique aucunement le fait que sa principale stratégie consiste dans l'évitement énonciatif. Selon nous, il est probable que ce soit parce qu'il refuse la logique conceptuelle implicite de la *non-discrimination* : nous devrions en conclure que le concept existe et qu'il n'est pas variable. La variabilité n'est pas intrinsèque au standard, mais à ce qu'il touche (c'est-à-dire à ce qui va être désigné comme tel).

Nous avons pris pour exemple, en introduction, le cas du Code du travail, désigné, dans la synthèse du rapport Combrexelle comme code « subsidiaire ». La variabilité du standard relève-t-elle de la notion ou du Code qui est appelé à ne plus s'appliquer que « *si et dans la mesure où* » un arbitrage préalable n'a pas tranché le litige ?

1.3. La pertinence des nouvelles terminologies

L'analyse du discours du juge, comme l'analyse du rapport Combrexelle, nous contraint à invalider partiellement les critiques formulées à l'encontre de la terminologie conceptuelle par l'approche textuelle (RASTIER, 1995 : 35-65; SLODZIAN, 2000 : 61-85 ; BOURIGAULT, SLODZIAN, 1999 : 29-32) discursive (CANDEL, 2005 : 87-88) et sociolinguistique de la terminologie (GAMBIER, 1991a : 8-15, GAUDIN, 1993), qui se sont développées dans les dernières années, surtout en France, dans la perspective d'une « *remise en cause* » des « *présupposés de la terminologie* » classique (GAMBIER, 1993). Non parce que ces perspectives sont inexactes, mais pour leur tendance radicale, et surtout aussi parce que, de notre point de vue, elles entérinent les erreurs de la terminologie classique en généralisant un nouveau « monisme discursif ». C'est pourquoi, dans le cas d'une étude sur le *principe de subsidiarité*, nous nous montrons très frileux à nous inscrire dans le cadre de l'analyse du discours ou dans celui qui lui serait le plus proche, la terminologie textuelle ou discursive.

1.4. La problématique du concept

La terminologie conceptuelle relève d'une approche prescriptive (normative) en instituant certains termes comme des dénominations standardisées. Elle est aux fondements de la terminologie dite classique définie dans la *Théorie Générale de la Terminologie* (TGT) issue des travaux d'Eugen Wüster (WÜRSTER, 1985). Les principes terminologiques des normes ISO (Organisation internationale de normalisation) s'y réfèrent [ISO ; 704]. La TGT part du postulat que le concept est au cœur du travail terminologique et en constitue le point de départ. Il s'agit d'une décision méthodologique. Comme toute décision, elle témoigne de certaines limites, dont Würster avait pleinement conscience[35]. La démarche de la terminologie conceptuelle est onomasiologique : après avoir établi la modélisation conceptuelle d'un domaine, elle s'attache à identifier les termes s'y référant et, le cas échéant, à en proposer de

[35] Elsa Pic explique que les principales critiques adressées contre la terminologie classique avaient déjà été entrevues par Würster lui-même : « le reniement (parfois violent, surtout en France) [de la terminologie classique] est en partie attribuable à une certaine méconnaissance des écrits de Würster, dont il n'existe pas vraiment de traduction française ou anglaise […]. Candel (2004) […] nous révèle une théorie bien plus nuancée et « réaliste » que l'on imaginait. […] La sémasiologie « n'est pas occultée », polysémie et synonymie sont en fait « agréées » dans une certaine mesure (à travers les niveaux de langue et degré de spécialisation, […]. Würster reconnaît également les limites de la normalisation, et s'intéresse à la linguistique descriptive (phraséologie, oral, fréquence), mais surtout, il admet la variation linguistique, c'est-à-dire selon les langues et la diachronie et – plus important encore – il a toujours conscience que sa théorie terminologique était un idéal inaccessible : « même en terminologie, le désir de parfaite biunivocité doit rester un vœu pieu » (WÜRSTER, 1985 :79). » (PIC, 2007, 243-244).

nouveaux. Elle n'a pas pour présupposé de confondre terme et concept : elle distingue simplement, comme l'indique Depecker (2003 : 13), l'ordre de la pensée, l'ordre de la langue, et l'ordre du monde, à des fins de prescription. Dans ce cas, elle ne peut que tenir à distance d'elle-même toute perspective centrée sur une approche discursive ou textuelle : sa fonction est de neutraliser la variation dans l'emploi des termes, au moyen de la production de définitions. Sur le plan méthodologique, elle s'apparente plus à une analyse de contenu, qu'elle a vocation à fixer.

La terminologie textuelle quant à elle, dans une perspective linguistique visant à remettre en cause la triade sémiotique (RASTIER, 1990 : 5-39) et l'existence d'un ordre de la pensée indépendant de la langue et de ses manifestations en discours, part d'une démarche descriptive et sémasiologique. Elle postule que l'accès au concept ne peut se faire objectivement que par le truchement de l'extraction de données textuelles (en particulier informatiques), donc par l'étude des appropriations discursives des unités par des locuteurs déterminés (fussent-ils institutionnels) : le concept résulterait de la somme de ces appropriations, reliées aux conditions de production des discours. Confronté à des notions telles que les *standards*, cette perspective nous paraît incohérente : comment espérer saisir un concept qui a volontairement été soustrait à toute entreprise définitoire ?

2. Une approche textuelle et discursive du terme « principe de subsidiarité » ?

Nous avons rassemblé des corpus de discours académiques sur la subsidiarité et avons observé que l'extraction d'emplois en contexte conduisait, non à fixer un concept et sa définition, mais à des résultats identiques à ceux qu'obtient l'analyse du discours. Sur le plan des discours politiques, les travaux d'analyse du discours autour de la notion de formule théorisée par Alice Krieg-Planque (2003), montrent que l'emploi d'unités très proches de nos standards (les deux catégories ne se recoupent-elles pas dans leurs propriétés linguistiques ?), concourent à ce que Claire Oger et Caroline Ollivier-Yaniv ont appelé le « *lissage discursif* » (OGER, OLLIVIER-YANIV 2006 : 63-77).

A propos de *développement durable*, Krieg-Planque a mis à jour des fonctionnements et associations syntaxiques systémiques (emploi de subordonnées concessives) témoignant que

les formules agissent plutôt comme des « *opérateurs de neutralisation du conflit* » (KRIEG-PLANQUE, 2010) que comme des *concepts essentiellement contestés*. De notre côté, nous avons également observé des régularités concernant le *principe de la subsidiarité*. A titre d'exemple, sur le plan syntaxique, la définition du *principe de subsidiarité* est tributaire d'une construction systématique canonique (celle du *traité de Maastricht*) : l'emploi de la locution adverbiale *ne ... que* (restriction) et/ou de la complétive introduite par la locution conjonctive *si et dans la mesure où*, (ou parfois seulement la conjonction « si ») (soit S + loc adv + V + Loc conj), exprimant la condition :

(54) « Dans tous les cas, l'UE ne peut intervenir que **si** elle est en mesure d'agir plus efficacement que les pays de l'UE à leurs échelons national ou local respectifs. » (EUR-LEX, « Le principe de subsidiarité »)

(55) « Dans les domaines qui **ne** relèvent **pas** de la compétence exclusive de l'Union européenne, le principe de subsidiarité entend protéger la capacité de décision et d'action des États membres, et il légitime l'intervention de l'Union **si** les objectifs d'une action ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres, mais peuvent l'être mieux au niveau de l'Union, « *en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée* » (CHATEAU, Fiche principe de subsidiarité, *Parlement européen*, octobre 2015). »

(56) « A. Considérant que le principe de subsidiarité a une dimension politique, dans la mesure où il vise à ce que les décisions communautaires soient prises le plus près possible des citoyens, mais que l'insertion du principe de subsidiarité dans les traités vise spécifiquement à réguler la définition et mise en œuvre d'actions de la Communauté sur la base des compétences que les Etats membres lui ont attribuées, sans nullement affecter pour autant la répartition des compétences à l'intérieur des Etats membres

B. Rappelant que la Communauté se fonde sur l'attribution explicite des compétences, **dans la mesure où** ses compétences ne se présument pas, mais restent l'exception par rapport aux compétences des Etats membres. » (PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur les rapports de la Commission des Communautés européennes au Conseil européen, Document A4-0155/97)

(57) « Ce principe, d'un côté, protège les compétences des États, mais de l'autre, permet l'intervention de l'Union **si** "*les objectifs [d'une] action envisagée ne peuvent*

pas être réalisés de manière suffisante" par les États mais peuvent davantage l'être à son niveau. » (art. 5 TUE)

Nous avons constaté que le principe de subsidiarité ne doit son efficience qu'à la prise en compte du caractère opportun d'une intervention de l'Union, donc à des conditions exogènes au domaine juridique, qui inféodent la règle de droit. La définition du *Vocabulaire Juridique*, ainsi que celle du *Larousse*, pointaient déjà ce trait définitoire discrétionnaire. Introduite de manière systématique par une conjonctive de condition (*si et dans la mesure où*), l'énoncé du principe est également régulièrement accompagné d'une périphrase synonymique (REY-DEBOVE, 2005 : 15), qui semble participer de sa définition (ou la compléter) *principe de subsidiarité = décision/action prise le plus près des citoyens* ou *principe de subsidiarité + principe de proximité* :

(58) « "les objectifs [d'une] action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante" par les États mais peuvent davantage l'être à son niveau (art. 5 TUE). Enfin, il répond à un souci de démocratie**,** les décisions devant "être prises [...] le plus près possible des citoyens" (art. 1 du TUE). » (VIE PUBLIQUE)

(59) « Le principe de subsidiarité est fondamental pour le fonctionnement de l'Union européenne (UE), et plus précisément pour la prise de décision européenne. Il permet notamment de déterminer quand l'UE est compétente pour légiférer, et contribue à ce que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens. » (EUR-LEX)

(60) « Bien que les porte-paroles des instances communautaires aient, par la suite, souvent expliqué que la Communauté avait toujours appliqué le principe de subsidiarité sans le dire, c'est avec une certaine solennité que ce principe a été inscrit dans le Traité sur l'Union européenne.

Le préambule du Traité indique ainsi que dans " l'union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ", les décisions sont prises " le plus près possible des citoyens**,** conformément au principe de subsidiarité ".

Ces termes sont repris pratiquement à l'identique dans l'article A qui, sans mentionner le principe de subsidiarité, réaffirme l'exigence d'une prise des décisions " *le plus près possible des citoyens* ". » (DE LA MALENE, 1996, Rapport 46)

(61) « Selon le principe de subsidiarité, toute action doit être réalisée au niveau le plus proche possible des citoyens, le niveau supérieur ne devant intervenir que si cela est nécessaire. L'application de ce principe au niveau communautaire se traduit par la

soumission de l'intervention de la communauté européenne à 2 conditions posées par l'article 3b. » (JURIPOLE ETUDIANT)

(62) « Le principe de subsidiarité vise, également, à rapprocher l'UE et ses citoyens en garantissant qu'une *action* soit prise au niveau local lorsque cela s'avère nécessaire. Cependant, le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'une action doit toujours être prise à l'échelon le plus proche du citoyen. » (EUR-LEX, « Le principe de subsidiarité »)

Cette relation synonymique subsidiarité = proximité, se trouve aussi exprimée par proximité = démocratie :

(63) « La proximité, source d'efficacité et de démocratie
Le principe de subsidiarité va donc plus loin qu'une simple réaction contre un excès de réglementation : sinon, il se confondrait d'ailleurs avec le principe de proportionnalité. Son véritable intérêt est d'introduire un double souci d'efficacité et de démocratie, en réponse au double déficit que la construction européenne est susceptible de receler dans ces domaines. » (DE LA MALENE, 1996)

(64) « La révision constitutionnelle du 28 mars 2003, en consacrant implicitement le principe de subsidiarité, a apporté une nouvelle contribution au processus de légitimation de l'intérêt général local par la proximité […]. Fondé sur le principe d'efficacité (« le mieux ») et de proximité (« à leur échelon ») […]. » (LE BART, LEFEBVRE, 2005 : 58)

(65) « 1. Le Conseil de l'Europe attache un grand prix au renforcement de la démocratie locale et régionale, en particulier du fait que c'est au niveau local ou régional, en application des principes de subsidiarité et de proximité, que la démocratie est la plus proche des citoyens. » (CONSEIL DE l'EUROPE, 13-15 octobre 2009 : 23)

En développant l'analyse des contextes d'emploi, nous pourrions certainement retrouver les principales structures discursives qui font fonctionner le principe de subsidiarité. En réalité, nous ne parviendrions pas à un concept. Par contre, nous rendrions sans doute service à la théorie des standards juridiques. Avec cette méthode, nous aboutissons uniquement aux données lexicographiques déjà transmises, qui ne peuvent nous satisfaire, à moins d'ériger le bon sens au rang de concept.

2.1. Nouvelles terminologies et relativisme cognitif

Nous entérinerions également le leitmotiv de l'ambiguïté du concept. La nouvelle terminologie qui se veut essentiellement descriptive ne refuse pas seulement le postulat prescriptif. Elle ne répond pas à une question : pourquoi dans le cas des standards, le concept et sa désignation ne donnent-ils lieu à aucune définition stable de la part des spécialistes ou des locuteurs institutionnels ? Puisqu'elle refuse le postulat de la terminologie classique, à savoir celui de la normalisation et de la prescription, elle prend la variation comme un en soi. En réalité, la plupart du temps, nous n'avons pas observé de variation mais une régularité discursive. Le discours de l'ambiguïté obscurcit la caractéristique principale des discours subsidiaristes : le consensus et les emplois dominants. A ce titre, nous nous interrogeons sur la tentative d'Elsa Pic de caractériser la nature des concepts des Droits de l'homme. Plutôt que la catégorie de *standard*, qui témoigne au moins d'un fond discursif commun, elle lui préfère la dénomination de *concepts essentiellement contestés* de W. B. Gallie. Si la signification de ces unités juridiques était aussi radicalement l'objet d'appropriations contradictoires, pourquoi le juge ou une partie de la doctrine les rejettent-elles catégoriquement ?

Dans un autre contexte scientifique, une chercheuse comme Françoise Dufour, évoque un même phénomène en sociologie, à propos du discours *développementiste* :

> « Le discours « développementiste » s'est imposé comme l'unique paradigme post-colonial lorsqu'il s'est agi de nommer les situations dans lesquelles se trouvent les pays non-occidentaux et non-nantis que l'on désigne maintenant du terme générique de « pays du Sud ». Il est parlé maintenant dans de nombreux milieux (scientifiques, politiques, médiatiques) qui pourtant n'entendent pas toujours se revendiquer de cette « croyance occidentale », comme en témoigne le directeur du GRET : « soulignons que la prégnance du discours développementiste est telle, dès qu'il s'agit d'organisations paysannes, que les plus rigoureux d'entre nous se surprenaient malgré eux à utiliser les termes de « population-cible », de « participation » etc…, qui sont des termes du développement, mais non des concepts sociologiques. C'est dire la vigilance épistémologique qui est nécessaire pour construire une analyse véritablement anthropo-sociologique sur ce thème. » (DUFOUR, 2010 : 12)

La notion de « vigilance épistémologique » employée par le directeur du GRET[36] nous paraît ici prudente. Elle suggère notamment l'existence du danger à adopter des catégories de pensée frauduleuses. S'agirait-il pour nous de faire des désignations standardisées, des termes scientifiques, juridiques ou sociologiques ?

[36] Et bien que le GRET soit une Organisation non Gouvernementale internationale et non une institution de recherche (lutte contre la pauvreté, …), fondée en 1976.

2.2. L'incompatibilité entre définition terminologique et analyse du discours

La définition terminologique consiste dans un exercice cognitif. Il s'agit de l'analyse d'un concept : « *le concept est décrit en terminologie par une définition linguistique* » (DEPECKER, 2003 : 43). Qu'est-ce qu'un concept, entendu en terminologie ?

> « Le postulat de la tradition, que nous reprenons ici, énonce que le concept est l'élément principal par lequel nous pensons. C'est une unité structurée de pensée par laquelle nous nous formons une connaissance du réel. Nous appréhendons les objets à travers des concepts, et pensons par concepts et par relation entre concepts. » (DEPECKER, 2003 : 43)

Cette connaissance du réel, à travers sa conceptualisation, fait l'objet de révisions, évolutions, discussions ou réajustements, qui sont les conditions de toute démarche scientifique. Ces révisions sont par ailleurs liées à des conditions d'expérimentation. Les concepts sont donc des unités de connaissances, non des représentations subjectives ou intersubjectives. La philosophe du droit et des sciences Susan Haack, utilise une métaphore pertinente pour illustrer la démarche scientifique, « le jeu de mots croisés » :

> « Représentez-vous un scientifique comme quelqu'un qui travaille sur sa section dans une énorme grille de mots croisés : s'appuyant sur l'information dont il dispose, il devine la réponse, vérifiant encore et encore si celle-ci concorde avec l'indice et les entrées déjà complétées qui la croisent et si ces dernières concordent aussi avec leurs indices de même que les autres entrées, soupesant la probabilité que certaines de celles-ci soient erronées, puis essayant de nouvelles entrées à la lumière de celle-là, et ainsi de suite. La grille est en grande partie vide, mais beaucoup d'entrées sont déjà complétées, certaines à l'encre quasi indélébile, d'autres à l'encre ordinaire, d'autres encore au crayon plus ou moins appuyé, au point parfois de s'effacer. Certaines sont en anglais, d'autres en swahili, en flamand, en espéranto, etc., etc. Dans certaines sections, plusieurs longues entrées ont été écrites à l'encre d'une main ferme ; ailleurs, il y en a peu ou pas. Certaines entrées ont été complétées des centaines d'années auparavant par des scientifiques morts depuis longtemps, d'autres la semaine dernière. À certaines époques, en certains lieux, sous peine de renvoi ou pire encore, seuls les mots du novlangue peuvent être utilisés ; ailleurs, des pressions s'exercent pour que telles entrées soient remplies d'une certaine façon à l'exclusion d'une autre, ou pour qu'on se penche sur une section complètement vide plutôt que de travailler sur une partie plus facile et déjà partiellement remplie — ou pour qu'on ne travaille pas du tout sur certaines sections. Des équipes rivales se querellent au sujet de certaines entrées, les repassant au crayon ou même à l'encre puis gommant tout, peut-être dans une douzaine de langues et dans un délai déterminé. D'autres équipes coopèrent en vue de mettre au point une procédure pour débiter toutes les anagrammes d'un indice long comme un chapitre ou un appareil capable d'agrandir un indice si minuscule qu'il en est illisible, ou elles veulent lancer un appel aux équipes travaillant sur d'autres parties de la grille afin de voir si elles n'auraient pas quelque chose qui puisse être

> adapté ou pour demander si elles sont bien sûres qu'il faut mettre un « s » ici. […] » (HAACK, 2003 : 295)

Cette métaphore consiste à décrire les conditions dans lesquelles se déroule la recherche scientifique : elle atteste de tensions extrascientifiques (orgueil du chercheur, luttes de pouvoir, pressions politiques, économiques ou idéologiques, étrangères à la démarche scientifique) mais également d'une recherche qui, malgré les pressions, tente de produire des connaissances, de les vérifier, de les réfuter et de les valider. Finalement, elle en conclut, avec John Dewey ou Albert Einstein, que la recherche n'est rien de plus qu'une sophistication de l'expérience mondaine du « sens commun » :

> « Plus tard, je me suis souvenue de l'aphorisme de John Dewey selon lequel « *la matière et les procédures de la science sont issues des problèmes et des méthodes du sens commun (Dewey).* » Puis, à ma surprise et à ma joie, j'ai trouvé cette remarque de Thomas Huxley disant que « *l'homme de science utilise avec une exactitude scrupuleuse les méthodes que nous tous, par habitude et à chaque minute, utilisons sans y faire attention* ». Dans le même esprit, Albert Einstein a dit que « *toute la science n'est rien de plus qu'un raffinement de la pensée de tous les jours* », Percy Bridgman qu'« *il n'y a pas de méthode scientifique comme telle, […] l'aspect le plus vital de la procédure scientifique consiste simplement à tirer le meilleur parti des ressources de son esprit* [6] ». Quant à Gustav Bergman, il a décrit les sciences, en une formule qui sonne merveilleusement bien, comme le « *bras long du sens commun* ». […]
> La recherche empirique comprend tant les sciences naturelles, les sciences sociales, l'histoire, la recherche médico-légale, et ainsi de suite, que la recherche de tous les jours, quand vous vous demandez à quelle heure part votre avion, où acheter de la farine *chapati*, comment imprimer en italique, ce que vous avez mangé qui vous a dérangé l'estomac, et ainsi de suite. Certaines recherches sont mieux menées que d'autres — de façon plus scrupuleuse, plus approfondie, plus imaginative, etc. — d'autres moins. Cela vaut pour tous les types de recherches, y compris la recherche scientifique. » (*Ibid.* : 299)

Cette réflexion nous paraît pertinente : chaque jour nous faisons l'expérience et pouvons acquérir une connaissance du réel. La science n'est rien d'autre qu'une sophistication de l'expérience quotidienne du monde. Les concepts et les unités de pensée auxquels renvoient les termes spécialisés ne sont pas réductibles aux représentations subjectives ou intersubjectives (DEPECKER, 2003 : 25 ; 75 ; 78-82), bien que, le plus généralement, la terminologie en tienne aussi compte. La terminologie, qui est prescriptive, relève de l'analyse du contenu et de la transparence du discours, quant bien même ces perspectives resteraient de simples objectifs (comme ceux de sécurité juridique, linguistique, technologique : il y a toujours des accidents). Quiconque achète un véhicule est en droit d'exiger le respect de

normes de sécurité. Pourquoi en serait-il différent du droit ou de la politique ? A l'inverse, l'analyse du discours, comme le rappelle Dufour, adopte une posture de méfiance vis-à-vis d'une analyse de contenu :

> « Le contenu textuel qui occupe le devant de la scène ne constitue pas l'objet de l'analyse de discours. Ce que « disent » les textes, les informations qu'ils apportent sur des événements, les raisons qui ont motivé les acteurs, tout ceci n'intéresse pas la citoyenne que je suis et constitue la base d'une bonne analyse critique. Il ne s'agit pas d'analyser ce que disent les textes, – leur contenu – mais comment ils le disent. » (DUFOUR, 2010 : 25)

De notre point de vue, cette remarque est certes juste méthodologiquement pour l'analyse du discours mais encore une fois, seulement partiellement. L'analyse du discours dit vouloir mettre à jour la non-transparence entre un énoncé et ses motifs :

> « Le problème majeur de l'analyse de contenu est qu'elle repose sur la transparence du discours, sur la croyance en une adéquation parfaite entre référent et discours ou entre la chose dont on parle et ce qui en est dit. Cette dimension représentationnelle du discours sur laquelle a été développée la théorie du reflet, est un leurre qui s'appuie sur l'illusion de la correspondance de la carte avec le territoire.» (ACHARD, 1989 : 199)

Nous objecterons que si l'analyse de contenu est un vœu pieu, pourquoi alors la distinguer de l'analyse de discours ? Par ailleurs, l'analyse du discours se veut une discipline transdisciplinaire ; elle s'appuie sur des sciences connexes : sociologie, philosophie, psychologie, histoire. Etant donné que ces disciplines ne relèvent pas des sciences du langage, il s'agit bien pour l'analyse du discours d'y puiser des informations de nature extralinguistiques. L'analyse du discours veut relier l'énoncé à ses conditions de production : elle doit bien en dire quelque chose.

Enfin, en ce qui concerne la terminologie, la discipline relève bien du contenu, du *quoi* et non du *comment*. Ou si elle relève du *comment*, c'est pour envisager autant de manières de décrire le réel, sans pour autant le réfuter. Dès lors, en ce qui concerne les standards (termes juridiques au concept indéterminé) : soit à l'analyse, nous faisons l'observation d'une variation discursive absolue, auquel cas, nous n'avons pas affaire à des termes ; soit, nous observons l'inverse (des régularités) auquel cas il est fort probable qu'il s'agisse bien d'un terme renvoyant à un concept, mais que ce concept soit, premièrement plus « politique que juridique », deuxièmement « mal nommé » (qu'il active des programmes de sens contradictoires). Nous avons des exemples fameux avec les formules pléonastiques comme *dialogue social*, *développement durable*. Pour *principe de subsidiarité*, le problème nous paraît relever essentiellement de la relation entre la forme (dérivé de *subsidiaire*) et sa

signification courante : *secondaire*.

La perspective de la linguistique textuelle et discursive, si elle peut nous mettre sur la piste d'un concept, risque davantage de dissoudre la terminologie que de lui rendre service. Aussi, qu'une désignation comme le standard se montre retorse à la description des propriétés de son concept ne doit pas nous conduire à prendre pour un fait acquis que celui-ci n'existe pas. Nous partageons donc les réticences de Pierre Lerat sur les postulats de la socioterminologie et de la terminologie discursive « *contre les langues spécialisées* » (LERAT, 2000 : 19) :

> « Plutôt que de privilégier les contenus disciplinaires consensuels ou dominants l'accent sera mis sur les « diverses interactions », les conflits non résolus, au risque que la socioterminologie tourne à l'antiterminologie. […] Saussure était nettement plus nuancé, puisque selon lui « un degré de civilisation avancé favorise le développement de certaines langues spéciales (langue juridique, terminologie scientifique, etc.). » (*Ibid* : 19)

2.3. Les présupposés du monisme discursif

L'analyse du discours, depuis les années 1980, a opéré une véritable révision de ses catégories et questionné en particulier la notion « floue » de *formation discursive* (MAINGUENEAU, 2011). A-t-elle pour autant abandonné ses prémisses ? Nous avons attentivement étudié la manière dont Elsa Pic s'est appuyée sur l'analyse du discours et la terminologie textuelle pour traiter des standards. Elle franchit une ligne, que, pour notre part, nous refusons de franchir : remettre en cause l'existence du concept. Or, cette démarche rejoint en fait les présupposés du Cercle de Vienne dont est issue la terminologie d'E. Wüster, en particulier dans sa caractérisation des sciences humaines et sociales comme non-sciences. Elsa Pic explique à propos des concepts juridiques :

> « On pressent que les concepts qui nous intéressent, de nature juridique, ne sont pas vraiment « identiques » aux concepts technico-scientifiques généralement analysés par la terminologie traditionnelle. Il ne s'agit pas d'accabler la terminologie classique : à l'origine, elle n'a jamais prétendu s'attaquer aux sciences sociales, bien éloignées de ses préoccupations normalisatrices dans le monde de l'industrie. » (PIC, 2007 : 232)

Cette remarque rompt fondamentalement avec le rationalisme exposé plus haut par Cornu, lorsqu'il explique à l'inverse que :

> « Le langage juridique est technique, principalement, par ce qu'il nomme, secondairement par ce qu'il énonce (c'est-à-dire surtout par son vocabulaire, parfois par son discours). » (CORNU, 2005 : 18)

Pour Cornu, le discours est secondaire. Le droit, en priorité, nomme, c'est-à-dire construit ses catégories conceptuelles et avec elles, décrit et contribue à construire une réalité juridique :

> « Il nomme les réalités juridiques, c'est-à-dire pour l'essentiel, les institutions et les opérations juridiques, entités que le droit crée, consacre ou modèle. Ainsi nomme-t-il tous les rouages des pouvoirs publics, toutes les formes de l'activité économique, les bases de la vie familiale, les contrats, les conventions […]. Le droit nomme également les réalités naturelles et sociales qu'il appréhende et dont il fait des « faits juridiques » en leur attachant des effets de droit. Ainsi nomme-t-il les délits et les situations juridiques. Plus généralement, le droit nomme tous les éléments que la pensée juridique découpe dans la réalité, pour en faire des notions juridiques, des catégories (c'est ce découpage qui engendre le vocabulaire technique). » (CORNU, 2005 : 18)

C'est pourquoi « l'entreprise de démolition » (PIC, 2007 : 110) de la terminologie conceptuelle engagée par M. Slodzian sur le terrain de la terminologie textuelle ou plus encore par F. Gaudin sur celui de la socioterminologie (1993) nous paraît moins radicale qu'elle ne l'imagine. Elle entend relativiser le caractère scientifique des sciences humaines et sociales, et partant des sciences juridiques pour réduire ses catégories à des entités « idéologiques », à des standards, ou des *concepts essentiellement contestés*, c'est-à-dire les objets mêmes dont nous avons à rendre compte. Nous considérons cette démarche contestable pour les raisons suivantes.

Ce serait entériner la terminologie würsterienne et les critères de scientificité définis par le *Cercle de Vienne* (dont le principal, celui du « test de falsification », constitue la valise du scientifique, mais a été contesté par de nombreux chercheurs, notamment en physique) :

> « Les carences de la terminologie dans ce domaine sont donc bien envisagées : Depecker reconnaît (2002 :78) que les descriptions conceptuelles en sciences humaines et sociales sont une limite à l'exercice de la terminologie à cause de la place importante qu'y occupent les représentations (concepts psychologiques, débordements, exubérance du signifié, …) […]. » (PIC, 2007 : 232)

Si l'on accepte cette position, comment expliquer la démarche de « vigilance épistémologique » du directeur du GRET ? Toute entreprise scientifique dans les domaines politiques, juridiques, sociologiques, mais aussi et surtout juridiques, sont-ils voués à l'échec ? Il est vrai que les catégories sociologiques répondront difficilement au critère de prévisibilité. Il n'en va pas de même pour le droit : sans prévisibilité, il ne peut exister de sécurité juridique.

La linguistique elle-même a été constituée pour décrire objectivement des faits linguistiques.

Il en va de même pour l'analyse du discours :

> « L'analyse des discours relevant du champ scientifique et technique (discours spécialisé) a conduit à préciser la notion de paraphrase discursive et à dégager le concept de reformulation. » (MORTUREUX, 1993)

Comme toute science, l'analyse du discours entend s'engager sur la voie de la construction d'un appareil terminologique à même de rendre compte d'un certain nombre de phénomènes linguistiques stables (voire stables dans leur instabilité), de les décrire, pour certains de les prévoir. En cela, elle développe des *théories*. On peut retrouver chez les auteurs, actuellement déterminants dans la discipline, une volonté légitime de « dénomination » ou de « désignation », c'est-à-dire de production de termes qui renvoient à des réalités linguistiques, y compris lorsque celles-ci est étudiée au sein de corpus d'énoncés ayant été réellement produits :

> « On désigne par *variante* de la formule une unité ou une suite d'unités renvoyant à la formule, par exemple : purification ethnique, nettoyage ethnique, épuration ethnique (appelées variantes prototypiques, car les plus fréquentes, purification ethnique étant la plus fréquente des trois), ethniquement pur, pureté ethnique, purificateur (adj.), nettoyeur (N), ont épuré ethniquement, en re-purifiant, impuretés ethniques, autonettoyage ethnique…» (KRIEG-PLANQUE, 2002 : note de bas de page 7)

> « 1. Ce que nous entendons par « adjectif dénominal »
> Nous considérons comme des adjectifs dénominaux les adjectifs qui dérivent d'un nom (*sportif* est dérivé de *sport*, *joyeux* de *joie*, *matinal* de *matin*…), ou bien qui sont perçus comme tels. » (Ibid. : 103)

L'analyse du discours cherche à s'unifier autour d'une terminologie commune et travaille autour de « concepts ». Elle accepte volontiers, pour elle-même, comme valide la relation entre un signe linguistique (une désignation) et un concept, qui correspond au découpage des propriétés d'un phénomène ou d'un objet. Ses objets de prédilection sont des unités linguistiques, que ceux-ci soient des morphèmes lexicaux, des syntagmes, des phrases, des textes, … Certes, la diversité des dénominations utilisées en linguistique ou grammaire, témoigne que l'analyse du discours est traversée des mêmes enjeux que toute science. Par exemple, la description des processus de figements lexicaux pose un certain nombre de difficultés à la discipline pour délimiter ses frontières et ses objets d'étude :

> « Le fait linguistique du figement a été obscurci par des dénominations floues et très hétérogènes, de sorte qu'on est en présence de strates définitionnelles très souvent incompatibles. » (PAVEAU, 2006 : 38)

Les problèmes définitoires que rencontre l'analyse du discours, sont somme toute exactement les mêmes que ceux que rencontre toute discipline qui entend faire œuvre de science. Il est donc possible bien que difficile, de distinguer un concept d'une notion frauduleuse. C'est pourquoi nous considérons l'analyse du discours comme une discipline scientifique. Mais cela nécessite au point de départ que cette science accepte pour les autres disciplines ce qu'elle accepte pour elle-même. Si elle accepte que ses catégories permettent de décrire objectivement des régularités, elle doit concéder aussi que toute discipline, de sciences humaines ou de sciences dites « dures », peut aussi le faire. En 2006, Françoise Dufour cherchait encore à garantir les conditions de scientificité de l'analyse du discours :

> « […] il est difficile voire impossible pour l'analyste de se placer hors de toute idéologie. L'analyse du discours étant en elle-même une praxis, l'analyste court en outre le risque de ne rien produire de plus qu'un discours sur les discours qu'elle est censée analyser. Le résultat de cette prise de risque est le livre qu'on va lire, consacré à une analyse du discours, celle de l'idéologie coloniale et de sa recomposition dans le discours contemporain du développement. » (DUFOUR, 2010 : 10)

Quelle est cette prise de risque ? Postuler que l'analyse du discours peut produire un discours scientifique. Donc, au préalable, rejeter non la pertinence, mais le caractère holiste des catégories de *praxis*, de *doxa* (AMOSSY, 2015 : 25) ou de *prédiscours* (PAVEAU). Sinon, elle disqualifierait son propre discours, alors même que ces notions ont pour justement fonction d'aider à disqualifier le non-scientifique. Pic l'exprime autrement : « *Si l'on reconnaît qu'il existe des discours idéologiques, il faut donc reconnaitre que tout discours n'est pas intrinsèquement idéologique* » (PIC, 2007 : 95), ce que nous ne pouvons que partager. Elaborer des outils permettant de distinguer concept et « concept usurpé » (DEPECKER, 2003 : 18) n'est-il pas exactement la préoccupation de l'analyse du discours ?

Cette discussion, que nous nous forçons à mener, est connue. Toutefois, pour appréhender notre objet, elle nous est inévitable. Sinon, nous nous retrouverions sans méthode et nous prêterions le flanc aux arguments de Paul Ricœur à l'endroit des sciences et de leur incapacité à rendre compte du réel :

> « Je dirai qu'une idéologie est opératoire et non thématique. Elle opère derrière notre dos plutôt que nous ne l'avons comme un thème devant nos yeux. C'est à partir d'elle que nous pensons, bien plutôt que nous ne pensons sur elle. » (RICŒUR, 1974 : 333)
> « La même chose peut arriver, et sans doute arrive, à la science et à la technologie, dès lors qu'elles masquent derrière leur prétention à la scientificité leur fonction de justification à l'égard du système militaro-industriel du capitalisme avancé ». (Ibid. : 335)

Selon nous cette posture est problématique car elle favorise le relativisme cognitif. Si la notion de *formation discursive* a fait l'objet d'une révision radicale qui la rend aujourd'hui relativement obsolète, selon nous, et bien que nous souscrivions à la démarche pour l'essentiel, son relativisme n'est pas totalement évacué de l'approche formulaire, ainsi que de l'analyse des discours institutionnels et de leurs mutations.

3. Analyse des discours institutionnels : la question du droit

3.1. Etat de la question sur la subsidiarité en sciences du langage

Au cours de notre état de la question, nous avons vérifié que le *principe de subsidiarité* n'avait pas déjà fait l'objet de recherches antérieures en sciences du langage. L'analyse du discours a produit de nombreuses études relatives à certaines désignations que nous pourrions considérer comme des standards. Concernant le *principe de subsidiarité*, et bien que nous ayons pu passer à côté de contributions d'importance, nous n'avons relevé que trois études s'y rapportant. La première est un article publié en mars 1994 par trois membres de l'OURS dans le numéro 38 de *Mots, Les langages du politique* coordonné par Maurice Tournier et intitulé « Discours chrétiens et discours socialistes : un double parcours ». Frédéric Cépède et Maurice Braud initiaient dès 1992 une « enquête sur la subsidiarité », publiée par les Cahiers et Revue de l'Office Universitaire de Recherches Socialistes. L'étude est relativement courte (deux pages) et procède surtout d'une analyse critique des relations entre l'église catholique et les courants socialistes à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. L'article publié dans *Mots* revient sur cette analyse :

> « Par rapport au socialisme traditionnel, ces trois thèmes ont été profondément modifiés par le principe de subsidiarité. Pour le MRP de 1944, la révolution voulue « suppose également une participation des divers syndicats librement organisés à la direction de l'économie et à la gestion des entreprises ». Le rôle des corps intermédiaires dans l'administration de la vie publique est une partie fondamentale de la pensée démocrate chrétienne et son dérivé, le *principe de subsidiarité* (dévolution des décisions de l'Etat aux niveaux inférieurs), se retrouve dans le courant autogestionnaire sans grande modification. Par contre, il modifie les axes majeurs du socialisme : la planification devient planification démocratique, la nationalisation devint socialisation des principaux

pôles de domination économique. L'Etat doit décentraliser. » (CEPEDE, BRAUD, 1994 : 53).

Les auteurs interrogent le *principe de subsidiarité* comme mot d'ordre commun entre *Doctrine sociale de l'Eglise* catholique et mouvement ouvrier.

La deuxième étude, de Jean-Jacques Briu, est plus récente (2014). Présentée lors d'un colloque organisé par des juristes allemands et français, elle s'inscrit quant à elle dans une démarche lexicale. Cette contribution a été placée en introduction des actes du colloque et les avant-propos de la publication placent d'emblée les interrogations des juristes sous l'angle lexical : « *le mot subsidiarité d'origine latine signifie réserve (subsidiarii = troupe de réserve ; subsidium réserve)* » (BRIU, 2014 : 7). En l'espace d'une vingtaine d'années, l'unité *subsidiarité* engage la collaboration, non plus seulement d'analystes du discours, de politistes, d'historiens ou de philosophes (bien maigres cependant), mais désormais celle de juristes et de terminologues.

La troisième étude est celle de Julien Barroche, qui officiellement est une thèse de sciences politiques. Il avait pour ambition de construire une *histoire langagière* du concept de subsidiarité, s'appuyant sur la méthode dégagée par R. Koselleck. La thèse de Barroche est très impressionnante, riche de plus de trois cents références bibliographiques. Comme nous discutons ses thèses dans la seconde partie de ce travail, il n'est pas essentiel ici d'en résumer le contenu.

En dehors de ces deux articles et de cet ouvrage, nous ne pouvons citer aucun autre travail consacré spécifiquement à la désignation *subsidiarité*. Le constat est révélateur : nous avons d'un côté une contribution d'analyse du discours, cependant rédigée par des militants politiques membres de la fondation Jean Jaurès, de l'autre, celle d'un terminologue, et pour finir une thèse tentant de problématiser les relations entre langue et droit.

Nous avons toutefois repéré que l'unité est citée dans plusieurs travaux proches des méthodes de l'analyse du discours, tout particulièrement les études consacrées aux discours institutionnels. En particulier, celle de Guy Hermet dans un chapitre d'ouvrage de 2005 intitulé « la gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du « pluralisme limité » » dans lequel l'auteur identifie *subsidiarité* à une unité du langage « économique » et cooccurrent de *gouvernance* :

> « [La gouvernance se distingue] peut-être et surtout par son langage apparemment inspiré d'une psychologie publicitaire visant à annihiler la dimension proprement politique au bénéfice d'un modèle techno-libéral de la gouvernance (depuis 1985 surtout beaucoup de termes de la démocratie politique, comme gouvernement, compromis, peuple souverain, représentation, négociation collective, égalité, délégation ont été remplacés par un lexique d'origine principalement économique : dialogue social, partenaires sociaux, modèle social européen, subsidiarité, transparence, flexibilité, code éthique, critères de convergence, levée d'obstacles ou de contraintes […]. » (HERMET, 2005 : 32)

A y regarder de plus près, Hermet dénie bien aux unités considérées, et ainsi à *subsidiarité*, le statut de terme, à la différence des anciens « mots » du domaine de la démocratie politique. Par ailleurs, se situant sur un terrain critique, le caractère idéologique des unités considérées vient moins du fait que ces unités sont des vocables du discours économique que de celui de leur investissement hors du domaine économique (ici, par le domaine politique).

Dans cette orientation de travail nous devons aussi faire référence aux travaux de Corinne Gobin, en particulier l'article « Le discours programmatique de l'Union européenne. D'une privatisation de l'économie à une privatisation du politique ? » (2002 : 156-169), ainsi qu'à l'étude de Roser Cussó, « Quand la Commission européenne promeut la société de la connaissance » (2008 : 39-52).

3.2. L'institution : sociologie ou droit ?

La rareté des études consacrées à la *subsidiarité*, dans le domaine francophone des sciences du langage pourrait être expliquée par le fait que l'unité soit récente. Toutefois, cela ne nous convainc pas. Une autre explication, plus pertinente, nous semble liée à l'insuffisance de travaux consacrés aux discours des organisations internationales soulevée par Corinne Gobin et Jean-Claude Deroubaix (2010 : 107-114). Nous voudrions ici ajouter que les études manquent également en ce qui concerne les discours des institutions catholiques, en particulier les discours pontificaux : depuis le numéro de *Mots* dirigé par Tournier en 1994, et quelques contributions de D. Maingueneau, nous n'avons pas observé d'études systématiques. Mais puisque l'unité *subsidiarité* est entrée dans le lexique général de la langue française à la faveur de la ratification du *Traité de Maastricht* et non de son emploi en contexte catholique, son étude nécessite de se confronter essentiellement à des corpus de textes produits par des organisations internationales (ce qu'est aussi l'Eglise catholique) et en particulier à ceux de l'Union européenne. Or, d'après Gobin et Deroubaix : « *peu de chantiers scientifiques d'analyses de discours d'organisations internationales ont été à ce jour ouverts.* » (Gobin,

Deroubaix, 2010 : 107) Pourtant :

> « Les corpus de textes qu'il est possible de rassembler peuvent chronologiquement couvrir plus d'un demi-siècle. Ces textes, appartenant à la catégorie des discours institutionnels (voir Alice Krieg-Planque et Claire Oger dans ce volume), forment un quasi-idéal type du discours politique : fortement contraints par un rituel de production connu, ils présentent une régularité de forme et de rythme d'apparition qui facilite mise en corpus et travail de comparaison diachronique. Ces grands corpus chronologiques (Deroubaix, 2005) de discours institutionnels sont d'excellents matériaux pour aborder ce que la notion de « transformation sociale » signifie : comment varient dans le temps le contenu des « priorités de l'heure » des agendas politiques, et de façon plus générale ce qu'est « gouverner » ? » (GOBIN, DEROUBAIX, 2010 : 107)

Comment expliquer ces insuffisances ? Gobin et Deroubaix font plusieurs hypothèses :

> « De nombreuses raisons peuvent être avancées : la science politique s'est longtemps focalisée sur l'étude des institutions nationales et de l'État, ce qui, dans le champ des relations internationales, faisait passer au second plan l'étude des textes des organisations internationales, pensés comme secondaires par rapport aux positions étatiques ; une analyse de type juridique, sensible plutôt à l'analyse de « textes événementiels », abordés au cas par cas, a longtemps primé dans ce champ ; l'abondance des textes, qui rend la sélection et la collecte difficiles, jointe au sentiment qu'il s'agit de « documents peu contraignants », ainsi que le « style administratif » de l'écriture, assez soporifique et joliment qualifié de « style formulaire » par Gilbert Rist (2002), ont pu en décourager plus d'un… .» (*Ibid*. 2010 : 107-108)

Pour notre part, nous relions cette insuffisance à une remarque faite par Alice Krieg-Planque et Claire Oger dans un autre article du même numéro de *Mots*, consacré aux discours institutionnels :

> « Seules les relations avec le droit sont aujourd'hui trop rares, tant la réflexion sur le discours juridique reste cantonnée dans le cercle des spécialistes de la sémiotique juridique ou de l'histoire du droit. » (KRIEG-PLANQUE, OGER, 2010 : 92)

Cette remarque est déterminante et pose un problème d'envergure à l'analyse du discours : l'analyse du discours s'oriente insuffisamment vers les discours des organisations internationales, en raison de leur caractère spécialisé (juridique). Confrontées à cette difficulté, les nouvelles approches des discours institutionnels cherchent les moyens de pénétrer ces discours par d'autres moyens, en particulier par l'approche formulaire. Les résultats sont probants à plus d'un titre. Mais nous voudrions tout de même exprimer un questionnement. Cette approche ne conduit-elle pas à opter pour un parti pris, à savoir entériner et non décrire les processus de « *mutation sans précédent* » évoqués par Maingueneau (1995 : 11), des institutions de plus en plus tournées vers la communication ?

En 1995, Maingueneau constatait :

> « Nous aimerions terminer par une remarque sur le statut de l'analyse du discours dans la société. Ce qui sépare l'Ecole française des années 60-70 et les analyses actuelles n'est pas seulement une divergence théorique, c'est une modification de *la relation qu'entretient la société avec ses productions discursives*[37]. […] Les institutions se retournent de plus en plus volontiers vers les productions verbales : ministères, partis, entreprises, associations […]. Réflexivité généralisée qui témoigne de mutations sans précédent. » (MAINGUENEAU, 1995 : 11)

Ce constat, fait en 1995, montre par la négative, que le souci communicatif et discursif des institutions, en particulier publiques, n'a pas toujours été identique. Maingueneau concluait donc à une mutation des institutions, perceptible sur le plan discursif. Toutefois, devons-nous, pour autant, définir désormais les institutions uniquement comme des institutions de discours ? Dans *Analyser les discours institutionnels* (2013), Alice Krieg-Planque explique :

> « Nous ne prétendons pas arrêter une définition de ce qu'est un discours institutionnel, et encore moins borner les frontières de ce qu'est une institution. Sur ce dernier point, une ample littérature doit être fréquentée, qui croise la science politique, la sociologie, l'anthropologie, l'histoire et le droit. Néanmoins, au fil des pages, le lecteur verra apparaître certaines des caractéristiques des discours institutionnels, dont ce manuel entend précisément permettre l'analyse. » (KRIEG-PLANQUE, 2013 : 12)

Il nous paraît problématique de ne pas vouloir « *borner la frontière d'une institution* » et simultanément de vouloir « *faire apparaître des caractéristiques des discours institutionnels* ». N'est-ce pas postuler qu'en dernière analyse, la définition d'une institution repose sur des critères discursifs, ce qui historiquement n'a pas, pour Maingueneau, toujours été le cas ? Par ailleurs, si dans l'ouvrage de 2013, Krieg-Planque ne définit pas la notion d'institution (en dehors de critères discursifs et empiriques), dans l'article de *Mots* précédemment cité, A. Krieg-Planque et C. Oger font référence aux travaux de la sociologue des institutions Mary Douglas :

> « En ce sens, l'analyse des discours institutionnels ne nous invite nullement à établir une discontinuité entre institutions, entreprises et associations, mais bien plutôt à considérer ce qui caractérise tout « groupement social légitimé » (Douglas, 1999) du point de vue de la production des discours et de la communication. » (KRIEG-PLANQUE, OGER, 2010 : 96)

Dans son ouvrage, Mary Douglas s'appuie essentiellement sur la définition durkheimienne de l'institution. Le point de départ de l'analyse des discours institutionnels est donc la définition sociologique de la notion d'institution, formulée par Emile Durkheim que Mary Douglas,

[37] Souligné par l'auteur.

rediscute et dont les auteurs visent la reconceptualisation en analyse du discours. Se référant à Durkheim, Douglas cherche à expliquer « *l'origine sociale de la pensée individuelle* » (Ibid. : 40). Dans son ouvrage Mary Douglas explique notamment :

> « Une réponse ne sera considérée comme *la* bonne que dans la mesure où elle rencontre la pensée institutionnelle. » (DOUGLAS, 2004 : 32)
> « La pensée dépend des institutions. » (*Ibid.*: 37)
> « Pour former une société, ses membres doivent partager certaines idées ou certains sentiments […]. On ne peut pas dire d'un groupe qu'il a comportement, encore moins une pensée ou un sentiment simplement parce qu'il est légalement constitué. » (Ibid. : 39)

Si nous partageons partiellement les présupposés sociologiques durkheimiens, et nombre des propositions de Douglas, nous pensons qu'ils doivent être nuancés. Car ainsi définie, l'institution remplacerait la formation discursive foucaldienne, en ce qu'elle conditionne les pensées individuelles. Douglas pointe que la sociologie de Durkheim revêtait partiellement des motifs irrationalistes : « *il semblait invoquer une entité mystique, le groupe social, et lui conférer des pouvoirs supra-organiques et autonomes. On l'accusa ainsi d'être conservateur*. » (Ibid. 45). Durkheim a cherché, de notre point de vue avec beaucoup de justesse, à évaluer les conditions sociales de la formation des représentations individuelles. Il s'inscrivait dans les réflexions de son époque. De manière beaucoup plus radicale, et moins scientifique selon nous, Gabriel Tarde et Gustave le Bon, à la même époque, tentait de percer les mystères de la « psychologie des foules ». Toutefois, la sociologie des institutions de Durkheim a glissé elle aussi, à de nombreuses reprises, vers une pensée corporatiste (SUPIOT 1987 : 178) de l'ordre social :

> « Actuellement, les sociétés européennes sont placées dans cette alternative ou de laisser irréglementées la vie professionnelle, ou de la réglementer par l'intermédiaire de l'Etat, car il n'est pas d'autre organe constitué qui puisse jouer ce rôle modérateur. Mais l'Etat est trop loin de ces manifestations complexes pour trouver la forme spéciale qui convient à chacun d'elles. C'est une lourde machine qui n'est faite que pour les besognes générales et simples. Son action, toujours uniformes, ne peut pas se plier et s'ajuster à l'infinie diversité des circonstances particulières […]. La seule façon de résoudre cette antinomie est de constituer en dehors de l'Etat, quoique soumis à son action, un faisceau de forces collectives, dont l'influence puisse s'exercer avec plus de variétés. Or, non seulement les corporations reconstituées satisfont à cette condition, mais on ne voit pas quels autres groupes pourraient y satisfaire. » (DURKHEIM, 1897 : 436)

Durkheim a développé une conception influencée par la sociologie allemande des « Socialistes de la chaire » (Assoun, 1976). Il a tenté par la suite de nuancer cette influence : « […] *au fond, j'ai plutôt de l'éloignement pour le socialisme de la chaire* » (Durkheim, cité par Assoun, 1976 : 958). Mais sa sociologie de l'institution lui doit encore beaucoup. Cette

sociologie allemande, notamment celle de Ferdinand Tönnies et de Gustav Schmoller, développait des thèses organicistes. Sur un autre plan, cette conception est également proche de celle développée par la Doctrine sociale de l'Eglise catholique. C'est justement elle qui préside à la définition du principe de subsidiarité :

> « §87 L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ni de les absorber.
> §88 Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir : diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité. Que les gouvernants en soient donc bien persuadés : plus parfaitement sera réalisé l'ordre hiérarchique des divers groupements selon ce principe de la fonction de subsidiarité de toute collectivité, plus grandes seront l'autorité et la puissance sociale, plus heureux et plus prospère l'état des affaires publiques. » (PIE XI, 1931, § 87-88)

En cela, nous pensons que la définition de l'institution comme « *groupement social légitimé* », et l'idée selon laquelle « *pour former une société, ses membres doivent partager certaines idées ou certains sentiments* » (DOUGLAS, 2004 : 39) est problématique, car elle méconnaît le fait que, juridiquement parlant, non seulement toutes les institutions ne sont pas identiques, mais qu'en réalité, les institutions naissent plutôt, non d'une communauté d'idées (ou de discours), mais d'antagonismes réels. A propos de la notion de personnalité juridique, Léon Duguit expliquait :

> « N'est-ce pas […] créer des hypostases, c'est-à-dire donner la personnalité à ce qui n'est que la manifestation d'une force ? On veut rester dans le monde de la réalité et on a raison. Il n'y a de science, quelle qu'elle soit, qu'à cette condition. Or, les faits les voici : des hommes qui ont des besoins communs, qui ont des aptitudes diverses, qui échangent des services, qui ont toujours vécu en commun et ont toujours échangé des services, qui, par la suite de leur nature physique, ne peuvent vivre qu'en commun et en échangeant des services, des hommes dont les uns sont plus forts que les autres et dont les forts ont toujours imposé une contrainte aux plus faibles, des hommes qui agissent, qui ont conscience de leurs actes. Voilà les faits. Hors de là, tout n'est que fiction. » (DUGUIT, 1901 : 7)

Si nous préférons la définition juridique d'institution, c'est en particulier parce que nous somme attaché au langage du droit. Il exprime notamment le fait que parfois, les plus faibles ont été le plus forts : un Code du travail qui prime sur les accords d'entreprises n'est pas identique à un code *subsidiaire* ne s'appliquant qu'après arbitrage. Un syndicat de salariés est-il un partenaire social qui participe de l'organisme social ou le regroupement d'individus ayant des intérêts particuliers contraires à ceux d'autres individus ? Juridiquement, la question

semblait tranchée. C'est justement cette distinction qui est actuellement remise en cause. La question vaut pour l'institution du mariage : dépend-il du Code civil ou du droit ecclésiastique ? Dans l'un ou l'autre cas, nous n'avons pas affaire à la même institution. Les institutions ont donc une histoire :

> « **Institution** 1 : En un sens général et large, éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opp. à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités). Ex : les institutions de la Ve République, le mariage, la propriété, le contrat, l'entreprise, institutions fondamentales des sociétés individualistes et libérales. » (Cornu, 2015 : 488)

Concevoir l'institution comme « *un groupement social légitimé* » nécessite donc d'identifier quelle instance légitime et ce qu'elle légitime. Juridiquement, il n'y a pas nécessairement de continuum *« entre institutions, entreprises et associations* » (KRIEG-PLANQUE, OGER, 2010 : 96). L'histoire des institutions, en particulier depuis la distinction moderne entre sphère publique et sphère privée, nous incite justement à nous inscrire pleinement dans le programme d'A. Krieg-Planque et de Claire Oger : saisir les processus qui conduisent « *à transformer les arènes publiques et à brouiller la frontière entre pouvoirs publics et acteurs privés* » (KRIEG-PLANQUE, OGER, 2010 : 96). C'est pourquoi, nous avons été conduit à interroger les processus de mutation des discours des institutions (notamment juridiques et politiques) à partir de questionnements relevant du droit et de son langage (et des distinctions juridiques public/privé).

Le préfacier de Mary Douglas, G. Balandier, situe la réflexion de la sociologue sur un terrain très proche du nôtre :

> « Aujourd'hui, le déficit d'interprétation est incontestable et par certains accepté. Le discours des théoriciens du postmodernisme l'entretient plutôt qu'il ne le comble. Il s'accommode d'une sorte de chantier de « déconstruction » où la hiérarchie des connaissances et des valeurs, les systèmes de signification, les paradigmes et les modèles sont mis en pièce. Dans ces décombres, il n'y aurait plus à saisir une logique d'ensemble, mais seulement des « micrologies (J.-F. Lyotard), et en conséquence, des petits univers sociaux et culturels faiblement liés. Ce qui a contribué à l'entretien du lien social paraît en voie d'effacement : la *conscience du désordre est activée* » […]. Dans l'actuelle phase de transition, les contributions à l'épistémologie tendent à devenir plus radicalement critiques, plus ravageuses de la raison positive et des diverses dialectiques. De P. Feyerabend qui propose, avec son manifeste intitulé *Contre la méthode*, l'« esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance » […] à Michel Serres qui incite à la réflexion sur le « chaos et le mélange ». Ce qui est en cause, en ces entreprises et en bien d'autres, c'est la question de la vérité. Sur aucun plan (scientifique, politique, éthique, voire religieux), il ne

> parait plus désormais possible de se référer à des évidences incontestables. Tout devient conditionnel. » (BALANDIER in DOUGLAS, 2004 : 15 -16).

L'œuvre de Douglas se situe donc sur le terrain critique des philosophies postmodernistes, qui à la suite de la remise en cause des présupposés de la logique du Cercle de Vienne, ont imposé en philosophie des sciences la notion de *paradigme* (KUHN, 2008)[38], relativement proche de la *formation discursive* foucaldienne :

> « On admet que le savoir ne peut être assimilé à une somme de connaissances qui la dévoilerait progressivement, mais à ce qui peut être vu (évidences) et dit (énoncés) et agencé en raison des conditions particulières d'une époque. » (Ibid. : 17)

Le lien entre relativisme cognitif et philosophie foucaldienne est souligné par le préfacier :

> « L'apport de M. Foucault qu'il présenta lui-même comme une « histoire des problématisations » et non pas comme une pensée systématique, une théorie ou une doctrine marque nettement ce courant. » (Ibid. : 17)

Nous souscrivons à cette analyse, y compris et surtout pour l'étude de désignations identifiées comme des standards juridiques. L'analyse des discours sur le *principe de subsidiarité*, nous plonge dans des questionnements d'une grande ampleur : la proximité des motifs entre discours postmodernistes et ceux des promoteurs de la flexibilité du droit et du pluralisme normatif. Sur un plan méthodologique, l'approche discursive nous aide, mais nous limite également.

3.3. Notre position

Nous avons parié sur le « *projet spéculatif de définition* » (BARROCHE, 2012 : 20) du principe de subsidiarité. A l'instar du préfacier de Douglas, notre positionnement théorique est plus proche de celui défini par Jean Bricmont et Alan Sokal en physique ou Jacques Bouveresse en philosophie à savoir une tentative de « *reconquête rationaliste du discours intellectuel* » (BRICMONT, 2005 : 8). Bricmont définit le discours scientifique de la manière suivante :

> « Il faut distinguer deux aspects dans le discours scientifique :

38 La conception de Thomas Samuel Kuhn est développée dans son ouvrage majeur *La structure des révolutions scientifiques*. Il y écrit notamment : « *bien que le monde ne change pas après un changement de paradigme, l'homme de science travaille désormais dans un monde différent* ». « *Une découverte scientifique universellement reconnue qui, pour un temps, fournit à la communauté de chercheurs des problèmes type et des solutions* » (p.11), « *sans adhésion à un paradigme, il ne pourrait y avoir de science normale* » (p. 144). Bachelard développait une idée similaire : « *rien ne va de soi, rien n'est donné, tout est construit* » (ou tout dépend du paradigme).

> - Un aspect affirmatif, à savoir les assertions faites sur le monde réel par les diverses sciences à un moment donné de l'histoire
> - Un aspect sceptique, qui consiste à douter de toutes les autres assertions faites sur le monde réel, par qui que ce soit, scientifique ou non scientifique » (*Ibid.* : 21)

Notre méthode n'en sera une que dans sa fonction disqualifiante :

> « La science ne peut pas s'empêcher d'avoir une fonction disqualifiante vis-à-vis de toutes une série de « savoirs » parce qu'elle en exerce constamment une à l'égard de son propre discours. » (*Ibid.* : 21)

C'est pourquoi nous avons décidé d'interroger essentiellement les discours académiques et les données linguistiques que les ouvrages transmettent concrètement. Notre démarche est la suivante : nous ne partons pas du postulat que *subsidiarité* désigne un *« concept indéterminé a priori* », mais que seuls les discours académiques sur la subsidiarité le laissent entendre. Si nous dénions bien au *principe de subsidiarité* le statut de *terme* juridique, nous pensons qu'il n'en recouvre pas moins une notion précise. Nous nous appuyerons uniquement sur les discours universitaires, pour distinguer ce qui relève de l'objectivité scientifique (les données attestées d'emploi), et ce qui participe d'une *doxa* c'est-à-dire d'un ensemble d'opinions ou de croyances qui circulent dans une communauté (Amossy, 2015 : 25), en l'occurrence la communauté des politologues et des juristes. C'est pourquoi, en dépit de nos critiques vis-à-vis de l'analyse du discours et de la terminologie textuelle, nous retenons la notion de *formule* définie par Krieg-Planque, en lui faisant toutefois subir une modification.

4. L'approche formulaire

4.1. Au centre des discours institutionnels : l'approche formulaire

Gobin et Deroubaix ont pointé dans leur contribution de 2010 la diversité des approches des discours des organisations internationales : quantitatives, qualitatives ou argumentatives et rhétoriques (GOBIN, DEROUBAIX, 2010 : 110-112). Signalant leurs propres travaux, ceux de la *Critical discourse analysis* (WODAK, FAIRCLOUGH), ou encore ceux de Krieg-Planque pour le domaine français, les auteurs montrent l'étendue des possibilités de l'analyse du discours sur ces questions. Ils pointent également, qu'à la convergence de ces trois approches, se trouve l'omniprésence du phénomène formulaire. L'approche quantitative met à jour :

> « […] l'importante césure lexicale introduite par la mise en place du projet de marché intérieur (création de « **formules** mobilisatrices », apparition d'un lexique neuf, transformation de l'usage de mots anciens…), le rétrécissement de l'« autonomie sémantique » des thèmes sociaux face à l'hégémonie d'un vocabulaire mercantile, l'important travail qui s'opère pour modifier le sens de ce qu'est un « pouvoir public ». » (*Ibid.* : 109)

L'approche rhétorique (Rist) permet quant à elle d'observer :

> « […] une rhétorique creuse, vide de pensée, asphyxiée de **formules** toutes faites, associée à une langue de coton en vue de susciter une adhésion universelle… et proposant comme seule voie le programme de la mondialisation mise en scène comme processus naturel. » (*Ibid.* : 110)

Enfin, l'approche qualitative montre :

> « […] la réappropriation de ce discours expert par de multiples acteurs. C'est pourquoi le thème de la « circulation lexicale » est important aujourd'hui. Non seulement pour repérer le lieu originel de création de ces « **formules** » (Krieg-Planque, 2009) technocratiques, inlassablement répétées, mais surtout pour voir ce qu'en fait le reste de la production politique. » (*Ibid.* : 112)

L'analyse du principe de subsidiarité nous amène à croiser certaines problématiques de l'approche formulaire mais dans un sens inverse à l'orientation de l'analyse du discours. Nous n'avons pas, dans notre travail spécifiquement, opté pour une approche discursive. Nous l'avons maintes fois évoqué, le langage du droit est conservateur (CORNU, 2005 : 20), essentiellement pour des questions relatives à la sécurité et à la prévisibilité. Si le praticien du droit s'appuie sur les possibilités de variations, énonciatives ou lexicales, il nous semble que de manière générale, comme l'exprime certains membres de la doctrine à l'égard du flou du droit, il n'accepterait que partiellement l'idée que l'équivoque n'est pas « *un défaut de la langue ou de la communication, mais une ressource pour les locuteurs* » (KRIEG-PLANQUE, 2012 : 6), du moins en contexte juridique.

Nous sommes amené à formuler la question d'une autre manière. Certains des critères formels retenus pour caractériser une unité de la langue comme une formule recoupent en fait partiellement ceux du *terme*. La première d'entre elle est morphologique : il s'agit du *figement*. Cette coïncidence n'en est pas une ; l'analyse du discours a toujours privilégié l'approche lexicale. Problématisant l'approche formulaire, Krieg-Planque faisait encore ce constat :

> « Sans tenir strictement de la lexicologie, qui prend les mots dans le temps long de leurs usages, ce travail s'y reconnait pourtant par endroits. […] Les travaux de lexicologie sociopolitique, autrement dit les analyses des usages sociopolitiques du lexique sont nombreux. […] Beaucoup d'entre eux s'inscrivent dans la lignée de George Matoré publiée en 1953, ou dans celle de Jean Dubois publiée dix ans plus tard dans le *Vocabulaire politique et social en France de 1869 à 1872* […]. » (KRIEG-PLANQUE, 2009 : 17-18)

Effectivement, la spécificité de l'analyse du discours vient de son caractère hybride : les travaux précurseurs (WAGNER, 1970 ; DUBOIS, 1962 ; QUEMADA, 1959) étaient engagés dès le départ dans une double orientation, qui sous un angle lexicologique, mêlait les problématiques des discours politiques et ceux plus caractéristiques, des discours spécialisés. Jean Dubois présentait notamment, en 1995, des orientations de recherche qui n'avaient plus pour seul horizon l'analyse des discours politiques, mais cherchaient à montrer les vastes étendues offertes à l'analyse du discours par l'étude des situations de travail (LACOSTE, GARDIN, BOUTET), ainsi que celles sur les discours constituants, philosophiques, religieux ou encore juridiques (MAINGUENEAU, COSSUTTA), ou sur la transmission de connaissances (MOIRAND, BEACCO). La même année, les *Cahiers du CEDISCOR* dirigés par Sophie Moirand prenaient acte de ces nouveaux questionnements en publiant un numéro consacré aux « *enjeux des discours spécialisés* ». En fait, il nous semble que derrière ces tendances, se dessinait déjà la distinction entre terme et formule.

4.2. La formule imite le terme

La force d'une formule dépasse sa mise en circulation médiatique et de son appropriation en discours. Nous faisons l'hypothèse qu'elle s'impose parce qu'elle ressemble trait pour trait à un terme et qu'elle s'inscrit dans un réseau cooccurrentiel qui imite l'arbre des domaines (tout en les diluant). Une formule, autrement dit, est un *standard*. Dans le *Dictionnaire des notions philosophiques*, Sylvain Auroux oppose la *notion* au *concept*. Sur la base de cette distinction, Auroux et ses collaborateurs n'ont pas décidé de procéder, comme le *Lalande* (1926), à un dictionnaire terminologique de la philosophie, mais à un dictionnaire de *notions* philosophiques. Dans les *Avant-Propos*, Auroux explique que l'objectif est bien la rédaction d'un dictionnaire spécialisé : les définitions ne renvoient pas à la « *signification d'élément du lexique* », mais à des « *adresses* » ou des « *étiquettes* » localisant « *une information en pointant vers le contenu d'une entrée* » (1990 : X). Toutefois, il rejette la caractérisation de terminologie au dictionnaire car selon lui :

> « La philosophie n'est pas un contenu de savoir, elle existe essentiellement sous la forme d'un espace polémique de discussions contradictoires […]. La terminologie philosophique n'est ni unique ni univoque. » (*Ibid.* IX)

Auroux distingue donc la *notion* et le *concept*. L'unité qui renvoie à la *notion*, que l'on peut appeler un *terme-notion* (DUFOUR, 2013), n'est pas pour autant un terme au sens propre, car elle ne répond pas aux critères premiers du terme :

> « La référence à une organisation stable de phénomènes que l'on nomme (dans une certaine mesure c'est le cas des terminologies scientifiques) et une « instance autorisée serve de garant à la fixité des conventions (cas notamment, des terminologies juridiques). » (Auroux, 1990 : IX)

Pour lui, les deux conditions, qui définissent le *terme*, sont donc la relation référentielle et la légitimité de l'instance qui dénomme. Dans le cas de la philosophie, ces conditions ne sont pas réunies : un philosophe pense seul (évidemment, le discours philosophique est essentiellement intertextuel et interdiscursif), mais il pratique sa réflexion essentiellement seul et n'a pas vocation à faire œuvre de science (l'uniformisation de sa terminologie remettrait en cause le fondement de sa pratique). Selon nous, cette distinction entre notion et concept est pertinente pour distinguer le terme de la formule. Une formule renvoie bien à une *notion*, mais qui ne réfère à aucune « *organisation stable de phénomènes que l'on nomme* ». Par contre, elle relève bien « *d'instances autorisées* » servant de garant à leur fixité.

Krieg-Planque, dans son ouvrage de 2009, distinguait quatre principales propriétés de la formule. Nous traiterons du premier et troisième critère et reviendrons plus précisément sur le deuxième et dernier :

A. Le caractère figé de la formule
B. Le caractère discursif de la formule
C. Le caractère de référent social de la formule
D. Le caractère polémique de la formule.

L'auteur discute longuement les propriétés morphologiques de la formule :

> « La formule a un caractère figé. Nous entendons par là que la formule est portée par une forme signifiante relativement stable. Il doit être possible de suivre la formule à la trace de sa forme, ou, pour parler comme Jean-Pierre Faye, de « prendre sur le vif la circulation des signifiants (qu'il oppose aux « contenus »). De ce fait, la séquence identifiée comme formule peut être – et à cela on s'attend le plus – une unité lexicale simple (« humanitaire », « perestroïka », « immigration »), dont le caractère figé est tautologique.

> Mais elle peut être aussi une unité lexicale complexe, une unité lexico-syntaxique, ou une séquence autonome (« phrase »), toutes trois tendanciellement figées. » (KRIEG-PLANQUE, 2009 : 63-64)

> « La formule est supportée par une matérialité linguistique relativement stable, repérable sur la chaîne et descriptible linguistiquement. » (Ibid. : 84)

Le critère linguistique de repérage du terme peut également être :

> « Les critères internes à la langue auxquels le terminologue peut avoir recours […] sont souvent les grands concepts élaborés en linguistique. Ainsi sur l'axe syntagmatique, l'ordre syntactique des éléments peut manifester la cohésion de l'unité terminologique : *échange de données informatisé* (EDI, *electronic data interchange*) pour laquelle l'accord manifeste l'unité terminologique : c'est bien sûr l'échange qui est informatisé […]. L'axe paradigmatique permet aussi de déterminer des unités terminologiques : *donnée en polarisation croisée* face à *donnée en polarisation parallèle* révèle l'existence de deux véritables unités […]. Parmi les autres concepts de linguistique utilisés pour le repérage des unités terminologiques, figure notamment l'observation, dans les syntagmes, de la désactualisation : *transmission de données* par rapport à *transmission des données* tend à montrer le figement sous la forme d'un terme […]. On voit ici que ce qui est véritablement visé est le figement (Martinet, 6-20, 1974, 1980), c'est-à-dire le phénomène par lequel le locuteur considère un ensemble comme une unité indissociable. » (DEPECKER, 2003 : 66)

Toutefois, Krieg-Planque relativise son caractère figé (réduction syntagmatique, construction de variantes, effets discursifs des défigements). En réalité, ces propriétés ressemblent au terme, à la problématique de la vulgarisation et de la diffusion des unités terminologiques. A ce stade, le repérage de la locution pourrait tout aussi bien nous conduire à envisager que le signe est soit un terme, soit une formule. Il reste, pour reprendre la formulation de Depecker, à évaluer « la pertinence du concept ».

Le troisième critère, le caractère de « référent social », emprunté à Fiala et Ebel, rappelle le « *ça parle* » :

> « Le caractère de référent social de la formule traduit son aspect dominant, à un moment donné et dans un espace socio-politique donné […]. En tant que référent social, la formule est un signe qui évoque quelque chose pour tous à un moment donné. » (KRIEG-PLANQUE, 2009 : 93)

Si l'on s'en tenait au premier et troisième critère, nous pourrions penser qu'il s'agit bien de vulgarisation scientifique. Nous avons tous entendu parler de *relativité*. Pourtant, peu de personnes peuvent l'expliquer. Il en va de même pour *subprime*.

Les deux autres critères définis par Krieg-Planque nous posent plus de difficultés. Le

caractère discursif d'une formule consiste à dire qu'elle « *n'existe pas sans les usages qui la font devenir telle, aucune séquence n'est préprogrammée* » (*Ibid.* : 84). Ce critère nous paraît contradictoire avec ce que l'auteur explique au dernier chapitre de l'ouvrage :

> « Il est objectivement fondé de considérer les médias comme des agents de circulation des formules. Pour nous, cette idée est même définitoire de la formule […]. En revanche, nous pensons qu'on aurait tort de surestimer l'importance des médias dans le processus de construction des formules en son ensemble. L'observation indique que les médias sont rarement les créateurs des formules. […] Si l'on observe avec précision la façon dont les formules arrivent aux médias, on constate qu'elles arrivent fréquemment par la périphérie, et sous l'impulsion d'acteurs qui ne sont pas journalistes. En effet, le travail de création néologique, mais aussi le travail d'ontologisation et le travail de référenciation, qui sont nécessaires à la mise en consistance de toute formule, n'appartiennent pas en propre aux journalistes : politiques et autres acteurs sociaux s'y consacrent également. » (*Ibid.* : 123)

Krieg-Planque aborde bien ici le travail de « *référenciation* » et « *d'ontologisation* » préalable de la formule : elle conçoit donc l'existence de sortes de commissions de néologie et de terminologie, composées de politiques et autres acteurs sociaux. Lorsqu'elle a étudié le fonctionnement de *développement durable*, elle a observé qu'une formule n'est pas « *une ressource pour les locuteurs* », mais fonctionne comme un « *opérateur de neutralisation du conflit.* »

4.3. Notre redéfinition de la formule

Cela ne peut-il nous amener à en déduire que les formules arrivent sur le marché des discours de manière préprogrammée ? Et que leur déprogrammation est à ce point complexe que souvent, les locuteurs, en particulier les spécialistes, ne les emploient pas ? Ces hypothèses nous conduiraient à remettre en cause le dernier critère, son aspect « polémique ». Initialement, les travaux de Jean-Pierre Faye et de Marianne Ebel, et avant eux, bien que moins scientifiques, les phénomènes décrits par Victor Klemperer dans son journal (KLEMPERER, 2003), montraient que les formules ne permettent pas le réel débat scientifique ou politique, mais au contraire contribuent le neutraliser.

Selon nous, le caractère discursif d'une formule est faible sauf si l'on conçoit le discours uniquement comme un « toujours-déjà » : la formule n'autorise les variations que de manière marginale. A tel point qu'un discours scientifique ou critique ne peut en assumer le motif. Ces formules ne désignent-elles pour autant rien ? Elles nous semblent référer non à des concepts,

c'est-à-dire « *une organisation stable de phénomènes que l'on nomme* » mais à des notions politiques ou philosophiques non partagées. Linguistiquement, elles ont un fonctionnement contradictoire : sur le plan dénominatif, elles réfèrent à des notions connotatives souvent perçues par les locuteurs de manière positive eu égard à leurs antonymes : *démocratie (vs dictature) participative* (*vs passive*), *développement* (*vs dépérissement*) *durable* (*vs temporaire*). Mais en discours, leur fonctionnement est despotique (formes syntaxiques figées).

Eu égard à notre objet d'étude, nous observons que les formules n'ont pas pour seule vocation à circuler dans l'espace public (ou la sphère médiatique), mais également, dans certain nombre de cas, à pénétrer le droit et les terminologies scientifiques. Elles revêtent un caractère autoritaire en vertu de leur similitude avec l'unité terminologique. Mais à leur définition est substitué un arsenal de stratégies discursives construisant l'effet du « *bon sens* ». Concernant les « commissions d'ontologisation », la plupart du temps, elles ne sont pas composées de politiques, mais de spécialistes ou « d'experts » : juristes, sociologues, géographes, politistes, linguistes, économistes, réunis dans des institutions, non académiques mais privées, à caractère « apolitique », des *think tanks*. La source des formules est généralement facile à remonter : *développement durable* (OCDE), *économie sociale de marché* (Ordolibéraux-Müller-Amarck), *partenaire/dialogue social* (Entretiens de Val Duchesse), *ethnique* (Vacher de Lapouge), *laïcité positive* (« Mgr » Joseph Doré).

Leur emploi et leur mise en circulation médiatique accompagnent le plus souvent des objectifs de réformes institutionnelles ou d'interventions militaires et disparaissent une fois l'orage passé. Mais la plupart du temps, elles pénètrent à un tel degré les ordres juridiques (*développement durable*, *principe de précaution*, *devoir d'ingérence*, *principe de subsidiarité*, *partenaires sociaux*, *dialogue social*, *principe de non-discrimination, démocratie participative, compétences…*) qu'elles font l'effet de véritables balles à fragmentation du droit et des institutions, en particulier publiques (l'école et ses *livrets de compétences*). Les formules n'ont donc pas seulement une visée discursive, mais bien prescriptive. Aussi, si elle cristallise des « *enjeux politiques et sociaux qu'elles contribuent à construire* » (KRIEG-PLANQUE, 2009 : 7), elles participent également la mise en œuvre de politiques.

Enfin, leur production n'est pas erratique : lorsqu'on les analyse en discours, elles fonctionnent en coocurrence. Une formule en appelle une autre.

Bien que nous n'en soyons pas pleinement satisfait, la définition suivante correspond à notre conception de la formule :

« Ensemble de formulations qui font système, qui empruntent aux termes des domaines spécialisés (sciences, droit, économie) leurs propriétés morphologiques et leur légitimité institutionnelle et qui concourent aux processus de dilutions institutionnelles (institutions scientifiques, juridiques et politiques) ».

Les principaux travaux relatifs aux formules ou à des objets linguistiques proches étudient majoritairement leur fonctionnement en contexte médiatique. Certes, les médias sont un vecteur efficace de circulation des formules. Ceci dit, ne faudrait-il pas à l'instar de la terminologie, procéder à de véritables études d'implantation ? Ces études sont très rares. Ainsi néglige-t-on les discours spécialisés et les discours du « sens commun » pour reprendre la caractérisation de Susan Haack, c'est-à-dire celles des citoyens. Nous ne sommes pas certain d'y observer l'emprise des formations discursives.

4.4. Le fonctionnement formulaire de la *subsidiarité*

Nous avons estimé nécessaire de redéfinir de cette manière la notion de formule car elle nous permet désormais de postuler que la locution figée *principe de subsidiarité* et le substantif *subsidiarité* peuvent s'y porter candidats. Leur caractère circulant reste encore très limité aux domaines spécialisés. Toutefois nous avons observé que ces unités

- Ne sont pas seulement présentes au sein d'un système coocurrentiel formulaire mais sont au centre de ce système ;
- Il s'agit du standard qui a fait l'objet des polémiques les plus intenses au sein de la doctrine juridique ;
- Le substantif *subsidiarité* est présenté comme un néologisme récent (1931-1933) mais un véritable mystère entoure ce dérivé de *subsidiaire,* empêchant le plein accès à la notion : difficulté d'identifier le discours source, difficulté d'en définir la notion.

Nous nous contenterons ici d'illustrer le premier aspect (et non de l'analyser). Comme nous n'avons pas décidé de nous orienter vers une analyse du discours subsidiariste mais vers un « *projet spéculatif de définition de son sens* » (BARROCHE, 2012 : 20) et d'élucidation des problèmes liés à la forme de l'occurrence, nous discuterons les deux autres aspects dans la partie suivante. Concernant le premier aspect, l'occurrence *subsidiarité* (et la locution) nous

semble susceptible de se porter candidate à la caractérisation de formule précédemment redéfinie à partir de deux observations. La première est l'évolution de l'emploi de l'occurrence par la presse politique et économique, en particulier les grands quotidiens français. Dans la plupart des cas, sa diffusion en contexte médiatique nécessite l'agencement d'énoncés définitoires (métalinguistiques, périphrastiques), relativement réguliers :

(66) « Parmi les solutions, l'une des plus prometteuses renoue avec la tradition de la subsidiarité. **Celle-ci consiste** à localiser la source du pouvoir au niveau le plus proche de ses effets pratiques et à ne faire remonter à un niveau plus large que les décisions qui ne peuvent être prises localement. » (GOMEZ, *Le Monde*, 13 juin 2011)

(67) « L'expression « principe de subsidiarité » **est entrée** récemment, et d'abord par la petite porte, dans le **vocabulaire** politique et juridique européen. Le projet de traité de Maastricht l'officialise (article GB 5) sans pour autant la clarifier. L'ambiguïté a même atteint un point tel que l'on trouve sous certaines plumes l'affirmation que **ce principe limite** le champ d'action des compétences de la Communauté à tout ce qui ne peut trouver de solution à l'échelon national. Or le principe est formulé de telle manière que la situation est exactement inverse et qu'il permet bel et bien l'expression incontrôlée des compétences de la Communauté. » (CHEMILLIER-GENDREAU, *Le Monde diplomatique*, mardi 30 juillet 1992)

(68) « Actuellement, c'est la Commission, et elle seule, qui apprécie si ses propres textes respectent ou non le principe de « subsidiarité » : **à savoir** le choix du niveau d'action le plus pertinent, local, national ou européen. » (LEBEGUE, *Libération*, 11 mai 2005)

Un recensement de l'emploi de l'occurrence *subsidiarité* par le journal *Le Point* (84 articles contenant sur la période 1996-2015, avec une forte augmentation à partir de 2014) montre également que l'unité est essentiellement prise en charge par des locuteurs dont les propos sont seulement rapportés :

(69) « Le Syndicat général de l'Education nationale CFDT ne la contredira pas : "Nous voulons positiver, mais l'hypercentralisation à Marseille crée beaucoup de lourdeurs", observent ses représentants. Plusieurs directions - vie étudiante, relations internationales, formation tout au long de la vie - sont pourtant basées à Aix, "mais nous aurions souhaité plus de subsidiarité", poursuit le syndicat. » (EMERY, propos recueillis par NOIR, *Le Point*, 25 mars 2015)

(70) « Mais, pour que cela marche, il faut appliquer le principe de subsidiarité, qui laisse aux élus locaux les questions purement locales. » (DELAFON, propos recueillis par NOIR, *Le Point*, 25 mars 2015)

(71) « C'est une précision de taille, car une grande partie du problème de l'Éducation nationale vient de sa centralisation, qui décourage par son bureaucratisme toute initiative et démotive bien des professeurs. Nous pensons *a contrario* que le principe d'organisation pertinent est la subsidiarité.» (COFFINIER, propos recueillis par BRIGHELLI, *Le Point*, 6 février 2015).

La technique de l'interview permet de se délester de la prise en charge de l'occurrence et de ses motifs (bien que les propos soient sélectionnés par le rédacteur). Par ailleurs, l'occurrence dès qu'elle est employée dans des articles mis en ligne par *Le Point*, renvoie à un lien hypertexte par l'intermédiaire duquel le lecteur a accès à une définition, celle proposée par le Centre de Recherches et d'Action sociales (CERAS, nouvelle dénomination de l'ancienne Action Populaire Jésuite, créée en 1903, héritière du *Sillon* d'Albert de Mun). Le journal ne contourne pas l'exercice définitoire, il renvoie directement aux sources officielles catholiques de la subsidiarité.

La comparaison avec l'*Express* est par contre intéressante. A l'inverse du *Point*, les références à la subsidiarité sont beaucoup plus assumées, aucun marqueur métalinguistique, aucune citation ni de discours rapporté :

(72) « Il ne s'agit plus de "transferts de souveraineté", mais de la création d'une nouvelle nation, dont les décisions régaliennes seront uniques et qui aura la subsidiarité pour seule gouvernance. Car il n'est pas question de nier les différences, de dissoudre les peuples ni d'uniformiser les pratiques. Seul l'essentiel est fixé au sommet ; pour le reste, chacun choisit la couleur de son quotidien. » (BARBIER, *L'Express*, 7 juillet 2015)

(73) « Le traité sur l'Union européenne prévoit déjà qu'un parlement national puisse demander des éclaircissements lorsqu'une proposition ne respecte pas le principe de subsidiarité qui permet de retarder la mise en œuvre d'une loi. Les conservateurs britanniques voudraient aller plus loin, en accordant aux parlements nationaux un véritable droit de veto vis-à-vis des nouvelles lois européennes. » (GOUËSET, *L'Express*, 28 mai 2015)

(74) « Il est difficile de concevoir des gouvernements nationaux déléguant des compétences sur l'euthanasie. En effet, l'Union européenne s'est construite prioritairement sur un axe économique, délaissant le volet social ou sociétal. Aujourd'hui, si un amorçage de l'Europe sociale est en marche, les institutions ont bien conscience que l'Union n'est pas l'échelon normatif susceptible de favoriser des consensus sur une telle question. Face à de tels clivages, le respect du principe de subsidiarité. » (TAURILLON, *L'Express*, 6 mars 2015)

(75) « On peut ne pas être d'accord en tout point avec Aubelle. Mais au moins définit-il une vision cohérente et fixe-t-il des critères auxquels il se tient : rôle des métropoles, équité, subsidiarité, etc. On aimerait pouvoir en dire autant de la réforme territoriale du gouvernement. » (FELTIN-PALAS, *L'Express*, 24 octobre 2014)

(76) « Liste des remèdes pour l'Ecole de la République
Remède 1: Implication des parents d'élèves. Leur participation permet de renforcer le pouvoir du citoyen et la subsidiarité : ils ont un rôle à jouer dans l'évaluation, le contrôle qualité, mais aussi dans le renforcement de certaines valeurs européennes comme l'esprit d'entreprise. » (GUET, *L'Express*, 20 mai 2014)

Progressivement, le simple emploi de l'occurrence paraît suffire à activer son programme de sens : la subsidiarité s'oppose à *uniformisation*, *concentration*, *centralisation*. Naturellement, l'occurrence se retrouve alors associée dans toute une série de discours, notamment, en vertu du droit européen, à celui de la *démocratie participative,* nouveau « *gage d'une démocratie de proximité* » (HAENEL, 2006 : 191-197).

(77) « La **démocratie participative** fait aujourd'hui partie intégrante du modèle social européen. Le traité de Lisbonne établit une complémentarité entre démocratie représentative et démocratie participative. Il attribue aux citoyens « le droit de participer à la vie démocratique de l'Union ». En précisant que « les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens », il renvoie à la nécessité d'appliquer le **principe de subsidiarité**. La participation devient ainsi un droit des citoyens et la subsidiarité un des piliers de la démocratie participative. » (CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La démocratie participative en 5 points*, 2011)

(78) « Autres dispositions relatives à la **subsidiarité** : la flexibilité, les coopérations renforcées, la **démocratie participative** et la coopération interparlementaire. » (CONSEIL DE l'EUROPE, Actes du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de

l'Europe, *Rapport sur le statut constitutionnel des régions dans la fédération de Russie et dans d'autres pays européens, le rôle des autorités législatives régionales dans le renforcement de « l'unité dans la diversité »*, 11-12 juillet 2003 : 60)

Elle est également associée à la *responsabilité sociale de l'entreprise* (RSE) :

(79) « En prenant en considération les principes dégagés dans les 27 articles de la déclaration de Rio, ceux recommandés par l'OCDE, et les fondements théoriques exposés au Chapitre 2, seront examinés 12 principes essentiels qui caractérisent le **concept de responsabilité sociale de l'entreprise** : 1. Défense des valeurs universelles 2. Responsabilité globale 3. Amélioration continue 4. Obligation de précaution 5. Le principe Pollueur/Payeur 6. Principe de rationalité 7. Obligation de sécurité de résultat 8. Principe d'engagement et transparence 9. **Principe de subsidiarité** 10. Principe d'information, de consultation et de concertation 11. Principe de participation 12. Principe de bonne gouvernance. » (IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 2002)

(80) « La **« subsidiarité active »** est une philosophie et une pratique de la gouvernance qui part d'une nécessité essentielle du monde moderne : concilier l'unité et la diversité. La diversité infinie des milieux écologiques, culturels et sociaux nous enrichit. Plus le monde devient village, plus la technique se dématérialise, plus l'économie se mondialise et plus se confirme l'importance de territoires et de « milieux » capables de cohésion, d'initiative, de partenariat, d'innovation, de mobilisation, d'adaptation fine au « terrain », de **responsabilisation**. **Les très grandes entreprises**, seuls acteurs actuellement à l'échelle de la mondialisation, ont eu à inventer des modes d'organisation respectant cette double exigence d'unité et de diversité. » (CALAME, INSTITUT-GOUVERNANCE, 1996)

(81) « L'élargissement du cercle de leurs parties prenantes transforme tacitement la **responsabilité sociale des entreprises** en un devoir de compassion ainsi que le rôle qui leur est dévolu au sein de la société : elles prennent part aux débats sur les questions de sociétés et peuvent légitimement contribuer de leur propre initiative à leurs solutions. Ce faisant, la vision de la politique change, de l'artifice de représentation qui fonde la souveraineté de l'Etat et légitime la législation qu'il édicte à la société d'organisations qui, par leurs libéralités, agissent d'une **façon subsidiaire** et contribuent au bien commun. La RSE consacre ainsi un retour à la vision aristotélicienne de la société politique. » (PELLISSIER-TANON, A., *La Responsabilité*

sociale de l'entreprise, un retour à la vision aristotélicienne de la société politique ?, Communication au 5ème congrès de l'ADERSE Grenoble, 10 et 11 janvier 2008)

Nous la retrouvons également dans les discours du *développement durable* :

(82) « 9. **Le principe de subsidiarité**
Le principe est spécifié dans les accords du traité de Maastricht (1992) et est traduit par la formule devenue célèbre : « Penser global, agir local. » Plus la décision est décentralisée, plus la gestion est efficace. Ce principe est expliqué ainsi dans la déclaration de Rio : « Les populations et communautés autochtones et les autres *collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un* ***développement durable****.* » » (IGALENS, J., *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 2002)

(83) « Définition et application du **principe de subsidiarité** dans le cadre du **développement durable**. Le principe de subsidiarité est un principe de développement durable, social et politique qui vise à déléguer les responsabilités d'une action publique à un échelon inférieur, capable de résoudre le problème avec autant d'efficacité. Il s'agit de trouver le bon niveau d'actions publiques. Les collectivités territoriales ont un rôle primordial dans l'application du principe de subsidiarité, car elles sont plus proches des citoyens. Elles peuvent décider, dans le cadre de la démocratie participative, de confier aux citoyens un pouvoir de décision. Ce sont les citoyens qui subissent directement les conséquences des décisions : ils se mobilisent d'autant plus volontiers dans une démarche de développement durable s'ils ont la possibilité de faire valoir leur position. » (VERDURA - EXPERTISE, 12 mars 2015)

Les discours sur le *dialogue social* ne sont pas non plus avares en référence à la subsidiarité :

(84) « La **subsidiarité « horizontale »** entre législation et **dialogue social** existe au niveau communautaire et au niveau national. Dans les Etats membres, le schéma des compétences n'est pas construit dans les mêmes pondérations dans les différentes cultures (ce qui relève à l'*évidence* du législateur ici relève *naturellement*[39]du dialogue

[39] Souligné par l'auteur.

social ailleurs) : la frontière loi/négociation est plurielle ; elle peut changer, en particulier sous l'influence des échanges d'expériences. » (MARTIN P., *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2007 : 12)

Notre formule se trouve en coocurrence avec toutes les notions qui postulent le «Bien commun », « l'unité dans la diversité », la remise en cause de l'individualisme philosophique et juridique. L'argument central est celui de la société entendue comme « communauté » :

(85) « Le principe de subsidiarité légitime le droits des individus dès lors que ceux-ci participent au Bien commun. » (DU GRANRUT, 1997 : 13)

(86) « L'autorité joue un rôle subsidiaire. Elle garantie en quelque sort un supplément d'âme. Nous nous ressentons une joie particulière à vivre dans une société […] où l'autorité se préoccupe non seulement de garantir le bien-être de chacun, mais de travailler à la plénitude de la société entendue comme communauté. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 7)

(87) « Le principe de subsidiarité, tel qu'hérité de l'histoire et selon son sens originel dans la pensée antique, médiévale et moderne n'a pas pour fin l'efficacité de l'action publique mais la fécondité bienfaisante de celle de tous les hommes quelle que soit la communauté politique à laquelle ils appartiennent. » (LEFEBVRE, F., préfet honoraire, *La subsidiarité : sens et portée*, Euro-92, le Cyberinstitut)

Conclusion intermédiaire

Il ne s'agit pas pour nous de traiter *le principe de subsidiarité* comme un standard ou une formule, mais comme *le* standard, c'est-à-dire la formule la plus mystifiante que nous ayons rencontrée. Mystifiante en vertu de plusieurs aspects, si imbriqués qu'il nous est particulièrement difficile de les exposer clairement.

Premièrement, la forme. Les acquis en la matière sont contradictoires. L'étymologie nous paraît plus idéologique que scientifique. La forme serait allemande, mais aucun auteur ne s'interroge sur les conditions dans lesquelles se forment les occurrences allemandes en *–tät* (-ité) : pourquoi, si l'occurrence première est allemande, son étymon est-il latin ?

Deuxièmement son sens, et une contradiction fondamentale : le substantif exprime une notion inverse de l'adjectif *subsidiaire* en langue française.

Troisièmement, son origine philosophique catholique. Aucun texte de la tradition catholique n'atteste de la forme dans son acception moderne. Nous avons consacré trois ans de recherche à collecter 251 encycliques pontificales, des constitutions apostoliques et des bulles pontificales, couvrant une période de 260 ans. Nous avons parcouru toutes les sources liturgiques ainsi que les corpus de droit canon, tous les textes de philosophie catholique, dans leur rédaction originales (grecque et latine) en particulier ceux d'Aristote, Augustin et Thomas d'Aquin, dont la littérature s'étend à expliquer qu'elles en constituent les principales sources. Nous n'avons rien trouvé qui atteste d'un « ancêtre » de la subsidiarité, alors même que le thomisme est depuis le pontificat de Léon XIII, c'est-à-dire du pape de la Doctrine sociale de l'Eglise, la philosophie officielle de l'Eglise catholique. Nous avons parcouru toute la littérature à laquelle les ouvrages de référence renvoient (ouvrages allemands, français, anglais, espagnols, …), sans même soulever le problème de « continuité » intellectuelle entre ces sources : Johannes Althusius, John Locke, Alexis de Tocqueville, Proudhon, mais aussi les principaux théoriciens de la Doctrine sociale de l'Eglise : Louis de Bonald, Joseph de Maistre, Frédéric Le Play, le comte Albert de Mun, René de La Tour du Pin et des dizaines d'autres, la forme est absente. Le substantif aurait été « créé » entre 1931 et 1933 (il n'est pas encore attesté dans la version latine de l'encyclique de 1931), par un auteur jésuite allemand, puis employé pour la première fois par un jésuite français en 1959. Cependant, personne n'est en

mesure de citer un texte qui soit *le* texte. Le premier emploi en contexte catholique (dans sa forme adjectivale) semble être un hapax, sous la plume de Wilhelm Ketteler, évêque de Mayence dans un texte de 1873, qui l'aurait « inventé ». Mais la forme disparaît mystérieusement pendant soixante ans pour réapparaître dans l'encyclique pontificale de 1931 rédigée par des théologiens et hommes politiques allemands.

Par ailleurs, personne non plus n'est en mesure de dire comment concrètement, l'occurrence est passée d'une acception catholique à une acception juridique, ni comment a été rédigé l'article 3B du *traité de Maastricht*. Au mieux, la thèse de Barroche rappelle-t-elle les relations entre démocratie chrétienne allemande et française, social-démocratie allemande et française et construction européenne.

De façon générale, personne ne s'intéresse à la forme du domaine juridique (*subsidiaire*) attestée en France dès la fin du 19e siècle, ni même au fait qu'elle est déjà attestée en droit pénal allemand dès 1926, remettant déjà en cause sa formation en contexte catholique. Personne non plus n'explique pourquoi, alors que la notion est présentée également comme synonyme de fédéralisme, l'occurrence n'apparaît pas dans la *Loi fondamentale* avant la construction européenne. On ne sait pas non plus si l'occurrence est présente de manière plus précoce dans d'autres textes juridiques allemands (législatifs, réglementaires, …). Malgré tous ces mystères, tous les auteurs présentent le *principe de subsidiarité* comme un concept ambigu, polysémique, gigogne, …

Il nous faut donc repartir des acquis en la matière et présenter nos propres résultats de recherche. La confusion des sources et des interprétations nous a obligé à adopter une méthode qui emprunte ses motifs à la philologie moderne. Par cette méthode, Lorenzo Valla a eu raison de la *Donation de Constantin*. Peut-être contribuerons-nous à démystifier le *principe de subsidiarité* ? Cette prise de risque nous a toutefois contraint à abandonner partiellement le terrain linguistique :

> « Ensuite parut la philologie […] qui veut avant tout fixer, interpréter, commenter les textes ; cette première étude l'amène à s'occuper aussi de l'histoire littéraire, des mœurs, des institutions, etc. Partout elle use de sa méthode propre, qui est la critique. Si elle s'occupe de questions linguistiques, c'est surtout pour comparer des textes de différentes époques, déterminer la langue particulière à chaque auteur, déchiffrer et expliquer des inscriptions rédigées dans une langue archaïque ou obscure. Mais la critique philologique est en défaut sur un point : elle s'attache trop servilement à la langue écrite et oublie la langue vivante. » (SAUSSURE, 1971 : 14)

Nous ajouterons cependant, que si la philologie oublie la langue vivante, elle peut peut-être contribuer à la libérer des formules.

DEUXIEME PARTIE : ANALYSE LEXICALE ET CONSTITUTION DU CORPUS

Remarques liminaires

La deuxième partie de ce travail n'est plus consacrée aux discours sur la subsidiarité et le principe de subsidiarité mais aux données lexicologiques relatives à la forme substantivée et à la locution figée. Elle est constituée de cinq chapitres. Le premier présente les données lexicologiques transmises par les principales contributions françaises et les contextes d'emploi canoniques connus. Le deuxième chapitre discute la thèse de J.-J. Briu relative à l'idée d'une « notion inversée » en contexte allemand, et vérifie l'hypothèse en contexte catholique et européen. Ce point nécessite une recontextualisation du discours subsidiariste catholique ainsi que quelques digressions et interprétations relatives à l'emploi de la forme en contexte européen. Le troisième chapitre étudie plus précisément les données sémantiques et morphologiques, en lien avec l'histoire du latin. Il conduit à une première révision des connaissances linguistiques sur le substantif et la locution en contexte d'emploi français. Le quatrième chapitre revient sur les contextes d'emplois allemands, présente les nouvelles données, à l'origine de notre principal corpus d'étude. Le dernier chapitre expose notre principale hypothèse de travail, puis notre thèse.

Notre méthode : nous ne procédons pas à une histoire langagière du concept, mais à une étude diachronique d'une forme lexicale, l'adjectif *subsidiaire*, une locution et ses variantes (fonction subsidiaire selon les traductions), un substantif *subsidiarité*, un adverbe *subsidiairement*. Plus précisément nous avons travaillé autour d'un étymon : *subsidi* à partir duquel le substantif est dérivable, en allemand : *subsidi/-är/-äre/äres/ären/-arität* ; en français subsidi/-aire/-aires/-arité/-airement, ainsi qu'en latin *subsidi/-um/-arum/-arium/aria*. Nous avons indiqué que nous nous inspirions d'une méthode philologique. Notre postulat est, en effet, qu'une forme linguistique ne naît pas *sui generis* (y compris dans le cas de la néologie) mais suit un parcours qui en modifie la forme et le sens. L'étymon étant latin, nous avons essentiellement cherché à comprendre comment la forme pouvait relever d'un néologisme allemand. L'étymologie généralement avancée nous semblant incohérente en contexte d'emploi contemporains, nous devions retrouver des éléments morphologiques et sémantiques préfigurant la forme et le sens contemporains. Nous avons alors dû procéder à une recherche des sources textuelles initiales et les comparer avec des sources secondaires. Toutefois, il est probable que certaines de nos réflexions et interprétations présentent des aspects contestables.

L'exposé de la démonstration. Il est également possible qu'à l'issue de la lecture, nous devions accuser, entre autres reproches, celui de ne présenter nos résultats qu'en fin de partie. Nous avons cependant dû faire un choix : nos résultats nécessitent d'abandonner en grande partie les connaissances linguistiques et historiques sur la forme *subsidiarité* et celles sur la locution *principe de subsidiarité*. Nous tenions toutefois à présenter succinctement l'évolution de nos principales réflexions et le parcours de notre recherche. Cela nécessitait une certaine mise en scène dans la démonstration, consistant à taire, dans un premier temps, des informations dont nous avions déjà connaissance.

Les traductions placées entre crochets […] sont les nôtres.

Chapitre 4

L'état des connaissances lexicologiques

Le *principe de subsidiarité*, malgré sa caractérisation par une partie de la doctrine juridique française contemporaine comme un standard juridique, ne cesse d'être interrogé sur un plan lexicologique ; pour deux raisons déjà évoquées : une indétermination morphologique et une indétermination conceptuelle. A notre connaissance, seul un linguiste, terminologue et germaniste, a procédé à une recherche lexicologique. Jean-Jacques Briu a rendu compte de ses résultats dans une communication intitulée : « Organisation lexicale des termes français et allemands liés aux concepts de subsidiarité » lors d'un colloque de droit organisé en 2014. Les résultats de cette recherche ont été déterminants et ont largement contribué à réviser notre approche de l'occurrence. Briu est le seul chercheur à tenter de définir la notion par une méthode comparative à partir des données lexicographiques allemandes et françaises. Pourtant, et malgré ces apports, sa contribution maintient les principaux postulats partagés sur la naissance de l'occurrence, en particulier ceux avancés par Chantal Millon-Delsol, qui d'après nous réduisent fortement la portée de ses observations. C'est pourquoi nous ne présenterons pas encore ses apports majeurs. En dehors de la contribution de Jean-Jacques Briu, le substantif n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'études en linguistique allemande, du moins, en dehors de recherches institutionnelles. Le fait est curieux, puisqu'il est généralement avancé que l'occurrence est un néologisme dérivationnel allemand : *die Subsidiarität*.

1. La littérature allemande

A la lecture des ouvrages allemands consacrés à la forme et à la notion, nous avons constaté

une récurrence des motifs de questionnements. En 1995, Arno Waschkuhn, publiait un ouvrage intitulé : *Was ist Subsidiarität?* La réponse de l'auteur est cependant claire *:* « *Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: Von Thomas von Aquin bis zur « Civil Society ».* » Moins d'une vingtaine d'années plus tard (2013), dans son ouvrage consacré aux politiques sociales européennes, Elliot Hoffner consacre un chapitre entier sur l'origine (*Ursprung*) du « terme » et du « concept » (*Begriff*) :

> « Der Begriff « Subsidiarität » ist lateinischen Ursprungs und leitet sich Wort « subsidium » ab, das vor allem im militärischen Kontext Verwendung fand. Danach greift eine Reserveeinheit erst dann ein, wenn absehbar ist, dass die Frontstellung nur mit deren Unterstützung gehalten werden kann. Damit wird im übertragenen Sinn eine Zuständigkeitsregel formuliert, deren Massstab die Leistungfähigkeit unterschiedlicher Einheiten hinsichtlich eines festgelegten Ziels ist. Das eigentliche « Subsidiaritätsprinzip » wurde aber massgeblich von Gustav Gundlach – einem Sozialphilosophen und Jesuiten – geprägt und Papst Pius XI 1931 als Nr 79 in der Sozialenzyklika « *Quadragesimo anno* » verankert. Ziel war dabei – vor dem Hintergrund zunehmender totalitärer Staatsstrukturen in Europa – einen Beitrag zu leisten zum Schutz und zur Stärkung intermediärer Gesellschaftebenen. » (HOFNERR, 2013: 22)
> [Le terme "subsidiarité" est d'origine latine et dérivé du mot "subsidium" principalement utilisé en contexte militaire. Une unité de réserve n'intervient qu'après et quand il est prévisible que la position avant peut être uniquement supportée qu'avec son soutien. Ainsi, il s'agit d'une règle de compétence, formulée au sens figuré, qui renvoie à l'idée d'une performance des différentes unités par rapport à une cible spécifiée. Mais l'actuel "principe de subsidiarité", a été fortement influencé par Gustav Gundlach - un jésuite et philosophe social - et le pape Pie XI en 1931 et consacré dans le paragraphe 79 dans l'encyclique sociale "*Quadragesimo anno*". Le but était - dans le contexte de la naissance des régimes d'Etats totalitaires en Europe - de contribuer à la protection et au renforcement des structures intermédiaires de la société.]

Nous avons interrogé, par mots-clés[40], plusieurs catalogues bibliographiques allemands, en priorité celui de la *Deutsche NationalBibliothek*, afin de systématiser les connaissances allemandes sur la forme : étymologie et évolution morphologique de la forme *Subsidiarität*, contextes et domaines d'emplois. Nos conclusions consistent à avancer que les connaissances allemandes et françaises sont relativement identiques. En 1995, c'est-à-dire trois ans après la ratification du traité de Maastricht et deux ans après son entrée en vigueur, trois ans après l'introduction de la locution *Prinzip der Subsidiarität* dans la Loi fondamentale allemande (article 23, 1a), les données étaient synthétisées dans un guide conçu par des juristes de droit européen et des linguistiques allemands : *Eurotexte, Textarbeit in einer Institution der EG* (1995 : 328-329) – [*Eurotexte, travail sur les textes dans les institutions de la Communauté*

[40] *Wort* (mot), *Linguistik, Begriff* (concept - terme), *Etymologie, Geschichte* (histoire), *Idee, Ursprung* (origine), *Semantik* (sémantique), *subsidium* (subsidium).

Européenne]. Nous reproduisons ci-dessous les données transmises sur *Subsidiaritätsprinzip*.

8.3.1 Etymologie des Begriffes

Lange führte der Terminus *Subsidiaritätsprinzip* einen linguistischen Dornröschenschlaf. Der *Wahrig* führt nur die Termini *subsidiär, subsidiarisch* und *Subsidiarismus* und verweist unter *Subsidiarität* auf „Anwendung des Subsidiarismus auf die Kirchenverfassung" (*Wahrig, Deutsches Wörterbuch*, Neuauflage 1980, München: Mosaik, S. 1250). Interessanterweise ist letzteres Lemma in die Neubearbeitung von 1986 nicht mehr (!) aufgenommen worden. Im *Duden* (*Duden, Deutsches Universalwörterbuch*, 2. Auflage 1989, Mannheim u.a.: Duden, sowie identisch *Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden*, 1981 Mannheim u.a.: Bibliographisches Institut) findet man neben *subsidiär, subsidiarisch* und *Subsidiarismus* unter *Subsidiaritätsprinzip* den Verweis →„*Subsidiarität* (1)" und dortselbst die Definition:

„**Subsidiarität**, die; -; 1. (Politik, Soziol.) *gesellschaftspolitisches Prinzip, nach dem übergeordnete gesellschaftliche Einheiten (bes. der Staat) nur solche Aufgaben an sich ziehen dürfen, zu deren Wahrnehmung untergeordnete Einheiten (bes. die Familie) nicht in der Lage sind.* **2.** (Rechtsw.) *das Subsidiärsein einer Rechtsnorm.*" (Duden 1989, 1495 bzw. 1981, 2538).

Deutlicher wird lediglich *ein* Standardwerk der Lexikologie: Der *Brockhaus Wahrig in sechs Bänden* (1984, Wiesbaden: Brockhaus und Stuttgart: dva) bringt im sechsten Band, S. 132, folgende Erläuterungen:

„**Sub-si-dia'ris-mus** <m.; -; Pol.; Soziol.> *Gesellschaftsordnung nach dem Subsidiaritätsprinzip* [zu *subsidiär*]

Sub-si-dia-ri'tät <f.; -; unz.> **1** <Pol.; Soziol.> *Subsidiaritätsprinzip* **2** <kath. Kirchenrecht> *Anwendung des Subsidiarismus auf die Kirchenverfassung* **3** <Rechtsw.> *Form der Gesetzeskonkurrenz bei Straftaten* [zu *subsidiär*]

Sub-si-dia-ri'täts-prin-zip <n.; -; unz.; Pol.; Soziol.> *Grundsatz, daß übergeordnete Gemeinschaften nur für Aufgaben zuständig sein sollen, die nachgeordnete Gemeinschaften (bzw. die einzelnen) nicht erfüllen können*

sub-si-di'är <Adj. 24; bildungsspr.> oV *subsidiarisch* <veraltend> **1.1** *unterstützend*; ~ eingreifen; ~e Maßnahmen **1.2** *behelfsmäßig, zur Aushilfe* 1.2.1 ~es R e c h t <Rechtsw.>

R., das erst dann angewendet wird, wenn eine bestimmte andere Rechtsquelle keine Vorschrift enthält [< lat. *subsidiarismus* ‚zur Reserve gehörig'; zu *subsidium*; →*Subsidium*]

sub-si-dia-risch <[---'--] Adj. 24; bildungsspr.; veraltend> = *subsidiär*"[8]

Der Begriff *Subsidiaritätsprinzip* selbst stammt aus dem deutschen Sprachraum und wurde von Wilhelm Emmanuel Freiherr von Ketteler, Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung und späterer Bischof von Mainz, 1848 geprägt. Das Wort *Subsidaritätsprinzip* hielt Einzug in die katholische Soziallehre, die mit der päpstlichen Enzyklika *Rerum novarum* Leos XIII. vom 15. Mai 1891 begründet wurde. Dieses Rundschreiben beschäftigte sich

(88) mit der Verelendung des Industriearbeiterproletariats, deren Ursachen die Kirchengewaltigen im hemmungslosen Wirtschaftsliberalismus sahen. Als Lösung der sozialen Frage wurde – in Ablehnung und zur Abwehr marxistischer Ansätze – die Koalitionsfreiheit der unteren Schichten postuliert, die sich in »Selbsthilfegruppen« (wie man wohl heute sagen würde) in Solidarität versammeln sollten (etwa in den Kolping-Vereinen) und – nach eben diesem Subsidiaritätsprinzip – versuchen sollten, all jene Aufgaben und Vorhaben, die der Staat nicht lösen konnte, auf einer untersten Ebene in Eigenregie zu lösen bzw. zu verwirklichen. Exakt auf den Tag vierzig Jahre später (am 15. Mai 1931) – Faschismus und Kommunismus waren auf dem Vormarsch und strahlten immer stärkere Attraktivität auf die von Wirtschaftskrise und Massenarbeitslosigkeit betroffenen Bevölkerungen aus – griff der damals residierende Papst Pius XI. auf die Enzyklika *Rerum novarum* zurück. In einer Art Fortschreibung, in *Quadragesimo anno*, formulierte er zur Abwehr totalitärer Systeme und zur Stärkung der katholischen Glaubenslehre die Subsidiarität als Zuständigkeitsprinzip der Gesellschaft im Sinne von Förderung der Eigeninitiative und Hilfe zur Selbsthilfe.[9]

Ces données étant analysées par J.-J. Briu, telles que nous les exposons plus bas, nous ne traduirons pas cet extrait. Nous nous contentons uniquement de relever plusieurs éléments. Les dictionnaires de langue générale allemande (*Duden*, *Wahrig*) attestent l'existence d'une occurrence inconnue en langue française : le substantif *subsidiarisme (*Subsidiarismus*). Un long développement est consacré à l'origine de la forme substantivée *Subsidiarität* toutefois la polysémie du lexème *Begriff* en allemand rend difficile de déterminer si les auteurs réfèrent à l'origine de la forme de l'unité terminologique ou du concept (de la notion). La fin du chapitre pointe l'origine catholique du terme-notion (formulé pour la première fois par l'évêque de Mayence, Wilhelm Emmanuel von Ketteler, puis l'encyclique pontificale du 15 mai 1931). La notion est replacée dans son contexte notionnel général contemporain : la Doctrine sociale de l'Eglise catholique. Le guide réfère à l'encyclique pontificale *Rerum Novarum* (1891), comme texte fondateur de cette doctrine. Enfin il indique que la notion s'est étendue vers le sens de *selbsthilfegruppen* [groupes de soutien, d'aide, d'assistance].

Dans les avant-propos d'un autre ouvrage, signalé également par J.-J.Briu, recueil collectif de contributions juridiques publié en 1997, coordonné par Knut Wolfgang Nörr et Thomas Oppermann et publié sous le titre *Subsidiarität* : *Idee und Wirklichkeit* : *zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa* [*Subsidiarité : Idée et réalité : la portée d'un principe en Allemagne et en Europe*], les coordinateurs de l'ouvrage indiquent :

> « Dem Gedanken der Subsidiarität, der bisher in der katholischen Soziallehre seine reifste Ausformung erfahren hatte, wurde durch das maastrichter Vertragswerk eine neue Bedeutung zugesprochen. Hierbei geht es nicht um einen bloss technischen Gegenstand im Rahmen des "immer engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker". Die

> Grundlagenfrage nach Legitimität des europäischen Zusammenschlusses, überhaupt wird mit dem Begriff der Subsidiarität berührt. » (NÖRR, OPPERMANN, 1997 : V)
> [Le concept de subsidiarité, qui avait déjà connu sa conceptualisation la plus mature dans la doctrine sociale catholique, a été reconnu par le traité de Maastricht. Il ne s'agit pas d'un objet purement technique dans le contexte d'une « union sans cesse plus étroite des peuples d'Europe ». La question fondamentale de la légitimité de l'intégration européenne est généralement affectée avec le concept de subsidiarité.]

Les auteurs pointent, ici aussi, comme les auteurs français, la conceptualisation catholique (et les difficultés que cette origine soulève). La contribution de l'ouvrage qui nous paraît la plus intéressante, celle d'Aloïs Baumgartner, « *Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach "subsididiär" : Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität* » [*Toute activité de la société est par nature subsidiaire : des fondements anthropologiques et théologiques de la subsidiarité*], confirme la permanence du motif discursif :

> « Das Problem des Subsidiaritätsprinzips liegt zweifellos nicht in einer fehlenden Akzeptanz, sondern im Mangel an Eindeutigkeit und Klarheit bein denen, die sich seiner argumentativ bedienen. » (BAUMGARTNER : 1997 :13)
> [Le problème du principe de subsidiarité repose, sans aucun doute, non sur un manque d'adhésion, mais sur l'insuffisance de netteté et de clarté de ceux qui se servent de son argumentation.]

Dans sa contribution, Baumgartner discute de la portée anthropologique de la notion de subsidiarité. Il réfère notamment aux premières tentatives de laïcisation du principe, en particulier à celle du *Sozialethiker* (philosophe d'éthique sociale) d'Arthur-Fridolin Utz :

> « Die Interpretation, wonach Subsidiarität « *Hilfe zur Selbsthilfe* » bedeute, ist zum geflügelten Wort geworden. Auf einen anderen, oft unbeachteten Aspekt zielt schliesslich der Fribourger Sozialethiker Arthur-Fridolin Utz, wenn der Subsidiarität u. a. als « *Strukturgesetz der gesellschatlichen Vielfalt im Staat* » benennt. » (BAUMGARTNER, 1997 : 14)
> [L'interprétation, selon laquelle la subsidiarité signifie « *aider les gens à se prendre en main* » est devenue une formule. Un autre aspect, souvent négligé, est la redéfinition par le Sozialethiker fribourgeois Arthur-Fridolin Utz, d'une subsidiarité entendue comme « *loi structurelle de la diversité sociale dans l'Etat* ».]

Toutefois, il pointe lui aussi l'origine catholique récente de la notion :

> « In diesem Sinn soll im folgenden der anthropologische Begründungszusammenhang diskutiert werden, in dem die Formulierung des Subsidiaritätsgedankens in der 1931 veröffentlichen Sozialenzyklika "*Quadragesimo anno*" steht und dem Schlüsselfunktion für das Verständnis von Subsidiarität zukommt. » (*ibid.*)

[En ce sens, il est discuté ci-dessous de la raison et du contexte anthropologiques, présents dans la formulation de l'idée de subsidiarité dans l'encyclique *Quadragesimo Anno* publiée en 1931 et de leur rôle essentiel pour la compréhension de la subsidiarité.]

Il est probable que nous soyons passé à côté d'ouvages importants[41]. Par ailleurs, en Allemagne encore plus qu'en France, la notion semble transversale à des domaines très hétérogènes : économie, droit (civil, pénal, public, social), politique, éthique, sociologie, anthropologie, et la littérature encore plus abondante qu'en France (pour des raisons constitutionnelles selon toute vraisemblance). Les ouvrages qui nous ont paru les plus importants ne modifient pas cette généalogie conceptuelle.

Au point de départ de notre recherche, nous disposions d'un nombre très limité de sources lexicologiques, essentiellement françaises et allemandes, ainsi que des données précédemment exposées. Les données transmises par le portail lexical du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) ne recensent pas d'emploi du substantif *subsidiarité* avant 1989 et renvoient à la définition de l'adjectif *subsidiaire* :

« SUBSIDIARITE, subst. fém.
*** Dans l'article "SUBSIDIAIRE, adj**."
A. – Qui vient à l'appui d'une chose plus importante, qui constitue un élément accessoire. Synon. secondaire; anton.essentiel, principal.
[…]
REM.
Subsidiarité, subst. fém. Caractère de ce qui est subsidiaire. Le grand pari est désormais d'inventer des méthodes de management qui permettent d'impliquer, de responsabiliser un maximum de gens. C'est un système qui applique le principe de « subsidiarité »: tout échelon supérieur s'interdit de réaliser lui-même ce qu'un échelon inférieur pourrait faire. Il s'agit d'une délégation à l'envers par rapport au système antérieur où le président déléguait ses pouvoirs à la base. » (*Le Monde des affaires*, 18 févr. 1989, p. 23, col. 2.)

[41] Nous avons consulté, en plus des ouvrages cités, les œuvres du principal auteur allemand sur le principe de subsidiarité : ISENSEE J., *Subsidiarität und Verfassungsrecht*, Duncker/Humblot, Berlin, 2001. Sa thèse de doctorat (1967) portait sur le *Principe de subsidiarité et droit constitutionnel : étude sur le régulateur de la relation entre l'Etat et la société* (*Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*). Isensee est juriste et philosophe, il a étudié le droit à Fribourg, Vienne et Munich. Nous le comparons à Millon-Delsol : il est l'auteur « officiel » allemand sur la subsidiarité, philosophe catholique très influent. Nous mentionnons également l'ouvrage OETER STEFAN, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zur Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz (Jus Publicum)*, Mohr Siebeck, 1998, 655 p. Nous avons également consulté : FUTTER W., *Die Subsidiarität der Amtshaftung: Instrument der Haftungslenkung : mit einer Kritik des Kommissionsentwurfes zur Reform des Staatshaftungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, 164 p. ; WASCHKUHN A., *Was ist Subsidiarität?: Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: Von Thomas von Aquin bis zur « Civil Society »*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1995, 218 p. ; STEWING C., *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, Heymann, 1992, 186 p. ; RAUSCHER A., *Personalität, Solidarität, Subsidiarität*, Bachem, 1975, 48 p. Nous avons toutefois veillé à travailler essentiellement sur des données transmises par des publications récentes (en particulier HOFNERR, 2013)

En réalité, nous ne disposions que de trois contributions académiques en français : l'ouvrage de Chantal Millon-Delsol publié en 1991 (1991a), la publication de la thèse de doctorat de Julien Barroche (2012) et l'article de Jean-Jacques Briu, publié en 2014. En dehors de ces recherches, nous pouvions nous appuyer sur les ressources de dictionnaires français-latin, de dictionnaires français, allemands et de dictionnaires juridiques français et allemands. Nous disposions également des deux contextes d'emploi « canoniques » : l'alinéa 88 de l'encyclique pontificale de 1931 et l'article 3B du traité de Maastricht. Avant d'étudier ces deux emplois, nous ferons un état précis des données lexicologiques connues en France.

2. Les données dans l'ouvrage de Chantal Millon-Delsol

Nous l'avons déjà évoqué, l'ouvrage de Chantal Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire, Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne* (1991a), est la référence centrale en France. Il s'agit essentiellement d'un essai philosophique. Tenant compte des orientations politiques et religieuses de cet essai, nous avons fait preuve, vis-à-vis des données apportées par l'ouvrage, de la même méfiance que celle témoignée par J. Barroche :

> « Abondamment cité, pour sa généalogie conceptuelle, par les politistes et les juristes (les européanistes et les spécialistes des politiques publiques ou de l'administration locale qui travaillent sur les dynamiques de territorialisation), l'ouvrage de Millon-Delsol est très peu questionné dans ses hypothèses philosophiques fondamentales (l'Etat providence comme champ d'adversité d'un Etat subsidiaire qui prétend ne pas se réduire à l'Etat minimal du libéralisme). […] Relevons au passage le fond arendtien de la thèse delsolienne, qui personnalisme chrétien aidant, mâtiné de libéralisme conservateur, ramène toujours à la même statophobie : l'avènement du social, l'interpénétration de la société et de l'Etat. » (BARROCHE, 2012 : 17 – 18, note de bas de page 3)

Nous tenons à ajouter que l'ouvrage en question n'est pas non plus questionné dans ses hypothèses lexicologiques. Il a été publié en 1991, soit un an avant la ratification du traité de Maastricht : *subsidiarité* n'était alors pas répertoriée dans les ouvrages lexicographiques de langue générale. Il s'agit probablement d'un ouvrage visant à préparer la réception de la notion avant l'entrée en vigueur du traité (et sans doute une contribution académique en faveur du « oui » au référendum de 1992). J. Barroche est l'un des rares auteurs à relever le parti pris de Millon-Delsol, et à questionner la généalogie conceptuelle du principe de

subsidiarité. Nous le citerons donc (dans la mesure où cela nous dispense d'exposer nous-mêmes les principaux axes de l'ouvrage de l'auteure) :

> « La tentation est forte de rechercher les anticipations doctrinales du concept dans le passé le plus lointain – la force de légitimation intellectuelle se révélant souvent proportionnelle à la distance chronologique. N'est-il pas devenu courant de faire de la subsidiarité une idée ancienne qui trouverait son fondement philosophique et anthropologique dans la pensée aristotélo-thomiste ? A tel point que l'interprétation dominante dans les sciences sociales ou dans la philosophie normative est de reprendre plus ou moins à son compte une généalogie conceptuelle postulant une parfaite consistance ou cohérence de la notion, à tout le moins une grande continuité depuis Aristote jusqu'à nos jours […]. La subsidiarité passerait imperturbablement par une série d'étapes qui ne feraient qu'actualiser un message anhistorique sur le mode linéaire d'une filiation ininterrompue entre auteurs canoniques : Aristote, Saint Thomas d'Aquin, Althusius, Locke, Tocqueville, Hegel, Proudhon. Au-delà des chocs théoriques qu'elle provoque, cette linéarité généalogique – même raffinée au moyen d'une distinction entre suppléance négative du libéralisme et subsidiarité positive du catholicisme social – nous semble aussi peut évidente qu'elle est impressionniste. » (BARROCHE, 2012 : 17-18)

Dans son ouvrage de 1991a, Millon-Delsol ne présente effectivement pas la naissance de la forme *subsidiarité* mais ce qui est désormais l'histoire officielle de la notion de subsidiarité. Cette histoire conceptuelle est reproduite par l'ensemble des ouvrages de vulgarisation, des manuels de droit, des rapports parlementaires, des documents de travail du Conseil de l'Europe, mais aussi des travaux de recherche (dans une certaine mesure ceux de Barroche et Briu compris), ainsi que par les deux premières publications de constitutionnalistes français (DRAGO, 1994, CONSTANTINESCO, 1991).

Toutefois, les données factuelles transmises par l'ouvrage sont limitées à deux. Il indique l'étymon latin *subsidium* :

> « Dans le vocabulaire latin, le *subsidium* signifie une réserve, et plus concrètement une troupe de réserve : un appoint en cas de besoin. Le secours vient combler un manque. Il ne s'exerce pas sans l'appel d'un besoin. Ce n'est pas secourir que de venir proposer une aide superflue. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 6)

Millon-Delsol est, à notre connaissance, la première à interroger l'étymologie de *subsidiarité* (en Allemagne, cette recherche étymologique commence à peu de chose près à la même période). Avant elle, le principe de subsidiarité a déjà fait l'objet de nombreuses études. Nous avions évoqué qu'avant 1990, les publications étaient issues de recherches individuelles et privées. Celles-ci sont essentiellement publiées par les deux plus importantes maisons d'édition catholiques françaises : les éditions dominicaines du Cerf et celles du Centre

d'études, de documentation, d'information et action sociales (Cédias), rattaché au Musée social, fondation privée créée en 1894 et constituée par le fond de la Société d'économie et de sciences sociales de Frédéric Le Play. A partir des années 1980, l'Institut catholique publie ses premières études. Les principales revues qui publient sur la subsidiarité sont, dans l'ordre :

- la revue *Esprit* (des éditions Esprit) fondée en 1932 par Emmanuel Mounier, Jacques Maritain et leurs collaborateurs du mouvement *Ordre nouveau*, nous avons parcouru 56 articles publiés entre 1960 et 2013 ; la revue *Vie sociale* (Cerf) publiée à partir de 1961 (numéro 1) ;

- *Recherches*, la revue de la Confédération Française Du Travail (CFDT), à partir de 1960 (numéro 4) ;

- les Cahiers de pastorale lithurgique « Maison de Dieu » dès 1964 ;

- la *Vie spirituelle* également à partir de 1964 (numéro 2/68, t.17) ;

Les principales revues catholiques françaises ont publié sur la subsidiarité avant et pendant l'ouverture du Concile Vatican II (1962). En parcourant l'ensemble de ces articles (nombreux sont disponibles à la Bibliothèque nationale de France, numérisés), nous avons observé qu'aucun ne procède à une recherche étymologique, l'idée militaire est très éloignée des préoccupations de leurs auteurs. La référence au *subsidium* latin aura probablement un intérêt, mais il n'est pas soulevé avant Millon-Delsol (ou plutôt avant les années 1991-1992).

La seconde information transmise par l'ouvrage est la source initiale de la création lexicale : l'adjectif aurait été employé pour la première fois par Wilhelm Emmanuel von Ketteler, évêque allemand de Mayence à la date de rédaction de son article (1873) :

> « Par ailleurs, la subsidiarité représente, plus loin que ce principe énoncé par Ketteler puis par Pie XI, une idée politique et sociale spécifiquement européenne, portée depuis les origines par toute notre tradition. » (MILLON-DELSOL, 1991a :6)
> « Le principe de subsidiarité apparaît au premier abord tiré de la doctrine de l'Eglise, qui le promeut et le défend depuis un siècle. Sans doute est-ce Mgr de Ketteler qui l'a nommé le premier, à la fin du XIXe siècle, et Pie XI lui a donné sa forme actuelle dans Quadragesimo Anno en 1931. » (*op. cit.* : 12)
> « L'Etat subsidiaire de Ketteler et de Pie XI sera justement celui qui vient après que la société soit déjà déterminée. » (*op. cit.* : 101)
> « Ketteler énonce pour la première fois l'expression de « droit subsidiaire », à propos de l'instance étatique 1. » (*op. cit.* : 130)

> « Le principe de subsidiarité, pour la première fois énoncé chez G. de Ketteler, devient pour la Doctrine sociale de l'Eglise la véritable pierre angulaire de la pensée sociopolitique. » (*op. cit.* : 138)

Toutefois, C. Millon-Delsol ne cite Ketteler qu'à la page 131, sans indiquer précisément l'auteur (il faut se rendre à la note de bas de page puis aux références précédentes pour savoir qu'il s'agit du passage en question) :

> « Le principe de subsidiarité, mis au service de la dignité, permet une intervention légitime au nom de la valeur humaine, mais interdit à cette intervention de se substituer à l'individu quand sa liberté suffit à sauvegarder cette valeur : **« Ce serait un absolutisme dur, un véritable esclavage de l'esprit et des âmes, si l'Etat abusait de ce que j'appelle le droit subsidiaire »**. » (*op. cit.* : 131)

Si le lecteur ne fait pas suffisamment attention, il pourrait tout aussi bien passer à côté de l'information. Dans la note de bas de page, elle indique la référence à un recueil d'articles de Ketteler « Les Catholiques et le Reich », *Kettelers Schriften*, t. II. Après avoir recherché le texte en question, nous en avons déduit qu'elle a traduit elle-même le passage, puisqu'il n'existe pas de traduction française du recueil à ce jour. Curieusement, elle explique (1991a : 12) « *sans doute est-ce Mgr Ketteler qui l'a nommé* » mais confirme bien dans les autres passages qu'il s'agit d'un néologisme construit par Ketteler (« *ce que j'appelle* »). Par ailleurs, Ketteler ne semble pas avoir énoncé Etat subsidiaire, ou principe de subsidiarité, ni subsidiarité de l'Etat, mais *droit subsidiaire*.

Il nous faut d'ores et déjà préciser, qu'à la date de rédaction de son article (1873), Ketteler est un homme politique très influent et l'un des principaux représentants de l'ultramontanisme allemand. Il a contribué à fonder le *ZentrumsPartei* (parti catholique du Centre, à l'origine de l'actuelle union chrétienne démocrate allemande (CDU), fondé lors des rencontres d'Ahlen, Westphalien en 1869), est très proche de Pie IX, puis de Léon XIII. La première encyclique fondatrice de la Doctrine sociale de l'Eglise, intitulée *Rerum Novarum*, date de 1891. Millon-Delsol soutient que :

> « Evêque et député de la Diète nationale de Francfort, Ketteler rédige les prémisses de ce qui deviendra la Doctrine sociale de l'Eglise, et Léon XIII l'appellera « son précurseur ». » (*op. cit. :* 126-127)

Pourtant, il faut attendre 1931 pour que l'occurrence soit explicitement employée dans le texte anniversaire de *Rerum Novarum*, l'encylique pontificale *Quadragesimo Anno* sous titrée en français « Pour la restauration de l'ordre social », donc Pie XI et non Léon XIII. L'absence de

l'occurrence dans le texte de 1891 est signalée par l'auteure :

> « Ainsi Léon XIII publie-t-il en 1891 l'encyclique *Rerum Novarum*. Le texte et les idées qui s'en dégagent forment le fondement de la pensée vaticane du XXe siècle à ce sujet. Le principe, quoique non explicitement nommé, y apparaît comme cadre et comme condition des possibilités de la politique promue. » (*op. cit.* : 139)

Ce sont les seules données factuelles transmises par l'ouvrage de Millon-Delsol. Elle ne donne aucune information sur la forme et sa circulation depuis la formulation par l'évêque de Mayence jusqu'à l'encyclique, et encore moins sur sa circulation entre 1931 et 1992. L'histoire de la subsidiarité a pour caractéristique d'être une « histoire à trous ». Pourtant, l'essai est essentiellement consacré à la promotion de la construction européenne :

> « La subsidiarité représente une idée politique et sociale spécifiquement européenne, portée depuis les origines par toute notre tradition […]. L'Europe vit depuis plus de deux millénaires - c'est-à-dire depuis le début de son histoire - sur une conception politique définie par Aristote : « art de gouverner des hommes libres ». » (*op. cit.* : 9)

Au mieux retrace-t-elle le parcours, mais d'une manière très imprécise :

> « L'idée ne demeure pourtant pas, loin de là, spécifique à une doctrine d'obédience religieuse. Elle s'impose au courant solidariste puis personnaliste, et devient le pivot central du néo-libéralisme allemand. Elle informe la société allemande d'avant et d'après le IIIe Reich, et le fédéralisme suisse la reconnaît comme l'idée fondatrice de son organisation sociopolitique. Après la seconde guerre mondiale, elle fait son entrée dans les constitutions fédérales, et donne lieu à des débats politiques. Aujourd'hui, elle apparaît au Parlement européen. Il faut croire que la faillite des grands systèmes de pensée, qui privilégiaient une seule valeur au détriment des autres, rend désirable et possible une philosophie sociale d'adaptation et de réalisme, comme elle appelle une politique de la prudence au sens grec - c'est-à-dire une politique de la finitude -, remplaçant les politiques de la perfection. Toute valeur privilégiée et rationalisée est finalement réductrice : c'est ce dont les idéologues repentis viennent de s'apercevoir. » (*op. cit.* : 12)

Elle évoque donc tour à tour le solidarisme (doctrine développée par un jésuite allemand, Heinrich Pesch (1854-1926)), puis le personnalisme, doctrine développée en France par Emmanuel Mounier et Jacques Maritain. L'assertion, selon laquelle elle « *informe la société allemande avant et après le IIIe Reich* », est très vague et problématique, puisque le principe n'est clairement formulé qu'en 1931 et qu'elle ne donne aucune donnée sur l'emploi de l'adjectif ou du substantif à cette période. Elle signale que la notion « *informe* » également le fédéralisme suisse, sans préciser d'auteurs, ou que la subsidiarité fait son apparition dans les constitutions fédérales après la Seconde guerre mondiale, mais n'indique pas lesquelles. Or, nous avons observé qu'en ce qui concerne la Loi fondamentale allemande, le principe de

subsidiarité n'est pas mentionné explicitement avant 1992, et uniquement en relation avec la construction européenne. Puis, elle indique enfin le Parlement Européen, ce qui est également problématique dans la mesure où la locution n'apparaît dans aucun texte de droit primaire avant le traité de Maastricht (donc un texte qui n'a pas été élaboré par le Parlement Européen) ni en 1975 dans un rapport de la Commission Européenne. Il est très difficile, au vu du style de l'ouvrage, d'extraire plus de données permettant de nous éclairer plus sur l'origine de l'occurrence, sur sa signification précise ou son parcours réel.

3. Les données dans l'ouvrage de Julien Barroche

Face à cet ouvrage, la thèse de Julien Barroche est un véritable bol d'air : nous y avons appris beaucoup d'éléments passionnants sur l'itinéraire de la forme après la rédaction de l'encyclique. L'auteur a eu pour principal souci de revenir sur la généalogie de la subsidiarité présentée par Millon-Delsol et a produit un travail essentiellement critique : *Etat libéralisme christianisme, critique de la subsidiarité européenne* (2012). En conséquence, il ne procède pas à la généalogie conceptuelle de la subsidiarité mais à une « histoire langagière du concept » (*Begriffsgeschichte*), en s'appuyant sur la méthode initiée par l'historien allemand Reinhardt Koselleck : une recherche basée sur l'emploi de la forme par les différents acteurs de sa diffusion, en problématisant les difficultés soulevées par la désignation. Le directeur du Centre de recherche et d'action sociales (CERAS[42]), a synthétisé en 2013 sa thèse de la manière suivante (la citation est un peu longue, mais pratique) :

> « Depuis son inscription dans le préambule du traité de Maastricht, certains pouvaient penser que la subsidiarité était un principe ancien et bien documenté. Le travail magistral de Julien Barroche remet en cause cette idée dans trois domaines : le principe est récent dans la doctrine sociale de l'Église ; il s'est imposé en Allemagne et en France après le traumatisme totalitaire ; il entretient la confusion fédérale dans l'Europe maastrichtienne […]. La subsidiarité territoriale du fédéralisme et la subsidiarité fonctionnelle du christianisme sont intégrées dans la constitution allemande de 1949 à la faveur d'un consensus entre les catholiques, protestants et libéraux, pour dépasser le traumatisme nazi. Pourtant, le vocable n'apparaît pas directement à cause de son appartenance à la doctrine sociale catholique. Pour lever l'hypothèque prussienne et sauver la Réforme, on préfère relire Althusius, revenir au droit naturel et perfectionner l'État de droit. Or, malgré son origine libérale, le fédéralisme ouest-allemand se révélera finalement très centralisateur. Julien Barroche éclaire ce paradoxe en montrant comment le principe

[42] Le CERAS est la nouvelle dénomination de l'ancienne Action Populaire Jésuite, créée en 1903 et héritière du *Sillon* d'Albert de Mun. http://www.ceras-projet.org/

> permet de concevoir l'État comme un agrégat de compétences ou comme un simple instrument au service du marché. […] Signe de l'influence souterraine du christianisme dans toute l'Europe, la cellule prospective de la Commission européenne en fait un mot-valise où toutes les visées stratégiques peuvent se rencontrer : « La subsidiarité est fédéraliste pour Jacques Delors, souverainiste pour les Britanniques, régionaliste pour les Länder. » (BARROCHE, 2012 : 377)
> Julien Barroche entend dénoncer les effets délétères de la peur de l'État, constitutive de la construction européenne : transformer la répartition des compétences en question purement technique, contourner la dimension symbolique de la hiérarchie des niveaux, miser sur la régulation naturelle des différents échelons en concurrence… Fruit d'une érudition impressionnante, la thèse est à prendre au sérieux. Elle souligne le flou d'une notion qui a du mal à fabriquer du droit : dans l'Église, où le principe de subsidiarité n'est cité que dans la préface du nouveau code de droit canonique (1983) ; dans la Constitution allemande qui permet aux juges de Karlsruhe de défendre l'État fédéral, à la fois contre les revendications subsidiaires des Länder et les prérogatives de l'Union européenne ; dans la jurisprudence centralisatrice de la Cour européenne de justice pour arbitrer les conflits sans fin entre les compétences des différents niveaux. Pourtant, comme le fait remarquer Jean-Marie Donegani dans sa préface, « on doit décider si l'hypothèse statophobique peut rendre compte également des deux versions antagonistes de la subsidiarité » (p. X). Certes, la conception constructiviste d'origine libérale est dominante dans la pratique de la Commission et arrange les puissants. Mais la conception catholique d'une précédence du droit des personnes sur les structures de pouvoir est plus riche. Elle vise moins l'État moderne que l'absence de toute ordination au Bien commun, sachant que ce dernier est un horizon qu'aucune instance, fut-elle catholique, ne peut définir. » (DUBREUIL, site du CERAS, 6 mars 2013)

Malgré son objectif de suivre le parcours de la forme, les acquis de sa thèse, en ce qui concerne les données lexicologiques, placées en introduction générale de l'ouvrage, sont encore peu trop peu nombreuses, même si plus précises que celles de Millon-Delsol. Pour les résumer, nous nous appuyons sur un article publié en 2008 et sur l'ouvrage de 2012, dans lequel les informations transmises en 2008 sont confirmées. En premier lieu, l'auteur affirme :

> « Autant en anglais, en espagnol, en italien et en portugais qu'en allemand et en français, l'adjectif et l'adverbe sont anciens. Le substantif, en revanche, y est tout à fait récent : son année de naissance varie selon les langues, mais les spécialistes s'accordent à la situer dans la période postérieure à *Quadregesimmo Anno*. » (BARROCHE, 2012 : 25)

L'hypothèse est très importante : la forme lexicale *subsidiarité* a été créée dans un contexte d'emploi très spécifique, expliquant son absence du répertoire lexical des langues évoquées avant la rédaction du texte catholique. Par ailleurs, il est très récent : après la publication de *Quadragesimo Anno*. Il confirme donc l'hypothèse principale de Millon-Delsol : le terme *subsidiarité* désigne un concept sociopolitique prenant place dans une doctrine théologique, la Doctrine sociale de l'Eglise formulée au 20e siècle. Cependant, Barroche précise et confirme

l'origine allemande du substantif :

> « De nombreux spécialistes ont insisté, à juste titre, sur le rôle central de Oswald von Nell-Breuning (1889-1991) dans la rédaction de la première version de *Quadragesimo anno*. Héritier d'un courant majeur de l'école jésuite allemande marquée par le solidarisme de Heinrich Pesch et fortement inspirée par Mgr Emmanuel von Ketteler, auteur de l'expression prémonitoire subsidiäre Recht/droit subsidiaire, Nell-Breuning s'inscrit dans une double tradition, catholique et allemande. » (BARROCHE, 2008 : 780)

Barroche en conclut que le substantif a été créé par Oswald von Nell-Breuning (et non Ketteler), qui avec Gustav Gundlach, tous deux membres du *Königswinterer Kreis* (cercle de théologiens allemands proches du pape Pie XI et du Zentrumspartei), est le rédacteur officieux et le premier traducteur de l'encyclique *Quadragesimo Anno* en allemand. Toutefois, il ne fait que confirmer l'assertion de Millon-Delsol : Ketteler employait alors l'adjectif *subsidiaire,* en coocurrence avec *droit* et non avec *Etat*. Nell-Breuning, influencé par la doctrine de Ketteler (le catholicisme social), aurait introduit la notion de subsidiarité (non le substantif) dans le texte pontifical de 1931.C'est pourquoi Barroche met en garde :

> « Ecrite en latin, *Quadragesimo anno* a fait l'objet de quatre traductions officielles le jour même de sa publication, le 15 mai 1931 (en anglais, en espagnol, en italien et en portugais). Dans ces quatre textes, l'équivalent du substantif *subsidiarité* n'apparaît pas en tant que tel. Il est alors utilisé au rang de simple qualificatif. » (*op. cit.* : 781)

Effectivement, nous allons le vérifier plus tard, les quatre versions officielles publiées le 15 mai 1931, sont italienne, anglaise, espagnole et latine, non allemande ou française, et n'attestent pas de l'emploi du substantif mais seulement de l'adjectif. Il en déduit que :

> « Le Vatican étant l'unique garant de l'authenticité de la signature pontificale, seules les versions anglaise, italienne, espagnole et portugaise peuvent à bon droit être considérées comme officielles. » (BARROCHE, 2012 : 25-26)

En conséquence, la traduction allemande de la locution *« subsidiarii » officii principio*, première formulation latine de l'encyclique par :

> « […] *das Prinzip der Subsidiarität* mérite un statut spécial auquel ne peut prétendre son homologue français (principe de la fonction supplétive de toute collectivité). » (BARROCHE, 2012 : 26)

Nous devons déjà résumer ces informations : le Vatican a publié, le 15 mai 1931, une encyclique intitulée *Quadragesimo Anno* rédigée en latin, qui a fait l'objet de trois traductions officielles, anglaise, italienne et espagnole. Mais, l'encyclique a été partiellement rédigée (la partie II) par deux « jésuites germanophones » identifiés comme « *les deux rédacteurs du*

texte pontifical ». Ils auraient donc introduit dans le texte pontifical la notion inventée par Ketteler de *droit subsidiaire* sous la forme *« subsidiarii » officii principio* (principe de la fonction subsidiaire de toute collectivité). Toutefois, lorsqu'ils ont entrepris la traduction allemande, ils ont substitué la locution latine par *das Prinzip der Subsidiarität*. Ainsi, la locution formée sur la base du substantif est d'origine allemande. En conséquence, si la notion de « principe » apparaît avant la substantivation de l'adjectif (dans la version latine), l'adjectif est toujours entre guillemets, indiquant que le syntagme latin n'est pas figé. Puisque le texte initial est latin, la locution *principe de subsidiarité* lui est postérieure. Barroche indique en note de bas de page une édition de l'encyclique de 1933. Selon lui, le *principe de subsidiarité* est un néologisme allemand, créé entre 1931 et 1933 :

> « C'est outre-Rhin qu'apparaît pour la première fois le syntagme das Prinzip der Subsidiarität (ou Subsidiaritätsprinzip), c'est de la racine allemande que naîtront tous les vocables équivalents dans les autres langues occidentales (en 1936 pour l'anglais et l'américain). Faute d'en disposer dès 1931, la langue française a d'abord parlé de *principe de la fonction supplétive*, puis de *principe de la fonction subsidiaire de toute collectivité*. Il faudra attendre une diffusion germanophone du concept pour que la forme substantive soit peu à peu consacrée […]. L'étymologie latine du syntagme allemand ne doit pas tromper : c'est de la *Subsidiarität* germanique que naîtra quelques années plus tard la subsidiarité française. » (*op. cit.* : 26-27)

Il expliquait en 2008 avoir identifié, au fil de ses lectures, une première occurrence française, sous la plume d'un auteur jésuite, J.-Y Calvez, en 1959 :

> « Le mot français « subsidiarité » découle en ligne directe de la pensée catholique allemande, telle qu'elle vient d'être décrite, via la Suisse où il apparaît dès le début des années 1950. Il faut attendre la fin de la décennie pour le voir inaugurer sous la plume de Jean-Yves Calvez et Jacques Perrin dans le premier volume de *Eglise et société économique*, puis se diffuser de manière plus générale chez les théologiens catholiques pendant la période du concile Vatican II. » (BARROCHE, 2008 : 781)

La découverte de l'occurrence dans l'ouvrage lui permet de réviser les connaissances lexicographiques françaises :

> « Selon toute vraisemblance, c'est dans cet ouvrage [celui de Jean-Louis Calvez, 1959] que le mot apparaît pour la première fois en France (non en langue française[43]). Contrairement à ce qui est indiqué dans le *Dictionnaire historique de la langue française* d'Alain Rey, la première apparition du substantif *subsidiarité* ne date donc pas de 1964 (tome III, 1998, p. 367). » (BARROCHE, 2008 : 781, Note de bas de page 13)

Il confirme cette révision en 2012 ((BARROCHE, 2012 : 25, note de bas de page 2). Sa

[43] Elle serait plus précoce en français suisse.

découverte conditionne l'orientation de sa thèse : en se tournant essentiellement vers l'histoire du catholicisme allemand, il postule que c'est la lecture allemande de l'encyclique pontificale qui fait de *principe de subsidiarité* un véritable concept désigné par une locution figée, à la différence des « *premières traductions très disparates* ».

Concernant l'aspect morphosémantique, Barroche revient essentiellement sur l'étymologie latine :

> « Les trois mots sont issus d'une même racine latine – sub (sous) et sedere (être assis) – qui a donné le nom subsidium et l'adjectif subsidiarius. Dans le langage militaire romain, les subsidiarii étaient les troupes de réserve qui ne servaient pas en temps normal mais constituaient un appoint en cas de défaillance exceptionnelle et pour la seule durée de cette défaillance. En français, on parle plus couramment de supplétifs ; ce qui explique (cf. infra) les premières traductions du latin assimilant subsidiarité et supplétivité. » (BARROCHE, 2008 : 778, note de bas de page 2)

Cette étymologie lui paraît être un « foyer de sens commun », un îlot de stabilité sémantique dans l'océan des emplois contradictoires :

> « A l'observer dans toute son amplitude, il est néanmoins possible de dégager un foyer de sens commun : celui du langage militaire. A l'époque romaine du bas Empire, les *subsidiarii* étaient les troupes de réserves (réserve de la prima acies) qui ne servaient pas en temps normal mais constituaient un appoint en cas de défaillance exceptionnelle et pour la seule durée de cette défaillance. Aujourd'hui encore, le français parle couramment d'auxiliaires ou de supplétifs ; d'où les premières traductions du latin assimilant *subsidiarité* et *supplétivité* (fonction subsidiaire et fonction supplétive). » (*op. cit.* : 25)

Toutefois, ce « foyer de sens commun » est, pour l'auteur, et contradictoirement, la principale cause de la variabilité sémantique inhérente au substantif :

> « A partir de cette même racine étymologique, deux acceptions distinctes ont pu prendre corps selon que l'on se situait en temps de paix (réserve) ou en tant de guerre (renfort). Double dimension qui indique déjà combien, avant même de s'extraire de ce registre militaire et d'intégrer le monde civil, le mot est inscrit dans une tension constitutive ; secondaire et accessoire, supplétif et complémentaire. » (*ibid.*)

Il confirme ainsi la tension constitutive, déjà relevée par Monique Chemilier Gendreau en 1992 :

> « L'expression « principe de subsidiarité » est entrée récemment, et d'abord par la petite porte, dans le vocabulaire politique et juridique européen. Le projet de traité de Maastricht l'officialise (article 3B 5) sans pour autant la clarifier. L'ambiguïté a même atteint un point tel que l'on trouve sous certaines plumes (1) l'affirmation que ce principe limite le champ d'action des compétences de la Communauté à tout ce qui ne peut

> trouver de solution à l'échelon national. Or le principe est formulé de telle manière que la situation est exactement inverse et qu'il permet bel et bien l'expression incontrôlée des compétences de la Communauté (2). (CHEMILLIER-GENDREAU, 1992).

Effectivement, Barroche le note lui-même ailleurs :

> « Au-delà des ambiguïtés contenues dans la formulation même du texte – tension entre efficacité politique et proximité démocratique, contradiction entre efficacité relative (« suffisante ») et efficacité maximale (« mieux ») –, la nature proprement juridique du principe de subsidiarité a été très discutée (Dehousse, 1992 ; Estella, 2002). Si l'on examine, en effet, le contexte de la rédaction du traité, il apparaît clairement que le contenu de la subsidiarité n'est pas tant juridique que politique : c'est-à-dire signifier aux eurosceptiques et aux Länder allemands que la Commission n'entend pas s'immiscer sans motifs dans les affaires internes des États, tout en préservant – là réside le paradoxe – les conditions de possibilité d'un éventuel fédéralisme européen. » (BARROCHE, 2012 : 28-29)

C'est justement en raison de ces deux « acceptions distinctes » inhérentes à l'adjectif en vertu du domaine d'implantation premier de l'unité (domaine militaire en latin) que le substantif a été introduit, par l'intermédiaire d'A. Spinelli et J. Delors notamment, dans la terminologie communautaire :

> « Un ancien commissaire européen comme Ralf Dahrendorf […], dès 1971, via un éditorial paru dans la presse allemande, appelait la Commission à sortir du dogme de l'harmonisation pour entrer dans l'ère de la subsidiarité. Au même moment, son collègue, le fervent fédéraliste Altiero Spinelli, Commissaire à la Politique industrielle et à la Recherche, lui portait contradiction, allant jusqu'à provoquer une grave crise politique [Mais, AJ] tous deux se revendiquaient du principe de subsidiarité, le premier dans une logique de respect des différences nationales, le second dans une logique d'harmonisation communautaire devant conduire à la mise en place d'un Etat européen. Réunies ensemble, ces deux logiques anticipent sur la subsidiarité maastrichtienne jusque dans ses aspects les plus contradictoires. Elles révèlent surtout la plasticité du concept, la souplesse du principe, qui autorise à mettre en avant telle ou telle dimension, selon les contextes en fonction des résultats escomptés. […] Soulignons l'habileté des négociateurs de la conférence intergouvernementale qui ont réussi à réunir autour de la subsidiarité les tenants de positions parfaitement opposées en laissant à son application ultérieure le soin de les départager. Le succès initial de la subsidiarité maastrichtienne repose ainsi sur un malentendu volontaire et consenti. Parler de « consensus creux » ou de compromis dilatoire n'a rien d'exagéré. Il en résultera une profonde indétermination sur le sens juridique imputable au principe. Mais au-delà de ses différentes appropriations le consensus s'est opéré sur un mot qui n'a pas émergé par le pur fait du hasard dans le débat européen. Tout à fait conscient des réticences anti-maastrichiennes, y compris dans son propre pays d'origine, le Président Delors s'est attaché à formuler un compromis tactique, autour d'un vocable diversement interprétable mais auquel lui-même – sa formation intellectuelle aidant – était rendu particulièrement réceptif. Il puise ainsi dans le répertoire chrétien mais mise sur les vertus conjuratoires du principe. » (BARROCHE, 2012 : 392-393)

Barroche ajoute également en note de bas de page (Ibid. 393, nbp 2)

> « Relevons au passage la concomitance entre la promulgation de l'encyclique *Centesimus annus* et l'élaboration du traité de Maastricht. »

Barroche ne fait pas que référer à l'étymologie militaire, il la théorise pour expliquer le recours à l'occurrence dans un contexte hautement conflictuel. C'est donc davantage en vertu de la plasticité de la notion et non dans la référence objective aux conceptions sociales catholiques, que les promoteurs de l'Union européenne se seraient entendus sur le terme *subsidiarité* plutôt que sur celui de *fédéralisme* (auquel auraient sûrement été opposés les représentants gouvernementaux français et anglais). Barroche affirme ainsi le caractère « gigogne », « réversible » et « polysémique » du concept, comme étant au fondement de l'emploi de l'occurrence. En définitive, il cherche à démontrer que si les promoteurs de l'Union ont maintenu l'emploi de la locution issue du contexte catholique (en vertu de leur connaissance de la forme en raison de leurs obédiences religieuses), ils en ont modifié suffisamment l'acception (en vertu de sa polysémie intrinsèque) pour en faire un concept indépendant du sens catholique. Selon lui, la subsidiarité communautaire aurait fait tourner le concept de subsidiarité vers une acception « constructiviste » et non plus téléologique (catholique) : propice aux nécessités d'adaptation et de souplesse du droit européen en butte à une situation contradictoire (celle de faire respecter l'application des traités tout en maintenant une cohésion au sein d'une communauté d'Etats). En vertu de cette analyse, reposant moins sur le sens de l'occurrence en contexte catholique que sur une étymologie issue de la tactique militaire, Barroche nuance, tout en les rappelant, les liens entre Doctrine sociale de l'Eglise et construction européenne.

L'hypothèse est particulièrement surprenante, dans la mesure où l'Union, ses Traités et les institutions qui en découlent ne sont, juridiquement, rien d'autre qu'une émanation de ces mêmes Etats. En réalité, la thèse de Barroche repose sur une hypothèse très fragile : celle d'une antonymie étymologique. Nous nous interrogeons sur les motifs réels d'une « histoire langagière des concepts ». N'a-t-elle pas justement pour vocation de distinguer le concept catholique du concept européen, au motif que la subsidiarité fait « *partie de ces concepts dont le contenu a si fondamentalement évolué que, malgré l'identification du terme même, les significations sont à peine comparables et ne sont récupérables que sur un plan historique (*KOSELLECK, 1991 : 107*)* » ? Les analyses de J.-J. Briu heurtent en effet quelque peu ces conclusions.

4. Les apports de l'analyse de J.-J. Briu

Dans sa contribution de 2014, Briu procède également à une recherche étymologique, mais surtout à une comparaison entre emploi de la forme en contexte français et en contexte allemand. Dans un premier temps, il revient sur la forme latine :

> « 1. Histoire des significations des termes.
> Le *subsidium* latin signifie « secours » dans le domaine militaire ; plus précisément, une ligne de réserve ou une troupe de réserve dans l'ordre de bataille ; d'où l'idée d'un soutien de renfort, de secours, d'aide, d'appui, voire d'assistance. Cette troupe auxiliaire vient en appui à l'armée principale ; elle ne l'a remplace pas. En temps normal, une troupe de réserve ne livre pas bataille ; elle constitue un appoint en cas de besoin et fournit donc une intervention éventuelle et provisoire.
> L'adjectif qui est en dérivé, subsidiarius (« qui forme la réserve »), suffit à désigner au pluriel, subsidiarii, « la (les) troupe(s) de réserve ».
> Le préfixe sub- signifie « inférieur, situé en dessous » en un double sens : a) « situé au plus bas dans l'espace » et b) « de moindre importance ». Partant, sub-sidium est la troupe qui se trouve en dessous », littéralement « sous-mise, sub-ordonnée. » (BRIU, 2014 : 8)

Briu n'oppose pas, comme Barroche, la notion de « réserve » et celle de « renfort ». Il ne distingue pas deux acceptions contradictoires mais une polysémie :

> « La polysémie est cette propriété d'un lexème à avoir plusieurs acceptions, c'est-à-dire plusieurs valeurs proches les unes des autres. La plupart des lexèmes apparaissent polysémiques ; en revanche, les vocables qui les actualisent en discours sont en règle générale, monosémiques, car le contexte linguistique et situationnel détermine l'acception exacte. » (MORTUREUX, 1997 : 14)

La polysémie est un phénomène linguistique qui dépend surtout de la circulation d'une unité. Briu n'envisage pas des acceptions contradictoires du *subsidium* en latin. Pour une raison : « *en temps normal, une troupe de réserve ne livre pas bataille.* » J. Barroche et beaucoup d'autres auteurs ne confondent-ils pas polysémie et antonymie ? Le *subsidium* ne relève pas d'une antonymie fondatrice, mais d'une polysémie : sa signification s'élargit parce que la langue « enregistre » de nouveaux emplois. Partant de cette étymologie initiale toujours issue du latin militaire et retraçant l'itinéraire des emplois et des formes dérivées en français, Briu, quant à lui, explique ensuite :

> « *Subside* » […] le sens premier de « secours » prend, plus tard, le caractère plus précis d'un impôt populaire au profit de l'Etat, puis le sens plus général d'une aide financière. » (BRIU, 2014 : 9)

Pour *subsidiaire*, il explique :

> « Le sens de ce terme dérivé, dont les antonymes sont « dominant, principal, essentiel », est plus homogène comme l'appui relatif à une chose principal qui n'est pas forcément de nature financière, mais par exemple juridique. » (*Ibid.*)

En ce sens, il souligne que l'emploi de *subsidium* et de ses dérivés *subsidiaire* et *subside,* pénètrent d'autres domaines, tout en maintenant des valeurs sémantiques proches : il s'agit toujours de désigner « *ce qui supplée à une action principale* » lorsque celle-ci fait défaut (ce qui le distingue de l'adjectif *second*). Ainsi, *subsidiaire*, comme adjectif qualificatif, désigne la propriété d'une entité ou d'une action : être secondaire, supplétive. Il note que la forme conquiert ensuite le droit (Schéma 3) :

> « Domaine juridique – tactique : mesure supplétive
> Structure binaire hiérarchisée
> MESURE principale, engagée
> MESURE secondaire, accessoire, complémentaire » (*Ibid.*)

Ensuite, il compare ses résultats avec les occurrences allemandes (issues d'ouvrages lexicographiques, particulièrement celles déjà repertoriées par l'ouvrage allemand de 1995 précédemment évoqué) et constate quelques variations marginales pour *subsidium*, *subsidien* (subsides), *subsidiär* (subsidiairement) et *subsidiarisch* (subsidiaire) :

> « Le sens retenu pour les trois premiers termes ne présente pas de différences par rapport à leur correspondants français :
> « Subsidium = « das Hülfsgeld, Geldsummen, welche ein Staat seinem Bundesverwandten zur Führung eines Krieges, oder zur Unterhaltung einer gewissen Anzahl Truppen bewiliget und auszahlet. » (Adelung, 1781) ; « Hilfe, Beistand » (*Duden Universal Wörterbuch*, 1983) ; Untertützung, Rückhalt ; finanzielle Hilfe, die einem kriegführenden Staat von einem Verbündenten gewährt wird.» (Wahrig, 1980)
> « Subsidien » = « Reservetruppen, Hilfsmittel ; Diejnige gelder, welche einem potentaten oder staat von dem anderen zu unterhaltung des Krieges ausgezahlt werden. » (Grimm, 1851-1961)
> « subsidiär (/subsidiarisch) » = « Hilfsweise, unterstützend, behelfsmässig, zur Aushilfe dienend » (Wahrig, 1980) ; « unterstützend, Hilfe leistend ; als Behelf dienend » (*Duden Universal Wörterbuch,* 1983). » (*op. cit.* : 10)

Par contre, J.-J. Briu fait une observation très intéressante :

> « En revanche, les termes *Subsidiarität* et *Subsidiarismus* sont eux, originaux et sans correspondants dans les dictionnaires généraux français. » (*op. cit.* : 11)

L'auteur met à jour la présence d'une forme attestée de *Subsidiarität* plus précoce en langue allemande qu'en langue française. Il atteste que *subsidiarité* n'était pas une entrée des dictionnaires français des 18e, 19e et 20e siècles. Côté allemand, la forme *Subsidiarität* est

recensée dans le *Duden* dès 1983, dans le sens :

> « Principe sociopolitique de transfert de tâches à l'instance supérieure seule efficiente »: « gesellschaftspolitische Prinzip, nach dem übergeordnete gesellschatiche Einheiten (bes. Der Staat) nur solche Aufgaben an sih ziehen dürfen, zu deren Wahrnehmung untergeordnete Einheiten (bes. Die Familie) nicht in der Lage sind », dans le Wahring en 1980 : « application du subsidiarisme (conception anti-centralisatrice) à une institution religieuse : « Anwendung des Subsidiarismus auf die Kirchenverfassung », dans un ouvrage lexicographique du droit, en 2002 : « secondarité, de second ordre, d'ordre inférieur » : « Nachrangigkeit » (Doucet/Fleck wb der Rechts- und Wirtschaftsprache) », ouvrage qui recense aussi le sens européen : « Subsidiaritätsgrundsatz, - prinzip : EU ; Vorrang der Selbstverantwortung kleinerer Gemeinschaften ». (fr : « principe de subsidiarité : UE ; mise au premier rang/préséance de la responsabilité pour soi-même des (plus) petites communautés »). » (*op. cit.* : 11)

Pour *Subsidiarismus*, Briu explique :

> « [Cette unité] offre un 5e sens de *Subsidiarität* comme antonyme de « centralisme » et de « collectivisme », c'est-à-dire, positivement, comme décentralisé et privé ou bien autonomie et libéralisme : « gegen staatlichen zentralismus u. Kollektivismus gerichtete Auffassung (Wahrig 1980) ; ou bien comme application de la subsidiarité au champ social : « das Gelten des Subsidiaritätsprinzips in einer sozialen Ordnung (Duden Universal Wöterbuch 1983)». » (*op. cit. :* 12)

Briu conclut son analyse par l'affirmation suivante :

> « Si dans les domaines militaire, économique et juridique, l'ordre régissant les deux entités inégales s'établit en faveur de celle qui est dominante, majeure, principale, cet ordre devient ***exactement inverse***[44] dans le domaine sociopolitique où la priorité doit être laissée au groupe de rang inférieur – dans certaines conditions de capacités. » (*op. cit.* : 13)

Briu donne des informations importantes. Premièrement, l'occurrence allemande *Subsidiarität* est entrée dans les dictionnaires allemands avant son inscription dans le traité de Maastricht, à la différence de l'occurrence française. Deuxièmement, elle est attestée dans des contextes d'emplois plus larges qu'en français (limités en français à la théologie et au droit européen). En langue allemande, ces contextes sont spécialisés ou non (sens sociopolitique, sens religieux, sens étymologique (hiérarchie inférieur/supérieur) sens européen, sens antonymique avec un modèle d'organisation politique de type française (républicaine et « jacobine ») et un modèle socioéconomique collectiviste). En allemand donc, *Subsidiarität*, construit sur la base latine *subsidium*, n'est pas directement liée à l'acception initiale de *subsidiär/isch*. Pour être plus précis, *Subsidiarität* en langue allemande désigne la qualité d'une entité ou d'une action,

[44] Souligné par l'auteur.

que classiquement ou communément, les locuteurs qualifieraient par son antonyme (*principal*, *premier*), en fonction de leurs connaissances politiques, sociales… *Subsidiarität*, employée dans des contextes très spécifiques, politique, social, économique, relève d'une notion « inversée » par rapport au sème initial de « subsidiaire ». A partir de cette observation, nous avons fait l'hypothèse suivante : si *Subsidiarität* et *Subsidiarismus*, lorsqu'ils sont employés dans des contextes spécifiques (essentiellement politiques), expriment une acception « inverse » de l'acception courante de *subsidiär*-, il est probable qu'une notion politique circule en Allemagne, qui ne peut être saisie si l'on se contente de renvoyer au sens du lexème base *subsidiaire* (auxiliaire).

La recherche de J.-J. Briu s'en tient à cette observation d'une inversion du sens en allemand. La suite de sa contribution s'appuie pour l'essentiel sur « l'histoire des idées » déjà avancée par C. Millon-Delsol, qu'il cite comme référence principale. Il évoque tour à tour : les sources aristotélicienne, thomiste, puis protestante allemande (avec J. Althusius) ; ses échos chez les anarchistes français, en particulier Proudhon ; et enfin, la Doctrine sociale de l'Eglise. Il reprend la thèse selon laquelle, l'évêque de Mayence W. E. von Ketteler aurait employé le terme pour la première fois en 1873, et dont « l'esprit » aurait été largement repris par l'encyclique *Rerum Novarum* (1891) puis la forme dans *Quadragesimo Anno*.

Chapitre 5

L'inversion notionnelle

1. Dictionnaire étymologique latin/français

Nous nous sommes référé à un ouvrage lexicographique traditionnel latin/français, le *Grand dictionnaire de la langue latine*, *sur un nouveau plan*, élaboré en 1883 par Wilhelm Freund. Nous reproduisons ci-dessous la page consacré à l'entrée *subsidium*.

réserve en taillant la vigne, Colum. 4, 24, 13 *et* 16. ~ actio, *action subsidiaire (qu'on donne en faveur d'un pupille contre les magistrats, quand ils ont donné des tuteurs peu convenables), Ulp. Dig.* 27, 8, 1; *cf. Cod. Justin.* 5, 75, 1 *et* 5.

* **subsĭdĭor,** āri, *v. dépon. n.* [subsidium], *former la réserve :* Perterriti non solum ii, qui aut cominus opprimebantur aut eminus vulnerabantur, sed etiam qui longius subsidiari consueverant, *Hirt. B. G.* 8, 13, 2.

subsĭdĭum, ii, *n.* [subsideo], *primitivt, les troupes rangées sur la troisième ligne de bataille (derrière les* principes) *et formant la réserve, lignes de réserve, triaires :* « Subsidium dicebatur, quando milites subsidebant in extrema acie labentique aciei succurrebant. Quod genus militum constabat ex iis, qui emeruerant stipendia, locum tamen retinebant in exercitu : quæ erat tertia acies triariorum; ut Plautus in Frivolaria : Agite nunc, subsidite omnes, quasi solent triarii, » *Fest. p.* 306; *cf. :* « Subsidium, quod postpositum est ad subveniendum laborantibus, » *id. p.* 228 *et :* « Triarii quoque dicti, quod in acie tertia ordine extremis subsidio deponebantur : quod hi subsidebant, ab eo subsidium dictum : a quo Plautus : Agite nunc, *etc.* », *Varro, L. L.* 5, 16, 26 (*en ce sens il ne se trouve plus que très-rarement*) : Subsidia et secundam aciem adortus, *Liv.* 4, 28, 2. Jaculatores fugerunt inter subsidia ad secundam aciem, *se replièrent sur les corps de réserve, id.* 21, 46, 6. Impulsa frons prima et trepidatio subsidiis illata, *id.* 3, 13, 3. *Bien plus souvent :*

II) *en génér., troupes ou corps de réserve, réserve : et, dans le sens abstrait, secours, renfort, corps auxiliaire :* Duæ cohortes de subsidio procedunt atque equites protelant, *Sisenn. dans Non.* 363, 18. Rem esse in angusto vidit, neque ullum esse subsidium, quod submitti posset, *sans corps de réserve à leur envoyer, Cæs. B. G.* 2, 25, 1. Neque certa subsidia collocari, neque quid in quaque parte opus esset, provideri poterant, *id. ib.* 2, 22, 1. Cohortes veteranas in fronte, post eas ceterum exercitum in subsidiis locat, *il place en première ligne les cohortes de vétérans, et met derrière eux, comme réserve, le reste de l'armée, Sall. Catil.* 59, 5. — Quum alius alii subsidium ferrent, *comme ils se portaient mutuellement secours, Cæs. B. G.* 2, 26, 2. Funditores Baleares subsidio oppidanis mittit, *id. ib.* 2, 7, 1; *cf. :* Missi in subsidium equites, *Tac. Ann.* 12, 55. Ut per Illyricum Italiæ subsidio proficisceretur, *pour venir au secours de l'Italie, Cæs. B. C.* 3, 78, 4; *cf. :* Quod C. Cæsar pro prætore Galliæ provinciæ cum exercitu subsidio profectus sit, *Cic. Phil.* 5, 17, 46. Quum vehementius pugnaretur, integros subsidio adducit, *Cæs. B. G.* 7, 87, 2; *cf. :* Nemo dubitat, quin subsidio venturus sit, *personne ne doute qu'il ne vienne au secours, Cic. Att.* 8, 7, 1. Præcipuum robur Rhenum juxta, commune in Germanos Gallosque subsidium, octo legiones erant, *Tac. Ann.* 4, 5.

B) *métaph., en dehors de la sphère militaire, aide, appui, secours, assistance, soutien, renfort, ressource : — α) sing. :* Abi quærere, ubi jurando tuo satis sit subsidii, *Plaut. Cist.* 2, 1, 26. Senectuti celebrandæ et ornandæ quod honestius potest esse perfugium, quam juris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium jam inde ab adolescentia comparavi, *c'est une ressource que je me suis ménagée dès ma jeunesse, Cic. de Or.* 1, 45, 199; *cf. :* Ut illud subsidium (*sc.* bibliothecam) senectuti parem, *pour ménager cette ressource à ma vieillesse, id. Att.* 12, 3, 2 *et :* Subsidium bellissimum existimo esse senectuti otium, *id. de Or.* 1, 60, 255; *cf. aussi :* Quo minus ingenio possum, subsidio mihi diligentiam comparavi, *id. Quint.* 1, 4. Nemo est, qui invidiæ sine vestro ac sine talium virorum subsidio possit resistere, *il n'est personne qui puisse résister à l'envie sans votre secours et celui de tels hommes, id. Cluent.* 1, 3. His difficultatibus duæ res erant subsidio, scientia atque usus militum, *contre ces difficultés on avait deux ressources, l'expérience et l'habileté des soldats, Cæs. B. G.* 2, 20, 3. Fidissimum annonæ subsidium, *Liv.* 27, 5, 5. Aurum ad subsidium fortunæ relictum, *id.* 22, 32, 6. Maroboduo undique deserto non aliud subsidium quam misericordia Cæsaris fuit, *Marobod, abandonné de tout le monde, n'avait d'autre refuge que la miséricorde de César, Tac. Ann.* 2, 63. Nec tibi subsidio sit præsens numen, *Ovid. Ib.* 285. — β) *plur. :* Quum industriæ subsidia atque instrumenta virtutis in libidine audaciaque consumeret, *qui gaspillait dans la débauche et la scélératesse toutes les ressources de son esprit et l'énergie d'une âme trempée pour la vertu, Cic. Catil.* 2, 5, 9. Siciliam, Africam, Sardiniam, hæc tria frumentaria subsidia rei publicæ firmissimis præsidiis munivit, *id. de imp. Pomp.* 12, 34. Hoc viderint ii, qui nulla sibi subsidia ad omnes vitæ status paraverunt, *qui ne se sont préparé aucune ressource pour toutes les positions de la vie, id. Fam.* 9, 6, 4. His ego subsidiis ea sum consecutus, quæ nullis legionibus consequi potuissem, *grâce à ces secours j'ai obtenu ce que toutes les légions du monde ne m'auraient pas fait obtenir, id. ib.* 15, 4, 14. Deserta desolataque reliquis subsidiis aula, *Suet. Calig.* 12. Mare circa Capreas importuosum et vix modicis navigiis paucâ subsidia, *la mer environnante n'offre aucun port, et à peine quelques lieux de refuge aux bâtiments légers. Tac. Ann.* 4, 67.

sub-sīdo, sēdi, sessum, 3. (*forme access. d'après la deuxième conjugaison :* subsident, *Lucan.* 1, 646; *Ammian.* 28, 4, 22) *v. n. et a.*

I) *neutr., se déposer, tomber, se baisser, s'affaisser, etc., très-class.*) :

A) *au propr., en génér. :* Agite nunc, subsidite omnes, quasi solent triarii, *allons, baissez-vous, à la manière des Triaires, Plaute dans Varron, L. L.* 5, 16, 26 *et dans Fest. p.* 306; *cf.* Subsidunt Hispani adversus emissa tela ab hoste, inde ad mittenda ipsi consurgunt, *les Espagnols se baissent, puis se lèvent, Liv.* 28, 2, 6 *et :* Partem militum subsidere in subsidiis jussit, *id.* 6, 14, 7; *cf. aussi :* Substitit Æneas et se collegit in armis Poplite subsidens, *pliant le genou (le jarret), Virg. Æn.* 12, 492. Alii elephanti pedibus insistentes, alii clunibus subsidentes, prolabebantur, *d'autres s'appuyant sur le derrière, Liv.* 44, 5, 7. Subsedit in illa Ante fores ara, *Ovid. Met.* 9, 297. — **b)** *en parl. des choses, aller au fond, se former en dépôt, en sédiment; se précipiter, être précipité; — s'enfoncer, aller en pente, en descendant, se creuser, se déprimer, s'affaisser, être englouti :* Sidebant campi, crescebant montibus altis Ascensus : neque enim poterant subsidere saxa, *les champs s'aplanirent, le sol cependant demeura inégal; les rochers résistèrent à l'affaissement et la cime des monts se dressa, Lucr.* 5, 494; *de même* ~ valles, *Ovid. Met.* 1, 43; ~ limus mundi ut fæx, *le limon du monde se déposa comme sa lie, Lucr.* 4, 498; *cf.* ~ fæces in fundis vasorum, *la lie se dépose au fond des vases, Colum.* 12, 51, 14. Dorso recto planoque, vel etiam subsidente, *à dos droit et uni, ou même un peu infléchi, cambré, id.* 6, 1. Lati lumbi et subsidentes, *id.* 29; *et :* ~ gravissimum quodque turbidumque in amphora, *Senec. Ep.* 108, *med.; de même aussi :* In urina quod subsidit, si album est, *etc., le dépôt ou sédiment de l'urine, ce que l'urine dépose, Plin.* 28, 6, 19 *et :* ~ aqua, *l'eau dépose, se clarifie. Auct. B. Alex.* 5. ~ flumina, *les eaux tombent, descendent* (*opp.* surgit humus), *Ovid. Met.* 1, 344; *cf.* ~ undæ, *se posent, se rassoient, Virg. Æn.* 5, 280; *de là aussi métaph., se calmer, s'apaiser, se rasseoir :* ~ venti, *les vents tombent, Prop.* 1, 8, 13; *Ovid. Trist.* 2, 151. — *Poët. :* Dejectam ærea sortem accepit galea... Extremus galeaque ima subsidit Acestes, *Aceste (le bulletin qui porte son nom) demeura au fond du casque, Virg. Æn.* 5, 498. Ebur posito rigore Subsidit digitis ceditque, *plie, cède, se ramollit, Ovid. Met.* 10, 284. — Multæ per mare pessum Subsedere suis pariter cum civibus urbes, *ont été englouties sous les eaux, Lucr.* 6, 590; *de même :* Terræne dehiscent Subsidentque urbes, *Lucan.* 1, 646.

2°) *particul.* — **a)** *dans le sens prégnant, s'arrêter, faire halte, rester, demeurer quelque part, n'aller pas plus loin, etc. :* Si (apes) ex alvo minus frequentes evadunt ac subsidit pars aliqua, *Varro, R. R.* 3, 16, 36. Itaque subsedi in ipsa via, dum hæc summatim tibi perscriberem, *je me suis arrêté en chemin, pour t'écrire sommairement, Cic. Att.* 5, 16, 1. A me consilium petis, quid sim tibi auctor, in Sicilia subsidas an ut... proficiscare, *tu me demandes ce que je te conseille, de t'arrêter en Sicile ou de partir, id. Fam.* 6, 8, 2. Multitudo calonum, magna vis jumentorum, quæ in castris subsederat - facta potestate sequitur, *la multitude... qui était restée dans le camp,* * *Cæs. B. G.* 6, 36, 3. Quosdam ex Vitelliis subsedisse Nuceriæ, *Suet. Vitell.* 1, *fin.; cf. :* Subsedisse in oppido Reatino, uxore ibidem ducta, *se fixa, s'établit à Réate, id. Vest.* 1 *et :* Commixti corpore tantum Subsident Teucri, *Virg. Æn.* 12, 836. Hinc accidit, ut ætas altioribus jam disciplinis debita, in schola minore subsidat, *Quintil. Inst.* 2, 1, 3 (*autre leçon* subsideat). — β) *en parl. de choses :* Ptolemæus dum fugit, in Nilo navicula subsedit, *le bateau resta engravé dans le Nil, Liv. Epit.* 112.

b) *se tenir en embuscade, aux aguets, en obser-*

A la lecture de l'entrée *subsidium*, nous constatons que le dictionnaire distingue deux emplois : un emploi initial en contexte militaire, un second emploi (B) qualifié de « métaphorique » : « *en dehors de la sphère militaire, aide appui, secours, assistance, soutien, renfort, ressource* », déjà attesté dans des textes d'auteur latins (Plaute, Cicéron, Quintilien, Tacite). Le dictionnaire évoque bien une polysémie, et non une antonymie initiale, et confirme l'hypothèse de Briu : l'emploi de *subsidium* s'émancipe du domaine militaire mais les différentes acceptions restent liées par des valeurs sémantiques proches (qui supplée, aide, renforce, secourt quelque chose de principal).

Les données lexicologiques transmises par le dictionnaire français/latin de 1883 ne permettent pas d'expliquer cette « inversion » du sens pour les substantifs *Subsidiarität* et *Subsidiarismus* en langue allemande. Si nous revenons sur les hypothèses des uns et des autres, il faudrait en déduire que le substantif *Subsidiarität* a été créé par des catholiques allemands entre 1931 et 1933, sur la base d'une locution rédigée en latin *« subsidiarii » officii principio*, qui se serait ensuite diffusé en Allemagne, pour finir par entrer dans le *Duden* de 1983, dans des domaines (social, sociopolitique, …), qui se seraient émancipés du domaine théologique. Dès 1931, les emplois de *subsidiaire* et *subsidiarité* sont attestés. Il nous faut alors vérifier si, à l'instar du *Duden*, l'occurrence en contexte catholique témoigne de cette inversion sémantique.

2. Examen de l'énoncé de l'encyclique *Quadragesimo Anno*

Dans un premier temps, puisque nous n'interrogeons pas ici la forme mais la notion, nous travaillerons à partir de la première traduction française de l'encyclique de 1931, effectuée par un théologien, le prêtre George Desbuquois, membre du *Königswinterer Kreis*, comme Gundlach et Nell-Breuning. L'étude de ce passage nécessite une contextualisation avec les positions historiques de l'Eglise catholique concernant les relations entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel, ainsi qu'avec les éléments sur l'histoire du 19e siècle et de philosophie thomiste. Le passage canonique de l'encyclique pontificale est le suivant :

(89) « Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les

fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir ; diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité. Que les gouvernants en soient donc bien persuadés : plus parfaitement sera réalisé l'ordre hiérarchique des divers groupements, selon **ce principe de la fonction supplétive de toute collectivité**[45], plus grandes seront l'autorité et la puissance sociale, plus heureux et plus prospère l'état des affaires publiques. » (PIE XI, 1931 : § 88)

2.1. Une première interprétation de l'énoncé

En langue française courante, l'adjectif *subsidiaire* (*subsidiarii* en latin) traduit en 1931 par *supplétif*, désigne ce qui « intervient » non pas en second lieu, mais à « défaut de ». Dans la plupart des cas, les adjectifs *subsidiaire* ou *supplétif*, en langage militaire par exemple, désignent l'intervention de « recours », qui pallie le manque ou le défaut d'une intervention *principale* : la troupe de réserve intervient si l'armée principale fait défaut.

A la lecture de l'énoncé pontifical et tout particulièrement de la partie qui mentionne le *principe de la fonction supplétive de toute collectivité*, nous devrions attribuer la qualité *supplétive* aux *groupements de rang inférieur*. Selon un schéma interprétatif strict, reprenant les propriétés définitoires de *supplétif* en langue française : « Qui complète ; qui sert de supplément », devraient être dits supplétifs non l'autorité publique mais les groupements de rangs inférieurs qui lui sont opposés. Par ailleurs, l'autorité publique est conviée à *abandonner* volontairement à ces regroupements inférieurs des affaires de *moindre importance*. Par conséquent, l'enseignement pontifical est bien celui-ci : il s'agit pour l'Etat (l'autorité publique et ses différentes institutions) d'abandonner volontairement à des groupements inférieurs (en particulier privés) certaines fonctions sociales et politiques, dans le but de ne pas disperser son effort. En somme, Pie XI en appelle à la privatisation de certaines fonctions publiques et à l'autolimitation/décentralisation de l'Etat.

2.2. L'impossibilité d'une telle interprétation

Le principal problème d'une telle lecture, que pourraient faire la grande majorité des locuteurs prenant connaissance de ce passage sans être au préalable initiés à la Doctrine sociale de

[45] Souligné par nous.

l'Eglise, est qu'elle est contraire aux propos de Pie XI. Ce dernier dit exactement l'inverse. Millon-Delsol ne s'y est pas trompée en intitulant son ouvrage de 1991, *L'Etat subsidiaire*, et non **les regroupements inférieurs subsidiaires*. Comment expliquer cette contradiction ?

La contradiction fondamentale réside dans un point : si on lisait le passage selon cette logique (celui tiré sur le sens courant de *subsidiaire* ou de *supplétif*), il faudrait en conclure que l'Eglise catholique, en 1931, explique qu'il revient à l'Etat d'attribuer une fonction sociale à des collectivités ou à des regroupements sociaux dits « inférieurs ». Il s'agirait simplement d'une délégation de « compétences » (et non de pouvoirs), que l'Etat, selon son bon vouloir, pourrait reprendre. Or, les positions historiques de l'Eglise catholique relatives aux rapports entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel, s'opposent formellement à cette lecture. Elle nous obligerait à attribuer à Pie XI un discours qui n'est pas le sien : accorder à l'Etat le droit de déterminer les fonctions sociales des groupements inférieurs qui lui seraient subordonnés. Pie XI attribuerait alors à la puissance temporelle le pouvoir de déterminer la nature et la légitimité des fonctions de ces groupements, et en particulier de ceux qui composent l'Eglise elle-même (ses congrégations, ses ordres, ses diocèses).

Cette lecture heurterait de plein fouet la revendication historique de la « liberté de l'Eglise » vis-à-vis du pouvoir temporel, ainsi que la conception thomiste de la famille, telle qu'elle est encore professée plus haut dans l'encyclique de 1931 : « *la famille et le vénérable sacrement de mariage, ces fondements de la société humaine* » (PIE XI, 1931 : Introduction, §2). Dans le catholicisme, les communautés « inférieures » préexistent à l'Etat historiquement et surtout ontologiquement (elles ne lui sont pas *supérieures* mais *antérieures*). Pie XI ne peut pas, en 1931, professer le césaropapisme[46] que son prédécesseur Pie IX a combattu tout au long du 19e siècle, puisque traditionnellement pour l'Eglise catholique, la famille ou les congrégations relèvent davantage du droit ecclésiastique que du droit de l'Etat (nous verrons ce qu'il en est des positions de l'Eglise, vis-à-vis des lois françaises de « séparation » de 1905 et « sur les associations » de 1901). Pie IX ne peut pas exprimer sa soumission à l'Etat, deux ans après avoir repris possession des terres[47] dont le Royaume d'Italie l'avait exproprié. L'encyclique *Quadragesimo Anno* est sous-intitulée : « Pour la restauration de l'ordre social (chrétien) ».

Depuis l'épisode de Canossa, c'est-à-dire historiquement depuis la Querelle des Investitures,

[46] Césaropapisme : dénomination créée au 19e siècle, après que Napoléon Bonaparte ait convoqué le Concile oeucuménique de 1811, en lieu et place du pontife.
[47] Les Accords de Latran de 1929 entérinent un compromis entre le Pape et l'Etat fasciste, entre autres sur la restitution de la Cité du Vatican et la compensation financière de l'expropriation des anciens Etats pontificaux.

puis le Concile de Worms (1076), la Réforme grégorienne, puis la publication de la bulle *Unam Sanctam* par Boniface VIII (3 novembre 1302) qui formule la *Théorie des Deux Glaives*, l'Eglise catholique affirme la primauté du pouvoir spirituel sur toutes les fonctions temporelles. La théorie des Deux Glaives[48] est claire :

> « Les paroles de l'Évangile nous l'enseignent : cette puissance comporte deux glaives [...]. Tous deux sont au pouvoir de l'Église, le glaive spirituel et le glaive temporel. Mais celui-ci doit être manié pour l'Église, celui-là par l'Église. [...] Le glaive doit donc être subordonné au glaive, et l'autorité temporelle à l'autorité spirituelle. » (*Unam Sanctam*, 1963 : 249)

La théorie des Deux Glaives n'a jamais été reniée par l'Eglise catholique, mais a, au contraire, été réaffirmée par le Concile Vatican II (1966), quoiqu'avec une certaine prudence :

> « C'est une longue histoire que celle des rapports de la « Cité de Dieu » et de la « Cité des hommes » : une histoire qui est née avec le christianisme, c'est-à-dire avec l'apparition dans le monde d'une société religieuse universelle, fondée sur la foi au Christ et ouverte aux hommes de toute race et de tout pays. Le chrétien se trouvait avoir pour ainsi dire deux patries, et relever comme de deux pouvoirs. Suivant les époques, diverses furent les tentatives de dresser une théorie cohérente de l'harmonie nécessaire entre ces deux pouvoirs. Depuis les « deux Cités » de S. Augustin, en passant par la théorie médiévale des deux glaives et la « Monarchie » de Dante, et jusqu'aux essais de synthèse de penseurs plus modernes, on a pu parler des « métamorphoses de la Cité de Dieu » (Etienne Gilson. Paris, Vrin, 1952). Une chose est certaine : l'évolution s'est faite dans le sens d'une prise de conscience croissante par la « cité temporelle » de son autonomie vis-à-vis de la « cité spirituelle », et réciproquement du désengagement de cette dernière par rapport à la cité temporelle. Mais alors que leur diversité même a pu les faire apparaître parfois non seulement distinctes, mais rivales et opposées, aujourd'hui, grâce à Dieu, et de plus en plus - et Nous voudrions souhaiter qu'il en soit ainsi dans le monde entier - elles ne se posent plus en adversaires. En ce qui concerne l'Eglise, en tout cas, son désir de collaboration avec les pouvoirs de ce monde est sans arrière-pensée : les actes du Concile l'ont prouvé avec éclat[49]. »

---

[48] La bulle de 1302 a été publiée pendant le pontificat de Boniface VIII (1235-1303), à l'issue d'un conflit qui l'a opposé à Philippe le Bel. Ce dernier aurait voulu s'émanciper politiquement de la tutelle pontificale. Après la publication d'une bulle d'excommunication, il aurait fomenté un attentat contre le pape (attentat d'Agnani). Le pape serait mort de honte après une altercation avec l'envoyé du Roi de France, Guillaume de Nogaret.

[49] Sont membres du *corps diplomatique près le saint Siège*, donc reconnaissent la légitimité diplomatique de la Cité du Vatican : l'Afrique du Sud, l'Albanie, l'Algérie, l'Allemagne, l'Andorre, l'Angola, Antigua et Barbud, l'Argentine, l'Arménie, l'Australie, l'Autriche, l'Azerbaïdjan, les Bahamas, le Bahreïn, le Bangladesh, la Barbade, le Bélarus, la Belgique, Bélize, le Bénin, la Bolivie, la Bosnie-Herzégovine, le Botswana, le Brésil, la Bulgarie, le Burkina Faso, le Burundi, le Cambodge, le Cameroun, le Canada, le Cap-Vert, la Centrafrique, le Chili, la Chine, Chypre, la Colombie, la Rép. Démocratique du Congo, la République du Congo, la Corée du Sud, le Costa Rica, la Côte d'Ivoire, la Croatie, Cuba, le Danemark, Djibouti, la Dominique, l'Égypte, le Salvador, les Émirats Arabes Unis, l'Équateur, l'Érythrée, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis d'Amérique, l'Éthiopie, Fidji, la Finlande, la France, le Gabon, la Gambie, la Géorgie, le Ghana, la Grande-Bretagne (Royaume-Uni de G.-B. et d'Irlande du Nord), la Grèce, Grenade, le Guatemala, la Guinée-Bissau, la Guinée-Équatoriale, le Guyana, Haïti, le Honduras, la Hongrie, les Iles Marshall, les Iles Salomon, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, la Jamaïque, le Japon, la Jordanie, le Kazakhstan, le Kenya, le

En 1966, Paul VI réaffirme non l'indépendance, mais l'autonomie du pouvoir temporel vis-à-vis de l'Eglise. Par ailleurs il se félicite de l'inversion, au 20e siècle, de la tendance émancipatrice des Etats modernes. En outre, cette théorie des Deux Glaives a été justifiée philosophiquement par Augustin, Bernard de Clervaux et Thomas d'Aquin. Nous ne pouvons ici revenir dans le détail sur les textes de ces derniers, mais nous aborderons cependant plus précisément l'enseignement thomiste.

En conséquence, selon nous, l'encyclique de 1931 ne peut pas professer une soumission du pouvoir spirituel au pouvoir temporel (même sous le mode de la délégation de compétence). A cette date, le nazisme commence à s'imposer en Allemagne : l'Eglise catholique tient à réaffirmer la « liberté de l'Eglise » vis-à-vis de l'Etat. Cela se traduit en 1937 par la publication de l'encyclique « contre le nazisme » intitulée *Mit brennender Sorge* (*Avec une brûlante inquiétude*) et sur l'argumentation du pape Pie XII contre un nouveau *Kulturkampf*.

2.3. La notion politique inversée

L'enseignement pontifical du « *principe de la fonction supplétive de toute collectivité* » est bien inverse : il réaffirme la limitation du pouvoir de l'Etat et son cantonnement au rôle *subsidiaire*, d'auxiliaire, d'aide, de recours, à défaut d'incapacité des corps intermédiaires. Sa fonction est de protéger, de stimuler ces « groupements inférieurs » non de les remplacer. Millon-Delsol présente la subsidiarité catholique tantôt comme un « devoir d'ingérence » tantôt comme un devoir de retrait de l'Etat dans le domaine social. Par conséquent, elle explique que la Doctrine sociale n'est pas opposée à l'Etat « en soi ».

Effectivement, l'enseignement de Léon XIII, dont l'encyclique *Rerum Novarum* (1892) est considérée comme fondatrice de la Doctrine sociale de l'Eglise, envisage bien que l'Etat étende ses fonctions au rôle de « police » (de bien-être au sens allemand du terme) c'est-à-dire

---

Kirghizstan, les Kiribati, le Koweït, le Lesotho, la Lettonie, le Liban, le Libéria, la Libye, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, la Macédoine (Ex-Rép. yougosl. de-), Madagascar, la Malaisie, les le Malawi, le Mali, Malte, le Maroc, la république de Maurice, le Mexique, la Moldavie, Monaco, la Mongolie, le Monténégro, le Mozambique la Namibie, Nauru, le Nicaragua, le Niger, le Nigeria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, l'Ordre de Malte, l'Ouganda, l'Ouzbékistan, le Pakistan, le Panama, la Papouasie Nouvelle Guinée, le Paraguay, les Pays-Bas, le Pérou, les Philippines, la Pologne, le Portugal, le Qatar, la République de Guinée, la République dominicaine, la République tchèque, la Roumanie, la Russie (Fédération de-), le Rwanda, Saint Kitts et Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Marin, Saint-Vincent et les Grenadines, Samoa, São Tomé et Principe, le Sénégal, la Serbie, les Seychelles, le Sierra Leone, Singapour, la Slovaquie, la Slovénie, le Soudan, le Sri Lanka, le Sud Soudan, la Suède, la Suisse, le Suriname, le Swaziland, la Syrie, le Tadjikistan, la Tanzanie, le Tchad, la Thaïlande, le Timor oriental, le Togo, Tonga, Trinité-et-Tobago, la Tunisie, le Turkménistan, la Turquie, l'Ukraine, l'Uruguay, le Vanuatu, le Venezuela (Rép. Bolivarienne du -), le Yémen, la Zambie et le Zimbabwe.

d'assistance. Léon XIII ne fait que lui concéder temporairement la charge de missions sociales, dans la mesure où cette concession est de nécessité politique. C'est ce que Pie XI rappelait en 1931 en référant à l'encyclique de 1891 :

> « Quant au rôle des pouvoirs publics, Léon XIII franchit avec audace les barrières dans lesquelles le libéralisme avait contenu leur intervention ; il ne craint pas d'enseigner que l'État n'est pas seulement le gardien de l'ordre et du droit, mais qu'il doit travailler énergiquement à ce que, par tout l'ensemble des lois et des institutions, « la constitution et l'administration de la société… fassent fleurir naturellement la prospérité tant publique que privée ». Sans doute il doit laisser aux individus et aux familles une juste liberté d'action, à la condition pourtant que le bien commun soit sauvegardé et qu'on ne fasse injure à personne. Il appartient aux gouvernants de protéger la communauté et les membres qui la composent ; toutefois, dans la protection des droits privés, ils doivent se préoccuper d'une manière spéciale des faibles et des indigents. » (PIE XI, 1931 § 26)

L'encyclique de 1931 couronne un argumentaire que l'Eglise développe au 19e siècle dans toute l'Europe. La naissance de l'Etat moderne libéral a conduit à la destruction des corps intermédiaires (corporations de métiers, congrégations religieuses, sociétés de bienfaisance). En France par exemple, les décrets d'Allarde et la loi Le Chapelier de 1791 ont aboli les corporations de métiers et interdit tout regroupement corporatif. En effet, les corporations d'Ancien Régime entravaient le développement de la libre concurrence en exerçant un monopole incompatible avec l'initiative privée dans tous les secteurs industriels. En réaffirmant comme principe fondamental la propriété privée lié à la notion d'individu, le Constituant français s'est vu contraint d'abolir et d'interdire tout regroupement corporatif (et ainsi, les premiers syndicats ouvriers) pour ne laisser subsister que des relations privées régies par le seul Code civil, dont le Constituant entreprend la rédaction dès 1793. Il ne doit donc rien subsister, juridiquement, entre l'Etat et l'individu. Surtout, la libéralisation du marché entraîne, avec la suppression des corporations, la suppression de tout pouvoir concurrent à l'Etat. Ainsi, le Constituant français abolit les congrégations religieuses et exproprie l'Eglise de ses biens matériels. Elles ne sont restaurées qu'après le Congrès de Vienne (1814) et la victoire des « coalitions européennes » monarchistes.

A partir des années 1820-1830, tous les pays européens dont les structures économiques mutent vers le capitalisme, sont rapidement confrontés à un problème, que le catholicisme nomme « la question sociale », c'est-à-dire la naissance du mouvement ouvrier indépendant, dont les revendications tendent à remettre en cause les structures nouvelles de l'Etat, sans toutefois exiger la réhabilitation des corporations et des congrégations. Les revendications ouvrières se situent sur un tout autre plan : celui de l'indépendance des organisations

ouvrières (vis-à-vis de l'Etat, du patronat et de l'Eglise). La suppression des congrégations et des corporations d'Ancien Régime, qui avant la Révolution française, assumaient des fonctions de bienfaisance et étaient largement assimilées, pour les congrégations religieuses du moins, à des corporations de droit public (si tant est que l'on puisse parler en ces termes avant la naissance réelle du droit public) laisse l'indigent sans assistance. L'histoire du mouvement ouvrier, comme celle de la naissance des Etats-Nations, est complexe selon les pays européens, nous ne pouvons ici la résumer. Il faut cependant noter que schématiquement les premiers regroupements ouvriers en France, en Allemagne ou en Angleterre, apparaissent dès les années 1830 (en France, après la révolte des Canuts).

La Doctrine sociale de l'Eglise se développe dans ce contexte ; en France, dans la continuité des œuvres de Louis de Bonald et de Joseph de Maistre et sous l'impulsion d'un des premiers catholiques sociaux, Félicité Robert de Lamennais, dont les œuvres ont été, dans un premier temps, frappées de condamnation pontificale, puis ensuite par Frédéric Ozanam[50]. En Allemagne, Wilhelm Emmanuel von Ketteler est la figure la plus connue (dès 1848). En Autriche, bastion catholique depuis la fin du Joséphisme mené par l'Empereur Joseph II, nous pouvons citer, entre autres, le baron Karl von Vogelsang, converti au catholicisme dans les années 1840 par Ketteler. En Suisse, Gaspard Mermillot. Le regroupement de ces différents mouvements catholiques nationaux prend officiellement corps en 1884 dans *l'Union de Fribourg* (à ne pas confondre avec l'Ecole économique de Fribourg -1933) sous la direction de l'évêque de Lausanne et de Genève Gaspard Mermillot, du Comte Albert de Mun et de René de La Tour du Pin.

Tous ces intellectuels sont légitimistes (ils défendent la restauration monarchiste en France, c'est-à-dire l'accession au trône du Comte de Chambord), siègent à l'extrême-droite jusqu'à la promulgation de l'encyclique du « ralliement » à la République de 1892 et, sont ultramontains (ils défendent la restauration de l'autorité temporelle du Pontife) jusqu'à la promulgation du néothomisme comme philosophie officielle de l'Eglise catholique par Léon XIII.

En Allemagne, les catholiques sont une minorité religieuse influente. Ils se constituent très tôt en parti (à la différence des catholiques français) en créant le *ZentrumsPartei* (le parti du

[50] Frédéric Ozanam (1813 – 1853), béatifié en 1997 sous le pontificat de Jean-Paul II, est le fondateur de la Société de Saint Vincent de Paul et des Conférences de carême de Notre-Dame de Paris. Historien diplômé de la Sorbonne puis titulaire de la Chaire de littérature étrangère, il fréquente les cercles intellectuels catholiques (parmi lesquels Lamennais, Lacordaire, Montalembert, Lamartine et Frédéric Le Play).

Centre, actuelle CDU-CSU) confrontés au regain d'une politique anticatholique menée par le chancelier Bismarck dans la période qui succède la constitution du IIe Reich (1871-1878). En effet, les catholiques allemands sont essentiellement et jusqu'en 1876, favorables à la solution « Grande Allemande », c'est-à-dire à l'unification des Etats allemands sous la direction de l'Autriche catholique. A partir des années1880, un accord est trouvé entre la Chancelerie prussienne et le *Zentrum*. A la suite de celui-ci, leur orientation consiste dans une participation à la politique initiée par les nationalistes-libéraux (parti de Bismarck), de réaction contre la social-démocratie allemande.

A partir des années 1870, les préconisations catholiques en matière sociale se constituent en corpus (essentiellement des encycliques et des constitutions apostoliques), préparatoires de l'encyclique de 1891. Synthétisée plus d'un siècle plus tard dans un *Compendium* (2004), la Doctrine sociale s'appuie sur quatre principes :

> « Evangélisation et doctrine sociale
> 1. L'Église, demeure de Dieu avec les hommes
> 2. Féconder et fermenter la société grâce à l'Évangile
> 3. Doctrine sociale, évangélisation et promotion humaine
> 4. Droit et devoir de l'Église. » (COMPENDIUM, 2004 : sommaire 522, p. 33-38)

Reformulé en termes laïques, la DSE professe : 1. La Dignité humaine (tous les hommes sont égaux en Dieu), 2. Le Bien Commun (toutes les finalités de la société sont orientées vers le Bien commun, tous les biens sont à destination universelle, la propriété privée est un droit divin), 3. La Subsidiarité (toutes les collectivités sont souveraines dans leurs finalités propres, elles participent de la finalité dernière, celle du Bien Commun) 4. La Solidarité (tous les hommes ont une responsabilité envers les indigents). Cependant, cette reformulation est la synthèse d'un corpus d'une soixantaine d'encycliques entre 1891 et 2004. La terminologie n'y est pas unifiée (le *principe de subsidiarité* n'apparaît pas textuellement en latin avant ce *Compendium*). On peut lire pour le point 4. Droit et devoir de l'Eglise :

> « Elle a le droit d'évangéliser le social, c'est-à-dire de faire résonner la parole libératrice de l'Evangile dans le monde complexe de la production, du travail, de l'entreprise, de la finance, du commerce, de la politique, de la jurisprudence, de la culture et des communications sociales, dans lequel vit l'homme. » (COMPENDIUM, 2004 : 38)

2.4. Les positions politiques catholiques au 19e et 20e siècles

Dans la continuité de la condamnation pontificale de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, exprimée dans l'encyclique *Adeo Nota* (1791[51]), sous titrée « où se trouve stigmatisée la Déclaration des droits de l'homme », l'argumentaire pontifical est sans appel : condamnation absolue du rationalisme, de la philosophie des Lumières et du libéralisme politique et économique. Cette condamnation est répétée dans toutes les encycliques qui suivent jusqu'en 1848. A partir de cette date, à la condamnation pontificale du rationalisme, de la franc-maçonnerie et de l'athéisme, s'ajoute celle du socialisme et du communisme. Elle frappe donc à la fois le libéralisme politique et économique, et ses conséquences (développement du paupérisme, naissance des courants socialistes et communistes). La première encyclique de condamnation du socialisme et du communisme, intitulée *Nostis et nobiscum*, est publiée dès le 8 décembre 1849, après le Printemps des peuples. Elle explique[52] :

> « 6. You are aware indeed, that the goal of this most iniquitous plot is to drive people to overthrow the entire order of human affairs and to draw them over to the wicked theories of this *Socialism* and *Communism*, by confusing them with perverted teachings. But these enemies realize that they cannot hope for any agreement with the Catholic Church, which allows neither tampering with truths proposed by faith, nor adding any new human fictions to them. This is why they try to draw the Italian people over to Protestantism, which in their deceit they repeatedly declare to be only another form of the same true religion of Christ, thereby just as pleasing to God. Meanwhile they know full well that the chief principle of the Protestant tenets, i.e., that the holy scriptures are to be understood by the personal judgment of the individual, will greatly assist their impious cause. They are confident that they can first misuse the Holy scriptures by wrong interpretation to spread their errors and claim God's authority while doing it. Then they can cause men to call into doubt the common principles of justice and honor. » (PIE IX, 1849)

La Doctrine sociale de l'Eglise ne fait pas l'objet d'une théorisation avant 1891, mais les éléments sont déjà en germe dans les deux encycliques précédentes. Cependant, sur le terrain de la lutte politique nationale, les premiers partis chrétiens existent déjà et les syndicats

[51] La condamnation de la Déclaration de 1789 attend toutefois cinq ans avant d'être exprimée clairement, pour des raisons politiques : en 1791, deux Etats pontificaux, situés géographiquement en France, font sécession : le Comtat de Venaissin et celui d'Avignon. Les Assemblées de ville votent leur rattachement à la République française et expulsent leurs évêques : « *Nous déclarons nuls, illégitimes et sacrilèges, tous les actes de quelque nature qu'ils soient, qui ont eu pour but, soit à Avignon, soit à Carpentras, soit partout ailleurs, d'admettre et d'exécuter tacitement ou expressément la susdite Constitution civile du clergé, en totalité ou en partie. Nous condamnons, cassons et annulons tous les susdits actes, comme si nous les avions expressément dénommés.* » (Pie VII, *Adeo Nota*, imprimerie Clovis, 2008, p. 18).

[52] Cette encyclique n'a pas été traduite en français, du moins à notre connaissance. Elle n'est pas disponible depuis le site du Vatican, toutefois elle est publiée en langue anglaise, sur un site anglais qui a reçu l'autorisation pontificale : Papal encyclicals online ; http://www.papalencyclicals.net

chrétiens sont en train de se constituer. Depuis 1848, et plus précisément encore depuis 1864 avec la publication de l'encyclique *Quanta Cura* et du *Syllabus* (liste de 40 points énumérant les « principales erreurs de notre temps »), cette doctrine exprime la recherche d'une « troisième voie » entre capitalisme et communisme. Elle s'appuie essentiellement sur les conséquences sociales du développement de l'Etat libéral : la suppression des corporations et des congrégations religieuses engendrerait le désordre social, et ce, à l'échelle mondiale.

C'est pourquoi elle revendique dans un esprit apparemment contradictoire, la restauration des corporations ainsi que l'intervention étatique, mais uniquement à titre temporaire et à défaut, pour assumer des fonctions d'assistance, eu égard du danger que représente le mouvement ouvrier organisé en syndicat et en parti (la social-démocratie allemande siège depuis 1872 au Bundestag). Mais cette revendication suppose que l'Etat n'assume cette fonction que de manière *subsidiaire* : il doit veiller en premier lieu au rétablissement immédiat des corporations et des congrégations dont la charge des fonctions sociales est prioritaire ou principale (car dans l'ordre des choses divin). La DSE interroge également les dispositions du droit civil, en particulier le rétablissement d'une sorte de droit d'aînesse, car le Code civil conduit à l'aliénation des terres agricoles et menace la famille de dissolution. René de La Tour du Pin est, en France, l'un des plus clairs à ce sujet, chose relativement logique pour un légitimiste :

> « Le législateur a seul pouvoir de rendre aux patrimoines ruraux le caractère de perpétuité qu'il leur a enlevé à mesure qu'il a substitué le droit écrit au droit coutumier, puis le code civil à l'ancien droit français […]. » (LA TOUR DU PIN, 1917 : 66)
> « Alors, plus de solidarité dans la famille, c'est-à-dire dans le temps : les enfants veulent bien de l'héritage des parents, non de par le testament, mais de par la loi qui en assigne à chacun un lambeau ; quant à l'héritage moral, quant aux traditions de famille, quant au culte des ancêtres qui est la marque des civilisations fortes et pieuses, on n'en a plus le souci. » (LA TOUR DU PIN, 1917 : 116)
> « Le code civil acheva légalement l'œuvre de la destruction violente, et on vit apparaître alors comme une nation nouvelle, dans laquelle l'État était tout, et le citoyen rien qu'un numéro dans la roue d'une immense loterie A la corporation obligatoire de l'Ancien Régime (et de l'Ancien Régime seulement succéda l'isolement obligatoire, qu'on décora du nom de liberté du travail) ; puis beaucoup d'autres dispositions obligatoires et vexatoires des droits sacrés que l'Ancien Régime lui-même n'avait jamais méconnus, comme l'école laïque obligatoire, le service militaire obligatoire pour tous, etc. De sorte que les conservateurs, accablés de tant de tyrannies antisociales, s'en prennent aujourd'hui au principe même de la Loi, au lieu de s'en prendre à son caractère césarien, et ont perdu toute notion d'organisation sociale presque au même degré que les révolutionnaires. » (LA TOUR DU PIN, 1917 : 123)

L'Etat doit également abroger les dispositions qui interdisent à l'Eglise catholique de

développer ses congrégations et ses ordres religieux. Temporairement, il doit « suppléer » à ces ordres, mais il faut restaurer au plus vite l'ordre social antérieur, tout en l'adaptant aux conditions nouvelles (celles d'une adaptation relative au capitalisme).

En effet, l'encyclique de 1931, tout en affirmant la subsidiarité de l'Etat, reprend à son compte l'enseignement de Léon XIII selon lequel : « *Il ne peut y avoir de capital sans travail ni de travail sans capital* » (LEON XIII, 1891 : §15) et postule :

> « Le capitalisme n'est pas à condamner en lui-même, ce n'est pas sa constitution qui est mauvaise, mais il a été vicié. » (PIE XI, 1931: §109)

La DSE tente donc, à travers la formulation d'une troisième voie, la synthèse entre capitalisme et structures d'Ancien Régime. Cette adaptation des anciennes structures au nouveau contexte économique nécessite de l'Etat qu'il veille à maintenir la libre concurrence dans de justes limites:

> « Puisque la régime économique moderne repose principalement sur le capital et le travail, les principes de la droite raison ou de la philosophie sociale chrétienne concernant ces deux éléments, ainsi que leur collaboration, doivent être reconnus et mis en pratique. Pour éviter l'écueil tant de l'individualisme que du socialisme, on tiendra surtout un compte égal du double caractère, individuel et social, que revêtent le capital ou propriété d'une part et le travail de l'autre. Les rapports entre l'un et l'autre doivent être réglés selon les lois d'une très exacte justice commutative avec l'aide de la charité chrétienne. Il faut que la libre concurrence, contenue dans de raisonnables et justes limites, et plus encore la puissance économique, soient effectivement soumises à l'autorité publique, en tout ce qui relève de celle-ci. » (PIE XI, 1931 : § 118)

Elle réclame également une « participation » des ouvriers à la gestion des entreprises et du capital :

> « Ainsi les ouvriers et employés sont appelés à participer en quelque manière à la propriété de l'entreprise, à sa gestion ou aux profits qu'elle apporte. » (PIE XI, 1931 : §72)

Elle accorde plusieurs fonctions à l'Etat : favoriser l'économie sans l'étouffer, à titre subsidiaire et temporaire, assurer des fonctions en direction des pauvres et des indigents, pendant la période de légalisation des congrégations religieuses, déterminer la « bonne nature » des corporations, c'est-à-dire qu'elle indique son souhait de voir interdits les syndicats indépendants. C'est pourquoi, l'encyclique salue positivement[53] « les avantages »

[53] Barroche explique que « *L'encyclopédie pontificale de 1931 célèbre le quarantenaire de l'encyclique de Léon XIII, Rerum novarum, où le principe de subsidiarité apparaît pour la première fois en latin, ce contre la notion*

des lois corporatives mussoliniennes (la citation est un peu longue, mais elle nous paraît ici nécessaire) :

> « § 97 Si donc l'on reconstitue, comme il a été dit, les diverses parties de l'organisme social, si l'on restitue à l'activité économique son principe régulateur, alors se vérifiera en quelque manière du corps social ce que l'Apôtre disait du corps mystique du Christ : « Tout le corps, coordonné et uni par les liens des membres qui se prêtent un mutuel secours et dont chacun opère selon sa mesure d'activité, grandit et se perfectionne dans la charité. » » (Ep., 4, 16).
> « § 98 **Récemment, ainsi que nul ne l'ignore, a été inaugurée une organisation syndicale et corporative d'un genre particulier**[54]. L'objet même de notre encyclique nous fait un devoir de la mentionner et de lui consacrer quelques réflexions opportunes. »
> « § 97 L'État accorde au syndicat une reconnaissance légale qui n'est pas sans conférer à ce dernier un caractère de monopole, en tant que seul le syndicat reconnu peut représenter respectivement les ouvriers et les patrons, que seul il est autorisé à conclure les contrats ou conventions collectives de travail. L'affiliation au syndicat est facultative, et c'est dans ce sens seulement que l'on peut qualifier de libre cette organisation syndicale, vu que la cotisation syndicale et d'autres contributions spéciales sont obligatoires pour tous ceux qui appartiennent à une catégorie déterminée, ouvriers aussi bien que patrons, comme sont aussi obligatoires les conventions collectives de travail conclues par le syndicat légal. Il est vrai qu'il a été officiellement déclaré que le syndicat légal n'exclut pas l'existence d'associations professionnelles de fait. »
> « § 100 Les corporations sont constituées par les représentants des syndicats ouvriers et patronaux d'une même profession ou d'un même métier et, ainsi que de vrais et propres organes ou institutions d'État, dirigent et coordonnent l'activité des syndicats dans toutes les matières d'intérêt commun. »
> « § 101 Grève et lock-out sont interdits ; si les parties ne peuvent se mettre d'accord, une magistrature arbitrale intervient. »
> « § 102 Point n'est besoin de beaucoup de réflexion pour découvrir les avantages de l'institution, si sommairement que Nous l'ayons décrite : collaboration pacifique des classes, éviction de l'action et des organisations socialistes, influence modératrice d'une magistrature spéciale. » (PIE XI, *Quadragesimo Anno*, site du Vatican)

La subsidiarité catholique participe du corporatisme, mais ne s'y réduit pas. Pour l'Eglise catholique, la famille, les corporations, les congrégations, non seulement préexistent à l'Etat, mais en sont les conditions de possibilité.

Il est régulièrement affirmé que l'Eglise catholique, à partir de 1892, toujours sous le pontificat de Léon XIII, aurait rallié les régimes modernes et abandonné ses revendications restauratrices (et causé une grande confusion dans les rangs légitimistes européens). La réalité

---

de corporation promue par Mussolini. » Séminaire de *l'Institut des Hautes Etudes sur la justice*, « l'Allemagne », 4-8 février 2013, p. 11.
http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/09/compte_rendu_seminaire_Allemagne.pdf
Nous avons un profond désaccord avec cette lecture. Les propos de Pie XI nous paraissent inverses.

[54] Nous souligons

est plus complexe. Si l'encyclique dite « du ralliement » (Toast d'Alger) intitulée *Au milieu des sollicitudes* (1892) exige d'eux (et de leurs organisations, comme l'*Action catholique* en France) qu'ils participent aux élections républicaines, Léon XIII publie quelques semaines plus tard, un second texte, destiné « en interne » (Lettre aux Cardinaux), intitulé *Notre Consolation*, dans lequel il justifie sa décision :

> « Ces efforts deviendraient radicalement stériles, s'il manquait aux forces conservatrices l'unité et la concorde dans la poursuite du but final, c'est-à-dire la conservation de la religion. Un de ces moyens est d'accepter sans arrière-pensée, avec cette loyauté parfaite qui convient au chrétien, le pouvoir civil dans la forme où, de fait, il existe. Ainsi fut accepté, en France, le premier Empire, au lendemain d'une effroyable et sanglante anarchie ; ainsi furent acceptés les autres pouvoirs, soit monarchiques, soit républicains, qui se succédèrent jusqu'à nos jours. […] Après avoir solidement établi dans notre Encyclique cette vérité, Nous avons formulé la distinction entre le pouvoir politique et la législation, et Nous avons montré que l'acceptation de l'un n'impliquait nullement l'acceptation de l'autre ; dans les points où le législateur, oublieux de sa mission, se mettait en opposition avec la loi de Dieu et de l'Église. Et, que tous le remarquent bien, déployer son activité et user de son influence pour amener les gouvernements à changer en bien des lois iniques ou dépourvues de sagesse, c'est faire preuve d'un dévouement à la patrie aussi intelligent que courageux, sans accuser l'ombre d'une hostilité aux pouvoirs chargés de régir la chose publique. » (LEON XIII, *Notre Consolation*, 3 mai 1892 – site *Quicumque*)

Les situations politiques allemandes et françaises sont déterminantes pour comprendre ce revirement. Nous discutons en troisième partie la situation allemande, qui est la plus importante (après le compromis diplomatique entre l'empereur Guillaume II et Léon XIII, et la démission de Bismarck en 1890), par conséquent nous ne réfèrerons ici qu'à la situation française. En 1891, Léon XIII comprend que la République est installée. Les lois scolaires Bert-Ferry (1880-1883) ont définitivement exclu l'Eglise des écoles (jusqu'à Vichy). Deux solutions s'offrent à elle : se maintenir dans le radicalisme de certains légitimistes (cette position est représentée par René de La Tour du Pin en France) et périr ; ou s'adapter et investir l'Assemblée nationale afin d'y préserver ses principales prérogatives. Léon XIII en appelle à la seconde solution. C'est pourquoi la rupture du Concordat après la loi de 1905 donne lieu à la condamnation pontificale de Pie X exprimée dans l'Encyclique *Vehementer Nos* (*Notre Douleur*) :

> « Notre âme est pleine d'une douloureuse sollicitude et notre cœur se remplit d'angoisse quand notre pensée s'arrête sur vous. Et comment en pourrait-il être autrement, en vérité, au lendemain de la promulgation de la loi qui, en brisant violemment les liens séculaires par lesquels votre nation était unie au siège apostolique, crée à l'Eglise catholique, en France, une situation indigne d'elle et lamentable à jamais. » (PIE X, 1906 : §1)

En 1931, l'Eglise catholique est plongée, dans le cours de la montée des courants politiques nationalistes (auxquels elle participe, en fonction de ses relations internes), dans une situation contradictoire : le soutien au fascisme d'un côté, et les dangers que fait porter la montée du nazisme en Allemagne sur les bastions catholiques (en particulier dans les Länder du Sud). Les tractations entre le pape et les sommets du parti national-socialiste (NSDAP - contre l'avis de certains membres du *Zentrum*, qui votent toutefois les pleins pouvoirs à A. Hitler) se concluent finalement par le Concordat de 1933.

La restauration de l'ordre social chrétien nécessite deux étapes : le rétablissement de la liberté d'associations (dans le sens d'organisations « bien ordonnées ») que l'Etat a supprimée, le cantonnement de l'Etat aux fonctions subsidiaires d'auxiliaire. L'Etat ne détermine pas les fonctions des corps intermédiaires, encore moins les institutions catholiques. Il ne s'agit ni d'une « décentralisation », ni d'un transfert de compétences, mais du rétablissement de la théorie de la diversité des sources du pouvoir et du droit, mêlée de la contestation initiale d'un Etat législateur source première du droit. C'est en ce sens du moins que nous comprenons la portée non seulement politique, mais surtout juridique, du « *principe de la fonction subsidiaire de toute collectivité* ».

2.5. Doctrine catholique et principe de totalité

Le principe de subsidiarité ne relève pas, du moins dans l'énoncé pontifical, et comme l'indiquent les dictionnaires de langue française pour l'acception juridique européenne, d'un : « *principe de délégation verticale* ». La subsidiarité catholique est étrangère à toute logique verticale, qu'elle soit ascendante ou descendante. En effet, celle-ci n'existe que depuis la naissance des Etats-modernes, contre lesquels l'Eglise s'est toujours élevée. L'idée d'un « verticalité » est tributaire d'une organisation politique centralisée (délégation de souveraineté par l'intermédiaire de la représentation) et d'une distinction public/privé. Le principe de subsidiarité catholique relève plutôt du principe de totalité, tel qu'il est exposé chez Thomas d'Aquin et repris par Pie XII :

> « La partie existe pour le tout, et par conséquent le bien de la partie reste subordonné au bien de l'ensemble ; le tout est déterminant pour la partie et peut en disposer dans son intérêt […] Le principe de totalité lui-même n'affirme rien que ceci: là où se vérifie la relation de tout à partie, dans la mesure exacte où elle se vérifie, la partie est subordonnée

> au tout, celui-ci peut, dans son intérêt propre, disposer de la partie[55]. » (Pie XII, *Discours aux médecins neurologues*, 1952 : 224)

Cette conception catholique n'exclut pas le principe de hiérarchie des regroupements, conçus comme les membres d'un corps. Bien au contraire, cette hiérarchie consiste dans une participation conçue comme degrés de perfection :

> « Le bien particulier est ordonné au bien du tout comme à sa fin : comme l'imparfait est ordonné au parfait. » (THOMAS D'AQUIN, *Somme contre les Gentils*, III, 17)

Chaque « partie » (ou regroupement social, de la famille à l'Etat) participe du « tout » conçu comme « Bien Commun » :

> « Le bien particulier est ordonné au bien commun comme à sa fin : car l'être de la partie est pour l'être du tout. D'où il suit que le bien de la nation est plus divin que le bien d'un seul homme. » (THOMAS D'AQUIN, *Somme contre les Gentils*, III, 17)

Le Bien Commun n'est pas représenté par l'Etat, l'Etat n'est qu'une partie du Tout, un instrument au service du Bien Commun :

> « L'homme dans son être personnel n'est pas ordonné en fin de compte à l'utilité de la société mais, au contraire, la communauté est là pour l'homme. La communauté est le grand moyen voulu par Dieu pour régler les échanges où se complètent les besoins réciproques, pour aider chacun à développer complètement sa personnalité selon ses aptitudes individuelles et sociales. La communauté considérée comme un tout n'est pas une unité physique qui subsiste en soi. » (Pie XII, *Discours aux médecins neurologues*, 1952 : 218)

Il s'agit ici, chez Thomas d'Aquin, d'une conceptualisation philosophique de la théorie des Deux Glaives: « *la communauté* (politique) *est le moyen voulu par Dieu* » ou « *la communauté considérée comme un tout n'est pas une unité physique qui subsiste en soi*. » L'Etat n'est qu'une unité physique, le Glaive temporel est manié pour l'Eglise. Cette théorie, à laquelle le pape Léon XIII a substitué, pour des raisons politiques, la formulation thomiste,

---

[55] Pie XII développe ici l'argument catholique principal de « bioéthique » : « *En ce qui concerne le patient, il n'est pas maître absolu de lui-même, de son corps, de son esprit. Il ne peut donc disposer librement de lui-même, comme il lui plaît. Le motif même, pour lequel il agit, n'est à lui seul, ni suffisant ni déterminant. Le patient est lié à la téléologie immanente fixée par la nature. Il possède le droit d'usage, limité par la finalité naturelle, des facultés et des forces de sa nature humaine. Parce qu'il est usufruitier et non propriétaire, il n'a pas un pouvoir illimité de poser des actes de destruction ou de mutilation de caractère anatomique ou fonctionnel. Mais,* ***en vertu du principe de totalité****, de son droit d'utiliser les services de l'organisme comme un tout, il peut disposer des parties individuelles pour les détruire ou les mutiler, lorsque et dans la mesure où c'est nécessaire pour le bien de l'être dans son ensemble, pour assurer son existence, ou pour éviter, et, naturellement, pour réparer des dommages graves et durables, qui ne pourraient être autrement ni écartés ni réparés. Le patient n'a donc pas le droit d'engager son intégrité physique et psychique en des expériences ou recherches médicales, quand ces interventions entraînent avec ou après elles des destructions, mutilations, blessures ou périls sérieux.* » (*Ibid.* : 223)

est donc réaffirmée en 1952 par Pie XII. Elle explique également les principaux motifs personnalistes, théorisés par Emmanuel Mounier en France ou par le solidarisme de Heinrich Pesch en Allemagne (et dans bien d'autres courants catholiques). La communauté politique n'est rien de plus qu'un organe plus complexe que les groupements numériquement inférieurs. Il possède une fin propre mais temporaire, subordonnée aux fins dernières de la personne qui ne sont autres que la conformité à l'ordre chrétien. Ainsi, chaque communauté, de la famille, de la corporation et de l'Etat, possède une fin particulière et se voit hiérarchisée et subordonnée à son bien particulier, qui participe lui-même du Bien Commun : la famille est ordonnée à son bien particulier, celui de son maintien et nécessite un chef, la corporation possède sa fin particulière et sa hiérarchie (patron et ouvrier). Il en va de même pour l'Etat (monarque et sujets).

Ainsi, le monarque est-il lui-même subordonné au Bien Commun qui a la primauté :

> « Dans la communauté morale et dans chaque organisme de caractère purement moral, le tout n'a pas ici d'unité qui subsiste en soi, mais une simple unité de finalité et d'action. Dans la communauté, les individus ne sont que collaborateurs et instruments pour la réalisation du but communautaire. » (Pie XII, *Discours aux médecins neurologues*, 1952 : 220)

Cette conception est assez similaire avec l'idée de *patria potestas* du droit romain : le chef d'Etat n'est rien d'autre que le chef d'une famille plus complexe. L'Etat ne peut décider lui-même des « fins » de chaque communauté qui lui est subordonnée (et donc des formes de la famille : il doit renoncer au droit de divorce, rétablir le droit d'aînesse) puisqu'il est lui-même subordonné à la fin de toute communauté. Cette conception exclut catégoriquement une construction politique qui aurait sa fin en soi (l'Etat moderne sous toutes ses formes) et une distinction entre sphère publique et sphère privée, entre citoyen et homme privé. La participation sociale de la « personne » (et non de l'individu, notion que rejette l'Eglise catholique) au Bien Commun est liée à ses communautés d'appartenance immédiate, non à l'organisation démocratique de la souveraineté. A propos du principe de subsidiarité « démocratique », le *Compendium* de 2004 explique encore :

> « La communauté politique est tenue de régler ses rapports vis-à-vis de la société civile selon le principe de subsidiarité (Pie XI, Quadragesimo Anno) : il est essentiel que la croissance de la vie démocratique prenne naissance dans le tissu social. Les activités de la société civile – surtout le volontariat et la coopération dans le domaine du privé-social, défini de façon synthétique comme « secteur tertiaire » pour le distinguer des domaines de l'Etat et du marché – constituent les modalités les plus adéquates pour développer la dimension sociale de la personne » (*Compendium de la DSE*, 2004 : 235).

La démocratie, dans le discours pontifical, est étrangère au mandat politique, et se réduit à la dimension civique-privée, caractérisée par le « volontariat » civique. Ce principe « *découle de l'essence des notions et des choses et doit par là avoir valeur absolue* » car « *il est hors de doute qu'un tel bien commun existe* » (Pie XII, 1952 : 229). Chaque regroupement ayant sa finalité particulière dont la réalisation participe du « Bien Commun », il n'appartient pas à l'Etat de dessaisir chaque communauté de sa finalité propre : la famille, la corporation, l'Eglise, …. C'est pourquoi la fin du paragraphe de l'encyclique exposant le *principe de la fonction supplétive de l'Etat* ajoute que ce principe est établi conformément à un ordre hiérarchique prédéterminé et préexistant qu'il ne serait ni dans l'intérêt, ni dans la fonction de l'Etat de troubler.

En cela, l'Etat ne peut avoir une fonction supplétive, s'il ne rétablit, parallèlement le droit naturel des communautés. Sinon, il deviendrait une autorité « principale » :

> « Parlant de la réforme des institutions, c'est tout naturellement l'État qui vient à l'esprit. Non certes qu'il faille fonder sur son intervention tout espoir de salut ! Mais, depuis que l'individualisme a réussi à briser, à étouffer presque, cet intense mouvement de vie sociale qui s'épanouissait jadis en une riche et harmonieuse floraison de groupements les plus divers, il ne reste plus guère en présence que les individus et l'État. Cette déformation du régime social ne laisse pas de nuire sérieusement à l'État sur qui retombent, dès lors, toutes les fonctions que n'exercent plus les groupements disparus et qui se voit accablé sous une quantité à peu près infinie de charges et de responsabilités. » (PIE XI, 1931 : § 85)

Par conséquent, lorsque l'encyclique de 1931 expose le *principe de subsidiarité*, il s'agit bien du principe de subsidiarité de toutes collectivités (ou communautés) supérieures, non celui des groupes intermédiaires. En conséquence, le sens de « *fonction subsidiaire* » de l'Etat rejoint l'observation de J.J Briu : il y a bien une inversion, non de la signification de *subsidiaire*, l'adjectif a toujours le sens de secours, d'auxiliaire, mais du référent auquel le discours pontifical attribue des propriétés subsidiaires. L'enseignement pontifical exige un changement de cadre ou de matrice conceptuels : l'entité politique (ici l'Etat), et son pouvoir d'intervention, n'a plus pour propriété d'être « principale », mais d'être ontologiquement secondaire. La difficulté d'interprétation de l'énoncé pontifical, mais nous allons le voir, également de l'article 3B du traité de Maastricht, tient essentiellement dans ce changement de matrice. Il faut, pour comprendre les énoncés, connaître les conceptions politiques dans lesquelles l'adjectif puis le substantif, sont amenés à devenir des notions.

2.6. Un dernier argument historique en faveur de cette lecture

Un argument supplémentaire peut être apporté contre une lecture naïve de l'encyclique. En 1901, l'Eglise condamne la loi française sur les associations. Cette dernière soumet toute association (confessionnelle ou non) à l'autorisation préalable de l'Etat. L'Eglise catholique française n'a jamais pu s'y soumettre en vertu de l'interdiction pontificale et a cherché à s'y soustraire. L'accord dérogatoire de 1924 entérine la naissance des associations diocésaines et d'un statut spécifique aux associations catholiques (pas d'élections internes, l'évêque est le président de fait). Cette loi est assouplie sous Vichy en 1940 (à l'inverse, loges maçonniques et syndicats sont interdits). En Italie, les accords de Latran dotent les congrégations d'une personnalité juridique (leur permettant d'acquérir des biens) et surtout entérine la personnalité de droit international du Vatican, ce qui lui permet de siéger à l'ONU à titre consultatif. C'est pourquoi le discours du pape « s'inverse » entre 1891 et 1931 : si, en 1891 (*Rerum Novarum*) Léon XIII concède à l'Etat la mission *subsidiaire* d'intervention sociale, en 1931, Pie XI lui rappelle poliment qu'en vertu « *du principe de la fonction subsidiaire de toute collectivité* », il ne lui revient plus de l'assumer puisque les prérogatives de l'Eglise et des corporations d'Ancien Régime sont en passent d'être rétablies par le fascisme. C'est la raison pour laquelle l'acception en discours catholique ne nous semble en rien « contradictoire et problématique » à l'inverse de J.-J. Briu :

> « L'idée de subsidiarité s'applique également à la doctrine sociale de l'Eglise catholique, mais d'une façon contradictoire et problématique. Dans l'encyclique *Rerum Novarum*, 1891, Léon XIII réclame l'intervention de l'Etat pour secourir les familles. La première position est représentée par Mgr Ketteler, évêque allemand : « *tant que la famille, la commune, peuvent se suffire pour atteindre leur but naturel, on doit leur laisser la libre autonomie. Le peuple règle lui-même ses propres affaires* » […]. Dans l'encyclique Quadragesimo Anno, 1931, Pie XI insiste sur la non-ingérence de l'Etat. » (BRIU, 2014 : 15)

La subsidiarité catholique réclame soit l'intervention de l'Etat (dans les circonstances où cela est nécessaire) soit sa non-intervention. La subsidiarité catholique fonde une délégation de compétences non *de*, mais *à* l'Etat : les groupements intermédiaires, en cas de défaillance, délèguent leurs compétences, non leur pouvoir/leur souveraineté à l'Etat. Ce qu'exprime la subsidiarité est simple : l'Etat doit intervenir dès que l'ordre social naturel est menacé dans son existence, non postuler de fait la défaillance des groupements intermédiaires. Il faut rappeler que l'année 1891 n'est pas seulement celle de la publication de l'encyclique pontificale, elle est aussi, en France, celle de la proclamation de vingt-cinq fédérations syndicales, qui trois ans plus tard constituent la Confédération Générale du Travail (1894). Le

massacre de Fourmi du 1er mai 1891 marque également d'une pierre rouge l'histoire de la République à laquelle l'Eglise se rallie l'année suivante (l'encyclique sociale est publiée 15 jours après).

L'Eglise ne dénie pas la puissance étatique, au contraire, elle confirme sa nature essentiellement coercitive : « diriger, surveiller, punir », c'est la *potestas*. L'Etat unifie les communautés en un tout homogène. Il ne lui revient toutefois pas de se substituer, en vertu de sa puissance possiblement illimitée, aux groupements dont il a justement à veiller au développement. L'Eglise et ses institutions, quant à elle, n'ont aucun compte à rendre à l'Etat (mais l'Etat a des comptes à rendre à l'Eglise), puisque ce dernier, quoique « autonome » dans sa sphère, lui est directement soumis. L'ordonnancement des Etats au Bien Commun n'est pas une tâche uniquement temporelle, mais en dernière analyse, une fonction qui relève du pontife romain : Léon XIII fonde, en 1899, avec le Tsar Nicolas II de Russie, la première conférence internationale de La Haye.

Ce long développement éclaire, nous l'espérons, l'interprétation de la subsidiarité en contexte catholique. Néanmoins, cela n'explique pas pourquoi l'encyclique atteste de la forme *subsidiarii* et non de l'adjectif *supplétif,* ni pourquoi la traduction allemande atteste déjà de la forme *Subsidiarität*. Bien que le *subsidium* soit une occurrence que l'on retrouve à de nombreuses reprises chez Thomas d'Aquin, elle est absente de tous les textes dans lesquels ce dernier expose le principe de totalité. Avant d'aborder cette question, il nous faut étudier l'énoncé maastrichtien et y éprouver l'hypothèse de la notion « inversée » de J. J. Briu.

3. L'énoncé dans le traité de Maastricht

Le second contexte définitoire communément admis comme canonique de *principe de subsidiarité* est l'article 3B du traité de Maastricht :

(90) « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. » (UNION EUROPEENNE, Traité de Maastricht, Art. 3B, version initiale, Eur-Lex)

Sur le plan morphologique, le syntagme *principe de subsidiarité* est bien attesté en français à la différence du texte pontifical. Sur le plan syntaxique, la définition est tributaire d'une construction systématique canonique : l'emploi de la locution adverbiale ne … que (restriction) et/ou de la complétive introduite par la locution conjonctive *si et dans la mesure où*, (ou parfois seulement la conjonction « si »), exprimant la condition (soit S + loc adv + V + loc conj), que l'on retrouve de manière systématique avec l'introduction de la notion de principe :

(91) « Dans tous les cas, l'UE **ne peut** intervenir **que si** elle est en mesure d'agir plus efficacement que les pays de l'UE à leurs échelons national ou local respectifs. » (Eur-Lex, *Le principe de subsidiarité*)

(92) « A. Considérant que le principe de subsidiarité a une dimension politique, **dans la mesure où** il vise à ce que les décisions communautaires soient prises le plus près possible des citoyens, mais que l'insertion du principe de subsidiarité dans les traités vise spécifiquement à réguler la définition et mise en œuvre d'actions de la Communauté sur la base des compétences que les Etats membres lui ont attribuées, sans nullement affecter pour autant la répartition des compétences à l'intérieur des Etats membres. » (Résolution sur les rapports de la Commission des Communautés européennes au Conseil européen, Parlement européen, Document A4-0155/97)

A l'analyse, la logique inversée nous paraît bien maintenue : la « fonction subsidiaire de toute collectivité » désigne bien l'intervention de la Communauté, c'est-à-dire des institutions européennes, non celle des Etats. Les institutions de l'Union (ou des Communautés), n'interviennent que de manière *subsidiaire*, dans le domaine des « compétences partagées », seulement *si* les Etats sont défaillants. Il n'y a pas ici la moindre ambigüité. Par ailleurs, l'article du traité est clair : la communauté n'est que *compétente*, non souveraine.

Ce qui est caractéristique, selon nous, dans cet énoncé et dans ses variantes, est le fait que les locutions *ne…que*, *si et dans la mesure où* sont des reformulants syntaxiques du principe de subsidiarité. Ce sont ces deux structures qui permettent la compréhension de l'énoncé. Nous pourrions, en effet, très bien nous contenter de la formulation suivante (sans la référence au principe) :

(93) *« Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison *des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau* communautaire. »

L'énoncé *conformément au principe de subsidiarité* est une locution prépositive, qui n'est pas utile à l'interprétation de l'article. A l'inverse, elle contribue à brouiller la compréhension de l'énoncé, en fonction de l'interprétation classique du sens de *subsidiaire*. Son introduction ne nous semble avoir qu'une valeur interdiscursive. Elle ne peut être intertextuelle : elle n'a été explicitée nulle part ailleurs avant Maastricht, du moins en contexte européen. Est-elle interdiscursive ? Si oui, réfère-t-elle à l'énoncé pontifical ? Si les deux énoncés maintiennent l'inversion de la matrice conceptuelle (la communauté étant « tout en haut », elle devrait être qualifiée de *principale*), les avis divergent réellement sur la question. En ce qui nous concerne, nous n'en sommes pas certain. Du moins, nous n'en sommes que partiellement convaincu.

En effet cette conception de la souveraineté nous paraît proche des formulations que l'on retrouve notamment chez le constitutionnaliste allemand Georg Jellinek (1851-1911), pour lequel la souveraineté est entendue comme « *Kompetenz-Kompetenz* » ; c'est-à-dire l'idée selon laquelle seul celui qui décide quelles sont les personnes compétentes pour telle ou telle matière est le souverain. Jellinek opère ainsi une distinction entre souveraineté et puissance de l'Etat. Cette distinction lui permet de postuler, dans une terminologie assez proche de celle de Weber, une différence entre des types-idéaux et types-empiriques d'Etats. L'idée d'un Etat souverain relève d'une métaphysique née avec la modernité : empiriquement, il a existé des Etats non souverains. Ainsi, la souveraineté n'est pas consubstantielle à la puissance d'Etat :

> « La conviction que la souveraineté n'est pas une catégorie absolue, mais une catégorie historique, est un résultat de la plus haute importance : il permet de décider si la souveraineté est ou n'est pas une marque essentielle de l'Etat. » (JELLINEK, 2004 II, 126)

Pour Jellinek, il faut admettre que la souveraineté de l'Etat n'est qu'une catégorie historique, un concept né pour des raisons éminemment politiques. Cette conception historiciste (mais non nécessairement historique…), entend démontrer que si la souveraineté n'est pas consubstantielle à l'Etat, alors d'autres collectivités, bien que non organisées selon le modèle étatique, peuvent très bien être considérées comme souveraines. Jellinek a essentiellement en

vue la thèse jusnaturaliste, qu'il a critiquée dans un texte de 1902[56] pour sa métaphysique.

> « Dans la doctrine du droit naturel, le pouvoir de l'Etat-type est caractérisé essentiellement par la souveraineté. Ce type d'Etat est encore aujourd'hui considéré par beaucoup comme le seul qui appartienne au droit. » (JELLINEK, 2004)

Mais, ajoute-t-il, les théories de l'Etat :

> « […] ont renoncé ainsi à comprendre la nature propre des types les plus importants des unions d'Etats de nos jours. » (*Ibid.*)

La thèse historiciste de l'Etat développée par Jellinek est politiquement importante, dans la mesure où en niant à l'Etat une souveraineté automatique, elle restaure l'idée déjà évoquée dans la partie précédente, que l'Etat n'est pas le seul à produire du droit : « *le droit* […] *le plus ancien des peuples occidentaux s'est développé dans la famille* [et (AJ)…] *la religion* » (JELLINEK, 2004 I : 547). Cette thèse est au fondement de la théorie de l'autolimitation de l'Etat. Elle a été largement développée en France à la fin du 19e siècle, sous des formes différentes par certains constitutionnalistes français. Bien que très critique à l'égard des thèses jellikiennes, elle a été défendue notamment par la sociologie juridique développée par le constitutionnaliste Maurice Hauriou :

> « L'État tend naturellement à exagérer son rôle, il veut trop sauver la société positive et la sauver seul, alors il opprime à la fois la société positive et la société religieuse ; il convient d'établir que sa souveraineté, dont la vocation est en principe illimitée, doit, en fait, recevoir des limitations extérieures. » (HAURIOU, 1923 : 385)

Le souverain peut déléguer ou transférer des compétences, sans que cela ne touche à sa souveraineté, tant qu'il conserve la possibilité de reprendre ses compétences. Il y a manifestement une grande proximité de motif entre la thèse subsidiariste, qu'elle soit catholique ou européenne, et celle de l'autolimitation d'un Etat :

> « [Analysée chez Hauriou] en termes subjectivistes de *potestas*, *d'imperium*, de puissance volontaire et commandante. […] L'Etat n'émerge pas d'un contrat, à la mode lockienne ou rousseauiste, il est porté par une communauté nationale véhiculant un « esprit de liberté » et non de « soumission ». » (TRIGEAUD, 2004 : 30)

Ce qui relie ces conceptions relève de la même inversion conceptuelle, d'une inversion de la hiérarchie normative, telle qu'elle est du moins conçue en France depuis 1789. Dès lors que l'on restitue aux corps intermédiaires une personnalité juridique, conforme à un

[56] Jellinek G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. Fardis G., Albert Fontemoing éditeur, Paris, 1902, 101 p.

Bien Commun, qui les rend « souverains », ce lien autorise parfaitement l'application d'une subsidiarité intraétatique, qui relève à la fois d'une subsidiarité territoriale (Régions) et fonctionnelle (fonction « sociale » des organismes privés).

L'idée d'une toute puissance des institutions européennes relève d'une mésinterprétation du *principe de subsidiarité* comme « concept inversé » et témoigne d'une illusion sur la nature de l'Union européenne, liée à la confusion entre traités et institutions européennes. Ce sont bien les Etats qui délèguent leurs compétences aux Communautés, non l'inverse, puisque ce sont les Etats qui signent les traités européens. A l'image de l'Etat chez Pie XI, les institutions de l'Union n'ont pas d'autre fonction que de garantir les conditions de réalisation des fins dernières des groupements qu'elles encadrent, c'est-à-dire en dernière analyse, des objectifs définis par les traités que les Etats ont ratifiés souverainement. L'ambiguïté prétendument intrinsèque du *principe de subsidiarité* dénoncée par une partie de la doctrine juridique, comme Monique Chemillier-Gendreau, n'est-elle pas l'aveu d'une inconséquence ?

> « L'expression « principe de subsidiarité » est entrée récemment, et d'abord par la petite porte, dans le vocabulaire politique et juridique européen. Le projet de traité de Maastricht l'officialise (article 3B 5) sans pour autant la clarifier. L'ambiguïté a même atteint un point tel que l'on trouve sous certaines plumes (1) l'affirmation que ce principe limite le champ d'action des compétences de la Communauté à tout ce qui ne peut trouver de solution à l'échelon national. Or le principe est formulé de telle manière que la situation est exactement inverse et qu'il permet bel et bien l'expression incontrôlée des compétences de la Communauté (2). » (CHEMILLIER-GENDREAU, mardi 30 juillet 1992)

Soulevons cette question : l'hypothèque démocratique qui frappe les institutions de l'Union serait-elle levée si la garantie était apportée aux Etats qu'il leur revient en priorité d'appliquer les objectifs des traités ? C'est justement ce que prévoit le *principe de subsidiarité*. Les institutions européennes sont l'émanation des traités signés par les Etats. Elles sont donc bien « l'image » (parfois contradictoire) de ces Etats, entendus comme communauté. En cela, le problème ne vient pas tant des Communautés *subsidiaires*, qui peuvent intervenir *à défaut* d'efficacité des Etats, mais des traités et de leurs objectifs, qui déterminent le « Bien Commun », auquel toutes les parties du tout « communautaire » sont subordonnées. L'augmentation des directives n'exprime que l'insuffisante réalisation, par les parlements nationaux, des objectifs communautaires définis par les traités européens, c'est-à-dire, en dernière analyse, des objectifs que les Etats se sont fixés à eux-mêmes.

Les compétences exclusives dévolues aux institutions européennes sont la somme des compétences dont les Etats ont dessaisi leurs parlements respectifs : il n'est pas besoin de

parlement, ni de démocratie pour qu'il y ait souveraineté. Les compétences partagées quant à elles, sont la somme des compétences qui, en fonction de critères « discrétionnaires », sont soit entre les mains des parlements, soit entre les mains des institutions de l'Union européenne. Mais il s'agit toujours d'appliquer des objectifs que les parlements (ou les peuples lorsqu'ils ont voté) ont entérinés « librement » en ratifiant les traités. La logique subsidiariste est imparable. Dans la mesure du possible, les Etats ont prévu une disposition qui leur laisse, dans de nombreux domaines, la priorité d'action : c'est le *principe de subsidiarité*. Le traité de Lisbonne a même intégré le *Protocole sur la subsidiarité et la proportionnalité*, permettant aux Etats de démontrer le non respect du *principe de subsidiarité* par les institutions européennes. Le Conseil constitutionnel français explique lui-même que la délégation de compétences n'entame en rien la souveraineté des Etats signataires (Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004).

L'Union européenne a toujours favorisé l'action nationale ou régionale selon les critères du « test d'efficacité comparative » (proportionnalité de l'action : à efficacité égale, choisir « l'intervention qui laisse le plus de liberté », éviter l'excès de réglementation, privilégier la clarté et la concision des textes). L'outil le plus adapté est alors la directive : simple instrument visant à piloter l'action des parlements mais les laissant libres, en fonction des ordres juridiques internes, des moyens d'appliquer les objectifs des traités.

La subsidiarité autorise aussi bien la monopolisation des objectifs (fixés dans des traités, non discutés par des chambres) que la multiplication simultanée des lieux de pouvoirs et dans la mesure du possible, l'adaptation de la norme aux cas particuliers. Le *principe de subsidiarité*, tel qu'il a été saisi par le Comité des régions de l'Union européenne, prévoit également que celui-ci devienne un concept de droit positif interne qui conduise progressivement les Etats à mettre en œuvre, d'eux-mêmes, des politiques de transferts, non plus de compétences mais bien de pouvoirs à des entités territoriales inférieures. La dernière loi française « portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République » (2015 - Loi NOTRe) s'appuie explicitement sur la subsidiarité. Le rapport parlementaire préparatoire rédigé par le député Olivier Dussopt (26 novembre 2013) mentionne le principe de subsidiarité à sept reprises (nous reproduisont trois contextes) :

(94) « Cette dérogation à l'objet même de l'article s'explique : la collectivité de proximité qu'est la commune ou son groupement, les élus au plus proche du terrain que sont les conseillers municipaux et le maire, disposent d'une maîtrise et d'une

connaissance inégalée des contraintes foncières et immobilières de leur territoire. Plus qu'un accroc à la spécialisation de la région dans le contrôle des aides aux entreprises, il s'agit plus probablement d'une excellente application du principe de subsidiarité. »

(95) « Afin de permettre une montée en charge progressive de la métropole d'Aix-Marseille-Provence dans le respect du principe de subsidiarité, les 2° à 9° du présent article réduisent le champ des compétences ne pouvant être déléguées au cours de cette période transitoire aux conseils de territoires. »

(96) « M. Guy Teissier. L'amendement CL1046 rectifié du Gouvernement adopté en première lecture au Sénat a pour objet de mieux définir, tout en augmentant leur nombre, les compétences que la métropole d'Aix-Marseille-Provence peut déléguer aux territoires, et de créer une phase transitoire de deux ans durant laquelle ces compétences sont automatiquement déléguées, afin de permettre une montée en puissance progressive de la métropole et de favoriser une organisation respectant le principe de subsidiarité. »

A la lecture de ces trois exemples, nous avons bien le sentiment qu'il ne s'agit pas seulement d'un processus de décentralisation. En vertu du *principe de subsidiarité*, il est souligné non une délégation de compétences de l'Etat vers les régions, mais une délégation de compétences de la région vers d'autres collectivités, qui lui sont inférieures. Pour permettre la délégation de compétences envers des entités plus petites, il faut être souverain : la loi de 2015 crée la région comme un exécutif indépendant de l'Etat, chargé dans certains domaines de la définition d'orientations politiques (notamment en matière de développement économique).

Par ailleurs, les régions sont appelées progressivement à traiter directement avec l'Union européenne. Le *principe de subsidiarité* conduit à la multiplication des lieux de « souveraineté ». Le Conseil de l'Europe ne manquait pas de souligner, dès 1994, le risque immédiat, dans l'application du *principe de subsidiarité*, d'une rupture avec le *principe d'égalité* :

> « Le souci des citoyens de bénéficier en tout point des mêmes conditions d'existence est sans doute, a priori, l'une des exigences les plus difficiles à concilier avec l'application du principe de subsidiarité. En effet, en privilégiant l'analyse locale des situations, le principe de subsidiarité est, quant à lui, porteur de diversité dans les structures et les politiques menées. » (CONSEIL DE L'EUROPE, 1994 : 27)

Le principe d'égalité est tributaire d'une conception, non centralisée, mais unifiée du pouvoir politique, pendant de la formulation « République une et indivisible ». La formulation de la

Constitution française ne s'y trompe pas : l'égalité dépend entièrement du caractère inaliénable et indivisible du pouvoir politique. Le *principe de subsidiarité* lui est incompatible.

4. La variante essentielle entre l'énoncé pontifical et l'énoncé maastrichtien

La seule variante entre la locution telle qu'elle est employée depuis 1992 et celle de 1931 réside dans un élément, l'introduction d'une périphrase synonymique (REY-DEBOVE, 2005), ou plutôt « semi-synonymique » nouvelle : le principe de subsidiarité est la « décision/action prise le plus près des citoyens », ou principe de subsidiarité = principe de proximité (mais sans s'y confondre) :

(97) « Les objectifs [d'une] action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante » par les États mais peuvent davantage l'être à son niveau (art. 5 TUE). Enfin, il répond à un souci de démocratie, les décisions devant « être prises [...] le plus près possible des citoyens. » (art. 1 du TUE) (Vie Publique).

(98) « Le principe de subsidiarité est fondamental pour le fonctionnement de l'Union européenne (UE), et plus précisément pour la prise de décision européenne. Il permet notamment de déterminer quand l'UE est compétente pour légiférer, et contribue à ce que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens. » (*Eur-lex*)

(99) « Le préambule du Traité indique ainsi que dans « l'union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe », les décisions sont prises « le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité ». Ces termes sont repris pratiquement à l'identique dans l'article A qui, sans mentionner le principe de subsidiarité, réaffirme l'exigence d'une prise des décisions " *le plus près possible des citoyens* ". » (DE LA MALENE, 1996)

Cette relation synonymique subsidiarité = proximité, se trouve aussi exprimée par proximité = démocratie :

(100) « La proximité, source d'efficacité et de démocratie

Le principe de subsidiarité va donc plus loin qu'une simple réaction contre un excès de réglementation : sinon, il se confondrait d'ailleurs avec le principe de proportionnalité. Son véritable intérêt est d'introduire un double souci d'efficacité et de démocratie, en réponse au double déficit que la construction européenne est susceptible de receler dans ces domaines. » (*Ibid.*)

(101) « Le Conseil de l'Europe attache un grand prix au renforcement de la démocratie locale et régionale, en particulier du fait que c'est au niveau local ou régional, en application des principes de subsidiarité et de proximité, que la démocratie est la plus proche des citoyens. » (CONSEIL DE L'EUROPE, 2009 : p. 23)

Si la relation synonymique, subsidiarité = proximité = efficacité, est présente dans l'énoncé pontifical : « *Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où* ***se disperserait à l'excès son effort*** » ; la relation subsidiarité = proximité = démocratie lui est étrangère. La subsidiarité y est décrite comme garante de l'autorité, de la puissance sociale et de la prospérité des affaires publiques. L'énoncé de 1931 ne garantit pas la démocratie. C'est une variation relativement importante. Cette variante fait subir au terme *démocratie* une notable redéfinition : en droit européen (Union européenne et Conseil de l'Europe), le principe de subsidiarité est devenu le « gage d'une démocratie de proximité » (HAENEL, 2006), socle de la démocratie participative, qui complèterait la « *démocratie représentative* ».

(102) « La démocratie participative fait aujourd'hui partie intégrante du modèle social européen. Le traité de Lisbonne établit une complémentarité entre démocratie représentative et démocratie participative. Il attribue aux citoyens « le droit de participer à la vie démocratique de l'Union ». En précisant que « les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens », il renvoie à la nécessité d'appliquer le principe de subsidiarité. La participation devient ainsi un droit des citoyens et la subsidiarité un des piliers de la démocratie participative. » (CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, 2011)

(103) « Autres dispositions relatives à la subsidiarité : la flexibilité, les coopérations renforcées, la démocratie participative et la coopération interparlementaire. » (ACTES DU CONGRES DES POUVOIRS LOCAUX ET REGIONAUX DE L'EUROPE, 11-12 juillet 2003 : 60)

Le principe de subsidiarité tel qu'il a été reformulé par le TUE conduit en fait à une

redéfinition de la notion de démocratie dans le sens du localisme :

(104) « Enfin, il répond à un souci de démocratie, les décisions devant « être prises [...] le plus près possible des citoyens ». » (art. 1 du TUE) (Vie Publique)

Cette redéfinition ne fait certes pas l'objet d'un consensus et le problème d'une relation entre « théorie de la démocratie délibérative/participative » et motifs corporatistes a été soulevée :

> « La proximité est de plus en plus invoquée comme une nécessité […]. Le mot seul suffit à justifier une politique. Ce qui est proche est politiquement correct, ce qui est loin est considéré comme mauvais. Proche ou loin de quoi ou de qui ? C'est ce qui fait problème. Plus proche du citoyen est la première évidence qui s'impose. La proximité semble donc forcément un gain de démocratie. Toute la logique décentralisatrice repose sur cette formule, depuis la fin du XIXe siècle, et rejoint, comme l'a montré Pierre Rosanvallon, la question des « corps intermédiaires », c'est-à-dire de ce qui doit exister ou non entre l'État et les individus, d'une part, et entre le gouvernement politique et la société civile, d'autre part. » (AUTES, 2005 : 46)

Il faut souligner cette variante notable entre le principe en contexte européen (synonyme de *démocratie*) et la notion en contexte catholique. Elle ouvre la voie à des discussions sur la nature du concept de citoyen. S'agit-il du détenteur de la souveraineté politique ou du membre de la cité ? Les formes de la citoyenneté ont été particulièrement nombreuses, ne serait-ce qu'à travers l'histoire moderne : de la citoyenneté passive/active des réformes prussiennes dites « Stein-Hardenberg » (1806) (le citoyen-propriétaire, le citoyen-corporatif), au citoyen-actif du suffrage censitaire en France. Les formes de la citoyenneté sont multiples ; la définition en droit de l'Union ne nous aide pas réellement dans la mesure où elle renvoie aux définitions nationales. Pour nous, la subsidiarité européenne excède la notion catholique, tout en maintenant certains motifs (redéfinition du citoyen-souverain en citoyen-volontaire), localisme, multiplication des foyers de souveraineté, Etat-garant… .

5. Bilan intermédiaire

Pour résumer simplement ce que nous venons d'exposer, nous dirons :

Premièrement, le fait signalé par Briu d'une inversion du concept en contexte allemand est confirmé par l'analyse des deux énoncés canoniques du *principe de subsidiarité*. Il est évidemment toujours possible d'affirmer que cette similitude relève du hasard. De nombreux auteurs, en soulevant la proximité conceptuelle refusent de lui concéder une relation

immédiate (le rapport parlementaire de de la Malène, 1996, distingue les deux notions catholiques et juridiques, Barroche lui-même distingue les deux acceptions). Nous penchons de leur côté, bien qu'en l'état, cela relève plus d'une intuition que d'une réelle certitude fondée sur des données objectives.

En réalité, il nous paraît très surprenant qu'un nouvel emploi de *subsidiaire*, très régulier, nommé pour la première fois en 1873 (Ketteler) puis disparu pendant soixante ans se soit à l'inverse diffusé en une cinquantaine d'années en Allemagne (puisque l'occurrence témoigne de ce sens dans le *Duden* de 1983), ainsi qu'en droit européen. Nous n'allons pas nier ici que l'Eglise catholique dispose du pouvoir d'imposer ses préceptes, surtout dans le cadre du droit européen et dans une Allemagne dirigée par l'ancien *Zentrumspartei* (CDU). Les obédiences des « pères » fondateurs de l'Union sont connues (Robert Schuman, Konrad Adenauer, Jean Monnet, Jacques Delors). Toutefois, cette hypothèse nous semble peu probable. Elle l'est d'autant moins que, comme nous l'avons évoqué, cette conception rappelle, bien que le concept ne soit pas nommé, des discussions menées en droit constitutionnel (Jellinek, Hauriou). Nous avons trouvé à la lecture de ces auteurs des similitudes de motifs assez frappants. S'il est reconnu que Maurice Hauriou entretenait des relations personnelles et intellectuelles avec les représentants du néothomisme juridique (DEROUSSIN, 2013 : 151; BARROCHE, 2008 : 307), en particulier De Brèthe de la Gressaye, Louis Le Fur, François Gény, ou Edouard Lambert, qui « *gravitent autour des Semaines Sociales* » (DEROUSSIN, 2013 : 149), les influences de la science juridique allemande sur sa pensée sont aussi connues. Ceci n'explique toutefois pas l'absence de l'occurrence substantivée avant 1931 ni sa formation en contexte allemand.

Chapitre 6

Données morphologiques et sémantiques

1. Le problème de l'étymologie : quelques éléments d'histoire du latin

A l'analyse, l'élément le plus frappant est le décalage entre l'emploi de *subsidiarité* en contexte catholique et européen et l'étymologie militaire, qui ne permet pas de comprendre précisément le sens de la locution *principe de la fonction subsidiaire,* dès lors qu'elle désigne la qualité d'une puissance objectivement supérieure. En fait, le recours à l'étymologie militaire est porteur d'une grande confusion. Il est problématique sur le plan sémantique (il n'explique pas la présence d'un concept théologico-juridico-politique contradictoire avec l'acception initiale) mais surtout eu égard de l'histoire de la langue latine elle-même. C'est pourquoi nous consacrons désormais à cette dernière quelques développements. Nous exposons ici les éléments les plus connus de son histoire, en particulier à la lumière des travaux d'Antoine Meillet (*Esquisse d'une histoire de la langue latine*, 1928), ainsi que de l'histoire de ses relations avec les langages spécialisés et les langues française et germanique. Nous nous appuyons ici sur les travaux d'histoire de la langue française de Ferdinand Brunot, mais aussi de linguistes contemporains, Alain Rey, Frédéric Duval, Gilles Sioufi (2007), et Mireille Huchon (1988, 2002). Il existe peu d'études sur l'histoire du latin ecclésiastique, toutefois les données des auteurs cités permettent d'en synthétiser l'essentiel, ainsi que de l'histoire du latin scientifique, en vigueur jusqu'à la fin du 18e siècle (les travaux de Newton sont encore publiés en latin, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica* (1687)) jusqu'à l'imposition du français, puis de l'anglais. Les étymons latins du langage juridique sont encore réguliers, en vertu de la résurgence d'une *lingua franca* juridique mais sur ce point, les

données sont plus hétérogènes.

Concernant la langue juridique, nous n'avons eu à notre disposition que des études limitées. En dehors des ouvrages des romanistes français et allemands, qui sont légions mais n'ont abordé la question linguistique que d'une manière médiate (BLONDEAU, 1833, SAVIGNY, 1839, MOMMSEN, 1856), la plupart des ouvrages sont essentiellement des dictionnaires de locutions et d'adages juridiques latins, études vers lesquelles s'orientent essentiellement les jurilinguistes. Toutefois, nous disposons de documents importants (MIMIN, 1970 ; LERAT, SOURIOUX, 1975 ; CORNU, MATTILA, 2012).

Le latin est une langue indo-européenne (italique, distincte de l'osque et de l'ombrien) initialement employée par des peuples installés au Nord de l'Italie. Le latin archaïque s'impose au 3e siècle avant JC. Son répertoire s'enrichit au contact des langues celtiques (dont elle est proche), étrusque et essentiellement grecque (par emprunt massif à l'époque classique). Le latin dit classique, celui de Cicéron, est le latin de l' « âge d'or » (- 70 à +50). Le latin de Sénèque ou de Tacite est le latin « impérial » (50 à 130). Enfin, le bas latin est essentiellement le latin dit « patristique » (celui des Pères de l'Eglise), qui domine jusqu'au 7e siècle. Cependant, il s'agit pour toutes ces périodes d'un latin écrit. Premier problème concernant notre objet, le latin ecclésiastique est essentiellement patristique, non classique. Or, le latin des dictionnaires est celui du latin classique.

Le français est la première langue romane à être historiquement attestée (*lingua romana rustica*) au VIIIe siècle (*Gloses de Reichenau* 8e siècle, *Serments de Strasbourg* 842). La décision du Concile de Tours (813) relative aux homélies en *lingua romana rustica* montre que le bas latin, que perpétue l'Eglise, n'est plus compris des populations. Par ailleurs, on sait que le latin dont est issu le français n'était pas celui des auteurs classiques mais un latin de soldatesque (ou vulgaire, populaire). Les travaux de lexicologie historique et d'histoire du français (F. Brunot, A. Rey, M. Huchon) établissent avec précision les différentes étapes de construction du français et de ses rapports successifs au latin. Nombreuses unités lexicales latines ont été implantées en français, à une période très tardive (Escumeurs de latin du 16e siècle, néologie scientifique et technique aux 16e et 17e siècles). L'enrichissement du répertoire lexical du français est essentiellement latin, mais suit des évolutions très hétérogènes, en relation avec l'histoire du Royaume de France tout au long du haut et bas Moyen-Âge. La langue française s'est également enrichie du latin ecclésiastique, puisque l'Eglise est l'institution qui, avec les disciplines « scientifiques » le droit et la médecine

essentiellement, maintient l'emploi du latin comme langue véhiculaire. L'Eglise détient le monopole de l'enseignement (en latin) et des productions scientifiques. Elle est également une institution dont les juridictions s'imposent dans de nombreux domaines de ce qui ne devient que tardivement le droit civil et le droit public. La rupture avec le latin juridique, scientifique, technique et littéraire n'est clairement prononcée qu'à la Renaissance (en particulier depuis l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts*, 1539). La plupart des doublets qui alimentent le lexique du français illustrent bien la distinction entre une évolution du latin vers le français et emprunts latins tardifs. Par ailleurs, ces données ne valent que pour la France, pays de langue romane. On se doute que la situation est toute autre en Allemagne.

L'Eglise emploie un latin dit « ecclésiastique » qu'on ne peut assimiler ni au latin parlé, ni au latin classique. Toutefois le latin d'Augustin, bien que déjà différent, est plus proche du latin de Cicéron que du latin populaire. Au 10e siècle, le latin ecclésiastique subit une modification profonde à la faveur de la réforme grégorienne, en particulier sur le plan phonétique, prosodique (*ars bene loquendi*, latin liturgique), grammatical et lexical. Sur ce dernier plan, qui nous intéresse plus particulièrement, le latin ecclésiastique est principalement issu du bas latin, mais il s'enrichit énormément pendant toute la période de développement de l'ancien français (nombre de mots du latin ecclésiastique sont des emprunts latinisés des langues « vulgaires »). Par ailleurs, le latin de l'Eglise s'enrichit également au contact du français (emprunts latinisés) et du latin juridique, lors de la redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* au 12e siècle.

Le latin juridique a lui aussi une histoire qui lui est propre. La redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* (534) c'est-à-dire du Code justinien en Italie au 12e siècle et sa diffusion en Europe jusqu'au 19e siècle, impose un latin juridique dont l'histoire s'étend sur près de dix siècles. Le corpus est une compilation de textes juridiques, promulgués comme Code, sous l'empereur romain d'orient Justinien, au 6e siècle après JC. Cependant, il compile des textes juridiques dont la période de rédaction couvre globalement toute la période de l'Empire : - 450 à +534, le premier code (- 450) est le *Duodecim Tabulae* Loi des douze tables, jusqu'au Code théodosien (438), lui-même compilation de *Constitutions impériales* du 3e siècle (291). Les premiers légistes européens qui glosent ces textes (les Glossateurs - Université de Bologne) sont essentiellement confrontés à des questions linguistiques : il leur faut « expliquer les mots ». Le latin juridique est une « *lingua juridica* », employée officiellement dans certains Etats jusqu'au 19e siècle. Il fait aujourd'hui l'objet, comme nous l'avons indiqué, d'un regain d'intérêt comme *lingua juridica*. Le principal problème repose sur une illusion :

« Il est naturel de penser que le latin juridique facilite remarquablement la coopération internationale des juristes qui se veut de plus en plus intensive. Cela est clairement visible dans la doctrine de divers pays. Un auteur lance la métaphore de la « lingua franca des juristes du monde », un autre fait référence à l'ancien *jus commune* de l'Europe : c'est ce droit qui a donné aux juristes d'aujourd'hui les maximes juridiques latines garantissant, pour leur part, l'unité des ordres juridiques européens et l'intelligibilité internationale de la doctrine juridique. […] Cependant, des juristes ayant une expérience internationale solide ont noté qu'il n'est pas toujours facile de comprendre le latin juridique des collègues étrangers. Jean-Claude Gémar constate que « [c]haque langue... possède son latin et sa façon de l'employer », et Pascale Bertelot écrit que l'on ne doit pas se faire d'illusions sur le latin (juridique) en tant que lingua franca. On n'utilise pas les mêmes locutions et adages dans tous les pays, et leur sens n'est pas nécessairement identique. La compréhension du latin juridique est, de plus, rendue plus difficile par le fait qu'il est souvent utilisé comme une sorte de code, impossible à décoder par les moyens purement langagiers. En outre, un grand nombre de juristes d'aujourd'hui ne possèdent plus les qualifications nécessaires pour saisir linguistiquement les locutions et adages latins : ils ne lisent pas le latin commun. Cela signifie qu'ils ne sont pas en état de comprendre une locution ou un adage qui est écrit(e) dans une forme même légèrement différente de celle apprise par cœur. » (MATTILA, 2002 : 725)

2. Les étymons latins en allemand

J. Barroche met en garde, à juste titre, sur le fait que, bien que l'étymon de s*ubsidiarité* soit latin (subsidi/um/arium), le substantif est un néologisme germanique. Toutefois, il n'interroge pas ce fait curieux. Historiquement, le latin est resté, jusqu'à la chute du Saint-Empire romain germanique (1806), langue officielle à côté de l'allemand. Pour autant, il n'est pas parlé, mais relève surtout de la tradition de l'écrit. Les étymons latins en langue courante allemande relèvent de plusieurs sources et époques. Ils sont, le plus généralement, des emprunts aux domaines spécialisés : des unités du commerce ou des produits (échanges), des techniques, de la littérature, des sources religieuses ou juridiques. Nombreux emprunts ne sont pas des emprunts au latin, mais au français (*die Chance*). Il nous semble également que *subsidiär/isch* n'est pas attesté en langue générale : on trouve *zusätzlich* dans *zusätzliche Frage* (question subsidiaire). La langue allemande atteste bien d'un emploi de *subsidiär*, par exemple dans *die subsidiäre Haftung* (la responsabilité subsidiaire), mais dans un contexte déjà spécialisé. La plupart des substantifs allemands dérivés d'une base latine servent essentiellement à former des unités terminologiques : *die Autorität*, *die Kapazität*, *die Kriminalität*, *die Pubertät*, *die Agressivität*, *die Aktivität*; *die Brutalität* ; *die Nationalität* ; *die Objektivität* ; *die Qualität*; *die Solidarität*; *die Subjektivität*.

Notre question est la suivante : à quel domaine d'emploi du latin l'adjectif *subsidiär* a-t-il été emprunté par Ketteler et Nell-Breuning ? Quel domaine atteste cette valeur sémantique « inversée » ?

3. Subsidiaire : une unité du latin ecclésiastique ?

L'emploi par l'Eglise catholique de l'adjectif *subsidiaire* est mystérieux. Premièrement, la généalogie conceptuelle indiquée par Millon-Delsol est très éloignée de la théologie catholique. Deuxièmement, même en parcourant cette généalogie, nous n'avons relevé aucun emploi de la forme *subsidium* ou de ses dérivés. Du moins à l'exception des œuvres de Thomas d'Aquin. Nous avons parcouru l'œuvre d'Althusius (*Politique*), elle ne contient aucune occurrence de *subsidium* (l'œuvre est rédigée en latin) ou de l'adjectif dérivé. Chez Locke, Tocqueville ou Proudhon, la forme est absente. Nous rejoignons donc les analyses de J. Barroche, sur la généalogie fantasmée de la *subsidiarité* catholique. Nous avons également consulté le *Code de droit canonique* (version de 1983) ainsi que le *Code des Canons des églises orientales* (traduit en 1990). Si la révision du Code de droit canonique de 1983 a introduit explicitement le *principe de subsidiarité*, avant cette date, la forme n'est pas attestée, même dans sa forme adjectivale.

Nous avons cependant recherché dans les Commentaires doctrinaux des *Dictatus papæ* (1075) de Grégoire VII, définissant après la réforme grégorienne les nouvelles relations entre les pouvoirs temporels et le Vatican. Nous n'avons rien trouvé de concluant. Le *principe de subsidiarité* n'est un principe catholique officiel que depuis 1983, date de son entrée dans le *Duden* et dans le *Code de droit canon*. Il apparaît pour la première fois, traduit en latin, dans l'encyclique de 2005 et en 2004 dans le *Compendium* de la Doctrine sociale de l'Eglise.

Nous nous sommes donc tourné vers la philosophie officielle de l'Eglise catholique, essentiellement les œuvres thomistes, pour confirmer un doute. L'emploi de la forme allemande est antérieur à la forme française (bien qu'apparemment circonscrit au 20e siècle). Pourtant, la réception de l'aristotélisme et du thomisme a été toute aussi déterminante en France qu'en Allemagne (thomisme et néothomisme protestant en Allemagne, catholique en France), et non uniquement au 20e siècle. Nous avons nous-mêmes suivi des études en

philosophie jusqu'au DEA. Nous n'avons aucun souvenir d'avoir rencontré l'occurrence chez Aristote, ce qui est logique puisque ce sont des œuvres rédigées en langue grecque (et quoique le latin lui ait emprunté des formes, *subsidium* n'a pas d'origine grecque, malgré son suffixe *sub*- issu du grec *hypo*-). La forme n'apparaît pas non plus dans les traductions. Nous n'avons pas souvenir non plus d'y avoir fréquenté « l'ancêtre de la subsidiarité » conceptuelle. Bien évidemment, la philosophie politique aristotélicienne est la première du genre en matière de « biopolitique » (FOUCAULT, 1979) en particulier dans les livres I et III des *Politiques*, dans lesquels la cité politique est décrite comme un « *organisme constitué de parties qui lui sont essentielles, Aristote s'inspirant de la structure du vivant telle qu'il l'analyse dans les traités de biologie* » (VAN DER MEEREN, 2002 : 21-22). Cette analogie de la cité comme organisme a été reçue et développée par Thomas d'Aquin, en particulier dans le *De Regno* et dans la *Somme théologique* :

> « Les choses qui se conforment à la nature se comportent le mieux. Car en chaque chose la nature opère ce qui est le meilleur. Or le gouvernement commun de la nature est exercé par un seul. En effet, parmi le grand nombre de membres, il en est un qui les meut toujours : le cœur ; et en les parties de l'âme une seule force commande principalement : la raison. De même les abeilles n'ont qu'un seul roi. Et de tout l'univers, il n'y a qu'un seul dieu, créateur et gouverneur de toute chose. » (THOMAS D'AQUIN, *De Regno*, Livre Premier, chapitre II :)

La philosophie subsidiariste catholique s'appuie suffisamment sur ces données conceptuelles pour que nous ne revenions pas dessus. A ce stade, nous pouvons uniquement dire que le thomisme participe de la réception de l'aristotélisme en Europe au 13e siècle, ainsi qu'à travers cette relecture, il a forgé les bases du principe monarchique et la doctrine du libre arbitre, prises de position pour le moins progressistes au 13e siècle.

L'aristotélisme et le thomisme ont fait l'objet de multiples réceptions, très différenciées, en France et en Allemagne : du néoaristotélisme protestant de Melanchton et Althusius au 16e siècle au néothomisme catholique de la fin du 19e siècle. L'action de Léon XIII a été déterminante pour réintroduire l'étude systématique de Thomas d'Aquin. Il a ainsi contribué à en faire « la philosophie officielle de l'Eglise catholique » en publiant dès 1879 l'encyclique *Aeterni Patris* :

> « La famille et la société civile (...) jouiraient d'une paix plus parfaite et d'une sécurité plus grande si, dans les académies et les écoles, on donnait une doctrine plus saine et plus conforme à l'enseignement de l'Église, une doctrine telle qu'on la trouve dans les œuvres de Thomas d'Aquin. » (LEON XIII, *Aeterni Patris*, site du Vatican)

Toutefois, si le principe de subsidiarité de l'Etat avait été défini par le thomisme, pourquoi Ketteler y réfère-t-il sans l'invoquer ? Thomas d'Aquin est systématiquement célébré par la généalogie officielle (y compris par les sites gouvernementaux français comme *Vie Publique*). Thomas d'Aquin aurait défini le *principe de subsidiarité* de la manière suivante :

(105) « Sic igitur bonae multitudinis institutioni tertium restat ad regis officium pertinens, ut sit de promotione sollicitus, quod fit dum in singulis quae praemissa sunt, si quid inordinatum est corrigere, si quid de est supplere, si quid melius fieri potest, studet perficere. »

(106) « Ainsi donc, pour l'institution d'une multitude bonne, il reste une troisième tâche appartenant à l'office du roi : celui-ci doit se soucier du progrès, et ceci en s'appliquant, dans tous les domaines dont nous avons parlé, à corriger, s'il se trouve quelque chose en désordre, à suppléer s'il y a quelque manque, et à parfaire, si quelque chose de meilleur peut être fait.» (THOMAS D'AQUIN, 1857 : 33)

Si l'esprit est présent, seule la forme verbale *suppléer* est attestée, non l'adjectif latin *subsidiarium*. Par contre, la forme du *subsidium* est très régulière en particulier dans les œuvres à caractère politique (les 12 volumes de la *Somme théologique* en contiennent une cinquantaine). Or, l'emploi de l'occurrence est si hétérogène qu'on ne saurait en déduire l'existence d'un concept politique déterminé. Par ailleurs, son emploi montre que le domaine militaire est relativement marginal[57] :

(107)

Ad *secundum* dicendum, quòd ex proprio defectu vel negligentiâ procedit quòd aliquis suâ sponte se alterius judicio subjiciat, de cujus justitia non confidit. Levis etiam animi esse videtur ut non permaneat in eo quod semel approbavit; et ideo rationabiliter denegatur subsidium appellationis à judicibus arbitrariis, qui non habent potestatem nisi ex consensu litigantium. Sed potestas judicis ordinarii non dependet ex consensu illius qui ejus judicio subditur; sed ex auctoritate regis et principis, qui eum instituit. Et ideo contra ejus injustum gravamen lex tribuit appellationis subsidium, ita quòd etiamsi sit simul ordinarius et arbitrarius judex, potest ab eo appellari, quia videtur ordinaria potestas occasio fuisse quòd arbiter

[57] La première copie ci-dessous est extraite de THOMAS D'AQUIN, *La Somme théologique : latin-français en regard*, Vol. 5, trad. Claude-Joseph Drioux, 1855, 878 p.

Il faut répondre au *second*, que quand quelqu'un s'en rapporte de son plein gré au jugement d'un individu dont la justice ne lui inspire pas de confiance, c'est sa propre faute ou un effet de sa négligence. Car il semble qu'il y ait de la légèreté d'esprit à ne pas rester attaché à celui qu'on a une première fois approuvé. C'est pourquoi on a raison de ne pas permettre d'en appeler des juges qu'on s'est donné, et qui tirent tout leur pouvoir du consentement des parties qui sont en lutte. Mais la puissance du juge ordinaire ne dépend pas du consentement de celui qui est soumis à son jugement, elle dépend de l'autorité du roi et du prince qui l'en a investi. C'est pourquoi la loi accorde le recours de l'appel contre les peines injustes qu'elle pourrait infliger, de telle sorte que si le juge est tout à la fois juge ordinaire et arbitre, on peut en appeler, parce qu'il semble que sa puissance ordinaire ait

(1) L'appel doit se faire par degré, sans omettre aucun juge intermédiaire.

(2) Cependant, dans les causes criminelles, on accorde au coupable d'en appeler d'une juste sentence, pour prolonger sa vie ou dans l'espérance de voir s'adoucir sa peine. Dans les causes civiles on peut aussi en appeler quand on a de nouvelles preuves à faire valoir ou que les opinions sont également probables, et qu'on a l'espérance qu'un autre juge embrassera l'autre sentiment.

(3) D'après le droit ecclésiastique, on peut en appeler avant la sentence, mais dans les affaires séculières on ne peut en appeler qu'après.

Le *subsidium* désigne dans ce contexte un concept de droit procédural romain. Thomas d'Aquin était certes théologien, mais les théologiens sont aussi et surtout, au 13e siècle, des juristes. Dans le tome 11 de la *Somme,* traduit en 1858 par F. Lachat, à la page 237, on détecte un emploi analogique avec le domaine militaire, appliqué aux milices composées de pénitents (pendant les Croisades). Dans ce contexte, le *subsidium* n'a plus le sens de recours, secours mais celui de défense :

3° La milice séculière est, sans doute, interdite aux pénitents; mais la milice ayant pour but le service divin est souvent, au contraire, imposée pour pénitence, comme on le voit par l'exemple de ceux à qui l'on enjoint de militer pour la défense de la terre sainte.

4° Quand un ordre religieux et militaire est établi, ce n'est pas qu'il

nant occupée par la Prusse; c'est de là qu'ils étoient primitivement venus. Leur zèle s'exerça surtout contre les païens qui se trouvoient en grand nombre dans ces contrées. La Réforme les emporta dans son mouvement de destruction, comme tant d'autres institutions catholiques.

4° Les *chevaliers de Calatrava*, à qui Sanche III, roi de Castille, avoit confié la défense

nibus socios, plena est justitiæ. » Sicut etiam ibidem (1) Dominus dicit : « Quæ tua sunt ne repetas; » et tamen si aliquis non repeteret ea quæ sunt aliorum, si ad eum pertineat, peccaret; homo enim laudabiliter donat sua, non autem aliena. Et multò minùs ea quæ sunt Dei, non sunt negligenda, quia, ut Chrysostomus dicit *super Matth.*, « injurias Dei dissimulare, nimis est impium. »

Ad secundum dicendum, quòd exercere advocationis officium propter aliquid mundanum, repugnat omni religioni; non autem si hoc aliquis exerceat secundùm dispositionem sui prælati pro monasterio suo, ut in eadem Decretali subditur, neque etiam pro defensione pauperum aut viduarum. Unde in *Decretis*, dist. 88, dicitur (ex concilio Neocæsariensi) : « Decrevit sancta synodus nullum deinceps clericum, aut possessiones conducere aut negotiis sæcularibus se immiscere, nisi propter curam pupillorum et viduarum. » Et similiter militare propter aliquid mundanum, est omni religioni contrarium, non autem militare propter obsequium Dei.

Ad tertium dicendum, quòd militia sæcularis interdicitur pœnitentibus; sed militia quæ est propter divinum obsequium imponitur alicui in pœnitentiam, sicut patet de his quibus injungitur ut militent in subsidium terræ sanctæ.

Ad quartum dicendum, quòd religio non sic

(108)

A la page 279 du même volume, le subsidium redevient synonyme de secours, mais toujours dans un contexte de guerre religieuse :

plus. Mais en remplissant le vœu d'entrer en religion, on pourroit être empêché de remplir celui de prendre la croix pour aller au secours de la terre sainte; et ce dernier vœu paroît être le plus utile, puisqu'on obtient en l'accomplissant la rémission de ses péchés. Donc il paroît que le vœu qu'on a fait d'entrer en religion ne doit pas être nécessairement rempli.

Mais nous voyons le contraire dans les saints Livres : d'abord, *Eccli.*, V, 3 : « Si vous avez fait un vœu à Dieu, ne tardez pas à l'accomplir; car une promesse vaine et insensée lui déplaît; » et, sur cette parole, *Psalm.* LXXV : « Faites des vœux et remplissez-les envers le Seigneur votre Dieu, » la Glose dit : « La volonté est libre de faire le vœu; mais le vœu fait, l'accomplissement en est rigoureusement exigé. »

(Conclusion. — Celui qui s'est obligé par vœu à entrer en religion est tenu d'y entrer en effet.)

noviciat. Innocent III, écrivant à l'archevêque de Pise, décrète absolument la nécessité d'une année de probation, et ce point de sa lettre, inséré dans le Droit canonique, a été confirmé par plusieurs de ses successeurs, en particulier par Alexandre IV et Boniface VIII.

---

test derogari voto magis utili. Sed per impletionem voti religionis impediri posset impletio voti crucis in subsidium terræ sanctæ; quòd

tum est (qu. 88), cùm de voto ageretur, « votum est promissio Deo facta de his quæ ad Deum pertinent. » Ut autem Augustinus dicit

(109)

Dans ses *Opuscules*, à la page 204, c'est le nom de Jésus qui est désigné comme *subsidium*, traduit par *auxiliaire* :

Jésus, c'est-à-dire Sauveur. Il nous importe de savoir que ce nom de Jésus a une grande puissance, une puissance sans borne. Il est un refuge pour les pécheurs, un remède pour ceux qui souffrent, un puissant auxiliaire pour ceux qui combattent; il est l'appui de ceux qui prient, et il en est ainsi parce qu'il pardonne les péchés, parce qu'il confère la grace de la santé, parce qu'il donne la victoire à celui qui est tenté, c'est lui qui donne et la force de faire son salut, et la confiance d'y parvenir. Il est écrit de la première de ces choses en saint Jean, I, chap. II : « Mes petits enfants, je vous écris ceci, c'est que c'est par son nom que les péchés vous sont remis. » On lit au livre des Actes, ch. X : « Tous les prophètes lui rendent témoignage. » « Qu'est-ce que Jésus, dit saint Augustin, si ce n'est le Sauveur. Soyez donc à moi pour vous-même, mon Jésus. Ne considérez pas, Seigneur, non, ne considérez pas le mal qui est en moi, de manière à oublier le bien qui s'y trouve. Mais nous devons remarquer que ce nom est imposé ou moment de la circoncision, et ceci nous figure que ceux-là sont sauvés, qui sont circoncis spirituellement, ce qui fait dire à saint

---

nuntur ab aliqua proprietate ejus cui imponitur, vel a tempore, sicut nomina sanctorum quandoque imponuntur his qui in eorum festis nascuntur vel a cognitione, vel ab aliqua alia proprietate. Nomina vero, quæ divinitus imponuntur data, semper significant donum aliquid gratuitum, divinitus datum eis quibus imponuntur, sicut *Gen.*, XXVII, dictum est Abrahæ : « Appellaberis Abraham, quia Patrem multarum gentium constitui te. » Et *Matth.*, XVI, dictum est Petro : « Tu es Petrus

magnæ et multæ virtutis. Est enim pœnitentibus in refugium, ægrotantibus in remedium, pugnantibus in subsidium, orantibus in suffragium, quia confert veniam a peccatis, gratiam sanitatis, victoriam tentatis, virtutem et fiduciam impetrandæ salutis. De primo dicitur, I *Joann.*, II : « Scribo vobis, filioli, quoniam remittuntur vobis peccata propter ejus nomen. » *Act.*, X : « Huic omnes Prophetæ testimonium perhibent. » Augustinus : « Quid est Iesus nisi salvator? ergo propter temetip-

(110)

Dans le tome 3 de la *Somme de la foi catholique contre les gentils*, traduite par l'abbé Drioux (Claude-Joseph), en 1855, p. 240, il ne s'agit pas du secours apporté à la Terre Sainte, mais de celui de Dieu aux hommes dans le domaine des affaires temporelles (secours sur lequel il ne faut pas compter) :

lui qui les omet néglige sa vie, que chacun est tenu de conserver. Or compter sur le secours de Dieu, dans les choses où l'on peut s'aider par son action propre, sans employer ce moyen, c'est être insensé et tenter Dieu ; car il est de la bonté divine de pourvoir aux nécessités des êtres, non pas en faisant tout immédiatement, mais en donnant aux autres causes l'impulsion qui les fait agir de la manière qui leur est propre, comme nous l'avons dit (ch. 77). Donc personne ne doit attendre que Dieu subvienne à ses besoins, en laissant de côté toute action propre au moyen de laquelle il peut y subvenir ; car cela répugne à l'ordre établi par Dieu et à sa bonté.

Mais parce que, bien qu'il soit en notre pouvoir d'agir, il ne dépend pas de nous que nos actions atteignent la fin voulue, à cause des obstacles qui peuvent se rencontrer, le résultat des actions de chacun est subordonné aux dispositions arrêtées par Dieu. Le Seigneur a donc statué que nous ne devons pas nous inquiéter de ce qui ne nous concerne pas, savoir du résultat de nos actions ; mais il ne nous a pas défendu de prendre soin de ce qui nous regarde, c'est-à-dire de nos actions. Donc celui qui s'occupe de ce qu'il doit faire n'agit point contre le précepte du Seigneur, mais plutôt celui qui se préoccupe des événements qui peuvent avoir lieu, lors même qu'il réaliserait ses

modus perfectionis humanæ quod nihil corporale agatur ; quia, quum corporales actiones ordinentur ad ea quæ sunt necessaria ad conservationem vitæ, si quis eas prætermittit, vitam suam negligit, quam quilibet conservare tenetur. Exspectare autem a Deo subsidium in quibus se aliquis potest per propriam actionem juvare, prætermissa propria actione, est insipientis et Deum tentantis ; hoc enim ad divinam bonitatem pertinet ut rebus provideat, non immediate omnia faciendo, sed alia movendo ad proprias actiones, ut supra (c. 77) ei subveniat ; hoc enim divinæ ordinationi repugnat et bonitati ipsius.

Sed quia, licet in nobis sit agere, non tamen in nobis est ut actiones nostræ debitum finem consequantur, propter impedimenta quæ possunt contingere, hoc dispositioni divinæ subjacet quid cuique ex actione sua proveniat. Præcipit ergo Dominus nos non debere esse sollicitos de eo quod ad nos non pertinet, scilicet de eventibus nostrarum actionum ; non autem prohibuit nos esse sollicitos de eo quod ad nos pertinet, scilicet de nostro

(111)

Dans le tome 1 de *l'Exposition* (ou *Commentaire*) suivie des *Quatre évangiles*, traduit par le révérend-père Nicolai (Jean), Émile Ferdinand et l'abbé Xavier Castan en 1854, p. 364, Thomas d'Aquin fait parler Saint Cyprien du secours de la subsistance divine :

S. Cypr. — Après avoir demandé le secours de la subsistance, l'on demande le pardon du péché; ainsi celui qui a été rassasié par Dieu pourra vivre en lui; ainsi, l'on pourvoit non-seulement aux besoins de la vie présente, mais encore à ceux de la vie éternelle que l'on peut atteindre par la rémission des péchés, lesquels le Seigneur appelle *des dettes*. Cette parole : « Remettez-nous nos dettes, » rappelle cette autre : « Je vous ai remis toute la dette, parce que vous m'en avez prié. » Cette leçon nous est salutaire; cette leçon par laquelle nous sommes avertis que nous sommes pécheurs, et l'étant, d'avoir à prier tous les jours pour nos péchés, et afin que personne ne se complaise dans la fausse idée de son innocence, et ne tombe plus bas par l'orgueil, nous sommes instruits de notre culpabilité de tous les jours par cet ordre qui nous est donné d'avoir à prier tous les jours.

---

rum velociter advenire. Chrys., *sup. Matth.* (hom. 14, operis imperf.). Vel addit : Quotidianum, ut tantum quis manducet quantum ratio naturalis exigit, non quantum lascivia carnis impellit. Si enim in uno convivio tantum expendas quantum sufficere tibi potest centum diebus, jam non quotidianum cibum manducas, sed multorum dierum.

Hier. In Evangelio autem quod appellatur secundum Hebræos, pro supersubstantiali pane *mohar* reperitur, quod dicitur crastinum, ut sit sensus : Panem nostrum crastinum (id est, futurum) da nobis hodie.

Et dimitte nobis debita nostra, sicut et nos dimittimus debitoribus nostris.

Cypr. (ubi sup.). Post subsidium cibi peritur et venia delicti, ut qui a Deo pascitur, in Deo vivat; nec tantum præsenti vitæ, sed æternæ consulatur, ad quam venire potest, si peccata donentur, quæ debita Dominus appellat : sicut alibi dicit (Matth., 18) : Dimisi tibi omne debitum, quia rogasti me : unde sequitur : Dimitte nobis debita nostra. Quare necessario et salubriter admonemur, quod peccatores sumus, qui pro peccatis rogare compellimur, et ne quis sibi quasi innocens placeat, et se extollendo plus pereat, instruitur se peccare quotidie, dum pro peccatis quotidie jubetur orare.

Aug., *De bono perseveran.* (cap. 5). Hoc autem telo Pelagiani confodiuntur hæretici, qui audent dicere : Hominem justum in hac vita nullum habere omnino peccatum, et in talibus hominibus esse jam in præ-

(112)

Dans le *De Regno*, nous avons relevé une forme du *subsidium* latin au pluriel, qui renvoie aux « ressources vitales » (*vitae subsidia*) :

(113) « Institutor autem civitatis et regni de novo producere homines et loca ad inhabitandum et caetera **vitae subsidia** non potest, sed necesse habet his uti quae in natura praeexistunt: sicut etiam caeterae artes operationis suae materiam a natura accipiunt, ut faber ferrum, aedificator ligna et lapides in artis usum assumunt. » (THOMAS D'AQUIN, 1954, Chap XIV : 122)

Ce passage a été traduit en français de la manière suivante :

> « Or le fondateur d'une cité ou d'un royaume ne peut pas produire des hommes nouveaux, des lieux pour leur habitation, ni d'autres **ressources indispensables à la vie**, mais il doit nécessairement utiliser les choses qui préexistent dans la nature. De même, les autres arts reçoivent de la nature la matière de leur opération, comme les artisans prennent du fer, l'architecte du bois et des pierres, pour l'exercice de leur art. »

Si l'occurrence chez Thomas d'Aquin renvoie toujours aux notions de secours, recours, auxiliaire, parfois défense, il est manifeste qu'au 13e siècle, le sens spécialisé du domaine

militaire est déjà bien lointain, le *subsidium* désigne, selon le contexte :

1. Le recours de l'appel (qui ressemble ici à la *subsidiarité* de recours pour excès de pouvoir) ;
2. La *défense* ou le *secours* de la Terre sainte ;
3. Le pouvoir *subsidiaire* de Jésus-Christ aux combattants (*pugantibus subsidium*, l'aide au combat) ;
4. Le secours divin : *Deo subsidium* ;
5. Le secours de la subsistance.

4. *Subsidiaire* en contexte juridique

L'étude des sources textuelles catholiques ne nous a pas semblé concluante. Il n'en va pas de même pour le latin juridique, puisque la forme est attestée, avec l'adjectif, dès le 19e siècle, en tout cas en droit français. Le *Vocabulaire Juridique,* nous l'avons vu dans la partie I, retient deux acceptions de *subsidiarité* : une en droit interne, l'autre en droit européen, suffisamment polysémiques pour que le dictionnaire les distingue. Le dictionnaire considére bien que le sens contemporain, excède, restreint, s'oppose ou diffère radicalement du sens classique dont la définition laconique (*subsidiarité* : *qualité de ce qui est subsidiaire*) renvoie à une règle de procédure du droit civil dérogatoire relativement rare, appliquée dans un nombre restreint de cas limites : l'action de *in rem verso* (nous avons également retrouvé l'occurrence pour l'*action de dol*).

4.1. La dérivation en langage juridique

La dérivation est, en langage juridique, comme en langue générale l'un des principaux procédés de création de lexèmes. Les règles en domaine juridique, pour Cornu, y sont cependant plus régulières :

> « La suffixation demeure au premier plan de la vie du vocabulaire juridique. […] Parce que dans l'immense éventail des suffixations possibles, les suffixes qui dominent sont toujours les mêmes, et que ces suffixes choisis ont conservé leur force évocatrice et créatrice. Ce n'est pas un hasard. Les suffixes de dérivations sont porteurs d'une signification. Lorsqu'ils évincent la flexion du radical auxquels ils s'attachent, ils expriment une idée abstraite (par exemple celle de qualité, d'origine, de production, etc). La pérennité et la vitalité de certains suffixes et leur pertinence juridique tiennent

> justement au fait qu'au regard des techniques et des finalités du droit, l'idée qu'ils expriment est une idée-clé. » (CORNU, 2003 : 157)

La marque du caractère, en français, peut être morphologiquement indiquée à l'aide de plusieurs suffixes. Ici, c'est le suffixe dérivationnel nominal en *-ité*[58]. Le substantif *subsidiarité* est donc un dérivé de l'adjectif *subsidiaire*.

Le suffixe en *-aire* est une forme régulièrement utilisée dans le domaine juridique. En langue générale, comme en droit, il permet produire des unités appartenant à deux classes grammaticales : des noms ou des adjectifs. La base peut être un nom ou un verbe lorsqu'il s'agit de former des noms.

Exemple: une *action,* un *actionnaire*.

Elle est obligatoirement un nom lorsqu'il s'agit de former un adjectif.

Exemple : une *banque, bancaire* ; un *pénitencier, pénitentiaire*.

La valeur sémantique du suffixe en question détermine la catégorie grammaticale des unités dérivées. En l'occurrence, quand il s'agit de former des noms:

> « Les suffixes en –aire indiquent plus particulièrement soit la réception d'un profit, la jouissance d'un bienfait ou d'une position avantageuse soit (non sans lien historique parfois) la *titularité*[59] d'un droit ou d'une fonction. Bénéficiaire, attributaire, allocataire, … . » (Cornu, 203 : 158)

L'*actionnaire* est titulaire d'au moins une action (sens économique), l'*allocataire* d'une ou plusieurs allocations. La désinence, lorsqu'elle forme des adjectifs, désigne l'idée de relation : les frais *bancaires* sont des frais dûs à un organisme bancaire, l'administration *pénitentiaire* est l'administration reliée au domaine carcéral. On peut formuler ainsi :

Bancaire : relatif à la banque

Universitaire : relatif à l'université

Planétaire : relatif à la planète

---

[58] Nous nous référons ici à la distinction opérée par Jean Dubois « entre suffixes flexionnels ou désinentiels qui forment les marques casuelles, celles de genre et de nombre de la flexion des noms, et les marques de temps, de nombre et de personnes des verbes, et les suffixes dérivationnels qui servent à former de nouveaux termes à partir de radicaux. » (DUBOIS J., 1973 : 446)

[59] Souligné par l'auteur.

Subsidiaire : relatif au *

Comme pour de nombreux termes à emploi spécialisé, *subsidiaire* respecte « *les procédés les plus constants de la dérivation* » mais s'est formé « *à partir d'un mot sorti de l'usage* » (LERAT, SOURIOUX, 1975 : 19). L'adjectif *subsidiaire* n'est en fait pas un dérivé de *subsidium* mais de *subsidiarium/a*, qui est déjà une unité du vocabulaire juridique :

> « Subsidiaire. Adj.- Lat. jur. subsidiaria, dér.de subsidium : secours. » (VOCABULAIRE JURIDIQUE, 2015 : 876)

Le *subsidium* a donné *subside* en français (avec perte de la désinence). L'adjectif *subsidiaire* n'a pas été construit sur la base du terme *subside* qui relève déjà d'un emploi spécialisé, marqué par une fréquence d'emploi au pluriel, *subsides* et qui désigne : « *Somme d'argent versée à un particulier ou à un groupement à titre de secours*. » (CNRTL)

4.2. L'occurrence sur un plan sémantique

Subside et *subsidiaire* dérivent tous deux de la forme *subsidium* elle-même dérivée de la forme verbale *subsidere* (infinitif présent de *subsido*), qui peut être traduit du latin vers le français par l'action de « tendre une embuscade » quand le verbe est transitif, ou « se poser en embuscade », « s'accroupir » « se baisser » « se tasser » « s'agenouiller » « être placé en réserve », quand le verbe est intransitif. L'unité est construite en latin sur la base du radical verbal intransitif *sidere* : *s'asseoir*. Le préfixe *sub-*[60], largement usité dans les sciences et les techniques permet de renvoyer à la dénotation « sous », mais revêt également un caractère connotatif en exprimant une notion d'infériorité.

Subsidium peut donc désigner « réserve », « troupes de réserve », « soutien », « renfort », « assistance », « ressources » (CNRTL pour *subside*), en fonction du domaine dans lequel il est employé. Il est en effet attesté dans deux champs notionnels spécialisés et distincts : le domaine militaire et le domaine économique (ou juridique).

Ce second sens, dont hérite la forme *subside*, semble postérieur et extensif du premier domaine (militaire et diplomatique) : « *secours d'argent qu'un État donne à une puissance alliée, en conséquence des traités antérieurs* » ou du domaine fiscal (avec pour usage l'entretien des forces militaires) : « *impôt occasionnel, secours d'argent accordé par des*

[60] Issu de la racine indoeuropéenne **upo* dont est issu le préfixe grec *hypo-*, l'anglais *up, up-*, le tchèque *pod*, le russe под, *pod*, l'indo-iranien **upa*.

sujets à leur souverain. »

Si le sème du radical *subsidere*, que conservent en commun les dérivés *subsidium*, *subside*, *subsidiaire*, renvoie à la notion de « position sous » ou d'« action de se placer sous » quelque chose qui lui est supérieur, les unités en français ont précisé ce sens en le spécialisant, sans maintenir l'unité initiale : il n'existe pas d'unité en français qui puisse être reconnue comme radical. Pour circonscrire le concept, il faut déterminer si *subsidiaire* renvoie à l'action ou à la position exprimée par les énoncés « se tenir sous » ou « se placer sous ».

Le suffixe *–aire* lui imprime la notion de « relation » : *subsidiaire* est relatif à ce qui est « placé ou se tient sous » dans le domaine juridique, économique ou militaire et diplomatique.

La définition de *subsidiaire* du *Vocabulaire* atteste que l'adjectif est bien une unité employée régulièrement en domaine juridique :

> « Qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est *principal, primordial, vient à faire défaut (cependant, un ordre à plusieurs degrés peut comporter un subsidiaire du subsidiaire, etc., jusqu'à l'*ultimum subsidium*). Comp. *Supplétif*, *résiduel*.
> Par ext., secondaire, *accessoire, auxiliaire (à titre de renfort)
> (action).
> Celle qui ne peut être exercée, à titre de garantie, qu'après échec d'une action principale (on exercice prématuré se heurterait à une exception *dilatoire)
> Celle qui ne s'ouvre qu'en l'absence de toute autre action, lorsque cette absence d'action ne provient pas d'une cause légitime (autorité de chose jugée, forclusion, etc., cas dans lesquels son exercice se heurterait à une *fin de non-recevoir). Ex : action de *in rem verso.*
> (demande). Celle qui a pour objet de procurer un avantage considéré comme un pis-aller, pour le cas où la prétention principale serait rejetée.
> (moyen). Celui qui est invoqué par une partie (ou développée par le juge) soit pour renforcer un moyen principal, soit pour suppléer celui-ci au cas où il serait écarté.
> (obligation). Celle dont le paiement ne devient exigible que dans le cas où le créancier ne peut obtenir du débiteur *principal (par exemple insolvable) l'exécution de la dette principale. V. *bénéfice de discussion*, *caution*. Ant. *garantie autonome*. » (VOCABULAIRE JURIDIQUE, 2015 : 876)

Le sens de *subsidiaire*, en droit, se précise dans la description de la nature des relations entre « ce qui est placé » ou « se tient » sous et ce qui vient au dessus. Il n'existe pas en français d'antonyme qui reprenne le radical *sedere* : *surside, *sursidiaire, *sursidiarité. *Subsidiaire* est dit relativement et par opposition à quelque chose qui est *principal*, *primordial* : qui occupe une fonction et en est titulaire, *primaire*. Il s'oppose donc à *primaire* uniquement quand celui-ci vient faire défaut. *Subsidiaire* est, en droit, souvent présenté comme synonyme

de *secondaire* :

> « L'adjectif "subsidiaire" signifie "secondaire". Dans une assignation en justice, ou dans des conclusions, il s'agit d'une prétention dont l'examen par le juge, n'aura lieu que dans le cas où il aura rejeté la demande présentée comme étant la demande principale. » (BRAUDO, DICTIONNAIRE-JURIDIQUE : en ligne)

Secondaire est antonyme de *primaire* selon que la notion décrite est relative à un ordre temporel : l'enseignement *secondaire* vient après l'enseignement *primaire* ; ou relative à un ordre d'importance, de la valeur ou de la qualité : la dénomination *résidence secondaire* n'a pas de sens sans *résidence principale*, qui vient au second rang, d'importance, de qualité moindre. Comment deux termes peuvent-ils désigner un même concept ? Il est probable que *secondaire* et *subsidiaire* partagent des sèmes communs qui puissent, dans certains cas, les entretenir dans un rapport de synonymie : ils s'opposent tous deux à *principal* ou *primaire* dans l'ordre de la succession. Néanmois, il est peu probable que *sous* et *second* renvoient à un découpage conceptuel identique. En droit, *secondaire* signifie « *de second rang* » et s'applique pour désigner :

> « 1. Une entreprise, un établissement » « dont les activités sont subordonnées, pour l'essentiel, aux directives émanant d'un établissement principal » ; « 2. Un local d'habitation dans lequel un usager ne demeure pas habituellement mais pour des séjours temporaires » ; « 3. S'oppose à l'effet essentiel de la *solidarité passive. » (CORNU, 2005 : 835)

En somme, en droit, un effet, une action, un agent sont dits *secondaires* quand un effet, une action ou un agent principaux ont agi ou ont eu lieu. A l'inverse, un effet, une action, un agent ne sont dits *subsidiaires* que si un autre effet, une action, un agent, auxquels reviennent les motifs de l'action, ont fait défaut.

Le sème distinctif de subsidiaire est donc celui de la conditionnalité : pour le cas où, dans le cas où, … et ne s'énonce que par la négative : *faire défaut* ; *ne peut être exercée que* ; *ne s'ouvre qu'en l'absence de* ; *celle dont le paiement ne devient exigible que*.

Dans le cas de l'action de *in rem verso*, mentionnée à titre d'exemple par le *Vocabulaire*, seule l'autorité juridictionnelle, c'est-à-dire le juge, est à même de déterminer le caractère *subsidiaire*, donc recevable (car l'action principale fait défaut) de l'action. Le caractère *subsidiaire* d'une action dépend de sa reconnaissance comme telle par une autorité supérieure. Une institution *subsidiaire*, un agent *subsidiaire* ne sont pas seulement subordonnés à l'autorité principale ou supérieure, mais voient leur existence et leur finalité conditionnée par

elle (son caractère à l'inverse est d'être *absolu* : « *dont l'existence ou la réalisation ou la valeur est indépendante de toute condition de temps, d'espace, de connaissance, etc.* » (CNRTL)).

De ce point de vue, en droit, l'antonyme de *subsidiaire* ne peut pas être *principal* mais une unité qui devrait correspondre à la définition suivante : relatif à une action, un effet ou un agent qui n'est conditionné par rien d'autre que lui/elle-même, qui possède en propre sa finalité, son principe propre. La seule unité terminologique du droit qui semble correspondre à ce sème est *souverain*. Toujours selon le *Vocabulaire* :

> « Adj. – Lat. médiév. superanus, de super : dessus
> Qui a la *souveraineté. Ex. Etat souveraineté, organe souverain.
> Qui échappe au contrôle du juge de cassation. Ex. les juges du fond sont souverains appréciateurs des faits litigieux. V. *appréciation*, *supérieur*. Comp. *suprême*.
> Plus largement, qui échappe au contrôle d'un organe supérieur. Ex. les jurys sont souverains. Syn. Sans recours. Comp. *régalien*, *discrétionnaire*. » (CORNU, 2015 : 864)

Cependant l'existence d'une entrée propre dans le *Vocabulaire juridique* laisse entendre que l'unité *subsidiarité* désigne en droit un concept qui ne réduit pas à une simple extension qualitative de la signification de *subsidiaire*. *Subsidiaire* n'a pas d'acception spécifique européenne, alors que *subsidiarité* en possède une. A l'inverse, et bien que nous ayons pu constater que *subsidiarité* est bien une forme attestée du discours juridique, la substantivation n'apporte pas, en droit français positif, de modification particulière au concept couvert par l'adjectif. La *subsidiarité* de l'action de *in rem verso* ne rend donc pas compte de l'inversion du concept, mais maintient l'acception initiale. Nous avons comparé les résultats avec les données transmises par le portail de données lexicologiques du CNRTL. L'entrée *subsidiarité* du portail n'existe pas. Toutefois, à l'article subsidiaire, nous pouvons lire :

> « SUBSIDIAIRE, adj.
> A. − Qui vient à l'appui d'une chose plus importante, qui constitue un élément accessoire. Synon. secondaire; anton. essentiel, principal. Arguments, motifs, ressources subsidiaires. Le mariage, dans son idéal, est ce qu'il y a de plus beau; dans sa réalité, il est encore une source de biens, mais aussi d'une multitude d'amertumes subsidiaires et de chagrins accessoires, issus de la part de mauvaise foi, presque toujours introduite ou présente à son origine (Amiel, Journal, 1866, p.66). Les plus importantes découvertes scientifiques résultent de la patiente observation de petits faits subsidiaires si particuliers, si menus, inclinant si imperceptiblement les balances − que l'on ne consentait pas jusqu'alors à en tenir compte (Gide, Journal, 1931, p. 1052).
> ♦ Question subsidiaire. Question supplémentaire destinée, dans un concours, à départager les concurrents classés ex aequo. Les gagnants seront classés d'après le nombre décroissant de bonnes réponses. Les ex aequo en nombre de bonnes réponses seront

départagés par la réponse à la question subsidiaire (Le Figaro littér., 4 mai 1987, p. 16, col. 4).
B. − DR. Destiné à suppléer ce qui viendrait à faire défaut. Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné (Code civil, 1804, art. 1054, p. 191).
♦ *Caution subsidiaire.* Seconde caution utilisée à défaut de la première. (Dict. xx^{e}s.). *Conclusions subsidiaires.* Conclusions prises avec les conclusions principales pour le cas où celles-ci ne seraient pas adjugées (Dict. xx^{e}s.).
REM.
Subsidiarité, subst. fém. Caractère de ce qui est subsidiaire. Le grand pari est désormais d'inventer des méthodes de management qui permettent d'impliquer, de responsabiliser un maximum de gens. C'est un système qui applique le principe de « subsidiarité »: tout échelon supérieur s'interdit de réaliser lui-même ce qu'un échelon inférieur pourrait faire. Il s'agit d'une délégation à l'envers par rapport au système antérieur où le président déléguait ses pouvoirs à la base (Le Monde des affaires, 18 févr. 1989, p. 23, col. 2).
Prononc. et Orth.: [sybzidjɛ :ʀ], [-psi]. V. *subside*. Att. ds *Ac.* dep. 1694. Étymol. et Hist. 1. 1355 « de renfort, auxiliaire » (Bersuire, *Tite-Live*, B.N. 20312ter, f°34 v°ds Gdf. *Compl.*); 2. 1580 *(considération) subsidiaire* « qui vient en aide à quelque chose de principal » (Montaigne, *Essais*, II, 12, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, t. 1, p. 445); 3. dr. a) 1611 « qui sert à fortifier un moyen principal, qui vient à l'appui » (Cotgr.); b) 1690 *moyens subsidiaires* (Fur.); 1694 *conclusions subsidiaires, hypothèque subsidiaire* (*Ac.*). Empr. au lat.*subsidiarus* « qui forme la réserve », et à basse époque, dans la lang. jur. « subsidiaire », dér. de *subsidium* « réserve » (*subside**). Fréq. abs. littér.: 18.
DÉR.
Subsidiairement, adv. De manière subsidiaire, accessoire ; venant en second lieu. Anton. essentiellement, principalement. De même que ce sont les lois constitutionnelles principalement, et ensuite les lois administratives qui influent sur la liberté générale, ainsi ce sont les lois criminelles, et subsidiairement les lois civiles qui disposent de la liberté individuelle (Destutt de Tr., Comment. sur Espr. des lois, 1807, p. 214).On ne doit pas oublier que l'œuvre d'art est un fait essentiellement artistique et subsidiairement historique (Huyghe, Dialog. avec visible, 1955, p. 419).− [sybzidjɛ ʀmɑ □], [-psi-]. Att. ds Ac. dep. 1694. − 1^{re}attest. 1536 (Isambert, Rec. gén. des anc. lois fr., t. 12, p. 523); de subsidiaire, suff. -ment^{2}*. − Fréq. abs. littér. : 15. » (CNRTL)

Les données sont très intéressantes : premièrement, la notice confirme que la base latine est l'adjectif *subsidiarius*. Ensuite, l'adjectif est attesté dès le 14e siècle, il est employé dans de nombreux domaines juridiques. Cependant, son emploi ne semble pas s'opposer au sens de l'adjectif en langue courante. Par contre, le substantif est indiqué, sans faire l'objet d'une définition, mais d'un contexte d'emploi. Et dans le cas de ce contexte, nous y reconnaissons la notion « inversée ».

4.3. Les premières occurrences de *subsidiarité* en français juridique

Ces données attestent que l'emploi en domaine juridique de *subsidiaire* est beaucoup plus systématique qu'en contexte théologique. Nous avons décidé de l'étudier plus précisément et nous avons dû rapidement réviser les connaissances lexicologiques sur la forme substantivée. La première occurrence française de *subsidiarité* en français que nous avons été en mesure d'identifier, date de 1845 (114 ans avant l'emploi par J.-Y. Calvez) : la forme est enregistrée dans le *Dictionnaire des mots nouveaux*, *Enrichissement de la langue française*, de Jean-Baptiste Richard de Radonvilliers[61] :

[61] LEAUTEY (Paris), 1845, monographie imprimée, Français, In-8° , III-598 p.

la grandeur d'âme est toujours sublimisante en tout.

Sublimisé, *e*, part. pas. et adj. ; qui est rendu sublime : cette action est sublimisée.

Sublimiser, v. act. et pron. se—: rendre, devenir sublime ; donner, prendre de la sublimité : subliniser une action : l'homme ne se sublimise que par les vrais et le grand de l'honneur et de la vertu.

Sublimisme, s. m.; tout ce qui tend à sublimiser, système de sublimité, tout ce qui présente une continuelle sublimité : c'est du sublimisme.

Sublunarisme, s. m.; système sublunaire.

Sublunarité, s. f.; état, qualité de ce qui est sublunaire.

Submergeable, adj. des 2 g. ; même signification que submergible, voir le mot.

Submergeant, *e*, adj.; qui submerge, qui cause une submersion : des pluies submergeantes.

Submergibilité, s. f.; état, qualité de ce qui est submergible.

Submergible, adj. des 2 g. ; qui peut être submergé, couvert d'eau : ces terreins sont submergibles.

Submersif, *ve*, adj.; de submersion, qui est, qui tient de la submersion, qui la marque ; qui est causé par une submersion : des dommages, des dégats submersifs.

Submersivement, adv.; d'une manière submersive ; par une submersion : ces lieux furent submersivement endommagés.

Subordonnable, adj. des 2 g. ; qui peut être, doit être subordonné : ces personnes sont subordonnables : cette affaire, cette décision est surbordonnable aux événements : toutes ces choses sont subordonnables.

Subordonnalité, s. f.; état, qualité de ce qui est subordonnel. Ordre de dépendance, de soumission.

Subordonnel, *le*, adj. ; de subordination, qui est de la subordination, qui la marque.

Subordonnellement, adv.; d'une manière subordonnelle.

Subornable, adj. des 2 g. ; qui peut être suborné, qui est susceptible de se laisser suborner : cette personne, ce témoin est subornable.

Subornant, *e*, adj.; qui suborne : cette administration est subornante.

Subornisme, s. m.; système de subornation

Subreptiser, v. n.; prendre, obtenir subreptivement, faire de la subreption : vous subreptisez.

Subreptisme, s. m. ; système de subreption ; ce qui n'est, ne présente qu'une continuelle subreption : c'est du subreptisme.

Subrogatif, *ve*, adj. ; de subrogation, qui est de la subrogation, qui la marque : un acte subrogatif.

Subrogativement, adv. ; d'une manière subrogative.

Subrogeable, adj. des 2 g. ; qui peut être, doit être subrogé :cette personne est subrogeable.

Subrogisme, s. m.; système de subrogation.

Subsidable, adj. des 2 g. ; qui peut être, doit être subsidé, à qui, auquel on doit donner des subsides : ces personnes sont subsidables : ce prince, cet état est subsidable.

Subsidamment, adv.; d'une manière subsidante, en donnant, en payant, en délivrant des subsides.

Subsidant, *e*, part. pr. et adj. ; qui fait l'action de subsider ; qui donne, paye des subsides : la politique anglaise fut longtemps subsidante contre la France.

Subsidateur, s. m., f. *trice*; celui, celle qui donne, qui paye des subsides.

Subsidation, s. f.; action de subsider ; état subsidé : la subsidation des puissances pour faire la guerre à la France.

Subsidé, *e*, part. pas. et adj. ; qui a été, qui est alimenté par des subsides, qui a reçu, qui reçoit des subsides : pendant de longues années les puissances continentales européennes furent subsidées par l'Angleterre contre la France.

Subsidément, adv.; d'une manière subsidée; par des subsides.

Subsider, v. act. ; donner des subsides, aider, secourir, alimenter par des subsides : subsider des personnes, des puissances, des princes.

Subsidiarité, s. f.; état, qualité de ce qui est subsidiaire.

Subsidisme, s. m. ; système de subsidation, de subside, d'entretien, d'alimentation par des subsides.

Substantialisable, adj. des 2 g.; qui peut être, doit être substantialisé, rendu substantiel : les aliments de ce convalescent sont maintenant substantialisables,

Substantialisation, s. action de substantialiser; état substantialisé : la substantialisation des aliments.

Substantialisé, *e*, part. pas. et adj. ; qui est rendu substantiel : ces aliments sont substantialisés.

Substantialiser, v. act. ; rendre substantiel : substantialiser des aliments.

Substantialité, s. f.; état, qualité de ce qui est substantiel : la substantialité d'une viande, des aliments.

Substantifiable, adj. des 2 g. ; qui peut être, doit être substantifié, rendu substantif ; ce mot est substantifiable.

Substantification, s. f.; action de substantifier ; état substantifié : la substantification d'un mot.

Substantifiquement, adv. ; d'une manière substantifique.

Substantifisme, s. m. ; système de substantification.

Substituable, adj. des 2 g.; qui peut être, doit

Cette première donnée indique surtout que le substantif est déjà employé. Toutefois, dans le dictionnaire en question, il n'est pas précisé d'emploi spécialisé.

Par contre, nous avons bien identifié la forme substantivée dans une « Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les co-légataires aux diverses époques du droit romain : étude sur les lois Julia et Papia Poppaea en ce qui concerne la caducité », c'est-à-dire à l'époque, une thèse de droit civil, soutenue par M. E. Machelard, publiée en 1858 par les éditions A. Durand (Paris). Nous reproduisons ici la copie du texte original (ce que nous ferons chaque fois qu'il faudra attester de l'existence des formes) :

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES, ETC. 107

mento liberos habent, aut si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti juris est in legatis et in hereditatibus. » Cette préférence accordée aux *patres* en matière de *caduca* ressort encore des paragraphes 206 et 207 du même *Commentaire*, sur lesquels nous aurons à revenir. Elle résulte également du paragraphe 3 du fragment *De jure fisci*, où l'on voit clairement que le fisc est exclu, si les *patres* profitent de la dévolution qui leur est faite en première ligne des *caduca*. « *Sane si post centesimum diem patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.* » La *subsidiarité* du droit de l'État est enfin attestée par ce passage de Tacite que nous avons déjà cité : « *Ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret.* »

Il est généralement reconnu qu'un seul enfant suffisait à l'homme pour lui procurer le *jus caduca vindicandi*. La loi Papia s'exprimait sans doute de la sorte : *qui liberos habebunt*, ce qui rigoureusement semblerait exiger la pluralité d'enfants. Mais les jurisconsultes faisaient observer que le mot *liberi* était toujours employé au pluriel, et qu'on devait regarder comme ayant des enfants, *liberos*, celui même qui n'aurait qu'un fils ou qu'une fille. Cette interprétation [1] se trouve nettement énoncée dans les lois 148 et 149, *De verb. sig.*, qui sont extraites des *Commentaires* de Gaïus, *Ad legem Juliam et Papiam*, et qui dès lors se réfèrent naturellement aux conditions de la *caducorum vindicatio*.

« NON EST SINE LIBERIS, *cui vel unus filius, unave filia est : hæc enim enuntiatio,* HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur ; sicut et pugillares et codicilli.* » L. 148.

« *Nam quem sine* LIBERIS *esse, dicere non possumus : hunc necesse est dicamus liberos habere.* » L. 149.

Les anciens auteurs, qui admettaient la *caducorum vindicatio* au profit de tous les héritiers *liberos habentes*, avaient également invoqué ces textes, pour en déduire la conséquence que nous en tirons. Mais ils avaient voulu aussi y trouver la signification du *solitarius pater*, dont nous parle Ulpien dans la rubrique du titre XIII de ses *Regulæ*. Jusqu'au temps moderne, le *solitarius*

[1] La remarque des jurisconsultes romains peut encore être mise à profit dans notre législation pour le sens à donner au mot *enfants*, dans divers articles du Code Napoléon. Voyez, par exemple, les articles 960, 1049, 1082, 1094, etc.

(114)

A y regarder de près, il est déjà question, dans ce passage, d'une « subsidiarité du droit de

l'Etat », en matière de droit civil. Cette donnée nous est apparue d'une importance capitale. Partant, pour retrouver un maximum d'occurrences de la forme *subsidiarité* en français, nous avons étudié essentiellement les archives numérisées de la Bibliothèque Nationale de France.

Nous avons rapidement constaté que *subsidiarité* est depuis très longtemps une forme terminologique propre au domaine juridique et que l'emploi catholique lui est postérieur, non antérieur. Le substantif apparaît de façon précoce dans le domaine juridique, et dans des domaines variés. Ainsi en 1858, dans une thèse consacrée au droit civil romain, mais également en 1900, dans la traduction d'un ouvrage du juriste allemand Paul Laband intitulé *Le droit public de l'Empire allemand*, publié par V. Giard & E. Brière, dans une note, p. 118 :

(1) Op. cit., p. 291. *Brie* aussi (Staatenverbindungen) déclare que le but est le critérium décisif de l'idée d'Etat ; il explique que « l'universalité du but » est l'élément principal du but de l'Etat, la « subsidiarité », la qualité rationnellement correspondante et la limite indispensable de cette universalité (loc. cit., p. 4, 100). De même Rosin, p. 290. Il caractérise le but, qui est l'élément distinctif de l'idée d'Etat, par ces mots : « une totalité potentielle avec une particularité actuelle ». Mais, but signifie un point déterminé à atteindre ; l'universalité du but est donc une contradictio in adjecto ; elle indique qu'on renonce à préciser le but. Sans doute, on peut dire que l'Etat a le libre choix des buts qu'il veut poursuivre, qu'il n'est lié à aucun but exclusivement ; mais on n'a fait ainsi que produire une nouvelle expression de la souveraineté de l'Etat, la souveraineté impliquant le pouvoir de l'Etat de choisir ses buts et par suite sa compétence. Cf. ma dissertation dans l'Archiv f. öff. Recht, Tome II, p. 317, ss. C'est aussi l'opinion de *Preuss*, p. 79, ss.

(115)

Aux mêmes éditions V. Giard & E. Brière, en 1903, nous trouvons plusieurs occurrences de *subsidiarité*, sous la plume du comparatiste Edouard Lambert, dans le premier volume des *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé. Première série. Le régime successoral,* au sein d'un article intitulé : « La fonction du droit civil comparé, Les conceptions étroites ou unilatérales ». Ainsi, à la page du sommaire (p. VIII), un titre est consacré à la « Subsidiarité du Deutsches Privatrecht » :

ches Privatrecht, p. 82. — Nature de la réception du droit romain, p. 82-84. — Subsidiarité du *Deutsches Privatrecht*, p. 84-88. — Le code civil allemand et son influence sur l'orientation de la doctrine, p. 88. — Importance du coup porté au *Pandektenrecht*, p. 88-94. — Résurrection passa-

Nous avons donc également retrouvé l'occurrence dans le corps de l'ouvrage, aux pages 86-87-88 ainsi qu'à la page 96 :

(116) du droit, la coutume générale allemande? Existait-il dans les pays de *gemeinRecht*, à côté et même au-dessus du droit romain, un droit commun coutumier allemand y jouissant de la même *subsidiarité*, c'est-à-dire de la même aptitude à rem-

(117) En tous cas, les résistances que la thèse de la *subsidiarité* du *Deutsches Privatrecht* a rencontrées dans la doctrine ne l'ont point empêchée de triompher finalement dans la pratique. La jurisprudence des divers tribunaux, et notamment celle du *Reichsgericht* est très fermement fixée dans le sens

(118) juridictions échevinales (2). Stobbe, lui-même, ne dissimule pas à ses lecteurs que, s'il conteste la légalité de la procédure dans laquelle s'est traduite la *subsidiarité* du *Deutsches Privatrecht*, ce n'est plus que pour l'honneur des principes : qu'il ne nourrit ni l'espoir, ni même le désir

(119) pas tenir compte seulement de ses effets immédiats, mais aussi et surtout de ceux qu'elle est destinée à produire dans l'avenir. En supprimant la subsidiarité du droit romain, le Code de 1896 a enlevé sa raison d'être à l'étude du

En 1907 est publié l'ouvrage d'un romaniste, Henri Legras, intitulé *La table latine d'Héraclée, (la prétendue Lex julia municipalis)* aux éditions Rousseau, dans lequel il explique les règles de procédure, en droit romain, en cas de qualification d'une action de « dol », p. 303 :

(120) Cette hypothèse sur les origines de l'action *de dolo* permet de rendre compte d'une de ses plus remarquables particularités ; la subsidiarité (D. 4, 3, 1, 1) ; les actions *in factum*, d'où elle tire son origine étaient inutiles dans tous les cas, où existait déjà un autre moyen de droit. Le juris-

Dans un article consacré au droit de la famille, publié en 1912 toujours par les éditions Rousseau, dans le Bulletin de la Société d'études législatives: rapports et comptes rendus des séances, travaux relatifs aux questions étudiées par la société, p. 373 :

(121)

sition en vigueur en France de 1803 à 1907, les grands-parents n'aient le droit de faire opposition qu'à défaut de père et de mère.

Mais cela ne suffit pas. L'article 173 ne donne droit d'opposition à la mère qu'à défaut du père ; cette subsidiarité est inadmissible dans trois hypothèses :

1° Quand l'enfant mineur se marie avec le consentement de son père, la

En 1912 toujours, la forme apparaît dans les *Mélanges* en l'honneur du professeur Girard, intitulé *Etudes de Droit Romain dédiées à M.P.F. Girard, Professeur de droit romain à l'Université de Paris*, ouvrage de 1912, nous avons retrouvé l'occurrence, p. 309 :

(122)

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE LA LOI « PLÆTORIA » 309

et que l'on ait songé à la donner au *minor circumscriptus*. Or, en principe, l'action de dol est subsidiaire à l'action *legis Plætoriæ* comme aux autres. Nous ne voyons pas de sérieuses raisons pour ne pas admettre cette subsidiarité.

Dans le *Manuel élémentaire de droit romain*, publié également chez Rousseau, par le même Paul Frédéric Girard en 1924, l'occurrence apparait à trois reprises, p. 230, 443 et 770. Nous reproduisons ci-dessous les deux dernières pages :

(123)

La restriction du champ d'application de l'action et la limitation de son ontant masquent encore plus pour elle que pour l'action *quod metus usa*, le caractère d'action née d'un délit, en lui donnant la physionomie une action en indemnité, d'une pièce d'un système organisé pour la siliation d'actes considérés comme défectueux. Et il y a encore ici des lutions qui procèdent de cette idée. Non seulement, au cas de plura- d'auteurs du dol, l'action est éteinte contre tous, quand le préjudice réparé par l'un [2] ; mais sa subsidiarité même implique que le profit peut jamais s'en cumuler avec celui d'autres actions réipersécutoires. pendant l'action de dol elle-même a commencé par être une action nale au sens large, tendant à obtenir l'amende d'un délit et elle a ujours gardé certains traits qui ne peuvent s'expliquer que par là : nsi elle est noxale [3] ; ainsi elle n'est donnée que pendant une année ile au bout de laquelle elle est remplacée par une action *in factum* [4] ;

4. Ce point est encore très controversé. On a soutenu que le droit subsiste pour fonder soit une obligation naturelle, soit, le cas échéant, une exception. V. en ce sens Savigny, *Traité*, 5, pp. 399-435. 442-466 ; Dernburg, 1, § 156 ; en sens contraire, Vangerow, 1, § 151 ; Windscheid, 1, § 112. Nous avons déjà écarté l'obligation naturelle, p. 643, n. 4. La subsistance éventuelle d'une exception antérieurement concurrente avec l'action et fondée sur le même droit ne nous paraît pas mieux établie. En tout cas, il ne faut pas invoquer ici le texte de Paul, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 5, 6, selon lequel le dol qui fonde une action temporaire crée une exception perpétuelle ; car, par suite de la subsidiarité de l'action de dol (p. 423, n. 1), celui qui a l'exception n'a jamais eu l'action et, si son exception est perpétuelle, c'est en vertu d'une idée symétrique à celle qui veut que les actions ne puissent se prescrire avant d'être exigibles, parce qu'on ne peut lui reprocher son inaction (*cum... non habeat potestatem, quando conveniatur*).

Fait encore plus surprenant, on trouve déjà un syntagme *principe de la « subsidiarité »* dans l'édition de 1918 du *Journal des Tribunaux*, Partie 1, Imprimerie Fluckiger & cie, 1918, à la page 489 :

(124)

> d'installation fussent intérêts à la Commune. Mais il répond négativement pour cette raison que la Commune n'avait pas manifesté l'intention de mettre en train des travaux (**31**, 2, p. 388).
>
> A l'occasion du procès dans lequel Zemp et consorts voulaient se faire reconnaître héritiers de Wirz, le T. F. expose le principe de la « subsidiarité » et mentionne la controverse à laquelle elle

Il nous faut préciser que dans ce contexte, il s'agit de l'exposé d'une affaire de procédure en droit civil allemand. De façon générale, l'occurrence *subsidiarité* apparaît le plus fréquemment en droit comparé et concerne le droit civil allemand.

La forme se retrouve aussi dans un ouvrage d'un privatiste, Gabriel de Perregaux, publié en 1925 par la Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence (LGDJ), intitulé *La direction dans la Société anonyme: construction juridique et responsabilité du directeur*, dans lequel il est fait mention d'une « théorie de la subsidiarité », aux pages 114 et 118 :

(125)

> **114** LA DIRECTION DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME
>
> On ne trouve dans la loi aucun indice qui puisse conduire à cette théorie de la subsidiarité.

(126)

> **118** LA DIRECTION DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME
>
> tion. Les mêmes arguments contre la subsidiarité de l'action des actionnaires sont en place ici aussi.

Nous avons également retrouvé, à partir des années 1910, l'occurrence dans des ouvrages de doctrine en matière de droit international. Ainsi, dans la *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, Volume 8, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey & du Journal du Palais, 1912, p 272 :

(127)

> 272 LA CONVENTION FRANCO-BELGE DU 8 JUILLET 1899
>
> même et aussi bien la loi de procédure commerciale ne correspondant pas parfaitement à ses dispositions, la même règle de subsidiarité fut admise en toute matière » (1).
>
> Pour écarter à l'avenir toute équivoque sur l'interprétation

Puis dans le volume 19 de *Série centrale* publié en 1928 par l'Institut de droit comparé de l'Université de Lyon, M. Giard, dans lequel un chapitre entier est consacré à la « subsidiarité du droit corporatif international » :

SUBSIDIARITE DU DROIT CORPORATIF INTERNATIONAL 351

(128) mûries, se taisent presque complètement sur des chapitres aussi importants que l'est le chapitre de la

Plus important encore, nous avons retrouvé l'occurrence dans le *Recueil de cours*, académie de droit de La Haye, dès 1930. Nous présentons ici les pages 25, 51, 98 et 129 :

(129) La subsidiarité du recours judiciaire par rapport aux démarches diplomatiques étant admise, reste à préciser la portée de la condition qui s'en déduit. Elle ne saurait s'appliquer, semble-t-il, aux demandes qui, se greffant sur le conflit originaire, viennent en cours de procédure en préciser l'étendue véritable, comme les demandes additionnelles ou reconventionnelles. Par contre, elle ne peut être écartée vis-à-vis d'incidents faisant participer à la procédure un Etat qui y était jusqu'alors étranger. De tels incidents, comme l'appel en cause et les interventions, impliquant dans les arbitrages sur compromis l'élaboration d'un traité nouveau, sont soumis lorsque possible par simple requête comme devant la Cour permanente de Justice internationale, à toutes les conditions de recevabilité de la requête introductive d'instance [3]. Ils constituent, en effet, de la part ou à l'encontre de l'Etat tiers un procès nouveau.

ment épuisées. Cette règle procède de ce que, d'une part, c'est au droit interne qu'il appartient, en première analyse, de déterminer les droits des étrangers et de ce que, d'autre part, le déni de justice, fondement de la responsabilité internationale, ne peut apparaître tant que le fonctionnement normal des services publics internes permet à l'étranger de revendiquer le traitement qui lui est dû. La subsidiarité, ainsi comprise, de l'action judiciaire internationale n'est que la conséquence du droit indiscutable pour l'Etat d'user des compétences que lui reconnaît le droit international. L'arbitre ne peut suppléer à l'exercice de ces compétences, devant, tout au contraire, présumer que l'Etat à qui elles appartiennent en use pour la réalisation de ses obligations internationales. Au surplus, comme l'écrit Anzilotti, « le devoir international de l'Etat est moins d'empêcher que les étrangers souffrent de dommages injustes que de les mettre à même de pouvoir obtenir, par les voies légales, la réparation du dommage injustement souffert »[1]. Il appartient donc au particulier intéressé de considérer que, tant que ses revendications n'ont pas été définitivement jugées dans un pays, « le droit exclusif de l'Etat de juger continue »[2] et que, s'il ne s'incline pas devant ce droit, il commet une négligence que sanctionnera l'irrecevabilité de sa réclamation. Par là le défaut d'épuisement des voies de recours internes constituerait un cas particulier de conduite fautive[3].

(130) cain. La notion de recevabilité-compétence, latente dans ces décisions, se précise devant la même commission dans l'affaire Laurent, affaire dans laquelle l'agent des Etats-Unis souleva un moyen d'irrecevabilité tiré du défaut chez les demandeurs de nationalité qualifiée. Le journal de la commission relate que, dans ces conditions, l'espèce fut d'abord complètement discutée sur ce point[2]. Dix ans après, c'est l'affaire Medina jugée entre les Etats-Unis et Costa-Rica, en 1862[3]. La nationalité qualifiée des réclamants étant contestée par le gouvernement défendeur, la décision de l'arbitre sur ce moyen dégage les caractères de la recevabilité. Elle qualifie le moyen d' « exception préjudicielle », exception dont elle examine longuement la portée. Cela l'amène à conclure que les réclamants ne sont pas américains. Dès ce moment, sa décision s'annonce. « En conséquence, dira-t-elle, il serait malaisé d'instituer au profit des Etats-Unis un droit d'intervention dans les rapports commerciaux et juridiques des réclamants et du Gouvernement de Costa-Rica ». Sans doute avant de conclure en ces termes, examine-t-elle le fond; mais elle ne le fait que pour justifier surabondamment le rejet de la thèse américaine. La subsidiarité, la superfluité de cet examen, sont manifestes. Aussi s'exprime-t-elle au conditionnel, « *à supposer*, dit-elle, que les réclamants *eussent* été citoyens des Etats-Unis, une autre question *se fût* posée ». En réalité, la question, qui est question de fond, est

(131)

Sans doute, l'examen de la jurisprudence permet-il de constater un sérieux et fécond effort d'organisation dans les débats judiciaires. Il montre l'arbitre, abandonné presque exclusivement aux ressources de sa raison, cherchant soit dans le droit romain, soit dans les disciplines juridiques nationales, une méthode de direction du litige international. Il y puise la notion de recevabilité par opposition à celle de fond et, dans ce cadre, il glisse les divers concepts de nature à paralyser les débats dès avant même que soit discutée la question de l'existence ou de l'inexistence de l'obligation. Ainsi la considération des parties entre lesquelles a surgi la contestation, ainsi les formes et délais de l'action judiciaire, se sont érigées en questions préliminaires. La portée de certains moyens a été précisée : c'est ce qui a été fait pour la nationalité originaire des réclamations, pour le défaut d'épuisement des voies de recours internes, l'irrecevabilité procédant de la conduite fautive du réclamant ou de l'absence d'endossement. Pour d'autres moyens, seules les données en ont été précisées, la jurisprudence n'étant pas encore parvenue à fixer avec certitude les solutions qu'ils comportent : ainsi la subsidiarité par rapport aux démarches diplomatiques des recours judiciaires; ainsi, encore, la prétendue nécessité d'une continuité de « ressortissance »; ainsi, enfin, les irrecevabilités pouvant procéder de l'inobservation des formes et délais. D'autres questions, enfin, ne sont qu'esquissées, leurs données elles-mêmes demeurant imprécises; ainsi la prescription, ainsi la clause Calvo, ainsi encore, dans la procédure de recevabilité, l'initiative de l'exception. Dès lors, bien des lacunes et des incertitudes persistent.

(132)

Pour finir ce rapide survol, nous l'avons retrouvée en 1930 dans le volume 11 des Tables générales alphabétique et bibliographique des matières contenues dans les volumes XXVI à XLVI [1894-1914], compilé par Léon Devogel en 1930, p. 881 et dans lequel il est également déjà question d'un « principe » de *subsidiarité* :

ment judiciaire ou arbitral prévu par les chapitres II et III de l'acte général.

Paragraphe 2. — Ce paragraphe consacre deux principes importants : la subsidiarité de l'Acte général et la hiérarchie des procédures.

(133)

Une autre donnée morphologique est assez importante : la *subsidiarité* est déjà connue des parlementaires français, puisque nous l'avons retrouvée évoquée dans un projet de loi présenté au nom du président de la République française Raymond Poincaré, par le Ministre des finances, M. A. Ribot, le Ministre de la guerre, le Général Galliéni et le Ministre de la Marine, le Contre-Amiral Lacaze, le 4 novembre 1915. Ce projet de loi, « *tendant à modifier la législation des pensions des armées de terre et de mer dans les cas des blessures reçues, de*

maladies contractées ou de décès survenus par suite de la guerre actuelle[62] », expose à l'alinéa 69)e) :

— 82 —

d) La proportion à accorder aux ***ascendants*** et collatéraux — lorsqu'ils sont bénéficiaires, c'est-à-dire soit en même temps que les veuves et enfants (Allemagne, Grande-Bretagne), soit à défaut de ceux-ci et à défaut les uns des autres (Italie, Suisse), mais partout à condition qu'ils aient été à charge et soient plus ou moins nécessiteux — cette proportion est particulièrement difficile à fixer.

Le père et la mère reçoivent en Allemagne environ autant que l'orphelin de père et mère (62 0/0 de la pension de veuve) ; de même en Suisse, mais les grands-parents et les frères et sœurs n'ont plus alors que la part d'un enfant de veuve (37,5 0/0). En Italie, le père, ou la mère, ou le frère, ou la sœur semblent avoir autant que la veuve même chargée d'enfants ; de même en Grande-Bretagne le supplément variable prévu pour les dépendants permet de donner à chacun au maximum l'équivalent de la pension de veuve.

e) Mais certains législateurs, en même temps qu'ils désiraient éviter les dépenses exagérées, ont voulu tenir compte de ce premier fait que le plus souvent, dans les familles populaires notamment, le père de famille n'entretenait que les membres de la famille les plus proches et seulement à leur défaut d'autres dépendants ; puis de cet autre fait que le ménage survivant peut avoir besoin — nous l'avons dit — de presque autant que le ménage ancien, mais qu'il ne saurait réclamer davantage. De là le recours aux deux procédés que nous avons signalés : la ***subsidiarité*** et le ***maximum***.

La ***subsidiarité*** prive de l'allocation les dépendants les plus éloignés, lorsque des membres plus proches de la famille peuvent être parties-prenantes, mais, une fois bénéficiaire, le dépendant ne voit en général pas varier sa part. Il faut toutefois constater qu'en Italie, les frères et sœurs, s'ils sont bénéficiaires, ne jouissent que cumulativement de la pension (égale à la pension de veuve avec enfants), et qu'en Suisse, si le père seul ou la mère seule a 25 0/0 du salaire de base, ils n'ont ensemble qu'un maximum de 35 0/0, qu'ensuite à défaut d'eux, si chaque grand-parent a 15 0/0, l'ensemble des grands-parents ne peut avoir que 25 0/0, et qu'enfin, à défaut d'eux, si les jeunes frères et sœurs ont chacun 15 0/0, l'ensemble ne peut avoir que 25 0/0.

Mais c'est surtout l'application du ***maximum*** qu'il convient de retenir. On vient d'en voir un premier cas, d'importance restreinte. Pour les veuves, enfants et orphelins, là où il fonctionne, il fonctionne séparément, c'est-à-dire qu'il y ait ou non pensions d'ascendants et collatéraux. L'Allemagne ne pratique pas le maximum familial dans son régime des pensions de guerre (tandis que pour les pensions de la paix elle indique que le ménage ou les orphelins ne devront pas avoir plus que la pension du père). En Italie, il n'en est pas question, puisque la veuve avec ou sans enfants d'une part, ou le groupe des orphelins de père et mère d'autre part a une seule pension uniforme. La Grande-Bretagne non plus n'a pas admis de maximum. C'est en Suisse seulement qu'on le voit adopté, par une curieuse limitation d'un régime qui a pour point de départ le maintien de la situation personnelle du blessé ou de la famille ! On verra, dans notre notice sur la Suisse, l'analyse des dispositions, encore incomplètes mais déjà compliquées, auxquelles on a abouti pour adapter aux principales éventualités cette idée que le ménage survivant ne doit pas au total avoir plus de 65 0/0 du gain du défunt pris pour base, c'est-à-dire pas plus de 162 0/0 de ce qu'a une veuve seule. D'ailleurs, là comme dans le régime allemand du temps de paix, s'il y a lieu à réduction, chacun voit réduire son allocation proportionnellement et les proportions restent respectées.

(134)

Une révision des connaissances relatives à l'apparition de la forme *subsidiarité* nous paraît

62 Chambre des députés, *Projets de lois, propositions, rapports, -Onzième législature, session de 1915*, Imprimerie de la Chambre des députés, Paris, 4 novembre 1915.

inévitable. Les emplois juridiques des deux unités préexistent bien, à la fois à l'emploi au contexte catholique et à celui du contexte européen. Cependant, il nous faut marquer ici une réserve : la forme *subsidiarité* existe, la forme syntagmatique *principe de subsidiarité* est en germe, mais à ce stade, il n'est pas possible d'établir une correspondance sémantico-conceptuelle entre les formes exclusivement juridiques et les formes telles qu'elles sont employées en contexte catholique et en contexte européen.

Ceci dit, nous retenons de ces données d'autres données significatives : si la forme est employée avec régularité en droit international, elle l'est surtout en droit comparé et plus spécifiquement encore en droit comparé franco-allemand, ainsi que dans des études consacrées au droit civil romain.

5. La subsidiarité en droit romain

A partir de ces informations, nous avons consulté une édition numérique de la traduction française *Corpus Iuris Civilis* réalisée par Henri Hulot, Jean-François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Bérenger, dans son édition en 1803. Les données étant incomplètes, nous avons croisé avec la traduction des *Pandectes* de Robert Joseph Pothier (1821), dans lequel nous avons retrouvé l'occurrence adjectivale dans les dispositions en droit des tutelles ainsi qu'en droit des contrats. La *subsidiarité* de l'action de dol est similaire à celle de l'action de *in rem verso*.

LII. Ex eo quòd exceptio doli subsidiaria sit exceptionis pacti, sequitur etiam id quod circa fidejussores et correos sedulò observandum est.

Stricto quidem jure, « fidejussoris conventio nihil proderit reo; quia nihil ejus interest a debitore pecuniam non peti. Imò nec confidejussoribus proderit: neque enim quoquomodo (4) cujusque interest, cum alio facta conventio prodest; sed tunc demum cùm,

(1) Cujacius suspicatur legendum esse *Proculi*.

(2) Quam obtinuisse apparet ex Basilicis.

(3) Ut pactum venditoris emptori, ita pactum donatoris donatario prodest; scilicet quod fecit antequam donaret: tunc enim interest ejus ne res petatur non solùm a se, sed a quovis suo successore; alioquin caruisset liberà facultate de eâ disponendi.

(4) Posset dicere suâ interesse ut confidejussores sui liberarentur; scilicet interesse propter necessitudinem et conjunctionem officii: quod re-

(135)

Ici, Pothier a traduit *subsidiaria* par suppléant :

LII. L'exception du dol suppléant à celle du pacte, de là suit aussi ce qu'il faut soigneusement observer à l'égard des cautions et des co-débiteurs.

En droit strict, « la convention du garant ne peut pas profiter au principal obligé, parce qu'il n'a pas d'intérêt à ce qu'on ne demande rien à ce dernier ; elle ne sert pas même à ses co-garans, parce que, pour qu'une convention profite à un tiers (4),

(1) Cujas soupçonne qu'il faut lire de Proculus.

(2) Laquelle paraît avoir prévalu d'après les Basiliques.

(3) Le pacte du donateur, fait avant la donation, profite au donataire, comme celui du vendeur à l'acquéreur, parce qu'il a intérêt à ce qu'on ne demande pas la chose donnée, non-seulement à lui, mais encore à son successeur, puisqu'autrement il n'aurait pas eu la liberté de la donner.

(4) Il pourrait dire qu'il lui importe que ses co-garans soient libérés avec lui, à raison de l'engagement commun qui lie leurs intérêts aux siens

(136)

Pour le droit des tutelles, l'adjectif est employé en relation avec la notion d'action (action subsidiaire)[63] :

cari tamen possunt. 10. 2. 15.

II. In hoc casu, tutores tunc dividunt immobilia etiam sine decreto. 10. 2. 15.

III. Quandoque tamen tutores provocant divisionem, si non expediat pupillis communio, vel inter plures pupillos dividunt. 10. 2. 15.

IV. Quid juris si divisio facta fuerit sine decreto. 10. 2. 15.

V. C. c., art. 817.

De la transaction.

467. — I. An tutores rectè transigant et quid si de immobilibus pupilli. 2. 15. n. 2. 3.

II. An liceat tutoribus transigere super spe fideicommissi, vel super usufructu, et ita certam recipere vel dare summam pro usufructu, vel fideicommissi remissione concedendâ vel obtinendâ, plenioro responso facultatis juridicæ discussum. 26. 7. 13.

V. C. c., art. 2045.

468.

SECTION IX. — COMMENT FINIT LA TUTELLE ET DES COMPTES DE LA TUTELLE.

Principes généraux. Questions diverses.

I. Quibus modis tutela finiatur. 27. 3. 1.

II. Finitur excusatione et remotione. 27. 4. 2.

XV. Quid sit directa actio protutelæ et ad quid tendat. 27. 5. 2.

XVI. Quid sit contraria actio protutelæ et ad quid tendat. 27. 5. 2.

XVII. Qui scivit se tutorem non esse et tamen dolo auctor fit, tenetur actione in factum illis qui ita cum pupillo contraxerunt ut et ipsis pupillis. Quæ sit natura istius. 27. 6. 2.

XVIII. Jure romano actio subsidiaria minoribus dabatur contra fidejussores et contra nominatores tutorum. Hæc materia multis principiis explicatur, variisque quæstionibus locum dabat quæ tractatæ enumerantur. Liv. 26. 7. 2. Liv. 27. 7, n. 1 et seqq.

V. suprà, sect. VIII, hoc tit.; Pr. gén., n. 3 et 4. — *Art.* 2015. 2026. 2033.

XIX. Alia actio subsidiaria minoribus concedebatur adversus magistratus tanquam ultimum refugium. Cui, contra quos dabatur. Hæc materia planè exploratur, variis quæstionibus elucidata. Liv. 27. 7, n. 5. Liv. 27, tit. VIII, n. 1 et seqq.

§ Ier. — OBLIGATIONS DU TUTEUR; IL DOIT RENDRE COMPTE.

469. — I. Tutelâ finitâ, tutor quivis ad præteritæ tutelæ rationes tenetur. 27. 3. 1.

II. Ad obtinendam rationum redditionem actio directa tutelæ contra tutores datur. 27.

(137)

Nous avons vérifié l'emploi de subsidiaire en droit civil interne. Les commentaires de la doctrine relatifs à la subsidiarité de *l'action de in rem verso* sont encore plus éloquents que les données lexicologiques elles-mêmes. Un autre élément particulièrement surprenant concerne

[63] Tables de commentaires sur les *Pandectes*, J. Voët, 1841, Librairie Polytechnique, Bruxelles, p. 20.

le sens 1 = action de *in rem verso* indiqué par le *Vocabulaire*. Nous ne sommes pas spécialiste du droit des obligations ; néanmoins, l'étude de l'emploi de l'unité *subsidiaire* nécessitait que nous recherchions les premiers emplois et le sens attribué au concept. Sans même relier l'emploi de la forme à la difficulté de circonscrire sa définition dans les corpus de droit européen, la doctrine pointe déjà le « flou » du concept de *subsidiarité* dans le cadre de l'enrichissement sans cause. On peut lire par exemple chez Posez :

> « La condition de subsidiarité de l'action de *in rem verso* est de ces règles qui, semblant commandées autant par la raison que par l'opportunité, ne suscitent que rarement l'examen. Ainsi abandonnée à la seule prudence des juges, elle peut se présenter au justiciable comme une exception inexplicable au droit dont il se croyait rempli, et au juriste comme un tempérament non moins énigmatique aux principes qu'il se fait métier d'articuler. Joint aux préventions souvent exprimées à son encontre par les droits étrangers, la subsidiarité de l'enrichissement sans cause se heurte plus que jamais à la circonspection des auteurs qui s'interrogent sur son bien-fondé. Sans doute n'est-il pas inutile, dès lors, de remonter aux origines du problème, et de s'interroger, de là, sur le fondement de la règle. Revenu à la source, il apparaît que l'explication pourrait bien être double, selon que la subsidiarité est invoquée au cas d'existence d'une autre action ou qu'elle l'est, à l'inverse, au cas de disparition de cette action principale. Dans le premier cas, la subsidiarité se justifie par le principe de primauté de la règle spéciale sur la règle générale ; dans le second, c'est l'existence d'une juste cause qui fait obstacle à l'action. Cette dualité de fondement permettrait de résoudre finalement un problème dont la duplicité aura ainsi assuré la résistance. » (POSEZ, 2014 : 185)

L'auteur de l'article pointe l'idée d'une règle « commandé par l'opportunité », dont les auteurs interrogent « le bien-fondé ». Comme pour la subsidiarité européenne et alors même que le concept ne semble opératoire que dans des cas limites du droit des obligations (en particulier la reconnaissance d'un litige réel, en l'absence de contrat), il est nécessaire de revenir « à l'origine », aux « sources », pour en expliquer la « duplicité ».

Nous retrouvons, toujours dans cette contribution sur les sources de la subsidiarité de l'enrichissement sans cause, les mêmes motifs d'indétermination conceptuelle :

> « Aucune des conditions de l'action de in rem verso n'est sans doute d'une absolue précision, mais celle tenant dans sa subsidiarité est peut-être la plus nébuleuse de toutes. » (*Ibid.* : 188)

L'on ne peut manquer de constater que l'emploi de subsidiarité rencontre toujours les mêmes réticences de la doctrine :

> « Mais au moins ces deux autres conditions laissent-elles voir le degré de définition qu'elles abandonnent aux lumières des juges. La condition de subsidiarité, au contraire,

> sous le couvert d'un mot à la technicité rassurante, se donne tout entière à leur appréciation. Car nul ne sait au fond ce que cette condition désigne proprement, passé l'idée un peu vague que l'enrichissement sans cause ne pourrait jamais constituer qu'un ultime recours. » (*Ibid.*)

Dans le cas d'une action de *in rem verso*, dont le caractère est « subsidiaire », c'est-à-dire, indique que l'action n'intervient que si l'action principale fait défaut, l'évaluation de l'opportunité ou de la légitimité de l'action est encore tributaire du degré de pouvoir discrétionnaire du juge, car « *nul ne sait au font de ce que cette condition désigne proprement.* » En conséquence, Posez répertorie dans son article, les différents positionnements de la doctrine à son égard :

> « La seule consultation des manuels de droit français suffit à donner la mesure de cette incertitude. Si certains exposent la question en distinguant entre obstacles de droit et obstacles de fait (J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, no 308 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6e éd., Litec, 1998, no 2209 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL- MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Defrénois, 2013, no 1071), d'autres préfèrent distinguer selon que l'enrichissement est direct ou indirect (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, no 1073-1), tandis que d'autres encore adoptent une division tripartite et rarement identique (H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, 9e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, no 710 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 14e éd., Sirey, 2011, nos 52 et s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, no 88). Si bien que l'on ne manque pas de relever qu'il est « délicat de prendre parti sur la valeur et la portée de cette condition » (G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *Les obligations*, 2e éd., t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, no 398), qu'il s'agit là d'« *une expression bien ambiguë, qui engendre des flottements jurisprudentiels* » (A. BÉNABENT, *Les obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012, no 495), « La formule ayant soulevé bien des difficultés d'interprétation » (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.*), et finalement qu'« Il en résulte une jurisprudence hésitante, obscure et difficile à analyser — et qui devrait conduire à reconsidérer le principe lui- même. » (Ph. RÉMY, « Le principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* en droit français », in *L'enrichissement sans cause*, colloque Rome, 24 et 25 octobre 2003, Fac.dr. et sc. soc. Poitiers, LGDJ, 2007, pp. 57 et s., no 14), voire plus spéc. « que l'on peut se demander si elle ne s'en sert pas, de façon arbitraire, pour ouvrir ou fermer l'action sans autre critère que son sentiment du juste » (*id. auct.*, « Les restitutions dans un système de quasi- contrats : l'expérience française », in *Arrichimento ingiustifi cato e repetizione dell'indebito*, préc., *supra*, note 2, pp. 73 et s., no 23). Rappr. égal. B. FAGES, *Droit des obligations*, 4e éd., LGDJ, 2013, no 453 : « N'ayant pas une force absolue, l'exigence de subsidiarité ne permet pas de conclure à l'irrecevabilité automatique de toute demande en enrichissement sans cause qui ne serait pas formée à titre principal ». Pour le détail de ces difficultés : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.* . » (*Ibid.* : 188 nbp 2)

Ces expressions marquant le caractère « *nébuleux* » de la notion ou de l'« *idée un peu vague* »

« *abandonnée à la lumière des juges* », incarnée dans « *expression bien ambigüe* », qui pose des « *difficultés d'interprétation* » et induit une *« jurisprudence hésitante, obscure, difficile à analyser* » voire des *« flottements jurisprudentiels* », signalent ici des problèmes d'identification référentielle, dont plusieurs auteurs pointent, un peu comme nous, l'intention, non « *prudentielle* », mais opportuniste, fondée, non sur la rationalité mais « *le sentiment du juste* ». Attachée à une justice objective et exprimée en termes clairs, la doctrine s'interroge sur la nécessité de « *reconsidérer* » la pertinence de l'emploi d'une telle notion, sinon de l'abandonner radicalement. La ressemblance des motifs discursifs avec la notion du droit européen serait-elle accidentelle ? C'est ce que laisse penser l'exposé de la définition du *Vocabulaire* et que contribue à renforcer le désintérêt absolu de tous les auteurs pour cette acception juridique.

Aucun auteur ne s'est en effet penché sur des corpus juridiques, en particulier celui du droit romain, pour établir si la filiation conceptuelle attribuée à Thomas d'Aquin ou Aristote, n'était pas, sinon fausse, au moins abusive. Un emploi est pourtant attesté, de manière plus précoce en domaine juridique, en particulier en droit des contrats, mais aussi en droit international, en droit international privé, ... Tous les auteurs seraient-ils passés à côté d'une notion qui a toujours été juridique ?

Posez poursuit : « *L'idée n'est certes pas nouvelle* » (*Ibid*. 189). Ici aussi, un leitmotiv du caractère « antéhistorique » de la subsidiarité. Mais cette permanence de l'idée semble justifiée ici par une toute autre raison que l'acception catholique :

> « La subsidiarité de l'action de *in rem verso* était déjà discutée au début de notre ère (5). Mais elle ne fut jamais reçue en droit romain (6), et il faudra semble- t-il attendre le Code prussien de 1794 pour que la règle s'inscrive dans la loi (7). Rapidement exposée par Zachariä, puis traduite par Aubry et Rau (8), la *subsidiarité* de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause est de ces nombreuses innovations pandectistes passées par ce canal en droit français (9), pour être finalement délaissée outre-Rhin (10). » (*Ibid*. : 189)

L'emploi de *subsidiarité* en domaine juridique n'est ni occasionnel ni accidentel : elle désigne une notion héritée du droit des *Pandectes* (c'est-à-dire du *Corpus Juris Civil*), tel qu'il a été redécouvert à partir du 11e siècle, qui n'a déjà plus rien à voir avec le *subsidium* entendu comme « réserve », « recours » ou « secours » issu du domaine militaire et tel qu'il est encore enseigné dans les universités allemandes au début du 19e siècle. Posez nous met sur une autre piste et confirme notre premier relevé de la forme en droit français. Le concept de *subsidiarité* a deux origines liées : à la fois allemande et latine. Il s'agit d'une occurrence du droit romain,

prenant place dans le système juridique allemand. Dans ces conditions, il nous faut revenir sur le premier emploi supposé de la forme *subsidiarité*.

Chapitre 7

Retour sur les données lexicologiques initiales et constitution du corpus d'étude

1. L'encyclique de 1931

Si les notions d'Etat *subsidiaire* ou d'Union européenne *subsidiaire* sont liées, nous n'avons toujours pas pu déterminer pourquoi elle s'est traduite par un emploi de la forme *subsidiarité* (et non principe de la fonction auxiliaire/supplétive), plus compréhensible, en particulier pour les locuteurs français et relativement marginale en latin ecclésiastique. Il nous faut donc revenir sur les données lexicologiques connues et en particulier sur les traductions de l'encyclique de 1931.

La première traduction française, comme l'indique J. Barroche, n'atteste pas de l'emploi du syntagme *principe de subsidiarité* mais de celui de *principe de la fonction supplétive.* Le latin quant à lui énonce :

(138) « Minoris igitur momenti negotia et curas, quibus alioquin maxime distineretur, inferioribus coetibus expedienda permittat suprema rei publicae auctoritas oportet; quo fiet, ut liberius, fortius et efficacius ea omnia exsequatur, quae ad ipsam solam spectant, utpote quae sola ipsa praestare possit: dirigendo, vigilando, urgendo, coercendo, prout casus fert et necessitas postulat. Quare sibi animo persuasum habeant, qui rerum potiuntur: quo perfectius, servato hoc « subsidiarii » officii principio, hierarchicus inter diversas consociationes ordo viguerit, eo praestantiorem

fore socialem et auctoritatem et efficientiam, eoque feliciorem laetioremque rei publicae statum. » (PIE XI, *Quadragesimo Anno*, version latine, Site du Vatican)

Les observations de Barroche sont exactes : les traductions anglaise (*the principle of « subsidiary function »)* et espagnole (*este principio de función « subsidiaria »)* ont donné lieu à une traduction littérale, permettant d'avancer que l'unité *subsidiaire* existe bel et bien dans ces deux langues et renvoient au même signifié qu'en latin. Les traductions italienne *principio della funzione suppletiva* et portugaise *este princípio da função « supletiva »* à l'inverse, reprennent le même schéma de traduction qu'en français. De là, nous pouvons faire deux hypothèses : soit l'unité n'existe pas dans ces deux langues, soit elle ne désigne pas, au point de départ, la même notion que celle désignée par le passage de l'encyclique. Il est probable que ce soit la deuxième qui l'emporte : de la même manière qu'en langue française *subsidiaire* est attesté depuis la fin du 14e siècle, il est probable que l'unité existe réellement dans ces deux langues mais que les traducteurs aient jugé bon de ne pas retenir l'occurrence aux fins de traduction et de lui préférer le terme *supplétive* (*subsidiaire* pose de toute évidence problème, relativement à son premier sens: *secondaire*).

Si nous revenons cependant au contexte canonique de l'encyclique de 1931, nous pouvons déjà affirmer que le syntagme *principe de subsidiarité* n'est pas encore figé puisqu'il donne des traductions structurellement et lexicalement différentes (la présence des guillemets, dans la version latine, étant un indice supplémentaire). Par contre, fait curieux, en langue allemande, le syntagme tel que nous le connaissons est attesté, et ce, dès la première traduction de l'encyclique, et ce, sans guillemets :

(139) « 80. Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung, die nur zur Abhaltung von wichtigeren Aufgaben führen müßten, soll die Staatsgewalt also den kleineren Gemeinwesen überlassen. Sie selbst steht dadurch nur um so freier, stärker und schlagfertiger da für diejenigen Aufgaben, die in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, weil sie allein ihnen gewachsen ist: durch Leitung, Überwachung, Nachdruck und Zügelung, je nach Umständen und Erfordernis. Darum mögen die staatlichen Machthaber sich überzeugt halten : je besser durch strenge Beobachtung **des Prinzips der Subsidiarität** die Stufenordnung der verschiedenen Vergesellschaftungen innegehalten wird, um so stärker stehen gesellschaftliche Autorität und gesellschaftliche Wirkkraft da, um so besser und glücklicher ist es auch um den Staat bestellt. » (PIE XI, *Rundschreiben über die Gesellschaftliche Ordnung*, 1931 : 63)

En effet, nous avons dû rechercher la première publication allemande de l'encyclique. Nous nous sommes aperçu alors que l'information sur laquelle s'appuie J. Barroche, selon laquelle le 15 mai 1931, l'encyclique pontificale *Quadragesimo Anno* n'avait donné lieu qu'à quatre traductions officielles est inexacte[64]. Cette donnée nous ayant échappée, malgré notre compilation de corpus d'encycliques, nous nous sommes mal posé toute une série de questions.

Premièrement, les encycliques pontificales, comme l'ensemble des textes du magistère catholique, sont le plus souvent traduites par les épiscopats nationaux (ils reçoivent du Vatican les autorisations officielles). Le Vatican n'a pas de maison d'édition avant 1966. En revanche, il dispose d'un puissant réseau européen de maisons d'éditions catholiques : les éditions Herder en Allemagne (« *typographi editores pontifii* » ; maison d'édition officielle du Vatican) ou les éditions du Cerf en France. Dès le 15 mai 1931, l'encyclique *Quadragesimo Anno* a été traduite en langue française et langue allemande[65], et non entre 1931 et 1933 comme semble l'indiquer Barroche. La version allemande de l'encyclique a été publiée par les éditions Herder, elle indique la mention *Autorisierte Ausgabe*. De plus, elle n'a pas été publiée sous le titre latin *Quadragesimo Anno*, mais uniquement sous la traduction quelque peu édulcorée du sous-titre : *Rundschreiben über die Gesellschaftliche Ordnung* (et sous titrée *« ihre Wiederherstellung und ihre Wollendung nach dem Heilsplan der Frohbotschaft zum 40. Jahrestag des Runschreibens Leos XIII* « Rerum novarum ») traductible par « lettre circulaire (encyclique) sur l'ordre social ». Le sous-titre latin est quant à lui : *Litterae Encyclicae*, *de ordine sociali instaurando, evangelicae legis normam perficiendo*, traduit par le prêtre jésuite Gustave Desbuquois pour l'édition française « Sur la restauration de l'ordre social ».

Deuxièmement, les versions « officielles » latines ne sont pas toujours les versions initiales des textes pontificaux. Il ne faut pas confondre version officielle et version initiale. Le latin est toujours langue officielle du Vatican pour des raisons historico-politiques : le pape est assis sur le « siège de Pierre » dans la cité du Vatican offerte par Constantin, religion officielle de l'Empire romain depuis le règne de ce dernier. Mais le latin n'est plus langue de travail depuis fort longtemps : il n'y a plus de locuteurs latins. De plus, tous les textes pontificaux sont initialement rédigés dans la langue du rédacteur, car le pape, comme tout personnage politique

[64] Nous rappelons ici l'assertion de Barroche précédemment citée : « *Ecrite en latin,* Quadragesimo anno *a fait l'objet de quatre traductions officielles le jour même de sa publication, le 15 mai 1931 (en anglais, en espagnol, en italien et en portugais). Dans ces quatre textes, l'équivalent du substantif subsidiarité n'apparaît pas en tant que tel. Il est alors utilisé au rang de simple qualificatif.* » (2008 : 781)

[65] La version sur laquelle nous nous appuyons est : PIUS XI. *Rundschreiben über die Gesellschaft Ordnung,* Herder und co, Freiburg im Breisgau, 1931, 115 p. Il en existe une autre édition berlinoise. Cf annexes.

n'écrit pas ses propres discours, il ne rédige pas non plus d'encyclique. Les encycliques sont depuis le 18e siècle des textes signés par le pape à destination non seulement de la hiérarchie cléricale, mais des fidèles et des « gens de bien ». Ce sont des textes déclinant les positions de l'Eglise sur des questions essentiellement temporelles (y compris celles publiées à l'occasion des Jubilés ou des années dites « saintes »). Ce sont, en quelque sorte, des trames de programmes politiques. Léon XIII est celui qui a publié le plus d'encycliques de toute l'histoire de la papauté (avant Pie XII).

L'encyclique de 1891 a été rédigée par les théologiens français de l'Union de Fribourg. C'est à cette fondation et à ses principaux dirigeants, que Léon XIII a confié la rédaction de l'encyclique. Elle a été rédigée dans « la langue » des légitimistes français.

A l'inverse, après la disparition de l'Union de Fribourg, suite à la publication de l'Encyclique de 1892 (sur le « ralliement »), le centre de gravité de la pensée sociale légitimiste catholique européenne se déplace en Allemagne (le principal et premier foyer du catholicisme européen militant). Pie XI a chargé le *Köningswinterer Kreis*, qui publie la revue *Neue Ordnung* (Ordre nouveau) de la rédaction de l'encyclique de 1931. Cette encyclique a dû être rédigée en allemand, non en latin. Les auteurs sont Oswald von Nell-Breuning et Gustav Gundlach pour l'essentiel (ils le confirment dans leurs écrits postérieurs). En conséquence, il faut en déduire que la locution *Prinzip der Subsidiarität* est antérieure à la version latine *« subsidiarii » officii principio*. Cette donnée relève de la logique : le syntagme n'est pas figé en latin car le concept latin de *subsidium* est contradictoire avec l'acception telle qu'elle est employée par les rédacteurs allemands. Cette acception nécessite donc de placer « *subsidiarii* » entre parenthèses (ainsi qu'en espagnol). La locution latine *principio subsidiarietatis*, apparaît pour la première fois le 25 décembre 2005, dans l'encyclique *Deus Caritas* publiée sous le pontificat de Benoit XVI, le néologisme latin est très tardif. Il est plus précoce en allemand : avant la publication de l'encyclique en latin, donc avant 1931.

Si en 1931, le *principe de subsidiarité* est déjà une locution figée en Allemagne, nous pouvons, à cette étape, faire deux hypothèses : soit Nell-Breuning et Gundlach inventent la locution et substantivent l'adjectif lors de la rédaction de l'encyclique (donc avant sa publication), soit cette locution circule en Allemagne, avant la rédaction de l'encyclique et désigne une notion précise, au sein du catholicisme allemand. Par ailleurs, l'absence de la forme en français pour la traduction n'est plus un argument suffisant, puisque le substantif est attesté depuis 1845. Or, aucune des études sur la *subsidiarité* n'indique d'emploi avant 1931

en dehors d'un écrit de l'évêque de Mayence, Wilhelm Emmanuel von Ketteler, en 1873.

2. Le contexte initial : « *subsidiäre Recht* » chez W. E. von Ketteler

Le texte de Ketteler n'a pas fait l'objet de traduction française. Il s'agit d'un article, publié en 1873, portant sur la question de la liberté de l'Eglise en matière d'instruction, intitulé « Lern- und Lehrfreiheit ». Nous reproduisons ci-dessous une copie du passage allemand original :

der rechten Weise sich des Kindes annehmen. Wer die Verhältnisse so vieler Kinder gerade in den ärmsten und

— 38 —

verkommensten Schichten des Volkes kennt, muß den Grundsatz einer absoluten Herrschaft der Eltern über die Kinder, welcher der vollen Willkür über die Kinder gleichkäme, als einen unmenschlichen verwerfen. Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht. Es geht seiner Natur nach nie über das Recht hinaus, eine gewisse unterste Bildungsstufe von allen Kindern zu fordern, und es darf immer nur unter voller Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Eltern, namentlich auch bezüglich der religiösen Erziehung der Kinder, geübt werden. Es schließt daher nicht das Recht ein, die Schule zu beherrschen, ihr eine gewisse Parteitendenz zu geben und sie zu benutzen, um die Parteianschauung der herrschenden Richtung den Kindern einzupflanzen. Das

(140)

Le passage est dans lequel Ketteler aurait inventé la locution « droit subsidiaire » est le suivant :

(141) « Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht. »

C. Millon-Delsol a traduit ce passage ainsi :

(142) « Ce serait un absolutisme dur, un véritable esclavage de l'esprit et des âmes, si l'Etat abusait de ce que j'appelle le droit subsidiaire. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 131)

Nous avons été, à la relecture du passage en allemand, très surpris par cette traduction. Nous ne sommes en effet pas certain que ce soit ce qu'ait écrit Ketteler, lorsqu'il émet une remarque de nature métalinguistique. En effet, « *ich möchte sagen* » semble plutôt pouvoir être traduit par « *ce que j'aimerais dire* », mieux par « *si j'osais dire* », « *si je pouvais dire* » ou tout simplement par « *je dirais* ». La traduction de cette remarque par « *ce que j'appelle* » ne nous paraît pas seulement erronée mais porteuse d'une méprise. Dans ce passage, Ketteler ne n'invente pas le qualificatif d'Etat *subsidiaire* (*subsidiäre Recht*). Au contraire, l'expression relève de la modalité autonymique, Ketteler l'emprunte à un autre discours. Par ailleurs, désigne-t-il l'Etat comme subsidiaire ? Nous avons consulté d'autres écrits de Ketteler, des sermons (1848), des écrits politiques, pour certains traduits en français. Nous avons trouvé une seconde occurrence de *subsidiär* dans un article publié de 1864 intitulé « *Arbeitfähige Arbeiter* », publié dans le recueil *Die Arbeiterfrage und das Christenthum* (*La question ouvrière et le Christianisme*, 1869) :

(143) Ich kann es nicht unterlassen, hier noch einen Gedanken auszusprechen. Die Güter der Kirche, die durch die Säcularisation der Kirche entzogen worden sind, haben einen sehr großen Werth. Sie sind jetzt großentheils mit dem Fiscus verbunden, fließen in die Staatscasse und bringen also den Steuerpflichtigen eine Erleichterung. Die Säcularisation war ein gewaltthätiger Raub, der nur durch Verläugnung aller Principien, auf denen das Eigenthum ruht, begangen werden konnte. Die Kirche hat für alle Zeiten den Anspruch auf dieses ihr früheres Eigenthum aufgegeben. Subsidiär haben aber an dem Eigenthum der Kirche die Armen ein Recht; das Kirchengut ist nach dem canonischen Rechte und nach dem Zwecke der Stifter zugleich auch Armengut. Es wäre daher eine gewisse Sühne für diesen Raub, wenn das säcularisirte Kirchengut als Armenfonds vom Staate verwendet würde. Man hätte dadurch zugleich große Hilfsmittel zu wichtigen Unternehmungen und zur Linderung der Noth. Wenn auch dieser Gedanke sehr unzeitgemäß scheinen mag, so darf er doch seiner inneren

Ici, il s'agit d'un adverbe, *subsidiairement*, *de manière subsidiaire*. Cependant le traducteur de ce recueil (1869), un avocat belge et vice-président de l'association ouvrière de Saint-Joseph dénommé Edouard Cloes, interprète ce passage de la manière suivante :

> « La sécularisation a été un vol véritable que la négation de tous les principes, bases du droit de propriété, a seule rendu possible. L'Eglise a pour jamais renoncé à en réclamer la restitution. Mais les pauvres ont un **droit subsidiaire** à cette propriété ; les propriétés ecclésiastiques, d'après le droit canon et la volonté des donateurs, sont aussi la propriété des pauvres. »

L'emploi nous semble ici métaphorique : le droit que les pauvres ont sur la propriété de l'Eglise est dit subsidiaire, en ce sens que l'Eglise étant au service des pauvres, attaquer les biens de l'Eglise, revient à attaquer les biens des pauvres. Toutefois, la cooccurrence de *subsidiäre(s)* en allemand avec le substantif *Recht* (droit) ne pouvait pas être dûe au pur hasard. Nous avons recherché plus de données sur Wilhelm Emmanuel von Ketteler. Puisque nous consacrons un chapitre de la partie III sur le rôle de Ketteler dans la défense du catholicisme contre les politiques anticatholiques menées au 19e siècle en Allemagne, nous serons donc bref.

2.1. Brève biographie de Wilhelm Emmanuel von Ketteler

Avant d'être ordonné prêtre, le 1er juillet 1844, Ketteler a suivi ses études secondaires en tant que pensionnaire dans le collège jésuite suisse de l'ordre des Spirictus sanctus. Il a ensuite entrepris des études de droit et de sciences politiques à Göttingen, puis à Berlin. Il y suit les enseignements du romaniste allemand Friedrich Carl Von Savigny. Il a ensuite occupé la fonction de greffier, dont il a démissionné pour des raisons politiques, manifestant sa désapprobation de la politique anticatholique prussienne après l'arrestation et l'incarcération de l'archevêque de Cologne, Clemens August Freiherr Droste zu Vischering. L'évêque de Cologne est la figure emblématique du principal bastion catholique allemand, la Rhénanie. En 1832, ce dernier a refusé d'appliquer la loi prussienne en faveur des mariages mixtes (catholiques-protestants) et a, de ce fait, respecté l'interdiction rappelée par l'encyclique pontificale *Summo Iugiter Studio* du 27 mai 1832. A la suite de l'arrestation de l'évêque de Cologne, W. E. von Ketteler démissionne de la fonction publique et entre au séminaire. Son ascension dans la hiérarchie catholique est très rapide. En 1848, alors qu'il est déjà évêque de Mayence, Ketteler siège au Parlement de Francfort-sur-le-Main (*die Paulskirche*), première assemblée « élue » d'Allemagne, qui se constitue pendant la *Märzrevolution* (Printemps des

peuples). Il contribue, en 1870, à la fondation du *Zentrumspartei*, qui a pour principal dirigeant l'ennemi légendaire d'Otto von Bismarck, Ludwig Windthorst. Son premier président est Carl Friedrich von Savigny (le fils du romaniste).

2.2. L'article de 1873

L'article intitulé *Lern- und Lehrfreiheit* est une adresse au chancelier Otto von Bismarck : Ketteler y condamne la politique du *Kulturkampf* et argumente en faveur de la « liberté de l'enseignement », c'est-à-dire le droit pour l'Eglise de maintenir son influence sur le contenu des enseignements dispensés dans les écoles. Le *droit subsidiaire* se comprend dans ce contexte spécifique (il n'a ici rien d'une théorisation politique du rôle de l'Etat en général) : la subsidiarité relève d'un argumentaire contre le monopole de l'Etat en matière d'instruction publique. L'argumentaire rappelle fortement le débat parlementaire Hugo-Falloux de 1851. Voici l'article en question (notre traduction, très imparfaite – original en annexe) :

> [Dans aucun domaine, l'absolutisme étatique (*Staatsabsolitismus*) n'est aussi insupportable/intolérable que dans celui de l'enseignement (*Unterricht*), car rien ne supporte aussi peu la contrainte non autorisée / illégale (*unberechtigte*) que l'esprit de l'homme. Alors que le libéralisme demande apparemment la liberté d'enseignement, il a lié cette liberté à des conditions préalables, ce qui les rend encore illusoires et transfère concrètement à l'Etat le monopole de l'enseignement. Par conséquent, bien que presque tous les Etats aient inclus dans leur constitution la liberté de l'enseignement, nous sommes encore loin d'elle. En réalité, nous sommes plutôt sur la large voie vers un système d'enseignement qui établirait le même dressage pour l'esprit du peuple, que celui du système militaire pour le corps. Un monopole de l'Etat sur l'enseignement est pourtant sous toutes les tyrannies, des gens se sont entraînés sur d'autres, la pire chose qui soit (*die verwerflichste*).
>
> Mais si je rejette tout monopole d'Etat en matière d'éducation, je ne peux encore moins me joindre à ceux qui veulent conduire tout dans l'horreur des abus, lesquels vont être influencés par le libéralisme avec l'école d'État, de nier tous les droits à l'Ecole. Encore une fois, je ne demande pas une absolue liberté illimitée de l'enseignement et l'apprentissage, mais organisée, c'est-à-dire dans laquelle les droits de l'autorité de l'Etat et la liberté sont uniformément respectés. Nous devons donc être clairs sur ce qu'est cette liberté d'enseignement et d'apprentissage organisée, quels droits a l'État à l'égard de l'école et de l'enseignement, quelles limites doit-on mettre à ces droits afin que la liberté d'enseignement et d'apprentissage ne soit pas niée.
>
> L'article 20 de la Constitution prussienne datée du 31 Janvier 1850 détermine : « *La science et son enseignement sont libres.* » Selon l'explication officielle du ministre des questions spirituelles et de l'enseignement, A. von Ladenberg, pour se conformer à l'article 17 de la Charte constitutionnelle du 5 décembre 1848, la science ne doit avoir aucune autre barrière que celle de sa vérité intrinsèque et l'intérêt urgent de l'Etat. La liberté accordée ici comprend de manière significative la liberté de l'enseignement et de l'apprentissage,

c'est-à-dire le droit d'apprendre la science à la fois par présentation orale, à travers la presse, ou tout à fait librement sans être lié à certaines écoles, par exemple nationales (étatiques). Ainsi continuent essentiellement à exister en Prusse les contenus, que la loi prussienne partie II. Tit. 12 a créés, et que nous pouvons appeler un monopole modéré de l'enseignement de la part de l'Etat.
En ce qui concerne les droits individuels, qui ne sont pas niés dans une liberté étatique académique organisée, alors l'un d'eux est avant tout un droit de regard sur toutes les écoles. La même chose va avoir à se mettre en place concernant les diverses frontières entre les écoles publiques et les écoles privées; il (ce droit) devra prendre en compte particulièrement les Confessions chrétiennes connues, il ne devra pas nier les écarts concernant en principe toutes les écoles dans les Etats paritaires. L'Etat, qui reconnaît légalement toutes les confessions, ne peut renoncer à leur droit, dans les cas pertinents, de convaincre qu'aucune tendance subversive ne soit poursuivie à l'école. Que dans la pratique de ce droit toutes les considérations doivent être respectées, l'Etat les doit aux grandes confessions chrétiennes et à la religion, sinon il se maudit lui-même. En revanche, aucun réel intérêt national n'appelle à une loi exclusive de contrôle étatique. Notamment contre une reconnaissance efficace du droit règlementaire des confessions chrétiennes reconnues.
Ce droit règlementaire de l'Eglise est à la fois un véritable droit du peuple, en particulier des parents, dans la mesure où ils ont la garantie de leur conscience que les intérêts moraux et religieux sont suffisamment sauvegardés à l'école d'après leur convictions confessionnelle, pour pouvoir confier leurs enfants à l'école. D'autre part, lorsque l'Etat considère sa supervision comme un droit exclusif, car il outrepasse les limites de manière intéressé, nous entrons alors dans le domaine du monopole de l'enseignement.
De même, je ne nie pas à l'Etat le droit d'exiger pour ses membres (*Angehörigen*) un certain niveau de connaissances, et jusqu'à présent, il est nécessaire pour l'atteindre de pratiquer l'enseignement obligatoire. Aussi importants que je considère les droits des parents sur leurs enfants, je ne peux pas les considérer comme illimités, quand les enfants doivent rester sans protection devant les abus et la violence parentaux. Il n'est sur Terre aucun droit restreint, un droit restreint pour les parents est de priver leurs enfants de leurs droits. L'Etat a, avec l'Eglise, un droit de tutelle pour ce genre de cas, où les parents trahissent leurs droits et responsabilités vis-à-vis de leur enfant. Les parents doivent apporter à leurs enfants les soins du corps et ceux appropriés pour l'esprit, et s'ils ne donnent pas comme au représentant de Dieu les soins minimaux pour le corps et l'esprit, alors l'autorité spirituelle et laïque, dans laquelle nous rendons hommage à la représentante de Dieu, doit assumer leurs enfants dans le droit chemin. Quiconque est familier avec la situation de tant d'enfants dans les sections les plus pauvres et les plus dépravées du peuple, doit rejeter le principe d'une domination absolue des parents sur les enfants, qui serait équivalente au plein arbitraire vis-à-vis des enfants, comme inhumaine. **Cependant c'est aussi de l'absolutisme dur, un asservissement mental et spirituel, quand l'Etat maltraite –si j'ose dire – le droit subsidiaire.** Cela va dans sa nature d'avoir le droit de ne jamais exiger un certain niveau le plus bas de l'éducation de tous les enfants, il faut toujours veiller à ce que les droits et les responsabilités des parents envers les enfants, aussi à l'égard de l'éducation religieuse des enfants, soient exercés. Le droit de dominer l'Ecole n'est pas inclus, ni de l'influence au niveau politique, ni de l'utiliser pour implanter chez les enfants le point de vue de l'orientation dominante/gouvernante. Tel est le plan du libéralisme moderne; - Cela est également le but de l'école « sans confession » (laïque ?). Mais cette démarche anéantit toute liberté d'enseignement et

d'apprentissage, elle fait de l'Ecole le monopole de l'Etat, elle veut subordonner l'esprit du Peuple au Parti, elle commet un véritable crime contre les parents et les enfants. De cette façon, l'école est une institution officielle de la corruption du peuple.]

Dès lors, il nous faut répondre à la question suivante : lorsque W. E. von Ketteler invoque le « *droit subsidiaire* » (il n'est même pas certain qu'il s'agisse dans ce contexte de droit subsidiarire *de* l'Etat) et la liberté de l'Eglise en matière d'instruction, avec quel discours est-il en dialogue ? S'agit-il d'un « élément de langage » spécifiquement catholique ?

3. Hypothèse et recherches de nouvelles données lexicologiques

Dans la mesure où nous avons établi l'origine pandectiste de la notion de subsidiarité de l'action de *in rem verso*, c'est-à-dire un emprunt par la doctrine française de la notion de *subsidiarité* développée par des juristes héritiers de la doctrine savignienne du droit romain, dans la mesure également, où W. E. von Ketteler a lui-même été l'étudiant de Savigny pendant deux années à l'Université de Berlin, nous avons décidé de réorienter nos recherches vers les œuvres de F. K. von Savigny et plus largement vers les œuvres de la science juridique allemande dans le domaine du droit civil. Nous nous sommes rapidement rendu compte que cette limitation était impossible : l'occurrence est régulière dans des dizaines d'ouvrages de la science juridique allemande du 19e siècle.

La locution *subsidiäre/s Recht* est un reformulant (MORTUREUX, 1997), du *Römische Recht* (droit romain), elle désigne (sous l'angle d'une qualité, être *subsidiaire*) le *Corpus Iuris Civilis* entendu comme source du droit *subsidiaire* en Allemagne, et ce jusqu'à 1900. Par conséquent, nous avons retrouvé des occurrences de *subsidiäre/s Recht* dans des dizaines d'ouvrages de la doctrine allemande portant sur le droit public, sur le droit civil ou le droit des gens allemands du début du 19e siècle jusqu'aux juristes allemands les plus illustres du début du 20e siècle comme Otto von Gierke (1841-1921) ou Paul Laband (1838-1918).

Nous avons identifié la locution figée *das Prinzip der Subsidiarität* dans des revues juridiques, économiques, sociales, dès les années 1860. La substantivation est très précoce, dès 1810, ainsi que dans un ouvrage majeur de Robert von Mohl (1829). Nous l'avons également retrouvée à partir des années 1880, dans les premiers commentaires sur la législation sociale mise en œuvre par Bismarck, en particulier chez le célèbre publiciste Paul

Laband, ainsi que, de manière beaucoup plus précoce encore, dans les motifs de lois et décrets des différents Etats allemands (Württenberg, …) en matière d'administration judiciaire. Les occurrences sont régulières en domaine juridique, dans les deux branches de l'Ecole historique du droit, c'est-à-dire chez les « romanistes » (Georg Friedrich Puchta), mais également chez les « germanistes » (Jacob Grimm), et de manière plus régulière encore chez les « positivistes » (Georg Jellinek, Rudolf von Jhering, Paul Laband, Karl von Gerber). L'emploi s'est aussi étendu dans les ouvrages fondamentaux de la science économique allemande et surtout dans les ouvrages des auteurs membres de l'Ecole historique d'économie dirigée par Gustav Schmoller, Adolph Wagner et Lujo Brentano. Elle est régulière chez tous les juristes et économistes secondaires qui gravitent autour de ces deux écoles.

3.1. Constitution du premier corpus

Le corpus que nous avons pu réunir n'est en aucun cas exhaustif. Par ailleurs, il est problématique pour une raison essentielle : les données réunies sont essentiellement des emplois par des auteurs secondaires de la doctrine juridique allemande, dont les œuvres sont passées dans le domaine public, à l'inverse des œuvres des principaux théoriciens du droit, de la sociologie ou de l'économie historiques. Pour nous procurer ces derniers ouvrages, indisponibles dans les bibliothèques françaises, nous avons dû nous rendre en Allemagne (Francfort-sur-le-Main) et les parcourir sans appui informatique (nous n'avons que quelques occurrences).

Les occurrences présentées ci-dessous sont un échantillon de nos résultats. Il a été sélectionné, non en fonction d'une pertinence notionnelle ou de l'importance académique des auteurs, mais à partir de critères morphologique et historique, afin de montrer que la forme adjectivale est régulière, surtout en proxémie avec *das Recht*, mais aussi avec d'autres substantifs, dont la valeur sémantique permet de faire l'hypothèse d'une diffusion de la notion tout au long du 19e siècle. Nous avons également sélectionné des formes attestées du substantif, ainsi que de la locution *das Prinzip des Subsidiarität* en fonction des critères précédemment évoqués (surtout pour des motifs diachroniques). Nous consacrons la partie III à une première reconstruction de l' histoire de la notion (ou plus précisément de la formule), à partir des données lexicales recueillies dans les ouvrages des principaux théoriciens du droit allemands du 19e siècle (en particulier Savigny), ainsi que chez les membres de la *NationalÖkonomie* (Ecole historique d'économie) et de lectures secondaires.

Les données ont été récoltées à partir de quatre sources: comme pour les occurrences de *subsidiarité* en langue française, nous avons interrogé le fond bibliographique numérisé de la Bibliothèque Nationale de France (BNF). S'agissant d'ouvrages passés, pour la plupart, dans le domaine public, le fond de la BNF est relativement conséquent, en vertu du dépôt légal obligatoire encadré depuis 1810. Elle détient également plusieurs œuvres originales en langue allemande. Cependant, ce fond étant encore trop parcellaire, il nous a fallu rechercher à partir d'autres sources. La *Deutsche Nationale Bibliothek* n'offre pas les mêmes services que la BNF. Depuis la France, il est impossible d'accéder aux ouvrages numérisés, ni mêmes aux notices. Par ailleurs, elle ne recense numériquement que le fond publié après 1913.

Toutefois, certaines des œuvres des auteurs majeurs sont disponibles numériquement, depuis le fond des *Deutsches Textarchiv* (DTA) « pour un corpus de référence en nouvel haut allemand » (*Grundlage für ein Referenzkorpus der neuhochdeutschen Sprache*) dépendant de la *Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*. Ce fond nous a été d'un grand secours, dans la mesure où il est entièrement numérisé et surtout, à l'instar du CNRTL, permet en ligne, de calculer fréquences et proxémie d'unités lexicales isolées. Ce fond est essentiellement constitué d'ouvrages littéraires, historiques et juridiques, préalablement sélectionnés par des équipes de chercheurs. Le portail du DTA indique :

> « Le corpus noyau est composé d'environ 1300 œuvres numérisées, comprenant des textes de différentes disciplines et types de textes, qui ont été regroupées dans le but de saisir l'éventail complet de la langue allemande et de créer ainsi un corpus historique de référence équilibrée dans la langue allemande. Comparé à d'autres vastes collections de textes accessibles depuis internet comme Google Books, Wikisource ou le Projet Gutenberg-DE, le DTA diffère par la sélection rigoureuse des textes ainsi que par la précision de détection très élevée, le traitement structurel et linguistique des données et la fiabilité des métadonnées. »

Le fond du *Projet Gütenberg-DE*, riche de 8000 œuvres littéraires, ne nous a effectivement pas été d'un grand secours puisqu'il ne recense pas d'ouvrages du domaine juridique. Après vérification, nous avons uniquement relevé des occurrences de *subsidien*, *subsidiengeld*, en particulier dans les écrits de Frédéric II de Prusse, ainsi que dans des ouvrages de Ranke et de von Clausewitz, essentiellement consacrés au domaine de la guerre (l'allemand a conservé, dans son lexique spécialisé, une forme de *subsidium*, actuellement disparue en français, dont l'emploi est toujours réservé au domaine militaire). Cependant, nous n'y avons trouvé aucune occurrence de *subsidiär/e*, *Subsidiarität* ou *Subsidiaritätsprinzip.*

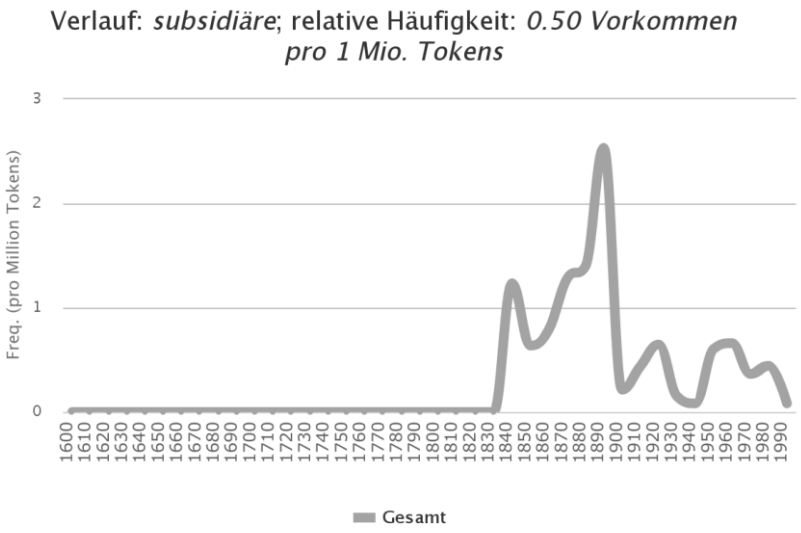
En plus des données extraites du DTA, nous avons disposé également des sources numérisées

et gratuites de quelques oeuvres depuis la *Bayerische Staatsbibliothek*.

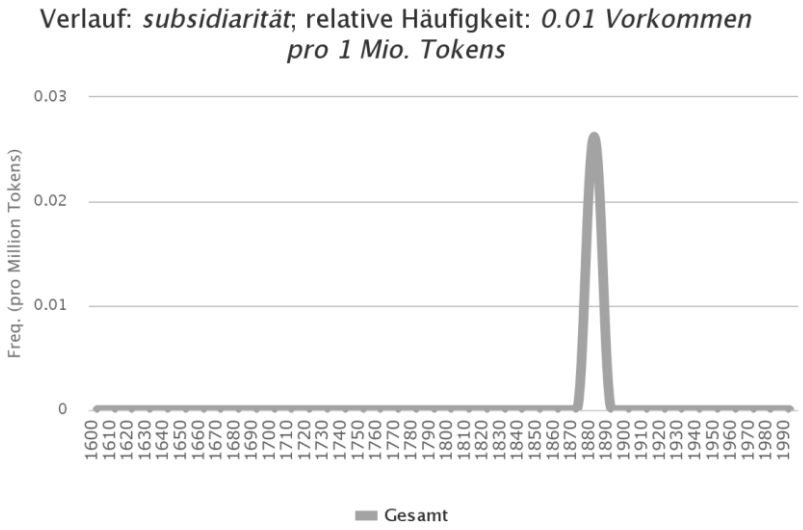
Il faut également mentionner la pertinence de *Google Books*, qui nous a permis de retrouver une somme relativement importante d'ouvrages numérisés dans les éditions originales allemandes. La plupart de ces numérisations sont le fruit du fond documentaire d'universités américaines (Massachussetts, Michigan) et anglaise (Oxford). Enfin, nous avons pu consulter en ligne le fond numérisé de l'Université de Harvard, par l'intermédiaire du portail Internet Archive. A la différence de Google Books, ce fond compte des ouvrages considérés commes majeurs de la doctrine allemande. Nous y avons retrouvé l'essentiel des œuvres de Savigny, Eichhorn, Puchta, Laband, Stein, Gerber, Jhering, Jellinek, Rosin, mais aussi Ketteler, Windthorst, … La seule difficulté de cette ressource est qu'elle n'autorise pas une recherche par occurrence, car une grande partie des œuvres n'ont pas été océrisées. Il en va de même pour nombreux ouvrages de la BNF.

Une première vue représentative de l'emploi de la locution *subsidiäre/es/en Recht/s de* l'adverbe, du substantif et de l'adjectif depuis le fond DTA

Les données graphiques ci-dessous, obtenues à partir du DTA nous offrent une premièrevue représentative de l'emploi des unités en langue allemande. Ainsi, pour l'emploi de l'adjectif et de l'adverbe :



D'après ce graphique, calculant la fréquence d'emploi de *subsidiäre*, nous observons que l'unité est attestée depuis les années 1830, et qu'elle fait l'objet d'un emploi intensif à la fin des années 1890 et que ce dernier chute brutalement à partir des années 1900. Nous avons procédé la même recherche pour *Subsidiarität*, et avons obtenu les résultats suivants :



L'emploi de la forme est attesté, mais de manière plus circonscrite à la même période de forte augmentation de la forme *subsidiäre*. Elle disparaît ensuite totalement des sources à partir des années 1900, ce qui est logique puisque le fond ne recense que très peu de textes du 20e siècle.

Nous nous sommes ensuite intéressé au contexte proxémique des deux formes. Par chance, les outils lexicométriques fournis par le DTA permettent d'obtenir le contexte gauche et droit des unités. Voici les résultats que nous avons obtenus pour l'adjectif *subsidiäre(s/en)* et pour l'adverbe *subsidiär* :

1:	[beseler_volksrecht_1843:63]	… welche für ihre Lehre die Bedeutung des gemeinen	**subsidiären**	Rechts mit Erfolg in Anspruch nahm; auch …
2:	[beseler_volksrecht_1843:107]	… beruht die Auffassung des römischen Rechts als eines	**subsidiären**	, welches stets in subsidium, zur Aushülfe …
3:	[beseler_volksrecht_1843:108]	… dem jus romanum die Bedeutung eines gemeinen,	**subsidiären**	Rechts für sich in Anspruch, doch so …
4:	[beseler_volksrecht_1843:109]	… Form des Instituts es ist, um deren	**subsidiäre**	Geltung es sich handelt.
5:	[beseler_volksrecht_1843:246]	… betrachtet man es namentlich in seiner Bedeutung als	**subsidiäres**	Recht, so stellt sich der schlimme Uebelstand …
6:	[beseler_volksrecht_1843:341]	… Land ganz von dem gemeinen Recht in seiner	**subsidiären**	Geltung abschloß, und jede Bewegung in der …
7:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:248]	… Postwesens vollständig zu tragen , in anderen nur	**subsidiär**	, nämlich nur soweit, als auf den …
8:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:250]	… Einrichtungen existierten, wurden die öffentlichen Fronden nur	**subsidiär**	in Anspruch genommen.
9:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:340]	… der Kirche, während der weltliche Arm nur	**subsidiär**	eingriff.
10:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:352]	Daneben hat schon das salische Recht	**subsidiäre**	Ladungsformen entwickelt.
11:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:357]	… Lex Burgundionum und das bairische	**subsidiäre**	richterliche Ladung.

12:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:392]	… Rechtsstreite freier und unbescholtener Männer regelmässig nur zu	**subsidiärer**	Anwendung, nämlich dann, wenn ihnen der …
13:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:414]	… ist . Freigelassene werden bei den Burgundern nur	**subsidiär**	, bei den Franken wenigstens nicht gegen Freie …
14:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:424]	… einbringt (ad ineum admallare), als	**subsidiäres**	Beweismittel des Beklagten, wenn er die erforderliche …
15:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:426]	… in igneum mittere . Sie wendet es nur	**subsidiär**	an bei Freien, die, weil nicht …
16:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:436]	…, c. 1, welche statt des Zeugenzweikampfs	**subsidiär**	die Kreuzprobe zulässt, in dem Cap. leg. …
17:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:467]	… von der Pfändung schlechtweg ausgeschlossen oder dürfen nur	**subsidiär**	, nämlich in Ermangelung anderer Pfändungsobjekte, gepfändet …
18:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:490]	… oder der Sippe oder dem Leibherrn zusteht,	**subsidiär**	, wenn nämlich jene sie unterlassen, von …
19:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:490]	…, so verfällt sie nach einer Satzung Rotharis	**subsidiär**	der arbiträren Bestrafung des Königs . Der diebische …
20:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:491]	… gedungen wurde . Nachmals findet sich mitunter eine	**subsidiäre**	Vollstreckungspflicht der Gemeinden, während hie und da …
21:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:498]	… bei den Langobarden die ursprünglich als prinzipale oder	**subsidiäre**	Strafe eintretende Verknechtung in exekutive Schuldknechtschaft verwandelt .
22:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:585]	… friesischen Volksrechte haftet der Anstifter eines Todschlags nur	**subsidiär**	und zwar nur für ein Drittel des Wergeldes …
23:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:585]	Die	**subsidiäre**	Haftung tritt ein, wenn der Todschläger flüchtig …
24:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:612]	…, verhängen Burgunder und Langobarden die Verknechtung als	**subsidiäre**	Strafe.
25:	[brunner_rechtsgeschichte02_1892:677]	…, die sich an einen Knecht hing,	**subsidiär**	oder vollständig an sich gezogen.
26:	[gerber_staatsrecht_1865:221]	… zu verkehren, liegt die stillschweigende Uebernahme einer	**subsidiären**	Garantie für die durch pflichtwidrige Ausübung der ihm …
27:	[gerber_staatsrecht_1865:221]	Sie ist daher eine	**subsidiäre**	, -- was freilich sehr bestritten ist.
28:	[laband_staatsrecht0301_1880:206]	Die Landsturmpflicht ist demnach ein generelle und	**subsidiäre**	Dienstpflicht, die letzte und allgemeinste Verwirklichung der …
29:	[laband_staatsrecht0301_1880:244]	…Pension) fortbestehen, ebenso aber auch eine	**subsidiäre**	Dienstpflicht und die Pflicht eines der Standesehre entsprechenden …
30:	[laband_staatsrecht0301_1880:245]	Alle mit Pension verabschiedeten Offiziere haben noch eine	**subsidiäre**	und beschränkte Dienstpflicht, indem sie im Nothfalle …
31:	[laband_staatsrecht0301_1880:323]	Die Militairlasten treten immer nur	**subsidiär**	ein, wenn durch die Umstände zu einer …
32:	[laband_staatsrecht0301_1880:329]	Die Verpflichtung zur Quartierleistung ist eine	**subsidiäre**	Last, welche nur dann eintritt, wenn …

33:	[laband_staatsrecht0301_1880:341]	… alle Militairlasten ist aber auch diese Verpflichtung eine	**subsidiäre**	.
34:	[laband_staatsrecht0301_1880:354]	… Militairlasten entsprechend ist die Verpflichtung zu Kriegsleistungen eine	**subsidiäre**	, die nur soweit geltend gemacht werden darf …
35:	[laband_staatsrecht0301_1880:367]	… und unbegränzten Umfang der Last entspricht der ganz	**subsidiäre**	Charakter derselben; ihre Erfüllung soll nur " …
36:	[rohde_psyche_1894:711]	… δῆμοι durch Kleisthenes nach den τόποι, nur	**subsidiär**	nach den κτίσαντες: Aristot. Aθ. πολ. …
37:	[schwappach_forstpolitik_1894:231]	… welche keiner der sonstigen Formen angehören, besteht	**subsidiär**	: c) die Gemeindekrankenkasse; diese ist …
38:	[schwappach_forstpolitik_1894:236]	Man hat also hier zur	**subsidiären**	Gemeindekrankenversicherung gegriffen, die Forstarbeiter sind aber trotzdem …
39:	[stein_verwaltungslehre02_1866:370]	… beruht bei der Armenunterstützung jedoch nur auf einer	**subsidiären**	Hülfsverpflichtung des Ganzen für den Theil, da …
40:	[wilamowitz_aristoteles02_1893:300]	… sehr geringes gewicht haben, also immer nur	**subsidiär**	zugezogen werden können. aber es ergibt sich …
41:	[wilamowitz_aristoteles02_1893:301]	… umgerechnet und verschoben überkommen, dass er nur	**subsidiär**	herangezogen werden kann. zu grunde liegen aber …
42:	[dilthey_geisteswissenschaften_1883:117]	…, um ihn dann morgen wieder aufzunehmen und	**subsidiär**	jedes Gemeinbedürfniß zu befriedigen die Tendenz hat.
43:	[jhering_recht0201_1854:326]	… es ihm nicht einmal mit sogenannten dispositiven (	**subsidiären**	, die Autonomie ergänzenden) Bestimmungen zu Hülfe …
44:	[laband_staatsrecht0302_1882:47]	… des Reichsgerichtes ist in diesem Falle daher eine	**subsidiäre**	, nur in Ermangelung eines Verwaltungsgerichtshofes begründete; …
45:	[laband_staatsrecht0302_1882:51]	… in Ansehung der in Rede stehenden Personen nur	**subsidiäre**	Geltung und es folgt hieraus, daß nicht …
46:	[laband_staatsrecht0302_1882:60]	… des Reichsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wäre nur eine	**subsidiäre**	, durch den thatsächlichen Verzicht der einzelnen Staaten …
47:	[laband_staatsrecht0302_1882:135]	… Konsulatsgerichten anhängig sind, Anwendung, jedoch nur	**subsidiär**	d. h. soweit nicht die Gebühren der Rechtsanwälte …
48:	[laband_staatsrecht0302_1882:173]	… für jedes auf Verhängung einer Strafe gerichtete Verfahren	**subsidiär**	in Anwendung gebracht werden kann, sondern sie …
49:	[laband_staatsrecht0302_1882:191]	… kommt, so daß die gesetzliche Verpflichtung nur	**subsidiär**	geltend gemacht wird.

50:	[laband_staatsrecht0302_1882:205]	… . Als allgemeiner Grundsatz ist festzuhalten, daß	**subsidiär**	, d. h. soweit nicht durch besondere Anordnung …
51:	[laband_staatsrecht0302_1882:208]	… bereits erwähnt worden ist, eine generelle,	**subsidiäre**	Befugniß zur Vertretung des Reichsfiskus zusteht; daneben …
52:	[laband_staatsrecht0302_1882:286]	… das Bundesgesetz v. 8. Juli 1868 betreffend die	**subsidiäre**	Haftung des Brennerei-Unternehmers für Zuwiderhandlungen gegen die Branntweinsteuergesetze …
53:	[laband_staatsrecht0302_1882:341]	… solvent sind, weil in den Matrikularbeiträgen eine	**subsidiäre**	und alle Bedürfnisse umfassende Einnahmequelle von unbeschränktem Umfange …
54:	[laband_staatsrecht0302_1882:342]	Nach der Reichsverfassung sollten daher die Matrikularbeiträge nur	**subsidiär**	zur Erhebung kommen, d. h. falls der …
55:	[savigny_system08_1849:269]	…, nach welchem das örtliche Recht des Wohnsitzes	**subsidiäre**	Gültigkeit haben sollte für alle Fälle, in …
56:	[stein_verwaltungslehre07_1868:105]	… ausgesprochene Entwährung den Charakter und die Stellung einer	**subsidiären**	Verwaltungsmaßregel haben muß.
57:	[stein_verwaltungslehre07_1868:355]	… Grundsatz, daß das amtliche Entschädigungsverfahren erst als	**subsidiäres**	Verfahren einzutreten hat, daß aber in diesem …
58:	[wilamowitz_tragoedie_1889:148]	… δραματικόν. in den dramen tritt diese bezeichnung	**subsidiär**	neben der παράγραφος auf, die noch häufiger …
59:	[bluntschli_voelkerrecht_1868:217]	… an den Stat hat ihren Grund in der	**subsidiären**	Pflicht des States, das Leben seiner Angehörigen …
60:	[bluntschli_voelkerrecht_1868:266]	… des fremden States ihrem Wesen nach nur eine	**subsidiäre**	Rechtshülfe ist.
61:	[bluntschli_voelkerrecht_1868:269]	Dieser dagegen ist verpflichtet, selber	**subsidiär**	oder unter Umständen sogar gleichzeitig neben dem Hauptverpflichteten …
62:	[bluntschli_voelkerrecht_1868:378]	… feindliche Gewalt die Abtretung erzwungen hat, dafür	**subsidiär**	einzustehen.
63:	[laband_staatsrecht01_1876:291]	Das Reich tritt nur	**subsidiär**	zur Lösung des Conflictes ein.
64:	[laband_staatsrecht01_1876:336]	… aber nicht geben, da die Central- Abtheilung	**subsidiär**	alle Geschäfte zu erledigen hat, welche nicht …
65:	[laband_staatsrecht01_1876:362]	… der Central-Abtheilung des Reichskanzler-Amtes kraft ihres universellen und	**subsidiären**	Geschäftsauftrages obliegen würden.
66:	[laband_staatsrecht01_1876:462]	… auf Schadensersatz verjährt; ob der Beamte nur	**subsidiär**	oder direct haftet; ob Mitglieder collegialischer Behörden …
67:	[mayer_verwaltungsrecht02_1896:434]	… Oertel a. a. O. sagt, eine "	**subsidiäre**	".
68:	[menger_volkswirtschaftslehre_1871:293]	… auch in manchen andern Fällen (bei allen	**subsidiären**	Leistungen), die obige Frage practisch wird …
69:	[sachs_botanik_1875:566]	…, während die sonstige Sauerstoffaufnahme ihm nur als	**subsidiäre**	galt, so entschädigte doch dafür die entschiedene …
70:	[stein_handbuch_1870:372]	… besteht, muß das Recht der Gewerbeordnungen als	**subsidiäres**	Recht gelten.
71:	[stein_handbuch_1870:414]	… und Verfahren gegenüber dem reinen Erfindungsrecht nur einen	**subsidiären**	Charakter hat.
72:	[stein_verwaltungslehre04_1867:217]	… daraus der Satz, daß jede Verlassenschaftspflege nur	**subsidiär**	stattfinden soll.
73:	[brunner_rechtsgeschichte01_1887:237]	… salischen Franken statuiert in einer berühmten Stelle eine	**subsidiäre**	Haftung der Magschaft, falls nämlich der Totschläger …

74:	[brunner_rechtsgeschichte01_1887:238]	… ihn niemand auslöst . Vermutlich beschränkte sich diese	**subsidiäre**	Haftung auf die Erbenbusse, während die Magbusse …
75:	[brunner_rechtsgeschichte01_1887:241]	… die Verwandten, die einen Vormund ernennen,	**subsidiär**	haften, wenn er aus der Vormundschaftsverwaltung ersatzpflichtig …
76:	[brunner_rechtsgeschichte01_1887:291]	Aber schon sehr früh hat sich ein	**subsidiärer**	Schutz des Königs zu Gunsten der Fremden ausgebildet …
77:	[heckert_schulgesetzgebung_1847:170]	… Allg. L.-R., in Kraft eines nicht blos	**subsidiär**	, sondern allgemein gültigen Gesetzes, nur mit …
78:	[heckert_schulgesetzgebung_1847:441]	… 29. l. c. A. L.-R. nur als eine	**subsidiäre**	Vorschrift für solche Fälle ein, wo dem …
79:	[laband_staatsrecht02_1878:99]	… oder daß ihnen die Anordnung von Ausführungs-Bestimmungen nur	**subsidiär**	übertragen ist, d. h. soweit nicht der …
80:	[laband_staatsrecht02_1878:126]	Ein Reichsgesetz kann jedoch seine Vorschriften als	**subsidiäre**	oder eventuelle aufstellen, so daß sie also …
81:	[laband_staatsrecht02_1878:126]	… Landesgesetze verweist und seine eigenen Anordnungen als nur	**subsidiäre**	erkennbar macht.
82:	[laband_staatsrecht02_1878:126]	Ueber die	**subsidiären**	Vorschriften des H.-G.-B's. vgl.
83:	[laband_staatsrecht02_1878:126]	… Fällen übrigens hat das Reichsgesetz seine Bestimmungen als	**subsidiäre**	erklärt, dennoch aber die Landesgesetzgebung ausgeschlossen, …
84:	[laband_staatsrecht02_1878:131]	Diese Kompetenz der Einzelstaaten tritt also überall	**subsidiär**	ein, wo es an einem die Kompetenz …
85:	[laband_staatsrecht02_1878:156]	… begrifflich reguläre Weg der Reichsgesetzgebung nur ausnahmsweise oder	**subsidiär**	eingeschlagen werden . Er unterscheidet sich von dem …
86:	[laband_staatsrecht02_1878:258]	… dieser ausschließlichen Kompetenz der Reichsgesandten steht denselben eine	**subsidiäre**	oder eventuelle zu, indem sie die Sonder-Interessen …
87:	[laband_staatsrecht02_1878:258]	… Hofe bestehende Reichsgesandtschaft kraft der ihr zustehenden allgemeinen	**subsidiären**	Kompetenz ipso iure den Geschäftskreis der Landesgesandtschaft überkömmt …
87:	[laband_staatsrecht02_1878:258]	… Hofe bestehende Reichsgesandtschaft kraft der ihr zustehenden allgemeinen	**subsidiären**	Kompetenz ipso iure den Geschäftskreis der Landesgesandtschaft überkömmt …
88:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:126]	… Nebengesetzen des Reiches auch den Kollektivpersönlichkeiten vielfach auferlegte	**subsidiäre**	Haftung für die zunächst den Schuldigen treffenden Geldstrafen …
89:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:192]	Diese	**subsidiäre**	Aushülfsregel und nicht mehr spricht §. 73 StGB …
90:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:199]	2. Die	**subsidiäre**	Haftung dritter Personen für die von dem Schuldigen …
91:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:200]	Wesentlich verschieden von dieser	**subsidiären**	, nicht strafrechtlichen Haftung ist die primäre rein …
92:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:465]	… hervor, so daß §. 328 StGB.	**subsidiär**	anwendbar bleibt.
93:	[liszt_reichsstrafrecht_1881:484]	… konstruierenden Theoretiker interessantesten Rechtsinstitute ist die regelmäßig wiederkehrende	**subsidiäre**	Haftung dritter unschuldiger Personen für die von dem …
94:	[mohl_staatswissenschaften_1859:272]	-- Ueber die	**subsidiäre**	Verpflichtung des Staates zur Entschädigung, s. § …
95:	[mommsen_roemische03_1856:529]	… Wesentlichen im ganzen Umfang des römischen Reiches allgemein	**subsidiäres**	Recht geworden, indem man die mannigfaltigen Localstatuten …

96:	[mommsen_roemische03_1856:530]	Die	**subsidiäre**	Anwendung des Stadtedicts in dem Fremdengericht in Rom …
97:	[mommsen_roemische03_1856:530]	… angemessene Grenzen zu setzen, etwa auch die	**subsidiäre**	Anwendung desselben neben den Localstatuten zu reguliren.
98:	[stein_verwaltungslehre05_1868:137]	… als ein staatliches Institut, sondern als eine	**subsidiäre**	Anstalt aufgefaßt wird.
99:	[stein_verwaltungslehre05_1868:155]	… Schulgemeinden zur Tragung der Schullast; Staatshülfe nur	**subsidiär**	; wenn das Fehlende nicht durch Umlagen aufgebracht …

100:	[wilamowitz_aristoteles01_1893:218]	… ist sehr wichtig, dass für den archon	**subsidiär**	der könig eintritt oder ein andrer aus dem …
101:	[wilamowitz_aristoteles01_1893:231]	Selbstverständlich tritt in solchem falle die polizei nur	**subsidiär**	ein, wenn oder so lange die angehörigen …
102:	[wilamowitz_aristoteles01_1893:264]	…, d. i. das προξενεῖν eines einzelnen Atheners	**subsidiär**	eintreten müssen. tatsächlich sind solche fälle seit …

3.2. Nos observations

Ces premières données méritent quelques remarques. Premièrement, l'emploi de la forme s'observe chez un nombre limité d'auteurs, chez lesquels il est systématique. Deuxièmement, les contextes gauche et droit attestent que pour 18 des 102 occurrences relevées, les deux unités sont employées en coocurrence avec *Recht*, et ce, dès 1843. Nous trouvons également à trois reprises, les deux cooccurrents en figement : *subsidiäres Recht*, une fois sous la plume de Georg Beseler en 1843 (*Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig), une autre sous celle de Mommsen en 1856 (*Römische Geschichte*. Bd. 3: Von Sullas Tode bis zur Schlacht von Thapsus. Leipzig), la dernière sous celle de Lorenz von Stein en 1870 (*Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland; als Grundlage für Vorlesungen*, Stuttgart). Nous trouvons également, dans un même ouvrage de G. Beseler, deux fois le syntagme *subsidiaren Rechts*, c'est-à-dire l'emploi au pluriel (les *droits subsidiaires*). Nous trouvons également *subsidiäre Rechthülfe* (les droits d'assistance), féminin pluriel, chez Bluntschli. En conséquence il faut faire l'hypothèse que *subsidiäres Recht* ne désigne plus seulement une propriété du droit romain, mais une notion qui s'étend progressivement et à la faveur du développement du droit et de la science juridique allemands.

Georg Beseler et Lorenz von Stein sont juristes, Theodor Mommsen est considéré comme l'un des plus importants historiens de la Rome antique du 19e siècle. En fait, les auteurs recensés sont essentiellement des juristes allemands illustres, en dehors de Schwappach et Sachs, tous deux botanistes (Sachs fonde « l'histoire de la botanique »), de Willamowitz-Moellendorf et Rohde, tous deux philologues allemands généralement rattachés à la philosophie

nietzschéenne, du philosophe Wilhelm Dilthey et du fondateur de l'Ecole économique autrichienne, Carl Menger. Treize auteurs sont donc juristes, dont un Autrichien (Heinrich Brunner) et un Suisse (Johann Caspar Bluntschli) précurseur du fédéralisme suisse. Tous partagent les mêmes caractéristiques : une grande partie d'entre eux ont été à la fois juristes et hommes politiques, en particulier von Liszt, le cousin du compositeur, mais aussi Robert Mohl, Friedrich Carl von Savigny, Lorenz von Stein (qui a été conseiller au Japon, plutôt rattaché à l'Ecole hégélienne), Gerber, Bluntschli, et sont à rattacher directement à l'Ecole historique du droit fondée par von Hugo et F. C. von Savigny. L'occurrence, dont l'emploi est massif chez Savigny, se diffuse y compris chez ses héritiers critiques (formalistes) et devient systématique chez Georg Beseler, Paul Laband et Heinrich Brunner. Le DTA n'indique que quelques occurrences dans les œuvres d'Otto Mayer, Rudolf Jhering, et Gerber, mais l'emploi chez ces auteurs est beaucoup plus important que ne le laissent supposer les données du corpus-noyau à partir duquel nous avons fait la première investigation.

Si nous observons de nouveau les résultats obtenus à partir du fond DTA, nous remarquons que la cooccurrence avec *Recht*, *Volkrecht*, *Römischen Recht*, si elle est régulière dans la première partie du relevé, se dissipe au profit d'autres cooccurrents : *Gesetz* (loi) (12 fois), *Person*, *Personnen*, *Kollektiv**persön**lichkeiten* (8 occurrences), *Gericht* (tribunal), *Staat* (6 fois), *Kompetenz* (4 fois) : *subsidiären Kompetenz*, chez Paul Laband. Nous l'observons également en proxémie des dérivés de *Hilfe* : *Hülfe* (assistance), *Staatshülfe* (aide de l'Etat), *Aushülfe*, *Rechtshülfe, Hülfsverpflichtung* associé avec des dérivés de *arm*, *Armen* (pauvre, les pauvres) : *Armenunterstützung* (l'aide, l'assistance aux pauvres) et *die Kirche* (l'Eglise).

Néanmoins, le fait le plus significatif est la fréquence quasi proportionnelle avec *Recht* de la coocurrence avec *das Pflicht* (le devoir, l'obligation, l'engagement) et de ses dérivés, qui apparaissent à dix-sept reprises : *Vollstreckungs**pflicht***, ***pflicht**widrige Ausübung*, *Landsturm**pflicht***, *subsidiäre Dienst**pflicht***, *subsidiäre und beschränkte Dienstp**flicht***, *Ver**pflicht**ung (6 occurrences)*, *Hülfsver**pflicht**ung*, *subsidiäre **Pflicht** des States, ist ver**pflicht**et*, *dem Hauptver**pflicht**eten*, *ersatzpflichtig*, dans des contextes d'emplois variés : le domaine militaire (la conscription obligatoire), de l'Etat (l'aide obligatoire), le devoir *subsidiaire* de l'Etat. L'emploi de *subsidiaire* se généralise avec des emplois relatifs aux problématiques sociales, économiques et politiques, non seulement chez les théoriciens de la *NationalÖkonomie* (les socialistes de la Chaire) comme Gustav Schmoller, mais, apparemment, chez l'ensemble des historiens du droit, tout au long du 19e siècle.

Les relevés effectués sur la base de l'unité substantivée *subsidiarité* atteste l'emploi de la forme chez Paul Laband :

1:	[laband_staatsrecht0301_1880:354]	Aus der	**Subsidiarität**	der Kriegslasten ergiebt sich ferner die Regel, ...
2:	[laband_staatsrecht0302_1882:192]	... Umstände es erfordern; hierin liegt die Anerkennung der	**Subsidiarität**	der gesetzlichen Begutachtungspflicht.

Nous avons vérifié avec l'œuvre traduite en français précédemment évoquée, il s'agit bien de la même forme : *subsidiarité* de la loi et ailleurs de l'Etat.

Nous allons le voir dans le détail, les formes *Subsidiarität* et *das Prinzip der Subsidiarität* ne sont pas des néologismes catholiques mais des néologismes juridiques. Par ailleurs, l'adjectif est déjà employé par des auteurs qui discutent les relations entre l'Eglise et de l'Etat (ou des Etats) en matière d'assistance aux pauvres. A partir des années 1880, les données augmentent pour des raisons politiques, en lien avec le vote des lois sociales bismarckiennes. Il devient alors très difficile de faire la distinction entre œuvres « catholiques » et œuvres « juridiques », non parce que tous les juristes sont catholiques (au contraire) mais parce que les catholiques les plus influents sont juristes, économistes (Lujo Brentano, Heinrich Pesch), sociologues ou hommes politiques, et sont, malgré certaines contradictions que nous soulèverons dans la partie III, très proches de la conception juridique organiciste développée par Savigny.

Les seuls auteurs allemands importants chez lesquels nous ne retrouvons pas l'adjectif, ni le substantif, sont Edouard Ganz et Wilhelm. F. Hegel, y compris dans sa *Philosophie du droit*.

C'est donc en recensant les unités dans le corpus de l'Ecole historique du droit que nous avons pu établir une filiation non seulement morphologique mais surtout conceptuelle entre la *subsidiarité* catholique et la *subsidiarité* juridique. L'origine de la forme n'est pas catholique. Cela dit, les occurrences sont repérables chez les membres du *Königswinterers Kreis* (groupes d'économistes catholiques, dont la rédaction de l'encyclique pontificale leur est attribuée[66]). Ces théologiens économistes sont essentiellement ordolibéraux : ils participent donc de

[66] Barroche, s'appuyant sur de nombreuses données bibliographiques, explique que « Quadragesimo Anno *est le fruit d'une élaboration collective. Comme pour tout texte engageant l'Eglise en tant que telle, le mode opératoire répond à des codes éprouvés : le Pape fixe les directives générales et fait part de ses intentions ; puis, il fait travailler des experts et revoit la version finale avant de la promulguer. S'agissant de* Quadragesimo Anno*, c'est au père Wladimir Ledochowski, le général jésuite à Rome, qu'a été confiée la direction des travaux préparatoires. Il choisit de s'entourer de quatre spécialistes reconnus : Albert Muller, Georges Desbuquois, Pierre Danset et Oswald von Nell Breuning. Les trois premiers sont francophones ; ils ont rédigé les parties I et III de l'encyclique* […]. *Le quatrième est un jésuite allemand, membre du groupe d'économistes de Königswinter ; il a rédigé la partie II, celle que nous étudions ici.* » (BARROCHE, 2012 : 99).

l'élaboration de la seconde Ecole d'économie historique. Le *solidarisme* dont ils se réclament, initié par Heinrisch Pesch à la fin du 19e siècle, est une contribution catholique du socialisme de la Chaire. Ajoutons que Pesch était étudiant de Gustav Schmoller.

Nous avons retrouvé les occurrences (adjectif, substantif) chez Rudolf Stammler, le théoricien du « droit juste » et des standards, ainsi que chez Georg Jellinek et Rudolf Jhering. Le substantif et l'adjectif sont systématiques également chez les acteurs de la seconde Ecole d'économie historique, Werner Sombart, Max Weber et Heinrich Braun, puis les principaux membres du courant économique ordolibéral Walter Eucken, Wilhelm Röpke ou Adam Müller-Lamarck.

3.3. Principale hypothèse pour la réduction du corpus : l'emploi chez Savigny

La première occurrence de *subsidiäres Recht,* que nous avons identifiée, date de 1750. La cooccurrence de *subsidiäre/s Recht* est systématique. Nous avons donc supposé qu'elle constituait une unité terminologique.

Nous avons en revanche opté pour une hypothèse de travail et concentré nos recherches à partir des premières occurrences chez Carl Friedrich von Savigny. Pour plusieurs raisons : premièrement, nous ne l'avons pas retrouvée chez Gustav von Hugo, le principal fondateur de l'Ecole historique du droit. Pour une seconde raison : à la lecture des œuvres de Savigny et à la lumière de son influence sur la doctrine juridique allemande à partir de 1810, il nous semble qu'il contribue à faire subir à la notion de *droit subsidiaire,* initialement simple reformulant du *droit romain,* une modification sémantique très importante. *Subsidiäres Recht* s'étend au domaine de la « philosophie politique » et devient, non plus seulement un concept juridique, mais aussi et surtout un mot d'ordre politique. En effet, sous sa plume, le *droit subsidiaire* n'est plus une catégorie juridique descriptive, elle ne désigne plus exclusivement *le droit romain*, droit commun de l'Empire allemand, mais devient une notion politique, dans un contexte politique très précis : le Congrès de Vienne (1814).

La première forme attestée (l'une des cinq rencontrées dans l'ouvrage de Savigny) date de 1814 et se trouve dans un ouvrage célèbre, élaboré en réponse au publiciste Thibault, dans une polémique nationale qui oppose les partisans d'une codification du droit civil allemand contre les partisans d'une réhabilitation du droit romain comme droit subsidiaire commun. Cet

ouvrage est intitulé *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (De la vocation de notre époque pour la législation et la science du droit)* (1814). Cet ouvrage est reconnu comme étant le manifeste de l'Ecole historique du droit, mais n'a été traduit en français qu'en 2006, par Alfred Dufour. Nous reproduisons ci-dessous une numérisation de l'édition originale (1814) :

(144) welcher beide Gesetzbücher hervorgiengen: der Code sollte schnell fertig seyn, um manches drückende Uebel aus der Revolution zu mildern, und um alles auf gleichen Fuß zu setzen, während das Landrecht blos mit dem Zweck und dem Gefühl, etwas treffliches zu leisten, ohne äußere Noth, die dazu drang, bearbeitet wurde. Was ich als einen zweyten großen Vorzug des Landrechts betrachte, ist das Verhältniß desselben zu den localen Quellen; es sollte blos als subsidiarisches Recht an die Stelle des „Römischen, gemeinen Sachsen- und andrer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten" [1]), und alle Provincialrechte sollten fort bestehen, aber auch binnen drey Jahren zu besonderen Gesetzbüchern verarbeitet werden [2]). An-

Alfred Dufour (2006 : 90) traduit le passage de la manière suivante :

(145) « Le Code [Napoléon] devait être rapidement terminé pour atténuer certains des maux les plus graves résultant de la Révolution et pour tout mettre sur pied d'égalité, alors que le Code prussien a été élaboré avec pour seul objectif et dans l'unique sentiment de réaliser une œuvre parfaite sans la pression d'une nécessité extérieure. **Ce que je considère comme la seconde supériorité majeure du Code prussien réside dans son rapport avec les sources locales ; il devait simplement entrer en vigueur comme droit subsidiaire « *au droit romain, au droit commun saxon et aux autres droits et lois subsidiaires*[67]»** et tous les droits provinciaux devaient rester en vigueur, pour être à leur tour réélaborés dans un délai de trois ans en Codes spéciaux. » (SAVIGNY, 2006 : 90-91)

[67] Il est très important ici d'observer que Dufour a traduit littéralement un passage du décret de publication, seulement cité par Savigny : le Code Prussien de 1794 mentionne explicitement la notion de « lois subsidiaires ».

3.4. Le droit romain comme droit commun subsidiaire

Nous avons observé que, traditionnellement la doctrine juridique allemande emploie l'adjectif *subsidiär* associé à *das Recht*, comme un reformulant de « droit romain ». En 1809, on désigne déjà le *Corpus Iuris Civilis* romain, à l'instar le Code prussien (1794), comme *subsidiaire* :

(146) c) Das *römische* Recht war für ganz Deutschland, und das *preuſsische* Gesetzbuch für den preuſsischen Staat nur *Subsidiargesetzbuch*.
d) Wenn *Locré* a. a. O. sagt: le conseil ôta aux dispositions anciennes relatives *à des cas non prévus par le*

Dans son *Histoire du Droit romain au Moyen-Age*, Savigny explique également :

(147) « Le droit Lombard était le droit du pays et le droit romain n'était consulté que comme **droit subsidiaire**. » (SAVIGNY, 1839 : 132)

(148) « Il ne resterait donc que les coutûmes de Paris, de Bretagne et de Normandie. Mais là encore le droit romain était le droit commun, car les établissements de Saint Louis reconnaissent son autorité, et d'ailleurs, il n'y avait pas d'autre *droit subsidiaire*. » (SAVIGNY, 1839 : 128)

Cette reformulation du droit romain comme *droit subsidiaire* est très régulière chez les membres de la doctrine allemande, elle encore employée en 1898, dans les *Bürgliches Geseztbuch nebst Einführungsgesezt* :

(149) « *Das römische Recht wurde nur als subsidiäres Recht eingeführt.* » [Le droit romain était présenté uniquement comme un droit subsidiaire.] (1898).

Et au 20e siècle :

(150) « Jahrhunderts als überpositives, das positive überwältigende Recht zu, sondern nur als subsidiäres Recht, wie es auch von Savigny verstanden wurde. » (MANIGK Alfred, 1914)

(151) « Hierbei sollte man sich vergegenwärtigen, dass nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland die Pandekten den Status von Rechtsquellen hatten und dass das römische Recht insgesamt mit gewissen Einschränkungen subsidiäres Recht darstellte. » [Il convient de garder à l'esprit qu'après la réception du droit

romain en Allemagne, les Pandectes avaient le statut de source du droit, et que le droit romain, dans l'ensemble, et malgré quelques limites, représentait un droit subsidiaire.] (SCHMIDT, 1976 : 91)

En France, la notion de « sources juridiques subsidiaires » (*jus subsidiarium*) est connue de la doctrine juridique et spécialement la thèse savignienne, depuis la première moitié du 19e siècle[68] :

Le droit exotique ainsi adopté, peut l'avoir été d'une manière absolue, ou seulement comme complément du droit indigène (*jus subsidiarium*).

Toutefois l'usage d'un droit subsidiaire ne peut jamais être nécessaire, puisque cette nécessité impliquerait contradiction avec l'existence d'une organisation juridique chez le peuple où elle se manifesterait.

L'admission de sources juridiques subsidiaires a un inconvénient inévitable; c'est de faire négliger la connaissance des principes du droit indigène et de mettre obstacle au perfectionnement et au développement de ce droit. La conviction qu'un recueil étranger présente une description fidèle et une déduction exacte des règles de droit généralement reconnues, peut seule maintenir l'idée d'un droit subsidiaire et en justifier l'usage (30).

(30) Il ne serait pas sans intérêt de rechercher à quelle époque les jurisconsultes sont arrivés à l'idée d'un droit subsidiaire, idée étrangère à l'antiquité et même à beaucoup de peuples modernes.

Parmi les nouvelles législations, la législation française et la législation autrichienne présupposent une source juridique subsidiaire, sans déterminer suffisamment ce dont il faut faire usage à ce titre. Voyez de Savigny, *l. c.*, p. 73 et 107.

(152)

[68] FALCK, 1841 : p. 35 et 226.

L'érection des universités et la nouvelle impulsion que reçut ainsi l'étude du droit romain ne contribuèrent pas peu à sa diffusion progressive.

Cependant le recueil du droit romain n'était point encore reconnu au xve siècle comme un droit subsidiaire, dans l'acception nouvelle de ce mot. La disposition même de l'ordonnance de la chambre impériale de justice de 1495, portant qu'on jugerait suivant le droit de l'empire et le droit commun (*nach des Reichs und gemeinen Rechten*), n'avait pas le sens qu'on a voulu y trouver plus tard (141).

---

p. 351-394 de la 4e édit. Voy. aussi C. F. G. Meister, *Select. opuscul. sylloge* II, p. 15-37; Lappenberg, *Ueber die erste Verbreitung der Kenntniss des römischen Rechts in Niedersachsen und andern nördlichen Ländern* (Comment la connaissance du droit romain a commencé à se répandre dans la Basse-Saxe et autres pays du Nord), dans le *Civ. Mag.* de Hugo, t. VI, p. 198.

(141) Voy. Eichhorn, *l. c.*, t. III, p. 334. L'ordonnance de la chambre impériale a si peu voulu prescrire, à cet égard,

Nous n'avons toutefois pas pris les occurrences françaises de droit subsidiaire comme corpus d'étude. Depuis Google Books et Gallica, nous avons pu extraire 298 occurrences dans les *Œuvres contenant les traités de droit français* (1830) et les *Traités sur différentes matières de droit civil* (1781) du romaniste français Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Les occurrences sont très régulières. Toutefois, l'occurrence de *Subsidiarität* apparaissant en Allemagne, à la faveur de la place qu'y occupe le droit romain au 19e siècle, nous avons délaissé les occurrences françaises pour nous concentrer sur les occurrences allemandes.

En langage juridique allemand, comme en français, le syntagme *subsidiäres Recht* et ses variantes ont depuis longtemps une fonction descriptive : il synthétise les rapports entre plusieurs ordres juridiques, dans un territoire où plusieurs ordres juridiques coexistent. D'autres reformulations de droit romain ou du *Corpus Iuris Civilis* sont employées : la forme allemande *gemeindes Recht* c'est-à-dire comme droit commun, *allgemeines Recht* comme droit général ou la forme latine *jus commune*, lui font concurrence, en fonction de la qualité sur laquelle les juristes entendent insister. Ces dernières formes mettent l'accent sur le caractère unifiant du droit romain. La formulation *subsidiäres Recht* met au contraire l'accent sur le caractère secondaire, auxiliaire, de simple recours, du droit romain dans ses relations avec les ordres juridiques particuliers (territoriaux) de l'Empire. Nous développerons donc la thèse suivante : la notion « inversée » circonscrite par l'occurrence *subsidiarité* en contexte allemand, catholique et pontifical, provient de l'acception juridique de *subsidiaire* en allemand. La notion catholique est non seulement marginale au début du 19e siècle en Allemagne, mais elle relève bien de ce que Pêcheux nomme une « formation discursive », ou

de ce que Dufour reformule comme :

> « Ces échos de mémoire ne sont pas seulement d'ordre sémantique, mais proviennent de la reproduction/transformation d'un type d'agencement énonciatif dans des séries de discours [et] en fait une marque de fabrique ancrée dans l'interdiscours qui produit des effets d'interpellation. » (DUFOUR, 2006)

L'emploi de *droit subsidiaire* par Ketteler s'inscrit dans une stratégie argumentative : il renvoie directement, dans un article rédigé à l'attention de Bismarck, au respect par ce dernier, non seulement des droits de l'Eglise, mais au respect des droits de la nation allemande, c'est-à-dire au respect des différentes composantes germaniques et en premier lieu à sa composante catholique. Tactique, parce que la doctrine de Savigny, juriste prussien, est la « philosophie officielle » de l'Empire allemand.

Chapitre 8

La subsidiarité : un mot d'ordre de l'Ecole historique allemande ?

La relation entre droit romain et droit territoriaux est déjà interrogée au 18e siècle, en particulier en Prusse et en Autriche, dans la mesure où ces Etats du Saint-Empire, les deux plus puissants, se dotent de Codes civils. Cependant, nous n'avons pas observé d'emplois massifs et extensifs au domaine politique et économique, avant 1827. Le saut qualitatif s'opère avec la publication de l'opuscule de Savigny, lorsque la forme devient progressivement une notion « *plus politique que juridique* », ne désignant plus seulement un caractère du droit romain mais celui de l'Etat. L'emploi de l'adjectif reste dans bien des cas coocurrents avec *römisches Recht*, mais s'en émancipe également. Avec Savigny, le maintien du droit romain commun et subsidiaire, ne relève pas seulement de l'observation, mais de la revendication. Son plaidoyer contre la codification s'appuie sur un rejet de l'évolution qu'a subit l'ordre juridique français après la Révolution de 1789 :

> « La révolution avait en effet détruit en même temps que l'ancienne Constitution de la France une gande partie de son droit civil, l'une et l'autre plus par une aveugle aversion contre l'ordre établi et par une attente excessive et insensée d'un avenir incertain que par la mirage d'un nouvel état de chose tenu pour plus parfait. » (SAVIGNY, 2006 : 77)

A l'inverse :

> « […] La délivrance de l'oppression de la nation allemande […]. Les Princes peuvent à nouveau agir selon leur conviction et mettre leur honneur du temps dans la recherche du bien commun. […]. » (SAVIGNY, 2006 : 49)

Savigny, pour lequel « le Code [Napoléon] a pénétré en Allemagne et s'y est répandu comme

un cancer » souhaite réaffirmer :

> « [la] grande multiplicité et spécificité des droits particuliers, avec pour base partout le droit commun qui rappellait toujours aux tribus germaniques leur indissoluble unité. » (SAVIGNY, 2006 : 71)

Dans son *Traité de Droit Romain,* traduit et publié en français en 1859, Savigny plaide pour le rétablissement du droit romain :

> « Si l'usage du droit romain était réhabilité parmi nous, le plus grand mal qu'ait fait le nouveau Code se trouverait réparé, je veux dire la séparation absolue qui isole la pratique des théories scientifiques du droit commun, et lui retire une source féconde de progrès, le commerce de pensées avec les jurisconsultes des temps antérieurs et des nations étrangères. » (DUFOUR, 2006 : XXIX)

La notion de *subsidiarité* du droit romain, catégorie descriptive chez la doctrine juridique devient sans doute un mot d'ordre. Si la branche germaniste (Jacob Grimm) de l'Ecole historique du droit met davantage l'accent sur le rejet du droit romain et la promotion du droit spécifiquement germanique, la revendication d'une *subsidiarité* du droit général commun demeure et avec elle l'opposition contre une unification du droit et la disparition des coutumes locales. Leur emploi de *subsidiäres(-isches) Recht*, mais également l'apparition de variantes *subsidiäres Staat*, *Subsidiarität der Staat*, *prinzip der Subsidiarität* en témoigne.

1. La thèse de Savigny et l'occurrence chez ses disciples

De 1814 à 1830, Savigny a travaillé à compiler les principales sources de droit romain, avec son disciple Jacob Grimm. La thèse du romantisme juridique allemand, plus particulièrement celle de Savigny est la suivante : réhabilitation du droit romain, du *ius commune* s*ubsidiaire*, norme unifiante, à laquelle l'on ne se réfère que lorsque les sources locales n'appportent aucune solution à un litige. A l'inverse d'un *Code civil* unifié, Savigny lui oppose l'idée d'une unification juridique subsidiaire, qui laisse coexister la pluralité des sources juridiques (féodales, territoriales, ecclésiastiques), seul terreau propice à l'unité nationale allemande. Nous retrouvons, avec cette hypothèse, l'idée d'une « unité dans la diversité », si caractéristique de discours subsidiaristes catholiques et européens. Nous retrouvons également la « notion inversée ».

Ce débat traverse toute l'Allemagne au 19e siècle, puisque le Code civil allemand (BGB) n'a été promulgué qu'en 1900 (il reste d'ailleurs très attaché à la notion de subsidiarité, nous le verrons plus bas). En outre, et c'est ce nous paraît le plus important, la notion de *subsidiarité* s'élargit progressivement, en lien avec la construction de l'Etat-Nation allemand. Rapidement, l'adjectif ne désigne plus une qualité du droit romain, mais un mode d'action de l'Etat, spécialement dans les domaines du droit et de l'économie. Nous n'avons pas retrouvé le substantif chez Savigny. Toutefois, certains membres de la doctrine allemande pointent que la notion est essentiellement savignienne (la conception savignienne de la *subsidiarité* du droit romain), comme Georg Beseler (1809-1888), Wilhelm Eduard Wilda (1800-1856), dans un numéro du *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* (Journal pour le droit et la science du droit allemands) de 1845 :

er darauf antrug, den Städten und Dörfern ihre uralte Gerichtsbarkeit zurückzustellen und jeder Stadt und jedem Amt einen oder zwei gelehrte Gerichtsbeisitzer beizugeben, auch den Parteien sowohl als den Gerichten die Actenversendung an die Juristenfacultät oder an ein besonderes Consulenten-Collegium wieder zu gestatten. Dieses Gutachten kam in der Kammer nicht mehr zum Vortrage, und wurde daher von dem Verfasser durch den Druck bekannt gemacht. Da indessen die der neuen Organisation zu Grund liegende Trennung der Rechtspflege von der Polizei als ein Fortschritt gelten könnte, so fand Griesinger mit seinen Gegenvorschlägen wenig Anklang. Aber auch die von ihm getadelte Einrichtung der neuen Oberamtsgerichte mit ihren bürgerlichen Beisitzern hat sich seither als unzureichend gezeigt, und wird es bleiben, so lange nicht eine einfachere Gesetzgebung Männern aus dem Volke einen würdigen Antheil an der Rechtspflege möglich macht und für diese selbst eine Form gefunden ist, welche, wie dieß neuerdings bei den Handelsschiedsgerichten der Fall, elende Streitsucht niederhält, statt sie zu befördern.

Den Antrag des Abgeordneten Schott auf Einführung eines Gesetzbuchs in deutscher Sprache unterstützte Griesinger, nur wollte er nach Savigny'scher Ansicht die Subsidiarität des römischen Rechts in dem neuen Gesetzbuche anerkannt (also gleichsam verewigt!)

(153) 29 *

En 1839, *subsidiäre* qualifie encore chez George Beseler[69] (plus de 25 occurrences dans cet

[69] REYSCHER A. L., WILDA W. E., BESELER G., STOBBE O., *Zeitschrift für deutsches recht und deutsche rechtswissenschaft. In verbindung mit vielen gelehrten hrsg.*, dr. A.L. Reyscher [etc.], 1 janvier 1839, O. Wigand.

ouvrage, ici p. 30 et 340), le *droit romain* :

Damit, daß wir dem römischen Rechte, wie dem s. g. deutschen Rechte nur subsidiäre Anwendbarkeit geben, ist diese Frage nicht gelöst, nicht einmal umgangen; denn auch die bedingt anwendbare Regel setzt einen Grund ihrer Verbindlichkeit voraus, die gemeinrechtliche Regel eine gemeinrechtliche Verbindlichkeit. Selbst die Frage über bedingte oder unbedingte Anwendbarkeit des gemeinen Rechts ist daher nicht geradezu zu bejahen oder zu verneinen, vielmehr zwischen einem formell und materiell gemeinen Rechte zu unterscheiden, indem ein Theil der gemeinen Rechtsquellen allerdings die Vermuthung der Anwendbarkeit für sich hat, während bei einem anderen, und zwar dem größeren Theile, dieß nicht der Fall ist. Diese Unterscheidung ist

(154)

benef. ordinis in Nov. IV. Im ältern deutschen Rechte stritt die Vermuthung für die correale Haft, dagegen später für die subsidiäre Verbindlichkeit, was darin auch seinen Grund haben mag, daß man in jener Zeit bei der Auslegung von Verträgen strenge auf die Worte sah, jetzt aber mehr die Absicht der Contrahenten berücksichtigt. So kam es denn auch, daß das justinianeische Recht den Vorzug erhielt, und sogar in mehreren

(155)

Il en va de même dans son ouvrage de 1840, *Die Lehre von den Erbverträgen : Besondere Arten des Erbeinsetzungsvertrags* :

Wenn nun in Ehestiftungen dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht bedungen worden ist, so kann die Frage entstehen, nach welchen Grundsätzen es beurtheilt werden muß, ob nach denen des römischen Rechts, oder nach denen, welche als die Regel für das statutarische Erbrecht der Ehegatten gelten? — Viele werden nun wohl geneigt seyn, stets das römische Recht als die subsidiäre Rechtsquelle herbeizuziehen, und nach dessen Bestimmungen den Inhalt des Vertrags zu beurtheilen. Allein hiergegen läßt sich einwenden, daß jene Erbgebühr unabhängig vom römischen Recht, und zum Theil im offenbaren Gegensatz zu demselben sich entwickelt hat; denn von den Fällen, wo die Portion der armen Wittwe zur Anwendung kommt, ist hier natürlich nicht die Rede. Es ist *

(156)

En revanche, chez Friedrich Julius von Stahl[70], *subsidiär* (ici l'adverbe) désigne bien l'action et le droit de l'Etat :

II. Abschn. VI. Kap. Staatsrecht und Staatswissenschaften. 59

als der Verfassung. Nur das Civilrecht fällt dennoch nicht in den Begriff des Staatsrechts, weil es den Staat überhaupt (nicht bloß seinen Bestand, sondern auch seine Thätigkeit) zunächst gar nicht betrifft, sondern Gesetze für Verhältnisse enthält, die abgesehen vom Staate bestehen und ohne ihn befolgt werden sollen, bey denen er nur subsidiär einschreitet, wenn sie nicht befolgt wurden, und ein Theil es fordert*).

(157)

De la même façon, chez Robert von Mohl, dans son ouvrage de 1832, la *Science de la Police* (*Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*), on retrouve l'adverbe :

404

Daß bei dieser Wichtigkeit der Anstalt der Staat subsidiär verbunden ist, Straßen zu errichten und zu erhalten, kann natürlich keinem Zweifel unterliegen. Die Frage ist nur die, ob die Willigkeit und Fähigkeit der Privaten zu solchen Anlagen erst in Anspruch genommen werden soll? Diese Frage erledigt sich nun allerdings in den meisten Staaten von selbst, indem Privatunternehmungen dieser Art bei der großen Kapitalanlage einer, und dem nur mäßigen Verkehre anderer Seits undenkbar sind [2]). Allein selbst in den seltenen Fällen, in welchen etwa die Sache an und für sich nützlich wäre, treten zwei sehr bedeutende Gründe für die unmittelbare und

(158)

Dans les *Lübeckische Blätter* (Feuilles de Lübeck) en 1862, il est déjà question de l'aide temporaire et seulement *subsidiaire* de l'Etat :

[70] STAHL F. J. VON, *Die philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1837, p.59.

(159) Nur subsidiär und zur Aushülfe wollte somit der Staat eintreten. Ebendeßhalb aber muß die Aufgabe unserer Finanzmänner, wenn sie den Willen ihres Mandanten, des Staats, richtig auslegen und befolgen wollen, dahin gehen, soviel wie möglich den ursprünglichen und eigentlichen Charakter des Unternehmens zu wahren und den Staat nur subsidiär, keinenfalls aber weiter, als durchaus nöthig, in Mitleidenschaft zu ziehn.

2. La première forme de *Subsidiarität*

La première occurrence de *die Subsidiarität*, que nous avons pu identifier, est attestée en 1810 dans un ouvrage d'un juriste de l'Université de Heidelberg, Karl Ignaz Wedekind (1766-1837), intitulé *Geist der Zeit in eine pragmatischen Darfstellung der Merkwürdigsten Ereignisse in der physischen, moralischen, litterarischen und politischen Welt* (*L'Esprit du temps dans une vision pragmatique des événements les plus remarquables dans le monde physique, morale, littéraire et politique*). Il a toutefois été publié par la maison d'édition catholique Herder :

— 119 —

Rechtes gegen andere Rechte *), mit Repertorien **) und diesem

buche des Codex Napoleon für Staatsdiener und Bürger in alphabetischer Ordnung. Düsseldorf.

B. M. und F. G. Pfeifer Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte. Göttingen.

Fr. Lassaulx die Gesetzgebung Napoleons dargestellt und kommentirt. 1te Abtheilung. Privatrecht. 1ter B. Koblenz.

K. F. Schmid kritische Einleitung in das gesammte Recht des Französischen Reichs. 1r B. Hildburghausen.

Uebersetzungen von den beiden schätzbaren Französischen Kommentarien:

J. B. Maleville Kommentar über das Gesetzbuch Napoleons, oder gründliche Entwickelung der Diskussion dieses Gesetzbuchs im Staatsrathe.

J. G. Locré Geist des Gesetzbuchs Napoleons aus der Verhandlung geschöpft, mit Rücksicht auf die neueren gesetzlichen Verfügungen; verdeutscht. Von Ernst Müller und Franz Stickel. Gießen.

Angekündigt wurden:

Code Napoleon commenté par Mangeret. Paris.

Commentar über das gemeine Deutsche Civilrecht und die neuern Deutschen und Französischen statutarischen Gesetzbücher von G. Hufeland. Landshut. 6 Bde.

*) Franz Schömann Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons und Justinians aus sämmtlichen Quellen und nach ihrem Subsidiaritäts-Verhältnisse in Vergleichung mit dem Preußischen Landrechte. Gießen und Wetzlar.

Les Institutions de Iustinien comparées au code civil des Fr. par Lassaulx in dessen Journale. Jahrgang II, H. 1. 3. 4.

(160)

Ici aussi, la *subsidiarité* nous paraît liée avec la question de la codification, le passage étant consacré à l'analyse du Code Napoléon dans ses relations avec le Code justinien.

Elle est identifiable également en 1827, page 73, dans un ouvrage de Wilhelm Butte, intitulé Allgemeine Wissenschafts Ansichten, mit *besondere Beziehung auf Staats- und Kameralewissenschaft in ihren neuesten, noch vielfältig zu verbessen zustande* [Les relations particulières des sciences de l'Etat et des sciences camérales, dans leurs nouvelles matérialisations et diversifications].

(161) Als das Römische Recht in vielen Staaten das Civil-Gesez war, und fast in allen eine Subsidiarität hatte, auf welche man um so häufiger rekurriren mußte, da die vaterländischen Gesezze und Gewohnheits-Rechte noch so höchst unvollkommen waren, als ferner der teutsche studiosus juris das weitläuftige teutsche Staats-Recht, den Reichs-Prozeß, ein jus privatum principum, ein sehr komplizirtes Lehn-Recht, ein jezt durch Konkordate ungemein abgekürztes jus canonicum zu hören, und in alle dem strenge Prüfung zu bestehen hatte, damals reichte freilich das triennium academicum kaum hin den cursum juridicum zu absolviren. So ist es heute offenbar nicht mehr, und so soll es wenigstens nirgends mehr seyn. Frei-

En 1823, dans un livre de Johann Samuel Ersch, *Handbuch der deutschen Litteratur seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts bis auf die neuesten Zeit* :

(162)

93 I) An sich. Ohne bes. Rücks. Privatr., deutsches im Allg. 94

neuern gesetzl. Verfügg. verdeutscht v. (E.) Müller, Gladbach u. (Fr.) Stickel. *Giess.*, Tasché u. Müller. 1s u. 2s H.; letzteres revid. u. m. e. Vorr., nebst erläuternden Anmerkk. v. (L.) Harscher v. Almendingen. 808-9. 8. (2 Thl.) 3-4s H. 811-12. (à 1 Thl.)

861. Jac. Maleville's Commentar üb. d. Gesetzb. Napoleons; a. d. Franz. m. prakt. Erläuterr. so wie m. vielen Urtheilen verm., d. üb. wicht. Rechtsfragen, d. nach d. Gesetzb. Napoleons erlassen werden mussten, in Frankreich erlassen worden sind, v. W. Blanchard. *Colln*, Keil. 808-9. 4 Bde. 8. (9 Thl.)

862. Bch. W. Pfeiffer u. F. G. Pfeiffer: Napoleons Gesetzbuch nach sn. Abweichh. v. Deutschlands gem. Rechte; erläut. durch d. öffentl. Verhandll. üb. d. Gesetzentwurf. *Gött.*, Dieterich. 808-10. 2 Bde. 8. (4 Thl. 12 gr.)

863. Fr. Schöman's Erläuter. d. Civilgesetzgebb. Napoleons u. Justinians; a. sämmtl. Quellen u. nach ihrem Subsidiaritäts-Verhältn. in Vergl. mit d. Preuss. Landrechte. *Giess.* u. *Wetzl.*, Tasché u. Müller. 1s H. 808. gr. 8. (20 gr.)

864. Fr. Lassaulx: d. Code Napoleon dargestellt u. commentirt; od. d. Gesetzg. Napoleons d. u. c. *Cobl.*, Pauli. 1-4r B. 809-15. 8. (7 Thl. 20 gr.)

865. J. N. F. Brauer's Erläuterr. üb. d. Code Napoleon u. d. Grossherzogl. Badische Gesetzgeb. *Carlsr.*, Müller. (*Frkf. a. M.*, Hermann.) 809-13. 5 Bde. gr. 8. (12 Thl.)

866. Cp. Ch. Daselow's ausführl. theoret.-prakt. Commentar üb. d. Code Napoleon. *Lpz.*, Schwickert. 1r u. 2r Bd. 810-11. 4. (8 Thl. 12 gr.)

867. E. Spangenberg's Commentar üb. d. Code Napoleon. *Gött.*, poleon als Badisches Landrecht erhalten hat. *Heidlb.*, Mohr u. Zimmer. 809. gr. 8. (5 gr.)

870. K. Fr. Fd. Bucher's systemat. Darstell. d. im Königr. Westphalen gelt. Napoleonischen Privatrechts. *Halle* u. *Berl.*, Waisenhausbh. 809. 2 Bde. 8. (2 Thl. 8 gr.)

871 a). Ant. Bauer's Lehrb. d. Napoleonischen Civilrechts. *Berb.*, Krieger. (809.) 2e A. *Eb.* 812. gr. 8. (1 Thl. 12 gr.)

871 b). *Eb.* Beytrr. z. Charakteristik u. Kritik d. Code Napoleon. *Eb.* 1e Abth. 810. 8. (20 gr.)

872. F. Bergmann's Lehrb. d. Privatrechts d. Codex Napoleon. *Gött.*, Vandenhöck. 810. 8. (2 Thl.)

873. K. Grolman's ausführliches Handb. üb. d. Code Napoleon; z. Gebr. wissenschaftl. gebild. deutscher Geschäftsmänner entw. *Giess.* u. *Darmst.*, Heyer. gr. 8. 1-2r B. 810. 3r B. 812. (à 2 Thl. 20 gr.)

(Vgl. oben Nr 660-61.)

4) Privatrecht der übr. Länder ausserh. Deutschland.

874. Bern s. oben *Schnell* Nr 739.

875. Em. Kellmen: Institutt. iur. priv. *hungar.* *Pesth*, Trattner. 814. 3 V. gr. 8. (8 Fl.) — Epitome. *Ofen.* 819. gr. 8.

876. J. v. Jung's Darstell. d. *ungar.* Privatrechts. *Wien*, Bauer. 818-19. 5 Bde. gr. 8. (9 Thl.)

877. Institutionen des *russ.* Rechts auf allerhöchsten Befehl v. d. Gesetzcommiss. herausg. u. für d. Ostsee-Provinzen z. Behuf d. Darstell. ihres Particular-Rechts deutsch bearb. 1r B. Personen-Recht. *St. Petersb.* u. *Lpz.*, Gnohloch. 819. gr. 8. (1 Thl. 12 gr.)

2. Einzelne Theile des Pri-

En 1829, nous avons également retrouvé la forme chez Robert von Mohl, publié dans un ouvrage collectif associant des grands noms de l'Ecole historique du droit, dont von Wächter, p. 300 :

Kaste bleiben würde. — Der Verf. will dagegen, daß das Bestehende, wie es ist, aufgefaßt, dem Volke immer näher gebracht, unter dessen stetem Einflusse und Mitwirkung allmählig durch Modificationen, Zusätze, Ausmerzungen u. s. w. immer volksmäßiger und vollkommener ausgebildet, und auf diesem Wege nach und nach die Subsidiarität der fremden Rechte abgeschafft werde. Zu dem Ende schlägt er vor a.) Abfassung von populären, für das Bedürfniß des zu richterlichen Geschäften berufenen schlichten Bürgers und Bauern paßlichen, Handbüchern des jetzt geltenden Rechtes; b.) einzelne neue Ge-

(163)

Il existe bel et bien un emploi attesté de *Subsidiarität*, de trente années antérieures à la première occurrence française. Toutefois, il est ici question de « droit des gens « (droit des étrangers, la subsidiarité du droit des étranger). D'autres occurrences plus intéressantes chez Mohl sont discutées dans la partie III.

Dans un ouvrage de Karl Albert Schneider, datant de 1834 et intitulé *Die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts* : *eine civilistische Abhandlung*, l'occurrence revient aux pages 442, 444, 448 et 452. Elle désigne encore, nous semble-t-il, une propriété du droit romain (qui s'applique dans de nombreux Etats allemands jusqu'en 1900) :

Die Hauptbeweisstelle nun für die Subsidiarität der querela inofficiosi ist

§. 2. J. de inofficioso testamento II. 18.

Ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad hereditatem venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt.

Außer dieser Stelle finden sich nur noch einzelne solche, die bloße Hindeutungen über die allgemeine Subsidiarität unserer Klage enthalten [82]). So ist es denn gekommen, daß ein sehr achtungswerther neuerer Jurist auf den Grund einiger anscheinend widersprechender Stellen jene Subsidiarität der Querel zu einer nur bedingten, d. h. zu einer solchen, die bloß gegen gewisse einzelne Rechtsmittel Statt finde, gemacht hat. Wir halten aber nicht nur dieß für unrichtig, sondern glauben auch, daß

(164)

Wäre hier wirklich ausgesprochen, wovon Bluntschli ausgeht, daß der Kläger zwischen der querela inofficiosi testamenti und der hereditatis petitio aus der Intestatsuccession, zu der es wegen des testamentum irritum und ruptum käme, stets ohne Weiteres die freie Wahl habe, so müßte man sich wohl gefallen lassen, um nur keinen offenbaren Widerspruch zu erhalten, daß die oben abgedruckte Institutionenstelle auf eine nur bedingte Subsidiarität beschränkt werde, so gewaltsam das an und für sich auch wäre. Aber dieses Nothbehelfes bedarf es hier durchaus nicht; denn Ulpian spricht entweder gar nicht von einer electiven Concurrenz der querela inofficiosi mit der hereditatis petitio, oder doch nicht von einer solchen, die den Grundsätzen der allgemeinen Subsidiarität widerstreitet.

448 Zweiter Theil. Die einzelnen allg. subsid. Rechtsmittel.

zuerst verhandeln will, so kann das unbeschadet der Subsidiarität geschehen, weil zwar die angestellte hereditatis petitio in Folge des testamenti rupti oder irriti zur Zeit und für immer völlig begründet ist, aber bei dieser die Beklagten durch Berufung auf die ihnen zu verstattende bonorum possessio secundum tabulas noch vor der Restitution der Erbschaft von dem Kläger eine Cautionsleistung dahin erwirken können, daß er die ihm zu restituirende Erbschaft nach Agnoscirung der genannten bonorum possessio wieder herausgeben wolle; also darnach die Wirkung der begründeten und auch mit Erfolg durchzusetzenden hereditatis später wieder vernichtet werden, mithin ihre Begründung auch die Anstellung der Querel nicht hindern konnte. Fragen wir aber,

452 Zweiter Theil. Die einzelnen allg. subsid. Rechtsmittel.

testamentarischen Erben und den Legataren, versteht sich mit Ausschluß des Falsars selbst, der immer als indignus behandelt wird [96]), wie den Intestaterben [97]). Also weil einmal hier nur von einem Verhältniß der Querel zu einem judicium publicum die Rede ist, sodann weil das Verhältniß, wovon die Rede ist, zunächst überall gar nicht die Subsidiarität berührt, auch selbst unter anderer Voraussetzung, als wovon der Kaiser ausgegangen (nämlich unter der des wirklichen Begründetseins des falsum), in ihren Folgen gar nicht zu berühren braucht, gewährt die obige Stelle der Meinung Bluntschli's durchaus gar keine Stütze.

Endlich hinsichtlich des Rescriptes

La fréquence d'emploi de l'unité chez Carl Georg von Wächter, est très frappante ici, p. 14 d'un ouvrage de 1839 :

(165)

2) D. h. es galt in den einzelnen Deutschen Staaten blos in subsidium. Doch hatte zur Zeit des Deutschen Reichs nicht der ganze Umfang des gemeinen Rechtes diese blos subsidiäre Natur. Es ist nämlich mit dem Begriffe eines gemeinen Rechts nicht nothwendig die Subsidiarität desselben verbunden, sondern es kann auch gemeines Recht geben, welches unbedingte Gültigkeit in den einzelnen Distrikten so in Anspruch nimmt, daß ein partikuläres Recht sich gegen dasselbe nicht bilden darf. Theilweise war dieß z. B. der Zweck der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. und ebenso hatten auch manche Reichsgesetze über Privatrecht den gleichen Zweck. Vrgl. z. B. Reichsabschied v. 1498. § 37.

Ueber die Abfassung eines Civilgesetzbuches. §. 117. 1057

formen, sondern sich an denselben ganz anschließen sollte und daß erst bei der Vorlage des Gesetzbuches über die Beibehaltung der Subsidiarität des Römischen Rechts zu entscheiden seyn werde.

Dans un ouvrage du même auteur, en 1842, on retrouve l'unité à la page 39 :

Gewohnheitsrecht. Erfordernisse; Beweis. §. 9. 39

d. Die Subsidiarität des Gew.Rechts gilt nur im Verhältniß zu den Württ. Gesetzen. Allen anderen bei uns geltenden Rechtsquellen, also namentlich dem recipirten Römischen und Canonischen Rechte, geht das bei uns sich bildende Gewohnheitsrecht durchaus vor, so daß durch dasselbe auch absolut gebietende Vorschriften des gemeinen Rechts geändert und aufgehoben werden können [26].

Dans un ouvrage de 1844, aux pages 184, 198-199 :

(166)

dann, wenn nur nicht eine entgegengesetzte Rechtsbildung in dem Particularrecht der Provinz sich entwickelte. Hieraus ergibt sich auch, wie schon oben berührt wurde, dass die Ausdrücke *bedingtes gemeines Recht* für jenes hypothetisch anwendbare Recht, und *unbedingtes gemeines Recht* für das bei Lücken des Particulären sofort eintretende, an jene besondere Voraussetzung nicht gebundene, subsidiäre gemeine Recht, welche namentlich neuerlich wieder Beseler gebraucht, nicht ganz angemessen sind und leicht zu Missverständnissen führen können. Das subsidiäre gemeine, und nicht blos in dem vorhin ausgeführten Sinne hypothetisch anwendbare, Recht ist in seiner Anwendbarkeit auch bedingt, nemlich dadurch bedingt, dass das Particularrecht Lücken hat. Was also Beseler ein *unbedingt gemeines* Recht nennt, ist als gemeines Recht bedingt (d. h. durch die Lückenhaftigkeit des Particularrechts), nur als subsidiäres Recht ist es unbedingt d. h. es tritt bei Lücken des Particularrechtes sofort ein. Es ist also ein gemeines, unbedingt subsidiäres (d. h. an keine andre Bedingung, als diejenige, welche überhaupt in der Subsidiarität liegt, geknüpftes) Recht, aber nicht ein unbedingt gemeines. Denn unbedingt gemeines Recht kann nur dasjenige genannt werden, dessen Anwendbarkeit an gar keine, auf den Inhalt des particulären Rechts sich beziehende, Bedingung geknüpft ist, also das oben S. 13 beschriebene absolute gemeine Recht, von dem nicht blos die Carolina, sondern auch manche andere Reichsgesetze

ters und des Bearbeiters des Rechts aber ist die Frage, was geltendes Recht seyn soll, durch keine unserer Rechtsquellen anheimgegeben worden.

Auch in den Deutschen Reichsgesetzen, welche an die Reception des Römischen Rechts sich anschlossen, und in den Deutschen Landesgesetzen, welche grossentheils ausdrücklich jenes kaiserliche Recht für das subsidiäre Recht erklärten, findet sich keine Beschränkung dieses gemeinen Rechts auf gewisse Rechtstheile und namentlich keine Spur von der Annahme, als ob dieses Recht nur bei denjenigen einzelnen Rechtsinstituten als gemeines Recht gelte, bei welchen eine specielle Reception desselben nachweisbar sey. Die Reichskammergerichtsordnungen, die Reichshofrathsordnung, die Reichsnotariatsordnung von 1512 weisen ganz allgemein auf das Römische Recht in seinem ganzen Complexe als gemeines unbedingt subsidiäres hin [238 b)], und dass noch ins Besondere im Strafrecht dieselbe Stellung des Römischen Rechts von der Carolina ausdrücklich ausgesprochen und auf das Entschiedenste anerkannt werde, wurde schon oben gezeigt.

Was aber den Einfluss der Territorialgesetzgebung, namentlich auf dem Gebiete des Privatrechts, Strafrechts und Prozesses (denn von anderen Rechtstheilen handelte sie in der Regel nicht im Ganzen) betrifft: so wird derselbe gerade bei dieser Frage mit Unrecht ganz übergangen oder übersehen. Wenn irgend bei einer Frage des Deutschen Rechtes, so wäre es zunächst bei dieser am Orte gewesen, einmal zusammenzustellen, was die wichtigeren Territorialgesetzgebungen über sie äussern, und aus dem, was beinahe sämmtliche Particularrechte übereinstimmend festsetzen, auf die allgemeine, gemeinsame Ueberzeugung und auf den Zustand, wie er sich im Ganzen gebildet haben musste, zurückzuschliessen, oder sich wenigstens die Frage zu stellen, welche von den Ländern Deutschlands, in denen noch das ehemalige gemeine Recht gilt, selbst wenn man blos ihr Particularrecht ins Auge fasst, für die Anwendbarkeit einer von einer blos hypothetischen Gültigkeit des Römischen Rechts (in Beselers Sinne) ausgehenden Theorie etwa noch übrig bleiben mögen. Man würde dann finden, dass Theorieen, wie sie Beseler und Kierulff vertheidigen, beinahe für jedes einzelne Territorium sich noch ganz speciell durch den Inhalt seiner betreffenden Landesgesetzgebung widerlegen, dass beinahe alle und namentlich die wichtigeren Deutschen Particularrechte, soweit sie sich auf dem Boden des gemeinen Rechtes überhaupt halten und jene Frage berühren, den Richter bei Lücken des Particularrechts lediglich und ganz allgemein und unbedingt an die geschriebenen gemeinen Rechte oder an die geschriebenen Kaiserlichen Rechte und Reichsordnungen verweisen, also an die Reichsgesetze und das Römische (und Canonische) Recht, dass sie somit die unbedingte Subsidiarität des Römischen Rechts, und zwar als eines in complexu recipirten Rechtes, ausdrücklich anerkennen, und dass diess Einige sogar thun gerade im Gegensatze zu Germanischen Rechten, die in ihrem Kreise bis dahin als subsidiär behandelt wurden.

Wir finden Jenes ebenso bei Norddeutschen wie bei Süddeutschen Particularrechten. Dass z. B. das Württembergische Recht im XVI. und XVII. Jahrhundert in jener Weise verfuhr und das Römische Recht in complexu ausdrücklich für unbedingt subsidiäres Recht erklärte, habe ich schon an einem anderen Orte nachge-

(167)

On voit qu'il est toujours ici question de *Subsidiarität des Romischen Rechts*. Peut-être plus étonnant encore, nous avons identifié une première forme de « subsidiar-Prinzip » chez G. Beseler, dans l'ouvrage précédemment cité, datant de 1839, dans lequel est déjà attestée (en haut de l'image), sans que nous puissions pour l'instant déterminer si l'occurrence est occasionnelle :

Allerdings ist das Subsidiar-Princip durch Vermehrung der Steuern und dadurch, daß eine Anzahl von Ausgaben bleibend auf die Landescasse übernommen werden, etwas verdunkelt worden. Allein die Subsidiarität der Steuer schließt einen großen Betrag derselben nicht aus, welcher vielmehr durch die relative Größe der Staatsausgaben und die daraus hervorgehende Unzulänglichkeit der Kammereinkünfte von selbst bedingt ist. Auch daß die Steuer, welche ursprünglich nur in Nothfällen verwilligt wurde, nach und nach eine ordentliche Abgabe von sehr großem Umfange geworden, und daß davon solche öffentliche Einrichtungen unterhalten werden, wofür sonst die Beden und Vogtrechte als Gegenleistungen dienten, die doch gleichfalls meist noch fortbestehen, ist nicht zu läugnen. Allein schon in frühern Zeiten betrugen die öffentlichen Abgaben zuweilen sehr viel, wie denn Spittler [2]) berechnet, daß unter Kurfürst Ernst August zu Ende des 17. Jahrhunderts allein die unmittelbaren Steuern einen armen Häusling mit Frau und zwei Kindern über 14 Jahren, ohne den Besitz des geringsten Stücks Landes oder Viehs, jährlich mindestens 9 Thlr. betroffen, worunter Schutzgeld 1 Thlr., Brodkornlicent 3 Thlr., Kopfgeld 4 Thlr. Schwer be-

(168)

En 1864, l'occurrence est toujours présente chez Stobbe[71] :

§. 65. Die Subsidiarität der fremden Rechte.

1. Die Idee, dass das römische Recht als Recht der Kaiser, der Nachfolger Justinians, überall als Reichsrecht zur Anwendung kommen müsse, war von den Kaisern schon im frühen Mittelalter mit Vorliebe ausgesprochen [1]). Sie lebte weiter fort und Friedrich III., Maximilian, Carl V. liebten es, sich als Nachfolger Justinians zu bezeichnen [2]). Auch einzelne Fürsten des Reichs betrachteten den Umstand, dass sie die Landeshoheit über Theile des römischen Reichs besassen, als Veranlassung und Grund, das römische Recht bei sich einzuführen [3]).

(169)

Chez Carl Friedrich von Gerber, en 1849 :

IX. Geschäfte zur Sicherung gegen künftige Nachtheile.

A. Bürgschaft.

§. 201.

Im Zusammenhange mit dem älteren deutschen Rechte [1]) stehen in der Lehre von der Bürgschaft nur die zwei particularrechtlich oder vertragsmäßig heutzutage bisweilen vorkommenden Eigenthümlichkeiten, daß 1) die Subsidiarität der Bürgschaftsschuld wegfällt [2]), 2) daß die Erben nicht für die Folgen einer Bürgschaft ihres Erblassers haften [3]). Sonstige Eigenthümlichkeiten des neueren Rechts, namentlich in Betreff der Intercession der Frauen, haben ihre Grundlage nicht im deutschen Rechte.

lediglich in der individuellen Persönlichkeit des Autors beruhen, hier namentlich die Befugniß, den Druck einer neuen Auflage zu verhindern, müssen mit dem Tode ihres Inhabers für erloschen gelten. So auch d. Pr. Landr. §. 1020.

(170)

Forme qu'il emploie toujours en 1872, page 163 :

[71] Concernant ici la subsidiarité en « droit des gens étrangers ».

Damit war eine völlige Verwirrung vorbereitet. Man vereinigte ganz zusammenhangslose und völlig verschiedenartige Erscheinungen in einem gemeinschaftlichen systematischen Netze und stellte sie unter die Einwirkung einer gemeinsamen logischen Fügung. Indem man eine bestimmte Eigenschaft bei einer Art von Schulden der Lehenspersonen beobachtete, z. B. das alleinige Haften des Lehnsvermögens, so entwickelte man lediglich aus dieser Beobachtung die gegensätzliche Eigenschaft: die Subsidiarität, und suchte nun, um sie nicht in der Luft stehen zu lassen, auch wirkliche Fälle für sie auf; ebenso

(171)

Progressivement, nous constatons que le substantif ne désigne plus le droit romain, mais les relations entre les différentes sources du droit en matière pénale, fiscale, également sociale :

Die Subsidiarität des Unterstützungsanspruchs wird ausdrücklich hervorgehoben und die Alimentationspflicht der nächsten Verwandten fixirt; die gemeinrechtliche Alimentationspflicht wird ausgedehnt bis auf die Halbgeschwister und als Singularität tritt hinzu die des unehelichen Vaters.

Den Armenfonds bleibt unter allen Umständen der Regress gegen vermögende Alimentationspflichtige. Die Verwendungen erscheinen somit nur als Vorschüsse und konsequent wird den Armenanstalten ein Erbrecht an dem freien Nachlass der von ihnen vollständig verpflegten Armen zugestanden.

(172)

On la retrouve aussi employée dans les études consacrées aux relations entre juridictions religieuses et étatiques, ainsi dans un ouvrage d'Albrecht Altmann de 1861, intitulé *Praxis der preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen* [La pratique des tribunaux prussiens dans les églises, les écoles et les affaires matrimoniales] :

der Regreß aus einer causa generalis nicht ausgeschlossen sei. Den §. 2. der Synodal-Statuten legte dasselbe dahin aus, daß derselbe die Fonds bezeichne, aus welchen die Mittel zum Baue und zur Reparatur der Kirche genommen werden sollten und zwar im Allgemeinen ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen bau- und reparaturbedürftigen Gegenständen, während der §. 3. die Bau- und Reparaturpflicht nach den einzelnen Theilen der Kirche näher bestimme, ohne dadurch in den übrigen Vorschriften des §. 2., namentlich was den Umfang und die Subsidiarität der Verpflichtung betreffe, etwas zu ändern. Indem es nach dieser Vereinigung der §§. 2. und 3. die

(173)

Nous disions avoir identifié l'occurrence chez Paul Laband, en particulier dans l'ouvrage traduit dès 1900 en français, *Le Droit public de l'Empire allemand* (disponible depuis la BNF). Chez Karl Heinrich Rau, dans *Lehrbuch der politischen Oekonomie*, chez Karl Gustav

Adolf Knies, dans son célèbre ouvrage *Geld und Kredit*.

3. L'occurrence en dehors du domaine juridique

Chez les socialistes de la Chaire, les emplois de l'adjectif et de l'adverbe sont réguliers parmi Gustav Schmoller, Wilhelm Roscher, Lujo Brentano (qui est catholique), Adolph Wagner ; dans leurs œuvres scientifiques, ainsi que dans plusieurs numéros de la revue du *Verein für Sozialpolitik* (association de politique sociale), qu'ils ont fondée en 1873, et à laquelle contribue Albrecht, *Schriften des Vereins für Sozialpolitik*. Nous n'avons eu accès qu'aux numéros publiés à partir de 1901. Nous avons retrouvé *Subsidiarität*, dans les numéros 65-68 des *Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohlthatigkeit.* Max Weber assure avec Werner Sombart la direction de la revue à partir de 1901 et fonde également les « *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* ». La forme *Subsidiarität* est régulière à partir de 1907 [72].

Par exemple, nous avons reproduit le passage suivant d'un ouvrage d'Adolph Wagner publié en 1892, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, tome I, au sein d'un chapitre initulé « Recht auf Arbeit, Ausdehnung des Armensrecht » (Droit du travail, expansion du droit des pauvres) :

(174) « Es ist auch wohl zulässig, wenngleich nicht unbedingt geboten und nicht ohne Bedenken, diese Art Hilfe vorangehen, auch ihr gegenüber dieAusdehnung des ötfentlichen Armenrechts nur subsidiär eintreten zulassen. Aber subsidiär muss das Armenrecht hier notwendig eintretenund sind demgemäss Einrichtungen und Mittelbeschaffungen zu verlangen.[73] » (WAGNER, 1892 : 699)

A partir de 1896, l'occurrence *subsidiär* (adjectif) ou *subsidiär* (adverbe) est régulière chez Heinrich Pesch, étudiant de Gustav Schmoller, théoricien jésuite du Solidarisme, auquel la généalogie conceptuelle catholique attribue la paternité du *principe de subsidiarité* (sans jamais citer ce dernier). Dans l'édition de 1896 de *Liberalismus, Socialismus und christliche Gesellschaftsordnung* [Libéralisme, Socialisme et ordre social chrétien], on retrouve

[72] *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*; nous renvoyons au volume 24 (1907) p. 160 et 32 (1911) p. 460-462.
[73] En l'état, nous attestons de l'emploi en coocurrence avec *Hilfe* (aide, secours) et *Armenrecht* (Droit social/droit des pauvres), sans traduire tous les passages.

l'adverbe :

(175) fleißige Arbeit ihre gebührende Vergeltung finde. Schließlich liegt der Gemeinde oder dem Staate subsidiär die Pflicht ob, für die Bedürftigen, die ihren Unterhalt nicht finden können, in irgend einer entsprechenden Weise Sorge zu tragen.

« Schliesslich liegt der Gemeinde oder dem Staate subsidiär die Pflicht ob, für die Bedürftigen, die ihren Unterhalt nicht finden können, in irgend einer entsprechenden Weise Sorge zu tragen. »

[Enfin, l'obligation réside subsidiairement dans la communauté ou l'Etat si, les administrés...]

Dans son ouvrage majeur en cinq volumes, publié entre 1905 et 1923 par les éditions Herder, *Lehrbuch der nationalökonomie : Grundlegung*, Pesch explique :

(176) « Sodann fordert auch die öffentliche Wohlfahrt **die subsidiäre Ergänzung** der privaten Wohltätigkeit durch Staatsmittel und staatliche Anstalten. »
[Par ailleurs, le bien public nécessite, lui aussi, un complément subsidiaire à la charité privée pourvue par des fonds et des institutions étatiques.]

(177) « Die Armen können eben nicht genügend für sich selber sorgen. Daher ist es notwendig, dass andere (**subsidiär der Staat**) diese Sorge übernehmen. »
[Les pauvres ne peuvent pas prendre suffisamment soin d'eux-mêmes. C'est pourquoi il est nécessaire que d'autres (et subsidiairement/accessoirement l'Etat) suppléent à cette préoccupation.]

Mais l'occurrence parsème les contributions des sociologues et économistes à la revue de Gustav Schmoller, son maître de *Nationalökonomie*. Ici, un numéro de 1887 de *Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen* :

(178) Im übrigen bewährt sich in Frankreich an den Gemeinden, welche Zuschüsse leisten, und in Deutschland an Gemeinden, welche derselben entbehren, die fast selbstverständliche Natur der öffentlichen Armenpflege: die Subsidiarität. Sie soll und sie will nie mehr sein als letzte Zuflucht, wenn alle anderen Hülfsmittel versiegt sind [1]). Wen die Bestrebungen der allge-

Pour finir ce rapide survol des données, l'un des membres de l'école historique chez qui nous avons retrouvé le plus d'occurrences, est Otto von Gierke, à la fin du 19e siècle. Ici, dans son fameux ouvrage consacré au « droit des coopéeratives » (au droit et à l'économie

coopérative), *Das deutsche Genossenschaftsrecht* : II. *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, 1873, Weidmann.

bestehen blieb. Es entstanden daraus Systeme, bei welchen die Pflicht zur Anlage oder Instandhaltung von Deichen, Zäunen, Wegen, Gräben u. s. w. in erster Reihe nach bestimmt abgegrenzten Bezirken als Sonderlast den Einzelnen traf, subsidiär aber als unvertheilte Gemeinlast auf Alle zurückfiel[182]).

Soweit endlich, was bei der Aufbringung von Boden, Material und Arbeit in Natur nur selten vorkam, Geldmittel zu gemeinen Anlagen gebraucht wurden, half die Gemeinde sich auch hier auf doppeltem Wege, indem sie entweder Gemeingut veräußerte, oder aber Geldumlagen ausschrieb, welche letzteren zunächst meist nur ad hoc und subsidiär erhoben und oft unmittelbar nach dem für Jeden aus dieser bestimmten Anlage fließenden Vortheil bemeßen wurden, wodurch sie sich von eigentlichen Gemeindesteuern

(179) noch scharf unterschieden[183]).

§ 15. Gesammtforderung und Gesammtverbindlichkeit. 387

antwortlich zu sein. So brach sich denn in der That nach manchen Richtungen hin eine subsidiäre Haftung der Gesammtheit für die Delikte und Schulden der einzelnen Genoßen Bahn. Wo eine solche Haftung nicht auf ausdrücklicher oder gewohnheitsmäßiger Satzung beruhte, zeigte sich wenigstens die Neigung, sie vertragsmäßig auf die Gesammtheit zu übernehmen. Und wenn die unbedingte Vertretung des Genoßen durch die Genoßenschaft im einzelnen Falle nicht gefordert schien, so verlangte man vielfach von der Gesammtheit, daß sie, um sich von der Haft für den schuldigen Genoßen zu befreien, diesen förmlich aus ihrem Verbande weise und der Rache oder Strafe überlaße; oder man machte die Gesammtheit wenigstens dann für den Genoßen verantwortlich, wenn sie diesen gegen einen gerechten Anspruch in Schutz nahm, das Recht gegen ihn weigerte oder sonst sich mittelbar seine Handlung zu eigen machte. Sobald und soweit nun aber die Gesammtheit für den Einzelnen einstehen mußte, war ihre subsidiäre Verbindlichkeit natürlich eine Gesammtverbindlichkeit im oben entwickelten Sinn, welche nicht blos die Genoßenschaft als solche, sondern auch die Vielheit der Genoßen und somit jeden Einzelnen ergriff. Mithin enthielt zuletzt jede genoßenschaftliche Gesammthaft für den Genoßen zugleich die Haftung jedes Genoßen für den Mitgenoßen in sich.

Dans l'ouvrage *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, l'unité subsidiären Rechtsätze est présente dans le sommaire de l'ouvrage :

(180) «Abschn. System und Geltungsbereich des Entwurfes

System 80

Unvermeidlichkeit des Pandektensystems 81

Das Verhältnis des vorgeschlagenen gemeinen Privatrechts zu den Sonderrechtsgebieten 94

Vermeidung aller dem Landrecht gegenüber bloß **subsidiären Rechtssätze** 109
Ergebnisse für den Geltungsbereich des Gesetzbuches 117. »

Elément très important à double titre, c'est dans son ouvrage de 1880 consacré à J. Althusius, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, que le substantif apparaît pour la première fois (1880 : 262):

(181)

jene nicht weiter an, als dass sie nur dem Bürgervertrag nicht zuwider seyn dürfen"[94]). Ja Wilhelm von Humboldt stellte schon die Ansicht von der Subsidiarität des staatlichen Verbandes auf und meinte, dass überall, wo die freie Vereinigung ausreiche, diese der staatlichen Veranstaltung bei Weitem vorzuziehen sei[95]).

« Ja Wilhelm von Humboldt stellte schon die Ansicht von der Subsidiarität des staatlichen Verbandes auf und meinte, dass überall, wo die freie Vereinigung ausreiche, diese der staatlichen Veranstaltung bei Weitem vorzuziehen sei. » [Effectivement Wilhelm von Humboldt a exposé la conception de la subsidiarité de l'organisation de l'Etat et rappelé que, partout où l'organisation pouvait librement se suffire, cette solution étatique était de loin préférable.]

Chez Gierke, la *subsidiarité* ne qualifie plus le droit romain, mais l'Etat. Un de ses célèbres discours, prononcé en 1919 à l'issue de la première révolution allemande, a été traduit en 2006 par C. Argyriadis-Kervegan. Dans ce discours, publié sous le titre « l'idée germanique de l'Etat », il s'exprime ainsi :

(182) « Notre État doit être un État *social*. Social, mais pas socialiste ! Nous voulons méditer ce fait : l'ère individualiste de l'économie nous a offert la dissolution du corps du peuple, les excès du capitalisme, la haine, poussée jusqu'au désir d'extermination, de l'armée des travailleurs envers les entrepreneurs. C'est pourquoi nous voulons tout faire pour favoriser, grâce au puissant développement des commencements prometteurs d'une politique sociale allemande, la réunification des corps de métiers en un tout social unitaire, pour favoriser l'aplanissement du fossé entre capital et travail, pour favoriser l'arbitrage pacifique et la solution des conflits d'intérêts. Nous ne voulons pas retomber dans les péchés du capitalisme. Mais nous lui devons aussi de ne pas oublier la chose suivante : le bouleversement de l'ordre traditionnel de la vie économique en faveur d'une socialisation totale de la production et de la distribution

des biens auquel aspire le socialisme conduirait nécessairement à rigidifier le vivant organisme du peuple en un appareil de contrainte mécanique, à éliminer la liberté de l'individu et à mettre un terme à la progression de la civilisation. C'est pourquoi nous voulons nous en tenir à la propriété privée et au droit à la succession, préserver les droits de la possession et de la culture, soutenir l'indépendance de la classe moyenne en ville et à la campagne et offrir à l'action créatrice de personnalités supérieures un champ d'action approprié.

Notre État doit être et demeurer un *État civilisateur*. Mais, si nouvelles que soient les tâches qu'il s'assigne, il doit constamment faire honneur à cette idée germanique : sa vocation civilisatrice n'a qu'un caractère subsidiaire. Il ne doit engager ses instruments de puissance, que ce soit pour appuyer ou éventuellement pour contrecarrer une entreprise, que si le besoin se fait sentir de l'intervention d'un pouvoir supérieur de contrainte, lorsque l'auto-administration des communautés plus restreintes ne leur permet plus de réaliser leurs buts culturels particuliers. La famille allemande doit lui être sacrée, elle qui est l'instrument le plus propre de l'œuvre éducative : elle est pour l'essentiel en bonne santé. Il doit laisser agir à leur guise les Églises nées de l'histoire, car elles sont les gardiennes de la vie religieuse et de la moralité intérieure ; et il ne doit jamais oublier que germanité et christianisme ont scellé une alliance mutuelle et indéfectible. Il doit assurer le déploiement autonome de cette richesse incalculable que sont les libres associations, pour autant du moins qu'il reconnaît dans leur vie séparée un bien précieux pour tous ; il doit les élever, au titre de corporations de droit public, au-dessus des associations relevant du droit privé et instituer un lien plus ou moins proche entre elles et sa vie propre. » (GIERKE, cité et traduit par ARGYRIADIS-KERVEGAN, 2006)

4. Les incohérences de la littérature

En 1991, Millon-Delsol consacre de longues pages à Otto von Gierke et à la doctrine d'Althusius. Elle y explique qu'il aurait exhumé la philosophie du syndic d'Emden et qu'il faudrait considérer Althusius comme « *le premier auteur fédéraliste, il est en même temps le premier à décrire une société subsidiaire*» (MILLON-DELSOL, 1991a : 47). Si la forme est absente chez Althusius, il n'en va pas de même pour Gierke, représentant de la deuxième branche germaniste de l'Ecole historique du droit. La forme est systématique en droit

allemand, mais aussi en sociologie et en économie ; elle est déjà présente sous la plume de Heinrisch Pesch. La formulation du discours de Gierke témoigne bien qu'en 1931, l'encyclique pontificale n'invente pas le *principe de subsidiarité,* ou plutôt, que ni Nell-Breuning, ni Gundlach, ne sont à l'origine de la locution. Nous l'avons identifiée dès 1860 dans *Zeitschrift für Rechtspflege in Württemberg* (*Journal de la justice dans le Würtemberg*) :

Haftung des Verschuldenden in erster Linie gar nicht aufhebt, sondern nur die Subsidiarität der Haftung abändert. Wenn nun sogleich im folgenden Art. 23. dem klagenden Beleidigten hinsichtlich der endlichen Kostenzuscheidung der Rekurs implicite abgesprochen wird, so leuchtet ein, daß der Gesetzgeber hiebei nur an denjenigen Fall der Kostenzuscheidung dachte, welchen er so eben im Art. 22. näher normirt hatte, daß er aber keineswegs auch über den Fall eine Bestimmung treffen wollte, an welchen er bei dem vorhergehenden Artikel, von welchem der Art. 23. theilweise eine Consequenz ist, gar nicht gedacht hatte. Der Art. 23. behandelt die Rekursfrage von dem Standpunkt aus, daß der Kläger eine Freisprechung nicht umstoßen solle; daß er wegen der Kosten kein Rechtsmittel hat, verstand sich dabei nach dem im Art. 22. aufgestellten Prinzip der Subsidiarität seiner Haftung von selbst; die Frage, wie es dann zu halten, wenn der Fall der Subsidiarität in der That gar nicht eintritt, sondern ein Anderer vorher hätte in die Kosten verurtheilt werden müssen, liegt

(183)

On la retrouve dans les *Verhandlungen des Vierten deutschen Juristentages* (Actes des 4e Journées juridiques allemandes) :

(184)

Beide Einwendungen treffen überhaupt nur den Personal-Arrest so weit dieser nur ein subsidiäres Rechtsmittel ist. Wo derselbe als prinzipales Exekutionsmittel gilt, kann man ihm weder die Tendenz eines psychologischen Zwanges gegen die Angehörigen des Schuldners, noch eine Rache gegen den insolventen Schuldner selbst unterschieben, da es in dem Zeitpunkt, wo die Schuldhaft verhängt wird, noch völlig unentschieden ist, ob der Schuldner die erforderlichen Mittel zur Befriedigung des Schuldners besitzt oder nicht, ob er nicht zahlen will oder ob er nicht zahlen kann. Beide Argumente können daher nicht gegen das Prinzip des Personal-Arrestes überhaupt, sondern nur gegen das Prinzip der Subsidiarität der Schuldhaft in's Feld geführt werden. Die Subsidiarität der Schuldhaft allerdings ist, sowohl vom Gesichtspunkt des strengen Rechts als dem Standpunkt der Zweckmäßigkeit unhaltbar und kann nur durch die Sitte, das Herkommen, den Umstand, daß sie einmal besteht, gehalten werden, denn sie bürdet dem Gläubiger gerade alle die Unbequemlichkeiten und Weiterungen in Vollstreckung der Vermögens-Exekution auf, welche durch den Personal-Arrest vermieden werden sollen. Ein Schuldner, der den Manifestations-Eid abgeleistet, oder der es zur Offenlegung seines Vermögens hat kommen lassen, wird kaum durch eine einjährige Haft vermocht werden können, seine verborgene Habe herzugeben. Die Hoffnung, durch die Verschleppung der Vermögens-Exekution Frist zu gewinnen, ist mächtiger als die Furcht, schließlich doch noch in Personal-Arrest

(185)

Freiheitsrecht des Gemeindeverbandes. In diesem Sinne mag es daher gestattet sein, von dem Prinzip der Subsidiarität der Pflichtausgaben zu reden. [2]) Abzulehnen ist es aber, wenn man diesem Prinzip nicht bloß Bedeutung beimißt als gesetzgebungspolitischem Moment, sondern es als begriffliches Kriterium gegenüber dem positiven Recht betrachtet in der Weise, daß alle Ausgaben, für welche ein anderer Weg der Erzwingung als die Zwangsgenehmigung gegeben ist, keine Pflichtausgaben sind, selbst

La forme se maintien, ici dans les *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, J. Schweitzer de 1911.

Nous identifions des variantes, comme ici, dans un article de A. L. Reyscher, publié dans le numéro 57 des *Heidelberger Jahrbücher der Literatur* (1864)[74] et intitulé « Das Recht des Staats an der Domänen und Kammergütern nach den deutschen Staatsrecht und den Landesgesetzen, insbesondere der sächsisten Lande » :

[74] L'article semble une synthèse de l'ouvrage de Reyscher publié en 1863, Leipzig, Verlag von Hirzel, 372 p.

Ebensowenig kann es aber für die dermaligen Domänenstreitigkeiten Bedeutung haben, wenn den Domänen wegen ihres Zweckes beziehungsweise wegen der Verpflichtung des Landesherrn, aus deren Ertrag ausser dem Unterhalte seines Hofes und des fürstlichen Hauses überhaupt auch Leistungen für den Staatsaufwand zu machen, ein öffentlich-rechtlicher Charakter beigelegt werden will. Dass es ein durchaus unzulässiger Schluss, ein reiner Trugschluss ist, aus dieser Pflicht des Landesherrn ein Eigenthum des Staates an den Domänen und die rechtliche Nothwendigkeit ableiten zu wollen, dass dieselben auch nach dem Erlöschen des staatssuccessionsberechtigten Stammes oder nach Mediatisirung oder Entthronung des fürstlichen Hauses bei dem Staate bleiben müssten, ist bereits oben hervorgehoben worden. Was aber für das Eigenthum des Staates an den Domänen, oder für das landesherrliche Eigenthum an denselben (im R.'schen Sinne) durch die Bezugnahme auf das sogen. Subsidiarprinzip gewonnen werden soll, ist schlechterdings nicht abzusehen. Das Subsidiarprinzip soll nach Herrn R. der im historischen Entwickelungsgange des deutschen Staatsrechts begründete und jedenfalls bis zur Auflösung des Reiches in Geltung gewesene, und noch jetzt geltungsberechtigte Grundsatz sein, dass die Kosten der Regierung oder des Staatsaufwandes, ebenso wie die des landesherrlichen Hofhaltes und des Unterhaltes der fürstlichen Familie principaliter aus den Domänen zu bestreiten sind, und nur, soweit deren Renten nicht ausreichen, also nur in Subsidium, das Land, bez. das Volk, durch Steuern dafür aufzukommen hat, wie dies auch die

(186)

La notion de *subsidiarité,* comme principe juridico-politique puis politico-social, existe et circule avec frénésie dans la littérature académique allemande depuis le début du 19e siècle. Le discours juridique de l'époque, en particulier celui portant sur la construction de l'Etat allemand dans ses rapports difficiles avec la codification et sur la définition de ses prérogatives, l'emploie avec régularité.

5. Le *principe de subsidiarité* n'est pas catholique

Ses motifs (primauté des droits particuliers sur le droit national impérial) font nécessairement écho chez les catholiques, en particulier ches ceux des Etats allemands du Sud, confrontés à la domination prussienne protestante. Ces problèmes relatifs à l'itinéraire discursif de la *subsidiarité* contribuent, selon nous, à une mésinterprétation de la valeur conceptuelle de la subsidiarité contemporaine : il n'y a pas de « *convergence inopinée* » (BARROCHE, 2012 : 40) entre statophobie cléricale et statophobie libérale au 20e siècle, mais plutôt une jonction immédiate entre organicisme catholique et organicisme juridique et économique, et ce, dans une version essentiellement allemande et autrichienne (bien que les thèses soient connues et discutées par les principaux acteurs de *l'Union de Fribourg*, dès les années 1880). Il n'y a pas

de « *rencontre entre libéralisme et catholicisme sur le terrain de la phobie post-totalitaire de l'Etat* » (BARROCHE, 2012 : 41), c'est-à-dire à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, parce que cette rencontre est consubstantielle, au 19e siècle en Allemagne, entre les courants du romantisme juridique et économique et du catholicisme ultramontain.

Il n'y a pas non plus « statophobie » catholique, ni « statophobie » chez les théoriciens de l'économie nationale allemande. Les œuvres de Friedrich List expliquent bien comment le rapport entre économie et Etat est conçu, à partir de la mise en place du *Zollverein* (union douanière, 1834), comme un « protectionnisme éducateur ». L'économie allemande, dans la continuité des sciences « camérales » de l'Etat absolutiste allemand, y a la charge d'harmoniser les intérêts des « *Reales Ganze* » (Gustav Schmoller), c'est-à-dire de réguler les différents « ordres économiques ». La thèse de l'Ecole historique allemande d'économie, de List à Schmoller, est directement aux sources des thèses ordolibérales des années 1930, date de la rédaction de l'encyclique pontificale. Nell-Breuning et Gundlach sont ordolibéraux, ils sont proches de Wilhelm Röpke, Walter Eucken et Goetz Briefs. Dans un article de 2003, Jean-Michel Ycre consacre de longues pages aux « sources catholiques de l'ordolibéralisme allemand » et particulièrement à Röpke. Il y explique :

> « La mise en évidence éventuelle d'une proximité des idées constituerait […] un élément explicatif de la conversion progressive de la jeune CDU à l'économie de marché, fut-elle sociale, après 1945. » (YCRE, 2003 : 164)

Nous avouons notre incrédulité à la lecture de cette contribution. Certes, les relations entre les conceptions économiques de l'ordolibéralisme (nouvelle Ecole d'économie historique allemande) et la Doctrine sociale de l'Eglise sont connues. Cependant, pour nous, il s'agit moins de relations personnelles que d'un synchrétisme conceptuel immédiat. Heinrich Pesch est jésuite, mais comme Ketteler, il a aussi des qualifications : il est économiste, héritier du socialisme de la Chaire et ancien étudiant de Gustav Schmoller. L'ordolibéralisme hérite ses catégories de la première Ecole historique d'économie fondée par Gustav Schmoller, Lujo Brentano et Adolph Wagner. Or, l'Ecole allemande d'économie s'inspire de la méthode initiée par Savigny :

> « Si nous nous demandons ce que l'histoire générale et ses parties spéciales, notamment l'histoire économique, l'histoire du droit et l'histoire des moeurs, fournissent aux sciences de l'Etat et de l'économie la réponse, déjà esquissée ci-dessus, est simple : elles leur fournissent des documents d'un prix inestimable, qui font de l'homme de science un homme riche, de mendiant qu'il était, pour tout ce qui concerne la connaissance de la réalité […]. C'est en Allemagne que l'histoire générale, tout comme les sciences voisines

> devenues indépendantes, ont reçu, dans ces cent dernières années, l'impulsion la plus forte. Niebuhr et Ranke sont considérés universellement aujourd'hui comme les fondateurs de l'histoire moderne ; Savigny, Eichhorn et Waitz, comme les fondateurs de l'histoire du droit ; Böckh, Arnold, Mauter, et Nitzsch, de l'histoire économique, tandis que List, Roscher, Hildebrand et Knies sont les premiers économistes qui ont reconnu l'importance extraordinairement croissante de l'histoire pour l'économie politique. Dans les autres états civilisés, cette action n'a pu se faire sentir que lentement, parce que l'histoire ne s'est perfectionnée que plus tard, et aussi parce que les sciences spéculatives y étaient dans un certain état de stagnation. » (SCHMOLLER, 1902 : 280-201)

L'Ecole historique d'économie hérite sa méthode et sa terminologie de l'Ecole historique du droit. Si l'ordolibéralisme allemand (deuxième Ecole d'économie allemande, 20e siècle) rompt avec la méthode historiciste théorisée par Gustav Schmoller, elle n'a jamais rompu avec le *principe de subsidiarité* de l'Etat en matière économique : qui surveille, dirige, et soutient l'économie.

A partir des années 1920, les ordolibéraux, quelles que soient leurs obédiences, et les catholiques sociaux sont issus des mêmes universités, et suivent les cours d'économie nationale professée par les socialistes de la Chaire. La Doctrine sociale de l'Eglise est donc l'expression, sur le terrain proprement catholique, de l'appropriation des thèses organicistes allemandes. La revue des ordolibéraux fondée en 1948 par Walter Eucken, à laquelle contribue notamment Goetz Briefs, membre éminent du *Köningswinterer Kreis*, s'appelle *Ordo*. La revue du catholicisme allemand, liée au *Volksverein für das katholische Deutschland*, réunion d'associations catholiques allemandes fondée dans les années 1890 en lien avec le *Zentrum* (CDU), publie, à partir des années 1920 la revue *Neue Ordnung*. En France, à la même époque, Jacques Maritain et Emmanuel Mounier, fondaient le groupe *Ordre Nouveau* et la nouvelle revue personnaliste *Esprit*, dans laquelle nous avons retrouvé les principales occurrences de *subsidiarité* entre 1960 et 1990. La permanence des motifs de la restauration de l'ordre, chez les économistes allemands et les principaux théoriciens de la DSE sont plus qu'éloquents.

Goetz Briefs, membre du *Köninsgwinterer Kreis* est un proche ami de Werner Sombart, principal réactualisateur des thèses historicistes de la *NationalÖkonomie* de Gustav Schmoller et Walter Eucken, le théoricien de l'ordolibéralisme lui succède à la chaire d'économie de l'université de Fribourg (Ecole de Fribourg, ordolibérale), en 1926. A propos des relations entre Röpke et Nell-Breuning, Ycre explique :

> « Parmi les penseurs ordolibéraux, W. Röpke est certainement celui qui était le plus proche de la pensée sociale catholique. W. Röpke connaissait, appréciait et même disait apprécier cette pensée. Il avait conscience que ses propres idées étaient souvent très proches de la doctrine sociale, voire pouvaient être confondues avec elle. Il entretenait enfin des relations intellectuelles et même parfois cordiales avec des auteurs catholiques, et notamment avec O. von Nell-Breuning. » (YCRE, 2003 : 167)

A partir de notre relevé, nous pensons nécessaire de réviser ces connaissances. Barroche explique lui-même qu'en 1944 :

> « Röpke est le premier protestant à s'emparer *expressis verbis* du mot d'ordre de subsidiarité. Certes, il ne fut pas un ordolibéral au sens strict (il n'était pas membre de l'Union de Fribourg), mais ses liens directs avec les protagonistes de l'économie sociale de marché n'ont pas moins fait de lui un acteur ordolibéral de tout premier plan. » (BARROCHE, 2012 : 362)

En note de bas de page, Barroche indique :

> « Si faute de disponibilité sémantique, le mot *subsidiarité* est absent des traductions françaises de Röpke, il est bien présent sous sa plume en allemand. » (*Ibid.* : nbp 2)

Certes, les liens sont plus qu'évidents, dans les années 1940 entre ordolibéralisme et catholicisme. Il ne nous paraît pas illogique que l'occurrence apparaisse chez Röpke. Toutefois, elle n'y est pas du tout originale : l'occurrence est employée par les socialistes de la Chaire depuis les années 1890, régulière dans les publications à partir de 1900.

6. Notre thèse

A partir de ces relevés (dont l'échantillon ne présente qu'une vue partielle), nous formulerons donc notre thèse de la manière suivante : les économistes allemands n'empruntent pas l'occurrence à la doctrine catholique ; l'église catholique l'emprunte à la doctrine juridique allemande. Il existe une notion de *subsidiarité*, au point de départ théorisée par la doctrine juridique allemande, rattachée à l'Ecole historique du droit fondée par von Hugo et F. C. von Savigny au début du 19e siècle. La notion, au départ descriptive, devient à partir du *Congrès de Vienne* (1814) un mot d'ordre politique, qui se diffuse progressivement hors de la sphère des seuls juristes : dans les milieux du catholicisme social mais surtout dans les milieux scientifiques qui participent de la conceptualisation de la *subsidiarité* économique. Elle se diffuse surtout, et bien avant la rédaction de l'encyclique de 1931, chez des économistes et des sociologues allemands qui développent, selon les perspectives, l'organicisme sociologique

(Tönnies, Schmoller), économique, politique et social. La *subsidiarité* de l'Etat en matière sociale est déjà théorisée par les socialistes de la Chaire, dont les travaux ont grandement contribué à l'élaboration des lois sociales bismarckiennes entre 1880 et 1883 :

> « Gustav Schmoller peut aisément pourfendre l'épouvantail du *entschiedene Liberalismus* (en langage français contemporain, « ultralibéralisme »), car son « think tank », désormais surnommé Katheder-sozialisten (socialisme de la chaire), bénéficie de l'approbation gouvernementale et participe directement à la mise en place de la législation sociale bismarckienne. Le préambule de la loi sur l'assurance santé adoptée par le Reichstag en 1883 donne un bon exemple de la philosophie du Katheder-sozialisten : « *l'idée selon laquelle cette loi introduit un élément de socialisme ne doit pas nous empêcher d'aller vers le progrès social. Il n'y a rien de vraiment nouveau, mais il s'agit simplement d'une avancée de l'idée moderne de l'Etat basée sur la culture chrétienne, pour servir le bien-être de la communauté, et en particulier les pauvres et les malades.* » On peut estimer, avec le recul de l'histoire, que derrière cet Etat moral qui s'occupe du bien être de la population, se profilent déjà le militarisme, le nationalisme et l'antisémitisme qui culmineront dans le national-socialisme. Il suffit par exemple d'évoquer Adolph Wagner (1835-1917) qui est, comme Gustav Schmoller, professeur la prestigieuse université de Berlin et membre de la Verein für SozialPolitik. Wagner est également un membre important du Parti chrétien-social des travailleurs (Christlichsoziale Arbeitspartei), une formation politique antisémite créée en 1878. » (HENRY, 2009 : 279)

Il faut garder à l'esprit que la *subsidiarité* n'est pas un mot d'ordre catholique, mais mot d'ordre du nationalisme, en particulier prussien. C'est justement parce qu'il est prussien qu'il est un mot tactique chez les catholiques allemands, car il renvoie systématiquement l'Etat prussien à ses racines populaires et religieuses (biconfessionnelle) : la Constitution Prussienne de 1850 reconnaît le catholicisme.

Un autre élément allant dans le sens de cette consubstantialité est qu'une occurrence différente de la « fonction subsidiaire de l'Etat », précède chez Nell-Breuning, la rédaction de l'encyclique pontificale de 1931. Dans un ouvrage qu'il a publié en 1931, *Die soziale Frage und der Katholizismus: Festschrift zum 40 jährigen Jubiläum der Enzyklika " Rerum novarum"*, dans le cadre du jubilée du 40e anniversaire de l'enyclique fondatrice de la DSE, il explique :

> « Selbsthilfe des Menschen, Selbsthilfe der Familiewaren die Ausgangspunkte der päpstchen Beweisführung zugunsten des Eigentums. In beiden Beweisgängen wurde die an die Stelle der Selbsthilfe sich drängende Staatsfürsorge mit Entschiedenheit abgelehnt, der Staat in seine Schranken, d. i. auf **seine subsidiäre Funktion** zurückverwiesen: rectum est subveniri publice rebus extremis. Nur von seiner wesenswidrigen und innerlich widerspruchsvollen Gesellschaftsauffassung und Auffassung der gesellschaftlichen („Sozial") Natur des Menschen kommt der Sozialismus. » (NELL-BREUNING, 1931 : 150)

Dans un ouvrage qu'il a publié en 1932 destiné à présenter l'encyclique, *Die soziale Enzyklika : Erläuterungen zum Weltrundschreiben Papst Pius XI. Über die gesellschaftliche Ordnung*, nous avons pu retrouver les occurrences suivantes aux pages 145, 147 et 174, laissant penser que la notion est déjà systématique :

(187) et absorbere; Q. a. eodem). Das ist das so vielgenannte und berühmte Prinzip der **Subsidiarität der Gesellschaftstätigkeit**, auch Prinzip der *Subsidiarität der Kollektivitäten* genannt. In der Tat ein Grundprinzip der christlichen Gesellschaftslehre, durch das diese sich *wesentlich* unterscheidet von jeder kollektivistischen wie auch einseitig überspannt *universalistischen* Gesellschaftsauffassung.

(188) an die ihr zustehende Aufgabe *oberster* Leitung des Gemeinwesens beschränkt. Sie gewinnt dadurch an Stärke und Schlagkraft, aber auch an Freiheit und Sicherheit. Vor allem aber erhöht solch würdevolle Maßhaltung ihre Achtung und ihr Ansehen. Daher die dringende Anbefehlung „strenger Beobachtung des *Prinzips der Subsidiarität*" (Q. a. n. 80 Ende). Aus diesem Grundsatz, der neben der Lehre vom Gemeinwohl und der

(189) *Zwei* Grundfehler der fascistischen Organisation sind damit bereits gekennzeichnet: einmal der Stato totalitario, die Allgegenwart und Allumfassenheit des Staates, der sich in den korporativen Institutionen lediglich einen verlängerten Arm in die Wirtschaft hinein schafft, in schroffster Verletzung des Prinzips der Subsidiarität; sodann die Vermengung des öffentlich-rechtlichen und des privat-rechtlichen Bereichs durch die ge-

Les liens entre les théories organicistes développées par les ordolibéraux et la DSE, dans la continuité des enseignements de l'Ecole historique d'économie, les liens entre cette école et la méthode historiciste savignienne et sa conception organique de la communauté politique et du droit, nous paraissent expliquer, comme le présentait Barroche, tous les liens avec la formulation du *principe de subsidiarité* dans le traité de Maastricht. Le *principe de subsidiarité* est au point de départ juridique. Il maintient un mot d'ordre : l'idée selon laquelle tout droit communautaire (*das gemeinde Recht*) ne s'applique qu'à titre *subsidiaire*, à l'image du droit romain en Allemagne (tout en maintenant l'unité du corps politique) et laisse subsister les droits particularistes et territoriaux, voire les réhabilite. Cette conception est tributaire de l'idée selon laquelle tous regroupement social produit du droit, que ce droit participe de l'ordre naturel. O. von Gierke théorise, au début du 20e siècle, l'idée d'un droit « coopératif » (*Genossenschaft*) des corporations d'Ancien Régime.

Le principe de subsidiarité européen n'hérite donc pas directement de l'acception catholique, mais de l'acception juridique allemande, de la restauration des diverses sources du droit et des différents pouvoirs, conception ontologiquement incompatible avec la notion de *souveraineté indivisible* associé à la naissance des Etats nations. Cette restauration nécessite, au point de départ, de s'inscrire pleinement dans une conception organiciste de l'ordre social.

Le motif subsidiariste n'est pas seulement conservé par la doctrine économique, mais surtout par les principaux constitutionnalistes allemands, en particulier les « formalistes ». L'occurrence est présente chez G. Jellinek (le théoricien de la souveraineté comme *Kompetenz-Kompetenz*) au début du 20e siècle :

(190) aller übrigen im Staate vorhandenen Mittel Platz, die Steuer bildet eine durchaus subsidiäre Einnahmequelle des Staates.
Wenn Gönner hier bezüglich der Subsidiarität der Steuern im Einklange mit den Anschauungen der bedeutendsten Finanztheoretiker der zweiten Hälfte des 18. Jahr-

(191) « Das Besteuerungsrecht greift also erst nach Erschöpfung aller übrigen im Staate vorhandenen Mittel Platz, die Steuer bildet eine durchaus **subsidiäre** Einnahmequelle des Staates. » [Ainsi, la législation fiscale intervient seulement après épuisement de tous les autres fonds disponibles dans la Cour d'État, la taxe constitue une source de revenus tout à fait subsidiaire de l'Etat.] (JELLINEK, 1905)

(192) frühere Haltung Englands und der Ver. Staaten in der Frage war eine Folge des Grundsatzes, die Auslieferung im Falle eigener Zuständigkeit überhaupt zu verweigern, vgl. v. Martitz Rechtshilfe I, S. 181, N. 5, Lammasch Auslieferungspflicht, S. 156.
[2] Lammasch spricht sich für die Subsidiarität auch in diesem Falle aus, Auslieferungspflicht S. 155; über die veränderte Haltung

Nous n'avons pas pu répertorier suffisamment d'emploi chez Jhering et Jellinek. Toutefois, les thèses de ces derniers sont connues par les constitutionnalistes français, Maurice Hauriou, Léon Duguit, en plus encore par Raymond Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920-1922). Ils connaissent la doctrine allemande, en particulier celle de Gierke, longuement et virulemment discutée par Léon Duguit. Ce qui est au centre de ces discussions, est le rôle de la loi comme source du droit et comme « expression de la volonté générale » (CARRE DE MALBERG, 1931) ou d'une « pluralité des sources du droit » et d'une « autolimitation de l'Etat » (Hauriou, Carré de Malberg), en somme des discussions très actuelles, mais aussi très complexes, dans lesquelles nous ne pourrons pas ici entrer totalement, bien que nous tentions dans la partie III une première reconstruction de cette histoire de la subsidiarité allemande. Les relations entre doctrine juridique allemande et française sont très intenses. Les thèses de Savigny sur le « *droit subsidiaire* » sont connues, dès les premières traductions (GUENOUX, 1839) et les travaux d'Édouard Laboulaye (1842) sur la vie et l'œuvre de Savigny.

C'est à partir d'ici que notre travail atteint ses limites. Nous avons cherché à lire Raymond Carré de Malberg, Maurice Hauriou, Léon Duguit, et nous avons une relative connaissance des thèses des uns et des autres sur les « fins » (*die Zwecke*) de l'Etat, ainsi que quelques connaissances sur les relations houleuses entre la doctrine juridique allemande et celle française notamment après la signature du *Manifeste des 93* par l'essentiel de la doctrine allemande, qui certes a pu rompre quelques discussions et a fait perdre en France le motif connu de la subsidiarité allemande. Cependant, nous avouons être un peu surpris, au regard des données, de ne pas avoir pu nous appuyer sur des reconstructions juridiques de l'origine du *principe de subsidiarité*. C'est pourquoi nous avons dû nous contenter, en partie III, de reconstruire une histoire de la notion comme « formule », du début du 19e siècle jusqu'à son appropriation en contexte catholique, par Ketteler, mais aussi par Ludwig Windthorst, chez lequel l'occurrence est régulière, en particulier dans ses discours au Reichstag. Avant de conclure cette partie, nous soulèverons une autre question.

7. Le *principe de subsidiarité* comme principe de droit positif

7.1. La subsidiarité dans la Loi fondamentale de 1949

Nous nous sommes nécessairement interrogé sur la caractérisation de la notion : le droit romain n'est plus en vigueur en Allemagne. La recherche des emplois de la forme *Subsidiarität* nous a conduit essentiellement vers ce que nous avons identifié comme des sources doctrinales. Mais dans bien des cas, elle nous a également confronté à des discours parlementaires, des compte-rendus de séances de diverses institutions politiques et juridiques territoriales (par exemple, les différentes juridictions pénales territoriales et ses relations avec le droit impérial, ainsi que le droit social territorial, dans ses relations avec le droit ecclésiastique et le droit impérial). Dans ces documents, le relevé du substantif a été fastidieux, en raison de son abondance, de la difficulté de comprendre le contexte textuel et d'en identifier les auteurs.

Par ailleurs, et c'est peut-être le plus important de notre relevé, si les occurrences *Subsidiarität, subsidiär-Prinzip, Prinzip der Subsidiarität,* figurent dans des textes de la doctrine allemande de l'Ecole historique du droit, le droit allemand a toujours fait une grande

place à la notion de *subsidiarité* en droit positif. Dans sa thèse, J. Barroche s'est interrogé sur l'absence du terme dans la Loi fondamentale de 1949. Effectivement, l'occurrence n'y apparaît formellement qu'en 1992, en lien explicite avec l'intégration européenne. Si de nombreux auteurs considèrent (ROSSETTO, 2005 : 9), que l'esprit de la *subsidiarité* y est clairement repérable, elle n'a effectivement jamais été formellement un principe constitutionnel. Il semble qu'il faille mesurer l'importance de la notion, qui s'inscrit essentiellement dans le développement de l'Etat impérial. La République de Weimar (1919) est quant à elle le produit d'une synthèse (ou d'un échec, selon les points de vue) de la révolution allemande de 1918-1919 et de son écrasement définitif en 1923. Elle a entraîné la fin de l'Empire et l'abdication de Guillaume II de Prusse. Elle rompt avec le *principe de subsidiarité* et tente la centralisation. Il n'est pas évident de postuler un *continuum* entre fédéralisme et *subsidiarité*, bien qu'il soit un motif important dans la généalogie conceptuelle et historique du *principe de subsidiarité*. Toutefois, en l'état de nos recherches, et par manque de données d'histoire du droit constitutionnel allemand dans la première partie du 20e siècle, nous ne n'avancerons pas d'hypothèse précise sur cette question.

7.2. La subsidiarité dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

La forme n'est pas non plus présente (ni l'adjectif ni le substantif) dans la première version du BGB, le Code civil allemand, voté par le Reichstag en 1896 et entré en vigueur le 1er janvier 1900. Toutefois, le *principe de subsidiarité* est souvent rapproché, chez les civilistes allemands, du principe de spécialité, traduit par la locution latine *lex specialis derogat legi generali* (la règle spéciale prime la règle générale) :

> « In Lehrbüchern zum Recht ist häufig die Rede davon, ein Gesetz gelte gegenüber einem anderen nur subsidiär. Die *Subsidiarität* bedeutet, dass ein Gesetz mit einer (meistens) spezielleren Regelung vorrangig vor demjenigen mit einer allgemeineren Regelung gilt (lat.: lex specialis derogat legi generali). So gelten zum Beispiel die Regelungen des *BGB* für Kaufleute neben dem *HGB* nur subsidiär. » (ERDELYI, *Kompendium Arbeitshilfe*, 2007 : Glossaire, 38)
> [On entend régulièrement parler dans les manuels de droit du fait qu'une loi s'applique uniquement de manière subsidiaire à une autre. La *subsidiarité* signifie qu'une loi qui comporte des règles pour la plupart spécifiques, prime sur celle d'un régime plus général (lat. : specialis derogat legi generali lex). Par exemple, les dispositions du Code civil pour les commerçants sont subsidiaires au Code de commerce allemand.]

La rédaction du BGB a par ailleurs été réalisée, en partie du moins, et largement influencée par l'Ecole pandectiste, romanistes allemands rattachés à l'Ecole historique (qui ont

cependant rompu avec la méthode historiciste savignienne), en particulier Bernhard Windscheid. Olivier Jouanjan explique à ce sujet à propos des Pandectistes :

> « Lorsque l'on considère la filiation directe de l'Ecole historique, c'est-à-dire la grande science du droit romain en Allemagne dans la seconde moitié du XIXe siècle, la Pandectistique on s'aperçoit que l'héritage de Savigny et Puchta est sans doute revendiqué, mais la dimension historique est, de fait, évacuée. […] On trouverait plusieurs impulsions dans les textes mêmes de Savigny et de Puchta qui autorisaient la génération suivante des juristes à penser que, malgré l'affirmation tonitruante de ce principe organique qui doit permettre de penser en même temps histoire et système, ce qui donne véritablement à la science du droit sa scientificité, c'est la construction systématique et non l'investigation historique. […] Les Pandectistes tardifs ont pris au sérieux l'injonction de Savigny de porter le niveau de la science juridique allemande à celui qu'avaient atteint en leur temps les juristes romains dont on peut dire, écrit Savigny, « *sans exagération, qu'ils calculaient avec leurs concepts* ». Cette métaphore du calcul avec les concepts devient chez Windscheid comme chez Gerber une sorte d'injonction […]. » (JOUANJAN, 2003 : 134)

Si le BGB est très technique, il semble avoir été conçu comme un code qui laisse, dans de nombreux cas, la règle spéciale s'imposer sur la règle générale. Après son entrée en vigueur en 1900, des centaines de commentaires doctrinaux associent ses dispositions à l'adjectif *subsidiär* ou au substantif (ici dans un ouvrage d'Adolph Lobe de 1907, relatif à *La lutte contre la concurrence déloyale*, page 284):

Warenzeichengesetz § 14. — Wappen.

besonders geregelte Fall der Namenanmassung, für den dort Schadenhaftung nur bei grober Fahrlässigkeit verordnet wird, die Anwendung von BGB. § 823 Abs. 1 bei leichter Fahrlässigkeit ausschliesst.[1]) Erwägt man, dass im allgemeinen Alternativität und Subsidiarität zwischen dem BGB. und den früheren Reichsgesetzen besteht, die Absicht des Warenzeichengesetzes gleich dem Reichsgesetz dahin ging, einen Rechtschutz zu schaffen, wo er fehlte, nicht einen vorhandnen oder künftig gewährten zu beschränken, so ergibt sich, dass der erweiterte Schutz des BGB. § 823 Abs. 1 für leichte Fahrlässigkeit trotz dem § 14 des Warenzeichengesetzes gilt. §§ 13 u. 18 des Kunstges. sind Schutzgesetze nach BGB. § 823 Abs. 2.

(193)

7.3. Le *Sozialgezetz* : « Messieurs les démocrates joueront vraiment de la flûte, lorsque le peuple s'apercevra que les princes se préoccupent de son bien-être. » (Bismarck)

Sur un même modèle, l'esprit de subsidiarité semble prévaloir, lors du vote des premières lois sociales allemandes, entre 1880 et 1883. Jacques Brasseul (2012 : 72-73) explique à ce sujet :

> « Les causes de la politique sociale allemande ont été présentées de diverses façons:
> - l'opposition aux idées socialistes devant la poussée de la classe ouvrière ;
> - Les alliances politiques de Bismarck ;
> - La volonté de resserrer la communauté nationale récemment unifiée et de stabiliser le corps social autour des communautés traditionnelles sous l'influence des « socialistes de la chaire ».
>
> Après le *Kulturkampf*, lutte contre les catholiques allemands, contre le Parti du Centre (Zentrum), entamée en 1872 et prenant fin en 1878, Bismarck se retourne contre les socialistes. Il veut détruire les partis ouvriers mais en même temps il s'engage dans une politique de réforme sociale. C'est pendant les années 1880, à titre de compensation en quelque sorte, que les lois sociales sont votées et mises en place, malgré les réticences des conservateurs au Reichstag et au Bundesrat. La Commune a alerté tous les dirigeants conservateurs contre « le cauchemar des révolutions » et le socialisme représente une menace pour cette Europe conservatrice que le chancelier veut construire.
>
> La tradition corporatiste
>
> Il y a dans les réformes plus que la volonté de contrer les socialistes et d'éviter une révolution, il y a aussi une forme de paternalisme propre à l'État prussien : « *Le prince, en bon père de famille, doit veiller au bien-être matériel de ses sujets*. » Il y a également la tradition corporatiste de protection des travailleurs, plus vivace en Allemagne qu'en Angleterre et en France, où le libéralisme a connu un succès plus précoce et plus général. Le libéralisme en France prend par exemple l'aspect de la loi Le Chapelier sous la Révolution qui interdit pendant près d'un siècle (1791-1884) toute association de travailleurs ; il prend la forme en Angleterre de multiples lois, depuis celle de 1571 sous Élisabeth, qui établit la liberté totale de circulation des biens dans le pays, jusqu'à la *New Poor Law* de 1834, qui supprime l'assistance aux pauvres sous l'influence des classiques et en particulier Malthus.
>
> On a ainsi le paradoxe d'un régime monarchique, militaire et semi-féodal, où le rôle des corporations est plus important, qui est plus innovateur socialement que les démocraties de l'Ouest, parce que les mesures sociales sont plus proches des sécurités médiévales que des régimes libéraux fondés sur le laissez-faire. Le rôle plus important des corporations s'explique aussi par le fait de l'absence pendant longtemps en Allemagne d'un État unificateur, centralisateur et autoritaire. Les lois sociales se situent dans le prolongement des protections corporatives.
>
> Dans l'esprit initial de ces lois, c'est bien le déracinement des ouvriers et l'absence de protection, en un mot les effets du *factory system* libéral, qui justifient les mesures nouvelles. Il s'agit de retrouver la stabilité sociale antérieure à l'industrialisation de type britannique ou français. La gestion locale des caisses par les employeurs et les ouvriers eux-mêmes, ou auto-administration, contribue à cette stabilité, grâce à la collaboration

nécessaire des classes, qui rappelle les pratiques de la corporation traditionnelle. Les partis conservateurs (protestants) et le Centre catholique (Zentrum) partagent cette vision, dans leur hostilité commune au libéralisme venu de Grande-Bretagne : « *Le libéralisme génère un chaos social car la liberté individuelle sur laquelle il est fondé récuse les liens organiques qui maintiennent les hommes ensemble de manière nécessaire dans le cadre de communautés dont la famille constitue le modèle* ». » (BRASSEUL, 2012 : 72-73)

Nombreux auteurs allemands de l'époque pointaient l'esprit de « subsidiarité », en particulier le constitutionnaliste Heinrich Rosin (1855-1927) dans un ouvrage de 1898, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck* (*Esquisse d'une théorie générale de l'Etat d'après les discours politiques et les écrits du prince Bismarck),* pages 9 et 10. Dans ce texte, il est très clairement question de la subsidiarité des « fins » de l'Etat (*Subsidiarität des Staatszweckes*), en matière sociale (*das Wohlfahrtsstaat* - Etat de « bien-être » ou Etat social):

nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck. 9

Anschauung, die Bismarck im Jahre 1852 gelegentlich für sich selbst geltend gemacht hat, „sich von den Thorheiten seiner Partei nicht feindselig lossagen, wenn er in derselben Einfluß behalten will und sie sich nicht unterwerfen kann“ [46]): aber ihm und selbst dem staatsmännisch veranlagten Parteimann steht der wahre Staatsmann gegenüber. Als solchen, als „Mann des Staates und des Königs“ [47]) hat sich Fürst Bismarck in seiner amtlichen Wirksamkeit stets bekannt, indem er von den Anfängen seines öffentlichen Auftretens bis zum Schlusse den damit gegebenen Gegensatz zum Parteimann klar erfaßte.[48]) Als „leitender Minister“ muß er stets „das Ganze, die Folgen für das Ganze“ ins Auge fassen [49]); er „wird der Unterstützung der Fraktionen bedürfen, aber der Herrschaft einer Fraktion wird er sich niemals unterwerfen können.“ [50]) Denn „ein großer Staat regiert sich nicht nach Parteiansichten“; der Staatsmann „muß die Gesammtheit der Parteien, die im Lande vorhanden sind, in Abwägung bringen und aus dem Resultat dieser sich eine Linie ziehen, der eine Regierung als solche folgen kann.“ [51]) Ja, auch im Kampfe mit einer ihn befehdenden Partei bewährt sich die Natur des Staatsmannes; er darf nicht darauf ausgehen, ihr rücksichtslos Schaden zuzufügen, sondern, indem er im Auge behält, daß es ein Staatstheil ist, den er bekämpft, muß er erwägen, „ob der Schade, den er dem Gegner thut, im Verhältniß zu dem anderen Schaden steht, den man abwehren wollte, mit anderen Worten: zu dem Nutzen, den die Gegenpartei“ von ihrem Vorgehen [52]) „erwartet“. Nach dem Resultat dieser Abwägung kann er dazu gelangen, lieber diesem erwarteten Nutzen durch eine Konzession entgegenzukommen, die er ohne Schädigung der staatlichen Autorität, Sicherheit und Rechte gewähren kann, als einen Kampf zu führen, aus dem unverhältnißmäßiger Schade zugleich für das Ganze hervorgeht.[53])

8. Subsidiarität des Staatszweckes. Ein anderes, für die wohlfahrtsfördernde Thätigkeit des Staates maßgebendes Moment ist die der Allseitigkeit des Staatszweckes gegenüberstehende Subsidiarität desselben. Keine
(194) Aufgabe ist dem Staate an sich fremd, aber er soll als höchster und äußerster der menschlichen Verbände nur diejenigen, so zu sagen, in eigene Regie nehmen, welche nicht ebenso vollkommen von den Einzelnen und ihren engeren, im Staate bestehenden oder von ihm selbst in's Leben zu rufenden Vereinigungen erfüllt werden können. „Diejenigen Zwecke,“ so formulirt Bismarck diese Gedanken in einer berühmten, zur Unfallversicherung gehaltenen Reichstagsrede vom 15. März 1884[54]), „die der Einzelne erfüllen kann, wäre es Thorheit

10 Dr. H. Rosin: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre

für eine Korporation oder gemeinsam in die Hand zu nehmen[55]); diejenigen Zwecke, die die Gemeinde mit Gerechtigkeit und Nutzen erfüllen kann, wird man der Gemeinde überlassen. Es gibt" (aber) „Zwecke, die nur der Staat[56]) in seiner Gesammtheit erfüllen kann." Freilich kommt es nach Bismarck's Auffassung nicht blos auf die abstrakte Möglichkeit der Erfüllung im engeren Kreise an, sondern auch auf das konkrete Wie derselben; der Staat darf nothwendige Aufgaben nicht dem „Zufall" der privaten Vereinsbildung überlassen und nicht der „gerechteren und nützlicheren" Selbstthätigkeit zu Gunsten einer weniger gerechten und vollkommenen Zweckthätigkeit engerer Verbände entsagen. Für die staatliche Ausführung von Kanalbauten in Fällen, wo kein Unternehmer sich finden wird,[57]) für eine Konkurrenz des Staates mit den Aktiengesellschaften auf dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, unter dessen heutiger Gestaltung weite Kreise der Bevölkerung leiden sollen[58]), namentlich aber auch für die Durchführung der sozialpolitischen Unfallversicherung durch selbstverwaltende öffentliche Körperschaften, aber unter Ausschluß der privaten Versicherung[59]) hat Bismarck theils mit, theils ohne praktischen Erfolg das Gewicht seiner, in den obigen Sätzen ausgedrückten Anschauung in die Wagschale geworfen.

9. Mittel des Staates. Prinzip des Unentbehrlichen. Der Subsidiarität des Staatszweckes entspricht nach einem bei Bismarck selbst hervortretenden Gedankenzusammenhange[60]) auf der Seite der durch den Staat in Anspruch zu nehmenden Mittel das Prinzip der Beschränkung auf das Unentbehrlichste. Doppelt sind im Wesentlichen die Mittel, welche der Staat von seinen Gliedern erfordert: materielle Geldmittel und Opfer ihrer Handlungsfreiheit; ihnen entsprechen hauptsächlich die Finanz- und die Polizeigewalt des Staates. Für beide gilt jenes Prinzip des Unentbehrlichen. „Das Geld bleibt," wie Bismarck in seiner drastischen Manier sich ausdrückt,[61]) „für alle Verhältnisse, die nicht der staatlichen Gesammtkräfte zu ihrer Pflege nothwendig bedürfen, immer besser in der Tasche des Steuerpflichtigen; wenn die Regierung irgend in der Lage ist, es da lassen zu können, so findet es dort die fruchtbarste Verwendung." Auf dem Gebiete der Willens- und Handlungsfreiheit aber entspricht dem der Satz,[62]) daß der „höchste Grad von Freiheit des Volkes, des Individuums zu erstreben ist, der mit der Sicherheit und gemeinsamen Wohlfahrt des Staates," oder, wie es in einer anderen Stelle[63]) heißt, „überhaupt mit der Ordnung des Gesammtstaatswesens verträglich ist."

(195)

Ce texte témoigne de l'esprit dans lequel ont été votées les lois sociales de 1880-1883 en Allemagne : l'Etat n'intervient qu'en auxiliaire et en complément à d'autres regroupements, corporatifs, mais aussi religieux. Le chapitre précédent est consacré aux fonctions d'un Etat « chrétien » :

(196) **6. Staatszweck und christlicher Staat.** Die geschilderte Auffassung des Staatszweckes, namentlich in der Richtung der darin begriffenen Fürsorge für die Schwachen und Hülfsbedürftigen, ist bei Bismarck wesentlich beeinflußt durch seine Anschauung über das Verhältniß des Staates zur Religion, speziell zum Christenthum. Eine zusammenhängendere Darstellung seiner Auffassung vom „christlichen Staate" hat Bismarck zuerst auf dem vereinigten Landtage in seiner Rede zur Judenemancipation vom 15. Juni 1847[34]) gegeben, in welcher er bekanntlich gegen die Zulassung der Juden zu den mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestatteten Aemtern sich aussprach.[35]) Er begründet dieses Postulat damit, daß der christliche Staat den Zweck, die Aufgabe habe, das Christenthum oder die Lehre des Christenthums zu verwirklichen, und daß er nicht glauben könne, mit Hülfe der Juden diesem Zwecke näher zu kommen.[36]) Daß aber der Staat ein christlicher sein müsse, ergiebt sich ihm für den heutigen europäischen Kulturstaat von selbst, indem er weiterhin davon ausgeht, daß „jeder Staat, wenn er seine Dauer gesichert sehen, wenn er die Berechtigung zur Existenz nur nachweisen will, sobald sie bestritten wird, auf religiöser Grundlage sich befinden muß." Der christliche Staat ist ihm also eine Unter-

La notion de *Selbsthilfe* (auto-assistance), qui préside aux motifs subsidiaristes est non seulement déjà contenue dans les lois sociales bismarckiennes, mais clairement identifiée comme telle. C'est pourquoi, dans les quelques débats parlementaires que nous avons pu retrouver de la période, le substantif apparaît à plusieurs reprises, en particulier chez Windthorst, l'un des représentants du *Zentrum* au Reichstag. Cette notion a été généralisée, sous l'impulsion de son parti, par la loi du 4 décembre 1924 du *Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge* [Lois fondamentales du Reich relatives aux conditions, niveaux de vie et bien-être public], et par la CDU en 1962 avec la *Bundessozialhilfegesetz* (Loi sur l'aide sociale), système qui fixe que :

(§ 1 Abs. 2) Die Befähigung der Bedürftigen zur Selbsthilfe
(§ 2) Das Prinzip der Nachrangigkeit der Sozialhilfe
(§ 3) Die individuelle Hilfe
[(§ 1 alinéa 2) la capacité des personnes dans le besoin de s'aider elles-mêmes
(§2) Le principe de subordination de l'aide sociale
(§3) l'aide individuelle]

Le principe de la « subordination » de l'aide sociale en Allemagne établit qu'en cas de nécessité et seulement si aucun organisme privé, famille, association caritative, ne sont en mesure de répondre aux besoins des nécessiteux, l'Etat a alors le devoir de suppléer. En vertu de ces dispositions, toute demande d'aide publique est subordonnée à des demandes formulées à des niveaux prioritaires :

1. Les associations à but non lucratif
2. Les associations et institutions de protection sociale
3. Les institutions de bienfaisance
4. Les Églises et Communautés ecclésiales

En 1946, et parallèlement aux révisions du droit social allemand (1924) le catholicisme social instituait en Allemagne le réseau Caritas (dont le Secours catholique est en France, la section nationale). Reconnu par les institutions de l'ONU, Caritas a été présidé à sa fondation, par le président du *Volksverein*, association liée au *Zentrum* (et au cercle de *Köningswinterer*).

Conclusion intermédiaire

Nous conclurons cette seconde partie en mentionnant un auteur, Martin O'Malley, chercheur à l'université de Iéna, dont la thèse est relativement proche de la nôtre. Dans une contribution de 2008b, l'auteur explique :

> « Ketteler recognized and fought against the State's centralizing tendencies that diminished the role of local communities and effectively marginalized the secular significance of the churches. I argue that Ketteler was influenced by the legal logic of German Romantic jurisprudence with its chance on the "choice-of-law" jurisprudence of the ius commune. Nineteenth century Romantic jurists such as Friedrich Karl von Savigny greatly respected the role of law as both a product of, and a protection for, European values and culture. » (O'MALLEY, 2008b : 24)

Toutefois, O'Malley ne s'appuie pas sur des données lexicologiques : il raisonne uniquement par comparaison entre deux conceptions philosophiques. La doctrine allemande elle-même n'aborde pas la généalogie du *principe de subsidiarité* sous notre angle, mais fait, comme en France, le détour systématique et exclusif par la Doctrine de l'Eglise ; alors qu'elle signale, à plusieurs reprises la communauté de vue entre l'Ecole historique du droit, l'Ecole historique d'économie et la DSE.

Si l'unité circule, certes, chez de nombreux auteurs catholiques allemands, qui comme nous allons le voir, sont considérés comme les principaux promoteurs de la DSE, c'est toujours plus ou moins en rapport avec les occurrences telles que nous les avons repérées chez les théoriciens de l'Ecole historique. Ainsi, non seulement Ketteler nous semble avoir emprunté l'expression aux partisans de la *Rechtswissenschaft*, mais nous allons le voir, il n'y a aucune interruption d'emploi entre les tenants de l'organicisme juridique et économique allemands tout au long du 19e siècle. Nell-Breuning n'a jamais inventé le *Prinzip der Subsidiarität*, ni la *Subsidiarität*.

Michel Bréal, dans une leçon donnée au Collège de France en 1891, « le langage et les nationalités » resituait les présuposés de la philosophie historique développée par Savigny dans le domaine juridique, ou par son élève Jacob Grimm, en linguistique :

> « On ne s'expliquerait pas ces excès de l'abstraction (la langue comme un organisme), et on ne comprendrait pas l'adhésion que des vues si extraordinaires ont rencontrée, si l'on ne se rappelait que les esprits y étaient préparés d'avance par un autre ensemble de vues,

> par une autre philosophie du langage, venant du côté opposé de l'horizon scientifique, […]. Nous connaissons ce système pour l'avoir vu exposé en France, mais il a tout particulièrement trouvé des partisans en Allemagne, où il a recruté de nombreux disciples, parmi les représentants de l'Ecole historique.
> Le dictionnaire de la langue allemande des frères Grimm porte à la première page pour épigraphe : « Au commencement était le verbe ». Il ne faut pas demander aux sectateurs de cette doctrine beaucoup de clarté et de suite dans les déductions.
> […] On aimait en toute chose à reporter la perfection à l'époque des origines ; on imaginait un passé lointain qu'on décorait de toute sorte de qualités dont les temps nouveaux étaient devenus incapables ; on créait, pour y rapporter tout ce qu'il y avait de plus élevé et de meilleur, la catégorie de l'instinctif et du spontané. Savigny développait dans l'histoire du droit, Creuzer dans l'histoire des religions, Stahl dans le droit politique, les mêmes vues que Grimm et Humboldt se complaisaient à exposer dans l'histoire du langage. Ce qui se trouvait au fond de toutes ces spéculations, c'était le dédain et le mépris de la raison. Un certain orgueil de caste s'y mêlait aussi : l'idée de races privilégiées, parmi lesquelles on n'oublie pas de se placer, ne pouvait déplaire. Ce côté personnel se montre dans l'expression « indo-germanique », créée pour désigner l'une des grandes familles d'idiomes.
> La théorie mystique et la théorie naturaliste (il y a des confluents dans l'histoire des idées) se sont peu à peu amalgamées. Il en est résulté une manière de voir dont on a vu plus haut quelques spécimens. » (BREAL, 2009 : 39-42)

Dès 1891, Bréal avait perçu la confluence des thèses « mystiques » et « naturalistes » (ou historicistes). Plus proche de nous, Zeev Sternhell note également, que les théories du romantisme de la deuxième génération (Humboldt dans ses premiers textes, reste un penseur de l'*Aufklärung*), qui prônent « *le culte du particulier et du refus de l'universel* » (2006 : 18) et pour lesquels : « […] *l'éclatement, la fragmentation et l'atomisation de l'existence humaine, engendrée par la destruction du monde médiéval, sont l'origine de la décadence moderne.* » (*Ibid.* : 29) sont surtout

> « Plus sophistiquées que celles des ennemis classiques des Lumières au XVIIIe siècle, venus de l'Eglise et franchement autoritaires. En se fixant comme objectif la destruction de la vision atomistique de la société, cette attaque annonçait la naissance du communautarisme. » (*Ibid.* : 28)

Plus sophistiquée effectivement que la condamnation formulée à l'endroit de la Déclaration de 1789 par l'encyclique *Adeo Nota* ou par le *Syllabus* de 1864 (Pie IX), l'Eglise catholique reprend un motif qui n'a pas été développé par elle mais par la critique historiciste du rationalisme juridique. Elle a su, au 20e siècle, adapter sa nouvelle terminologie et la « structure épistémologique » de sa doctrine sociale (*Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise*, 2004: 39). Il y a des raisons de penser qu'avec le concours des chercheurs membres de l'Académie Pontificale des sciences sociales, elle nous fournisse très prochainement de

nouveaux corpus à étudier. En l'état de nos recherches, nous trouvons préférable de nous consacrer, dans la dernière partie de ce travail, à reconstruire un premier segment de la formule *subsidiäres Recht*, dans l'Allemagne du 19e siècle et d'en étudier les motifs.

PARTIE 3. *Subsidiäres Recht :* pistes pour une nouvelle histoire de la formule et de ses variantes. Romantisme allemand et emprunt catholique au 19e siècle

Chapitre 9

Questions méthodologiques

1. Le manque de connaissances sur la forme

Dans un article publié en 2008, intitulé « Die Metamorphosen eines gesellschaft und sozialpolitischen Ordunungsprinzip » (DAHME, WOHLFAHRT, 2008 : 5), Heinz-Jügen Dahme et Norbert Wolhfahrt expliquent :

> « Der begriff "Subsidiarität" ist erst neueren Datums und in Nachschlagewerken und lexika bis Mitte des 20. Jh nicht nachweisbar, so Nell-Breuning (vgl. auch Boessenecker 2005 : 25). Allerdings gibt es in Deutschland schon länger Begriffe, die den gleichen Wortstamm teilen, aber unterschiedlichste Bedeutung haben, so dass man sich auf diesem Wege wenig Klarheit über die Sache-verschaffen kann : "Subsidiäres Recht" z. B. sind "Rechtbestimmungen, die erst dann zur Anwendung kommen, wenn das an erster Stelle sur Anwendung kommende [...]. Keine Vorschriften enthält", so Meyers Konversations-lexikon (1908) ; "subsidiär" hat dagegen die Bedeutung : "unterstützend, hilfeleistend" (vgl. ebd), wohingegen "subsidiäre Haftung" auf dritte Personnel, meist die Familie, verweist, die in Geldangelegenheiten für den Schuldner eintreten müssen, ein Sachverhalt, Welcher der Grundidee, nach bis heute das Deutsche Sozialhilferecht prägt.
> Aber auch die anderen Bedeutungen sind im Subsidiaritätsprinzip enthalten, was es facettenreich und flexibel macht (vgl. auch Nell-Breuning 1976). »
> [Le terme « subsidiarité » est récent et introuvable dans les ouvrages de référence et dictionnnaires jusqu'au milieu du 20e siècle, en dehors de chez Nell-Breuning (voir aussi Boessenecker 2005 : 25). Toutefois, on trouve en Allemagne, de manière plus précoce, certains termes qui partagent la même racine, mais qui ont une signification différente, de sorte qu'en regardant de plus près et en cherchant un peu clarté, nous trouvons dans le *Dictionnaire de conversation* de Meyer (1908) "Droit subsidiaire" qui désigne des « *dispositions légales, le seul ensuite être appliquée lorsque la première application sur à venir [...] ne contient pas de règles* ; « subsidiaire », a cependant aussi le sens : "de soutien, de donateur" (cf. ibid.), tandis que la « responsabilité subsidiaire » réfère, en matière financière, à la famille d'un débiteur, idée fondamentale que l'on retrouve aujourd'hui en droit social allemand. Mais ces autres significations, contenues dans le *principe de subsidiarité*, le rendent protéiforme et flexible (voir. Aussi Nell Breuning, 1976).]

Il est très suprenant, à la lecture de ce passage, d'observer que même en Allemagne, les occurrences de *Subsidiarität*, *subsidiär-Prinzip*, *Subsidiaritätsprinzip*, *prinzip der Subsidiarität*, que nous avons identifiées dans les ouvrages de la littérature juridique allemande, soient qualifiées comme « *absent(es) des ouvrages de référence* ». Dahme et Wohlfahrt signalent bien que le *Konversations-Lexikon de Meyer* 1908 atteste des emplois réguliers de *subsidiäres Recht*. Toutefois l'ouvrage indique un sens marginal, proche du sens spécialisé français de l'action de *in rem verso*.

Notre repérage indique que la notion de *subsidiarité* est déjà en germe, dans le domaine de l'assistance aux pauvres (*Armenpflege*) et du devoir de l'Etat (*Pflicht des Staat*), dès 1856 dans le *Staat-lexikon* de Carl von Rotteck :

weites Feld übrig, auf welchem die Dankbarkeit der Armen erregt werden kann. Endlich ist der Staatsgewalt mit Hülfe der untergeordneten Staatsverwaltungen und der Gemeinden es allerdings möglich, dafür zu sorgen, daß Niemand aus Mangel an Mitteln umkomme. Durch Privathülfe, die unsicher und zufällig ist, kann nur unter ungewöhnlichen Umständen und local eine durchgreifende Armenunterstützung erwirkt werden, und Chalmers, der auf das von ihm Geleistete hinweist, hat, was er gethan, nicht durch sein System, sondern durch seine ausgezeichnete Per-

Armenpflege 709

sönlichkeit bewirkt. Demnach erscheint die Pflicht des Staats zur Armenunterstützung gerechtfertigt. Doch ist diese Pflicht der Unterstützung nur subsidiär, denn sie liegt nicht nur dem Staat im Ganzen ob, sondern auch allen seinen untergeordneten Gliederungen und Bestandtheilen, insbesondere auch den Gemeinden, und nicht blos als eine delegirte, vom Staate abgeleitete, sondern als eine selbständige Pflicht, sodaß der Staat als Ganzes nur zur Wirksamkeit berufen ist, wenn die niedern Organe ihre Verpflichtung nicht zu lösen im Stande sind, noch andere Verpflichtete wie die Familien oder ständische und andere Corporationen eintreten kön-

En 1856, le substantif die *Subsidiarität* est aussi attesté dans le *Controversen-Lexikon des Römischen Civilrechts* de C. Mathiae :

V.

Streitig ist, ob die Regreßverbindlichkeit des Richters subsidiarisch sei, d. h. ob er nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn andere Rechtsmittel gegen seine verletzende Handlung nicht gegeben sind, und dadurch Abhülfe zu erlangen steht.

Einige verneinen dies, weil die Subsidiarität nirgends vorgeschrieben sei; auch mindere es des Richters dolus oder lata culpa nicht, wenn durch ein anderes Erkenntniß die Vollstreckung des ungerechten Spruchs verhindert werden könne.

Struben, rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 124.
Bayer, Vorträge S. 110. (S. 176.)
Linde, Proceß §. 181.
Heffter, Institut. S. 98. 212.
Wening-Ingenheim, Lehrb. II. S. 367.
Schweppe, röm. P. R. §. 572. S. 474. not. b.
Sintenis, Civilr. II. §. 125. not. 38. a. E.

Andere gehen davon aus, daß die Klage auf Schadenersatz nothwendig das Dasein eines wirklichen, von der Willkühr des Beschädigten unabhängigen Schadens voraussetze; demgemäß könne vor Allem, wenn es auf die Rechtskraft einer verletzenden Verfügung ankomme, nicht vor deren Eintritt von deren wirklicher Verletzung die Rede sein, und eben so wenig dann, wenn der Beschädigte sie durch Rechtsmittel abwenden können, dieses aber vernachlässigt habe; denn dieses Unterlassen enthalte eine Einwilligung in die Verletzung. Auch abge-

D'après nous, la substantivation précoce de l'adjectif témoigne de la présence d'une notion systématique. Le substantif est régulier, non seulement en droit civil (*action de dol*, *action de in rem verso*) mais aussi en droit de la famille, en droit social, dans le domaine de la répartition des compétences entre le droit territorial et le droit impérial, ainsi qu'en droit pénal. Sa signification, dans l'ensemble de ces contextes d'emploi, semble toujours extensive au sens premier de *subsidiäres Recht*, c'est-à-dire comme reformulant du *Corpus Iuris Civilis* dès lors que l'on désigne la subsidiarité de ce corpus comme une source juridique. Les occurrences sont encore systématiques après la signature de la *Charte constitutionnelle du Reich allemand* (1871), acte de fondation du IIe Reich. L'emploi est en réalité ininterrompu jusqu'en 1940. A titre d'exemple, voici une liste d'ouvrages et de thèses (*Dissertations*) que nous avons identifiés sans pouvoir les consulter dans leur totalité :

(197) Waechter J. B., *Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs*, R. Noske, 1932, 32 p.;

Gäbler K.., *Die Subsidiarität der Feststellungsklage*, 1925, 410 p. ;

Mettler R., *Die straflose Nachtat und ihre Einordnung in die Begriffe Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität*, Bühler, 1933, 64 p.;

Berthold H., *Die Erscheinung der Subsidiarität im Strafrecht*, na, 1929, 116 p.;

Richter F., *Die Subsidiarität des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes*, Dittert, 1938, 98 p.;

Bär, H. D., *Die Subsidiarität im Strafrecht*, Schmalz & Laschinger, 1926, 56 p.;

Rompel, W., *Ist die sog. Alternativität als selbstständige Konkurrenzform neben der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion begründet ?* u. staatswiss. Diss., 1931, 24 p.;

Wehmeier, K.., *Die Parteivernehmung im deutschen und österreichischen Zivilprozess, ein Beitrag zur Frage der Beweislast und zur Subsidiarität*. Dissertation zur Erlangung des rechtwissenschaftlichen Doktorgrades, G. H. Nolte, 1939 - 73 p. .

Ces ouvrages et dissertations portent essentiellement sur des questions de procédures en droit civil (enrichissement, abus, concurrence). Nous y avons observé (superficiellement, n'ayant accès qu'à des passages) des emplois réguliers de *Subsidiaritätsbegriff* et *Subsidiaritätsprinzip*. A partir des années 1900, d'autres littératures en droit social et en économie, en particulier les numéros des *Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohlthätigkeit* (revue proche du *Verein für Sozialpolitik*, c'est-à-dire de l'école historique d'économie), utilisent le substantif de manière régulière dans les articles relatifs à l'aide aux pauvres (*Armenpflege*), au moins entre 1902 (n°62-67) et 1917 (n°96-100). Nous n'avons pas pu constituer de corpus exhaustif, n'ayant accès qu'à quelques numéros numérisés par des universités américaines, notamment de l'Illinois. A titre d'exemple, à la page 300 du numéro de 1916, dans un article de Hans Maier, intitulé « Lehren der Kriegsohlfahrtspflege für das Armenrecht nach dem Kriege » :

(198)

— 300 —

Verhältnisses zum Unterhalt Verpflichteten zu diesem oder zum Ersatz von den Armenbehörden nach ihrer wirtschaftlichen Lage veranlaßt werden können. Was schließlich zahlungspflichtige Dritte anlangt, so wurden diese auch von der Kriegsfürsorge gewöhnlich auf Grund vertraglicher Vereinbarung zur Zahlung herangezogen, wenn auch den Kriegsfürsorgeorganisationen meist nicht, wie den Armenverbänden aus § 62 UWG. ein klagbarer Anspruch zustand. Auch hier erscheint die Wahrung der Subsidiarität der Armenpflege gerechtfertigt. An dem Vorschußcharakter der Armenunterstützung wird die Kriegsfürsorgepraxis demgemäß kaum zu ändern haben.

Bei der Kriegswohlfahrtspflege entscheidet der Aufenthalt des zum Heeresdienst Eingezogenen oder des Unterstützten, welche Gemeinde oder welcher Lieferungsverband die Kosten zu tragen hat. Bei Armenunterstützung kommt außer in den Fällen der Landarmut der Armenverband in Betracht, in dem der Unterstützte seinen Unterstützungswohnsitz besitzt. Der UW. wird bekanntlich durch einjährigen unterstützungs- und straffreien ununterbrochenen Aufenthalt nach Vollendung des 16. Lebensjahres in einer Gemeinde erworben. Es liegt nun nach den Erfahrungen der Kriegsfürsorge nahe, das Unterstützungswohnsitzsystem aufzugeben und den jeweiligen Aufenthaltsort zum Träger der Armenlast werden zu lassen. Schon vor dem Kriege bestanden dahingehende Bestrebungen*). Bei der Beratung der Novelle zum UWG. im Reichtag 1908 betrachtete der fortschrittliche Abgeordnete Bürgermeister Cuno (Hagen) die Verpflichtung der Wohnsitzgemeinde als das Endziel. Insbesondere trat in der 33. Jahresversammlung des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit in Stuttgart 1913 der württembergische Landtagsabgeordnete Bürgermeister Hartenstein (Ludwigsburg) für eine solche Änderung des UWG. ein. In gleicher Richtung bewegten sich die Ausführungen von Stadtrat Rosenstock (Königsberg) und Schatzrat Drechsler (Hannover). Von den Gründen, die für eine Änderung sprechen, kommt vor allem die große Ersparung an Verwaltungskosten und Arbeit in Betracht. Zwecks Feststellung des UW. sind vielfach langwierige Verhandlungen mit dem Unterstützten und auswärtigen Armenverbänden, zahlreiche Ermittlungen bei Strafregisterbehörden und Meldeämtern, zuweilen ärztliche Gutachten u. s. m. erforderlich. Bei den Verwaltungsgerichten ist ständig eine recht erhebliche Zahl von Prozessen über die Erstattungsansprüche gegen den endgültig verpflichteten Verband anhängig. In größeren Armenverwaltungen besteht die Haupttätigkeit

Plus intéressant encore, nous avons repéré l'occurrence dans des numéros des *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, périodique allemand créé en 1904 par Max Weber, Werner Sombart et Edgar Jaffé (qui a cessé ses publications en 1933), et auquel contribue R.

Stammler. L'occurrence apparaît régulièrement, notamment dans les volumes 46 (1919 : 453), ici dans le volume 61 (1929 : 400) :

(199) gerade im Gegensatz zu anderen Zweigen der sozialen Gesetzgebung, insbesondere den sozialen Versicherungsgesetzen und dem Reichsversorgungsgesetz, der Grundsatz der Individualisierung zugleich mit dem Grundsatz der Subsidiarität. Die Eigenart der Fürsorge besteht darin, daß sie nicht von generell festgesetzten Tatbeständen ausgeht, sondern daß sie den einzelnen Fürsorgebedürftigen je nach der Beson-

Nous avons repéré l'occurrence dans les plusieurs numéros des *Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, la revue du *Verein für Sozialpolitik*, c'est-à-dire de l'école historique d'économie fondée par Gustav Schmoller et qui publie toujours. Cette association fondée en 1873 a rassemblé les plus grands noms des sciences économiques et sociologiques (Weber, Tönnies, Hayek, von Mises, ainsi que les principaux économistes de la future école ordolibérale, Eucken, Röpke, Rüstow). Le substantif apparait plusieurs numéros dont nous n'avons pas pu obtenir de numérisation (entre 1906 et 1929). En l'état, comme nous ne nous sommes pas donné cette période pour objet d'étude nous nous en tiendrons à ces suggestions pour une recherche ultérieure.

Sur le plan juridique, les données sont plus riches : l'emploi de la locution *Prinzip de Subsidiarität* est interrompu entre 1900 et *Quadragesimo Anno*, notamment dans les *Archiv für öffentliches Recht*[75] (*Archives pour le droit public*) fondées par Paul Laband et dont Georg Jellinek assure la coordination depuis 1903. A titre d'exemple, nous le retrouvons (ci-dessous) dans le numéro 24 (1909 : 47), au sein d'un article rédigé par Franz Leyers (1884, intitulé « Die Doppelversicherung im Krankenversicherungsrecht » [la double assurance dans le droit de l'assurance maladie] :

[75] Nombreux numéros de cette revue sont accessibles depuis le portail *Digizeitschriften*. Pour ce numéro : https://www.digizeitschriften.de/en/dms/toc/?PID=PPN345574729_0024

— 47 —

können zwangsversicherte Personen **nicht** beitreten.

B. Für die Gemeindekrankenversicherung ergibt sich ohne weiteres das gleiche Resultat aus § 4 Abs. 2: ihr können nur solche Personen beitreten, „die der Versicherungspflicht nicht unterliegen."

C. Es bleibt noch das Verhältnis von Gemeindekrankenversicherung und organisierten Kassen zu erörtern. Dass ein bei einer Kasse Zwangsversicherter der Gemeindekrankenversicherung nicht beitreten kann, ergibt sich unzweideutig aus § 4 KVG. Nicht ganz so einfach ist die Beantwortung der Frage, ob umgekehrt ein bei einer Gemeinde Zwangsversicherter einer organisierten Kasse beitreten und dadurch die Versicherung bei der Gemeinde zum Erlöschen bringen kann. Sie ist in der Literatur mehrfach verneint worden mit der Begründung, dass die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung nicht ausreiche, eine Bejahung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dieser Auffassung muss entgegengetreten werden. In einem vor kurzem im Reformblatt für Arbeiterversicherung (1908, S. 45 ff.) erschienenen Artikel ist versucht worden, dem Prinzip der Subsidiarität eine neue, m. E. unrichtige Bedeutung beizulegen. Es wird dort die Ansicht vertreten, die subsidiäre Natur der Gemeindekrankenversicherung bedeute nur, dass, wenn an dem Orte, an dem der Versicherungspflichtige ein Beschäftigungsverhältnis eingeht, keine organisierte Zwangskasse besteht, es dort nicht einer Institution ermangeln solle, die dem Arbeiter einerseits die Leistungen im

(200)

Krankheitsfalle gewährt, anderseits aber auch die Durchführung der Zwangsversicherung ermöglicht. „Es kann, so wird in jenem Artikel ausgeführt, nicht scharf genug betont werden, dass die Subsidiarität im Sinne des § 4 KVG. nur für den Fall gemeint ist, dass keine für den betreffenden Arbeiter in Frage kommende Zwangskassenorganisation am Orte besteht." Die gegenteilige

Aussi, si les ouvrages allemands attestent d'une fréquence d'emplois importante pour *Droit subsidiaire* (*subsidiäres Recht*) en 1907, ces données sont très éloignées de la réalité, bien que les nôtres soient également trop parcellaires. Nous n'avons pas réussi à nous procurer les numéros des revues publiés par le *Verein für Sozialpolitik*. Toutefois, le substantif est bien attesté et désigne, non plus seulement des dispositions procédurales mais à une notion constitutionnelle et économique.

Sur le plan juridique, si à la fin du 19e siècle, *Subsidiarität* est toujours un terme du droit civil, son acception s'est étendue au droit politique, c'est-à-dire au droit de l'Etat (droit constitutionnel). Par exemple, en 1898, la notion est réinterrogée par Hugo Preuss, dans un ouvrage intitulé *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie* [Communauté, Etat et Empire, comme collectivités territoriales. Elément/tentative de construction de l'Etat allemand à partir de la théorie coopérative] :

(201) In dieser Hinsicht trifft Waitz das richtige, wenn er sagt : « Bei dem Staate als einem Organismus ist von Zweck im gewöhnlichen Sinne nicht zu sprechen : alles Organische trägt den Grund seines Daseins in sich. Der Staat ist sich selbst Zweck ». Aber auch die Attribute, welche Brie dem Zweckmoment im Staatbegriffe beilegt, **die Allseitigkeit und Subsidiarität**, erweisen sich als unzulänglich. Treffend führt Laband aus, dass jene Allseitigkeit des Zweckes eine contradictio in adjecto ist ; « der Verzicht, den Zweck zu präcisiren ». Wohl kann dem Staate die unumschränke freie Wahl seiner Zwecke oder besser seiner Aufgaben zustehen, dies ist aber nichts andres, als die Selbstbestimmung, die Souveränität oder präciser die Competenz-Competenz. (Preuss, 2013 [1898] : 80-81)

[A cet égard, Waitz touche au vrai quand il dit : « Dans l'Etat entendu comme organisme, on ne peut pas parler des buts/fins au sens habituel : tout ce qui est organique renferme le fondement de son être-là en lui-même. L'Etat est lui-même son but. » Mais même les attributs d'universalité et de subsidiarité, auxquels Brie rattache la fin ultime du concept d'Etat, ne se révèlent pas concluants. Laband indique judicieusement que cette universalité des buts est une contradiction dans les termes (*contradictio in adjecto*) ; « le renoncement de préciser la fin ». L'Etat dispose bien de d'un choix absolu et libre de ses fins ou, mieux, de ses fonctions, mais cela n'est rien d'autre que l'auto-détermination, la souveraineté ou, pour être précis, la compétence-compétence.]

Dans son texte, Preuss indique que la notion de subsidiarité a été développée, dans le domaine juridique, et particulièrement en droit public. Il cite Paul Laband, Siegfried Brie, Paul Rosin, Otto Gierke et Georg Jellinek. Preuss est le principal artisan de la Constitution de Weimar (1919). Il discute donc vingt avant « *la destruction complète des fondements constitutionnels du Reich allemand par la Révolution de novembre 1918* » (BAUME, 2008 : 29), l'importance de la subsidiarité en droit constitutionnel allemand. La notion est ici mise en relation avec à la

définition jelleckienne de la souveraineté entendue comme *compétence de la compétence*.

Le problème paraît être, dans le texte de Preuss, le suivant : l'Etat fédéral est-il la somme des compétences déléguées par les Etat-membres (*Gliedstaaten*) ou une autorité souveraine dont les Etats membres lui sont subordonnés ? Preuss cite, en français, le juriste suisse Eugène Borel (1835-1892), qui reformule la question en ces termes :

> « A part la souveraineté, il n'y a aucun critère pour distinguer absolument l'Etat des collectivités publiques inférieures, telles que les communes, les provinces, … . Dès que l'on enlève la souveraineté à l'Etat, il n'y a plus de différence de principe entre lui et la commune, de sorte que si l'on veut maintenir cette différence entre les corps inférieurs, si l'on veut conserver la juste notion juridique du premier comme organisme complet, il faut reconnaitre que la souveraineté est son élément juridique principal, sa qualité essentielle […]. L'Etat fédératif est donc l'Etat dans lequel une certaine participation à l'exercice du pouvoir souverain est accordée à des collectivités inférieures, soit qu'on les adjoigne à l'organe souverain pour la formation de la volonté nationale, soit que, prises dans leur totalité, elles forment elles-mêmes cet organe souverain. Ces collectivités – qu'elles s'appellent Etats, Cantons ou Provinces etc. – ne sont pas des Etats proprement dits, parce que la souveraineté leur fait défaut, mais leur participation à l'exercice du pouvoir suprême les distingue des communes et autres corporations de droit public. » (PREUSS, 2013 : 85)

A la lecture de ce passage, il nous est nécessaire de déduire que la désignation *Subsidiarität* est employée dans des débats constitutionnels majeurs. Dès lors, les nouveaux emplois observés soulèvent de nombreuses questions : comment la désignation de la *Subsidiarität des Römischen Recht* a-t-elle pu devenir une notion de droit constitutionnel, ainsi qu'une notion de droit social (subsidiarité de l'aide de l'Etat) et par la suite une notion d'économie politique ? Enfin, pourquoi l'origine de cette notion n'est-elle pas soulignée par les juristes allemands ? L'ouvrage d'Hugo Preuss, dont nous venons de citer quelques passages, a fait l'objet d'une réédition en 2013. Paul Laband, George Jellinek sont toujours des auteurs lus. Si ces deux dernières questions restent, en l'état, insolubles, cette partie est consacrée à une tentative d'explication de la première : le passage de la subsidiarité du *Corpus Iuris Civilis* à la subsidiarité de l'Etat.

2. Terminologie et réalité juridique en Allemagne et en France au 19e siècle

Dans la préface de la traduction française de son *Histoire du droit public en Allemagne* (2014 : 3), Michael Stolleis revient sur l'hétérogénéité des dénominations françaises de *droit public*, *droit constitutionnel* ou *droit administratif* et les dénominations allemandes :

> « Le terme allemand « Staatsrecht » (littéralement « droit de l'Etat ») était jusqu'au 19e siècle un terme très large désignant tout ce qui ne relevait pas du droit privé. Il comprenait donc entre autres à l'époque ce qui allait bientôt devenir, avec l'apparition des constitutions écrites, le droit constitutionnel (« Verfassungsrecht »), et il s'intégra dans la catégorie générique du droit public (« Öffentliches Recht ») aux côtés du droit administratif qui émergea en tant que discipline autonome dans la seconde moitié du 19e siècle.
> Le « Staatsrecht » n'a pas de réel équivalent en français ; il est communément traduit par « droit public » et apparaît également également dans des traductions de l'époque sous la dénomination de « droit politique » ou même « droit de l'Etat », tout en étant parfois utilisé par caractériser l'ensemble du droit public (« öffentliches Recht »). Ces notions de « droit politique » et de « droit de l'Etat » ne s'étant jamais imposées parmi les juristes français, nous avons utilisé la plupart du temps le terme courant de « droit public », en ne conservant l'expression « droit politique » que lorsque les deux termes « Staatsrecht » et « öffentliches Recht » entraient en concurrence. Dans certains contextes, le « Staatsrecht » est également évoqué, par souci de clarté, comme « droit public constitutionnel. » (STOLLEIS, 2014 : 3, note de bas de page 2)

A la lecture de ce passage, nous mesurons la difficulté d'un droit public comparé franco-allemand. Si en effet les dénominations ne se recoupent pas, il nous semble que la cause est double : le droit public allemand et le droit public français n'ont pas la même histoire. Par conséquent, ils ne donnent pas lieu aux mêmes définitions. Les désignations dans les deux langages juridiques ne recouvrent pas les mêmes réalités juridiques et le découpage des propriétés de ces réalités n'est pas identique. Stolleis ajoute en commentaire de sa mise au point terminologique :

> « La prépondérance de l'orientation vers la notion d'Etat dans la terminologie juridique allemande au 19e siècle est sensible bien avant constitution d'un Etat allemand, qui ne survint que très tardivement, en 1871 ; on retrouve cette importance de la référence à l'Etat non seulement dans le terme de « Staatsrecht », mais aussi dans les notions de « Staatswissenschaft » et de « Staatswirtschaft » - communément traduites par les termes de « sciences politiques » et d'« économie politique ». » (*Ibid.*)

D'une certaine manière, les dénominations allemandes ont le mérite de leur clarté. Elles témoignent parfaitement d'une notion, celle du rôle de l'Etat, dans les domaines du droit, de

la politique et de l'économie, d'une manière plus explicite que les notions françaises d'économie ou de droit « politique ». Stolleis relie ces formulations au caractère tardif de la constitution de l'Etat allemand. En France, la distinction entérinée depuis la Révolution Française s'exprime plutôt par les termes de *sphère publique* (institutions de l'Etat, administration) et *sphère privée* à partir desquelles deux branches du droit ont été distinguées : le *droit public* et le *droit privé*. Si ces distinctions sont comptables de l'histoire de l'Etat, elles n'en désignent pas moins des catégories objectives, à un moment donné de l'histoire :

> « Le droit est un produit social qui se manifeste par des institutions. Etablies pour demeurer, les institutions, au sens général, ne peuvent cependant, demeurer immuables. Elles évoluent avec l'espace, le temps et la société Aussi l'histoire des institutions publiques reflète-t-elle la société qui les a suscitées, dans laquelle elles ont évolué et dont elles structurent l'existence. Les institutions politiques relatives au pouvoir supérieur de l'Etat s'opposent aux institutions privées. De là, la distinction entre droit public et droit privé. Les institutions administratives sont le prolongement des institutions politiques, elles forment des moyens dont se dote l'Etat pour mener son action. Ce sont les services publics, les agents qui en assurent le fonctionnement. » (RENAUT, 2007 : 3)

L'apparition d'un droit public est tributaire de la construction de l'Etat. Au Moyen-Age et sous l'Ancien Régime, la distinction entre juridictions privées et publiques est moins simple : le propriétaire (droit personnel) est également titulaire du pouvoir politique et, dans une certaine mesure, judiciaire. Il assure une fonction politique et sociale. Par ailleurs, à cette période, les relations avec certaines corporations de droit public, comme les congrégations religieuses, soulèvent d'immenses questions.

Ainsi, le droit est un produit social, mais également et surtout, un produit politique : les fins de l'Etat varient au gré des rapports de forces sociaux et des circonstances politiques. En dernière analyse, l'Etat, pour reprendre l'analyse marxiste, n'est pas extérieur aux questions politiques et sociales, mais leur expression. Ceci dit, nous ne plongerons pas ici au cœur des discussions sur la théorie du reflet. Le droit maintient une terminologie et des procédures qui traversent les âges et les époques historiques. C'est pourquoi nous partageons avec Michael Stolleis, l'idée selon laquelle :

> « L'histoire des sciences juridiques n'est pas une histoire de la pensée comme pur « reflet » de l'histoire politique, sociale ou économique – un reflet qui serait dénué de toute autonomie. Il s'agit plutôt de prendre au sérieux la science juridique du passé tout d'abord en tant qu'ensemble de textes rendant compte de la manière dont on percevait les choses à l'époque, et de comprendre cette science à partir de son contexte historique. […] Dans la mesure où les choses sont instituées une fois nommées, l'analyse d'un langage

> appartenant au passé peut aider à clarifier la manière dont l'interprétation et l'expérience rationnelles et émotionnelles du monde à cette époque furent saisies par le langage, devenant ainsi « réalité ». » (STOLLEIS, 2014 : 4)

D'une certaine manière, Stolleis procède en partie, à une histoire des formules par lesquelles s'expriment, « *par la médiation du langage* […] *des luttes pour le pouvoir réel* » (*op. cit.* : 5), ou à l'étude des « *glissements terminologiques* […] *révélateurs de l'évolution progressive des perspectives théorique et politique qui ont lieu entre l'Aufklärung et le Vormätz* » (*op. cit.* : 138). Bien qu'il ne le nomme pas, le *principe de subsidiarité* nous paraît également participer pleinement, en Allemagne, de ces luttes politiques.

Il nous semble surprenant que la désignation de *droit subsidiaire*, encore simple reformulant du *droit romain* ou du *droit commun* allemand au début du 19e siècle, donc désignation d'un corpus de textes juridiques relevant du droit privé, puisse au 20e siècle interroger le droit constitutionnel. En France, Vlad Constantinesco (1991), Guillaume Drago (1994), Lyon-Caen (1997), représentants importants de la doctrine, se sont interrogés sur le principe de subsidiarité. Or, ces juristes sont des constitutionnalistes, non des privatistes. Le principe de subsidiarité nous dit Drago, interroge bien le droit constitutionnel :

> « Existe-t-il une définition « française » de la subsidiarité, comme il existe une « conception française de la séparation des pouvoirs » ? La question mérite d'être posée en préambule car la réponse oriente le traitement du sujet retenu, à savoir « le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel ». Généralement, quand on parle du principe de subsidiarité, on pense soit au droit constitutionnel des États fédéraux, soit aux principes de l'Europe communautaire exprimés récemment dans le Traité d'Union européenne. » (DRAGO, 1994 : 583)

Constantinesco considère, quant à lui, que le principe de subsidiarité relève d'une éthique politique :

> « Il est d'abord conçu comme un principe d'éthique politique, puisqu'il exprime une vision « communautaire » de la société : celle-ci n'est pas tant formée d'individus que de communautés diverses dans lesquelles l'individu se situe et qui en permettent l'épanouissement […] C'est aussi un principe de répartition des compétences en ce sens que c'est selon l'idée de la subsidiarité que l'allocation de compétences entre les niveaux d'organisation publique doit être établie : chaque niveau de pouvoir ne doit alors se voir attribuer que les compétences qu'il est le mieux à même d'exercer. […] Elle est enfin un principe qui, intervenant dans le domaine des compétences concurrentes, permet l'actualisation d'une compétence potentielle de la Fédération, lorsque celle-ci est mieux à même d'intervenir que les Länder qui jusque-là, avaient chacun pris, dans le domaine considéré, des mesures appropriées. » (CONSTANTINESCO, 1991 : 38)

Ainsi, le principe de subsidiarité interroge le droit politique et avec lui, non seulement des compétences et leur répartition entre différentes institutions, mais surtout les sources du droit et les sièges de la puissance politique. S'il a permis d'exprimer, de manière contingente, les revendications particulières de l'Eglise catholique à un moment donné de l'histoire allemande au 19e siècle et de l'histoire européenne au 20e siècle, il ne peut pas être réduit à la question sociale et au rôle de l'Etat en matière de « bien-être » (*Wohlfahrt*) ou d'assistance. Il interroge, depuis sa formulation, les notions d'Etat, de nation ou encore de démocratie.

Dans sa thèse, Julien Barroche tente de nuancer les relations entre l'énoncé pontifical et l'énoncé maastrichtien. Nous pensons que cette tentative est juste. Toutefois, elle nous semble aussi erronée, en raison de son point de départ : le principe de subsidiarité n'étant pas catholique, mais juridique puis économique, son emploi en contexte européen n'est pas nécessairement lié à la référence pontificale. Puisqu'il interroge les constitutions des Etats, c'est-à-dire la nature et les relations entre les institutions politiques, ainsi que la nature du droit selon que celui-ci fournit le principe de son adaptation aux circonstances ou à l'inverse, impose un rapport rationnel au monde humain, bien qu'il revête des motifs philosophiques, éthiques ou moraux, il dépasse l'acception catholique.

3. Les enjeux de la subsidiarité : entre positivisme et jusnaturalisme

Le principe de subsidiarité s'inscrit dans un débat classique en philosophie du droit, opposant les partisans du droit naturel moderne (Puffendorf, Rousseau, Kant) et les partisans d'une approche positiviste ou réaliste du droit. Le positivisme conteste l'existence de principes juridiques supérieurs aux faits juridiques eux-mêmes. Ainsi, le principe de subsidiarité interroge également la notion de souveraineté dans la mesure où cette dernière entretient un rapport étroit avec l'acception moderne du droit naturel. Le principe de subsidiarité est né du débat qui oppose les juristes allemands au 19e siècle entre droit naturel et droit positif, ainsi que de la théorisation allemande de l'*Etat de droit*. Son introduction en droit européen nous paraît suivre une filiation doctrinale dont nous n'avons identifié que quelques segments : Savigny, Eichhorn, Mohl, Stahl, Rosin, Laband, Gerber, Jellinek et Jhering et parallèlement, en économie : Müller, List, Roscher, Schmoller, Brentano, Wagner, Weber, Sombart, Röpke, Müller-Amarck. Autour de ces auteurs gravitent des dizaines d'autres, chez lesquels la

subsidiarité du droit et la subsidiarité de l'Etat sont explicitement désignées.

Comment cette occurrence s'est-elle diffusée en Europe ? Les thèses des publicistes allemands de la branche formaliste (Gerber, Laband, Jellinek) mais également celles des privatistes et des sociologues du droit (Jhering), sont connues des juristes français (Hauriou, Carré de Malberg, Duguit). La doctrine allemande a fait de nombreux émules, surtout chez les spécialistes du droit international (Le Fur, Gény, Lambert), chez lesquels nous avons retrouvé des occurrences du substantif. Si les domaines juridiques et économiques sont perméables, il en va de même des courants doctrinaux, qui s'émancipent des frontières nationales. La doctrine allemande est connue des Français, Anglais, Italiens, ainsi que des Américains. Les milieux politiques voient se fréquenter juristes, hommes politiques, sociologues ou économistes. C'est pourquoi nous n'avons pas été surpris d'observer que les auteurs allemands chez lesquels l'emploi de la forme *subsidiär* et de ses dérivés est sinon systématique du moins régulier, sont aussi ceux que Roscoe Pound désignaient en 1911 comme les principaux théoriciens de la notion de standard juridique et du droit juste. L'occurrence est régulière sous la plume de Rudolf Stammler lorsqu'il discute notamment les thèses de l'école historique du droit et son « *incompatibilité intrinsèque avec la philosophie jusnaturaliste* » :

(202) « Und wir lesen, wenn wir etwa bei Unger nachschlagen : "wie wenig diese ganze Auffassungsweise des Naturrechtes unserer heutigen Anschauung über Recht und Staat entspreche, ist bekannt"; man müsse allerdings, heisst es dort weiter, vom Standpunkte der "historischen Interpretation" die Versuche zurückweisen, wodurch **dem Naturrechte die ihm eingeräumte Subsidiarität** wieder entzogen werden solle, aber man könne das "um so ruhiger" thun, als sich in der That niemals ein Fall ereignen könne, in welchen zu jener **subsidiären Quelle** rekurrirt werden müsste, einfach deshalb, weil, eben das österreichische "positive" Gesetz immer zu einer Auskunft (information) genügende Unterlage biete. » (STAMMLER, 1888 : 33)
[Et on lira, par exemple chez Unger : « il est connu que l'ensemble de cette conception du droit naturel correspond bien peu à notre conception actuelle du droit et de l'Etat » ; on devrait toutefois, ajoute-il, si on adopte le point de vue de l'« interprétation historique » renoncer à toutes les tentatives visant à retirer une nouvelle fois au droit naturel la subsidiarité qui lui a été concédé, mais on peut, selon Unger, s'y résoudre sans état d'âme dans la mesure où, dans les faits, aucun cas ne peut se présenter pour lequel il faudrait avoir recours à cette source subsidiaire, cela

parce que la loi « positive » autrichienne justement permet toujours de d'obtenir les informations nécessaires.]

A partir d'une critique des positions de l'école historique vis-à-vis du droit naturel, tout en conservant ses postulats relativistes, Stammler développe l'idée du droit juste et des standards comme axiomes « *à contenu variable* » :

> « Stammler récuse les deux postulats essentiels du droit naturel, qu'il estime désormais intenables : celui de la primauté du droit naturel sur le droit positif et celui de la validité absolue des axiomes du droit naturel. Le « droit juste » ne constitue en ce sens qu'un *droit naturel à contenu variable*, lequel ne possède aucune substance prédéterminée. Il s'agit uniquement d'un droit qui, en dépit des contingences découlant de conditions sociohistoriques déterminées et sans être détaché du droit positif, *tend* vers l'idée de droit juste, reflet de l'idéal social. Stammler quitte malaisément le terrain de la philosophie formaliste : il évite soigneusement de poser la question *de lege ferenda* et de s'adresser directement au législateur. Son propos vise plutôt le juge, lequel doit parfois combler les lacunes du droit existant ; ce qui doit se faire, avance Stammler, en conformité avec les principes du droit juste, tels la bonne foi ou la participation, formules qui demeurent vagues et floues. » (COUTU, 2009 : 673)

Stammler interroge bien la nature des sources du droit et conserve l'un des principaux motifs de l'Ecole historique : le relativisme. Il témoigne aussi que la notion de subsidiarité est développée par « l'interprétation historique » du droit, et qu'elle interroge bien le problème des *Rechtsquellen* (sources du droit) et de la souveraineté de l'Etat (*Souveränität*) et non une simple question de répartition de compétences. Il faut encore soulever le principal problème de notre travail : comment un auteur comme Roscoe Pound, qui a lu Stammler dans le détail, peut-il expliquer, dans un article de 1954, que la *subsidiarité* est une notion d'origine catholique ?

(203) « Subsidiarity is a direct contribution by a tradition of religious thought - catholic social thought - to our self-understanding as a democratic society. in modern social encyclicals, culminating with the extraordinary contributions of John Paul II, we find an affirmation that human rights should be seen not in individualistic but in social terms. Working from the principle of subsidiarity, John Paul II and others find a violation of a right order of things in assigning to greater or highter associations what smaller associations can do. The purpose of larger associations, including the state, is to help members of a body politic and society rather than to erode or to absorb its many plural associations. Subsidiarity, then, is a theory of, and for, civil society. It keeps alive alternatives betweens individualism, on the one hand, and the collectivism,

on the other. It helps us to understand why families, schools, churches are all vital and must remain vibrant and healthy if a "more perfect union" is ever to be realized. » (POUND, 1954 : 277)

Pourquoi la doctrine allemande ne transmet-elle aucune information sur l'origine de la forme et de la notion de *subsidiarité* ? A l'étude de notre corpus, nous avons été traversé d'une grande perplexité devant l'abondance des occurrences. Il est, par ailleurs, probable que notre relevé soit très partiellement représentatif. Quel est le parcours précis de l'occurrence, de Savigny au traité de Maastricht ? Comment la notion a-t-elle, ensuite, contribué à la formulation de la Doctrine sociale de l'Eglise ? Ce sont les questions auxquelles nous voudrions apporter des réponses. Toutefois, cette dernière partie ne le fera que modestement.

4. Les choix imposés par nos relevés

Confrontés à des difficultés matérielles, nous avons dû faire des choix importants et nous laisser diriger par les contextes d'emplois des occurrences que nous avons travaillées. Nos données, encore trop parcellaires, expliquent en partie la difficulté que nous avons rencontrée dans la fixation d'un plan strict. Pour tenter de limiter le chaos de l'exposition, ainsi que par choix volontaire, nous nous sommes surtout concentré sur les occurrences allemandes du 19e siècle. Ce travail nous est apparu le plus important, car nous voulions démontrer deux choses : le principe de subsidiarité n'est pas une notion du 20e siècle ni une notion théologique, mais elle n'est pas non plus une notion « anhistorique » (BARROCHE, 2012 : 78). Au contraire, elle est circonstanciée à une période et à des enjeux politiques précis. Ses exhumations en 1931 puis en 1992 répondent à des enjeux politiques précis.

En Allemagne, au début du 19e siècle, la *subsidiarité* est un mot d'ordre contre la codification et la République, pour le maintien du particularisme juridique. Très rapidement, nous avons le sentiment qu'elle devient un élément de langage autour duquel se regroupent les opposants politiques au mouvement ouvrier allemand : libéraux, nationaux-libéraux, catholiques légitimistes, conservateurs, et puisqu'il s'agit souvent des mêmes personnes, juristes, économistes et sociologues. Par conséquent, nous voulions non seulement recontextualiser le discours catholique, mais aussi et surtout, une partie du discours juridique et économique allemand du 19e siècle.

Les arguments du 19e siècle sont également relativement similaires à ceux des 20e et 21e siècles. Devenue un slogan social chez les élites allemandes après le Printemps des Peuples, nous retrouvons, actuellement, la subsidiarité dans des discours relativement proches, en matière sociale : recul nécessaire de l'Etat-providence, responsabilisation du travailleur, subsidiarité de l'aide sociale ; dans le domaine juridique : critique de la rationalité et du volontarisme juridiques, nécessaire adaptation du droit aux circonstances, lourdeur de la législation, condamnation d'un droit mécanique inadapté aux exigences de la pratique juridique ; en matière philosophique : idée d'une société entendue comme organisme ou communauté de valeurs, d'idées ou de sentiments, apologie du pluralisme.

Le principe de subsidiarité provient de la philosophie du *Volksgeist* et relève de ce que Zeev Sterhell désigne par la formule « Anti-Lumières ». En tout état de cause, elle provient des mêmes sources et autorise le même synchrétisme : romantisme européen et doctrine catholique. Nous parvenons à cette hypothèse, après une analyse de l'emploi de l'occurrence au 19e siècle et à la lumière des motifs de son exhumation au 20e siècle. Cette hypothèse, que nous défendons, a donc déterminé la manière dont nous avons sélectionné le corpus et les auteurs que nous allons discuter. Nous nous sommes confronté aux emplois d'une période précise : du Congrès de Vienne (1814) aux lois sociales (1883). Pendant cette période, le concept juridique mute et devient une notion politique. Les conséquences de notre choix sont importantes : nous avons négligé les lectures et les recherches qui auraient pu nous permettre de mettre en évidence le parcours de l'occurrence du début du 20e siècle jusqu'au traité de Maastricht. La dernière partie de ce travail n'est consacrée ni à l'acception européenne ni même à l'acception catholique de 1931, mais à l'acception allemande, exclusivement au 19e siècle. Et cette reconstruction est, à bien des égards, un simple segment de cette histoire. Elle ne revient que rapidement sur les acceptions chez Friedrich Julius von Stahl, héritier de la méthode historique et philosophe du droit contre-révolutionnaire. Elle ne peut non plus exposer exhaustivement les emplois par la doctrine juridique allemande après Savigny. Elle porte essentiellement sur le fond de la doctrine juridique romantique allemande développée par ce dernier, puis interroge le passage d'une occurrence juridique à un mot d'ordre politique et social. Par conséquent, elle ne discute pas les occurrences chez Georg Jellinek, Rudolf von Jhering, Otto von Gierke ou Carl Schmitt. Elle ne discute pas non plus la notion chez les principaux ordolibéraux allemands. Si nous savons qu'elles parsèment leurs œuvres, puisque nous les avons relevées, s'engager dans ces discussions dépassent de loin nos compétences juridiques et économiques. Toutefois, nous avons tenu à étudier l'occurrence chez Paul

Laband. Cette partie, pour finir, n'interroge pas non plus les institutions allemandes dans cette période. Nous avons surtout tenté de capter son esprit initial, d'étudier la philosophie sous-jacente de l'occurrence juridique. Cette méthode pose évidemment des problèmes méthodologiques, en ce qu'elle nécessite de nombreuses extrapolations sur les intentions des auteurs étudiés : la lecture de textes allemands sans traduction nous a posé beaucoup de difficultés, nos propres traductions sont encore rudimentaires et nous avons dû essentiellement nous appuyer sur les œuvres traduites des auteurs et des sources secondaires. Si nous avons cherché, dans la mesure du possible de citer les auteurs, il apparaîtra souvent un décalage entre le contexte d'emploi et notre propos.

Nous avons divisé cette partie en trois chapitres (à l'exclusion de celui-ci). Dans le premier chapitre, nous revenons sur le cadre conceptuel dans lequel s'inscrit la *subsidiarité* : la notion allemande d'Etat de droit (*Rechtsstaat*), telle qu'elle a été développée avec Emmanuel Kant et Wilhelm Humboldt. Après cette reconceptualisation, nous nous attachons à étudier les mutations de la doctrine juridique après l'épisode napoléonien, en revenant sur les enjeux des débats sur la codification à l'issue du Congrès de Vienne. Nous tâchons d'expliquer la signification de l'occurrence comme désignation d'un concept de droit, en revenant sur la situation juridique du Saint Empire romain germanique jusqu'en 1806. Dans le second chapitre, nous nous attachons à analyser les motifs d'une rapide diffusion du mot d'ordre politique dans le domaine de la législation sociale. Nous étudions essentiellement les discours de la première école historique d'économie. Dans le troisième et dernier chapitre, nous revenons plus précisément sur l'emploi de *subsidiäre Recht* chez Wilhelm Ketteler et interrogeons quelques éléments sur la terminologie catholique sociale à la fin du siècle. Avant d'aborder plus précisément Kant et Humboldt, il nous faut encore préciser ce qui nous permet de formuler la problématique subsidiaire dans le sens d'une participation de la construction notionnelle de l'Etat de droit.

5. L'Etat et le droit en Allemagne au 19e siècle

La construction du droit public allemand est liée à celle de l'Etat en Allemagne. Or, avant la proclamation du IIe Reich dans la galerie des glaces du Château de Versailles le 18 janvier 1871, il n'existe pas d'Etat allemand à proprement parler. Le Saint Empire romain germanique n'existe officiellement plus depuis le 6 août 1806 et la naissance de la

Confédération du Rhin sous domination napoléonienne. Aussi, entre 1806 et 1871, les questions constitutionnelles font l'objet d'âpres conflits. Cette période voit également se structurer l'un des plus puissants mouvements ouvriers nationaux : en 1871, les sociaux-démocrates font 9% aux élections nationales. En 1883, ils occupent 25% des sièges au Reichstag. Mais déjà en 1848, la *Märzrevolution* (Printemps des peuples) secoue l'Allemagne. De 1806 à 1848, les revendications républicaines sont étouffées et laissent place au rétablissement de l'ancien « *chaos sans fin* » (THIBAUT, cité par DUFOUR, 2006 : 23) du droit. Toutefois, s'il n'existe pas d'Etat allemand à proprement parler, la tradition d'un droit public impérial est très enracinée depuis le 17e siècle :

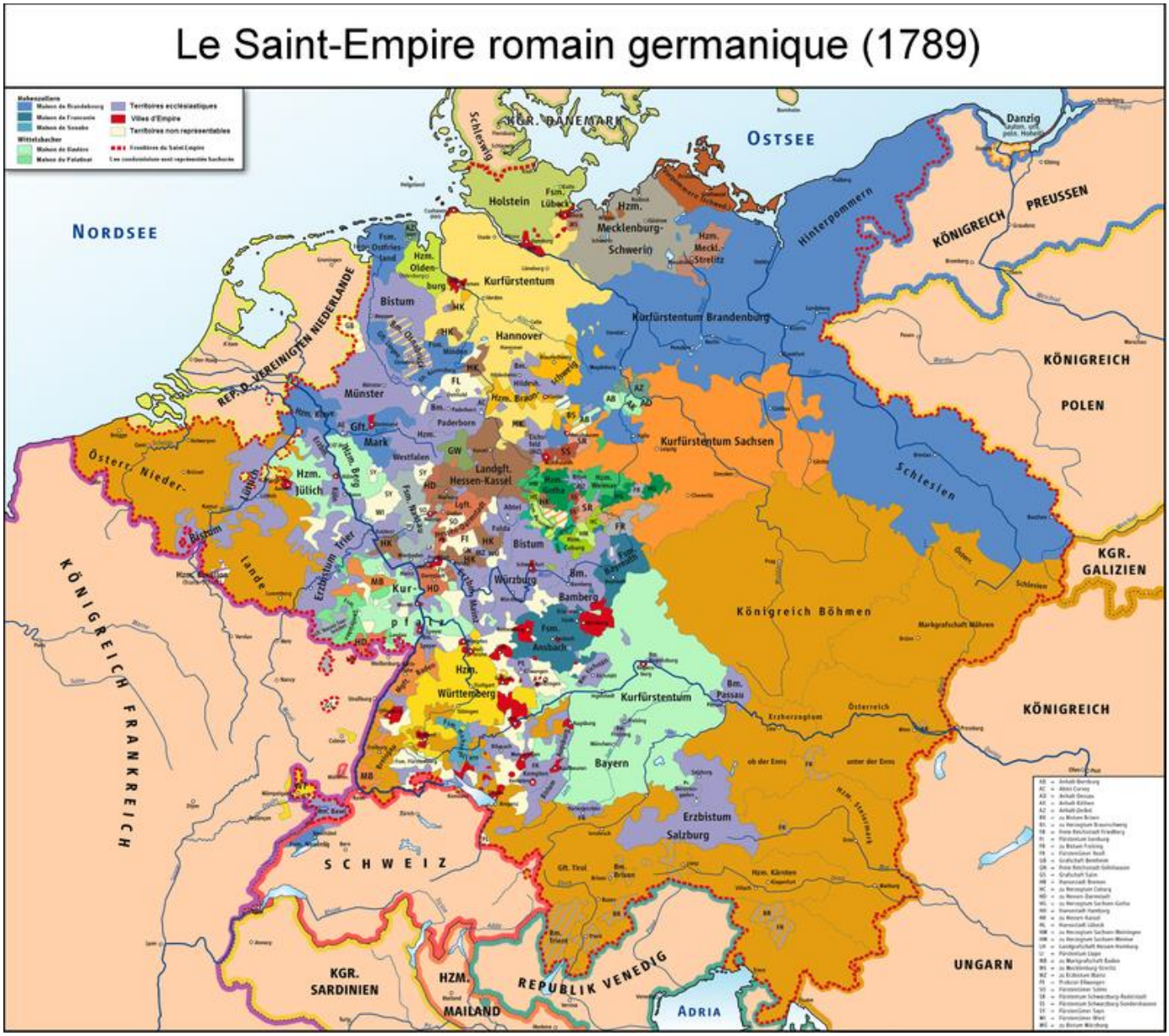
> « Rien n'est plus répandu dans toute l'Allemagne que la science du droit public. Il s'y édite un grand nombre d'ouvrages remarquables, écrits par les meilleurs auteurs, sur cette discipline enseignée dans toutes les universités. » (HUBER, cité par STOLLEIS, 1998 : 66)

L'Ancien Empire romain allemand, avant sa chute définitive, a développé un puissant droit public qui prend :

> « […] ses racines dans le droit romain et dans la « politique », avec l'ensemble des « sciences de l'Etat » qu'elle englobe, et le droit administratif, issu de l'ancienne science de la police (Polizeiwissenschaft). » (STOLLEIS, 1998 : 71)

Il existe donc une *Reichspublizistik* et surtout des sciences camérales, chaires d'économie directement rattachées aux finances publiques de l'Empire. Les sciences de la « police » (*Polizeiwissenschaft*) ou du « bien-être » (*Wolhfartswissenschaft*) et l'administration, liées à l'absolutisme allemand, sont tentaculaires.

Si le plan territorial, lorsque l'Empire disparaît, il laisse coexister, dans des Etats morcellés semi-indépendants et disposant de leur droit territorial propre, les ordres féodaux et leurs junkers (noblesse foncière), une bourgeoisie en demande de libéralisation des relations juridiques, une petite bourgeoisie dépendante du maintien de la noblesse, dans certains royaumes le servage, dans d'autres un prolétariat naissant. Dans certains Etats sous domination napoléonienne, le Code civil de 1804 a été adopté. Dans d'autres, il a été rejeté. La situation juridique de l'Allemagne est celle du morcellement :



Source iconographie : Wikimedia Commons

Cette carte donne une vue de l'Empire, avant sa dissolution. Après le Congrès de Vienne, les délimitations territoriales de l'Ancien Empire ne sont pas rétablies. Les Etats sont livrés à eux-mêmes et aux principales puissances politiques, la Prusse et l'Autriche, ainsi qu'aux puissances commerciales extérieures, essentiellement anglaises. La plupart des Etats allemands, jusqu'en 1871, ne répondent pas aux revendications constitutionnelles. Toutefois, l'unification douanière débute à partir de 1834 (*Zollverein*). Juridiquement, dans une situation d'imprécision institutionnelle, la discussion de la nouvelle constitution de l'Empire s'engage plus favoralement sur le terrain des « fins de l'Etat » (*Staatszwecke*) et de l'autolimitation du souverain. Cette discussion avait été toutefois déjà initiée par les libéraux et partisans

jusnaturalistes, en particulier par Emmanuel Kant.

Classiquement, les ouvrages d'introduction au droit présentent le droit allemand, à l'instar du modèle de l'arbre des langues, comme un droit appartenant à la famille « romano-germanique ». Les problèmes soulevés par cette métaphore biologique sont bien connus des linguistes. Les conséquences de la réception du droit romain dans l'Empire romain germanique ne correspondent pas à ceux du reste de l'Europe. S'il a été reçu de manière précoce au Moyen-Age dans une partie de l'Empire (le nord de l'Italie), sa diffusion est plus tardive dans le reste du territoire. Ce retard explique, contradictoirement, son maintien jusqu'en 1900 comme droit commun de l'Empire. Le droit allemand mêle des éléments de droit germanique (initialement les *lois Saliques*) et de droit romain. La réception de ce dernier en Allemagne, est essentiellement civiliste. Mais la question du droit civil applicable sur un territoire pose des questions de souveraineté.

5.1. La notion d'Etat de droit en Allemagne au 19e siècle

Au début du 19e siècle, le débat juridique en Allemagne portent sur les limites de l'Etat. Il se cristallise en particulier autour de la formule *Etat de droit* (*Rechtsstaat* et non *Staatsrecht* - *droit public*), dont la paternité est attribuée à Robert Von Mohl (1866) :

> « On s'accorde généralement pour considérer que le premier à avoir utilisé ce concept de manière systématique fut Robert von Mohl, homme politique et théoricien libéral de l'époque du *Vormärz*. » (HERRERA, 1994 : 91)

La notion aurait ensuite été reformulée dans un sens formel (par opposition à matériel) par Friedrich Julius von Stahl puis par Georg Jellinek. Aujourd'hui, elle est fréquemment présentée comme une notion synonyme de démocratie libérale et de respect des droits et libertés des citoyens ou encore comme l'antithèse :

> « […] du concept « État despote », considéré comme un synonyme de séparation des pouvoirs, de respect des libertés et des droits de l'homme, supposant essentiellement à l'arbitraire, l'autoritarisme, à la force. » (HERRERA, 1994 : 89)

Au point de départ, l'Etat de droit est un mot d'ordre des libéraux allemands, sans toutefois entretenir une relation synonymique avec la désignation de *démocratie*. Cette distinction entre *Etat de droit* et *démocratie* s'accentue à mesure que la notion désigne progressivement, selon son acception formelle, les moyens (par opposition aux buts) de l'action de l'Etat. Généralement décrite comme étrangère à la problématique des formes institutionnelles et

politiques de l'Etat, la notion enregistre plutôt au 19e siècle, l'abandon, par la doctrine juridique allemande et les élites, après de multiples restaurations absolutistes, de la résolution des questions institutionnelles. Aussi n'était-elle en fait rien d'autre qu'un reformulant du « principe monarchique » dont Stolleis explique :

> « La question qui domina toute la théorie du droit public avant 1848 fut celle de la formulation juridique d'un équilibre entre absolutisme profondément ébranlé et désacralisé depuis la Révolution française et une souveraineté populaire qui n'était pas parvenue à s'imposer. C'était là l'équilibre entre d'une part la monarchie, la noblesse et l'Eglise, et d'autre part un Tiers-Etats qui tendait à se constituer en nation. Après la Révolution française, mais surtout après la victoire sur Napoléon, le monde avait changé. Il était impossible de revenir purement et simplement à un régime absolutiste, mais en même temps, les anciennes forces se révélaient encore assez forte pour tenir la bride au Tiers-Etat ou du moins pour le contraindre à des arrangements. […] Il ne s'agissait pas de négocier des constitutions, mais de les « octroyer ». Le monarque se liait de lui-même en autolimitant son pouvoir […]. Pour cette raison, la formulation du « principe monarchique » fut une idée juridique ingénieuse, une position qui résolut les conflits en les camouflant et qui avantagea clairement l'argumentation des représentants du pouvoir traditionnel. » (STOLLEIS, 2014 : 110-111)

La formule d'*Etat de droit* désigne la notion d'autolimitation du pouvoir souverain. Elle permet à la doctrine juridique de se dispenser, au 19e siècle, d'interroger frontalement les formes et la nature (monarchique, démocratique) des institutions politiques.

> « Tout aussi ingénieux que la formulation du « principe monarchique » fut l'échappatoire trouvée pour résoudre le dilemme décrit plus haut entre la souveraineté absolutiste du prince et la souveraineté démocratique du peuple – échappatoire qui consista à mettre l'accent sur la « souveraineté de l'Etat ». […] les variations sémantiques progressives du concept d'Etat depuis le 17e siècle, la différenciation qui se fit peu à peu dans les attributions de l'Etat avece l'interdiction au souverain absolu d'intervenir dans certains domaines, ainsi que la séparation entre les finances (et les dettes) de l'Etat et les finances privées du monarque coincident tout à coup à l'aube du 19e siècle, avec la division qui est en train de se produire entre l'Etat et la société. » (*Op. cit..* : 115-116)

Si la notion d'Etat de droit, chez les premiers libéraux, formule la revendication de brider l'arbitraire absolutiste et participe de la séparation des pouvoirs, son pendant est, tout au long du 19esiècle, le maintien du principe monarchique.

5.2. Réactualisation de la notion en Europe au 20e siècle

Depuis quelques années, la notion d'Etat de droit refait surface : nous avons mentionné qu'elle apparaît, à côté du principe de subsidiarité, dans la Loi Fondamentale allemande de

1949. Pour Herrera, depuis les années 1980, nous assistons à « *un retour du juridique au poste de commande de la théorie politique*. » Ronald Dworkin a synthétisé ce phénomène par la formule d'*Empire du droit* (DWORKIN, 1994). Dès lors, les conditions sont réunies pour la réactivation et la généralisation du motif d'Etat de droit :

> « Si elle était largement répandue ailleurs, car même les textes constitutionnels de plusieurs pays la consacraient, on peut constater une grande généralisation dans les dernières années, non seulement dans le domaine théorico-conceptuel, mais également dans le vocabulaire des hommes politiques et des médias. » (HERRERA, 1994 : 89)

Comme la subsidiarité, la notion d'Etat de droit a muté en slogan politique. Pour Herrera, il est urgent d'en interroger le bien-fondé et l'origine :

> « Au demeurant, si nous venons de caractériser ce paradigme comme un « retour du juridique », il peut être intéressant d'interroger quelques développements de la notion d'État de droit dans la pensée juridique. Revenir sur les origines juridiques de ce concept peut être utile pour plusieurs raisons. D'abord, pour montrer que la portée du concept a été, depuis sa constitution dans la doctrine allemande, ambivalente et ambiguë. » (*op. cit.* : 90)

Michel Senellart (2014, cours n°8) pointe également que la désignation *Etat de droit* est « *non-univoque* », témoigne d'une « *pluralité de sens* » et de « *combats sémantiques, eux-mêmes reflets de luttes politiques* ». Les auteurs sont, comme pour le principe de subsidiarité, partagés sur les véritables motifs. A l'inverse de Senellart, Eric Millard, estime par exemple que la notion, au 20e siècle ne recouvre pas une pluralité de sens, mais au contraire permet de réaliser un relatif consensus chez les élites politiques :

> « Cette référence est largement partagée, à la fois sur l'échiquier politique national : à droite comme à gauche, chez les libéraux comme chez les tenants de l'Etat-providence ; et sur la scène mondiale : le concept de l'Etat de droit est une des conditions de tout projet politique en quête de reconnaissance ou de légitimité […]. Surtout, la référence à l'Etat de droit est une référence valorisée de façon univoque : l'état de chose auquel le terme renverrait n'est pas en débat, ni dans son essence, ni dans ses modalités ; il est entendu par tous que l'Etat de droit est paré de vertus positives aptes à réaliser la démocratie et à protéger les libertés, en tant qu'il « implique que la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. » (MILLARD, 2001 : 415)

Millard conseille même à la doctrine juridique de remplir son rôle critique :

> « En revanche, dès lors que le discours politique entend se fonder sur les vertus du droit, et se génère sur les fondements d'un concept juridique de la force duquel il prétend tirer sa pertinence, il appartient à cette doctrine de remplir son rôle : a) vérifier d'une part si

> l'affirmation d'un Etat de droit protecteur des libertés et garant de la démocratie peut apparaître fondée en droit, donc chercher la signification et la logique véritables du concept juridique évoqué ; b) indiquer d'autre part à quelles conditions le discours juridique pourrait ou non participer d'une autre logique que la logique politique. C'est de ce point de vue que l'on peut utilement se référer à des critiques juridiques, plus nombreuses que le consensus politique ne semblerait l'indiquer. » (MILLARD, 2001 : 417)

Il signale également que, pour Michel Troper, la popularité de la notion d'Etat de droit est « *suspecte* » et cache des confusions « *volontaires* » (op. cit. : 416). A la lecture de ces commentaires de la doctrine, nous sommes bien sûr frappé de la proximité des motifs qui entourent les deux notions (principe de subsidiarité et Etat de droit) : si les désignations semblent polysémiques, elles concentrent des enjeux qui appellent en réalité un certain consensus. Pour la première, les membres de la doctrine s'interrogent volontiers sur le fait que la désignation puisse réellement être interprétée comme circonscrite à un concept juridique, c'est-à-dire une catégorie de pensée partagée qui permette de décrire objectivement les propriétés d'une réalité juridique. Elle relève plutôt des programmes discursifs : des critiques implicites du concept d'Etat, du rationalisme juridique et peut-être surtout, par le concept d'autolimitation, la volonté d'une limitation du pouvoir souverain. Elle appelle l'instauration d'un arsenal institutionnel et juridique visant à délester progressivement l'Etat de ses prérogatives publiques. Elle envisage également l'extension des moyens de contrôle du pouvoir souverain, au profit d'autres pouvoirs, pour leur part, sans contrôle :

> « La référence à l'Etat de droit occulte que la question essentielle est bien celle de la démocratie : la question de sa définition politique, et non celle des moyens, qui ne vient qu'après ; sous couvert de limitation de l'Etat, le concept d'Etat de droit fonde, légitime, et conserve le pouvoir réel derrière l'Etat. » (*op. cit.* : 443)

Il n'est donc pas anodin que les deux notions aient ressurgi à l'issue de la Seconde Guerre mondiale comme principales formules-clés des doctrines antitotalitaires (Maritain, Arendt, Aron, Millon-Delsol) se donnant pour but de « *protéger le peuple contre lui-même* » (MILLARD, 2001 : 418). Néanmoins, l'élément le plus troublant reste que, derrière leurs acceptions modernes, elles maintiennent les motifs de la période qui leur a donné naissance. Or, si la doctrine connaît celle de l'Etat de droit et peut en circonscrire les principaux théoriciens, il n'en va pas de même pour le *principe de subsidiarité*.

5.3. L'hypothèse de la filiation entre théorie de l'*Etat de droit* et théorie de l'*Etat subsidiaire*

L'une de nos hypothèses est que le principe de subsidiarité est partie prenante de la construction de la notion allemande d'Etat de droit (*Rechtstaat*). Cette hypothèse est née de plusieurs observations convergentes. Premièrement, les preuves matérielles, les données terminologiques et proxémiques. Les premières occurrences d'une *Subsidiarität* politique sont identifiables chez les théoriciens de l'Etat de droit, et plus précisément chez Robert von Mohl, dès 1829 :

(204) « Allein wenn allenfalls auch zuzugeben ist, daß die Aufhebung der, anfänglich ausdrücklich gestatteten, **Subsidiarität** im Gesetze von 1814 nicht deutlich genug ausgesprochen ist : so ist doch nicht nur die entschiedenste Praxis aller Gerichte gegen jene, zu der schrecklichten Verwirrung und Rechtsungewissheit führenden, Ansicht, sondern es geht auch aus der Geschichte der oben angeführten Gesetze hervor, das die absicht des Gesetzgebers ni eine andere war. » (MOHL, 1829 : 65)
[Dans le cas où, peut-être/au mieux, on admet aussi que la suppression de la subsidiarité – qui était au départ explicitement autorisée – de la loi de 1814 n'a pas été exprimée assez clairement, on voit que ce n'est pas uniquement la pratique décidée de tous les tribunaux qui va à l'encontre de ce point de vue menant à une confusion sans pareille et un flou quant au droit ; de l'histoire de la loi relatée plus haut découle aussi le constat que l'intention du législateur n'a jamais été autre.]

Dans son ouvrage, Mohl explique également :

(205) « Hiermit ist denn auch die Anwendbarkeit und selbst die ganze Existenz des sog. gemeinen deutschen TerritorialStaatsrechtes abgewiesen, d. h. jene wunderbare Lehre, welche aus einer vorgeblichen gemeinschaftlichen Grundlage des gesammten Staatsrechtes in Deutschland ein für alle Bundesstaaten gemeinschaftlich *wenn schon* ***nur subsidiär*** und wissenschaftlich gültiges Normalrecht zu entwickeln verspricht in der Wirklichkeit aber nur aus einem Aggregate inhaltsleerer oder entschieden, und zwar für alle deutsche Staaten gleichmäßig, unwahrer und erdichteter Sässe besteht, mit welchen offenbar nur Mangel an Logik sich stellen kann. » (Ibid. : 69)
[Par là, la possibilité de l'utilisation et même l'existence entière de ce qu'on appelle le droit étatique territorial allemand commun est niée/mise en cause, il s'agit, en d'autres

> termes, de cette théorie formidable qui entend développer, à partir d'une base manifestement commune pour l'ensemble du droit étatique en Allemagne un droit normal valable pour tous les Länder, de façon commune, même si ce droit n'est que subsidiaire ...]

Cependant, ces données ne nous suffisent pas : le contexte d'emploi est ici très spécifique à la relation entre le droit commun (*ius commune*) et le droit territorial ; il ne recouvre donc qu'une seule des dimensions de la subsidiarité : *la subsidiarité territoriale*. D'autres occurrences chez Mohl retiendront notre attention.

Un second élément nous permettant de postuler une relation entre le principe de subsidiarité et la notion d'Etat de droit, est l'interprétation faite par Chantal Millon-Delsol. Cette filiation nous oblige à quelques conjectures et à une analyse du discours de l'auteur. En 1991, Millon-Delsol a publié deux ouvrages : *L'Etat subsidiaire* (a) et *Les Idées politiques au 20e siècle* (b). Dans ce dernier, elle consacre son dernier chapitre à la notion d'*Etat de droit*, qu'elle nomme plus précisément « Etat-garant » : « *L'Etat garant protège autre que soi, et par conséquent passe au second plan. Ce qui semble paradoxal* » (MILLON-DELSOL, 1991b : 197). Elle conclut la fin du chapitre par un vibrant exposé de l'idée d'*Etat subsidiaire*, qu'elle oppose à celle d'*Etat-providence* :

> « Pour les économistes et sociologues du néo-libéralisme – ordolibéralisme – (cf. F. Bilger, *la pensée économique libérale de l'Allemagne contemporaine*), les créances doivent être distribuées spécifiquement selon les besoins, et non à tous les citoyens sans distinction. Cessant d'être massive, devenant sélective, l'assistance par ailleurs ne doit être le fait de l'Etat seul : dans cette mesure, elle atteindra son but premier sans remettre en cause les libertés. L'Allemagne et la Suisse ont concrétisé cette vision de chose qui s'appuie sur une vision sociale déterminée. En effet, elle implique l'abandon à la fois du socialisme égalitaire et de l'individualisme militant. L'Etat-Providence interdit un grand nombre d'initiatives en distribuant du bien-être avant même la demande. Pour répondre à ce danger, le néolibéralisme allemand s'appuie sur le principe de subsidiarité. » (*op. cit.* : 241-242)

Pour Millon-Delsol, *Etat subsidiaire*, *Etat-garant* et *Etat de droit* sont synonymes. Ceci dit, nous avons déjà signalé la relative difficulté de lecture imposée par le style de l'ouvrage : l'auteur ne précise pas ses filiations intellectuelles. Dans ce passage par exemple, elle réfère à l'ordolibéralisme allemand (Ecole de Fribourg, 1945), c'est-à-dire aux théoriciens de la *Sozialmarktwissenschaft* (*économie sociale de marché*), non aux théoriciens de l'Etat de droit. Mais elle établit bien une filiation entre la notion de subsidiarité développée par les ordolibéraux et l'Etat de droit. Sa terminologie est allemande : lorsqu'elle caractérise « l'Etat

de bien-être », elle dialogue avec les thèses allemandes du *subsidiärer Wohlfahrtsstaat* (Etat de bien-être ou Etat de police subsidiaire) développées par Robert von Mohl. Stolleis l'évoquait : les terminologies françaises et allemandes ne se recoupent pas. Cette manière d'exposition est très déroutante, parce qu'elle prive le lecteur d'éléments lui permettant de comprendre que la théorie de l'Etat de droit *subsidiaire* n'est pas née après 1945 mais au 19e siècle en Allemagne : elle ne s'oppose pas à la notion de totalitarisme née après guerre, mais à la formule d'*Absolustimus* c'est-à-dire de l'Etat absolutiste prussien du 18e siècle. Le mot d'ordre *Etat subsidiaire* est, au 19e siècle en Allemagne, une revendication de courants politiques divers, pour certains radicalement opposés (certains libéraux et la quasi-totalité des conservateurs allemands), qui partagent toutefois une caractéristique : le rejet de la démocratie politique, du suffrage universel et, à partir des années 1830, celui des thèses socialistes et communistes. C'est également dans cette filiation antirépublicaine que s'inscrivent les principaux acteurs du catholicisme légitimiste allemand. Ainsi, à regarder de près le passage où Ketteler est censé avoir théorisé l'Etat subsidiaire, le terme le plus éloquent, n'est pas *subsidiäre*, mais *Absolutismus* :

> « Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht. » (KETTELER, 1873 : 38)

Lorsque Millon-Delsol explique que « *La nouveauté de ce temps consiste dans le développement mondial de l'idée de l'Etat de droit* » (MILLON-DELSOL, 1991b : 198), notion qui s'inscrit dans une « *pensée de la politique qui paradoxalement vise à réduire les prétentions de la politique* » (*op. cit.* : 200), elle réfère aux thèses du *Rechtsstaat* développées par les libéraux allemands, Emmanuel Kant et Wilhelm Humboldt, puis repris à leur compte par les héritiers critiques de l'historicisme juridique de Savigny. Elle emploie ensuite des formulations qui réfèrent aux thèses des juristes formalistes allemands du 19e siècle (Laband, Gerber, Jellinek), c'est-à-dire à la théorie d'un droit formel adapté à la forme institutionnelle de l'Etat allemand impérial :

> « Pendant la période qui nous occupe, les défenseurs de l'Etat de droit s'intéressent généralement assez peu à ses modalités institutionnelles. Le 20e siècle cherche les légitimations d'un pouvoir fondé sur les droits de l'homme, non pas celles de la monarchie constitutionnelle, de la République ou de telle ou telle forme de démocratie […]. L'Etat de droit est pluriforme, et la querelle antique et médiévale entre monarchie/aristocratie/démocratie se trouve reléguée au second rang, pour ne pas dire exclue du champ politique. » (MILLON-DELSOL, 1991b : 203)

Inévitablement, la question des formes institutionnelles du pouvoir politique et des « buts » de

l'Etat ne peut qu'être congédiée dès lors qu'on postule que « *l'Etat de droit suppose un pouvoir à plusieurs centres, voire émanant de centres multiples* » (op. cit : 218). Sa conception de *l'Etat subsidiaire* emprunte exactement les mêmes motifs :

> « L'idée de subsidiarité se situe en dehors de la question du « régime » politique, et saurait d'ailleurs s'accommoder de presque tous, à l'exception de ceux qui la récusent par nature. Elle écarte la question du meilleur régime, qui traverse toute notre histoire depuis Homère - par exemple; le pouvoir doit-il être un ou pluriel ? La querelle entre la monarchie, l'aristocratie et la démocratie, et la solution sophistiquée du régime mixte, très en vue de Polybe jusqu'à Bodin, ne l'intéressent pas. » (MILLON-DELSOL, 1991a : 8)

Lorsqu'elle consacre un chapitre entier aux thèses d'Althusius, en réalité elle réfère aux thèses du publiciste allemand Otto von Gierke (toutefois, elle ne cite pas explicitement les textes de Gierke, en particulier celui que nous avons reproduit dans la partie II).

L'Etat subsidiaire est une revendication antiabsolustiste des conservateurs allemands du 19e siècle. Il exprime au départ, l'exigence du maintien des structures d'Ancien Régime. Il s'oppose donc aux aspirations libérales allemandes, dès les *Discours à la nation* de Fichte (1806) fondées sur l'exigence de l'unité juridique, territoriale et démocratique. Nous retrouvons ce même motif chez Millon-Delsol elle-même, avec la notion de subsidiarité :

> « Il ne s'agit donc nullement de légitimer la république, et il ne s'agit pas non plus, comme on pourrait le croire, forcément d'une légitimation de la démocratie comme régime politique. » (MILLON-DELSOL, 1991b : 204)

En fait, Millon-Delsol reprend à son compte l'argumentation des conservateurs allemands. Sous sa plume, le libéralisme politique, puis le socialisme, sont caractérisés comme les principales causes de la « *démocratie « totalitaire » [qui] rappelle la démocratie jacobine, dans laquelle elle puise ses racines* » (op. cit.: 206). C'est donc bien dans la continuité des thèses allemandes rejettant les présupposés du jusnaturalisme que Millon-Delsol inscrit l'origine du principe de subsidiairté. A propos de ces thèses, Zeev Sternhell écrit :

> « Le 18e siècle ne marque par seulement la naissance de la modernité rationaliste mais aussi de son antithèse. En effet, c'est au moment même où la pensée rationaliste semble à son apogée que se dessine dans la vie intellectuelle européenne une révolte globale contre la vision de l'homme et de la société des Lumières. Durant deux siècles, cette révolte est dirigée avant tout contre les lumières françaises, ou plutôt les lumières franco-kantiennes, mais elle s'attaque aussi aux Lumières anglaises de John Locke à David Hume et à Jeremy Bentham. Depuis la seconde moitié du 18e siècle jusqu'à la période de la guerre froide, la confrontation de ces deux traditions politiques, ou de ces deux grandes cultures politiques, constitue une des grandes constantes du monde qui est toujours le nôtre. » (STERNHELL, 2006 : 17)

L'ensemble des motifs invoqués par Millon-Delsol recoupent les évolutions de la notion d'Etat de droit en Allemagne. Au point de départ, le concept est libéral, notamment kantien (stricte séparation des sphères publiques et privées). Il s'inspire, avec quelques nuances, du processus qui, en France, conduit la révolution à mettre en place des structures politiques visant à réduire la puissance de l'Etat absolutiste, au profit des libertés individuelles. En Allemagne, la notion initiale glisse ensuite vers une discussion formelle qui, dans les faits, dispense d'interroger la nature des institutions politiques (de concept « matériel » prébismarckien, qui assimile l'Etat à la personne du monarque et dont le pouvoir est limité par le principe de légalité ; le concept formel des héritiers critiques positivistes de l'Ecole historique du droit qui théorisent l'autolimitation de l'Etat[76]).

Ces thèses apparaîssent comme très distinctes les unes des autres. De fait, elles le sont sur de nombreux aspects et se sont traduit par de nombreuses polémiques (Max Weber *vs* Rudolf Stammler, ou Gierke *vs* Laband ; Gierke *vs* Ecole pandectiste). Toutefois, il est manifeste que le motif de l'*Etat subsidiaire* se maintient chez l'ensemble de ces auteurs. Les liens entre *Etat de droit* et *Etat subsidiaire* sont donc pointés par Millon-Delsol : elle place la subsidiarité au cœur d'une problématique non sur les fins mais sur les moyens de l'Etat et évacue toutes les réflexions traditionnelles sur la nature des gouvernements (monarchie, démocratie, république, …). Or, c'est bien ainsi que Michel Senellart caractérise l'Etat de droit :

> « L'Etat de droit désigne un genre d'état particulier, qui se distingue des autres, patriarcal, théocratie, antique, despotique, d'après le but qui lui est propre : protéger et promouvoir les capacités individuelles des individus. L'Etat de droit se distingue par un critère matériel : son but, et non pas simplement formel (république, démocratie, monarchie). » (SENELLART, 2014)

L'objectif de cette distinction, en Allemagne, des buts et des formes de l'Etat, s'explique aisément dès lors que l'on comprend que la formule Etat de droit désigne, chez les élites politiques, la *monarchie* :

> « La légitimité de la monarchie n'était mise en doute par personne, en Allemagne. […] Abstraction faite de quelques prises de position exprimant la haine des princes dont la fréquence s'accrut sous la pression de la Révolution française mais largement considérées comme un discours irresponsable d'existences socialement déracinées, l'abolition de la monarchie n'était ni exigée ni souhaitée par les intellectuels […]. La conscience politique

[76] Les principales occurrences du principe de subsidiarité se trouvent bien chez les positivistes : chez Laband dans le tome III de la traduction française de *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1882), chez von Gerber, dès 1849 dans le volume 4 de son *Système de droit privé allemand* (System des deutschen Privatrechts) ou dans le volume 4 d'un ouvrage de 1861 co-rédigé avec Jhering (*Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*).

> des intellectuels et leur lien social et intellectuel avec l'ordre existant ne pouvait être à l'origine d'une atmosphère révolutionnaire dans ces cercles. » (STARCK, 1990 : 257)

La notion d'Etat de droit, après Kant, est développée par des doctrines antirépublicaines. La difficulté pour saisir l'origine de cette thèse de la subsidiarité de l'Etat, est accentuée par le fait que malgré leur formalisme, Laband, Gerber ou Jellinek n'ont pas rompu avec la philosophie de l'Etat organique de Friedrich Karl von Savigny. Ils n'ont rompu qu'avec son historicisme. Or, sans cette référence, la notion de subsidiarité ne peut que rester incompréhensible.

Chapitre 10

Les trois sources de l'Etat subsidiaire

Le *principe de subsidiarité* provient de la synthèse entre trois tendances politiques. La première, celle qui construit la notion *d'Etat de droit*, est le courant libéral. Sa position essentielle est la critique libérale du *Wohlfhartstaat* ou « Etat de bien-être » (ou encore *Etat de police* - *Polizeistaat*) c'est-à-dire en tout état de cause, l'absolutisme. Cette position est représentée par Emmanuel Kant, puis par Wilhelm von Humboldt. Il s'agit de l'*Aufklärung*.

Une seconde source de la *subsidiarité*, beaucoup plus radicale, est la critique de l'Etat absolutiste développée par les tenants de l'organicisme juridique. Cette critique s'inscrit, dès le début du 19e siècle, contre les présupposés jusnaturalistes et rationalistes des Lumières. Leur principal représentant est F. K. von Savigny. Ce dernier décrit la Révolution française comme « *la maladie politique* », le « *cancer* » français et la codification comme un « *instrument du despotisme* » (SAVIGNY, 2006 : 49).

Enfin, la troisième contribution est celle des principaux représentants du « socialisme de la Chaire » (*Kathedersozialismus*). L'Ecole historique d'économie (ou *socialisme de la Chaire* ou encore *Nationalökonomie*) est inspirée de la méthode initiée par Savigny (la méthode historique) ainsi que par l'économie nationale de Friedrich List.

Il faut cependant nuancer dès maintenant cette manière de concevoir ce synchrétisme, car les trois courants ne sont pas étrangers les uns des autres. Savigny lui-même, inspiré de la philosophie kantienne, se voulait le « *Kant de la théorie juridique* » (DUFOUR, 2006 : 18). Plutôt que trois courants, nous y voyons trois moments d'une partie de la doctrine juridique et économique allemande. Il faut signaler que Robert von Mohl opère, dès 1829, une synthèse entre les deux premiers courants.

1. La première occurrence de *Subsidiarität*

Robert von Mohl est un juriste libéral, défenseur du « *principe monarchique* » (STOLLEIS, 2014 : 100) et de la monarchie constitutionnelle, ce qui lui a valu quelques déboires après la révolution de 1848. Il représente donc un courant politique : le libéralisme. Toutefois, Mohl est l'un des plus grands opposants à la forme républicaine du pouvoir politique et au suffrage universel :

> « Seiner Abneigung gegen die „Aristokratie" stand ein mindestens ebenso tiefes Misstrauen gegen die „Prolotarier" [sic] gegenüber, das ihn vor dem Gedanken einer ausschließlichen Volkssouveränität zurückschrecken und selbst in einer allzu großen Stärkung des parlamentarischen Einflusses gegenüber der Monarchie die Gefahr erblicken ließ, dass „der rohen Gewalt der physischen Mehrzahl ein allzubedeutender Spielraum gegeben" würde. Auf dem Höhepunkt revolutionärer Unruhe im Frühjahr 1848 widmete er sich der Abfassung einer – letztlich nicht veröffentlichten – Flugschrift „An die Arbeiter!", in der er vor der Forderung nach einer Republik warnte, welche eine für Deutschland ungeeignete Staatsform sei und nur zu Bürgerkrieg und Elend führen könne. » (ANGERMANN, 1961 : 187)
> [Son aversion pour l'« aristocratie » s'est accompagnée d'une méfiance tout aussi profonde du "Prolotarier" [sic], il redoutait l'idée d'une souveraineté exclusive du peuple et considérait qu'un trop grand renforcement de l'influence parlementaire « *donnant à la force brute de la majorité physique une marge trop importante* », représenterait pour la monarchie un trop grand danger. Au plus fort de l'agitation révolutionnaire du printemps 1848, il se consacre à l'écriture d'une brochure, non publiée, intitulée « Aux travailleurs !», dans laquelle il les met en garde contre la revendication d'une république, inadéquate à la forme de l'Etat en Allemagne et ne pouvant conduire qu'à la guerre civile et à la misère.]

L'idée d'Etat de droit n'implique pas celle de république ou de démocratie. Toutefois, Mohl reste un libéral, c'est pourquoi chez lui, la notion reste une :

> « […] référence à un type d'État, l'État rationnel (*Verstandesstaat*), dont le fondement est la plus grande liberté des citoyens garantie par les institutions du droit, notamment par une limitation constitutionnelle du domaine du pouvoir de l'État. » (HERRERA, 1994 : 91)

La notion est reprise et modifiée par Friedrich Julius Stahl, adepte de la méthode savignienne, « *théoricien du conservatisme contre-révolutionnaire et homme politique influent de la monarchie prussienne sous Friedrich Wilhelm IV* » (HERRERA, 1994 : 92). Chez Stahl, l'État de droit ne désigne plus les buts de l'État, mais la méthode pour la réalisation de ceux-ci :

> « En ce sens, *Rechtsstaat* ne désigne plus qu'une modalité, une forme pour la réalisation de la volonté de l'État, sans référence particulière à des contenus ou à des finalités. Ce caractère éminemment technique, dogmatico-juridique de la notion, qui n'implique

nullement l'idée de liberté politique, met en avant que le droit n'est pas considéré comme une fin ou un contenu déterminé, mais comme un moyen pour les fins politiques les plus diverses » (*Ibid.* : 92)

Le passage de Mohl à Stahl illustre, pour Michel Senellart, le passage d'une conception « matérielle » de l'Etat de droit, à une conception « formelle » étrangère aux prémisses jusnaturalistes encore présentes chez Mohl. Stahl, très influencé par les théories contre-révolutionnaires de Joseph De Maistre, Edmund Burke, ou Adam Müller (*Philosophie des Rechts*), affirme l'idée d'une « communauté éthique » couronnée par l'Etat. Cette conception est difficilement défendable par les tenants du libéralisme allemand.

Chez Stahl, encore moins que chez Mohl, la définition de l'Etat de droit n'est conditionnée par la question démocratique : au contraire, sa conception est tributaire d'une conception *subsidiariste*, au sens de la doctrine juridique allemande héritière de Savigny, c'est-à-dire antinomique avec le droit naturel :

(206) « Es gibt kein anderes Recht als das positive. Was der Vorstellung eines Naturrechts zugrunde liegt, sind eben jene Gedanken und Gebote der Weltordnung Gottes, die Rechtsideen ; diese aber haben [...] weder die erforderliche Bestimmtheit (Präzisierung), noch die bindende Kraft des Rechts. Sie sind Bestimmungsgründe für die Fortbildung des Gemeinzustandes. Es gibt daher wohl Vernunftanforderungen an das Recht, aber es gibt kein Vernunftrecht. Es dürfen die Untertanen, einzeln oder in Massen, sich nicht wider das positive Recht setzen, gestützt auf Naturrecht, das ist der Frevel der Revolution. Es darf insbesondere der Richter nicht nach Naturrecht entscheiden, sei es gegen das positive Recht oder sei es auch nur in Ergänzung des positiven Rechts (**subsidiär**). » (STAHL, 1854 : 222)

[Il n'existe aucun autre droit que le droit positif. Ce qui sous-tend l'idée d'un droit naturel, ce sont des pensées ou des commandements divins, universels, des idées juridiques. Mais ces idées n'ont pas la précision nécessaire, ni la force obligatoire du droit. Elles sont des éléments de détermination pour la formation des [Communautés]. Ainsi, peut-être existe-t-il des exigences rationnelles du droit, mais aucun droit rationnel. Que les sujets, individuellement ou collectivement, s'opposent au droit positif, se fondent sur le droit naturel, c'est le crime de la révolution. On ne doit pas, et en particulier le juge, décider selon le droit naturel, que ce soit contre le droit positif ou que ce soit également en complément du droit positif (**subsidiairement**)]

Stahl inaugure la définition positiviste de l'*Etat de droit*, telle qu'elle sera développée par la suite par les auteurs précédemment cités, surtout par Rudolf Stammler. Pour comprendre d'où vient la notion *d'Etat subsidiaire*, il faut donc exposer la théorie de l'Etat de droit en Allemagne et la conception subsidiariste du droit chez Savigny. Ces deux moments de la pensée politique allemande se suivent de très près (fin 18e siècle jusqu'à 1814) et se mélangent dans une théorie de l'Etat, certes très bigarrée au gré des auteurs et des positions des uns et des autres, mais chez lesquels domine l'idée subsidiaire.

2. La première théorie de l'Etat de droit : Kant et Humboldt.

Le 18e siècle allemand est le siècle de l'*Aufklärung* et du jusnaturalisme, inspiré par la philosophie et du droit de Samuel Von Pufendorf, dont l'œuvre a eu une grande influence sur les Lumières françaises, en particulier Jean-Jacques Rousseau. Son héritier, l'encyclopédiste Christian Wolff a largement été commenté par Emmanuel Kant (Grapotte, Prunea-Bretonnet, 2011) et Wilhelm Friedrich Hegel, pour lequel il fut « *l'instituteur de l'Allemagne* » (SIEP, 2011). Le 18e siècle enfante donc un droit essentiellement porté vers la codification. L'Empereur Joseph II (1740 - 1790), frère de Marie-Antoinette, autrement dénommé « l'empereur révolutionnaire » (PERRONET, 1998 :198) et pétri des œuvres de Voltaire, est surtout l'archétype du « despote éclairé » et absolutiste, décidé à renforcer jalousement la suprématie des Habsbourg et à réduire la fragmentation de la souveraineté politique dans l'Empire et dans le Royaume d'Autriche. Fidèle à sa célèbre formulation « *tout pour le peuple, rien par le peuple* », il est le premier à tenter la « révolution par le haut » : il publie plus de 11 000 lois, impose les premières réformes territoriales, crée les premiers statuts de la fonction publique adossés à des titres et grades universitaires (et non plus réservés à la seule noblesse), malmène sa cour, instaure le mariage civil, supprime les jurandes, abolit le servage et les monopoles de vente seigneuriaux, permet le rachat des corvées et l'accession à la propriété des paysans en tenure. Il met en place l'une des premières politiques anticléricales, le « joséphisme », destinée à soumettre l'Eglise catholique à l'Etat et supprime les congrégations religieuses. Cette politique est fermement condamnée par le pape Pie IV dès 1781, alors que ce dernier est depuis son élection (1775) engagé dans un combat contre

l'athéisme et de la philosophie des Lumières[77]. Malgré son voyage à Vienne en 1782 et ses discussions quotidiennes avec l'empereur, ce dernier ne cède sur aucune des mesures prises. La réforme jugée la plus audacieuse est l'institution d'un impôt payable par tous les propriétaires, sans exception, porte ouverte à la suppression des privilèges de la noblesse et du clergé. Semant le trouble dans toute les monarchies du Saint Empire, l'ensemble des mesures prises sont supprimées et les privilèges rétablis à sa mort, en 1790.

Dans le même esprit, le roi de Prusse Frédéric II (1712-1786), considéré comme un roi « philosophe », ne s'exprime qu'en français et s'inscrit dans l'esprit absolutiste qui règne en France depuis Richelieu :

> « Une grande partie des libertés germaniques consiste en ce que chaque petit État et chaque petit territoire affecte un langage particulier, ce qui diversifie, multiplie et change si considérablement les idiomes que les mêmes idées s'expriment avec des mots et des phrases différentes à Berlin, à Leipzig, à Vienne, à Stuttgart, à Cologne, et dans le Holstein. […] On manque tout à fait de ces Académies qui servent de témoins à l'usage des mots, qui fixent leur véritable sens et leur emploi avec précision, et de là vient que les auteurs, ne connaissant ni règles ni lois, s'abandonnent à leur caprice, et écrivent sans pureté, sans élégance et sans concision dans un langage grossier et dans un style inégal et sauvage […]. Il faut commencer par perfectionner la langue ; elle a besoin d'être limée et rabotée. » (FREDERIC II, 1781 : 9)

Dans sa *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les Lois* de 1749, Frédéric II exprime sa position à l'égard de la codification :

> « Un corps de lois parfait serait le chef-d'œuvre de l'esprit humain dans ce qui regarde la politique du gouvernement : on y remarquerait une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un Etat conduit par ses lois ressemblerait à une montre dont tous les ressorts ont été faits pour un même but […] ; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige : elles consisteraient dans un choix exquis de toute ce que les lois civiles ont eu de meilleur et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation ; tout serait prévu, tout serait combiné, et rien ne serait sujet à des inconvénients. » (FREDERIC II, cité par DUFOUR 2006 : 24)

---

[77] Pie VI publie les deux encycliques les plus marquantes du 18e siècle : *Inscrutabile divinae sapientiae*, 1775, de condamnation de l'athéisme, pour le texte intégral traduit en français, voir URL : http://laportelatine.org/bibliotheque/encycliques/PieVI/inscrutabile_divinae.php
« Quelque chose de beaucoup plus grave exige Notre discours, et même, requiert en abondance nos larmes : il s'agit de ce mal pestilentiel que la sauvagerie de notre époque a généré. […] Ces menteurs savants adoucissent et occultent l'immense perversité de leurs dogmes par des paroles et des expressions tellement séduisantes, que les plus faibles – qui sont la majorité – sont comme pris à l'hameçon, trompés de façon affreuse ; et soit ils abjurent *complètement la Foi, soit ils la laissent vaciller en grande partie, en suivant une doctrine acclamée et ils ouvrent les yeux vers une fausse lumière qui leur fait plus de mal que les ténèbres mêmes* » ; *Adeo Nota*, bref pontifical du 23 avril 1791 condamnant les décisions de l'Assemblée générale du Comtat Vénaissin de rattachement à la France révolutionnaire ainsi que la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. (Pie VI, *Adeo nota*, Editions Clovis, Paris, 2012.)

Pour Alfred Dufour, l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR - code général pour les Etats Prussiens) de 1794, dont Frédéric II est le principal initiateur, s'inscrit « *tout naturellement dans la mouvance wolffienne de l'Ecole historique du droit naturel moderne* […] *souvent présenté comme le* « droit naturel prussien moderne » *(W. Dilthey)* » (DUFOUR, 2006 : 13). Avec la volonté d'unification du droit, le 18e siècle allemand est essentiellement critique du pouvoir discrétionnaire du juge que le souverain entend sinon interdire, du moins limiter. Il est également très critique vis-à-vis du maintien du droit romain encore en vigueur, qui encourage, dans les faits, la persistance du particularisme juridique territorial et féodal.

2.1. L'absolutisme éclairé prussien et autrichien

Sur le plan historiographique, nombreux auteurs divergent sur l'origine et la nature de l'absolutisme (il existe plusieurs interprétations, libérales, wéberienes, ou marxistes) et en particulier de l'absolutisme allemand. Cependant, on définit classiquement le régime de la monarchie absolue comme un pouvoir central ne souffrant aucun contrepoids institutionnel, parlementaire, traditionnel ou constitutionnel. C'est effectivement la situation allemande, en particulier en Prusse et en Autriche à partir de la seconde moitié du 18e siècle. Cet état de fait perdure tout au long du 19e siècle dans l'Allemagne entière, y compris dans le cadre de la Confédération germanique sous domination prussienne. Dans ce contexte, l'opposition à l'absolutisme est soit libérale et réclame une constitution, soit restauratrice et exige le retour à l'ancien droit territorial et coutumier. L'Allemagne ne se dote d'une Charte Constitutionnelle (qui dans son esprit, ressemble plus à la Charte constitutionnelle française de 1814, qu'à une véritable constitution), qu'en 1871. L'histoire du 19e siècle est avant tout celle de la restauration et du néo-absolutisme prussien, en particulier après les grandes réformes prussiennes de 1806-1815 et après le printemps des peuples de 1848. L'absolutisme semble donc plutôt la réponse à une situation contradictoire qui correspond, en fait, à la situation juridique et territoriale du Saint-Empire romain germanique à la veille de sa dissolution :

> « Le 19e siècle n'est pas seulement le siècle des révolutions et de la répression politique, du Biedermeier et de l'anarchisme, de la question sociale et du mouvement ouvrier, de l'embourgeoisement de la noblesse et de la féodalisation de la bourgeoisie. C'est aussi celui du libéralisme, du constitutionalisme et de la science. Le monde de l'ancien régime avait sombré, c'est vrai, mais il se perpétuait sur de nombreux plans. On ne portait plus de perruques à queue, mais la pensée absolutiste était loin d'avoir disparue. Sous le choc de

> la révolution française et des guerres de coalition qui s'ensuivirent, les éléments libéraux de la fin du 18e siècle furent même refoulés et réprimés. On assista après 1819, 1830, 1848, à des vagues de néo-absolutisme.» (STOLLEIS, 2014 : 2)

Les forces libérales allemandes, au début du 19e siècle, n'ont en effet pas acquis la même puissance politique que la bourgeoisie française. Elles ne sont pas en mesure de rompre définitivement avec l'Ancien Régime. L'Empire est essentiellement agraire, la bourgeoisie est disséminée dans les villes et largement tributaire, sur le plan économique, du maintien de la noblesse. Elle n'accède pas au marché mondial et le marché intérieur est entravé par de multiples barrières. Les aspirations libérales sont donc plus théoriques que concrètes. Sur le plan national, l'absolutisme apparaît comme la phase de centralisation politique qui permet de répondre à la nécessité d'unification.

Le caractère centralisateur de l'absolutisme prussien et autrichien, les deux principales puissances du Saint Empire, tient en réalité à une rivalité qui les oppose à partir de 1740 et jusqu'aux dernières guerres prusso-autrichiennes (à Sadowa, 1866). A partir de cette date, la Prusse acquiert définitivement le pouvoir d'unifier l'ensemble des Etats allemands sous sa domination. Dans ces circonstances, la phase absolutiste du 18e siècle correspond plutôt à une guerre d'hégémonie au sein de l'Empire : l'éclatement territorial des Etats, le maintien des privilèges féodaux empêchent la levée de l'impôt nécessaire au financement de l'armée et d'une bureaucratie tentaculaire. Toutefois, contradictoirement, l'absolutisme n'abolit pas les structures fondamentales de l'Ancien Régime, car il constitue le dernier rempart, la dernière « ré-institutionnalisation » centralisée des rapports féodaux :

> « On s'essayait ainsi à une synthèse difficile : il s'agissait de faire sien les résultats positifs de la révolution française tout en veillant au maintien global de l'ordre politique légitime qui avait régné jusqu'alors. On voulait récolter les fruits de la modernisation et entrer dans l'ère constitutionnelle bourgeoise, mais sans conduire à l'échafaud la dynastie depuis longtemps au pouvoir. La révolution française influença et changea l'Allemagne de bien des manières, mais le pays ne connut pas de révolution propre. » (STOLLEIS, 2014 : 17-18)

Les aspirations constitutionnelles de la bourgeoisie ne trouvent donc aucune réponse avant les années 1870. Toutefois, en 1834, le *Zollverein* (cordon douanier) est mis en place, sur les conseils de Friedrich List, par la Prusse. En somme, la situation sociale, territoriale, politique, juridique de l'Empire est fondée sur l'adaptation du particularisme, du morcellement et des hiérarchies sociales féodales, à la libéralisation économique. Cette mutation est aussi celle des structures sociales et politiques d'un pays comme le Japon, qui connaît un développement parallèle à la même période.

2.2. L'Allemagne et la Révolution française

A la fin du 18e siècle, dans de nombreux secteurs, incluant la noblesse, l'accueil de la révolution française est relativement favorable. Le mur de l'absolutisme est tombé. Le jeune Hegel par exemple, exprime son enthousiasme :

> « Anaxagoras avait le premier dit que la pensée gouverne le monde, mais ce n'est que depuis la Révolution française que l'homme est arrivé à savoir que la pensée doit gouverner la réalité intellectuelle. C'était là un glorieux lever de soleil : tous les êtres pensants ont célébré cette aurore. » (HEGEL, 1979 : 340)

La Révolution française qui marque le début de l'âge moderne, aurait permis à l'humanité d'atteindre « la *dernière étape de l'histoire, notre monde, notre temps* ». Ceci dit, l'enthousiasme hégélien n'est pas unanime. Entre 1770-1820, la nation allemande est :

> « […] culturellement épanouie mais politiquement éclatée, dépourvue d'une réelle capacité d'action, sans accès au commerce mondial, sous la coupe d'un ordre constitutionnel archaïque et juridicisé jusqu'à l'absurde. […] Tout est « confus », politiquement, les jacobins allemands sont rapidement éliminés de l'échiquier politique. Il faut « gérer » la pression exercée par la révolution française, et adapter les structures politiques. Les réactions furent différentes en fonctions des Etats, de leur taille. Au point de départ, la révolution est saluée, dans les classes supérieures comme un élément marquant. Mais l'accélération des événements : exécution de Louis XVI, guerres de coalition : l'espoir grandit de voir des solutions constitutionnelles modérées (une nouvelle constitution d'empire). » (STOLLEIS, 2014 : 19)

2.3. Le libéralisme kantien

La Révolution française a eu raison de l'absolutisme français. Kant, représentant de l'*Aufklärung*, mais dans un état d'esprit quelque peu plus « conservateur », développe une conception libérale opposée au *Wohlfahrtsstaat* absolutiste. Cette critique entend fonder rationnellement la limitation de l'Etat dans ses prétentions à commander au bonheur des citoyens. Il développe donc la notion d'Etat de droit. Nous reprendrons ici essentiellement l'analyse que font Blandine Kriegel (1979) et Michel Senellart (Cours du CNRS)[78] sur cette question.

Dans *L'Etat et les esclaves* (2003), Blandine Kriegel défend la thèse selon laquelle la notion d'*Etat de droit* n'est pas née au 18e siècle chez les philosophes des Lumières, mais est

[78] Nous citons Sénellart, les références bibliographiques de Michel Senelart, mais ce sont nos propres transcriptions du cours qu'il a donné à l'ENS Lyon, intitulé *Introduction à la philosophie politique, la naissance de l'état de droit*.

essentiellement comptable de l'apparition de la notion du principe de souveraineté chez Jean Bodin (1529-1596). Elle participe donc du renforcement de l'autorité monarchique aux 16e et 17e siècles. La notion d'*Etat de droit* doit se comprendre chez elle, essentiellement comme une critique formulée lors de la naissance de l'Etat moderne, contre l'arbitraire et le despotisme du pouvoir seigneurial. Suivant cette thèse, la notion d'Etat de droit inclurait totalement la possibilité d'un état absolutiste, ou en tout cas, d'un pouvoir absolu et indivisible. Ainsi, la notion d'Etat de droit aurait pour point de départ son opposition à l'Etat féodal despotique. Le despotisme résiderait alors dans le féodalisme, c'est-à-dire l'arbitraire de la multiplicité des lieux de pouvoirs.

Chez Kant, la notion *d'Etat de droit* s'inverse. Si l'antonyme de l'Etat de droit est toujours le despotisme, ce dernier n'est pas ou plus le despotisme féodal, mais celui du souverain absolutiste. Pour Senellart, chez Kant, « *le despotisme consiste à substituer* « l'idée de bonheur à l'idée de droit »*, que ce dernier distingue* » (SENELLART, 2007 : Cours n°7). L'Etat de droit est chez Kant, une critique du *Polizeistaat*, qui est aussi un *WohfahrtStaat* :

> « Un gouvernement qui serait fondé sur le principe de la bienveillance envers le peuple, tel que celui du père envers ses enfants, c'est-à-dire un gouvernement paternel, où par conséquent les sujets, tels des enfants mineurs incapables de décider de ce qui leur est vraiment utile ou nuisible, sont obligés de se comporter de manière uniquement passive, afin d'attendre uniquement du jugement du chef de l'État la façon dont ils doivent être heureux, et uniquement de sa bonté qu'il le veuille également – un tel gouvernement, dis-je, est le plus grand despotisme que l'on puisse concevoir. » (KANT, 1990 : 31)

M. Senellart explique qu'on trouve chez Kant, une définition originale du despotisme : « ce n'est plus un gouvernement fondé sur la violence ou l'arbitraire, ce qui définit le despotisme, c'est la bienveillance à l'égard du peuple, vouloir son bien malgré lui » (SENELLART, 2007 : Cours n°8). Ainsi, le premier principe d'un Etat de droit est la liberté, entendue comme la liberté des individus d'être leur propre fin, autonomes. Kant décoche sa première flèche dans *Qu'est-ce que les Lumières ?*(1784), première formulation d'une critique libérale de l'*Aufklärung* absolutiste :

> « Le premier principe kantien est un principe de limitation de l'action de l'Etat : claire séparation entre la sphère publique et la sphère privée, qui exclut toute prise en charge collective du bien être des sujets. » (*op.cit.)*

La critique kantienne du despotisme éclairé, est encore plus clairement exprimée dans *Théorie et pratique* :

> « Le concept d'un droit extérieur en général découle entièrement du concept de la liberté dans les rapports extérieurs des hommes entre eux et n'a absolument rien à voir avec la fin qui est de façon naturelle celle de tous les hommes (l'intention de parvenir au bonheur), ni avec la prescription des moyens d'y parvenir ; en sorte que, pour cette raison également, cette fin ne doit absolument pas s'immiscer dans cette loi au titre de principe déterminant […]. Le souverain veut rendre le peuple heureux selon l'idée qu'il s'en fait et il devient despote ; le peuple ne veut pas se laisser frustrer de la prétention au bonheur commune à tous les hommes et il devient rebelle. » (KANT, 1990 : 30)

Kant rejette donc les postulats des *sciences camérales* ou *sciences de la police* au service de l'Etat absolutisme prussien :

> « La police était jusque lors synonyme de maintien du « bon ordre » à l'intérieur de la communauté (Wohlordnung des Gemeinwesens) et du respect des lois. Ce terme désigne éventuellement le « bien commun » lui- même, comme c'est le cas dans certains écrits de Luther, dans lesquels la Police équivaut à l'État. Au XVIIIe siècle, la police inclut aussi bien la simple garantie de l'ordre que l'intervention légitime dans les affaires culturelles, sphère par excellence du « bien-être » des citoyens. On peut lire un nouveau souci du « bien-être » et de la sécurité des individus dans le développement d'une politique de type providentiel tout au long du XVIIIe siècle. Le contrôle parfois répressif des loisirs, la surveillance des lieux de plaisirs etc., se sont également accompagnés d'une politique de prévention : l'éducation du goût des individus prend dès lors une forme morale et justifie par exemple la censure des pièces de théâtre, des ouvrages, etc. […]. Ce projet de civiliser les masses, d'élever le niveau de l'éducation et plus généralement d'apporter le « bien-être spirituel » à la population repose sur le présupposé que les individus ne connaissent pas encore ou ne disposent pas eux-mêmes des conditions de leur bonheur et qu'il relève du devoir de la puissance publique de les y amener.
> Cette politique bienfaisante puise son socle théorique notamment dans les écrits des caméralistes allemands qui étaient également des fonctionnaires au service du pouvoir absolutiste. Avec eux, et dès lors que la police recouvre presque toute l'administration intérieure, une nouvelle science s'institutionnalise dans les facultés de philosophie, tout d'abord en Prusse, comme « science de la police, de la caméralistique et de l'économie » visant la formation d'un nouveau corps de fonctionnaires spécialisés dans les tâches administratives. Il ne s'agit pas seulement ici d'un projet « intellectuel », mais au travers de l'institutionnalisation de la science de la police, ce sont surtout de nouvelles techniques administratives qui sont inventées. » (LABORIER, 1999 : 8).

Les sciences camérales sont aussi et surtout des sciences fiscales et économiques. De fait, cette administration puissante, si elle s'oppose au droit féodal, s'oppose aussi au développement de l'économie capitaliste. La critique kantienne du *Wohlfahrtsstaat* s'inscrit pleinement dans la critique bourgeoise en mal de libéralisme économique et politique.

2.4. Humboldt : entre libéralisme et historicisme

Cette conception est partagée par Wilhelm von Humboldt. En 1792, il rédige l'*Essai sur les*

limites de l'action de l'Etat, dans lequel il formule une conception très proche. Bien qu'il n'ait été publié qu'en 1852 et si pour Senellart, on doit relativiser la portée qu'il a pu avoir sur le développement et les discussions qui ont présidé au développement de la notion d'*Etat de droit* en Allemagne, il nous faut reconnaître, avec Stolleis que « *l'analyse d'un langage appartenant au passé peut aider à clarifier la manière dont l'interprétation et l'expérience rationnelles et émotionnelles du monde à cette époque furent saisies par le langage* » (STOLLEIS, 2014 : 4-5). La terminologie de l'*Essai*, ainsi que celle d'un article publié un an auparavant, analysant le projet de Constitution française de 1791 est significative :

> « Le principe selon lequel le gouvernement doit prendre soin, sur les plans matériel et moral du bonheur et du bien-être de la nation (das Glück und Wohl), ce principe constituait le despotisme le plus terrible et le plus oppressif. » (HUMBOLDT, traduit et cité par SENELLART, 2001 : 780)

La similitude entre la formulation de Humboldt et celle de Wilhelm Emmanuel Ketteler, quelques quatre-vingts années plus tard, est confondante :

> « Cependant c'est aussi de l'absolutisme dur, un asservissement mental et spirituel, quand l'Etat maltraite –si j'ose dire – le droit subsidiaire. » (KETTELER, 1873 : 38)

Toutefois, ces deux citations, si elles partagent des similitudes du point de vue de la formulation, ne se recoupent que très relativement sur un plan philosophique, ce que nous étayerons en fin de partie. En l'état, il faut plutôt interpréter l'assertion de Humboldt comme l'expression des revendications libérales en Allemagne à la fin du 18e siècle :

> « Peu après la parution de la Doctrine du droit, en 1797, Kant et ses disciples furent désignés comme l'école critique ou école des théoriciens de l'Etat de droit. L'Etat de droit dans ce contexte, ne désignait pas une réalité effective, mais définissait un programme politique ayant pour but de faire reculer l'état paternaliste et de l'assujettir aux règles librement approuvées par tous les citoyens. Dans cette revendication, se rejoignaient les tendances du libéralisme économique, le pathos de la liberté éveillé par la Révolution française et le programme politique du mouvement constitutionnel : limitation de l'omnipotence de l'Etat, spécialement dans le domaine du droit pénal, *government of laws and not of mens*, gouvernement des lois et non gouvernement des hommes, soumission des juges et des fonctionnaires à la loi. » (STOLLEIS, 2014 : 101)

La critique de l'Etat de Kant et Humboldt reflète les besoins de la classe bourgeoise, dont la liberté et la constitution deviennent les mots d'ordre essentiels. Cependant, cette critique de l'absolutisme, surtout après l'épisode révolutionnaire français, n'est pas synonyme de ralliement à la forme républicaine du pouvoir politique.

2.5. Humboldt : la critique organiciste de la Révolution française

Dans son ouvrage intitulé *Freiheit und Bindung Wilhelm von Humboldts "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen" und das Subsidiaritätsprinzip* (*La liberté et le lien entre l'Essai sur limites de l'action de l'Etat et le principe de subsidiarité*, 1997), Siegfried Battisti établit un parallèle entre la pensée de Humboldt à l'égard du Wohlfahrtsstaat et l'énoncé du principe de subsidiarité. Battisti ne s'y trompe pas, mais ce lien n'est qu'indirect.

Premièrement, Humboldt ne parle jamais d'un *subsidiäres Rechts* ou *subsidiärer Staat*, encore moins de *Subsidiarität*. La critique kantienne ou humboldtienne de l'Etat de police ou de bien-être, du *Wohlfarstaat*, qu'on assimile à tort au concept de *Welfare State* ou à la critique de l'état-providence, vise l'Etat absolutiste prussien. En somme, Kant et Humboldt ne sont pas ennemis de la Révolution française, bien qu'ils adoptent à son égard des positions très nuancées. Leurs nuances sont par ailleurs justifiées de manière très différente. Si Kant reconnaît l'événement historique et ses motifs rationalistes, il critique la légitimité du droit à l'insurrection :

> « Contre le législateur suprême dans l'Etat, il n'y a point d'opposition légale du peuple ; car un Etat juridique n'est possible que par soumission à sa volonté législatrice universelle. Il n'y a donc pas non plus un droit de sédition (seditio) et encore moins un droit de rébellion et envers lui comme personne singulière (le monarque), sous prétexte d'abus de pouvoir pas le moins du monde le droit d'attenter à sa personne et même à sa vie. » (KANT, 1997 : 202)

La condamnation par Kant du droit de résistance a pour contrepartie la promotion de la sphère de la publicité, liée au concept du *rule of law* (publicité de la loi) et de sa discussion libre, dans le cadre d'un « espace public » au sein duquel l'opinion publique éclairée et savante doit pouvoir exercer son droit de critique. Il s'inscrit là dans une tradition libérale, qui tout au long du 19e siècle va exiger la publicité de la loi, la sécurité juridique, les libertés de la presse et de l'opinion. L'espace public est, en quelque sorte, un palliatif à l'absence de parlement.

Humboldt, pour sa part, ne condamne pas la sédition : « *L'humanité avait souffert à l'extrême, elle devait rechercher sa délivrance dans un extrême.* » (HUMBOLDT, cité par QUILIEN, 1991 : 176). Sa critique n'est pas fondée sur des principes abstraits, mais sur un argument réaliste : le projet constitutionnel français de 1791 lui paraît voué à l'échec, en vertu du fait que tout

projet de construction rationnelle d'un Etat artificiel par la seule volonté d'un législateur, s'il est objectivement réalisable, n'a toutefois aucune de chance de prospérer :

> « L'Assemblée nationale a entrepris de reconstruire l'état sur de simples principes de la raison. Son projet législatif est donc le « projet de la raison même ». Projet, accordé à la situation particulière de la France. De ce point de vue, une telle constitution politique entièrement nouvelle, est sans doute réalisable puisque les législateurs ont pris tous les soins nécessaires pour adapter autant qu'il est possible les principes de la raison à l'état actuel de la France, c'est donc un projet législatif réalisable, et pourtant, cette constitution fondée sur les principes de la raison, ne peut pas réussir (gedeihen). » (HUMBOLDT, cité par SENELLART, 2007 : Cours n°8)

Michel Senellart analyse cet extrait de la manière suivante : il observe dans la terminologie de Humboldt l'emploi de deux formes verbales différentes : *gedeihen*, traduit en français par *réussir* et *gelingen* qui signifie également *réussir*, mais employée par Humboldt de manière plus marginale. Senellart explicite cet emploi : l'emploi de *gedeihen* par Humboldt imprime l'idée d'un développement ou d'une maturation progressive, *gedeihen* signifie plutôt que réussir :

> « […] *croitre*, *pousser*, *prospérer*. Au modèle mécanique de l'application, ce verbe substitue le modèle organique de la croissance et de l'évolution. Ce qui réussit n'est donc pas seulement ce qui est applicable à une situation donnée selon un plan rationnel, mais ce qui trouve dans la réalité les conditions de sa croissance, de son épanouissement. Alors que l'application s'effectue dans l'immédiat, la réussite se trouve dans la durée. » (SENELLART, 2007 : Cours n°8)

Humboldt explique cette position à deux reprises dans l'article de 1791 :

> « Aucune constitution politique, ne peut réussir, que la raison fonderait d'après un plan établi pour ainsi dire à l'avance. » (HUMBOLDT, cité par LAHMER, en ligne)
> « Ne peut avoir de succès qu'une constitution qui procède d'une lutte (Kampf), entre le hasard tout puissant et la raison qui cherche à le vaincre. » (*ibidem*)

Par hasard, Humboldt n'entend pas une « force irrationnelle et imprévisible » (SENELLART, 2007 : Cours n°8) mais « *la situation d'ensemble du présent en tant que celle-ci résulte de l'interaction d'une multitude de forces individuelles d'action, de souffrance et de jouissance individuelles* » (ibidem), c'est-à-dire une force dont on ne peut avoir une vision globale. Pour Humboldt, l'histoire est l'œuvre de forces individuelles :

> « Qu'est-ce qu'un Etat sinon une somme de forces humaines, actives et passives ? Or, toute notre connaissance, donc tout projet rationnel, repose sur des idées générales, imparfaites, à moitié vraies, parce qu'on ne peut pas avoir une vision globale de ces forces. De l'individuel, nous ne pouvons connaitre que très peu de choses. » (*op. cit.*)

3. L'apparition du motif organiciste : une nouvelle forme de l'Etat de droit

« *C'est toute une histoire de la science juridique que recèlent ces évolutions terminologiques* » explique Stolleis (2014 : 139). Si Humboldt s'inscrit bien dans une conception libérale, nous voyons progressivement poindre la critique du rationalisme « mécaniste » et l'apparition de la métaphore organique, qui déferle à partir du début du 19e siècle comme un motif « anti-Lumières » dominant dans les sciences allemandes. A la fin du 18e siècle, la pensée des Lumières est encore dominante :

> « Quel que diversifié que puisse apparaitre le paysage intellectuel de la théorie de l'Etat au XVIIIe siècle, il était homogène dans ses fondements méthodologiques : c'était la période de l'Aufklärung, du droit naturel ou rationnel. […] Le principe d'un fondement volontaire, consensuel et rationaliste de la puissance étatique était reconnu ». Le jeune Fichte pensait encore ainsi et ce fut le cas après lui de tous les kantiens de la deuxième ou troisième génération durant le Vormätz. […] Le modèle de construction de la domination n'était pas seulement rationnel, il était aussi mécaniste ; les métaphores de l'Etat comme « machine » ou comme « mécanisme » dominaient la pensée.» (STOLLEIS, 2014 : 140)

A partir des années 1806-1807, les conceptions politiques deviennent plus conservatrices :

> « La vision mécaniste de l'Etat avait toujours rencontré des adversaires. […] Une telle métaphore allait à l'encontre de la conception chrétienne et paternaliste toujours vivace. […] Dans les couches les plus profondes de la conscience, c'est la représentation de l'organisme qui demeurait présente, et avec l'idée que la chose commune [gemeinwesen] avait une histoire vivante, qu'elle était au-dessus de l'individu et restait inaccessible à ce dernier, qu'elle avait sa propre dignité dont un mécanisme construit rationnellement ne pouvait se prévaloir.» (*op.cit.* :142)

Humboldt est considéré comme l'un des principaux représentants du parti libéral, qui oppose au despotisme absolutiste, la liberté individuelle et à l'Etat, le développement des qualités propres de l'individu. Il demeure, à bien des égards, tributaire du contractualisme lockien. L'économiste ultralibéral autrichien Friedrich Hayek considère, à juste titre, la position de Humboldt comme « *le prototype d'une position extrême puisqu'il ne s'est pas cantonné à limiter toute action coercitive de l'État à l'exécution de lois générales promulguées, mais a présenté la mise en œuvre des lois comme la seule fonction légitime de l'État* » (HAYEK, 1994 : 149). Humboldt dénie à l'Etat tout autre pouvoir que celui de faire appliquer la loi. Les formulations de l'*Essai sur les limites de l'action de l'état* (1791), dès les premières lignes, sont explicites :

> « Le vrai but de l'homme, non pas celui que le penchant variable de chacun, mais celui que la raison éternellement immuable lui assigne, c'est le développement le plus large et le mieux proportionné de ses forces afin qu'elles forment un ensemble. » (HUMBOLDT, 1867 : 18)

Humboldt rompt avec la notion d'ordres ou de fonctions sociales « prédéterminées ». Il ne s'inscrit pas dans un organicisme pour lequel, selon les variantes (antique, chrétienne, romantique), le tout est « plus que la somme de ses parties ». L'individu humboldtien n'est pas la « personne » chrétienne, l'unité de la philosophie personnaliste catholique qui se développe au 20e siècle avec la Doctrine sociale de l'Eglise. Humboldt est profondément individualiste : « *Pour moi* », dit-il « *l'idéal le plus élevé de la coexistence des êtres humains serait celui où chacun se développerait par lui-même et pour lui-même* » (HUMBOLDT, 1867 : 20). L'esprit est plus proche (bien que différent sur d'autres plans), de la position de Condorcet :

> « Assurer à chacun d'eux la facilité de perfectionner son industrie, de se rendre capable des fonctions sociales auxquelles il a droit d'être appelé, de développer toute l'étendue des talents qu'il a reçus de la nature, et par là, établir entre les citoyens une égalité de fait, et rendre réelle l'égalité politique reconnue par la loi. Tel doit être le premier but d'une instruction nationale[79]. » (CONDORCET, 1792)

Lorsqu'Humbolt occupe la fonction de ministre de l'Education de Prusse (dépendant du ministère de l'intérieur), il met en œuvre la grande réforme du système d'éducation. Il s'agit pour lui d'y assouplir la tutelle de l'Etat. Toutefois, à la différence de Condorcet, il ne conçoit pas un Etat ayant en charge « *le bien-être des citoyens* ». Le libéralisme de Humboldt est bien plus radical. Laborier, comme Battisti, explique que :

> « Tant dans ses textes philosophiques que dans ses rapports officiels de haut fonctionnaire de l'État prussien formé aux écoles de droit, Wilhelm von Humboldt développe l'idée que l'État ne peut se substituer à l'individu ou à la famille qu'en cas de défaillance et que contrairement au paradigme dominant de la pensée des Lumières, celui-ci ne peut savoir ce qui est bon ou agréable pour l'individu : l'État n'a pas en charge le bonheur individuel et, de plus, s'il s'en préoccupe, alors que cela n'est pas nécessaire, il ne peut produire que le résultat inverse. » (LABORIER, 1999 : 24)

Laborier en conclut que « *Humboldt formule ainsi un « principe de suppléance »* » (1999 : 26). Cette appréciation est problématique, car si chez Kant, et à titre temporaire, l'Etat peut encore assurer quelques missions sociales, cette idée est parfaitement exclue chez Humboldt.

[79] Condorcet, Présentation à l'Assemblée législative : 20 et 21 avril 1792, http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/7ed.asp. Condorcet maintient dans son discours à l'Assemblée nationale l'idée d'un Etat qui ait en charge le « bien-être des citoyens ».

Pour que l'idée de la nécessité d'un *Wohlfahrtstaat* subsidiaire qui agit en cas de défaillance, réémerge dans la pensée libérale, c'est-à-dire pour que l'Etat paternaliste soit remis à l'ordre du jour, il faut attendre les premières insurrections prolétariennes et les analyses de Robert von Mohl.

Par contre, il se dessine chez Humboldt, le motif principal, encore embryonnaire dans les textes de jeunesse (1791-1792), qu'il développe par la suite dans ses écrits linguistiques, et qui sont, de fait, beaucoup plus proches du romantisme politique : l'organicisme. Au début du 19e siècle, le spectacle offert par la dégénérescence de la République française en Empire aux aspirations colonisatrices, fait tourner peu à peu les libéraux vers l'organicisme nationaliste, les forces contre-révolutionnaires. Cette période enfante « l'Ecole historique », seconde école du romantisme, dans l'ensemble animée des idéaux légitimistes (De Maistre, Burke, von Hugo) :

> « Toute l'opposition manifestée par la noblesse, les états ou l'Eglise à l'encontre de « l'absolutisme mécanique » se fondait sur les droits et libertés « traditionnels » et donc sur une argumentation historique. » (STOLLEIS, 2014 : 143)

Humboldt n'est pas un révolutionnaire, mais un réformateur. Il croit en l'évolution progressive et progressiste des institutions politiques :

> « Les moyens par lesquels la réforme pourrait se faire sont bien mieux appropriés à une culture progressive, pourvu que nous en admettions l'existence. Si, dans d'autres occasions, le glaive menaçant de la nation limite la puissance matérielle du souverain, ici ce sont les lumières et la civilisation qui l'emportent sur ses idées et sa volonté ; et la transformation des choses paraît être son ouvrage plutôt que celui de la nation. En effet, si c'est un beau et noble spectacle que de voir un peuple qui, fort de la certitude de ses droits humains et civiques, brise ses fers ; c'en est encore un plus beau et plus noble de voir un prince qui brise les liens de son peuple et lui garantit la liberté, non par bienfaisance ou par bonté, mais parce qu'il considère cela comme le premier et le plus absolu de ses devoirs : ce qui vient du respect et de la soumission à la loi est plus noble et plus beau que ce qui est forcé par la nécessité et le besoin. » (HUMBOLDT, 1867 : 7)

Si la critique humboldtienne de la Révolution française n'est pas aussi réactionnaire que celle du libéral-conservateur Edmund Burke[80], elle jette néanmoins les bases d'un organicisme qui, de réformateur, devient rapidement restaurateur.

[80] Edmund Burke (1729-1797), homme politique et philosophe irlandais, member du parti Whig, est l'auteur d'un pamphlet "best-seller" contre-révolutionnaire, *Réflexions sur la Révolution de France*, qui circule dans toute les Cours d'Europe, pendant les guerres de coalition. Il y écrit notamment : « *the state ought to be considered* […] *as a nothing better a partnership agreement in a trade of pepper and coffee, calico or tobacco or some other such low concern, to be taken up for little temporary interest, and to be dissolved by the fancy of the parties.* »

Michael Stolleis considère que « *de se détourner de la métaphore machiniste n'avait pas une fonction conservatrice mais modernisatrice.* » (STOLLEIS, 2014 : 144) Or, si chez Humboldt, le fondement de la société reste l'individu, s'il partage les positions libérales de Kant, nous savons également que, sur le terrain linguistique, Humboldt développe des thèses en désaccord avec une conception rationaliste. Sur ce plan, il rejoint Jacob Grimm et Friedrich Karl von Savigny, il reprend et théorise le *Volksgeist* et reste largement influencé par les thèses romantiques de Schlegel. La pensée politique de Humboldt exprime plutôt les contradictions dans lesquelles l'Allemagne est prisonnière, à partir du début du 19e siècle. Ces contradictions s'expriment également chez Johann Gottlieb Fichte, dans ses *Discours à la nation allemande* (1806-1807), qui synthétisent le conflit entre les aspirations libérales d'une majorité de la société allemande et les premiers thèmes nationalistes. Humboldt participe aux grandes politiques réformistes de l'Etat prussien à partir de 1806 et mène une politique favorable à l'émancipation des populations juives ; mais, sa conception est organiciste et il partage les présupposés des réformateurs dont il fait partie et en premier lieu « *l'aversion envers le mécanisme* » qui :

> « […] motiva les réformateurs qui œuvrèrent en Prusse à partir de 1806. Après que le système « mécanique » frédéricien s'était effondré sous leurs yeux, ils misèrent sur la mobilisation des « forces » vives et « organiques », ils firent du citoyen un organe de l'Etat et encouragèrent son identification à « son » Etat à tous les niveaux. » (STOLLEIS, 2014 : 144)

3.1. L'organicisme des réformes « Stein-Hardenberg »

Comme principal représentant du libéralisme, Humboldt inscrit son action de réformateur à la tête de l'Etat prussien. Lorsque celui-ci est amputé, après le *Traité de Tilsit* (1807), de plus de la moitié de ses régions au profit de la France bonapartiste, il engage des premières réformes en vue d'assouplir le fonctionnement bureaucratique du Royaume. Si ces réformes participent d'une remise en cause partielle de l'absolutisme, elles mettent en place, non le parlementarisme, mais la décentralisation (en particulier à travers les lois communales) fondée sur une participation locale des citoyens « actifs » à l'administration locale. Les réformes visent à réassouplir la centralisation politique en réactualisation les corps intermédiaires, notamment les assemblées de notables et de propriétaires terriens. Ces mesures politiques sont inspirées par un certain physiocratisme, une conception organique, pour laquelle les principaux notables doivent apprendre à assumer des fonctions publiques. Si le libéralisme politique les commande, elles n'imposent pas la démocratie : tous les individus

ne disposent pas d'un statut de citoyen actif et de droits politiques leur permettant d'administrer démocratiquement la commune.

> « Ce point de vue, qui anticipe l'esprit du réformisme autoritaire qui va régner en Prusse dans les années 1805-1820, et dont Humboldt sera un des principaux acteurs, est en même temps annonciateur des idées de *selfgovernment* et d'autolimitation de l'État qui se développent durant la seconde moitié du XIXe siècle. […] De manière générale, Humboldt est favorable à la participation des citoyens à l'administration locale ; il eut d'ailleurs à ce propos des échanges avec le Freiherr vom Stein en 1818, alors que ce dernier n'était plus aux affaires en Prusse. C'est dans le cadre de ces discussions qu'il rédigea un *Mémoire sur la constitution des ordres de la Prusse* (*Denkschrift über Preussens ständische Verfassung*). Il s'agit d'un essai sur le mode d'organisation du gouvernement le mieux indiqué pour la Prusse. Il cherche à y définir un équilibre entre la tradition prussienne et les idées constitutionnelles modernes, issues de la Révolution française. […] Humboldt se montre déjà plutôt favorable aux associations de citoyens existant au sein de l'État. Il soupçonne ce dernier, qui est une machine lourde, d'entraver la vie des communautés subordonnées. Par contre, il exclut une véritable représentation politique des citoyens, et par conséquent une « constitution représentative » ; Humboldt se montre même hostile à une loi issue d'une majorité représentative. » (ARGYRIADIS-KERVEGAN, 2006 : 85)

Ce réformisme semi-restaurateur semi-libéral commande donc les réformes connues en Allemagne sous le nom de « Stein-Hardenberg ». Puisque l'absolutisme s'était montré incapable de défendre la nation allemande contre l'invasion française, l'assouplissement des structures politiques en Prusse s'appuie plutôt sur le modèle politique anglais et les conceptions de Montesquieu :

> « Les propositions du Freiherr vom Stein ne visent pas en premier lieu à contrebalancer le pouvoir royal absolu grâce à la mise en place d'un corps législatif, mais à favoriser la participation des élites à l'administration de l'État au niveau local. Ainsi, si on veut le situer dans le spectre des penseurs politiques des Lumières, on peut dire que c'est des vues de Montesquieu qu'il est le plus proche, c'est-à-dire d'un système de monarchie modérée, limitée par un ensemble de contre-pouvoirs formés par les Parlements et les corps intermédiaires.» (*op. cit.* : 91)

Cette conception d'équilibre des pouvoirs, relativement proche de la conception physiocratique[81], exige d'initier les citoyens actifs, lesquels, en vertu du cens, se réduisent aux propriétaires fonciers, à la gestion des affaires publiques. Les réformes Stein-Hardenberg, inventent, en quelque sorte, la première démocratie participative.

[81] Le *physiocratisme* (terme inventé par Dupont de Nemours) est une des premières écoles économiques françaises, dont le principal représentant est François Quesnay. Elle consière que « *la seule classe productive est celle des agriculteurs et qu'il existe des lois naturelles basées sur la liberté et la propriété privée qu'il suffit de respecter pour maintenir un ordre parfait* » (notice CNRTL), et se voit rapidement mise en demeure par le développement de l'économie marchande et industriel.

3.2. L'échec du libéralisme politique en Allemagne au début du 19e siècle

Jusqu'aux guerres de libération, c'est-à-dire jusqu'à la capitulation de Napoléon Bonaparte (1814) :

> « On était capable de faire la distinction entre deux attitudes, l'aspiration objective aux réformes d'une part, et de l'autre, le rejet ferme des « abominations » françaises. On s'essayait ainsi à une synthèse difficile : il s'agissait de faire sien les résultats positifs de la Révolution française tout en veillant au maintien global de l'ordre politique légitime qui avait régné jusqu'alors. On voulait récolter les fruits de la modernisation et entrer dans l'ère constitutionnelle bourgeoise, mais sans conduire à l'échafaud la dynastie depuis longtemps au pouvoir. La révolution française influença et changea l'Allemagne de bien des manières, mais le pays ne connut pas de révolution propre. Il eût fallu pour cela qu'une masse critique soit atteinte, ce qui ne fut pas le cas. Les raisons invoquées sont : 1. La fragmentation territoriale du pouvoir, qui signifiait en même temps une fragmentation des énergies révolutionnaires, 2. L'absence d'une capitale dans laquelle les actions auraient pu se concentrer et où les affaires publiques auraient pu être traitées sur une scène centrale, 3. Les réformes relativement progressistes de l'absolutisme éclairé, qui permirent d'éviter l'accumulation de trop nombreuses sources de conflits, comme ce fut le cas en France 4. Une structure sociale, presque exclusivement agraire, inscrite dans le système d'ordres de l'Ancien régime, et par conséquent encore relativement paisible, 5. Le respect envers l'autorité suprême et sa « police », acquis depuis longtemps sous l'influence de pédagogies religieuses et profanes, le sens bourgeois du calme et de l'ordre, la propension de chacun à s'intégrer dans l'ordre qui est le sien – que l'on nomme cela caractère national ou non. » (STOLLEIS, 2014 : 18)

Les motifs sont contradictoires : la fragilisation de l'Empire avec le dernier recès[82] d'Empire de la séance du Reichstag (Diète d'Empire) du 25 février 1803, entérine l'aliénation d'une partie de son territoire (cinquante villes libres sur soixante-et-une, ainsi que les principautés ecclésiastiques), puis sa dissolution en 1806 après le *Traité de Tilsit*. L'effondrement de l'Empire suscite peu de réactions car l'Empire est depuis longtemps « *perçu comme une structure juridique inadaptée à l'action politique.* » (MESTRE, in STOLLEIS, 2014 : IX) De plus, on se convainc que la victoire du bonapartisme est essentiellement dûe à une inadaptation de l'absolutisme (réformes). Pourtant, à partir de 1806 et plus encore après le Congrès de Vienne (1814), se constituent deux hostilités différentes à l'égard de l'Etat, souvent difficilement différenciables. La subsidiarité participe pleinement de l'une d'entre elle : la critique restauratrice. La critique libérale toutefois, ne s'y montre pas non plus toujours hostile. Mais la limitation de l'Etat, telle que l'entend la doctrine subsidiariste,

[82] Les recès étaient les procès-verbaux des anciennes diètes germaniques. Dans le cas présent, le dernier Recès de la diète d'Empire (Reichstag) de 1803 est une résolution.

correspond initialement à la réaction aux Lumières et à la Révolution française. Elle s'inscrit dans un rejet des thèses du libéralisme politique et économique (françaises et surtout anglaises du « laisser-faire laissez-passer ») et plus tard, dans celle du rejet des doctrines communistes ou socialistes. Cette conception préside à la formation de l'Ecole historique.

> « L'hostilité à un Etat liberticide et mécanique, [elle, AJ] est celle de l'opposition à l'*Aufklärung*, qui se manifesta bientôt par le biais de métaphores organiques et qui, de manière croissante, eut pour conséquence d'encourager la restauration politique. » (STOLLEIS, 2014 : 21)

Cet organicisme se développe chez les catholiques, ainsi que chez les élites conservatrices. Il trouve aussi à bourgeonner en France, à partir des années 1810-1830, sous l'impulsion des forces légitimistes, qui sont, pour les membres de l'Ecole historique, des sources d'inspiration décisives. Après le Congrès de Vienne (1814-1815), dont Humboldt est l'un des représentants de l'Etat prussien, l'Empire romain germanique, définitivement dissous, est laissé à son morcellement en trente-neuf états. La victoire de la contre-révolution légitimiste et monarchique européenne contre la Révolution augure la reconstruction d'une Europe sous le signe d'une reconquête chrétienne, sous l'égide du pape Pie VI et de l'alliance anglo-autrichienne. Dès lors, le chaos est total et les forces vives de la nation allemande, enrôlées dans la guerre aux promesses d'unification territoriale et de constitutionnalisme, sont abandonnées à leurs illusions. On trouve pêle-mêle, des Etats aux structures réformées, comme les Etats prussiens, des Etats sous ancienne domination française dont l'ordre juridique avait adopté l'administration communale à la française et pour certains entrepris une codification ou intégralement adopté le Code civil français ; pour d'autres Etats en particulier sous domination autrichienne, le constitutionalisme avait été rejeté. En somme, la situation politique et juridique de l'Ancien Empire est plus confus encore qu'avant la guerre franco-prussienne. Pendant soixante ans, la politique est dominée par le conflit austro-prussien. En 1814, les velléités d'unification allemande et de parlementarisme restent lettre morte, et le principal motif de la période est le rejet des Lumières et de l'idéal d'un droit rationnel.

> « Les disciples initialement mus par les idéaux en faveur de l'humanité abandonnèrent sans exception leur position initiale influencée par l'Aufklärung pour devenir sur leurs vieux jours conservateurs, voire franchement réactionnaires. […] D'autres, comme Friedrich Carl von Savigny, Jakob Grimm ou Achim von Anim avaient dès le début des dispositions au conservatisme. » (STOLLEIS, 2014 : 165-166)

Contre un romantisme encore inspiré par l'*Aufklärung*, s'affirme un nouveau romantisme, inspiré de métaphores organiques. Dès :

> « […] 1800, l'atmosphère change du tout au tout, et le pathos de la liberté prend des accents nettement antifrançais et nationalistes. […] L'idéalisation de l'Etat corporatif du Moyen-Age, de l'Eglise, de la société agraire féodale, prennent le dessus. » (*op. cit.* : 165)

A défaut d'unification politique, le terreau national est culturel. Le second romantisme attire vers lui « *les représentants de l'orthoxie chrétienne* » et de « *l'élément intellectuel catholique* » (STOLLEIS, 2014 : 149) depuis longtemps :

> « […] hostiles à l'Aufklärung car elles sentaient que celle-ci même si elle ne se risquait pas à un athéisme déclaré sur le modèle français, menaçait néanmoins, avec ses tendances déistes et rationalistes, de détruire des structures bien établies.» (*op. cit.* : 147)

3.3. La théorie organiciste de l'Etat

A partir des années 1814-1815, une seconde critique de l'Etat absolutiste, non plus libérale, mais conservatrice, restauratrice, trouve ses nouveaux représentants. La noblesse terrifiée par l'abolition du féodalisme, l'élément intellectuel catholique qui, comme en France à la même époque commence à se structurer politiquement et qui depuis le joséphisme apparaît comme la victime première de l'absolutisme éclairé, ainsi que nombre d'intellectuels, se rallient à cette vision des choses. La nation allemande doit se construire sur une base populaire certes, mais « organique », non démocratique, en vertu des motifs d'un retour à l'harmonie des rapports d'Ancien Régime. La pensée historiciste, fondée sur le rejet du rationalisme au profit de l'intuitisme et du réalisme, de l'objectivisme au profit du subjectivisme, de l'universalisme au profit du particularisme et du centralisme au profit du fragmentarisme, théorise ce mouvement restaurateur. L'Ecole historique apporte ici sa contribution la plus importante, qui détermine, en grande partie les orientations de la pensée juridique allemande du 19e siècle, jusqu'aux théoriciens positivistes de l'Etat de droit.

Il ne s'agit pas pour nous de nous aventurer dans une discussion, déjà menée dans les années 14-18, opposant légistes français et allemands, lors de laquelle ces premiers se sont convaincus que « *les grands juristes du XIXe et du début du XXe siècle, sont coupables d'avoir formé l'« abominable mentalité allemande* » (GIACUZZO, 2014 : 12). Nous ne réactivons pas ce débat, ni ne prenons parti pour une France civilisatrice contre une Allemagne barbare, versant dans un nationalisme français dont l'histoire n'a rien à envier au

nationalisme allemand (c'est le cas des constitutionnalistes français comme Léon Duguit[83]). Pour autant, nous penchons tout de même pour le jugement de Maurice Hauriou à l'égard de l'Ecole historique du droit, jugement que Giacuzzo carricature de la manière suivante :

> « « Les docteurs d'outre-Rhin » ne reconnaissent que l'existence de « droits nationaux particularistes et changeants ». C'est là une faute de l'École historique de Savigny. Elle s'est détournée de la raison universelle, source du droit naturel, pour cueillir le droit dans la conscience de chaque peuple. Elle a ainsi construit un nationalisme juridique néfaste. Le sabordage du droit naturel doit aussi être imputé à ceux que Hauriou appelle les « jurisconsultes brutaux » – Ihering, Jellinek et Laband. En effet, ces derniers identifient le droit et la force. Plus l'État prussien voit sa force grandir, plus il s'affranchit du droit qui devient le moyen d'atteindre ses buts. Le droit se détourne de l'individu au profit du groupe. Hauriou oppose le droit naturel à ce « brigandage juridique ». » (GIACUZZO, 2014 : 14)

Ceci dit, les positions d'Hauriou ne sont pas toujours aussi claires, en particulier vis-à-vis des théories corporatistes développées notamment par Otto von Gierke, et avant lui par les socialistes de la Chaire.

Friedrich Carl von Savigny est le chef de fil de cette école. Il est également l'un des principaux fondateurs de l'Université de Berlin, tâche qui lui a été confiée par Humboldt. Cependant, si tous deux partagent des affinités avec le romantisme, Humboldt appartient encore à la première génération, tandis que Savigny, pour reprendre les termes de Stolleis, avait des tendances naturelles au conservatisme. Issu de la petite noblesse féodale de Lorraine, né à Francfort-sur-le-Main et dernier survivant d'une fratrie de treize enfants, il fait des études de droit à Iéna, bastion du premier romantisme. Il s'oriente rapidement vers le droit civil et consacre toute son existence à la compilation et à l'étude des sources de droit romain, en particulier avec l'aide de Jacob Grimm. Savigny est sans doute le plus important professeur de droit du 19e siècle en Allemagne. Nombreux ont suivi ses cours : tous les disciples de l'Ecole historique du droit, bien entendu (Puchta est son principal héritier), mais aussi le futur évêque de Mayence, Wilhelm Emmanuel von Ketteler, ou encore Karl Marx qui suit pendant un semestre ses cours de *Pandectes*.

L'élément que nous développerons de Savigny n'est pas le contenu de ses enseignements ni

[83]Duguit, L. : « *On a dit justement que la guerre qui vient de finir a été, non pas vraiment le choc de deux groupes de nations, mais plutôt le choc de deux idées [...]. L'idée de l'État puissance, affirmée par tous les publicistes et tous les juristes allemands, s'est heurtée à l'idée de l'État collaboration, dont la France est l'initiatrice, et qui a vaincu aux bords de la Marne et dans les ravins de Verdun.* » (*Traité de Droit Constitutionnel*, tome I, La règle de droit, le problème de l'Etat, Ancienne Librairie Pontemoing, Editeurs E. Broccard, Paris,192, p. IX.

de ses travaux en droit romain privé, nous en serions incapable. Dans la perspective qui nous intéresse, nous avons étudié sa théorie du droit et de l'Etat. Cela pour deux raisons : la première est bien sûr le motif subsidiariste dont il est le principal initiateur. La seconde, pour la place qu'a occupée Savigny dans les débats politiques à la suite du Congrès de Vienne. Troisièmement, pour son influence déterminante sur les membres de la science juridique allemande, quelles que soient leurs inclinations politiques (libérales et constitutionnalistes ou conservatrices), y compris chez ses héritiers les plus critiques (en particulier les formalistes), influence qui a contribué à isoler partiellement l'hégélianisme et le droit naturel. Cette influence a également été déterminante sur les hommes politiques (qui très souvent sont des membres de la doctrine), ainsi que sur la doctrine française[84]. Par ailleurs, Savigny et son prédécesseur von Hugo, partagent de nombreuses relations avec Edmund Burke, qui préface les œuvres de ce dernier, ou encore des légitimistes français comme De Maistre ou de Bonald qui influencent considérablement la conception politique de Savigny mais également la DSE. Nous nous inspirons donc de l'analyse d'Olivier Beaud, qui plaidait en 1997 « *pour une lecture politique de l'œuvre de Savigny* » (BEAUD, 1997 : 169-221). Bien que Savigny œuvre essentiellement dans le domaine du droit civil et développe une aversion particulière pour la *Reichpublizitik*, sa conception du droit organique a été déterminante en droit politique. Savigny développe bien une théorie de l'Etat de droit, c'est-à-dire une théorie des buts et des fins de l'Etat, à partir de 1814, dans son ouvrage polémique contre la codification du droit civil dans la Confédération germanique. Ses conceptions s'opposent à celles de W. F. Hegel, avec lequel il entretient des relations particulièrement polémiques, et celles de ses disciples, en particulier d'E. Ganz, dont il interdit la nomination à l'Université de Berlin. La conception de l'Etat développée par Savigny est très importante pour nous, dans la mesure où nous y voyons le socle de la théorie de l'Etat subsidiaire.

Comme nous l'avons montré dans la partie précédente, la diffusion de l'occurrence *subsidiäres(isches) Recht* explose littéralement à partir de Savigny. Les occurrences les plus nombreuses désignent ce qu'il est encore courant de nommer le *römisches subsidiäres Recht*, le « droit romain subsidiaire ». En réalité, la formule est fréquente et Savigny n'en est pas l'auteur. Elle n'est ni plus ni moins qu'une locution terminologique chez les civilistes, dès lors qu'ils réfèrent au droit romain. Nous avons retrouvé des centaines d'occurrences du *subsidiäres Recht* et nous sommes arrêté à 1750. Si nous soutenons qu'il faut voir dans la philosophie juridique de Savigny la première source de la *subsidiarité*, c'est en vertu de deux

[84] L'œuvre de Savigny est traduite très tôt en France, en particulier par Edouard Laboulaye (1842).

éléments.

Premièrement, ce concept est encore chez Savigny un concept descriptif et qui renvoie à une réalité positive : la place qu'occupe réellement le droit romain à son époque, en tant que source du droit. Ce n'est donc pas un simple concept théorique. Deuxièmement, Savigny consacre l'essentiel de son existence politique à faire de la science du droit une véritable fonction politique. Beaud explique à ce sujet qu'il est courant de voir Savigny comme le principal représentant d'une corporation de juristes opposés à l'unification juridique et à la suprématie du législateur :

> « Si Savigny s'élève contre la codification et la primauté du législateur, c'est pour s'opposer à la dévalorisation du métier de juriste induite par l'instrumentalisation du droit. […] Il aurait perçu, le premier, le danger de l'asservissement de la science du droit par le législateur et par l'activité politique. En d'autres termes, Savigny fut le premier auteur à être confronté à cette question existentielle pour le juriste : à quoi servent réellement le droit et le juriste dans notre société moderne (capitaliste et bureaucratique) ? Or, on ne peut pas simplement disqualifier cette question sous prétexte que Savigny a une pensée juridique réactionnaire ou conservatrice ou que son œuvre préfigure la *Begriffsjuriprudenz* qui ne sert que les intérêts des juristes. » (BEAUD, 1997 : 171-172)

Ici, Beaud polémique avec l'analyse d'un commentateur de Savigny, Hermann Kantorowicz. Nous partageons la position développée par Beaud : Savigny s'inscrit dans une critique conservatrice de l'absolutisme prussien, il est l'un des plus farouches détracteurs du droit naturel et du rationalisme juridique, et formule les idées de toute une génération de juristes contre-révolutionnaires, particulièrement Julius Friedrich von Stahl. Savigny n'a jamais partagé l'enthousiasme kantien ou humboldtien vis-à-vis de la Révolution française. Or, la première codification prussienne de 1794, dont il critique les incohérences dans son essai de 1814, est le pur produit de l'esprit wollfien jusnaturaliste. L'esprit dans lequel a été conçu l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 est celui des Lumières. Frédéric II de Prusse, dès la moitié du 18e siècle, conçoit un code qu'il veut « clair » et « ordonné ». Cette volonté n'exprime pas de simples préoccupations linguistiques, elle a pour première conséquence l'interdiction faite à la doctrine juridique et aux jurisconsultes de tout commentaire doctrinal. Il ne s'agit pas non plus d'une simple attaque contre une corporation mais d'un projet politique, qui s'inscrit dans le processus d'une « révolution par le haut ».

Cette entreprise, les Français en sont familiers depuis l'Ordonnance de Villers-Cotterêts. Lors de la Révolution française, l'Assemblée Constituante n'a pas anéanti le processus de centralisation politique et d'unification juridique engagée sous l'Ancien Régime. Au

contraire, elle s'est attribuée le droit de le généraliser et dans un premier temps, de le démocratiser. Le Code civil français est l'initiative de l'Assemblée nationale, il consacre les droits de l'individu et de la propriété privée, ainsi que ceux du citoyen qui, indépendamment de son rang, est membre du corps souverain. Ainsi, il distingue, à l'inverse de l'Ancien Régime, la question de la propriété et de la fonction sociale, ou plus précisément, il attribue à tout individu le droit à la propriété privée. Ce faisant, schématiquement, sur le plan politique, il conduit à faire de tout individu un membre du souverain.

En toute logique, la Révolution française travaille à limiter le pouvoir du juge dans son droit discrétionnaire au choix et à l'interprétation des sources du droit. Cette limitation est toutefois asssouplie sous le premier Empire. Dans la République, le citoyen est législateur, il a le monopole du droit : la nation est la source consciente du droit.

Dans la doctrine de Savigny, le peuple est également perçu comme la principale source du droit, mais il ne s'agit pas du peuple souverain régnant par la voie de ses représentants. Le peuple ne fait pas le droit consciemment, sa conscience est incarnée dans la figure du juriste. Pour lui, le droit résulte d'un lent processus historique et populaire (la coutume), dont le jurisconsulte, par l'intermédiaire de la science historique, lui révèle la substance. Savigny tient en cela de la méthode historique développée, à la fin du Moyen-Age par l'école de Jacques Cujas. Il n'est donc pas nécessaire de revendiquer la souveraineté démocratique et républicaine. Dès lors, la place du juriste, non seulement de celui qui mène une activité « pratique », le juge, l'avocat, mais surtout l'universitaire, est à compter comme une « source du droit ». Le jurisconsulte a donc bien une fonction politique. A ce titre, on voit que la *Begriffsjurisprudenz* développée en particulier par Rudolf von Jhering (1818-1892) a, comme la conception historiciste du droit et la Théorie des standards de Roscoe Pound, une fonction politique.

En 1814, Savigny publie un essai, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. L'occurrence *subsidiäres Recht*, nous l'avons déjà indiqué, y apparaît à cinq reprises. Non pour désigner le droit romain, mais une conception politique qui s'incarne, à travers cette formule, comme un mot d'ordre. Pour comprendre le concept de *subsidiarité* chez Savigny et par la suite, saisir ses conséquences en matière politique, il convient au préalable d'expliquer ce qu'est le « *droit commun romain subsidiaire* », la place qu'il a jusqu'au début du 20e siècle en Allemagne. Il nous faut ici remonter un peu plus loin dans l'histoire de l'Allemagne.

4. Quelques éléments d'histoire du droit allemand

A la fin de l'antiquité européenne, une grande partie de l'actuel territoire allemand était extérieur aux frontières de l'Empire romain, ses limites s'arrêtaient au Rhin et au Danube. Lors des grands flux migratoires germaniques, à partir du 3e siècle, les Germains ont été rapidement poussés hors de leurs territoires. Ces populations se sont fortement romanisées bien qu'en vertu du principe de « personnalité » du droit, elles avaient en grande partie conservé leurs traditions juridiques. Les *Leges Barbare Romanorum*, compilations de lois, applicables à tous les peuples gallo-romains, à l'exception des Germains, instituent la « personnalité » du droit qui explique également les survivances, après la décadence et la chute de l'Empire, du droit romain. Le texte le plus important est le *Bréviaire d'Alaric* (506)[85]. Le droit privé romain finit par tomber en désuétude sur l'ensemble du territoire de l'ancien Empire romain, il n'est plus écrit, mais un certain nombre de ses particularités survivent, notamment à travers les *Lois saliques* (507). Lors des dernières migrations au 6e siècle, l'Empire romain était déjà tombé. Les peuples romanisés disparaissent progressivement des abords du Rhin et du Danube. Ces derniers ne connaissent pas le droit romain. Après l'explosion de l'Empire carolingien, les princes sous domination impériale s'émancipent, surtout les plus éloignés territorialement, de la tutelle impériale. Le droit romain est, dans ces territoires, en grande partie inconnu, mais atteste de nombreuses survivances. Ainsi, par exemple, la référence à la romanité est maintenue quand l'Empire est fondé sous Othon 1er (962) sous la dénomination d'« Empire romain germanique », puis sous Frédéric 1er de Barberousse (1157), lorsqu'il devient le Saint-Empire romain germanique. Cette survivance n'est pas seulement symbolique :

> « Avec la *renovatio imperii* du royaume franc, le droit impérial qu'est le droit romain est transféré d'abord à cet Empire franc (où l'Eglise eut un rôle cardinal), puis au Saint Empire germanique othonien (*translatio imperii*). Il confère légitimité et titres juridiques à celui qui, dans une époque marquée par l'idée d'autorité héréditaire, peut s'en prévaloir. Aussi, quand le Digeste du *Corpus iuris* est redécouvert au 11e siècle, il représente du droit en vigueur, non une antiquité étudiée à titre érudit. » (KOLB, 2001 : 158)

[85] Après la chute de l'Empire romain d'occident en 476 après J.C., le droit romain survécut comme droit personnel des citoyens romains selon le principe de personnalité. Ce droit romain vulgarisé par la décadence politique, sociale et scientifique s'exprimait dans une série de compilations mineures (*Pauli sententiae, Fragmenta vaticana, Tituli ex corpore ulpiani, Epitome Gai, Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, fin du IIIe au Ve siècle) qui influencèrent les législations barbares (*Lex romana visigothorum* (506), *Lex burgundionum* (ca. 520), *Edictum teoderici*(524)).

Cependant, le morcellement juridique de l'Empire se poursuit inexorablement. En Europe occidentale, à partir du 10e siècle, on ne trouve presque plus de corpus de lois écrites. Le droit coutumier, local et non écrit, s'impose, en particulier au Nord, ainsi que le droit canon. Depuis la chute de l'Empire romain, l'Eglise catholique est la seule institution à maintenir l'enseignement du latin écrit et maintient seule le droit romain, dont sa législation s'inspire largement. Les institutions publiques déclinant rapidement puis disparaissant avec le démembrement territorial du pouvoir (la féodalité étant basée sur une confusion entre souveraineté et propriété), l'Eglise acquiert de nombreuses fonctions publiques. Nombreuses dispositions du droit canon s'imposent dans la sphère laïque, particulièrement dans les actes civils (mariages, naissances). A l'inverse, le principe de la « personnalité » du droit a disparu au profit du droit territorial. Le droit germanique est, au 10e siècle, majoritairement coutumier, territorial et populaire. Dès l'origine, le droit germanique se distingue par son absence totale d'unité, et son particularisme : chaque tribu a son propre droit. Le système de la personnalité du droit, mis en échec par le mélange des différentes ethnies (déplacement) et par l'oubli du droit écrit, contribue à la terrritorialisation et à la suprématie du droit coutumier. Sur un même territoire, plusieurs coutumes peuvent exister, une pour chaque groupe. Cette caractéristique n'est pas spécifique à l'Empire germanique. Tout le Nord de l'Europe est dominé par le droit coutumier. Au Sud, le maintien de l'écrit permet au droit romain de mieux se maintenir. Au 10e siècle, dans toute l'Europe occidentale, on assiste à quelques tentatives de compilation du droit coutumier, mais ces premières tentatives sont essentiellement le fruit d'initiatives privées.

Ce processus s'accélère après la redécouverte, à la fin du 11e siècle, du droit romain en vigueur dans l'Empire romain d'Orient et à l'école de laquelle se forme toute la jeune génération de juristes. La compilation du droit coutumier et sa rédaction progressive a, dans un premier temps, vocation de maintenir le droit territorial face à l'arrivée du droit savant (et ses conséquences politiques).

En Allemagne, le texte le plus important de cette période est le *Miroir de Saxe* (1220-1235), le plus ancien code de lois médiéval. Il rassemble à la fois le droit coutumier (*Landrecht*) et le droit féodal (*Lehnrecht*) et pour ce dernier, opère une hiérarchie du *ban*, qui ne reconnaît pas de statut juridique aux serfs et aux bourgeois. Le *Miroir de Saxe* est appliqué en Prusse jusqu'à la promulgation de l'*Allgemeines Landrecht* de 1794, en Saxe jusqu'en 1865 (date de l'introduction du Code civil saxon), ainsi que dans d'autres Etats comme texte auxiliaire jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil en 1900. Le droit seigneurial n'est aboli en

Prusse qu'en 1850. En matière de droit privé, les juges du *Reichsgericht* y réfèrent jusqu'en 1932.

4.1. La réception du droit romain en Europe et en Allemagne

Si l'on passe outre les raisons qui ont empêché sa diffusion en Europe tout au long du haut Moyen-Âge, il faut indiquer que le Code justinien (*Corpus Iuris Civilis* – corpus de droit civil), redécouvert à la fin du 11e siècle en Italie à la faveur de la Réforme grégorienne[86], se diffuse rapidement, pour des raisons pratiques : il s'agit du premier corpus juridique ayant un caractère systématique. Distinguant jus publicum et jus civilis, le droit romain est plus apte à encadrer les nouvelles relations commerciales, qui se développent, en particulier en Italie. Il reconnaît la protection juridique de la propriété, l'égalité des sujets juridiques et de leurs volontés, ainsi que la possibilité pour des sujets de disposer de leur propriété par testament. Dans un contexte juridique où le mélange public/privé est généralisé, il répond aux modifications économiques de l'époque. Peu à peu introduit, au point de départ en matière de procédure, sous l'impulsion des monarques européens, il constitue un instrument important pour le renforcement de l'autorité temporelle. Les étudiants de toute l'Europe continentale affluent dans les écoles de droit romain et canon créées en Italie du Nord (Bologne, Pavie, Padoue, Sienne et Pérouse). Ces étudiants diffusent ensuite leurs connaissances et cherchent à les appliquer aux droits locaux.

A partir des 13e et 14e siècles, le droit romain est considéré dans toute l'Europe comme un *droit subsidiaire* complétant le droit local. Vers la fin du 15e siècle, on le considère comme *ius commune subsidiaire*, c'est-à-dire droit commun aux pays qui s'inscrivent dans la tradition romaniste. C'est surtout à travers la jurisprudence et la doctrine que le droit romain s'infiltre insensiblement dans le tissu normatif régional. Le droit romain, *subsidiaire,* est donc une source du droit.

Sa réception dans le Saint-Empire est plus tardive, en particulier parce que l'Empire manque d'universités ; la première université allemande est celle d'Heidelberg, fondée au milieu du 14e siècle. Si de nombreux juristes allemands se forment dans les universités italiennes, le droit romain ne s'impose qu'à la Renaissance. La fragmentation de l'Empire favorise son

[86] Savigny conteste cette histoire montrant que des arrêts, au début du 11e siècle s'appuient déjà sur les *Pandectes*, et que donc le droit romain est déjà connu bien avant cette « réception » classiquement datée à la fin du 11e siècle. Mais pour des raisons pratiques, nous ne rentrerons évidemment pas dans ces discussions.

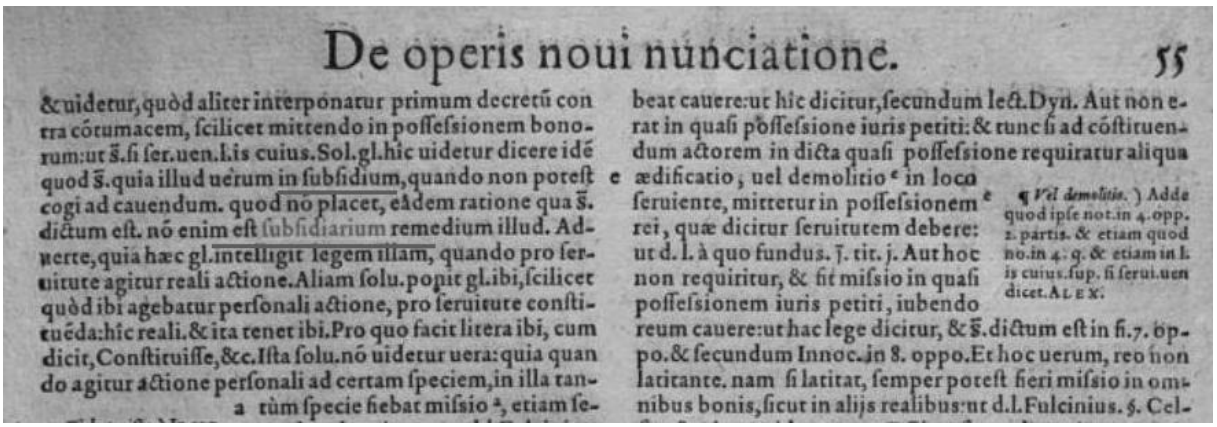
implantation comme *Gemeinesrecht,* droit commun à l'ensemble des Etats de l'Empire, de manière plus profonde que dans les autres territoires européens.

4.2. Les trois phases de réception du droit romain en Europe

La redécouverte du droit romain a donné lieu, en Europe, à différentes « écoles » suivant les différentes phases de redécouverte de ce droit. Jusqu'à la fin du 12e siècle, ce droit reste encore confidentiel et fait l'objet de « gloses » (Glossateurs, essentiellement membres de l'Université de Bologne). Cependant, ces gloses n'ont pas un seul souci « théorique » :

> « La nécessité d'adapter un droit élaboré souvent dix siècles auparavant aux conditions d'une société nouvelle emporte une reformulation doctrinale de nombreuses règles. Elle est entreprise dès l'époque des Glossateurs, après que des études textuelles avaient permis d'épurer le texte de ses nombreuses antinomies ou contradictions apparentes (*concordia discordantium*). De cette réélaboration jurisprudentielle (doctrinale et judiciaire) naît peu à peu un droit romain revu et adapté : le *ius commune* romano-canonique du Moyen-Age. » (KOLB, 2001 : 158)

Les *Glossateurs* préparent le terrain de la réintroduction du droit romain. A partir du 14e siècle, naît un second mouvement, appelé « Consiliateurs », « Commentateurs » ou « Post-Glossateurs ». Ce sont des professeurs de droit qui cherchent, non plus à gloser, mais à rendre ce droit pratique, sous une forme particulière : le droit romain sert peu à peu à combler les lacunes du droit coutumier, une source où puiser à titre *subsidiaire*. On retrouve chez Bartole et Bald notamment, un grand nombre d'occurrences de l'adjectif, dans leurs Commentaires du Digeste (Livre I du *Corpus Iuris Civilis*). Ici, chez Bartole (In I. Partem Digesti novi – Bartoli A Saxoferrato, *Commentaria*, Basilae, ex officina Episcopiana, Anno Sal. Humanae, 1588, p. 55)


De operis noui nunciatione. 55

&uidetur, quòd aliter interponatur primum decretũ contra cõtumacem, ſcilicet mittendo in poſſeſsionem bonorum: ut §. ſi ſer. uen. l. is cuius. Sol. gl. hic uidetur dicere idẽ quod §. quia illud uerum in ſubſidium, quando non poteſt cogi ad cauendum. quod nõ placet, eãdem ratione qua §. dictum eſt. nõ enim eſt ſubſidiarium remedium illud. Aduerte, quia hæc gl. intelligit legem illam, quando pro ſeruitute agitur reali actione. Aliam ſolu. ponit gl. ibi, ſcilicet quòd ibi agebatur perſonali actione, pro ſeruitute conſtituẽda: hic reali. & ita tenet ibi. Pro quo facit litera ibi, cum dicit, Conſtituiſſe, &c. Iſta ſolu. nõ uidetur uera: quia quando agitur actione perſonali ad certam ſpeciem, in illa tantùm ſpecie fiebat miſsio [a], etiam ſe-

beat cauere: ut hic dicitur, ſecundum lect. Dyn. Aut non erat in quaſi poſſeſsione iuris petiti: & tunc ſi ad cõſtituendum actorem in dicta quaſi poſſeſsione requiratur aliqua ædificatio, uel demolitio [e] in loco ſeruiente, mitteretur in poſſeſsionem rei, quæ dicitur ſeruitutem debere: ut d. l. à quo fundus. §. tit. §. Aut hoc non requiritur, & fit miſsio in quaſi poſſeſsionem iuris petiti, iubendo reum cauere: ut hac lege dicitur, & §. dictum eſt in ſi. 7. oppo. & ſecundum Innoc. in 8. oppo. Et hoc uerum, reo non latitante. nam ſi latitat, ſemper poteſt fieri miſsio in omnibus bonis, ſicut in alijs realibus: ut d. l. Fulcinius. §. Cel-

¶ *Vel demolitio.*) Adde quod ipſe not. in 4. opp. 2. partis. & etiam quod no. in 4. q. & etiam in l. is cuius. ſup. ſi ſerui. uen dicet. ALEX.

Bartole, le principal *Post-glossateurs*, a été longuement commenté par Savigny. Il développe

une théorie importante, intitulé *Théorie des statuts*, qui prévaut en particulier en Italie. Les « privatistes » font de Bartole le premier théoricien du droit international privé. Cette théorie est proche du motif subsidiariste, elle en est l'ancêtre. A l'époque de Bartole, l'Italie appartient au Saint-Empire :

> « Avec l'extraordinaire essor des activités économiques au XIII et XIV siècles naquirent une multitude de centres locaux dotés d'un pouvoir croissant. Ce pouvoir économique et politique local chercha à obtenir une certaine autonomie normative de l'Empire. D'où les conflits entre les communes et les villes d'Italie du nord d'un côté et l'Empire de l'autre. La forme dans laquelle le droit particulier des communes fut édicté est surtout celle des statuts citadins (*statuta*). Leur compatibilité avec le droit commun donna lieu à une pluralité de théories qui furent au centre des préoccupations politico-doctrinales de l'école des commentateurs (ou consiliateurs, ou postglossateurs) : il y eut surtout une théorie subjective, voyant la racine du droit statutaire dans une délégation de l'Empereur (*potestas statuendi ex permissio)*, développée à partir de certaines clauses de la Paix de Constance (1183) ; et une théorie objective, celle de la *iurisdictio,* qui fragmente le pouvoir de créer des normes pour le reconnaître à tout détenteur de prérogatives publiques, de l'Empereur au propriétaire de terres. » (KOLB, 2001 : 159)

La *Théorie de Statuts* de Bartole s'inscrit dans une problématique importante à l'époque, celui du « choix de la loi ». Les Glossateurs, lorsqu'ils sont confrontés à un litige, s'appuient essentiellement sur le droit romain commun pour y trouver une solution (principe de la glose). Chez les post-glossateurs, la situation s'inverse : progressivement les centres urbains et leurs droits locaux tendent à s'affirmer. Les problèmes qui conduisent à la *Théorie des Statuts* de Bartole sont des cas pratiques.

Dès l'époque des Glossateurs, on s'interroge. Par exemple, l'un de leurs plus importants représentants, Accurse, s'est particulièrement intéressé à la 1ère Constitution de Justinien qui débutait par la formule suivante : « *Nous voulons que tous les peuples soient soumis à l'empire de notre clémence* ». Il en déduit qu'un statut ne lie que les sujets de la cité. Chaque cité doit vouloir imposer la loi à ses sujets mais elle ne peut l'imposer à ceux qui ne sont pas ses sujets. Accurse donne un exemple : si un Bolognais de passage à Modène y fait un testament, celui-ci doit-il être soumis au statut de Modène ou au statut de Bologne ? La solution consiste à dire que si un habitant de Bologne se rend à Modène, il ne doit pas être régi par les lois de Modène auxquelles il n'est pas soumis, mais à ceux de Bologne. Progressivement, ces juristes vont affiner la notion de « nature » du statut en distinguant bientôt les statuts relatifs à la procédure, qui s'appliqueront sur le territoire, des statuts relatifs au fond, pour lesquels la loi locale s'appliquera. Par la suite, la distinction s'opèrera entre statuts « réels », distinguant les choses, qui s'appliquent sur le territoire et statuts

« personnels », concernant les personnes. Ces distinctions sont importantes, car elles permettent de différencier les statuts portant sur les contrats (choses), de ceux portant sur les délits (responsabilité civile). Bartole opère une grande synthèse de ces solutions en opposant deux catégories de *statuts* : ceux qui disposent relativement aux personnes, de ceux qui disposent relativement aux choses. Les premiers s'adressent aux individus où qu'ils se trouvent, et sont donc d'application extraterritoriale, les seconds sont territoriaux parce qu'ils ne s'appliquent qu'aux choses situées sur le territoire.

4.3. L'inversion du « droit subsidiaire »

Les Glossateurs considèrent encore que le droit singulier local ou territorial doit être subordonné au droit romain commun. Kolb montre qu'à partir du 14e siècle, dans l'Empire romain germanique, et en premier lieu dans les villes du nord de l'Italie qui se développent avec l'essor du commerce, les rapports entre droit commun et droits particuliers nécessitent de déterminer les « rapports de priorité/supplétivité ». Le siècle voit renaître les principes romains de « spécialité » et de dérogation.

> « Au début du conflit entre le droit impérial et le droit communal, qui fut le conflit politique majeur de l'époque, les juristes, formés au droit romain, donnèrent la préséance à ce dernier. Le *ius commune* avait priorité hiérarchique. Rapproché du *ius singulare* dont parlent certains textes de Justinien, le rapport *ius commune / ius proprium* (*statuta*) est configuré comme un rapport de règle et d'exception. La règle particulière n'avait place que si le *ius commune* ne s'y opposait pas et si elle ne contrastait d'aucune manière avec la *ratio* du droit général (*contra tenorem rationis iuris communi*). » (KOLB, 2001 : § 24)

Toutefois, dans les faits, avec l'affaiblissement de l'Empire et le renforcement territorial, le rapport s'inverse du tout au tout, engendrant la naissance du « droit romain subsidiaire » :

> « Peu à peu le pouvoir effectif glissait toujours davantage vers les communes. Ainsi, dès le XIV et XV siècles, la prétention de priorité du *ius proprium* et la subsidiarité du *ius commune* émise par le pouvoir local s'impose dans la science juridique. Désormais les lois communales, comme le prévoient leurs propres clauses, sont du *ius primarium,* le droit commun du *ius subsidiarium :* « *ius particulare praevalet ius magi generali* » disait-on. « A cet effet un tissu très dense de règles d'interprétation fut développé qui graduait le pouvoir d'extension du *ius proprium* selon son degré de correspondance matérielle au droit commun. La situation juridique s'était ainsi renversée et la règle de la *lex specialis* trouvait application au rapport entre les deux sphères juridiques. » (*Ibid.*)

Est formulée ici la règle du principe de spécialité, la *Lex specialis derogat legi generali*, selon laquelle la loi spécialisée déroge, et prévaut, sur le droit commun (la règle générale), si

importante en droit allemand, y compris dans l'actuel BGB.

Progressivement et dans toute l'Europe, le droit romain devient un corpus auquel on ne se réfère plus qu'à titre subsidiaire. Mais cette réception, plus tardive en Allemagne, n'a pas contribué au renforcement du pouvoir impérial, car le droit coutumier, populaire, le droit territorial des communes et le droit féodal restent en vigueur. Le droit romain, quant à lui, a une fonction d'unification relative, il constitue le « fond juridique commun » auquel les juges se réfèrent lorsque le droit local n'apporte pas de solution au litige.

Néanmoins, la subsidiarité du droit romain recoupe plusieurs problèmes, non seulement de territorialité (quel droit prime ?) mais aussi et surtout des problèmes de souveraineté : quelle est la source du droit ? Cette question, la subsidiarité a pour fonction de ne pas la trancher, mais plutôt d'aménager la pluralité des sources, de maintenir l'ensemble des droits en vigueur, de les harmoniser sans les supprimer, ou sans établir de rapport de primauté impératif. La subsidiarité permet de laisser exister le droit coutumier.

La notion est importante, notamment en droit international, dont les problématiques sont assez comparables : une forte décentralisation des sources et des institutions, des conflits de juridiction, une « unité » de la diversité qui laisse cohabiter toutes les institutions de pouvoir, même les plus parfaitement antagoniques.

Toute question relevant du droit privé soulève donc, dès le Moyen-Age, des problématiques qui relèvent de l'existence, des buts et de la forme d'une souveraineté politique. Avec la construction de l'Etat-nation allemand, la question de la subsidiarité du droit romain, en vigueur jusqu'en 1900, ne pouvait rester cantonnée à la seule sphère du droit privé sans rejaillir comme une question constitutionnelle. Le cas de la France, à l'inverse de l'histoire de l'Allemagne en est un autre exemple.

4.4. Le droit romain en France avec l'apparition de l'Etat-nation

En France, dès François 1er, la centralisation politique s'appuie largement sur le travail de la troisième école de réception du droit romain, celle des *Humanistes*, qui s'opposent à la tradition bartoliste. Dans plusieurs passages de *Pantagruel*, Rabelais s'en prend vertement aux Glossateurs et post-Glossateurs :

> « Ils n'avaient connaissance de langue ni grecque ni latine, mais seulement gothique et barbare […]. Leur style […] est style de ramoneur de cheminée ou de cuisinier et marmiton, non de jurisconsulte. […] Davantage, vu que les lois sont extirpées du milieu de philosophie morale et naturelle, comment l'entendront ces fols qui ont par Dieu moins étudiés en philosophie que ma mule ? Au regard des lettres d'humanité et connaissances des antiquités et histoires, ils en étaient chargés de plumes […]. »

Ou plus bas :

> « Les livres des lois […] semblaient une belle robe d'or triomphante et précieuse à merveille qui fut brodée de merde ; car […] au monde n'y a livres tant beaux, tant aornés, tant élégants comme sont les livres des Pandectes ; mais la brodure d'iceux, c'est à savoir la glose d'Accurse est tant sale, tant infasme et punaise que ce n'est qu'ordure et vilenie. » (RABELAIS, 1823 : 257)

L'un de ces humanistes, Guillaume Budé (1468-1540), considéré à l'époque selon Bayle comme « *l'homme de son temps le plus savant France dans la littérature et les langues anciennces* » (COURCELLES, 1824), joue un rôle très important dans la rédaction de l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts*. Le 12e siècle amorce, en Allemagne, le processus de morcellement de l'Empire et d'autonomisation des Etats (accentué par la suite avec la Réforme luthérienne). Au même moment, dès le milieu du 12e siècle, face au morcellement féodal, la royauté française entreprend sa reconstruction politique. Reconstruction territoriale, reconstruction de l'autorité royale sous Philippe le Bel, absorption des juridictions seigneuriales ou ecclésiastiques au profit de la justice royale sous Louis IX dit Saint-Louis, affaiblissement de l'autorité pontificale, naissance du gallicanisme. Le processus sur le territoire français est celui de l'unification et de la restauration de l'Etat. Juridiquement, dès le 13e siècle, il s'agit de réduire la diversité coutumière : si les coutumes restent sources premières, leur rédaction est accélérée à partir du 15e siècle, contribuant à leur fixation et à une certaine unification. L'épisode de la Guerre de Cent ans freine toutefois ce processus. D'un autre côté, le droit romain, qui a donné lieu à l'ouverture des Universités de Paris, concurrente de l'université de Bologne puis de l'université d'Orléans, contribue, en vertu de son caractère écrit, à renforcer le pouvoir public du roi, sa souveraineté et son pouvoir législatif. Ainsi, si la réception du droit romain en Allemagne reste celle du droit privé et n'unifie que d'une manière « subsidiaire », en France, l'apport est celui d'une structuration du pouvoir d'Etat donc du droit public. Progressivement, la loi royale s'impose, non seulement sur le droit romain mais aussi sur le droit territorial. Au 16e siècle, après avoir progressivement éliminé les corps concurrents participants à l'exercice de la souveraineté (états généraux, parlements, Assemblées des trois ordres), la loi royale n'est plus une source

subsidiaire, mais prend un caractère de primauté. L'absolutisme se renforce, en s'appuyant notamment sur les velléités d'autonomie des villes commerçantes pour fragiliser le système féodal. L'absolutisme français naît un siècle et demi avant l'absolutisme allemand.

Dès le début du 16e siècle, Bodin théorise « l'état de droit » souverain, opposé au despotisme seigneurial. Guillaume Budé et les humanistes avaient apporté leur concours à l'unification juridique progressive et à la souveraineté indivisible. Cependant, nous dit Marie-Hélène Renaut :

> « La royauté n'est pas arbitraire, puisque le roi respecte les coutumes, les privilèges, la religion et la morale. Le souverain est un serviteur (un ministre) qui ne gouverne pas à sa guise. L'Etat monarchique de la France est un état de droit.» (RENAUT, 2007 : 35)

4.5. Codification et libéralisme : comparaison France - Allemagne

Au début du 16e siècle, le droit romain n'est plus une source du droit, « subsidiaire » ni commune, mais « secondaire » et uniquement en droit des contrats et des obligations. Il est définitivement supplanté par la législation royale. De leur côté, les coutumes restent une source importante, mais leur réformation conduit peu à peu à leur disparition, à travers un « droit coutumier commun » considéré comme :

> « […] devant servir de droit supplétif en cas de silence de la coutume particulière. Ainsi le droit commun n'est plus joué par le droit romain, mais par le fond coutumier français qui s'inspire beaucoup de la coutume réformée de Paris. » (RENAUT, 2007 : 36)

Peu à peu la loi royale concurrence la coutume. Les lettres *patentes* (Ordonnance, Edit, Déclaration, Lettre de justice), bien qu'encore soumises au contrôle des cours souveraines, ont un caractère supérieur : « *le roi veut et ordonne* ». Louis XIV met en place les premières mesures de codification : l'unité politique doit être complétée par l'unité du système juridique. Le Code Louis de 1667 préfigure le Code civil de 1804 : désormais le roi s'immisce dans le droit privé, qui jusque-là relevait encore de la coutume.

Cependant, ce processus ne va pas jusqu'au bout : le roi est « gardien de la coutume » et la structure sociale féodale n'a pas totalement disparue. Ce n'est que la Révolution française qui, abolissant les ordres, prépare le terrain juridique de la codification du droit civil. Nous passons bien évidemment ici sous silence les luttes féodales contre l'absolutisme et les survivances particularistes - linguistiques, coutumières, administratives, fiscales, et surtout les

privilèges personnels concédés par le roi et dérogeant au droit commun et les privilèges corporatifs.

Le siècle des Lumières, en France, naît d'une double critique : celle de l'absolutisme et celle de la féodalité. Les doctrines politiques de la séparation des pouvoirs (Montesquieu) ou de la souveraineté nationale et populaire (Rousseau), et économiques (physiocratisme) apparaissent. Les premières réformes de libéralisation de l'économie menées par Turgot en 1776 sont fidèles à la doctrine du *laissez-faire-laissez-passer*. Nombreuses corporations sont dissoutes. Ces mêmes politiques sont menées en Prusse, entre 1806-1814, et largement abandonnées par la suite dans l'ensemble de l'Allemagne (à l'exception de l'unification douanière d'une partie des Etats allemands sous domination prussienne lors de la mise en place du *Zollverein* 1814).

Au début du 19e siècle, en Allemagne et malgré les tentatives codificatrices, en particulier en Prusse et en Autriche, le droit romain est toujours en vigueur, comme droit positif *subsidiaire* du droit territorial de chaque Etat (ou villes libres). En réalité, à l'heure actuelle, il l'est toujours en grande partie, étant donné l'apport de l'école pandectiste, « seconde réception du droit romain » dans la rédaction du BGB de 1900. Pour une meilleure présentation de ce qu'est le droit « romain commun » en Allemagne au début du 19e siècle, laissons parler Savigny lui-même, dont les exposés sont d'une grande clarté. Dans le premier tome de son *Traité de droit romain*, celui-ci explique :

> « Le droit romain actuel défini (§ I) a une grande analogie avec le droit commun allemand. Ce droit tient à la constitution politique de l'Allemagne, dont les diverses parties étaient réunies sous la domination impériale. Ainsi, chaque Etat obéissait à un double pouvoir, sous l'influence duquel se développa un double droit positif, le droit territorial et le droit commun. Plusieurs auteurs ont prétendu qu'après la dissolution de l'Empire, le droit commun avait disparu avec l'autorité qui lui servait de base. Mais cette opinion, qui tient à des idées erronées sur la nature du droit positif, n'a pas eu la moindre influence pratique (a). Or, ce droit commun n'est autre, que le droit romain actuel, considéré dans son application particulière à l'Allemagne, c'est-à- dire avec les modifications qu'il y a subies. » (SAVIGNY, 1855 : 3)

Dans les années 1840-1850, le droit romain reste le *droit commun* des Etats allemands, en relation avec le maintien de l'extrême diversité juridique, surtout après les premières défaites napoléoniennes (campagne de Russie) et la dissolution de la confédération du Rhin sous domination française.

Chapitre 11

La question de la codification en Allemagne après le Congrès de Vienne

1. Les positions de Savigny sur le *subsidiäres Recht*

A partir de 1814, plusieurs propositions entendent répondre au problème du morcellement juridique de l'Allemagne :

> « Il s'agira essentiellement de choisir entre quatre options : 1/ décréter l'abrogation immédiate du Code Napoléon et le retour au régime juridique antérieur, celui de l'ancien droit, fait de droit romain et de droit locaux. » (DUFOUR, 2006 : 19)

Le Code napoléon a été imposé dans la Confédération du Rhin (1806-1814), composée de seize puis trente-cinq Etats allemands sous protectorat bonapartiste, en particulier au Royaume de Westphalie (imposé bien que Napoléon ait fait nommer son frère « roi » de ce dernier), le grand Duché de Berg et celui de Francfort ou encore le Duché de Bade. D'autres Etats allemands ont adopté plus volontiers le Code civil français, et à l'issue du Congrès de Vienne, se montrent réticents à l'abroger (les provinces rhénanes, bavaroises, prussiennes et hessoises). La situation est quelque peu tendue. D'autres solutions sont alors envisagées :

> « 2/ s'en tenir au statu quo en conservant le régime en vigueur, celui du Code Napoléon ou celui des codes et compilations nationales ; 3/ doter chaque Etat d'un nouveau code inspiré du Code Napoléon, du Code Prussien ou du Code autrichien ; 4/ adopter une codification générale du droit civil pour toute l'Allemagne, soit par la reprise d'un des trois grands codes existants, soit par l'élaboration d'un nouveau Code qui en soit plus ou moins inspiré. » (DUFOUR, 2006 : 19)

Une grande partie de la population allemande, la jeunesse enrôlée dans les « Guerres de Libération » aux promesses d'unification politique et de constitutionnalisme, et la bourgeoisie, est favorable à la codification sur tout le territoire allemand. Il n'en va pas de même pour les pouvoirs représentés au Congrès de Vienne, en particulier de l'Autriche de Metternich, la monarchie anglaise et le pape.

Le Saint-Empire romain effondré, le territoire allemand est morcelé en trente-neuf Etats aux situations juridiques très différentes, dans lesquels deux dominent, et ce depuis la moitié du 18e siècle : l'Autriche et la Prusse. Le débat est donc animé et Savigny y prend une place qui détermine en grande partie l'échec de la codification en Allemagne. Non que Savigny ait eu à l'époque une place politique d'importance, il n'a occupé des fonctions politiques qu'à partir des années 1840 en Prusse. Néanmoins, il exprime une tendance conservatrice qui a le dessus pendant plusieurs décennies, prend différentes formes et qui surtout, fait de nombreux émules chez les membres de la doctrine, tout au long du 19e siècle (et du 20e siècle également, notamment Carl Schmitt et Otto von Gierke). Cette position, Savigny la théorise dans un opuscule (1814) dans lequel il explique son opposition à la codification du droit civil.

Cet opuscule, intitulé *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du Droit* (*Vom Beruf*) s'inscrit dans une controverse qui oppose Savigny à un autre civiliste, Anton Friedrich Justus Thibaut. Quelques mois avant la publication du *Vom Beruf*, Thibaut exprimait sa position dans un essai, intitulé *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, (Sur la nécessité d'un code civil général pour l'Allemagne – 1814). Dans ce texte il plaide pour une codification du droit civil sur l'ensemble du territoire allemand, contre l'option d'une codification Etat par Etat et surtout, contre celle du maintien du droit romain et du morcellement particulariste.

Thibaut, comme Savigny, s'inscrit dans le sursaut national du peuple allemand, qui, depuis les *Discours à la nation* de Fichte, exprime non une unité de vues, mais les différentes tendances de la société allemande. Leurs conceptions des moyens de construire la nation divergent sur l'essentiel et en particulier sur le rôle de l'Etat et sur la place du législateur. Thibaut lance :

> « Un vibrant appel patriotique à l'unification de l'ensemble du droit civil allemand par l'élaboration d'une codification nationale pour toute l'Allemagne. Rédigé à la hâte en une quinzaine de jours dans l'exaltation de la libération du sol allemand du joug napoléonien et des perspective d'unité nationale, alors que sont encore cantonnés chez lui des soldats prêts à marcher sur Paris, ce véritable manifeste de la codification […] ne s'en articule pas moins autour d'une certain nombre de thème d'actualité : conscience nationale,

> morcellement politique et avenir juridique de l'Allemagne, état de son droit, en particulier du droit romain et codification. » (*op. cit.*: 23)

Tout comme Savigny, Thibaut explique que l'unité politique de l'Allemagne doit procéder, en premier lieu, d'une réflexion sur la place du droit et en particulier du droit civil. Mais leurs conclusions divergent profondément :

> « A l'heure où nombre de souverains n'ont rien de plus pressé que de rétablir dans toute sa confusion le véritable « chaos de l'ancien droit » et où certains auteurs de la doctrine préconisent de ramener les Allemands à leurs anciennes coutumes, il clame avec autant de force que de clarté la nécessité d'une transformation rapide et complète de l'ensemble du droit civil allemand – c'est-à-dire, précise-t-il, du droit privé, du droit pénal et de la procédure – par la rédaction d'un code général pour toute l'Allemagne. » (*op. cit.:* 22)

Cette position est partagée par de nombreux autres membres de la doctrine et professeurs. Lorsque Savigny rédige le *Vom Beruf*, il répond directement à Thibaut sur la place du droit romain et l'inopportunité d'une codification. Toutefois, à travers la rédaction de sa réponse à Thibaut, Savigny exprime la grande fracture qui se développe dans la doctrine allemande et distinguent deux écoles, l'Ecole historique et l'Ecole philosophique du droit.

L'Ecole philosophique est représentée par F. Hegel. Celui-ci n'est pas resté étranger au débat sur la codification : la rédaction de sa *Philosophie du droit* (HEGEL, 1940) est entièrement vouée à conceptualiser sa position. Dans l'ouvrage qu'il consacre à l'Institution judiciaire et à « l'administration du droit » (*die Rechtspflege*, § 209-229), en particulier dans deux sous-sections « le droit en tant que loi » (§ 211- 214) et « l'être-là de la loi » (§ 215-218), il se prononce en faveur de la codification. D'après Norbert Waszek :

> « Si Thibaut et Savigny ne sont pas expressément nommés les lecteurs contemporains comprirent certainement les allusions fort claires du discours de Hegel. […] C'est de cette façon tranchée que Hegel écrit, contre Savigny : « *Dénier à une nation cultivée, ou, en son sein, à l'état des juristes, la capacité de faire un code* […] *seraient une des plus grandes injures que l'on puisse faire à cette nation ou à cet état* ». Dans l'addition au paragraphe 211, l'allusion à Savigny est encore plus claire (le terme même de « vocation » ou Beruf du titre du pamphlet de Savigny est repris), et la critique devient plus acérée […]. Avec Thibaut, Hegel critique la pratique consistant à « *ensevelir* [les lois, N. W] *sous l'ample appareil des livres savants, des recueils de décisions relatives à des jugements et opinions divergentes, des coutumes etc., et de surcroit dans une langue étrangère*. » (WASZECK, 2007 : 170-171)

Hegel défend toujours cette position et la précise en 1820 lorsqu'il explique, dans un cours consacré à sa *Philosophie du droit*, traduit dans l'article de N. Waszeck:

> « Le cours que Hegel donna en 1819/20 sur la *Philosophie du droit* est moins connu, car il fut publié qu'en 1983, mais il est encore plus explicite, et c'est le plus riche sur Napoléon et son Code civil, ainsi que sur les implications politiques de la querelle sur son destin en Allemagne :
> « Quand dans une nation il n'y a pas de code, alors il n'y a plus rien à faire pour elle, qu'à en fabriquer un. On peut bien s'imaginer d'abord que c'est quelque chose de tout nouveau qui devrait être trouvé et inventé, mais ce dont il s'agit, c'est seulement d'ordonner de façon déterminée et raisonnable ce qui est déjà en vigueur. […] Dénier à une nation civilisée la capacité d'atteindre un tel code c'est l'injurier de la façon la plus extrême qui soit. […] C'est en effet un droit absolu de maintenir la loi d'une telle façon. » » (WASZECK, 2007 : 171)

Le terme *absolu* n'est pas anodin, nous l'avons vu au début de la partie précédente. La philosophie de l'Etat s'oppose en tout point à la conception d'un Etat amputé d'une partie de ses prérogatives et d'un pouvoir divisé en différentes sources. Hegel voue une grande admiration au bonapartisme. Mais, cette position est relativement difficile à tenir en 1814. Ceci dit, les positions exprimées par Thibaut sont toutes aussi virulentes :

> « Toute législation postule la réaction de deux exigences, l'une d'ordre formel, l'autre d'ordre matériel, à savoir qu'elle établisse, d'une part des dispositions de manière claire et exhaustive, et, d'autre part, des institutions qui soient utiles et répondent aux besoins des administrés. » (DUFOUR, 2006 : 23)

On retrouve bien, dans ce programme de codification, les exigences exprimées par les défenseurs d'un droit rationnel et du principe de sécurité juridique ou du *rule of law* (l'état de droit) dans sa version matérielle et substantielle, d'un droit clair qui ne soit pas laissé à libre interprétation des juges ou des membres de la doctrine :

> « Toute votre érudition, toute vos variantes et conjectures, - tout ceci a troublé de mille façons la sécurité pacifique du citoyen et n'a fait que remplir les poches des avocats. » (THIBAUT, trad. WASZECK, 2007 : 170)

Pour Thibaut, le citoyen est créé tout aussi peu pour le juriste que « *pour les professeurs de chirurgie, afin de laisser pratiquer sur son corps vivant des expériences d'anatomie* » (trad. WASZEK, 2007 : 171). Contre la conception d'une doctrine juridique conçue comme « source du droit », Hegel exprime des positions similaires : cette conception lui semble tout aussi imbécile que le roi Denys qui « *accrocha les lois à une telle hauteur qu'aucun citoyen ne put les lire*[87]. » (HEGEL, 1940 : 242). Pour Thibaut comme pour Hegel, la doctrine historiciste

[87] HEGEL F. W., *Principes de la philosophie du droit*, op. cit, §215, p. 242. : « *L'obligation envers la loi implique au point de vue du droit de la conscience de soi (§132) la nécessité qu'elle soit connue universellement. R : Accrocher les lois comme le fit Denys le Tyran, si haut qu'aucun citoyen ne pût les lire ou bien les ensevelir sous un imposant apparat de livres savants de recueil de jurisprudence, d'opinions de juristes et de coutumes, et par-*

remet en cause les principes de « publicité » de la loi et de sécurité juridique : « *l'obligation envers la loi implique* […] *la nécessité qu'elle soit connue universellement* » (HEGEL, *ibid.*). Le maintien d'un droit « exhumé » par les jurisconsultes s'oppose à cette revendication, d'autant qu'il contribue à maintenir :

> « […] le droit indigène – que ce soient les grandes compilations du vieux droit allemand, les ordonnances princières ou même les grandes lois impériales – qui offrent l'image « *d'un fatras infinis de dispositions contradictoires et bariolées* », d'un autre côté les droits savant – droit canonique et droit romain, auxquels on recourt pour trancher la plupart des causes – où « *le mal est à son comble* ». » (WASZEK, 2007 : 164)

Waszek souligne que, d'une certaine manière, Thibaut s'en prenait également au droit romain *subsidiaire* :

> « La source la plus importante de l'ancien droit en Allemagne, le romaniste Thibaut en dresse alors, en tout connaissance de cause, le procès en bonne et due forme, en en dénonçant tout à la fois le caractère étranger, l'aspect lacunaire et surtout l'incertitude fondamentale, qui ont pour effet, souligne-t-il, […] « *que nous avons dans le droit romain un Code dont nous ne possédons pas le texte et dont le contenu est comparable à un feu follet* ». » (WASZEK, 2007 : 171)

Cette critique à l'égard d'un droit romain « étranger » n'est pas l'apanage des défenseurs d'un droit rationnel et jusnaturaliste. Elle l'est aussi de nombreux membres de l'école historique, qui se scindent en deux courants opposés : les romanistes (Georg Friedrich Puchta) et les germanistes (Jacob Grimm).

Pour ce qui est des vertus d'une codification du droit civil pour toute l'Allemagne, Thibaut en voit plusieurs : « *le bonheur des citoyens* » garanti par l'égalité des droits privés, un contrepoids important à la division politique de l'Allemagne, la fin des us et coutumes locaux « *oreillers de paresse et des esprits timorés* » (DUFOUR, 2006 : 24). Mais surtout, et c'est ici le plus fondamental, il s'attaque au *Volksgeist*, au caractère sacré de la tradition, auquel il oppose le primat de l'unité du droit sur le particularisme juridique, celui de la raison sur la diversité des tempéraments, qu'il conteste en faisant remarquer l'unité des valeurs chez les Allemands du Nord et du Sud. Enfin, il conteste la crainte, plus importante, des Princes à l'égard d'une unification et d'une égalité juridique, perçue comme un encouragement à l'esprit de rébellion populaire : « A*ucun peuple de la terre n'est plus enclin à la fidélité envers ses princes que le*

---

dessus le marché, en langue étrangère de sorte que la connaissance du droit en vigueur ne soit accessible qu'à ceux qui s'instruisent spécialement, tout cela est une seule et même injustice. Les gouvernants qui ont donné à leur peuple une collection même informe, comme Justinien, ou mieux encore, un droit national dans un code défini et ordonné, ont été non seulement de grands bienfaiteurs, et honorés comme tels, ils ont aussi accompli un grand acte de justice.»

brave peuple allemand[88].» (THIBAUT, trad. DUFOUR, 2006 : 24).

Thibaut ne plaide pas pour la rédaction d'un code édictée par une constituante élue mais pour un Etat de droit « matériel ». Savigny lui répond la même année, en publiant le *Vom Beruf*. En réalité, l'ouvrage a eu une toute autre postérité :

> « L'opuscule de Savigny représente le Manifeste d'une nouvelle Ecole de pensée juridique – l'Ecole du droit historique – qui s'oppose du tout au tout à l'Ecole du droit naturel moderne comme au mouvement de codification. » (DUFOUR, 2006 : 11)

Il y établit les principes de sa conception du droit et de l'Etat. A la lecture de ce texte, nous partageons l'analyse d'A. Dufour : les principales thèses de l'Ecole historique – le droit organique, le combat contre l'unification juridique, la place attribuée au droit romain, le rôle subsidiaire de la législation, le maintien du particularisme juridique comme autant de manifestation de l'« esprit du peuple » – y sont théorisées :

> « *Organicité*, *historicité*, *système*, *individualité* – ces notions clefs de toute son argumentation, vont devenir les notions fondamentales de sa pensée juridique et politique comme celles de la pensée de toute l'Ecole historique. » (DUFOUR, 2006 : 37)

Nous ajouterons à cette liste de notions, qui sont autant de mots d'ordre politiques, celle de *subsidiarité*. Car il s'agit du manifeste d'un courant juridico-politique qui fait de cette notion de *subsidiarité* de la législation et du pouvoir politique, un véritable slogan à partir duquel toutes les tendances politiques de l'époque auront à se déterminer. Il définit donc ici un nouvel *Etat de droit* limité, non dans son pouvoir de coercition, mais dans celui de monopoliser les sources du droit : l'Etat et le droit de l'Etat ont essentiellement pour fonction le maintien de la diversité juridique, non sa suppression. Savigny fait subir à la notion de « droit de l'Etat » et d'Etat de droit (tout aussi limité que chez les libéraux), une variation importante : elle n'est plus synonyme de « rule of law » (Bentham), ni de « publicité ». La conception développée est conservatrice. Aussi, chez Savigny, l'Etat n'en est pas moins décrit comme fort dans sa vocation à garantir l'existence et la cohabitation des sources multiples du pouvoir : il s'agit de l'une des premières formulations de l'Etat *organique*.

A la lecture de l'opuscule, nous identifions chez Savigny, deux positions contradictoires à l'égard de la codification. Cette contradiction est maintenue, dans tous ses écrits et prises de positions politiques ultérieures. En effet, il ne conserva pas la position tranchée qu'il

[88] Kein Volk der Erde gibt es, welches so geneigt ist (…] seinen Fürsten getreu zu bleiben, als das biedere Volk der Deutschen », in Thibaut, « das krause Gemisch des alten Wirrwarts », in *Über die Nothwendigkeit eines allgeminen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814. Traduction d'A. Dufour.

développe dans le *Vom Beruf* :

> « On sait que la pensée de Savigny a évolué entre 1815 et 1840 et qu'il a notamment abandonné son hostilité virulente à la législation et au rôle du pouvoir politique de l'Etat comme source du droit. » (BEAUD, 1997 : 175)

L'opuscule présente en effet deux arguments. L'un, qui peut paraître relativement « sage », est bien connu depuis Humboldt : il consiste à supposer que le peuple allemand n'est pas prêt à la codification, il lui faut le temps des réformes. Cet argument est l'un de ceux, comme on l'a vu plus haut, que combattent Thibaut et Hegel. Le second argument est beaucoup plus radical : Savigny ne le remettra jamais en question, y compris et surtout, lorsqu'il assouplit sa position à l'égard de la codification. Cet argument consiste à désigner la loi comme un instrument *subsidiaire* n'ayant vocation qu'à compléter le droit coutumier et territorial. Il déplace ainsi la problématique du droit romain, comme « *ersatz de droit national* » (BEAUD, 1997 : 180) à la loi, pour qualifier son rôle et sa place dans l'ordre des sources du droit. Beaud utilise cette formule d'« *ersatz de code* ». Néanmoins, Savigny utilise bien le terme *subsidiaire*. L'occurrence apparaît dans son opuscule de 1814 à cinq reprises :

> « Gleich von dieser Seite wird kein Unbefangener den Code mit dem Landrecht vergleichen wollen : nicht blos die Gewissenhaftigkeit und Liebe zur Sache, die den besseren Deutschen natürlich ist, erklärt diesen Unterschied, sondern auch die ganz verschiedene äußere Lage, aus welcher beide Gesetzbücher hervorgiengen: der Code sollte schnell fertig seyn, um manches drückende Uebel aus der Revolution zu mildern, und um alles auf gleichen Fuß zu setzen, während das Landrecht blos mit dem Zweck und dem Gefühl, etwas treffliches zu leisten, ohne äußere Noth, die dazu drang, bearbeitet wurde. Was ich als einen zweyten großen Vorzug des Landrechts betrachte, ist das Verhältniß desselben zu den localen Quellen; es ſollte blos als **subsidiarisches Recht** an die Stelle des „Römischen, gemeinenSachsen- und andrer fremden **subsidiarischen Rechte** und Gesetze treten“ [1], und alle Provincialrechte sollten fort bestehen, aber auch binnen drey Jahren zu beſonderen Gesetzbüchern verarbeitet werden. » (SAVIGNY, 1814 : 83)

Nous avons déjà présenté ce passage dans la partie précédente, nous le reproduisons de nouveau ci-dessous :

> « Déjà de ce point de vue, aucun observateur impartial ne se hasardera à comparer le Code [Napoléon] avec le code prussien : la différence ne s'explique pas seulement par la conscience professionnelle et la consécration de l'entreprise en cause, naturelles aux meilleurs des Allemands, mais aussi par la conjoncture extérieure totalement différente dans laquelle les deux codes ont été élaborés : le Code [Napoléon] devait être rapidement terminé pour atténuer certains des maux les plus graves résultant de la Révolution et pour tout mettre sur pied d'égalité, alors que le Code prussien a été élaboré avec pour seul objectif et dans l'unique sentiment de réaliser une œuvre parfaite sans la pression d'une

> nécessité extérieure. Ce que je considère comme la seconde supériorité majeure du Code prussien réside dans son rapport avec les sources locales ; il devait simplement entrer en vigueur comme **droit subsidiaire** « au droit romain, au droit commun saxon et aux autres droits et **lois subsidiaires** »[89] et tous les droits provinciaux devaient rester en vigueur, pour être à leur tour réélaborés dans un délai de trois ans en Codes spéciaux. » (SAVIGNY, trad. DUFOUR, 2006 : 90)

Savigny explique bien dans ce passage que ce qu'il considère comme la supériorité du Code prussien de 1794 vis-à-vis du Code Napoléon réside non pas dans sa primauté, mais tout au contraire, dans son caractère subsidiaire vis-à-vis des « *droit romain, droit commun saxon, et autres droits et lois subsidiaires, et tous les droits provinciaux* » (la note de bas de page renvoie dans son opuscule, à une citation du Code prussien, qui atteste de la forme *subsidiären Rechte*). Le Code prussien a été conçu dans une perspective de subsidiarité y compris vis-à-vis de sources elles-mêmes subsidiaires. C'est donc par son caractère « non absolu », de simple complément aux différents régimes juridiques en concurrence que qui fait la valeur du Code prussien. Ce qu'explique ici Savigny, nous renvoie au leitmotiv de la prudence d'un côté et du maintien des traditions juridiques de l'Allemagne de l'autre. Dans l'*Introduction* de son opuscule, Savigny parodie l'option légicentriste qu'il combat. Il y emploie ici le substantif *Ergänzung* (auxiliaire/complément) :

> « Ces propositions sont liées à une conception générale de la genèse de tout droit positif qui a toujours été prédominante chez la grande majorité des juristes allemands. D'après cette conception, tout droit procède normalement des lois, c'est-à-dire des prescriptions expresses du pouvoir suprême de l'Etat. La science juridique a pour seule objet la teneur des lois. En conséquence, la législation même, tout comme la science juridique sont d'une teneur tout à fait fortuite et changeante, et il se peut fort bien que le droit de demain ne ressemble en rien au droit d'aujourd'hui. Un code exhaustif est en conséquence une exigence primordiale, et ce n'est qu'en cas de lacunes du code qu'on peut en être réduit à la triste nécessité de s'aider du droit coutumier comme d'un précaire **auxiliaire**. » (SAVIGNY, trad. DUFOUR, 2006 : 52)

Savigny inverse alors l'argument légicentriste, pour expliquer que le complément auxiliaire ou *subsidiaire* doit être le Code et la loi, non la coutume. De son point de vue, les lois votées sont sujettes aux « changements » brusques. La coutume, quant à elle, est garante de la permanence du droit, dont le juriste a la charge d'exhumer la substance profonde. Le seul mérite qu'il reconnaît au Code prussien est ce caractère *subsidiaire*, non sa forme codifiée en elle-même. Savigny considère toute codification comme le pire des cas, qui, si elle ne pouvait être empêchée, devrait uniquement consister dans une source complémentaire et subsidiaire,

[89] Dufour renvoie ici directement à la formulation issue du décret de publication, cité ici par Savigny, §1.

aux sources existantes, non dans leur substitution. Cette conception est cohérente avec celle qu'il a théorisée, à la suite de Bartole, sur le « choix de la loi » ou *clause electio juris* en matière de droit international dans l'un des derniers tomes de son *Traité de droit romain*[90]. Cette conception témoigne d'une conception proche, sur bien des points, de l'Etat de droit. L'Etat, et avec lui le souverain (encore moins le souverain démocratique), n'a pas à intervenir dans les conflits privés, dont l'autonomie est gérée par le droit coutumier ou par l'arbitrage. Chez Savigny, l'Etat n'est pas source du droit : il n'existe pas de source du droit « consciente d'elle-même », en dehors de la science juridique et du droit positif, donc, en dernière analyse la jurisprudence (au sens français), la coutume ou le droit romain. Savigny ne transige jamais sur cette question.

2. La fin du hiatus entre public et privé : la société organique

Chez Humboldt, nous l'avons vu, les « *forces vives de la nation* » sont encore dirigées par des intérêts privés antagoniques, dont la confrontation avec l'Etat engendre un processus « positif » bien que contradictoire. Kant a théorisé la distinction public/privé. Hegel a approfondi cette question, et conceptualisé la séparation entre *société civile* (rassemblant les individus aux intérêts contradictoires) et l'*Etat* qui lui fait face en une entité supérieure qui transcende la société civile et la contient.

Chez Savigny, il n'y a plus de hiatus entre société et Etat. La société est l'Etat et l'Etat est le corps de la communauté nationale. Cette conception donne à la *subsidiarité* toute sa profondeur et en explique le programme de sens toujours conservé : celui d'une société

[90] Jusqu'au milieu du XIXème siècle, tout le monde (loi, juges, doctrine) considérait que le droit international privé était une question de conflit de souverainetés entre Etats. La soumission des personnes aux lois et aux tribunaux d'un Etat est la marque du pouvoir souverain de cet Etat. Chaque Etat exerce son pouvoir en imposant ses lois et ses juges ; dans les conflits internationaux, chaque Etat revendique son pouvoir, d'où un conflit entre plusieurs Etats. Cette conception est restée dominante pendant tout le XIXe siècle et une grande partie du XXe siècle. Les auteurs vont ensuite se séparer sur le reste. Tous sont d'accord sur ce point, sauf … Savigny. Dans l'un des tomes de son *Traité de droit romain*, rédigé en 1849, et consacré au domaine d'application de la loi dans l'espace et dans le temps, il inverse les présupposés en vigueur. Selon lui, le conflit de lois ne relève pas d'un conflit de souverainetés entre Etats parce que la non-application de sa loi à un rapport juridique pour lequel le législateur n'a en principe, la volonté ni un intérêt particulier. La plupart du temps, l'Etat n'est pas directement intéressé au litige. L'argument selon lequel l'application de la loi de l'Etat aux rapports internes entre les individus pour assurer la cohésion du droit sur son territoire ne vaut plus. Si ces impératifs jouent en matière internationale, il suffit de concevoir le droit en vigueur dans un Etat de manière décentralisée, comme c'est actuellement le cas en droit international.

organisée en regroupements pluriels mais téléologiquement orientés vers le Bien commun (ou par la suite, à un ordre socioéconomique) et que l'Etat doit harmoniser : « *Dans la richesse de la réalité vivante, tous les rapports de droit forment un seul corps organique* » (SAVIGNY, 1855 : XXXVI). Ce développement ne peut être pénétré que par la science juridique, dont la fonction est de :

> « […] reconnaître le mérite et l'indépendance de chaque siècle ; […] mettre en lumière le lien vivant qui rattache le présent au passé ; car si ce lien nous échappe, nous pouvons bien saisir les manifestations extérieures du droit, mais non en pénétrer l'esprit. » (SAVIGNY, 1855 : XVI)

Cet « esprit » juridique dont la doctrine n'a accès que de manière médiate par « *les manifestations extérieures du droit* » est le *Volksgeist* ou « l'esprit de la nation » (SAVIGNY, 1855 : XXX), « l'esprit général qui anime tous les membres d'une nation » (*op.cit.* : 14), « l'esprit national qui enfante les langues » (*op. cit.* : 15), « l'esprit général du peuple » (*op.cit.* : 16) conçu dans « son individualité » (*ibid.*).

2.1. Le peuple, la loi et l'Etat dans la doctrine de Savigny

Cette conception, Savigny la maintient et l'explicite dans le *Traité de droit romain* (publié en France en 1855), spécialement dans le livre premier, à l'endroit même où il préconise le rétablissement du droit romain comme « *droit commun de l'Allemagne* ». Dans son raisonnement, Savigny lie bien les questions de subsidiarité du droit « romain » et de la loi comme « complément » du maintien du droit coutumier conçu comme une sécrétion populaire naturelle et Etat organique. Pour justifier cette position, Savigny opère une digression méthodologique :

> « Pour déterminer les bases du droit romain actuel, il s'agit d'en reconnaître les sources mais cette étude appelle nécessairement une recherche préliminaire sur la nature des sources du droit en général. » (SAVIGNY, 1855 : 7)

Cette digression est très importante. Nous reproduisons ici l'essentiel de son raisonnement. Plus de vingt ans après la parution du *Vom Beruf*, Savigny plaide toujours pour la réhabilitation du droit romain :

> « Si l'usage du droit romain était réhabilité parmi nous, le plus grand mal qu'ait fait le nouveau Code se trouverait réparé, je veux dire la séparation absolue qui isole la pratique des théories scientifiques du droit commun, et lui retire une source féconde de progrès, le commerce de pensées avec les jurisconsultes des temps antérieurs et des nations

> étrangères. Je sais qu'à l'époque où fut rédigé le Code prussien, la science du droit en Allemagne était tombée bien bas, et ne pouvait plus guère avoir sur la pratique une influence heureuse. C'est cet état déplorable de la science qui détermina le législateur à rompre avec elle et à renouveler, par un code national, la base de la pratique. Aujourd'hui que l'état des choses est complètement changé, si nous parvenions à renouer nos communications avec la science du droit commun, la pratique ne pourrait qu'y gagner, et les inconvénients si vivement sentis autrefois ne se représenteraient plus. » (SAVIGNY, 1855 : XXIX)

Apprécions ici la condamnation nuancée des raisons qui ont conduit la Prusse à codifier son droit civil. Selon Beaud :

> « La défense du droit romain par Savigny puise à une raison, d'ordre non pas scientifique, mais « politique ». […] Le droit romain est perçu comme le contrepoison qu'il faudrait administrer à la nation allemande pour la protéger de l'expérience française du Code civil. […] La défense du droit romain chez Savigny correspond à une double nécessité. D'un côté, le droit romain permet la formation d'un « droit commun » allemand, et donc l'invoquer revient à plaider en faveur de l'unité allemande alors en danger. Mais d'un autre côté, cette unité allemande, perçue essentiellement comme unité juridique, ne doit pas être une uniformité juridique. Elle doit être conçue de manière souple, de façon à laisser exister la pluralité juridique. » (BEAUD, 1997 : 177)

C'est pourquoi Savigny précise dans le *Traité*, que ce bénéfice au profit du droit romain ne remet pas en cause la place du droit germanique qu'on ne saurait lui opposer :

> « On ne croira sans doute pas que je recommande le droit romain au préjudice du droit germanique, dont l'étude approfondie donne déjà des espérances si brillantes. » (SAVIGNY, 1855 : XXXI)

Ainsi, défendre le droit romain permet de maintenir « *le droit germanique des vieilles constitutions germaniques des Stämme* » (BEAUD, 1997 : 180). C'est pourquoi, chez Savigny, le droit romain joue le rôle d' « *ersatz d'un véritable droit national* » (*ibidem*) ou de complément subsidiaire :

> « En second lieu, on devra consulter le motif de la loi, et, si la chose est possible, le motif spécial ayant une affinité directe avec le contenu de la loi (§ 35); et, à son défaut seulement, le motif général comme moyen subsidiaire. » (SAVIGNY, 1855 : 220)

L'existence et la réhabilitation du *subsidiäres römisches Recht* a une fonction de maintien des différents régimes juridiques en vigueur en Allemagne. C'est à la faveur du droit féodal que le droit romain a pénétré en Allemagne : maintenir le droit romain commun revient à maintenir le droit féodal. Il n'est donc pas anodin que Savigny développe une conception « organique » du droit, tel que le droit féodal l'a conçu. Si dans la vie réelle, le droit :

> « […] nous apparaît comme un pouvoir de l'individu […]. Cette forme suppose une réalité plus profonde. […] Ce rapport a une nature organique qui se manifeste, soit par l'ensemble de ses parties constitutives qui se balancent et se limitent mutuellement, soit par ses développements successifs, son origine et ses décroissements. Cette reconstruction vivante de l'ensemble, un cas particulier donné, forme l'élément intellectuel de la pratique, et distingue sa noble vocation du simple mécanisme que l'ignorance lui attribue. » (*op. cit.:* 8)

Savigny partage le rejet de la métaphore mécanique déjà critiquée par Humboldt, avec lequel, plus bas dans le livre, il partage également l'assimilation entre langue et droit :

> « Ce n'est ni le hasard ni la volonté des individus, c'est l'esprit national qui enfante les langues ; mais leur nature sensible rend cette origine plus évidente et plus saisissable que pour le droit. Ces diverses manifestations de l'esprit général d'un peuple sont autant de traits caractéristiques de son individualité, parmi lesquels la langue tient la première place comme le plus apparent. Mais le droit qui vit dans la conscience du peuple n'est pas un composé de règles abstraites. Il est perçu dans la réalité de son ensemble. » (*op. cit.* : 16)

Un même organicisme comme présupposé méthodologique, fondé derrière une méthode inductive ou phénoménologique ainsi que sur une rhétorique de l'évidence au service du nationalisme :

> « Partout, au contraire, où nous voyons des hommes rassemblés, et d'après les témoignages de l'histoire la plus reculée, partout nous trouvons une communauté de rapports intellectuels attestée par l'usage d'une langue commune, qui sert à fixer et à développer ces rapports. C'est de cet ensemble réel que sort la création du droit, c'est l'esprit national circulant dans tous les membres de la nation, qui a la force de satisfaire ce besoin dont nous avons reconnu l'existence. » (*op. cit.* 18)

Ce nationalisme, qui n'a rien d'une revendication nationale démocratique, prend des traits caractéristiques. Par exemple, il explique notamment que les mélanges de traditions juridiques sont bien souvent la cause et l'origine de la décadence des nations. Le droit doit avoir une base territoriale et ethnique :

> « On a essayé quelquefois dans les États à esclaves de l'Amérique, par exemple, de réunir de grandes masses d'hommes, sans égard à leur origine. Mais ces essais ont eu des conséquences funestes, et l'organisation de l'État a rencontré des obstacles insurmontables. » (*op. cit. :* 28)

Certes nous dit-il encore :

> « Le hasard et la volonté arbitraire de l'homme exercent leur influence sur la formation des Etats : souvent la conquête a déplacé les frontières naturelles, démembré les peuples et rompu leur unité. Souvent aussi l'Etat s'assimile un élément étranger. » (*op. cit.* 30)

Mais ces événements n'en constituent pas moins « *des anomalies* » (op. cit. : 30) car il existe une « *unité naturelle des peuples* » (*ibid*.) et avec eux, leur droit, conçu comme manifestation de l'esprit du peuple :

> « Ces développements continuels suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariables, dont chacune tient par un lien spécial aux diverses manifestations de l'esprit du peuple, au sein duquel le droit prend naissance. » (*op. cit*. 17)

Nous touchons ici à la contradiction fondamentale des thèses de l'Ecole historique : celle-ci recherche dans l'histoire, dans le détail des faits juridiques, non la manifestation « concrète » du commerce des hommes, mais celle d'un esprit dont la matérialité du droit n'est qu'une expression médiate. D'une prétention à l'empirisme, qui va revêtir par la suite chez les représentants de l'Ecole historique d'économie une apparence « scientifique » à l'appui de statistiques et d'enquêtes de terrain, les résultats sont en fait déterminés et analysés en relation avec une conception idéaliste de l'histoire. Néanmoins, cette position est importante ; car, pour Savigny, si le peuple est la réelle source du droit, il n'est pas en mesure d'objectiver cette création et encore moins de parvenir à une construction rationnelle de ses rapports :

> « Quelle est maintenant la base du droit général, ou en quoi consistent les sources du droit ? Si maintenant on cherche quel est le sujet au sein duquel le droit positif a sa réalité, on trouve que ce sujet est le peuple. C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif ; aussi peut-on l'appeler le droit du peuple. » (*op. cit.*: 34)

Toutefois, il faut prendre garde ici à ne pas assimiler « conscience du peuple » et conscience d'un peuple qui se donne rationnellement les institutions propices à la production du droit positif. Il ne s'agit ici que du droit « coutumier ». Par ailleurs, si le peuple produit le droit positif, sa complexification enfante une division du travail légitime :

> « La marche naturelle de la civilisation amenant la division du travail et des connaissances, la société se partage en différentes classes où chacune tourne son activité vers un but spécial. Ainsi le droit, qui d'abord vivait dans la conscience du peuple, par suite des nouveaux rapports que crée la vie réelle, prend un tel développement, que sa connaissance cesse d'être accessible à tous les membres de la nation. Alors se forme à titre de classe spéciale, celle des jurisconsultes, qui, dans le domaine du droit, représentent le peuple dont ils font partie. » (*op. cit.* : 43)

Les linéaments des « standards » sont déjà en germe. Les travaux de Savigny en droit romain n'ont pas qu'une prétention savante, mais politique. Edouard Laboulaye, le premier commentateur français de Savigny, expliquait, en 1842 que ce dernier est, avec von Hugo, héritier de la romanistique cujassienne :

> « Hugo, en effet, non plus que Savigny, ne pensaient alors fonder une école nouvelle ; ils croyaient se rattacher à l'école de Cujas, qui leur semblait le plus parfait modèle du jurisconsulte […]. » (LABOULAYE, 1842 : 24)

Savigny aurait pratiqué son art, au point de départ, « *en se souciant que médiocrement de l'importance politique de ses travaux* » (LABOULAYE 1842 : 25). Pourtant, dit-il plus haut, von Hugo lui-même avait pour principal souci de :

> « […] lever l'étendard de la réforme ; il avait attaqué, avec une critique mordante, les idoles du siècle dernier ; il avait battu en brèche ce prétendu droit naturel, masque commode derrière lequel chacun cachait ses rêveries. » (*op. cit.:* 29)

C'est ce qui permet à Beaud d'expliquer « *qu'il existe un constitutionnalisme de l'Ecole historique du droit.* » Car, s'il n'existe pas de « science du droit public » chez Savigny (*Staatsrechtlehre*), c'est bien parce que :

> « L'école historique du droit est née en réaction contre la Reichspublizistik, […] contre la tendance centralisatrice et uniformisatrice de ces « légistes » allemands soucieux de renforcer le pouvoir des princes et de l'Empereur. » (BEAUD, 1997 : 178)

Par conséquent, il existe bien, chez Savigny, un droit public et une théorie de l'Etat et de ses limites. Et par voie de conséquence :

> « La philosophie du droit « savignicienne » n'interdit pas ceux qui s'y réfèrent, de penser l'Etat et le droit public, comme le prouve le fait que des juristes comme Bluntschli et Schmitt – disciples à leur manière de Savigny – ont pu écrire des traités de théorie générale de l'Etat ou de droit constitutionnel. En outre, on a pu montrer que, dans le *System*, il élabore une théorie du droit qui ouvre la voie à une « théorie juridique de l'Etat », et plus exactement à la théorie de l'Etat du positivisme juridique de Gerber et de Laband. » (*op. cit.*: 172)

Or, étant donné la place de la notion de « subsidiarité » dans la théorie de l'Etat de Savigny, il n'est pas surprenant que ce soit justement chez Gerber et Laband que nous ayons décelé le plus d'occurrences de *Subsidiarität*, *subsidiarisch*, *subsidiäres Recht, Subsidiäres Staat/Pflicht.* Dans *Le Droit public de l'Empire allemand* traduit en français en 1900, Paul Laband discute de la théorie de la personnalité juridique de l'Etat de Jellinek, et des thèses de Gierke, de Gerber et de Jhering. Il explique notamment :

> « Brie aussi déclare que le but est le critérium décisif de l'idée d'Etat ; il explique que « l'universalité du but » est l'élément principal du but de l'Etat, la « subsidiarité », la qualité rationnellement correspondante et la limite indispensable de cette universalité. […] Mais, but signifie un point déterminé à atteindre ; l'universalité du but est donc une *contradictio in adjecto* ; elle indique qu'on renonce à préciser le but. Sans doute on peut dire

> que l'Etat a le libre choix des buts qu'il veut poursuivre, qu'il n'est lié à aucun but exclusivement ; mais on n'a fait ainsi que produire une nouvelle expression de la souveraineté de l'Etat, la souveraineté impliquant le pouvoir de l'Etat de choisir ses buts et par suite, sa compétence. » (LABAND, 1900 : 118)

Laband est en opposition avec la conception de la subsidiarité développée par Siegfried Brie (1838-1931). Ceci dit, il n'en rejette pas le concept, qu'il maintient comme opératoire dans sa doctrine constitutionnaliste, qui ressemble à la théorie du « choix de la loi » de Savigny :

> « Dans tous les cas où le conflit constitutionnel ne touche pas aux rapports de l'Etat particulier de l'Empire et demeure une affaire intérieure de cet Etat, l'Empire n'est compétent que s'il est appelé. Tant que le droit public de l'état en question offre les moyens de résoudre juridiquement le différent, l'intervention de l'Empire est exclue. Il en est de même lorsque les parties adverses s'entendent sur le choix d'un arbitre. L'empire n'intervient que subsidiairement (l'occurrence est soulignée par l'auteur) pour la solution du conflit. » (*Op. cit.* : 410)

On remarque également la proximité de cette formulation avec l'article 3B du Traité de Maastricht :

> « Dans les domaines qui ne relève pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. » (Art. 3B TUE)

Nous ne pouvons pas, dans le cadre de ce travail, procéder à l'exposé du raisonnement complet de Laband, et nous devons nous contenter de montrer la proximité des contextes d'emploi de l'occurrence qui nous intéresse. De la même manière, nous ne traiterons pas de l'emploi de l'occurrence chez Gerber, Jellinek ou Jhering, bien que nous soyons convaincus de la nécessité de procéder ultérieurement à cette analyse[91]. Nous devons donc nous contenter d'exposer les linéaments de ces théories de l'Etat, tels que Savigny les a posés.

Qu'en est-il donc de la loi et de l'Etat ? Qu'en est-il de la forme des institutions ? L'Etat chez Savigny existe de toute éternité, car il est la conscience du peuple, dont l'unité, sans lui est invisible :

> « Le besoin de traduire en caractères visibles et organiques leur unité invisible existe constamment chez tous les peuples. L'État donne un corps à l'unité nationale, dont les bornes sont dès lors rigoureusement posées. » (SAVIGNY, 1855 : 21)

[91] La cause principale de cette impossibilité étant surtout que les principales occurrences chez ces auteurs sont repérables dans des ouvrages qui, pour une grande partie n'ont pas donné lieu à des traductions françaises, ce qui limite par conséquent notre travail aux principales sources disponibles en français.

Pourtant, il subsiste une contradiction à laquelle Savigny ne répond pas réellement. En effet, si toutes les composantes d'un même peuple forment une unité organique, d'où naît ce besoin d'un Etat, qui, comme le droit, forme « *une nécessité supérieure, une force interne qui veut s'épancher au dehors, et imprime à l'État un caractère individuel* » (*ibid.*)? D'où naît ce besoin, par le peuple, d'extérioriser son unité ? La seule réponse fournie par Savigny consiste à avancer que les buts de l'Etat, matérialisation du corps national, consistent dans un rapport d'imitation avec la loi « d'expiation morale » (*op. cit.* : 25), à réprimer l'individu qui agirait « *contre l'idée et la volonté manifestées par lui comme membre de la nation* » (*op. cit.* : 23), c'est-à-dire à punir le criminel agissant contre sa propre conscience « sociale ». Pour nous, cette théorie de l'Etat est conceptuellement assez pauvre. La première fonction de l'Etat est judiciaire, pouvoir sans lequel le droit privé ne saurait avoir de « *réalité et de vie* » (*op. cit. :* 10). L'Etat est donc l'âme du peuple, le corps de l'unité nationale, mais aussi et surtout, le garant du droit privé :

> « L'État a encore une influence décisive sur la formation du droit privé, non-seulement sur son contenu, j'en parlerai plus bas, mais sur les limites dans lesquelles cette formation s'opère. » (*op. cit.* : 24)

Sa principale fonction est celle de protéger « *l'individu attaqué dans son droit, et l'on appelle procédure civile les règles qu'enfante cet ordre d'action* » (*op. cit* : 25). Force de coercition au service du droit de propriété, complément d'âme, puis « *personnification* » du peuple conçu comme une unité transcendant les antagonismes qu'il a contradictoirement en charge de maintenir, l'Etat doit cependant être limité dans ses prétentions à dire le droit. Savigny, qui se voulait le « *Kant de la théorie juridique* », revient ici, mais d'une manière très traditionnelle, à la théorie de l'Etat de droit développée par Kant, la liberté en moins. Le rôle de l'Etat, en matière législative, doit se borner à compléter le droit populaire lorsque celui-ci est défaillant ou incomplet :

> « Le droit populaire a besoin d'un complément ; et quoique ce complément puisse venir de la coutume, la législation l'offre d'une manière plus prompte et plus sûre. » (*op. cit.* : 39)

Savigny théorise de nouveau l'idée d'une loi réduite à un rôle *subsidiaire.* Lorsque le droit privé, que seul il aborde dans son *Traité* puisque seul le droit privé romain a fait l'objet d'une réception en Allemagne, dans ses manifestations coutumières, locales, particularistes, territoriales, féodales, fait défaut, et quand :

> « La loi se borne à aider le développement du droit et à en combler les lacunes, ce défaut de proportion et la nécessité d'y suppléer par un procédé artificiel deviennent moindres,

car ces lacunes ont un caractère de particularité et d'abstraction qui se prête à la forme abstraite de la loi. » (*op. cit.* : 42)

Puisque la loi n'a qu'une fonction supplétive, la question de la souveraineté et de la forme de l'Etat peut aisément être écartée :

> « Le législateur […], placé au centre de la nation, en réfléchit l'esprit, les opinions, les besoins, et doit être regardé comme le véritable représentant de l'esprit national. Et qu'on ne croie pas que cette position dépende de la forme donnée au pouvoir législatif par la constitution politique de l'État. Que la loi soit faite par le prince, par un sénat, par une assemblée élective, ou par le concours de ces divers pouvoirs, il n'y à rien là qui change essentiellement les rapports du législateur et du peuple ; et c'est une erreur, déjà signalée plus haut, de croire que, pour représenter l'esprit de la nation, la loi doive nécessairement émaner d'une assemblée élective. » (*op. cit* : 38)

Ce que nous trouvons particulièrement confondant dans cet argumentaire, c'est bien sa proximité rhétorique, presque terme pour terme, avec celle des promoteurs de la *subsidiarité* contemporaine : réduction du législateur à un rôle de garant et de complément d'âme de la société civile, théorie selon laquelle tout regroupement est « source de droit » (qui conduira par exemple Gierke à défendre la notion de « personnalité juridique » des corporations médiévales), rejet de la question de la forme institutionnelle et politique de l'Etat, en particulier dans sa forme démocratique, rejet du rationalisme juridique, conception d'un rôle de l'individu réduit à ses sphères d'action mais sans rôle politique qui pratique la *subsidiarité* et produit du droit « *à son insu, comme M. Jourdain fait de la prose* » (MILLON-DELSOL, 1993 : 4) , théorie de la limitation de l'Etat et réduction de son rôle et de ses missions à être « Etat garant du droit » privé et du maintien de la multiplicité des lieux de pouvoirs. Par contre, l'Etat n'en est pas moins le corps de la nation dont il est vil de s'émanciper, comme il l'est de refuser *l'Etat subsidiaire* :

> « Le principe de subsidiarité n'est pas un principe juridique au sens classique du terme. C'est un concept politique de régulation des pouvoirs […] qui légitime les droits des individus dès lors que ceux-ci participent au bien commun. » (DU GRANRUT, 1997 : 13)

C'est la raison pour laquelle nous partageons l'essentiel de l'analyse d'Olivier Beaud, lorsqu'il explique qu':

> « On ne doit pas traiter différemment le droit public du droit privé dans l'œuvre de Savigny, car la défense du droit romain relevait très largement d'une politique juridique, et plus exactement, reflétait une sorte de « pluralisme juridique ». L'utilisation de ce terme volontairement anachronique, qui laisse deviner une parenté de pensée entre Savigny et Santi Romani ou Maurice Hauriou, vise à désigner une théorie du droit capable de concilier l'unité du droit étatique avec une grande diversité des droits internes à l'Etat. Le

> pluralisme juridique reconnait donc l'existence de plusieurs ordres juridiques et nie par là même le monisme juridico-étatique fondé sur la souveraineté de l'Etat. » (BEAUD, 1997 : 176)

C'est aussi pourquoi on ne peut pas non plus séparer les notions de *subsidiarité fonctionnelle* et de *subsidiarité territoriale*, dans la mesure où, dans la théorie politique de Savigny, les personnes privées, telles que les conçoit le droit féodal, assument des fonctions publiques. La théorie organiciste du droit pose les jalons des thèses de Gierke, mais également ceux d'une conception économique (l'ordolibéralisme) prônant au 20e siècle la « responsabilité sociale des entreprises » et déjà au 19e, chez les socialistes de la Chaire, la participation des ouvriers à la « gestion de l'entreprise ». A ce titre, il nous faut donc insister sur le fait qu'en la matière, *Quadagesimo Anno* n'a absolument rien inventé, ni linguistiquement, ni conceptuellement. Toutefois, il faut exposer, pour finir notre exposé de la philosophie juridique de Savigny, ses conceptions en matière de droit ecclésiastique. Elles sont particulièrement importantes pour comprendre comment le mot d'ordre subsidiariste est devenu une formule œcuménique.

2.2. Droit et religion chez Savigny

Chaque regroupement social produisant du droit, chaque droit participe de l'organisme national. C'est pourquoi, concernant le droit ecclésiastique, Savigny écrit :

> « Le droit public est encore en contact avec le droit ecclésiastique. Humainement parlant, l'Église considérée comme communauté, comme corporation, pourrait appartenir à la fois au droit public et au droit privé, et être comprise dans leur domaine […]. Nous devons considérer les diverses Eglises chrétiennes comme existant à côté de l'État, mais ayant avec lui une foule de points de contact et de rapports intimes. » (SAVIGNY, 1855 : 26)

Par là, et bien que Savigny ne soit pas catholique mais protestant, il pose la légitimité des revendications religieuses, dont son élève W. E. Ketteler ne manque pas de se saisir quelques années plus tard, en réclamant le respect de la *subsidiarité* de l'Etat face aux missions temporelles de l'Eglise catholique. L'œcuménisme de Savigny rappelle également celui développé quelques années plus tôt en France, et sur un plan essentiellement catholique, par Joseph de Maistre, dont l'un des plus fervents disciples de Savigny, Julius Friedrich von Stahl explique :

> « La doctrine de l'Eglise est par cela même la partie capitale du système de M. de Maistre à laquelle se subordonnent toutes les autres. Dans la série des développements graduels de cette doctrine il marque une phase importante : tandis que jusqu'à la Révolution française le système papal (l'ultramontanisme) et le système épiscopal (le gallicanisme) étaient en

état d'antagonisme absolu l'un avec l'autre, de Maistre est, aussi loin que mes recherches ont pu s'étendre, le premier qui ait su trouver ici une conciliation supérieure, laquelle a rencontré chez tous les fidèles catholiques le plus complet assentiment. Il enseigne en effet avec le système ultramontain que la suprématie la plus haute appartient vraiment à la papauté, rejette l'opinion de ceux qui admettent que le concile œcuménique a une autorité supérieure à celle du pape pour la doctrine, refuse même à ce concile tout pouvoir quand il n'est point complété par son chef institué de Dieu, par le pape ; mais il n'en reconnaît pas moins, avec le système gallican, l'indépendance de l'épiscopat. » (STAHL, 1880 : 503)

Alfred Dufour consacre un article entier aux rapports qu'entretiennent catholicisme et protestantisme dans la pensée savignienne. Il observe que cet aspect de la conception savignienne est relativement délaissé par la doctrine :

> « La plupart des commentateurs de son œuvre se bornent à ce propos à relever en général les deux seules références explicites du Fondateur de l'Ecole du Droit historique au christianisme que représentent dans le *System des heutigen römischen Rechts* le renvoi à la "christliche Lebensansicht" comme norme ultime du droit et la mention de la "christlich-europäische Staaten-Gemeinschaft" comme fondement du Droit des gens occidental4. Et pourtant, la religion est un élément fondamental de la personnalité comme de la pensée de Savigny, qui nous paraît non seulement conditionner sa vie intérieure, mais encore commander toute sa "Weltanschauung". » (DUFOUR, 1991 : 50)

Nous ne pourrons pas ici nous priver de souligner la proximité du motif oeucuménique chez Savigny, sa conception d'une « Communauté européenne chrétienne » et celui de l'Union européenne, en particulier le discours développé par la Commission Européenne et sa cellule prospective « Une âme pour l'Europe », créée en 1992 par Jacques Delors[92].

---

[92]Nous reproduisons partiellement ci-dessous la fiche disponible depuis le site de la Commission Européenne http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/archives/activities/dialogue_religions_humanisms/sfe_fr.htm :
Dialogue avec les Religions - Une Âme pour l'Europe -Éthique et spiritualité : "*Si, au cours des dix prochaines années, nous ne parvenons pas à donner une âme à l'Europe, à lui donner une spiritualité et un sens, c'en sera fait de l'unification européenne.*" Président Delors, Discours aux églises, Bruxelles, 14 avril 1992. Une âme pour l'Europe est une initiative tendant à donner une dimension spirituelle et éthique à l'Union européenne. C'est l'ancien président de la Commission européenne, Jacques Delors, qui en a été l'instigateur en 1992. Il était en effet convaincu de l'impossibilité de bâtir une union européenne avec pour seuls matériaux des connaissances juridiques et un savoir-faire économique. Sa volonté était donc que l'Europe offre à ses citoyens un projet transcendant l'économie et les systèmes juridiques. C'est ainsi qu' « Une âme pour l'Europe» est née en 1994, dans l'intention d'instaurer un dialogue entre les communautés religieuses et les institutions européennes. Dans cette optique, la Commission a encouragé les communautés religieuses à présenter des projets (rencontres, séminaires, activités sociales, etc.) devant favoriser la reconnaissance et la compréhension de la dimension éthique et spirituelle de l'unification européenne et de ses politiques. Les projets sélectionnés peuvent bénéficier de subventions de la Commission européenne. Grâce à ces subventions, une collaboration entre les communautés religieuses et humanistes a démarré en 1994. Cette coopération a été le fondement de ce qui est aujourd'hui l'association "Une âme pour l'Europe". L'objectif "Une âme pour l'Europe" est une association à but non lucratif dont l'objectif est de contribuer à la construction d'une Europe pour les citoyens. L'association offre un forum de discussion interconfessionnelle à différents niveaux, en liaison avec les institutions européennes, et il encourage ses membres, représentant des communautés de foi ou de conviction, à se rencontrer dans un esprit de tolérance, d'ouverture et de respect. L'association ne tend vers aucun syncrétisme et ses membres renoncent à toute évangélisation au sein du groupe. Les membres "Une âme pour l'Europe" comprend six membres, qui tous sont

Pour Savigny, catholicisme et protestantisme sont décrits comme deux composantes spirituelles essentielles de la communauté nationale allemande. Dans une lettre adressée à son ami médecin Johann Nepomuk von Ringseis (1785-1880), il écrit :

> « Besonders die Ansichten Ihrer und meiner bayerischen Freunde, die auch Ihnen so viel Freude gemacht haben, und worin die eigentliche Scheidewand zwischen Katholiken und Protestanten niedergerissen ist, sind ungemein tröstlich. Es gibt also wirklich und schon jetzt eine Kirche, die nicht protestantisch und nicht römisch-katholisch ist, sondern in einfältigem Sinn sich an der Wahrheit nährt, die über diesem Gegensatz schwebt : diese Kirche ist also nicht bloss Wunsch und Ziel, sondern historisches Faktum, obwohl als Ganzes unsichtbar. » (SAVIGNY, 1904 : 38).
> [En particulier, les propos de nos amis bavarois communs, qui vous ont empli de joie et selon lesquels la barrière entre les catholiques et les protestants est enfin tombée sont extrêmement réconfortants. Une Eglise qui n'est ni protestante ni catholique-romaine existe bien désormais, elle ne se nourrit pas seulement du sens simple de la vérité qui flotte au dessus de ces contraires : cette église est non seulement le désir et le but, mais un fait historique, bien que comme Tout invisible.]

Savigny est un professeur prussien, proche de Humboldt. Il est assez intéressant d'observer cette position chez un des membres les plus déterminants de l'université de Berlin. Agissant :

> « […] en véritable pionnier de l'œcuménisme […], Savigny s'interrogera surtout sur la question fondamentale de l'unité des chrétiens avec la conviction de leur commune appartenance à une seule et même Eglise invisible. » (DUFOUR, 1991 : 52)

Il n'adopte toutefois pas les mêmes positions à l'égard des communautés et professeurs de confession juive. Chez Savigny, le christianisme seul fournit les principes juridiques du droit international, entendu comme un « droit subsidiaire » à caractère purement « moral » et non positif qui, assure le « lien » spirituel entre les nations chrétiennes :

> « Des États indépendants peuvent aussi, dans leurs relations mutuelles, appliquer leurs droits particuliers dans la mesure des convenances et de leur intérêt, sans que, cela constitue un droit. Mais il peut exister entre plusieurs nations une communauté d'idées semblable à celle qui crée le droit positif de chaque, peuple. Cette communauté d'idées,

---

des communautés de foi ou de conviction de dimension européenne. Ces membres sont: la commission des Conférences épiscopales de la Communauté européenne, la commission Église et société de la Conférence des églises européennes, le Bureau de l'église orthodoxe, la Conférence des rabbins européens, la Fédération humaniste européenne, le Conseil musulman de coopération en Europe. Comme ces communautés représentent un nombre considérable de personnes en Europe, le nombre réel des membres de l'association dépasse largement six. **En réalité, chaque citoyen européen appartenant à l'une de ces communautés** est, en quelque sorte, membre de l'association. Les critères d'adhésion Chaque organisation représentant officiellement une tradition religieuse ou philosophique dotée d'une structure européenne peut devenir membre de l'association. Les organisations doivent en outre recevoir l'appui de l'ensemble de l'institution de la communauté religieuse ou philosophique à laquelle elles appartiennent et être mandatées par elle. À l'avenir, il y aura probablement deux catégories de membres : les membres titulaires et les membres associés. Adresse : Une âme pour l'Europe-Éthique et spiritualité ; SecrétariatMme Win Burton, Centre œcuménique 174, rue Joseph II 1000 Bruxelles Tel: +32-2-2346837, Fax: +32-2-2311413, E-mail: soul@cec-kek.be .

> fondée sur des rapports d'origine ou de croyances religieuses, constitue le droit international, tel que nous le voyons chez les peuples chrétiens de l'Europe., droit qui n'était pas inconnu aux peuples de l'antiquité et que nous retrouvons chez les Romains sous le nom de *jus feciale.* On peut donc considérer le droit international comme un droit positif, mais comme un droit positif imparfait, d'abord à cause de l'indétermination de son contenu, et parce qu'ensuite il lui manque cette base réelle sur laquelle repose le droit positif de chaque peuple, la puissance de l'État et surtout l'autorité judiciaire (§ 9). Les progrès de la civilisation fondée par le christianisme nous ont conduit à observer un droit analogue dans nos relations avec tous les peuples du monde, quelle que soit leur croyance et sans réciprocité de leur part. Mais l'application de ces principes a un caractère purement moral et rien qui ressemble à un droit positif. » (SAVIGNY, 1855 : 32)

La théorie des standards internationaux, développée par Stammler, s'inscrit dans cette continuité de vue. La fonction moralo-juridique attribuée au christianisme anticipe les premières conférences pour la paix de la Haye à l'initiative du Vatican et du tsar de Russie, Nicolas II, (1899, 1907). Plus près de nous, avec les standards de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU (1947), dont l'inspiration, plus catholique que libérale, est rédigée par l'un des diffuseurs de la formule « totalitarisme »[93] (MOUGEL, 2012), à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Cette conception est également partagée par un éminent juriste thomiste (DEROUSSIN, 2013), Louis-Erasme Le Fur, chez qui la *subsidiarité* en droit international est une occurrence régulière (dans un raisonnement proche de celui de Savigny en matière de choix de la loi) et pour lequel le progrès d'une « juridicisation de la guerre » est redevable à la Doctrine de l'Eglise :

> « Le droit de guerre a été longtemps le grand mode et, pratiquement, à peu près le seul mode de solution auquel recouraient les Etats en cas de conflit. A l'inverse de ce qui se fait habituellement dans les cours de droit international public où l'on termine par la guerre, considérée comme le dernier recours, *l'ultimum subsidium*, je commencerai par là, parce que c'est sur ce point que nos conceptions actuelles diffèrent le plus nettement des conceptions anciennes et que les plus grands progrès ont donc été réalisés.[…] Il fallût le christianisme, ou même plus exactement encore le triomphe du christianisme, pour que pût se poser la question de la légitimité de la guerre. […] La guerre doit avoir une cause juste […]. Il y avait là un essai remarquable pour « juridiciser » la guerre, pour la soumettre au droit […]. C'est là, pour l'Eglise catholique, une tradition bien établie que, tout récemment, en novembre 1931, vient encore de rappeler Mgr Schreiber, évêque de Berlin. […] Récemment, un groupe de théologiens allemands, français et suisses a donné sur cette question de la guerre juste une consultation collective à laquelle on n'a pas attaché toute l'importance qu'elle mérite. […] Très justement, il rattache la condamnation de la guerre à une critique de la notion de souveraineté. Partant de ce point de vue que

[93] Mougel R., Jacques Maritain et la déclaration universelle des droits, 1948, in : Coutel C., Rota, O., *Deux personnalistes en prise avec la modernité, Jacques Maritain et Emmanuel Mounier*, Artois presses Université, Arras, 2012, p. 19-29 : « il soutient le principe de la dignité de la personne humaine. La nouvelle cité à construire est humaniste et personnaliste […] contre l'individualisme bourgeois et capitaliste soucieux. »

> c'est une fausse conception de la souveraineté qui a fait tout le mal, les théologiens signataires de cette consultation posent en principe que la souveraineté n'est que la liberté de choisir les moyens les meilleurs pour réaliser le bien commun. » (LE FUR, 1925 : 511-52)

Nous remarquons ici l'ambition des théologiens catholiques, du Vatican et de Louis-Erasme Le Fur, de s'attacher à « juridiciser » la guerre juste et d'imposer le pape comme principale source et arbitre du droit international de la guerre, la veille de la prise du pouvoir d'Adolf Hitler. Le Fur, préfacier de Georges Gurvitch, « *nommé en 1940 par Philippe Pétain, membre du conseil d'administration de l'École des hautes études corporatives qui dépend de l'Institut d'études corporatives et sociales fondé par Bouvier-Ajam en 1934* », (DEROUSSIN, 2013 : 150) réfère dans ce passage, à un « *groupe de théologiens* ». Il désigne en effet le *Königswinterer Kreis*, composé de Gundlach, Nell-Breuning et Briefs, c'est-à-dire les rédacteurs de l'encyclique pontificale de 1931. Ils posent ici leur contribution au prochain concept de *droit/devoir d'ingérence humanitaire*.

Si nous devions résumer ce que nous venons d'exposer, la *subsidiarité* s'inscrit dans une conception de l'Etat de droit, caractéristique de l'organicisme allemand développé par le romantisme juridique, dont Savigny est le principal représentant. Dès lors, nous pensons que la permanence du motif subsidiariste chez les auteurs « libéraux » comme chez les « conservateurs », doit permettre de nuancer la thèse distinguant deux critiques différentes de l'Etat. L'adhésion progressive des libéraux, libéraux-conservateurs aux thèses savigniennes, qui, tout au long de son *Traité de droit romain* s'appuie essentiellement sur la philosophie du droit de F. J. von Stahl, et la reprise du motif subsidiariste, en particulier lorsqu'il s'agit d'aborder la responsabilité de l'Etat en matière de droit social, témoigne que les positions sont très perméables. Ainsi, personne n'est surpris de constater une « *féodalisation de la bourgeoisie et un embourgeoisement de la noblesse* » (STOLLEIS, 2014 : 2). Les survivances du droit romain dans le BGB et la somme de dispositions fondées sur la règle de la *subsidiarité* et de la dérogation, est le signe du maintien, encore actuellement du *statu quo* juridique, qui, malgré la révolution « par le haut » opérée par Bismarck, n'a été remis en cause en Allemagne qu'à la faveur de la Révolution de 1918.

3. La généralisation du motif subsidiaire

Les données définitoires du principe de subsidiarité transmises par les lexiques juridiques

allemands disponibles en ligne sont généralement les suivantes (ici *Lexexact-Rechtslexikon*) :

(207) « Von Subsidiarität oder Subsidiaritätsprinzip spricht man, wenn zur Lösung von bestimmten Problemen zunächst immer die kleinere, sachnähere gesellschaftliche Einheit zuständig ist, und die größere nur bei deren Versagen einspringt. » (Lexexact-Rechtslexikon, http://www.gesamthand.de/)
[On parle de subsidiarité ou de principe de subsidiarité lorsque la solution de problèmes déterminés relève de la compétence de la plus petite unité sociale et d'une plus grande qu'en cas de défaut de la première.]

En vertu de ce principe, le thesaurus explique :

(208) « Die staatliche Sozialhilfe greift bei Bedürftigkeit nur ein, wenn die Familie des Bedürftigen dazu nicht in der Lage ist. »
[L'assistance publique n'intervient qu'en cas de besoin seulement si la famille du déshérité/nécessiteux n'est pas en capacité de le faire.]

Nous avons longuement discuté le fait que ces formulations de « *Selbsthilfe* » étaient attribuées généralement à une reformulation de l'énoncé pontifical de 1931. Le discours prononcé par Otto von Gierke, en 1919, succédant aux événements de la révolution de novembre 1918, nous conduit à la conclusion que le discours pontifical lui était directement emprunté. Nous reproduisons ci-dessous la partie consacrée à l'Etat subsidiaire :

(209) « Notre État doit être et demeurer un *État civilisateur*. Mais, si nouvelles que soient les tâches qu'il s'assigne, il doit constamment faire honneur à cette idée germanique : **sa vocation civilisatrice n'a qu'un caractère subsidiaire**. Il ne doit engager ses instruments de puissance, que ce soit pour appuyer ou éventuellement pour contrecarrer une entreprise, que si le besoin se fait sentir de l'intervention d'un pouvoir supérieur de contrainte, lorsque l'auto-administration des communautés plus restreintes ne leur permet plus de réaliser leurs buts culturels particuliers. La famille allemande doit lui être sacrée, elle qui est l'instrument le plus propre de l'œuvre éducative : elle est pour l'essentiel en bonne santé. Il doit laisser agir à leur guise les Églises nées de l'histoire, car elles sont les gardiennes de la vie religieuse et de la moralité intérieure ; et il ne doit jamais oublier que germanité et christianisme ont scellé une alliance mutuelle et indéfectible. Il doit assurer le déploiement autonome de cette richesse incalculable que sont les libres associations, pour autant du moins qu'il

reconnaît dans leur vie séparée un bien précieux pour tous ; il doit les élever, au titre de corporations de droit public, au-dessus des associations relevant du droit privé et instituer un lien plus ou moins proche entre elles et sa vie propre. » (GIERKE, trad. ARGYRIADIS-KERVEGAN, 2006 : 189)

Nous avons également, dans notre partie II, indiqué l'extrait du chapitre 8 d'un essai du publiciste Paul Rosin, *Esquisse d'une théorie de l'Etat d'après les discours politiques et les écrits du Prince Bismarck*, 1898, consacré à la « *Subsidiarität des Staatszwecke* ». Nous avons traduit ainsi les premières lignes de cet extrait :

(210) « **Subsidiarität des Staatszwecke**. Ein anderes für die Wohlfahrtsfördernde Thätigkeit des Staats massgebendes Moment, ist die Allseitigkeit des Staatszweckes gegenüberstehende Subsidiarität desselben. Keine Ausgabe ist dem Staat fremd, aber er soll als höchster und äusserster der menschlichen Verbände nur diejenigen, so zu sagen, in eigene engeren, im Staat bestehenden (existant) oder von ihm selbst in's Leben zu rufenden Vereinigungen erfüllt werden können. "diejenigen Zwecke" so formuliert Bismarck diesesGedanken in einer berühmen zur Unfallversicherung gehatenen Reichstagrede von 15 März 1884, "die der Einzelne erfüllen kann, wäre es Thorheit für eine Korporation oder gemeinsam in die hand zu nehmen". » (ROSIN, 1898 : 9-10)

[La subsidiarité des fins de l'Etat. Un autre facteur-clé favorisant l'activité de l'Etat en matière de prospérité, est l'universalité des buts de l'Etat opposée à sa subsidiarité elle-même. Aucun but n'est étranger à l'Etat, mais il n'est en lui-même que la plus haute et la plus grande des communautés humaines, ou pour ainsi dire, existent dans l'Etat, dans leur étroitesse, des associations qui doivent pouvoir satisfaire elles-mêmes à leur propre existence. « Les buts propres », formulait ainsi sa pensée, Bismarck dans un célèbre discours au Reichstag du 15 mars 1884 sur l'assurrance-accident : « Ce serait une pure folie pour une société (Korporation) de prendre la main d'un individu qui peut se satisfaire. »]

A la lecture de ce cours extrait, qui n'est autre qu'une troisième formulation explicite de la subsidiarité des buts de l'Etat en matière sociale, nous constatons une nouvelle fois que ni Otto von Gierke, en 1919, et encore moins Pie XI (ou Nell Breuning), en 1931 ne l'ont inventée.

La question à laquelle le chapitre suivant entend apporter des éléments de réponse est la suivante : à partir de quel moment s'opère le « passage » d'une subsidiarité territoriale et juridique (conflit territorial et choix de la loi) à une subsidiarité sociale ? Nous avons étudié Savigny. S'il nous semble que « l'organicisme » savignien est maintenu dans cette formulation, qui ressemble par ailleurs de très près à celle d'Hugo Preuss (et dans laquelle Rosin est explicitement mentionné), Savigny ne discute pas les questions sociales. Faut-il attendre Bismarck et Rosin pour que la notion apparaisse ?

Chapitre 12

Le passage de la subsidiarité « légale » à la subsidiarité « sociale »

1. Le retour de l'Etat de Police dans la théorie de l'Etat de droit chez Robert Mohl

Si la *subsidiarité* est, avec le *Staatsrecht*, un mot d'ordre permettant de regrouper plusieurs tendances politiques, il faut constater que le passage d'une subsidiarité juridique à une subsidiarité sociale, est en fait presque immédiat. Nous avons identifié les premières occurrences d'un Etat qui, en matière sociale, n'intervient qu'à titre subsidiaire, chez Robert Mohl, et sans doute même avant, chez l'économiste contre-révolutionnaire Adam Müller. Nous reviendrons toutefois en premier lieu sur les écrits de Robert von Mohl.

Robert von Mohl, est considéré par la doctrine (SENELLART, 2007 : Cours n° 10) comme le premier promoteur de l'Etat de droits social. Senellart réfère en particulier à son ouvrage le plus connu, la *Science de la police* (MOHL, 1866). Mohl est un publiciste et un constitutionaliste de tendance libérale, qui ne partage pas l'ensemble des thèses de Savigny. Ceci dit, défenseur du « principe monarchique » il est tout aussi fermement opposé au représentativisme démocratique que les membres de l'Ecole historique. Mohl réinterroge les thèses kantiennes et humboldtiennes à l'égard du *Wohlfahrtstaat*. A partir des années 1830, il révise quelque peu les conclusions auxquelles étaient parvenus les premiers théoriciens de l'Etat de droit. Michel Senellart explique que pour Mohl :

> « Le concept libéral d'Etat de droit n'exclut nullement certain type d'interventions étatiques en faveur du bien-être du peuple […]. Il est l'un des premiers représentants de la doctrine libérale de l'Etat de droit, d'Allemagne du sud (après le Congrès de Vienne) et auteur d'un monumental traité, *La science de la police selon les principes de l'état de droit* (1832-1833), qui a connu une diffusion importante en Allemagne. L'objectif de Von Mohl est de combiner l'Etat de droit et les objectifs sociaux de l'Etat de Police, due à l'émergence de la « question sociale », dont Von Mohl perçoit les dangers. L'Etat d'après Mohl, n'a pas simplement pour rôle de garantir la liberté individuelle, il doit également soutenir les individus, lorsque leurs propres forces s'avèrent insuffisantes, pour jouir de leur liberté. L'intervention de l'état ne vise pas à substituer sa propre force à celle des individus, mais à accroitre les forces de ces derniers […] : « *L'Etat de droit a à organiser la vie en commun du peuple de telle façon que chaque membre de celui-ci soit soutenu et encouragé dans l'exercice le plus libre et le plus complet possible de l'ensemble de ses faculté* » dit-il. Mohl partage l'idéal de Humboldt, mais en tire des conséquences différentes car il en déduit la nécessité pour l'Etat de prendre en charge la défense du bien-être. Sans doute cette tâche est négative : il s'agit écarter les obstacles. [….] Qui voudrait et pourrait vivre dans un état qui « *ne fournit aucun secours par le moyen de son administration ?* » dit-il en effet, visant directement Kant et Humboldt. Il reconnait ainsi des devoirs sociaux à l'Etat et prend ses distances par rapport à l'Etat minimal, en ouvrant à la problématique de l'Etat de droit social et du concept de « droits sociaux » développé par son contemporain, Lorenz von Stein. » (SENELLART, Cours n°10, 2007)

Ce portrait idyllique ne correspond toutefois pas à celui qu'en fait Michael Stolleis. Mohl est l'un des premiers penseurs libéraux à poser le problème de la « question sociale » ou de la « question ouvrière » parce qu'il est l'un des premiers à percevoir le danger que représentent les conséquences d'un Etat de droit poussé jusqu'à ses ultimes conséquences : poser la non-intervention de l'Etat dans l'économie et fonder en droit « *l'indépendance des individus* » ouvre nécessairement la problématique d'un mouvement ouvrier indépendant qui use librement de ses moyens de pression (collectifs) dans le jeu économique. Mohl n'appartient pas au courant libéral classique. S'il fallait tenter de classer Mohl dans le spectre des forces politiques en présence en Allemagne à la fin de la première moitié du 19e siècle, nous dirions, avec Stolleis, qu'il appartient à la tendance du libéralisme « historico-organique » (STOLLEIS, 2014 : 220). A la différence de l'*Aufklärung*, l'organicisme n'exclut pas l'intervention étatique, en tant qu'elle représente « *le corps de la nation* » et qu'elle peut compléter les défaillances des regroupements intermédiaires. Si Mohl théorise le problème social avant W. E. Ketteler (et quoique les premières positions de Ludwig Windtshorst sur cette questions le précède aussi), c'est qu'il perçoit assez tôt « *le spectre du communisme* ». Robert Mohl, explique Stolleis, est un « vieux libéral » et :

> « Comme la plupart, [il] refusait strictement le suffrage universel et en voulu beaucoup à Bismarck de l'avoir introduit, la seule solution possible restait un suffrage censitaire

généralisé ou, comme il l'expliqua en 1852, une combinaison entre des représentations spécifiques liées aux ordres professionnels, des parlements partiels et un parlement général compétent pour les affaires centrales et devant être élu selon un cens favorable aux classes moyennes et la bourgeoisie cultivée. Sur toutes ces questions, Mohl a visiblement atteint ses limites. L'incompréhension qu'il exprime dans ses *Mémoires* par rapport au fait que l'expression du mouvement ouvrier se structurait selon une politique de parti prouve que son engagement précoce en matière de politique sociale se nourrissait davantage de sa peur de vieux libéral bourgeois que de sa compréhension d'une nécessité historique. » (STOLLEIS, 2014 : 218)

A ce titre, il reste intéressant d'observer la terminologie employée par Mohl dès 1832. Dans sa *Science de la Police*, il explique notamment :

(211)

378

§. 61.

) Verwaiste und verlassene arme Kinder.

Zu den hülfsbedürftigsten Armen, deren subsidiäre Verpflegung auf öffentliche Kosten keinen Augenblick zweifelhaft seyn kann, gehören arme verlassene oder älternlose Kinder. Es muß für sie so lange gesorgt werden, bis sie selbst ihren Unterhalt erwerben können, also bis mindestens in das 14 Jahr. In den meisten Fällen wird noch eine Unterstützung zu ihrer Unterkunft in einer Lehre bei einem Handwerker oder in einem Dienste auf dem Lande oder in der Stadt die Erziehung beschließen müssen [1]). — Den

stand der Spitäler u. s. w., I, S. 124 fg., und in Caspar's Charakteristik der franz. Medizin, S. 58 fg. Die Preise sind in der Regel zwischen 2 und 6 Franken täglich, je nachdem der Kranke allein seyn, ein schöner ausgestattetes Zimmer haben will, u. s. f.

« Zu den hülfsbedurftigsten Armen[94], deren subsidiäre Verpflegung auf öffentlich Kosten keinen Augenblick zweifelhaft sein kann, gehören arme verlassene oder älternlose Kinder. Es muß für sie so lange gesorgt werden, bis sie selbst ihren Unterhalt erwerden konnen, also bis mindestens in das 14. Jahr. »
[Le coût de l'entretien subsidiaire des pauvres/êtres nécessiteux, peut être assuré par l'Etat, incluant les pauvres abandonnés et les orphelins. Il faut prendre soin d'eux jusqu'à ce qu'ils puissent par eux-mêmes se prendre en charge, et ce, au moins jusqu'à leur 14e année.]

A ce niveau, les propositions de Mohl peuvent apparaître comme relativement progressistes.

[94] Dans l'édition de 1866, le terme *Armen* a été remplacé par *Wesen*, les êtres nécessiteux.

Concernant la question du chômage toutefois, le jugement est un peu moins conciliant :

320

II. Beschäftigung der Arbeitslosen.

In den meisten Fällen ist also eine Vorbeugung der Arbeitslosigkeit nicht in der Macht des Staates. Deßhalb tritt denn nun die oben erwähnte subsidiäre Verbindlichkeit desselben ein, nämlich die Sorge daß die in ihren eigentlichen Gewerben nicht zu Beschäftigenden auf eine andere Weise eine zu ihrer Ernährung hinreichende Arbeit erhalten, so daß sie im Stande bleiben, sich und ihre Familien vor Dürftigkeit zu schützen. Zu bedauern ist nur, daß auch hier die Mittel nicht immer den Forderungen entsprechen werden. Es kann nämlich die Regirung hier nur nachstehende Mittel, und zwar unter den anzugebenden Voraussetzungen und Bedingungen, ergreifen:

> « In den meisten Fällen ist also eine Vorbeugung der Arbeitslosigkeit nicht in der Macht des Staates. Deshalb tritt den nun die oben erwähnte subsidiäre Verbindlichkeit desselben ein, nämlich die Sorge dass die in ihren eigentlichen Gewerben nicht zu Beschäftigenden auf eine andere Weise eine zu ihrer Ernährung hinreichende Arbeit erhalten, so dass sie im Stande bleiben, sich und ihre Familien vor Dürftigkeit zu schützen. »
> [Dans la plupart des cas, la prévention du chômage n'appartient pas non plus au pouvoir de l'État. C'est pourquoi, la responsabilité subsidiaire, mentionnée ci-dessus, intervient, lorsque le problème se pose, où dans les professions actuelles, certains n'obtiennent pas des actifs/employés un travail suffisant à leur entretien/conditions de vie, et restent dans l'impossibilité de se protéger ainsi que leur famille de la pauvreté.

Nous illustrons le propos de Mohl à l'aide de ces deux seuls exemples, mais la *Science de la police* en contient une vingtaine d'autres. L'emploi de l'adjectif montre bien que la notion est rapidement sortie du seul domaine juridique pour interroger la responsabilité de la collectivité à l'égard des classes populaires. Si Mohl réhabilite l'Etat de police, c'est-à-dire la principale caractéristique de l'absolutisme monarchique, il exprime l'impasse politique dans laquelle se trouve, dès les années 1830 une bourgeoisie allemande qui n'arrive même pas à imposer les réformes constitutionnelles. Confrontée, avant même que la première Union douanière soit instaurée, aux premières manifestations d'un mouvement ouvrier en cours de structuration, elle se tourne essentiellement vers les motifs conservateurs. Bien sûr, à l'époque de Mohl, il n'en va pas de même pour tous les libéraux. La revendication première reste celle d'un Etat réduit au strict minimum. Les propositions de Mohl sont même perçues comme socialistes.

Pour autant, elles ne sont rien de moins que restauratrices. La question, qu'il soulève, prend, dès les années 1830, une grande place dans les débats politiques. A cette période, les premières politiques d'assistance publique commencent à être mises en place par les communes et les Etats allemands. Mais le fond du problème est bien plus embarrassant : l'Etat doit-il voter des lois contraignantes qui l'obligent à mettre en place des institutions publiques de secours ? Doit-il voter des lois sur la « répartition des revenus » (Schmoller) ? Doit-il s'ingérer dans le domaine économique ? Ces questions deviennent obsessionnelles, en particulier car dès les années 1830-1840 le prolétariat allemand commence à se faire menaçant, alors qu'économiquement, règne partout le plus grand désordre. La libéralisation économique nécessite en 1830-1840 la mise en œuvre des politiques menées en France en 1791 : liberté contractuelle, suppression des corporations, abolition des systèmes corporatifs de régulation des salaires. Mais, 1830 n'est pas 1791 : en Allemagne, le prolétariat n'est pas embryonnaire, il est massif dans de nombreuses régions, en particulier en Prusse. La libéralisation de l'économie, à partir de la mise en place du *Zollverein* (Union douanière) confronte immédiatement la bourgeoisie et les Etats à la question sociale. Dissoudre les corporations n'est pas si simple. Au point de départ, les premières mesures sociales sont prises par les communes, ensuite par les Etats allemands. Les premières occurrences de *subsidiär* sont à ce titre, très éclairantes :

(212) außerordentlichen Unglückes zu disponiren hat. Was die Disposition über den Reserve-Fond betrifft, so ist es Obliegenheit des Armen-Pflegschafts-Raths, über jedes im Laufe des Jahres zugehende Individuum einen Beschriebsbogen nach Formular II. aufzunehmen. 8.) In Beaufsichtigung der Armen und in Ausübung der sittlichen und polizeilichen Vormundschaft über selbe werden die Armen-Pflegschafts-Räthe insbesondere den großen und schönen Wirkungs-Kreis ganz aufgreifen, welchen ihnen die Artikel 46 bis 70 der vorerwähnten k. Verordnung zuweisen und für Handhabung des großen Grundsatzes besorgt seyn: „daß der Arme arbeiten muß, so lange und so viel er „zu arbeiten vermag, daß die Hilfe nur subsidiär ist, und daß „der seinen Pflichten nicht genügende Arme doppelt strafbar er„scheint, weil er dann nicht nur seinen allgemeinen Verbindlich„keiten gegen die Gesellschaft überhaupt, sondern auch noch ins„besondere den speziellen Obliegenheiten zuwiderhandelt, welche „ihm die Mildthätigkeit seiner Mitbürger auflegt.“ Bei allen

L'article 46 bis 70 de la Constitution et de l'administration des communes rurales du Royaume de Bavière, (1832) indique, en matière d'aide aux pauvres : « Dass der Arme arbeiten muss, so lange und so viel er zu arbeiten vermag, dass die Hilfe nur subsidiär ist »

[que le pauvre doit travailler, aussi longtemps et autant qu'il est capable de travailler, que l'aide n'est que subsidiaire].

Il est évident, au regard de l'histoire, que le palliatif de la subsidiarité sociale n'a pas enrayé le processus de développement du mouvement ouvrier. Il s'est par ailleurs développé en relative indépendance de l'Etat. Du moins, l'histoire du mouvement ouvrier allemand est-elle traversée de toute part par cette question du rôle de l'Etat et de l'opportunité d'une mise en œuvre de politiques sociales par l'Etat impérial et les Etats territoriaux. Les premiers théoriciens socialistes (Rodbertus, Lassalle, Marx) s'opposent sur ces questions dès la fin des années 1840. Par ailleurs, avec la subsidiarité de l'aide publique, les mesures prises par les pouvoirs publics consistent surtout à maintenir essentiellement les congrégations religieuses comme autant de corporations de droit public. Lorsque Mohl aborde la nécessité d'un rétablissement relatif du *Wohlfahrtsstaat* et d'une subsidiarité de l'aide publique, il n'y a là rien de très original.

Ceci dit, la référence par Mohl à la fonction politique des ordres professionnels est plus importante. Elle anticipe les futures thèses d'Otto von Gierke sur la personnalité juridique des coopératives et des corporations. Mais Mohl n'a pas non plus le monopole de cette position. Au 19e siècle, les principaux théoriciens légitimistes français (La Tour du Pin et Albert de Mun en particulier), fondent leur double critique vis-à-vis du libéralisme bourgeois et des premiers syndicats ouvriers indépendants. Toutefois, ce discours en Allemagne est relativement plus précoce à la faveur de l'idéologie nationaliste et organiciste qui règne chez les élites politiques et chez les « professeurs-politiques ». Elle est également très prégnante dans le secteur ouvrier lui-même, développée notamment par Karl Rodbertus (1805-1875), inventeur du concept de *socialisme d'Etat* (1839). Dans ce cadre, l'assertion de Karl Marx et Friedrich Engels selon laquelle « *les ouvriers n'ont pas de patrie* » (2004 [1846]) prend tout son sens.

En vertu de la mise en place de la politique d'assistance aux pauvres, le motif subsidiariste est donc déjà décelable, à la même période dans les revues catholiques et protestantes, les Eglises étant étroitement associées aux mesures mises en place par les municipalités. L'adjectif est régulier, par exemple, dans l'édition du *Kirche-Lexikon* de 1846, ou dans la presse confessionnelle dès lors qu'il s'agit de discuter des différentes compétences et de degrés d'intervention entre pouvoir publique et corporations religieuses.

2. Lorenz von Stein et l'hégélianisme *subsidiariste*

La réflexion est plus approfondie chez Lorenz von Stein, héritier de la philosophie du droit de Hegel, reconnu comme grand rénovateur social. Toutefois, l'emploi de *subsidiär* est, chez Stein, suffisamment régulier pour que, malgré ses nettes distances avec Savigny et l'Ecole historique[95], l'on puisse en conclure que la locution en elle-même est une formule en vigueur chez les penseurs de l'Etat et qu'elle devient progressivement un mot d'ordre permettant de résoudre conceptuellement, les contradictions soulevées par la « question sociale ». Stein développe ses idées d'un Etat subsidiaire en particulier dans son *Traité sur la science de l'administration* de 1868, et pose la question de l'intervention *subsidiaire* de l'Etat dans le domaine scolaire, auquel il consacre un chapitre entier :

(213) « Pflicht der Schulgemeinden zur Tragung der Schullast ;
Staatshülfe nur subsidiär ; wenn das Fehlende nicht durch Umlagen aufgebracht werden kann. » (STEIN, 1868 : 127)

[Devoir des communes scolaires dans le paiement de la charge scolaire ;
L'aide de l'Etat *seulement subsidiairement* ; si les sommes manquantes ne peuvent être réunies par allocations.]

Dans l'écrit où nous pensions déceler le plus d'occurrences, son œuvre majeure, et dont seul le premier tome a été traduit récemment en français, l'*Histoire du mouvement social en France de 1789 à nos jours*, elle en est toutefois absente. Pour autant, il ne faut pas en conclure que l'œuvre de Stein n'y participe pas. Walter Mertineit note que Stein est le premier à introduire l'idée d'une « *subsidiarité de la société civile face à la subsidiarité de l'Etat* » dans le domaine de l'instruction :

> « Lorenz von Stein selbst später seine Auffassung von einer „Subsidiarität der Gesellschaft zur Subsidiarität des Staates" in öffentlichen Bildungsangelegenheiten wandelte, ist hier nicht mehr weiter wichtig. » (MERTINEIT, 2000 : 92)

[95] Waszek, 2011 : « Stein garda ses distances envers l'Ecole historique et ses représentants locaux et, en octobre 1841, il publia même un compte rendu détaillé et assez critique du « système » de von Savigny. » « Stein alla plus loin encore : il se rapprocha même de ceux qui constituaient alors l'une des cibles de prédilection de l'École historique : les hégéliens. » « En ressort d'abord, sur le plan théorique, le rejet de von Savigny et de Stahl, les deux personnalités qui dominaient alors le droit et la philosophie du droit à l'Université de Berlin. » « Mais, d'un autre côté, son rapport à Hegel n'était pas non plus sans nuances : la même lettre à Ruge montre qu'il aurait bien voulu se servir de la philosophie de cet auteur comme d'une alternative à Savigny et à Stahl. »

Cette question des missions de l'Etat en matière d'instruction et le mot d'ordre *subsidiariste* qui s'invite dans les débats à partir de la fin des années 1860, montrent encore que l'intervention de l'évêque de Mayence en 1873, correspond bien à la terminologie de son temps. Stein, héritier de la philosophie du droit et de l'Etat de Hegel, a participé dans les premières années de sa vie universitaire, non sans un certain courage, aux différents mouvements hégéliens, alors que régnaient en maîtres les héritiers de Savigny et a contribué par un écrit à la critique de cette école. Proche du courant des *Jeunes hégéliens* ou *hégéliens de gauche*, et pendant quelques temps contributeur de leur revue (la *Gazette Rhénane*, dont Marx a été le rédacteur en chef), il s'en est cependant rapidement détaché.

Stein développe, comme Marx, les thèses hégéliennes sur l'antagonisme entre société civile et Etat. En cela, il est très éloigné de l'Ecole historique. Néanmoins, ses conclusions s'en rapprochent toutefois, et s'éloignent très fortement de celles des jeunes hégéliens.

L'hégélianisme marxiste conduit à un dépassement de l'antinomie Etat/société civile, à travers l'idée de « dépassement de l'Etat » (ou plus tard de dépérissement). La thèse est développée en particulier dans un opuscule de 1843, la *Question Juive*, dans lequel Marx fait une analyse de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, puis dans *L'Idéologie allemande* de 1846. En 1843, Marx conclut sur l'idée que l'Etat démocratique moderne entérine la contradiction fondamentale entre « libertés formelles » politiques, sanctification d'une « inégalité » réelle : « *Dans l'État où l'homme vaut comme être générique, il est le membre imaginaire d'une souveraineté imaginaire, dépouillé de sa vie réelle et individuelle et rempli d'une généralité irréelle* » (MARX, 1968 : 15). Sa conclusion, annonçant le *Manifeste* de 1846, est que l'émancipation ne pouvait consister qu'en une émancipation de l'Etat, ou dans ses thèses ultérieures, à une « critique des armes » remplaçant les « armes de la critique » philosophique.

Dans le *Concept de Société* (2002), Stein part des mêmes postulats. Norbert Waszek explique, dans la préface de l'ouvrage :

> « Stein comprit très clairement ce point, et son importance – sa grandeur, même – réside précisément dans sa lucidité : la réalisation authentique de l'idée de liberté n'est pas simplement fonction de la liberté politique ou étatique *(staatliche Freiheit)* qui procure, de façon purement formelle, les mêmes droits à tout le monde. Elle dépend en fin de compte des conditions sociales : la transformation de la classe inférieure et dépendante en individus libres et indépendants ne peut être obtenue que si on leur procure un accès aux

> « biens matériels et spirituels » *(die materiellen und geistigen Güter ; GsB,* III, p. 104) — accès qui est lui-même indispensable à leur élévation. » (WASZECK, 2002 : 17)

Marx et Stein divergent cependant sur un point important : la nature de l'Etat. Les thèses marxistes s'inscrivent dans la continuité « pratique » de la Révolution française puisque « *la bourgeoisie a joué un rôle éminemment révolutionnaire, elle a conquis le pouvoir, elle a foulé aux pieds les relations féodales, patriarcales et idylliques* » (MARX, 2004), et dans le rejet du romantisme de l'Ecole historique (« *Paix aux forêts vierges teutoniques !* » écrit Marx contre von Hugo et Savigny (MARX, 1998 : 12)). La continuité des Lumières, puis de Hegel, est une continuité critique. L'Etat n'est pas, pour Engels :

> « […] un pouvoir imposé du dehors à la société; il n'est pas davantage « la réalité de l'idée morale » […] « l'image et la réalité de la raison », comme le prétend Hegel. Il est bien plutôt un produit de la société à un stade déterminé de son développement ; il est l'aveu que cette société s'empêtre dans une insoluble contradiction avec elle-même, s'étant scindée en oppositions inconciliables qu'elle est impuissante à conjurer. Mais pour que les antagonistes, les classes aux intérêts économiques opposés, ne se consument pas, elles et la société, en une lutte stérile, le besoin s'impose d'un pouvoir qui, placé en apparence au-dessus de la société, doit estomper le conflit, le maintenir dans les limites de l'« ordre »; et ce pouvoir, né de la société, mais qui se place au-dessus d'elle et lui devient de plus en plus étranger, c'est l'État. » (ENGELS, 1975 : 75)

Si l'Etat donne l'illusion d'être « *la mesure des contradictions sociales* », les raisons en sont explicables :

> « Exceptionnellement, il se présente pourtant des périodes où les classes en lutte sont si près de s'équilibrer que le pouvoir de l'État, comme pseudo-médiateur, garde pour un temps une certaine indépendance vis-à-vis de l'une et de l'autre. Ainsi, la monarchie absolue du XVIIe et du XVIIIe siècle maintint la balance égale entre la noblesse et la bourgeoisie ; ainsi, le bonapartisme du Premier, et notamment celui du Second Empire français, faisant jouer le prolétariat contre la bourgeoisie, et la bourgeoisie contre le prolétariat. La nouvelle performance en la matière, où dominateurs et dominés font une figure également comique, c'est le nouvel Empire allemand de nation bismarckienne: ici, capitalistes et travailleurs sont mis en balance les uns contre les autres, et sont également grugés pour le plus grand bien des hobereaux prussiens dépravés. » (*Op. cit.* : 76)

La critique de l'Etat est, chez les marxistes, « radicale » ; elle s'attache à prendre la question « à la racine ». C'est ainsi que dans la *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel*, Marx écrit encore :

> « Guerre à l'état social allemand ! Évidemment ! Cet état est au-dessous du niveau de l'histoire, il est au-dessous de toute critique, mais il n'en reste pas moins un objet de la

> critique, tout comme le criminel, qui est au-dessous du niveau de l'humanité, reste un objet du bourreau. » (MARX, 1998 : 12)

L'opposition vis-à-vis du pouvoir impérial allemand est totale. A l'inverse, l'hégélianisme de Stein le conduit à soutenir la politique bismarckienne. Chez Stein, l'Etat reste une « personnalité » de la communauté humaine. D'après Olivier Jouanjan, la sociologie de Stein reste idéaliste (c'est précisément la critique que lui fera Gustav Schmoller, représentant de l'Ecole historique d'économie) :

> « Le rapprochement avec les analyses contemporaines du jeune Marx s'impose sans doute et une querelle existe sur la question de l'antériorité des théories et notamment de la dépendance de la conception marxienne à l'égard des analyses de Stein (44). La controverse est assez oiseuse car elle masque les différences tout à fait essentielles entre les deux positions. Stein n'est pas matérialiste, l'idée d'égale liberté est au principe de l'État et s'oppose nécessairement à l'inégalité matérielle des conditions dans la société. » (JOUANJAN, 2002 : 178)

Peu d'œuvres de Stein ont fait l'objet de traduction française. Cependant l'une des plus importantes, le tome I de *L'Histoire du mouvement social en France, de 1789 à nos jours*, intitulé « Le concept de société et les lois de son mouvement » (qualifié par Herbert Marcuse de « premier ouvrage de la sociologique allemande ») montre en quel sens la conception politique de Stein est parfaitement *subsidiariste* : « *disciple de Hegel en même temps qu'un penseur original, puisque l'un des pères de la sociologie allemande* » il a poussé « *très avant la théorisation de la distinction Etat-société»* (STEIN,WASZEK, 2002 : 5). Dès lors, il fonde la sociologie comme une discipline « distincte des sciences de l'administration » (les sciences camérales, *die Verwaltungslehre*) et définit « *le concept de société comme un concept à part entière* » (STEIN, WASZEK, 2002 : 10), fait « *naitre l'Etat social à partir de l'esprit de l'idéalisme allemand* » (STEIN, WASZEK, 2002 : 11). Il est en effet la première des sources intellectuelles de « l'Etat de droit social » (*Sozialerrechtstaat*) :

> « L'Etat doit agir contre l'inégalité sociale qui, eu égard à la dialectique de la liberté et de l'égalité, se reproduit constamment sur le terrain de la société ; il doit la relativiser par des mesures correctives et des prestations sociales afin de maintenir réellement la liberté individuelle et sociale et l'égalité juridique […]. La liberté n'est une liberté effective que chez celui qui possède les conditions de celles-ci, qui possèdent les biens matériels et spirituels qui sont les présupposés de l'autonomie. » (BÖCKENFÖRDE, 2000 : 195)

Cette pensée de l'Etat ne conduit pas Stein à accorder la primauté aux systèmes collectifs d'assistance sociale ou à « collectivisation » des ressources, mais au contraire à défendre « *l'identité intime de la possession libre et de la liberté de la propriété privé* » (STEIN,

WASZEK, 2002 : 78). Pour Waszeck :

> « C'est dans l'argumentation de Stein en faveur de la propriété privée que sa proximité avec Hegel est la plus grande. Mais c'est aussi ici que se trouve l'une des lignes de partage les plus importantes entre sa pensée et celle de Karl Marx. » (STEIN, WASZEK, 2002 : 54)

Dès lors, si Stein perçoit l'antagonisme entre Etat et société civile mais accorde à la dernière la primauté, il est contraint, sur le plan social, de développer le même organicisme que l'école historique :

> « Nulle contradiction n'est absolue […]. Si l'on veut que la multitude rapproche l'individu de sa destination, il faut le concours d'un autre élément. Cette solution, l'existence l'un pour l'autre des individus dans la multitude, est la communauté des hommes. […] La vie individuelle, sans cette communauté, est une contradiction irréductible. […] Elle est donc constituée indépendamment de son arbitraire, par l'essence de la destination personnelle comme quelque chose d'absolument nécessaire. Elle est une forme autonome de la vie en général. » (STEIN, 2002 : 78)

Sur le terrain pratique, il théorise donc le droit corporatif allemand, qui a influencé très profondément Bismarck. Stein n'est pas un contre-révolutionnaire stahlien ; il ne professe pas le maintien des fonctions religieuses. Toutefois, sur le terrain corporatiste, il apporte une contribution non négligeable :

> « Théorisées par Robert von Mohl et Lorenz von Stein comme des lieux d'entraide et d'auto-organisation des personnes, elles s'inscrivent dans une relation de complémentarité et non d'opposition à l'Etat (Pankoke 1972 : 199 ; Koselleck 1990 : 81-95 ; Böckendorfe 1963). Dans la conception libérale allemande, elles sont des interméddiaires nécessaires entre l'individu et l'Etat et relèvent ainsi de la théorisation de l'Etat et de sa subsidiarité. Espace d'équilibration de la pluralité constitutive de la société, elles se prêtent aux dialogues et à la concertation et sont appelées à désamorcer les tensions qui menacent la cohésion sociale. » (ZIMMERMAN, 1996 :139)

Inévitablement, dans la continuité de Mohl, Lorenz von Stein plaide pour une « monarchie sociale ».

3. Naissance de la doctrine de l'économie nationale : Friedrich List

L'Allemagne n'a pas attendu la *Märzrevolution* (1848) pour se voir saisie de la question sociale. A la suite du Congrès de Vienne, le mouvement ouvrier allemand est encore lié aux

différentes insurrections qui, à partir de 1814-1815, ont pour objet des revendications constitutionnelles. Cependant, dès 1820, les plus grandes villes sont frappées de grèves ouvrières massives dans les principales régions manufacturières, sidérurgiques, et minières de Poméranie et de Silésie. La Prusse quant à elle, avec les réformes Stein-Hardenberg a supprimé sur le plan économique, nombreuses des entraves qui empêchaient la libre circulation des personnes, des capitaux et des marchandises. En 1806, le territoire de l'ancien Saint-Empire compte 1800 frontières douanières. Au début du 19e siècle, le seul Royaume de Prusse applique encore 67 tarifs douaniers. A partir des années 1820, la Prusse, une région industrielle particulièrement importante, commence à discuter de l'unification douanière à l'échelle des Etats allemands. En 1834, sous l'influence de Friedrich List, est fondée l'Union douanière allemande (*deutscher Zollverein*), dont est exclue l'Autriche. L'objectif est de créer les conditions d'un développement de l'industrie allemande, confrontée à la concurrence des produits anglais qui inondent son marché, depuis la fin du blocus continental napoléonien. Le *Zollverein* rassemble au point de départ sept Etats, en 1851 il regroupera l'essentiel des Etats qui, à partir de 1871, deviendront l'Etat allemand. Le programme de List n'est pas inspiré des principes manchesteriens ou physiocrates, qu'il réfute en grande partie, appuyé de l'argument « historique » :

> « Adam Smith, marchant dans la voie où les physiocrates l'avaient devancé, a commis la faute capitale de considérer la liberté absolue du commerce comme une exigence de la raison, et de ne pas étudier à fond le développement historique de cette idée. » (LIST, 1857 : 468)

Il préconise à l'inverse un protectionnisme allemand nationaliste nécessaire au développement rapide de l'industrie. Au point de départ, les principes de l'*Economie Nationale* n'ont pas rencontré un accueil favorable, List fut contraint de fuir aux Etats-Unis pendant une longue période. La conception économique qu'il développe est intéressante pour nous, non parce qu'elle est une référence centrale sur la subsidiarité économique (et quoiqu'on retrouve dans ses écrits, quelques occurrences de la subsidiarité de l'Etat), mais parce qu'il conçoit l'économie, non comme une « mathématique », mais comme une « science historique et morale ». Il s'appuie en fait essentiellement sur la méthode de l'Ecole historique du droit et fonde les principes de la *Nationalökonomie*, conçue comme l'expression de la vie « spirituelle » et « morale » de la nation. Il combat donc, comme Mohl, le « cosmopolitisme » des écoles libérales (Jean-Baptiste Say, Adam Smith), et en particulier l'école « écossaise » (Ricardo) :

> « L'école a négligé de tenir compte des nationalités, de leurs intérêts et de leur état particulier, et de les concilier avec l'idée de l'union universelle et de la paix perpétuelle. L'Ecole a admis comme réalisé un état de chose à venir. » (*op. cit.* : 254)

En réalité, List explique que le cosmopolitisme de l'Ecole des Physiocrates, puis l'Ecole de Manchester (Ricardo), répond, sous des mots d'ordre d'universalisme, à l'hégémonie du capitalisme anglais et à la nécessaire liberté de concurrence qui lui permet de vendre ses marchandises dans un marché européen sans entrave :

> « Dans l'Etat actuel du monde, la liberté du commerce enfanterait, au lieu de la république universelle, l'assujettissement universel des peuples à la suprématie de la puissance prépondérante dans les manufactures, dans le commerce, et dans la navigation. » (*op. cit.* : 232)

La suppression du blocus continental (Congrès de Vienne, 1814), qui avait contribué, pendant la période d'annexion napoléonienne, à un relatif développement industriel des Etats de la Confédération du Rhin, a rouvert le marché allemand à l'Angleterre. Le développement du capitalisme allemand nécessite donc une organisation industrielle qui reprenne dans l'essentiel, les vertus du droit administratif caméraliste :

> « Le système protecteur, en tant qu'il est l'unique moyen d'élever les Etats moins avancés en civilisation au niveau de la nation prépondérante, laquelle n'a point reçu de la nature, à tout jamais, le monopole de l'industrie manufacturière, mais a seulement pris les devants sur les autres ; le système protecteur apparait, envisagé de ce point de vue, comme le plus puissant promoteur de l'association finale des peuples, par conséquent de la vraie liberté du commerce . » (*op. cit.* : 256)

List ne s'oppose donc pas en soi à la « *liberté du commerce* », mais exige que, temporairement, la liberté du commerce ne soit qu'intérieure. A ce sujet, Marx fait une critique mordante des principes du *Système National d'Economie Politique* développé par F. List :

> « Cette proposition n'a d'autre sens que celui-ci : nous autres, bourgeois allemands, nous ne voulons pas être exploités par le bourgeois anglais comme vous autres, prolétaires allemands, êtes exploités par nous, et comme nous nous exploitons à notre tour mutuellement. Nous ne voulons pas nous mettre à la merci de ces mêmes lois des valeurs d'échange auxquelles nous vous livrons. Nous ne voulons plus reconnaître à l'extérieur les lois économiques que nous reconnaissons à l'intérieur. Que veut donc le philistin allemand ? À l'intérieur, il veut être un bourgeois, un exploiteur, mais il refuse d'être exploité par rapport à l'extérieur. Par rapport à l'extérieur, il se pose orgueilleusement en « nation » et affirme : je ne me soumets pas aux lois de la concurrence, cela est contraire à

> ma dignité nationale ; comme nation, je suis un être au-dessus du trafic sordide.[96]» (MARX, 1845)

Chez List la notion de « *forces productives* » correspond, non à une notion économique mais à une notion morale :

> « Une nation doit s'efforcer de former un tout complet qui entretienne des relations avec d'autres unités de même espèce, dans la limite que comportent ses intérêts particuliers comme société ; or, on reconnait que ses intérêts sociaux diffèrent immensément des intérêts privés de tous les individus de la nation, si l'on envisage chaque individu isolément et non comme un membre de l'association nationale, si à l'exemple de Smith et de Say on ne voit dans les individus que comme des producteurs et des consommateurs, et non des citoyens et des nationaux. » (LIST, 1857 : 284)

Or, cette qualité poursuit-il « *les individus n'ont nul souci de la prospérité des générations futures* ». Ce « souci » des générations futures, qui engagent les nationaux à des « sacrifices », provient de ce que la nation se place « *entre l'individu et le genre humain* » :

> « […] avec son langage particulier et sa littérature, avec son origine et son histoire propres, avec ses mœurs et ses habitudes, ses lois et ses institutions, avec ses prétentions à l'existence ; association devenue, par la solidarité des intelligences et des intérêts, un tout existant par lui-même. » (*op. cit.* : 285)

Son traducteur et préfacier, Henri Richelot explique bien :

> « En utilisant avec éclat une méthode historique […] List a fait justice des systèmes ambitieux qui prétendent à régir, par une formule, tous les lieux et tous les temps, en enseignant que la plupart des vérités économiques sont relatives et non absolues. » (*op. cit.* : XVI)

List est effectivement influencé par l'Ecole historique du droit et considéré comme membre du courant du romantisme politique. Bien entendu, il ne rédige pas une défense du morcellement juridique des différents Etats allemands : à la diversité juridique correspond une diversité douanière et fiscale, qu'il ne peut que récuser. Il accorde toutefois aux thèses historicistes et organicistes une valeur de vérité générale, en ce que les nations, perçues comme des organismes économiques, évoluent par stades successifs. A l'instar de l'école historique, l'Etat opère à titre de supplétif de l'économie privée. On trouve l'occurrence en matière d'industrie lourde et guerrière :

---

96 Ce texte écrit en 1845 n'a pas paru du vivant de Karl Marx. Le manuscrit même en est incomplet, et les éléments qui subsistent n'ont été publiés pour la première fois qu'en 1971. A propos du *Système national de l'économie politique de Friedrich List* [*F. List et la bourgeoisie allemande*]. En ligne : http://www.karlmarx.fr/documents/marx-1845-list-bourgeoisie.pdf .

> « Cette industrie a des titres tout particuliers à l'appui direct de l'Etat […] au moins l'Etat doit-il encourager et soutenir directement les ateliers de machines du pays. » (*op. cit.* : 427)

A l'inverse, il s'oppose à un « encouragement » étatique en matière de répartition des revenus ou de lutte contre chômage. Il s'oppose à ce titre à un état de bien-être (*Wohfahrtstaat*) :

> « Cet encouragement, par lequel une nation paie, dans son intérêt bien ou mal entendu, les frais d'éducation d'une industrie nouvelle, que peut-il avoir de commun avec le droit au travail. La protection douanière ne constitue un droit pour personne ; il n'appartient à aucun particulier de la réclamer à ce titre ; les gouvernements sont toujours libres de la donner ou de la refuser. Parmi les devoirs des gouvernements envers le travail, on doit ranger celui d'en accroître, en tant qu'ils le peuvent, la vertu productive, de l'animer, d'en étendre le domaine, ce qui est le but du système protecteur ; mais ils ne sont nullement chargés d'assurer à chacun du travail, par la protection ou autrement. Que, dans des jours de crise, l'Etat occupe des bras oisifs à des ouvrages peu féconds, c'est quelquefois une pénible nécessité ; un système protecteur éclairé réserve les encouragements publics au travail riche d'avenir. Le travail n'a, vis-à-vis des gouvernements qu'un seul droit à faire valoir, celui de n'être pas brusquement abandonné après avoir été soutenu. Afin de décrier la protection et de la rendre odieuse à des esprits effrayés, on fait un étrange abus des mots de socialisme, droit au travail, atteinte à la propriété. » (*op. cit.* : 15)

La subsidiarité de l'Etat est donc une notion à géométrie variable en matière économique. Les thèses de List ont déterminé la politique d'unification douanière entreprise par la Prusse à partir de 1834. Elles ont déterminé également les thèses ultérieures de l'école historique d'économie, représentée dans un premier temps par Adam Müller, puis les fondateurs du *Verein für Sozialpolitik* par Gustav Schmoller, Wilhelm Roscher, Adolph Wagner et Lujo Brentano, par la suite dénommés « socialistes de la Chaire » (*Kathedersocialismus*).

4. L'école de la Nationalökonomie

Les économistes de l'Ecole historique (*Nationalökonomie*, désignation universitaire) développent les thèses organicistes de List ainsi que, plus tardivement, une conception de l'*Etat de droit social*. Après les années 1848, le nouvel échec des forces libérales entame sérieusement l'espoir d'aboutir à un système constitutionnel. La bourgeoisie, qui a obtenu la libéralisation du marché intérieur allemand avec la mise en place du *Zollverein*, comprend que son salut sera économique, non politique. Par ailleurs, elle se retrouve confrontée, sans force politique et sans appareil d'Etat, à la montée en puissance des mouvements syndicaux et politiques ouvriers. Dans ce contexte, et bien que le processus soit déjà entamé depuis Robert von Mohl, elle souscrit de plus en plus fermement aux thèses organicistes développées par l'Ecole historique

d'économie, dont le *Verein für Sozialpolitik* regroupe une grande partie des économistes universitaires. Que faire de la question ouvrière ?

> « L'école historique allemande prend appui sur un certain nombre de travaux fondateurs parmi lesquels la littérature recense in extenso le caméralisme, l'idéalisme de Fichte, et le romantisme d'Adam Müller, l'école historique des sciences juridiques de F. C. von Savigny ainsi que la théorie des forces productives de F. List. A ces influences, qui partagent une critique du libéralisme de droit naturel d'Adam Smith, s'ajoutent un positionnement aux théories socialistes du XIXe siècle. Dans un souci de clarification, l'essentiel des thèses sur lesquelles se construit l'Ecole Historique allemande peut toutefois être ramené à celles des sciences caméralistes et de la théorie de F. List. » (BROYER, 2003 : 80)

Les thèses de cette école historique s'appuient, dans la continuité de la méthode de Savigny, dans un rejet de l'*Aufklärung* et la réaffirmation des sciences camérales de l'Etat absolutiste, dans le sens d'un libéralisme nationaliste et organiciste.

> « A partir du 16e siècle, dans les pays de domination autrichienne et allemande, les intérêts du Prince sont administrés par des chambres (Kammer). Leur champ de compétences se limite d'abord à l'administration des domaines, puis s'étendra rapidement pour finir par couvrir les affaires de police, de fiscalité et d'économie. Au sein de ce système caméral se développe la base de la fonction publique allemande […]. Le futur concept des sciences de l'Etat (Staatenwissenschaft), sur lequel Schmoller fondera sa vision trouve ici ses racines. » (*op. cit.* : 80)

4.1. Adam Heinrich Müller (1779 - 1829)

Müller est un précurseur du romantisme catholique économique allemand. Homme de main de Klemens Wenzel Metternich (1773-1859), représentant au Congrès de Vienne, il développe dans le domaine économique cette idée que « le *Moyen-Age apparaît comme une époque d'unité entre tous les contraires* » (STOLLEIS, 2014 : 149). Or, un phénomène caractéristique du changement d'atmosphère en Allemagne, qui accompagne la naissance de l'organicisme juridique de Savigny, est « *l'apparition de l'élément intellectuel catholique et à partir de 1800, le nombre particulièrement élevé de conversions au catholicisme, précisément chez les écrivains et les artistes* » (STOLLEIS, 2014: 149). Adam Müller fait partie de ces intellectuels qui opèrent une conversion au catholicisme dans l'Allemagne post-Lumières :

> « L'Eglise catholique, qui depuis le joséphisme et la sécularisation de 1803 apparaissait comme la victime de l'absolutisme éclairé […]. La Grande Mère qui accueillait de nouveau en son sein tous ceux qui s'étaient égarés sur le chemin du rationalisme et de l'utilitarisme. » (STOLLEIS, 2014 : 120)

Müller est l'un des premiers à développer une théorie de la « Troisième voie ».

> « Personalistischen, organisch-solidarischen und organisch-subsidiären dritten gegen den individualistischen liberalismus wie gegen den Etatismus des damaligen Absolutismus. » (LANGER, 1988 : 13)
> [Personnaliste, une troisième voie organique-solidariste et organiste-subsidiaire contre le libéralisme individualiste et contre l'étatisme de l'ancien Absolutisme.]

Chez Müller, les références à l'organicisme et à la *subsidiarité* ne manquent pas, en particulier dans son principal ouvrage, *Die Elemente der Staatskunst, vol.II,* publié en 1809, dans lequel il développe une philosophie fortement opposée au système libéral d'Adam Smith, ainsi qu'au libre marché :

> « Toutes les formes de la vie, morales comme physiques, extérieures comme intérieures, sont des unités de cet organisme. Elles ne veulent pas seulement être distinguées et conçues [begriffen], mais aussi senties et appréhendées [ergriffen]. » (MÜLLER, trad. de STANGUENNEC, 2011 : 177)

Il met l'accent sur l'aspect éthique de l'économie nationale, et ce bien avant List, conception reposant sur des fondements religieux catholiques. Si sa conception empreinte de féodalisme est, pour les socialistes de la Chaire, trop radicale, Roscher lui-même concède que sa réaction contre l'école classique « *n'est ni aveugle ni hostile, mais importante, et bien souvent, réellement utile* » (ROSCHER, 1874 : 763). Les travaux de Müller sont également des sources d'inspiration particulièrement importantes pour le solidarisme développé à la fin du 19e siècle par Heinrich Pesch, mais également pour l'évêque Ketteler, partisan jusqu'aux années 1870 de la solution « grande-Allemande », ainsi que l'autrichien Vogelsang (1818-1890) : « *Eine linie wie diese verfolgen nach Müller etwa Baader, Buss, Peter Reichensperger, Ketteler, Vogelsang, auch der junge Hitze und der frühe Pesch, in transformierten Formen* » [Une ligne comme celle de Müller, suivie par exemple par Baader, Buss, Peter Reichensperger, Ketteler, Vogelsang, ainsi que les jeunes Hitze et Pesch, dans une forme transformée] (MÜLLER V., 1991 : 177). Adam Müller contribue à faire de l'Autriche, le « centre de la réaction » :

> « Aux yeux des romantiques, l'Autriche symbolise l'idéal de l'Etat anti-révolutionnaire et la société prémoderne. […] Du cercle des romantiques nait un parti des patriotes qui pousse à la guerre contre Napoléon. En 1808/1809 est publié Elemente der Staatskunst (Eléments de politique de l'Etat) d'Adam Müller, qui devient la charte du romantisme politique. Adam Müller défend un élément qui resurgira à plusieurs reprises dans l'histoire de l'Autriche, à la fin du XIXe siècle, mais aussi à la fin des années 1920 : le mythe du retour au Moyen-âge, aux corporations. Ces idées réactionnaires entrent en contradiction avec les débuts du libéralisme économique, mais en Autriche, elles

séduisent. Adam Müller théorise le conservatisme politique de Metternich. » (PASTEUR, 2011 : 49)

Cependant, le romantisme et la théorie des « *Stämme* » (des ordres ou des états) ne sont pas circonscrits aux frontières autrichiennes. A l'idéologie romantique et organiciste de l'Etat, participent tout aussi bien les théoriciens de l'Etat organique prussien, et à partir des années 1840, les premiers économistes nationaux, Bruno Hildebrand et Wilhelm Roscher qui, sur la base de la méthode historique développée par l'école historique du droit, développent une *Volkswissenschaft*, économie publique ou politique.

4.2. Wilhelm Roscher

Chez Roscher, en premier lieu, les occurrences de *subsidiaire* sont les plus intéressantes, dès lors qu'il pose, dans son *Economie Industrielle*, les principes d'un Etat subsidiaire en référant à la formule d'un autre membre de l'Ecole historique, Adolf Held (1760 – 1832) : « *sur la responsabilité à la charge de la bienfaisance publique : « ce grand institut subsidiaire d'assurance obligatoire* » » (ROSCHER, 2013 : 138). Dans son ouvrage, Roscher construit une histoire du développement industriel national dans ses relations avec l'Etat et les corporations de métiers. Il y établit le rôle historique de ces dernières. Dans ses *Principes d'Economie politique*, publiés à partir de 1854 à destination des *Geschäftsmänner* [entrepreneurs], il défend la position centrale de l'Ecole historique à laquelle il vient d'offrir sa méthode :

> « Plus on pénètre dans la connaissance exacte du monde économique et moins on peut croire qu'il puisse être bien compris si l'on se borne à l'étude exclusive des données purement économiques. Qui pourrait saisir les tendances particulières d'un homme sans avoir étudié son caractère ? La vie d'un peuple est une ; quelques divisées que paraissent à la surface ses diverses manifestations, politique, droit, religion, organisation sociale, etc … elles partent toutes d'une racine commune, elles supposent et s'expliquent mutuellement. Quel admirable organisme ! » (ROSCHER, 1857 : 397)

Les références à l'historicisme de Savigny et de l'Ecole du droit ne sont pas pure analogie. Dans l'introduction au premier ouvrage de Roscher traduit en français par l'économiste Louis Wolowski, l'éditeur explique que ce dernier a souhaité :

> « Faire connaître d'une manière la plus complète, l'œuvre la plus nouvelle et la plus remarquable qui ait paru de l'autre côté du Rhin, les Principes d'économie politique de M Roscher. Ce livre est un premier essai d'application de la méthode historique (illustrée par Savigny, Eichhorn, … dans l'étude de la jurisprudence). » (ROSCHER, WOLOWSKI, 1857 : XXI)

L'œuvre de Roscher, toujours selon l'éditeur de la traduction française, « *réalise l'alliance profonde des quatre sciences morales : la philosophie, l'histoire, la législation et l'économie politique.* » La légitimité de la conception « historique » ne mérite pas « *d'insister davantage sur ses caractères et services appliqués au droit : c'est un procès gagné* » (*op. cit.* : XXXI). La préface de Wolowski développe un long réquisitoire contre les « systèmes » libéraux et socialistes :

> « Ceux qui, s'abandonnant à leur imagination sans consulter le passé, confondent avec des promesses de liberté, le despotisme des utopies, qu'ils prétendent imposer aux peuples, sous prétexte de les affranchir. » (*op. cit.* : XXXII)

Il y développe surtout une longue diatribe contre une conception révolutionnaire de l'action politique qui, de la Révolution française aux théories socialistes :

> « […] s'occupe à détruire alors qu'il faudrait transformer […], condamne sans réserve tout ce qui a été […], s'élance vers un autre avenir : parce qu'on a tout renversé, on croit qu'il est facile de tout créer et l'on construit de systèmes comme si le monde devait recommencer. L'orgueil de la liberté et des actions humaines deviennent le principe de la science et tout principe nouveau prétend à une domination exclusive et absolue. Le rationalisme domine, la philosophie abstraite méconnait les traditions et les exigences de la vie des peuples, il n'y a plus comme en géométrie, que des principes et des déductions. » (*op. cit.* : XXXIII)

Désormais, en matière économique, « *les anciennes hardiesses sont devenues des contre-sens* », l'heure est à la méthode historique « inductive » qui enseigne :

> « […] de remonter des phénomènes aux principes qui les gouvernent, et des faits à la loi […] substitue l'œuvre lente et progressive du génie des peuples aux conceptions arbitraires et aux constructions purement idéales » (*op. cit.* : XXXIV)

Et en particulier restitue :

> « […] les bases éternelles sur lesquelles repose la société humaine, aux lois que l'homme n'a pas faites et qu'il ne lui est pas donné de changer. » (*Ibid.*)

Est-ce à dire que l'historicisme économique enseigne un retour à l'ancienne unité médiévale ? Au contraire, l'historicisme économique inspiré des thèses de Savigny, invite à contribuer pleinement à l'entrée d'une Allemagne capitaliste tout en maintenant la conception corporatiste de l'ordre social, encore partiellement mue par l'illusion de « l'unité médiévale » sous des atours renouvelés. Chez Roscher, en effet, l'action centrifuge de la recherche de « *l'intérêt personnel* » et l'action centripète de « *l'amour de Dieu* » qui met un frein à l'intérêt personnel « *maintiennent l'harmonie des sphères célestes* » et engendrent « *dans la vie*

sociale de l'homme le sentiment de l'intérêt commun » (ROSCHER, 2013 : 20-21). Tous les « *cercles doivent donc coexister* » tant que l'intérêt supérieur de la nation, personnifié dans l'Etat, est garanti. Dans l'esprit de la nouvelle Ecole historique d'économie, le nouveau « droit commun » est donc la libre concurrence interne et le protectionnisme « externe », fidèle en cela aux prophétiques positions de F. List :

> « Aucun privilège économique ne doit donc être accordé à une classe à l'intérieur et le libre-échange doit constituer le droit commun, mais uniquement national et interne. » (*op. cit.* : 56)

Pour les économistes de l'Ecole historique, le rôle de l'Etat est « paternaliste » : « la mission de l'autorité n'est pas de contraindre mais de conseiller, de commander mais d'aider à faire, d'absorber l'activité individuelle mais de la développer» (op. cit.: 123). Ce sont bien les motifs de l'Etat subsidiaire qui sont ici décrits, en particulier celui du « *Hilfe sur Selbsthilfe* » : l'Etat a pour but de mobiliser les ressources de l'économie nationale, favoriser la compétitivité par toutes les mesures protectionnistes nécessaires, sans entraver le marché libre, ni les particularismes du monde économique, dans lesquels les économistes voient la véritable « vie du peuple ». La science économique a donc pour principale contrainte, non d'élaborer des lois générales mais de suivre de près :

> « […] les caractères particuliers que présentent les peuples [qui, AJ] modèlent les lois et les institutions économiques. […] Savigny et Eichhorn s'étaient donné la tâche de mettre en relief le côté variable et relatif, le caractère mobile et contingent des formes juridiques. » (*op. cit.* : 17)

L'historicisme économique se fixe un programme identique au cœur de la méthode de la *Volkswissenschaft* [économie politique]. Roscher, cependant, ne plaide pas pour un retour aux anciennes corporations, mais pour la constitution de nouvelles : changement de forme, maintien du fond. En effet, la période actuelle voit se développer dans le corps social une nouvelle maladie « *ploutocratique-prolétarienne du temps présent* » (die *plutocratisch-proletarisch Volkskrankheit*) (ROSCHER, 1892, cité par LEGRAND 1896 : 179). Si Roscher reste un « *réformateur respectueux de l'héritage des formes passées* », il considère comme « *pratiquement irréalisable* » un programme qui rétablirait « *la législation et les autres conditions du Moyen-Age* » (ROSCHER, 1857 : 25). Pratiquement irréalisable ne signifie pas aucunement réalisable. En réalité, il s'agit d'adapter les anciens « *Stämme* » aux nouvelles conditions économiques. Ainsi, pour fortifier les petits dans la concurrence, Roscher plaide pour de nouvelles formes d'associations :

> « Caisses d'épargne, maisons de prêt, assurance sur la vie, société d'assurance de diverses natures, associations de production, unions ouvrières, cartels entre fabricants, participation aux bénéfices. » (ROSCHER, 1857 : 142)

Roscher comprend que l'introduction rapide des formes de production capitalistes dans une Allemagne encore relativement arriérée économiquement, conduit à la destruction rapide des anciennes formes d'organisation sociale. L'époque n'est plus propice à leur maintien, il faut « *corriger les défectuosités* » sans « *toucher au fond* » (*op. cit.* : 29)

L'Allemagne ne connaît réellement la liberté industrielle que depuis l'Ordonnance de 1869 : de fait, quand Roscher publie les premiers volumes de son système, on rencontre encore dans toute l'Allemagne les vestiges de système de législation industrielle à principes opposés, mettant en lutte perpétuelle les partisans des corporations et les défenseurs de la liberté industrielle. La méthode « historique », pour Lujo Brentano, a donc une fonction politique, tout comme chez Savigny :

> « Wilhelm Roscher démontra que l'économie politique est une discipline historique dans laquelle on ne rencontre point de principes absolus, mais des règles qui, dans certaines circonstances, peuvent être justes. Il n'eut pas seulement le mérite de déterminer la valeur relative de tous les éléments de la science économique, mais il sut encore assigner comme tâche à son enseignement de révéler aux nations les lois du développement de leurs richesses matérielles, et de leur montrer l'influence qu'exerçaient sur leur prospérité la législation, l'administration, les progrès des mœurs et des relations sociales. » (BRENTANO, 1885 : 7)

La méthode inductive (adaptation à l'économie du positisme de l'école historique) a une vertu d'adaptabilité : rejetant les lois de l'école classique, la nouvelle économie politique pense les devoirs de l'Etat (*Staatspflicht*) en matière économique. Le problème est encore plus ardu concernant la question sociale. Les convictions chrétiennes de Roscher lui apportent des réponses convaincantes : « *Le capital des pauvres, c'est l'amour des croyants* » (ROSCHER, 1894 : 84). Ses derniers écrits, consacrés à la question des pauvres (et non des travailleurs) et des systèmes d'assistance sont essentiellement fondées sur la notion de subsidiarité : il ne s'agit en aucun cas de préconiser une politique d'assistanat social qui serait le plus dur « *despotisme* » (Roscher, 1984 : 56). Pour Roscher, une systématisation de l'assistance aux pauvres saperait l'un des motifs les plus puissants de la morale publique, la bonté ou la bienveillance, qui fonde le corps social avant la politique elle-même : « S*i tous les hommes étaient de vrais chrétiens, il n'y aurait pas de pauvres et l'assistance n'existerait pas* » (MARDELLAT, 2010 : note 11). Patrick Mardellat s'interroge avec raison :

> « Le sujet de l'assistance aux pauvres et des politiques de lutte contre la pauvreté a été le dernier auquel le fondateur de l'école historique allemande de l'économie politique a donc consacré ses efforts intellectuels, thème qui revêtait une signification essentielle pour celui qui affirmait dans le premier volume que « pour lui la religion constituait le but le plus élevé et en même temps la cause la plus profonde de toute vie spirituelle. » (MARDELLAT, 2011 : 165)

Néanmoins, la contradiction s'explique assez aisément : chez Roscher, profondément chrétien (des citations des Epitres de Paul parsèment tous ses écrits), la pauvreté n'est pas conçue comme maladie mais comme la condition normale de l'humanité. Il y a toujours eu des pauvres ; le pauvre, à l'instar de Jésus est l'expression de « *l'orgueil des riches* ». Son aversion pour la chrématistique, est plus religieuse que scientifique. Pourtant, il est bien obligé de concéder, dans le dernier tome de ses *Principes d'Economie Politique*, que la société nouvelle engendre une pauvreté conçue comme une « pathologie » de masse du corps social, à laquelle il faut dès lors appliquer un remède. Pour définir un remède, encore faut-il avoir identifié la nature de la maladie : le pauvre n'est pas, chez Roscher, celui qui ne peut consommer ou vivre, qui se voit menacé dans son existence même parce que la société le prive des moyens de vivre, mais celui qui est dépendant d'autrui. En somme, le pauvre est celui qui dépend des dons ou de l'assistance. Roscher exprime là une totale cohérence avec la pensée de l'Etat de droit social : celui-ci n'a pas pour fonction de rendre au pauvre sous une forme indirecte ses droits ou n'a pas pour objet la solidarité entre travailleurs, mais de rendre à l'individu sa capacité à se rendre autonome, dans le sens d'une « responsabilisation » du pauvre. Roscher condamne le changement de nature de la pauvreté, et avec lui d'un changement de nature de l'assistance aux pauvres, qu'il voit comme une « systématisation de l'assistance » :

> « La systématisation s'empare tout autant de la vie des donneurs, *Almosengebers*, que des assistés. Donc c'est toute la relation d'assistance qui est prise dans ce mouvement de systématisation. Par systématisation, Roscher entend plusieurs traits caractéristiques. D'abord, le passage d'une assistance privée à une assistance publique aux pauvres : l'État va prendre le relais des initiatives privées. C'est ensuite la laïcisation de l'assistance (p. 107) : l'Église et les institutions religieuses s'effacent progressivement au profit de l'État, qui va au cours du processus historique de développement revendiquer (avec succès) le monopole de l'assistance et de l'efficacité en matière d'assistance aux pauvres. Troisièmement, l'assistance va connaître une bureaucratisation, c'est-à-dire une rationalisation, qui passe par la mise en place d'une fiscalité spécifique et d'un budget. Quatrièmement, enfin, la question du travail devient centrale dans le traitement de la pauvreté (p. 72), puisque le principe de l'assistance est d'aider les pauvres à s'aider eux-mêmes (p. 71), autrement dit à travailler, objectif qui n'était pas visé dans l'assistance privée sous morale chrétienne. » (MARDELLAT, 2011 : 168)

L'argument employé par Roscher ressemble fort à celui avancé par Humboldt quelques dizaines d'années auparavant : la politique sociale entretient, par l'assistance, la pauvreté, empêche le développement des potentialités, à des fins de maintien. De plus, une politique d'assistance sociale prive le riche de sa vocation divine :

> « Améliorer la condition des pauvres n'est pas un devoir légal, mais seulement un devoir chrétien d'amour. Un État, qui pour cela utiliserait la contrainte, volerait aux propriétaires la liberté de pratiquer ce devoir d'amour. » (*Op. cit.* : note 13)

Ces textes ont été publiés en 1894, c'est-à-dire après le vote des lois bismarkiennes. Il met en garde : toute intervention publique, toute allocation publique, a pour seule fonction de pallier subsidiairement les défaillances de la sphère privée, dans le seul but de garantir le maintien de l'ordre :

(214) « Die Leibrente sollte subsidiär durch die Armensteuer garantiert werden. » [L'allocation devrait être garantie subsidiairement par le contrôle des pauvres.] (ROSCHER, 1894 : 290)

Roscher refuse la généralisation d'un « droit opposable », c'est-à-dire de ce que l'on nomme les « droit créances » (*ein klagbares Recht*, trad. MARDELLAT, 2011 : 156) : en devenant publique, et potentiellement sans limite, l'assistance aux pauvres ne laisse plus d'espace à l'assistance privée et provoque le délitement du lien social.

La conception économique de Roscher, et en particulier sa philosophie sociale, n'a pas eu d'influence politique directe sur l'avènement de l'Etat de droit social bismarckien. Le dernier tome de son système, n'a été publié que dans les années 1894. Néanmoins, Bismarck s'est essentiellement appuyé sur les travaux de l'Ecole historique d'économie et en particulier de ses principaux successeurs, Gustav Schmoller, Lujo Brentano et Adolph Wagner. Par ailleurs, ses écrits correspondent parfaitement à la conception de l'époque : à partir des années 1880, naissent en parallèle du *Volksverein* catholique, de nombreuses associations, comme le *Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit* [l'association allemande pour l'assistance aux pauvres et la charité], devenu *Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge* [Association allemande pour la protection publique et privée] inspiré des principes défendus par les socialistes de la Chaire :

> « 1881 folgte die Gründung des "deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit", gleichfalls geprägt von liberalen Orientierung der "Kathedersozialisten". Der Deutsche Verein, der sich als Interessenvertreter der Gemeindeverwaltungen verstand, verfolgte das

Ziel, die Armenpflege neu zu organisieren und staatliche und private Armenfürsorge besser zu koordinieren, verbunden mit der Absicht die steigenden Kosten für die Unterstützung der Armen durch eine "effizientere Kontrolle" einzudämmen. Im Januar 1901 konstituierte sich schliesslich unter Beteiligung von Brentano und Schmoller die "Gesellschaft für Soziale Reform" unterstützt von führenden Persönlichkeiten des Zentrums und des Volksverein. » (BREUER, 1998 : 39)
[A suivi en 1881 la fondation de l'« Association allemande pour l'assistance aux pauvres et la charité », également dominée par l'orientation libérale des« socialistes de la chaire ». L'Association, qui se considérait comme partie prenante des administrations locales, a poursuivi l'objectif de réorganiser l'aide aux indigents et de mieux coordonner les œuvres de secours d'Etat (publiques) et privées, avec l'ambition d'élargir l'efficacité du contrôle de l'augmentation des coûts de l'assistance aux pauvres. En janvier 1901, se constituait finalement « la société pour la réforme sociale », impliquant Brentano et Schmoller, et soutenu par les dirigeants du *Zentrum* et du *Volksverein.*]

Les liens se resserrent entre les catholiques sociaux, représentés entre autres, par Wilhelm Ketteler et Ludwig Windthorst et les membres de l'Ecole historique d'économie. A seul titre d'exemple, si avant 1900, les occurrences décelables dans la revue de l'Association allemande d'assistance et de charité[97], sont encore l'adjectif et l'adverbe, *Subsidiarität* est employé à partir de 1905 (nous n'avons pas eu accès à tous les numéros de la revue). Dans ce premier passage, il est question d'un « principe/fondement de subsidiarité » (*Grundsatz der Subsidiarität*) :

(215) Anlangend endlich den Grundsatz der **Subsidiarität** hat das Bundesamt stets daran festgehalten, daß Personen, die von anderer, wenn auch nicht rechtlich verpflichteter Seite, insbesondere (notamment, en particulier) auch seitens der Privatwohltätigkeit, den Notbedarf erhalten, als hilfsbedürftig nicht anzusehen sind. » (FLEMMING, 1905 : 330) *Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit*, Volumes 73 à 77, Duncker & Humblot, 1905)
[Touchant enfin au principe de subsidiarité, l'Office fédéral a toujours fermement soutenu, que les personnes qui touchent des prestations d'autres organismes (parties), en particulier de la part de la charité privée, même si elle n'y est pas légalement obligée, ne doivent pas être considérées comme dépendantes.]

En 1913, il y est encore question :

[97] En réalité, les deux seuls numéros que nous avons pu nous procurer.

(216) « Also am Notbedarf kann es nicht liegen. Bleibt die **Subsidiarität**. Wie ist es nun mit dieser? Ein Arbeiter, der infolge eines Betriebsunfalles erwerbsunfähig und hilfsbedürftig wurde, erhalt von seiner Berufsgenossenschaft Heilverfahren und Rente. » (*Ibid*., volumes 100 – 107, 1913)
[Il n'est pas question de minimum vital. Reste la subsidiarité. Que dit-elle ? Un travailleur, en cas d'incapacité durable ou en raison d'un accident de travail, reçoit de sa corporation soin et rente.]

La subsidiarité constitue le fond des lois sociale votées par l'Allemagne bismarckienne, telles qu'elles sont encore commentées par Fritz Stier-Somlo dans son ouvrage de 1906, *Deutsche Sozialgesetzgebung : geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht* :

(217) « Die von der Armenpflege gewährte Fürsorge (attention, soin) befriedigt aber vom sozialen Gesichtspunkt aus nicht. a) Sie kommt **nur subsidiär** in Betracht, wenn sonst kein Verpflichteter vorhanden ist. »
[Cependant, l'aide accordée en soutien aux pauvres est insatifaisante d'un point de vue social. a) Elle intervient seulement subsidiairement, si aucun autre organisme n'est disponible.]

Toutefois, il faut relever que nous n'avons pas identifié, chez les socialistes de la Chaire, et avant 1900, d'emploi du substantif. Mais, nous n'avons pas pu parcourir l'ensemble de leurs œuvres en langue source. L'emploi de *Subsidiarität* est beaucoup plus précoce chez les juristes qui commentent les lois sociales bismarckiennes (en particulier chez Rosin et Laband, ainsi que Beseler et Gerber). Par contre, à partir de 1900, il est clair que le principe de subsidiarité (*Grundsatz der Subsidiarität*) est une notion fondamentale des réflexions en sciences économiques et sociales. L'exemple ci-dessous illustre mieux les emplois par les économistes.

4.3. Karl Heinrich Rau (1792 – 1870)

L'économiste Karl Heinrich Rau a contribué à la mise en place du *Zollverein*. Ses œuvres ont fait l'objet de plusieurs rééditions à sa mort, par Adolph Wagner. Le tome III de son principal ouvrage, *Lehrbuch der politischen Oekonomie*, publié en 1832, montre une nouvelle fois, le caractère précoce du motif subsidiariste dans le domaine social :

(218) « II. Ausgaben für die Durchführung des Cultur- un Wohlfahrtszwechs

§ 78

3) Das Hülfs- und Armenwesen (öffentliche Wohlthätgkeit, II, § 324 ss.)

Die Staatscasse wird hiefür mit Recht im Allgemeinen nur ausnahmsweise und etwa **nur subsidiär** in Anspruch genommen, indem die freiwillige (Privat-), eventuell die kirchliche und Stiftungsarmenpflege eintreten und, wo eine gesetzlich Armenpflege und unter Umstände ein Recht auf Armenunterstützung besteht, die Gemeinden, Kreise und deren Verbände die Pflichtigen sind.

Der Staat wird bei einzelnen öffentlichen Notständen (Mißwachs, Wassersnot, Kriegsverheerung u. s. w.) mit Geldmitteln, öfters übrigens nur vorschussweise, oder mit Steuernachlass, was ja auch nur eine Form der Unterstützung ist, Hülfe gewähren müssen. » (RAU, 1832 : 181)

[Pour cela, en règle générale, la caisse de l'Etat sera mise à contribution de façon légitime uniquement de façon exceptionnelle et, disons, **uniquement de façon subsidiaire** ; pour cela, interviendront l'assistance bénévole (privée) et éventuellement l'assistance religieuse et les fondations ; le devoir de prise en charge incombant, là où il y a une assistance aux pauvres prévue par la loi et qu'il existe, pour certains cas, un droit au soutien des pauvres, aux communautés, aux cercles, aux associations.

L'Etat doit abonder des fonds dans certaines situations d'urgence collectives définies (mauvaises récoltes, inondations, dommages de guerre, etc ...), le plus souvent, cette aide se fera par ailleurs uniquement sous forme d'avance, ou sous forme de réductions fiscales, qui constituent bien aussi une forme d'assistance.]

A partir de 1870, et sous l'impulsion de Gustav Schmoller, Lujo Brentano et Adolph Wagner, le *Verein für Sozialpolitik*, devient un « think tank » semi-institutionnel (HENRY, 2009 : 279). Nous reviendrons sur plus précisément sur l'enseignement de Gustav Schmoller, dont l'influence a été déterminante, non seulement sur Bismarck, mais également sur Heinrich Pesch, le théoricien catholique du solidarisme à laquelle la généalogie conceptuelle officielle attribut en grande partie la paternité de la Doctrine sociale de l'Eglise (il aurait influencé Gustav Gundlach et Oswald von Nell-Breuning). Il a également exercé une très grande influence sur la sociologie d'Emile Durkheim.

4.4. Gustav Schmoller (1838-1917)

« Si le nom de Roscher domine la science économique allemande de la seconde moitié du dix-neuvième siècle, lance l'économie sociale dans la voie féconde des recherches

> historiques, armée de ce puissant instrument qu'on appelle l'induction […] à son nom devait succéder celui de Schmoller. » (LEGRAND, 1896 : 171)

Gustav Schmoller est le représentant le plus important de l'Ecole historique d'économie ou « *école d'économie nationale éthico-historique* » (BRUCH, 2004 : 40). Il est connu pour ses prises de positions contre l'Ecole autrichienne d'économie, représentée à l'époque par Carl Menger (nous avons également retrouvé plusieurs occurrences du *subsidiäre Leistung des Geld,* sans être certain que le contexte d'emploi coïncide avec la notion que nous discutons), face auquel il défend, pendant la querelle des méthodes (*die Methodenstreit*), l'essentiel du programme historique, défendu par Roscher[98]. Selon Gérard-Marie Henry :

> « La « méthode historique » est reprise de façon beaucoup plus ambitieuse par Gustav Schmoller (1838-1917), un auteur largement oublié des ouvrages d'histoire la pensée économique, alors qu'il est certainement le plus influent des économistes d'Europe continentale entre 1872, où il devient professeur à l'Université de Strasbourg qui vient d'être rattachée à l'Allemagne, et 1913, date à laquelle il quitte son poste à l'université de Berlin, capitale de l'Allemagne Prussienne. Il s'agit bien entendu de l'influence politique de Schmoller – conseiller gouvernemental, responsable des nominations et des promotions universitaires – et non de l'influence scientifique qui est quasiment nulle en ce qui concerne la science économique. Pour Schmoller et la « nouvelle école historique », il ne s'agit pas simplement de faire apparaitre, comme l'a fait Roscher, des « étapes » de l'histoire économique pour glorifier la construction de l'Etat allemand ; il convient de se servir de l'histoire pour illustrer les problèmes pratiques, concrets, que doivent résoudre les hommes politiques et les chefs d'entreprise allemands. » (HENRY, 2009 : 156)

A la lecture des œuvres de Schmoller, nous dirons que ce dernier ne fait pas montre d'une plus grande ambition, mais d'une plus grande lucidité que Roscher. Inspiré des sciences camérales, le socialisme de la Chaire est une quasi-institution politique. Elle détermine en grande partie les orientations de l'Etat prussien à partir des années 1870. La première Ecole historique (Roscher) est née de la révolution de 1848, la seconde des conséquences politiques importantes, pour l'Allemagne ouvrière, de la Commune de Paris et son écrasement. C'est en effet, à cette date qu'est né l'Etat allemand. La première Internationale, fondée en 1864, s'est effondrée à la suite des événements parisiens, toutefois Karl Marx prophétise : « *Peut-être la Commune de Paris tombera-t-elle, mais la révolution sociale qu'elle a entreprise triomphera. Son lieu de naissance est partout* » (MARX, 1972). Pour Marx, la révolution parisienne a un contenu international : la classe ouvrière parisienne a montré que le prolétariat « *ne peut pas se contenter de prendre telle quelle la machine de l'État et de la faire fonctionner pour son*

[98] Cette querelle s'est poursuivie jusqu'en 1931, lors du colloque organisé par Walter Lippman, qui réunissait des ordolibéraux (Röpke) héritiers de l'école historique et les membres de l'école autrichienne (von Hayek, von Mises).

propre compte » (MARX, 1972). Le mouvement ouvrier, en particulier sa doctrine marxiste, professe non pas, comme le pensait encore Stein, une conception d'étatisation absolue, mais au contraire la suppression de l'Etat. Stein, Mohl, et Schmoller quant à eux développent des conceptions nationalistes. Ils entretiennent par ailleurs, comme W. E. von Ketteler à partir des années 1850, des relations avec Ferdinand Lassalle. Les socialistes de la Chaire ont une importante réelle, non seulement au sommet du gouvernement prussien, mais également dans le mouvement ouvrier. Leurs thèses sont acceptées, en particulier par les courants proches d'Eduard Bernstein (1850-1932) et d'autres courants français et italiens, qui conduiront la social-démocratie à adopter une politique réformiste.

Cependant, à l'époque de la fondation du *Verein für Sozialpolitik* (1873) à l'initiative de Brentano, Wagner et Schmoller, les craintes de Mohl se confirment : un nouveau mouvement révolutionnaire est en cours de renforcement et ses revendications ne sont pas celles d'une « *juste redistribution des richesses.* » Dès lors, les économistes allemands prennent, dès les années 1870, la question sociale d'une manière beaucoup plus sérieuse que ne le fait encore Roscher dans ses écrits de 1894. Pour ces raisons, ils auront une influence importante sur le pouvoir prussien. En 1885, Lujo Brentano publie la *Question ouvrière*. Dans l'introduction française de l'ouvrage, le traducteur explique :

> « Roscher n'a exercé d'influence véritable que sur la génération qui a grandi au milieu des luttes engagées contre l'école représentant les idées franco-anglaises (Schultze-Delitsch), les différentes écoles socialistes (Lassalle, Karl Marx, Bebel, Liebknecht) et les partisans du socialisme d'Etat (Rodbertus et ses disciples). Ce ne fut que cette génération qui commença à comprendre les raisons de ces oppositions, de ces luttes, et à voir qu'il était aussi utopique de vouloir, comme Schultze-Delitsch, traiter la question ouvrière sans tenir compte des exigences individuelles, que d'admettre l'organisation sociale demandée par Lassalle, Marx et Rodbertus. » (BRENTANO, 1885 : 9).

La deuxième génération de l'Ecole historique poursuit donc le programme d'une « *troisième voie subsidiariste* » entre libéralisme et socialisme, qui la conduit inévitablement sur le terrain corporatiste :

> « Elle reconnait une raison d'être relative aux organisations et aux corporations ouvrières, parce qu'elle croit y voir une condition indispensable au développement le plus complet possible des facultés de l'ouvrier […] il suffit, suivant elle, de discerner parmi les différents genres d'associations ouvrières le meilleur et de le faire reconnaitre par l'Etat » (*op. cit.* : 10).

Chez les socialistes de la Chaire, la querelle entre réalisme et fiction de la personnalité juridique des corps intermédiaires est contournée : l'Etat reste la personnalité d'un tout

politique national. La reconnaissance du droit d'association ne vise pas leur indépendance indépendance vis-à-vis de l'Etat. Chez eux, les associations y compris privées sont, comme chez Stein, appelées à participer à la vie organique de la nation, entre l'individu et l'Etat. A la même époque, les revendications légitimistes françaises (La Tour du Pin, le Comte de Chambord) n'exigent pas autre chose mais dans des conditions différentes (en France, le délit de coalition voté pendant la Révolution française est toujours en vigueur jusqu'en 1884). Les thèses des socialistes de la Chaire sont connues en France, puisqu'elles constituent pour une grande part, les sources théoriques de la pensée sociologique de Durkheim. Il ne s'agit pas ici de rouvrir un débat animé sur les influences germaniques et organicistes de la sociologie durkheimienne (un procès à charge lui a été intenté à partir des années 1907-1908, lors duquel il s'est assez mal défendu), mais de comprendre le sens des positions de cette école, qui, à partir des années 1885-1886 n'est certes pas un monolithe théorique, mais dont l'héritage savignien tient bien corseté dans l'organicisme social. Durkheim n'est d'ailleurs pas le seul universitaire français à être séduit par les thèses des Ecoles historiques. Maurice Hauriou, dans une certaine limite, Léon Duguit ou encore François Gény (DEROUSSIN, 2013 : 153) dans le domaine de la doctrine juridique, sont réceptifs aux théories allemandes (DIGEON, 1959). La méthode inductive a, par ailleurs, eu son théoricien français dans la personne de Frédéric Le Play. En Allemagne, au début des années 1880, les socialistes de la Chaire « *détiennent le pouvoir intellectuel ; ce sont eux dont le verbe résonne le plus fort dans les débat du moment* » (ASSOUN, 1976 : 963). Qui sont-ils et quelle est leur sociologie ?

> « Le Kathedersozialismus a deux chefs, Gustav Schmoller et Adolph Wagner. Ils prolongent l'inspiration générale de l'historicisme allemand, né, au début du siècle sous l'égide, juridique, de Savigny, économique de List. Mais vers 1875, la première école historique, fondée par Roscher et incarnée par Hildebrand et Knies, est recouverte par une seconde vague qui prétend radicaliser l'historicisme. La philosophie commune de ces divers courants est la critique de l'universalisme abstrait du vieil édifice juridique et économique de l'Aufklärung. Mais au tournant du dernier quart du siècle, l'historicisme cherche visibiblement un nouveau souffle dans l'Empire nouveau. Schmoller se démarque de Roscher plus qu'il ne le prolonge […] De fait, le Verein für Sozialpolitik, fondé dès 1872 par Schmoller, se veut aussi rigoureusement scientifique que radicalement pragmatique. Son fondateur sera tout naturellement membre du Conseil d'Etat de Prusse. » (ASSOUN, 1976 : 963)

Pour Durkheim, « ce qui caractérise la nouvelle école économique, c'est un rapprochement intime de l'économie politique et de la morale qui a renouvelé ces deux sciences à la fois » (DURKHEIM, 1887 : 34). Tout se concentre sur la notion de *Volkswirtschaft* définie comme : « ensemble organisé unitairement des économies individueles et corporatives qui existent

dans un Etat, tantôt juxtaposées, tantôt superposées [99]» (SCHMOLLER, 1902 : 247) ou « ensemble considéré comme un tout fermé, des économies individuelles indépendantes, unie par l'articulation du travail et en relation entre elles, suivant une réglementation déterminée du droit économique […] chez un peuple organisé en Etat » (WAGNER, 1909 : 14-15). Chez Schmoller, le principe de l'économie politique n'est pas économique mais, comme chez F. List, mais morale. La notion de *Volk* (peuple ou nation) la synthétise :

> « Le génie de la langue a trouvé ici, comme à l'ordinaire, l'expression juste, beaucoup mieux que ne le font les subtilités des savants à la recherche d'idées nouvelles. En faisant précéder le mot Wirtschaft (ménage) du mot Volk (nation, peuple), il a créé avec le mot Volkswirtschaft un nom collectif qui est en même temps un nom individuel comprenant sous ce terme les éco-nomies particulières de tout un peuple, il montre par là même que toutes ces économies forment entre elles un groupement que l'on peut et que l'on doit considérer comme aussi réel que la famille, la commune, l'Etat. Le mot Volk (nation) signifie ici, d'une part, ce qui unit les membres d'une natio, d'un populus, et, d'autre part, tous les liens psychiques et moraux qui unissent les hommes. L'économie nationale dégage des phénomènes économiques leur côté social, qu'elle considère en lui-même, en rejetant à l'arrière plan tout ce qui dans ces phénomènes économiques appartient à la technique ou à l'économie domestique ; de même dans les phénomènes sociaux et politiques elle ne considèrera que ce qui a un caractère proprement économique. On s'est d'abord servi en Allemagne du mot Staatswirtschaft (économie publique) ; mais on l'a très justement remplacé par celui de Volkswirtschaft (économie nationale), car il aurait pu laisser supposer que la puissance publique doit prendre la direction de toute l'activité économique. L'interprétation littérale du mot Volkswirtschaft, à savoir que la nation dirige son économie tout comme un particulier la sienne, a conduit également à des opinions erronées, qu'il est facile d'éviter, pourvu que l'on prenne le mot dans son sens exact et que l'on s'attache à ce qu'il y a d'essentiel dans les idées qu'il éveille. » (SCHMOLLER, 1902 : 245)

Schmoller, dans la tradition organiciste savigienne, définit le *Volk* non comme une volonté collective consciente, politique et contractuelle, mais comme une entité organique :

> « […] ayant une origine commune, mêmes moeurs et même morale, le plus souvent aussi soumis au même droit et reconnaissant la même Eglise, ayant la même histoire et la même constitution politique, et qui sont liés entre eux par des milliers et des millions de liens plus étroits que ceux qu'ils ont avec les membres d'autres nations. […] Il n'y avait

[99] Plus précisément : « *Nous pouvons donc définir l'économie nationale (Volkswirstchaft) : l'ensemble organisé unitairement des économies individuelles et corporatives qui existent dans un Etat, tantôt juxtaposées, tantôt superposées, y compris l'économie financière de l'Etat ; nous considérons cet ensemble comme le système unitaire des institutions et des arrangements économiques et sociaux de la nation ; nous voyons dans ce système un tout réel unitaire, malgré l'indépendance des parties, en ce qu'il est dominé par des causes psychiques et matérielles unitaires, en ce que toutes ses parties dépendent d'une façon étroite les unes des autres, et que ses organes centraux exercent des effets manifestes sur toutes les parties, en ce que chaque économie nationale prise dans son ensemble, comme tout autre être individuel, demeure tel malgré le changement permanent de ses parties, en ce que tous les changements de la même économie nationale sont comme des moments du développement du même être.* »

> autrefois de forte cohésion psychique intime qu'entre les membres de la même famille, de la même commune, de la même tribu ; elle existe aujourd'hui entre tous les membres d'une même nation. Il y a dans chaque nation tout un ensemble de sentiments communs, d'idées communes, qui forment ce que nous appelons l'esprit national (Volksgeist) ; il trouve son expression dans la communauté des moeurs, des aspirations, des volontés ; il préside à toute leur activité, et même à leur activité économique. Dans le grand nombre des cercles concen-triques et excentriques d'harmonie psychique qui créent dans la vie morale de la société des forces centralisées et des centres de forces, le cercle que nous désignons sous le nom de nation (Volk) est le plus élevé et le plus puissant ; à côté de lui il en est d'autres plus vastes - la communauté internationale - et d'autres plus restreints, qu'il renferme et domine, et qui parfois sont en antagonisme avec lui. Mais il est le plus important, celui qui crée entre tous les membres de la nation une grande unité de pensée et de vouloir ; c'est à cette force centralisatrice, dont l'action est en partie consciente et en partie inconsciente, que l'on pense quand on parle de la nation au sens le plus élevé de ce mot. Dans ce sens l'économie nationale constitue une unité qui repose sur des forces psychiques, sur leur concentration et sur leur harmonie. » (*op. cit.:* 246)

Cette conception en « cercles » (*Kreise*) concentriques est héritée de l'organicisme de Savigny et stahlien. Martin O'Malley, dans un article consacré au principe de subsidiarité chez Ketteler, opérait un rapprochement entre *subsidiarité catholique* et conception organiciste. Citant James Q. Whitman, il explique :

> « They respected and preserved essential elements of what Whitman describes as the medieval choice-of-law universe. His description of the ius commune reveals the basic logic of subsidiarity : « This universe, as first conceived in Italy, was made up of concentric sovereign circles. As a rule, the innermost circles, the realms of local customs and local statutes, were realms of local and personal law, embodying the rights of litigants. Courts would always recognize those rights if their applicability could be proven, sometimes giving local customs prioriry over local statutes, sometimes giving local statutes priority over local customs. However, if the applicability of local or personal rights could not be proven, the court would move outward in the universe of concentrie circles [...] the choose a legal system of a larger territory. […] The term "ius commune" referred to the wider of any two circles, the higher of any two bodies of law. » (O'MALLEY, 2008a : 28)

Dès lors, la notion de subsidiarité peut être replacée comme la pièce importante d'une conception sociale fondée non sur le modèle d'une hiérarchie ascendante ou descendante, mais bien symbiotique : chaque communauté (publique ou privée) est un micro-Etat, une personnalité à part entière qui participe de la société en général et en constitue un membre. Les fins (*Zwecken*) de chaque communauté et de leurs membres sont subordonnées au Bien Commun. La référence au cercle chez Roscher participe également de cette conception. La théorie économique des socialistes de la Chaire n'est donc pas positiviste. La méthode inductive, essentiellement statistique (impulsée par Roscher) est au service d'une conception

holliste de la société. C'est ce qui fera dire à C. Menger que :

> « La nouvelle école économique ne remplace pas l'ancienne, mais se contente de porter des jugements moraux sur les vérités établies par cette dernière. » (MENGER, 1883, cité par DURKHEIM, 1884 : 36)

Durkheim, à l'inverse, en 1884, témoigne son adhésion aux thèses des socialistes de la Chaire :

> « Pour eux, la société est un être véritable, qui sans doute n'est rien en dehors des individus qui le composent, mais qui n'en a pas moins sa nature propre et sa personnalité. Ces expressions de la langue courante, la conscience sociale, l'esprit collectif, le corps de la nation, n'ont pas une simple valeur verbale, mais expriment des faits éminemment concrets. Il est faux de dire qu'un tout soit égal à la somme de ses parties. Mais par cela seul que ces parties ont entre elles des rapports définis, sont assemblés d'une certaine manière, il résulte de cet assemblage quelque chose de nouveau, un être composé assurément, mais qui a des propriétés spéciales et qui peut même, sous de certaines conditions, prendre conscience de soi. La société ne se réduit donc pas à la masse confuse des citoyens. Comme d'autre part l'être social a des besoins qui lui sont propres et que parmi ces besoins il en est de matériels, il institue et organise, pour les satisfaire, une activité économique qui n'est celle ni de tel ou tel individu ni de la majorité des citoyens, mais de la nation dans son ensemble. Voilà ce qu'il faut entendre par ce mot de *Volkswirtschaft* dont nos économistes n'ont pas toujours vu le sens et qui pourtant résume et caractérise toute cette philosophie économique. "La *Volkswirtschaft*," dit M. Wagner, "est, au même titre que le peuple, un tout réel. Les économies privées (*die Einzelwirtschaften*) en sont je ne dirai pas les parties, mais les membres. » (DURKHEIM, 1884 : 38)

Ce qui demeure le plus surprenant dans cette analyse de Durkheim, est que les concepts de *Volksgeit* ou de *Volkswirschaft*, dont on voit bien qu'ils ne relèvent pas d'une observation scientifique mais de mots d'ordres corporatistes, expriment chez lui, « *des faits éminemment concrets* », alors même que plus loin, il concède que ces notions participent également d'un certain « *mysticisme* » (*op. cit.* : 40). La conception développée par les socialistes de la Chaire n'est pas seulement mystique, mais autoritaire. Sur le plan de la libre association en particulier, Schmoller s'appuie essentiellement sur les positions développées par Roscher : « *Roscher, un homme d'une si grande réserve, dit en parlant des syndicats, qu'ils ne sont pas une simple importation anglaise* », qu'il cite à de nombreuses reprises :

> « Ils peuvent […] en émulation pacifique avec les associations rivales des employeurs, satisfaire l'un des plus grands besoins de notre époque centralisatrice, rétablir une puissance intermédiaire entre l'Etat et l'individu. » (ROSCHER, cité par SCHMOLLER, 1902 : 160)

Les syndicats sont donc des corps intermédiaires. Ailleurs, il cite également L. Brentano dans

la *Question ouvrière* :

> « Brentano expose qu'en perfectionnant les contrats de travail et les associations ouvrières, il n'y aura pas de raison pour demander pour l'avenir une autre organisation sociale que celle qui existe aujourd'hui, à la condition d'avoir à faire à des entrepreneurs intelligents et à des syndicats ouvriers bien organisés. » (SCHMOLLER, 1902 : 21)

Dans la première partir de son ouvrage, Schmoller se défend, dans une réponse aux accusations de socialisme proférées par Heinrich von Treischke (historien proche de Bismarck), contre le *Verein für Sozialpolitik* (Association pour une politique sociale, regroupement actif des universitaires membres des *Kathedersozialisten*). La politique sociale défendue par l'Ecole historique d'économie, n'a pas seulement été à l'origine des premières lois sociales bismarckiennes, elle s'accompagne, concrètement, du développement des premiers « *Vereine* », associations d'assistance privées élevées au rang d'organisations poursuivant des missions de service public. Nous ne pouvons étudier dans le détail, les thèses des socialistes de la Chaire, qui mériteraient plusieurs volumes. Nous avons en charge de suivre le parcours d'une unité et de ses dérivés. Nous signalons toutefois les occurrences, en particulier chez Schmoller et par dizaines, des premières occurrences de la *juste répartition des revenus, des richesses et des biens* :

> « A la page 326, passage que vous visiez probablement, je dis combien une répartition inégale des biens était nécessaire à l'origine de la civilisation, afin de créer ces anciennes aristocraties, que j'appelle les pionniers de la civilisation. » (SCHMOLLER, 1902 : 22)
> « […] Frayer la voie à une plus juste répartition de la propriété dans l'avenir. » (*op. cit :* 70)
> « […] Cette école a – comme toute autre remarquable philosophie de l'Etat - toujours réservé une place à la juste répartition des biens. » (*op. cit* : 71)
> « […] Vous sacrifiez volontiers le principe d'une juste répartition des richesses. » (*op. cit.* : 83)

4.5. Adolph Wagner (1835-1917)

Concernant la désignation *subsidiarité*, elle est présente très tôt chez Adolph Wagner, à de multiples occasions dans son œuvre majeure, les *Fondements de l'Economie Politique*. L'unité *subsidiär* est employée dans des contextes thématiques divers (finances, assistance publique, droit d'expropriation), en référence la plupart du temps aux travaux des héritiers de l'école historique du droit (Beseler et Laband). Les principales occurrences concernent cependant les questions de l'intervention publique dans le domaine de l'économie et en particulier dans l'assistance aux pauvres, du droit « subsidiaire » à l'*existence*, au *travail*, à l'*amélioration des conditions d'existence* :

(219) « Diese Ausgestaltung des Freiheitsprincips zu diesen als Consequenzen aus ihm abgeleiteten individuellen Freiheitsrechten führt dann aber in weiterer Consequenz auch zu einem anderen Hauptprincip des ganzen modernen privatwirthschaftlichen Systems, nemlich zu demjenigen der alleinigen und vollständigen ökonomischen Selbstverantwortlichkeit des Individuums. Wie wenig dieses Princip haltbar ist, hat sich nicht nur in der historischen Entwicklung des Armenrechts, sondern auch in der Nothwendigkeit der Anerkennung des **(wenigstens subsidiären)** Rechts auf Existenz für unsere Zeit (I, §. 271, 272) gezeigt. Es wird namentlich aber auch durch die Würdigung der Verhältnisse und Einflüsse, welche unter dem Namen „wirtschaftliche Conjunctur" zusammengefasst werden, zumal in heutiger Zeit erwiesen (I, §. 165—169). Es genügt, hier auf die bezüglichen Ausführungen im 1. Theile, auch auf die mit hierher gehörigen über die Organisation der Volkswirtschaft (Buch 5) und den Staat (Buch 6) zu verweisen. Doch wird die Frage auch im Folgenden noch mit berührt. » (WAGNER, 1894 : 93)

Ce développement du principe de la liberté, avec ces droits individuels de la liberté qui en sont déduits, conduit aussi à un autre principe essentiel de tout le système moderne économique privé, à celui de la responsabilité économique personnelle, unique et complète de l'individu. Non seulement l'évolution historique du droit des pauvres, mais encore la nécessité de reconnaître à notre époque le droit (au moins subsidiaire), à l'existence (III, § 271, 272), montrent combien peu ce principe est soutenable. Mais, on peut aussi notamment le démontrer en étudiant l'état et les influences désignés par l'expression « conjoncture économique », surtout à notre époque (II, § 165-1G9). Il suffit de renvoyer ici aux développements connexes de la première partie et à ceux où l'on étudie l'organisation de l'économie nationale (III, Liv. V) et l'Etat (III, Liv. VI). Néanmoins on touchera encore à cette question dans la suite. (Trad. de POLACK, 1909 : 411)

(220) « Nicht zu übersehen ist auch, dass die Frage des Zugrechts mit jenen Maassregeln zur Regelung der Einkommenvertheilung zusammenhängt, welche mehr oder weniger bestimmt im modernen Culturstaate als nothwendig anerkannt zu werden und in der That in der Gesetzgebung und Verwaltung durchzudringen beginnen : das (**wenigstens subsidiäre**) Recht auf Existenz, das Recht auf Arbeit, die weitere Verbesserung der ökonomischen Lage der unteren Classen und die Theilnahme derselben an Cultargütern, mit Hilfe positiver Social-, Wirthschafts-, Finanzpolitik (I, §. 271 ff., 277 ff.). » (op.cit. : 135)

[Il faut noter aussi que la question du droit de déplacement est en rapport avec les mesures de réglementation de la répartition des revenus, dont la nécessité commence à être reconnue d'une façon plus ou moins marquée dans l'Etat civilisé moderne et à pénétrer en fait dans la législation et dans l'administration ; d'où le droit **(au moins subsidiairement)** à l'existence, au travail, l'amélioration progressive de la situation économique des classes inférieures et la participation de celles-ci à tous les biens de.la civilisation, à l'aide d'une politique sociale, économique et financière positive (II, § 271 sq., 277 sq.). (Trad. de POLACK, 1909 : 411)

Une référence également au droit « subsidiaire » d'expropriation à des fins d'intérêt public, qui fonde, négativement, l'absolu droit de propriété comme relevant lui-même de l'intérêt public bien compris :

(221) « § 232. - C. Am Wichtigsten ist aber der dritte Punct. Der individualistischen Jurisprudenz ist weder eine genügende Begründung, noch eine ausreichende Begrenzung jenes Rechts gelungen.

1. Die rein privatrechtliche Auffassung muss in demselben eine mit allen ihren Anschauungen über Privateigenthum und dessen Unverletzlichkeit unvereinbaren Widerspruch sehen, erkennt es daher nur als ein „anomalisches Recht" (jus singulare) an und verkennt hiermit Natur und Bedeutung dieses Rechts.

1) Denn dieses braucht zwar nur ausnahmsweise und **subsidiär**, wenn der erstrebte Zweck vertragsmässig nicht erreicht wird, in Anwendung zu kommen, aber es enthält selbst ein allgemeines Rechtsprincip für die gesammte Privateigenthumsordnung. Dieses Princip folgt mit Notwendigkeit aus der Natur der Staatsgesellschaft innerhalb deren das Privateigenthum überhaupt nur diejenigen Rechte giebt und denjenigen Verpflichtungen unterworfen ist, welche aus der stets mit maassgebenden Rücksicht auf die Geraeinschaft folgen.» (WAGNER, 1894 : 537)

§ 232. - C. Mais ce qu'il y a de plus important, c'est le troisième point. La législation individualiste n'a réussi ni à donner un fondement satisfaisant au droit d'expropriation, ni à en bien déterminer les limites.

1. La conception purement de droit privé doit voir dans le droit d'expropriation une contradiction inconciliable avec toutes ses idées sur la propriété privée et son inviolabilité, aussi ne l'admet-elle que comme un « droit anormal » (jus singulare), méconnaissant ainsi la nature et l'importance de ce droit (1), Car on ne doit y recourir que par exception et subsidiairement, quand le but assigné ne peut être atteint par voie

> de contrat, mais il renferme lui-même un principe juridique général pour toute l'organisation de la propriété privée. Ce principe se déduit nécessairement de la nature de l'Etat, de la société au sein de laquelle la propriété privée ne donne en somme d'autres droits, n'est soumise à d'autres servitudes que celles que réclame l'intérêt.de cette société. (Trad. de POLACK, 1909 : 411)

4.6. Paul Laband : Etat de droit formel et organicisme social

Paul Laband n'appartient pas à l'Ecole historique d'économie. Toutefois, il peut être intéressant de le lire pour illustrer comment l'Etat bismackien, à partir de 1880, réalise les préconisations de l'Ecole historique d'économie en matière de droit social. Dans son son principal ouvrage publié entre 1876 et 1885, *Le Droit public de l'Empire allemand,* et traduit en français en 1900 par F. Larnaude, Laband expose notamment les motifs et la logique de l'Etat de droit social mis en place par le gouvernement allemand. Dans cet ouvrage, nous avons relevé à plusieurs reprises l'emploi du substantif, dès lors qu'il s'agit de désigner l'action de l'Etat et plus largement du droit public, en matière de droit social. Son argumentation est intéressante. Dès l'introduction du chapitre 12 consacré aux « Affaires intérieures de l'Empire » et spécialement « aux assurances ouvrières contre la maladie, les accidents, l'invalidité et la vieillesse » (tome IV), Laband explique qu'au regard des prérogatives de l'Etat de droit dans la préservation des rapports de droit privé, en toute logique, le droit social devrait lui être directement rattaché :

> « D'après le principe fondamental de l'économie privée en matière d'industrie et d'association, on laisse à l'individu le soin de prendre les dispositions de nature à le tirer d'embarras, dans le cas d'incapacité, momentanée ou durable, de travail, ou dans le cas de besoins particulièrement pressants. Le droit privé en fournit les moyens pratiques, soit par les différents modes de capitalisation individuelle, soit par la formation de sociétés ou de corporations dont l'objet est de partager les frais qui peuvent incomber à chacun des membres individuellement. Caisses d'épargne, rentes, pensions, caisses de prévoyance des maladies et des décès, compagnies d'assurances, d'autre encore, remplissent, tout en restant dans les limites strictes du Droit privé et en se limitant aux formes et aux moyens du droit des obligations, une fonction de politique sociale. » (LABAND, 1900-1904 : 2)

Ainsi, dans le respect strict de la primauté de l'économie de marché et dans l'absolu, il serait souhaitable que la « fonction sociale » appartienne en propre au domaine privé. La société civile fournit les instruments juridiques nécessaires à l'intérêt collectif et individuel. En tout état de cause poursuit-il :

> « […] de la part du droit public, cette assistance du droit privé, abstraction faite de l'assistance judiciaire, ne trouve son complément que dans l'assistance publique des indigents. Il est vrai que le droit privé fournit, pour tous les besoins, la possibilité juridique d'assurer cette assistance à l'individu, soit pour lui-même, soit pour les siens. » (LABAND, 1900-1904 : 4)

Puisque le droit privé fournit tous les moyens nécessaires à l'assistance, il ne devrait donc pas appartenir à la puissance publique de s'acquitter des prérogatives sociales. Néanmoins, poursuit Laband, le droit privé « *ne procure aucune assistance effective* » en ce qu'il suppose que « *l'individu fait volontairement usage des moyens qui lui sont fournis* », or :

> « […] l'expérience enseigne qu'il n'en est ainsi que dans un nombre insuffisant de cas. La situation économique, les habitudes de vie et le degré de culture de la grande masse de la population ouvrière sont des obstacles insurmontables à ce qu'elle pourvoie à ses besoins et se garde contre l'indigence. » (*op.cit.* : 4)

En somme, au nombre des raisons qui empêchent les masses ouvrières de souscrire à une assurance privée, figure, certes l'argument économique, mais surtout le manque de culture. C'est pourquoi, poursuit Laband :

> « Il faut que la puissance publique vienne à son aide, et exerce une contrainte sur l'individu en vue de la mise en réserve des moyens indispensables à sa subsistance lorsque l'individu se trouvera dans l'incapacité de travailler. » (*ibid.*)

Le devoir d'assistance ne consiste pas dans une forme de solidarité ouvrière (de type mutualités collectives), ni dans une forme de compensation au titre de l'exploitation de la main d'œuvre ouvrière, encore moins dans celui d'exercer une contrainte sur l'employeur lui-même, mais bien dans le pouvoir de coercition de l'Etat à l'égard du travailleur lui-même. Si l'Etat s'acquitte de cette tâche, malgré les préceptes du droit privé, c'est qu'il s'agit bien de sauvegarder l'Etat lui-même. Ainsi, les dispositions prises par l'Etat bismarckien consistent dans une politique du moindre mal :

> « L'Etat est matériellement autorisé à exercer une contrainte de cette nature, c'est qu'en effet l'indigence économique de la classe de la population de beaucoup la plus nombreuse et le mécontentement provoqué par cette indigence constituent un malaise qui compromet considérablement la santé du corps social tout entier, et qui menace de graves dangers le bien-être, la puissance et l'existence même de l'Etat. » (*op. cit.* : 5)

Cette formulation a cela d'intéressant qu'elle montre la vérité du *Wolhfahrtsstaat* : l'Etat n'existe pas pour assurer le bien-être du peuple, mais le bien-être du peuple est garanti pour assurer le maintien de l'Etat, et avec lui, de sa puissance et du « corps social tout entier » et en premier lieu, la sphère du droit privé.

Laband explique les moyens par lesquels l'Etat peut exercer ce droit de contrainte sur l'individu (ou plutôt sur le travailleur) :

> « L'Etat peut se borner à obliger le particulier, par voie législative, à s'assurer contre des besoins éventuels, abandonnant au droit privé les mesures effectives de prévoyance, de telle sorte que des corporations, des institutions ou des sociétés, d'un caractère de droit privé, se chargeront de recouvrer et d'administrer les cotisations à percevoir et de verser ensuite les secours. C'est de cette manière par exemple, que le premier projet de loi sur les assurances contre les accidents, présenté au Reichstag en mars 1881, envisageait la question. » (*Ibid.*)

Laband explique bien que les premiers projets de lois sociales allemandes, fondatrices de l'Etat de droit social allemand, préconisaient l'obligation de souscription à des assurances privées, les députés du Reichstag se contentant d'organiser juridiquement ces institutions et par là même d'intaurer un nouveau grand marché de l'assurance. Mais, Laband poursuit en expliquant que cette forme de contrainte est :

> « […] insuffisante, car elle ne fournit aucunement la certitude qu'il est satisfait, réellement et complètement par les intéressés, à leurs obligations réciproques d'un caractère de droit privé. » (*Ibid.*)

Laband a donc conscience qu'une loi sur les assurances ne garantirait ni à leur adhésion de fait par les salariés, ni aux assurances, le versement réel des secours. Le problème est bien connu en droit des assurances. « *En d'autres termes, elle ne les protège pas suffisamment contre les dangers qui dérivent pour eux de leur propre liberté de contracter* » (*op. cit.* : 6). Comment protéger contre eux-mêmes les libres contractants ?

L'Etat est contraint :

> « […] d'étendre davantage la contrainte, d'instituer les établissements nécessaires à la mise en œuvre réelle de la prévoyance, et, dans la mesure où les circonstances l'exigent, à les administrer lui-même. » (*op. cit.* : 7)

C'est bien malgré lui, et par le jeu même de la liberté contractuelle, que l'Etat est, lorsque les circontances l'exigent, contraint d'instituer des organismes publics de prévoyance. Cette prudence vis-à-vis des circonstances « *les obligations et les devoirs institués par l'Etat* » (et non les devoirs de l'Etat) « n'ont pas besoin d'être complètement soustraits au Droit privé et d'être transformés en obligations exigées dans l'intérêt public ». Mais rajoute-t-il :

> « Le droit privé est pourtant alors, dans une large mesure, rejeté au second plan par le Droit public ; sur un grand nombre de points, il est si étroitement lié au Droit public, qu'il

> est à peine possible de distinguer nettement l'élément de droit privé de l'élément de droit public et de les exposer séparément. » (*op. it.* : 6)

A titre d'exemple de cette fusion des éléments public/privé, Laband cite notamment « *les lois dites sur les assurances ouvrières de l'Empire allemand* » (*ibid.*). L'autre difficulté soulevée par Laband relève des compétences teritoriales :

> « De la Constitution fédérale de l'Empire résulte en outre une autre différence importante au point de vue du droit public. Dans la mesure où il est nécessaire de recourir à la puissance publique pour assurer l'application des lois impériales, le droit et l'obligation d'intervenir reviennent soit aux Etats particuliers, soit à l'Empire. Même à cet égard, les différentes lois de l'Empire présentent des divergences de principes. Pour ce qui est de l'assurance aux maladies, l'Empire n'empiète pas sur les prérogatives administratives des Etats particuliers ; mais pour les assurances contre les accidents et contre la vieillesse, l'Empire s'est réservé la faculté d'intervenir plus activement ; encore son initiative s'exerce-t-elle de façon fort différente dans les diverses branches. » (LABAND, 1900 : 7)

C'est à partir de cet instant que pointent, dans l'argumentaire de Laband, les vertus de l'approche subsidiariste. Il s'agit donc d'emblée de considérer dans quelle mesure l'assistance publique va pouvoir être mise en œuvre, *a minima*, aussi bien pour l'Empire, en rejetant la responsabilité sur les Etats particuliers, que pour la puissance publique en général en se délestant de certaines missions sociales auprès d'organismes de droit privé. Les principales occurrences de la *subsidiarité* de l'Etat apparaissent chez Laband dans plusieurs contextes : celui des assurances sociales ouvrières et dans le domaine judiciaire, au sein de son principal ouvrage, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, publié à partir de 1876. Le substantif employé dans la version allemande de l'œuvre n'y a pas été traduite par *subsidiarité* mais par un syntagme nominal *le caractère subsidiaire* et par un syntagme adverbial *de manière subsidiaire*.

Ainsi, nous pouvons lire, dans le chapitre sur l'Organisation du pouvoir judiciaire de l'Empire, § 105, section VII :

> (222) « Wenn Personen zur Erstattung von Gutachten gewisser Art öffentlich bestellt sind, so sollen andere Personen nur dann als Sachverständige berufen werden, wenn besondere Umstände es erfordern (1); hierin liegt die Anerkennung der Subsidiarität der gesetzlichen Begutachtungspflicht.» (LABAND, 1900-1904 : 182)

Ce passage a été traduit par Ferdinand Larnaude de la manière suivante :

[Quand il y a des personnes officiellement instituées pour donner leur avis sur certains sujets, on ne doit appeler comme experts d'autres personnes que si des circonstances particulières l'exigent (1). Cette disposition implique une reconnaissance du caractère subsidiaire de l'obligation légale de donner un avis.]

Il est manifeste que dans un certain nombre de contextes, le terme *subsidiarité* désigne bien un concept juridique, en fait ici judiciaire. Les occurrences les plus intéressantes dans ce volume regardent toutefois la nature des institutions d'assurance maladie. L'auteur explique en effet :

(223) « Bei den Betriebs- (Fabrik-) und Vaukassen sind die Gemeinde- und die Ortskrankenkassen (caisse régionale de maladie als Surrogate ausgeschlossen und die **Subsidiarität** besteht nur gegenüber den Innungs-, Knappschafts- und Hülfskassen). » [La substitution des caisses communales et régionales de santé par des caisses d'enteprise (de fabrique) ou de ? et la subsidiarité s'applique seulement aux caisses corporatives, aux caisses des mines et aux caisses d'assistance]

4.7. Bismarck : « Messieurs les démocrates joueront vraiment de la flûte, lorsque le peuple s'apercevra que les princes se préoccupent de son bien-être. »

Puisque nous avons suffisamment de données attestant de l'esprit subsidiariste des lois sociales bismarckiennes, en particulier les commentaires de Laband et plus encore de Paul Rosin, nous ne développerons que succintement cette question. Le caractère autoritaire de ces lois, qui empruntent les mêmes motifs coercitifs que professe Roscher en 1894, a été à de nombreuses reprises soulevé :

« Sur le plan politique, on connait par ailleurs la volonté explicite du chancelier Bismarck pour contrecarrer la puissance montante du mouvement socialiste en intégrant le prolétariat dans l'Empire. A partir de 1881, inspiré par les solutions préconisées par les socialistes de la Chaire, Bismarck se consacre à la création d'un système d'assurances sociales qui va contribuer à renforcer la puissance industrielle et à maintenir la paix sociale du pays. Une série de lois successives instituent les assurances sociales ouvrières obligatoires. La participation financière de l'Etat demeure faible, tout comme son intervention administrative. L'Etat fournit au système l'appui de son monopole de la contrainte […]. L'originalité profonde de l'Etat social ouvrier consiste à établir une distinction cruciale entre les pauvres et les ouvriers et à privilégier les seconds. Le secours aux pauvres continue à reposer sur l'examen strict des besoins et des ressources, le

caractère volontairement limité de l'aide, la subsidiarité par rapport à la nécessaire solidarité familiale, la déchéance civile et politique de celui qui n'est plus libre puisqu'il vit dans la charité publique. » (HERMET, 2005 : 10)

Nous n'avons pas encore circonscrit l'ensemble des discours publiés du chancelier Bismarck. Il faut noter toutefois que son emploi de l'adjectif est relativement régulier, et non uniquement dans le domaine social. Il l'est également dans ses discours qui portent sur les questions constitutionnelles. A titre d'exemple, dans une allocution parlementaire de 1867 portant sur « la compétence et la composition du Bundesrat » (*Die Kompetenz und die Zusammensetzung Bundesrat*), Bismarck explique :

(224) « Das daraus eine subsidiäre Geltung des früheren Bundesrechts deduziert werden könnte, muss ich entschieden in Abrede stellen. Gerade, wenn es hier nicht ausdrücklich erwähnt und dennoch genau die Stimmenzahl des früheren Bundes-Plenums gewählt wäre, könnte man eher auf die Vermutung kommen, dass im allgemeinen das frühere Recht eine gewisse subsidiäre Bedeutung haben solle. » (BISMARCK, 1867 : 175-176)

[La validité subsidiaire de la loi fédérale antérieure pourrait être déduite, j'ai décidé de le refuser. En particulier car si elle n'est pas explicitement mentionnée et qu'elle a été votée par l'assemblée fédérale antérieure, on devrait alors faire l'hypothèse qu'en général, toute loi antérieure devrait avoir une importance subsidiaire]

Chapitre 13

Le parti noir allemand et le *subsidiäres Recht der Kirche*

Les thèses de l'économie nationale font écho chez les catholiques allemands, mais également chez les catholiques européens. Mais le nationalisme inhérent aux thèses de l'Ecole historique du droit et de l'école historique d'économie, pose problème, non pour des raisons de désaccords doctrinaux, mais parce que les catholiques sociaux, qu'ils soient allemands, français, italiens ou belges, sont des ultramontains : ils défendent l'orientation en faveur de la primauté spirituelle et juridictionnelle du pape sur le pouvoir politique (en matière religieuse et notamment de nomination des évêques). C'est par ultramontanisme, après l'arrestation de l'évêque de Cologne von Droste (1834), que Ketteler démissionne de ses fonctions publiques et entre au séminaire. Dans ces conditions, l'alliance avec des juristes et des économistes qui défendent essentiellement la politique impérialiste de Bismarck est relativement difficile avant la fin du *Kulturkampf* et l'alliance du *Zentrum* et des nationaux-libéraux (parti de Bismarck) autour de la répression contre la social-démocratie à partir des années 1880.

1. L'ultramontanisme allemand

L'ultramontanisme est né de la Révolution française et des premières remises en cause des territoires pontificaux (Comtat Venaissin et d'Avignon), c'est-à-dire avec l'encyclique de condamnation des droits de l'homme et du citoyen (*Adeo Nota*, 1791). Il se renforce, en France et en Allemagne tout au long du 19e siècle, en lien avec les processus révolutionnaires italiens et des guerres successives qui réclament l'intervention systématique des puissances catholiques européennes au secours du pape (en particulier Napoléon III). Dans les années 1860, Pie IX convoque le premier Concile Oeucuménique du Vatican (Vatican I) et proclame

le dogme de l'infallibilité pontificale (1869). Ce concile est toutefois interrompu par l'entrée dans Rome des troupes du roi Victor Emmanuel II (Prince du Piémont) en 1870. A cette date, le pape est exproprié de l'ensemble des Etats Pontificaux et Rome est annexée au royaume d'Italie. La réaction des catholiques européens est à la hauteur de l'attaque. Quelques semaines après l'entrée des troupes dans Rome, le principal représentant du Parti Catholique allemand (*ZentrumsPartei*), Ludwig Windhorst fait une allocution au Landtag du Hanovre :

> « L'occupation permanente des États de l'Église et de Rome, de la part du gouvernement italien, constitue un attentat contre les droits de l'Église, une grave atteinte au principe du droit des gens et un empiétement intolérable sur la liberté du vicaire de Jésus-Christ. La restauration de la pleine indépendance du chef de l'Église catholique est exigée par la justice, et nécessaire dans l'intérêt commun des princes et des peuples. » (WINDTHORST, cité par BAZIN, 1896 : 278)

L'*Appel des catholiques* [européens] *en faveur du Saint-Siège*, est lancé le 8 octobre 1870 à l'initiative du fondateur de l'Union de Fribourg, l'évêque de Lausanne et de Genêve, Gaspard Mermillot. Il recueille les signatures des principaux catholiques allemands, Wilhelm Ketteler, Ludwig Windthorst, Hermann von Mallinckrodt, mais aussi des Autrichiens, le comte de Blöme, Karl von Vogelsang, les principaux annimateurs de l'Union, et en France, celle de René de La Tour du Pin, et d'Albert de Mun. La tension est à son comble. Or, en 1870, l'Empire de Prusse est fondé à Versailles. La guerre qui a opposé la Prusse de Bismarck à la France de Napoléon III, a conduit à la chute du principal protecteur de la puissance romaine et à l'éviction définitive de l'Autriche de l'Empire allemand. Dès lors, toutes les conditions de la répression anticatholique sont réunies en Allemagne. En 1871, le *Kulturkampf* est lancé : Bismarck fait rétablir le mariage civil et engage le processus de séparation de l'Etat et de l'Eglise. Il fait interdire les congrégations catholiques, fermer les églises. Les relations avec le Vatican sont rompues en mai 1872 : « Nach Canossa gehen wir nicht ! (Nous n'irons plus à Canossa !) » déclare Bismarck au Reichstag (BLED, 2011 : 58). En 1870, le *Zentrumspartei* est fondé :

> « Sous la menace de la persécution, au mois de décembre 1870, la fraction du Centre se forma à la Chambre des députés prussienne, et créa, en mars 1871, une filiale au Reichstag. Windthorst fit partie des deux groupes ; on retrouve son nom au bas de la proclamation que firent les membres du bureau du nouveau parti. Le 21 mars 1871 ; il figure à côté de ceux de Savigny, Mallinckrodt, Probst, P. Reichensperger, Karl de Löwinstein, Freytag. » (LESPINASSE, 1908 : 91)

Les catholiques allemands étaient, jusqu'à la bataille austro-prussienne de Sadowa (1866) et la victoire de la Prusse, des partisans de la « Solution Grande-allemande », c'est-à-dire

favorables à l'unification politique de l'Allemagne sous domination autrichienne. A partir de 1870, leurs principales prises de position consiste à affirmer la double culture allemande, protestante et catholique :

> « Mon honorable collègue a bien osé soutenir que la Prusse était un État évangélique qui pouvait à son gré régler le régime scolaire des catholiques. — Un simple lapsus, objecte-t-on. — Mais les lapsus de ce genre prouvent généralement ce qui se passe au fond du cœur. On ne les commet que quand on s'occupe tous les jours de telle ou telle pensée. Je tiens à le publier hautement devant toute l'Allemagne et au delà de nos frontières. Nous repoussons énergiquement la prétention d'un État prussien évangélique. La Prusse est un État mixte, et s'il cesse de l'être, il ne conservera pas l'hégémonie en Allemagne. C'est tout juste parce que le roi Frédéric-Guillaume IV a su régler les affaires religieuses avec tant de tact et inspirer une telle confiance à l'Allemagne, que la Prusse est arrivée à ce degré de grandeur. Détruisez l'œuvre de Frédéric-Guillaume et vous verrez les conséquences de votre acte. Croyez-vous donc que quinze millions de catholiques allemands soient disposés à accepter, en quelque manière, la suprématie d'un État exclusivement protestant ? Jamais ! » (WINDTHORST, cité par BAZIN 1896 : 258)

A cette époque le souci social n'est pas la préoccupation principale des représentants du *Zentrum*. Le catholicisme social est une mutation progressive de l'ultramontanisme. Le souci des pauvres et des travailleurs, à partir des années 1880 (et de manière plus précoce chez des catholiques isolés comme Ketteler en Allemagne, ou Ozanam en France) relève de la tactique pontificale. Avant les années 1870, les encycliques se contentent d'une condamnation des doctrines libérales, de l'athéisme, puis des doctrines communistes et socialistes. Les initiatives dans le domaine social relève d'interventions privées, créant souvent des réactions sévères du pape. Le prêtre Félicité de Lemennais, qui est ultramontain mais développe une pensée favorable aux insurrections populaires et exige des prises de positions pontificales, est condamné dès 1832 par l'encyclique *Mirari Vos* et excommunié. A partir des années 1870, sous l'impulsion des légitimistes français, des autrichiens et des catholiques allemands et suisses, est créée l'Union de Fribourg. Mais initialement, l'ensemble de ses membres se réunissent autour de *l'Appel des catholiques en faveur du Saint-Siège*, non autour de questions sociales :

> « L'Appel du 8 octobre 1870 n'était pas moins intéressant par son contenu. En rappelant que « dans l'état actuel des choses », la souveraineté temporelle constituait « l'indispensable condition pour le libre exercice de la puissance spirituelle », ses auteurs (en fait Mgr Mermillod lui-même) donnaient à comprendre que la cause pour laquelle ils se mobilisaient n'était pas sacrée en elle-même mais qu'elle était le seul moyen dans les circonstances présentes de garantir l'indépendance spirituelle et matérielle du Saint-Siège. L'argumentation d'autre part était habile. Loin de s'attaquer de front à l'héritage des Lumières, les signataires se plaçaient au contraire sur le terrain des libertés et du droit

pour réclamer la réparation de l'injustice commise. Ces notations ne sont pas sans importance si l'on songe à la reconversion qui s'opère dans les années quatre-vingt au service des droits des plus pauvres et des victimes du libéralisme. » (CHENAUX, 1997 : 260)

1.1. L'adhésion des catholiques aux thèses de l'historicisme juridique et économique

En France, les thèses des deux écoles historiques sont connues, depuis Frédéric Le Play, qui développe une doctrie relativement proche :

> « Frédéric Le Play avait joué un rôle important dans la conception « plénière »de l'Ecole historique du droit. Jusque-là en effet, les émules de Savigny, qu'il s'agisse d'Athanase Jourdan, d'Eugène Lerminier, de Firmin Laferrière, d'Edouard Laboulaye ou même d'Henri Klimrath, s'ils avaient acclimaté la méthode historique en réaction contre l'exégèse, n'avaient pas, pourtant, adhéré à la critique du principe même de la codification. Cette traduction entière des thèses de l'Ecole historique du droit sera le fait de Le Play, qui, remettant en cause l'idée même de codification, s'attache davantage à l'idée d'un retour au droit coutumier et au développement de jurisprudences locales. » (GUERLAIN, 2011 : 183-184)

Les principaux animateurs français de l'Union de Fribourg appartiennent à l'école Leplaysienne.

> « Parmi les membres de l'Union de Fribourg, on trouve, du côté français, René de La Tour du Pin-Chambly (1834-1924), Léon Harmel (1829-1915), Henri Lorin (1857-1924), tous trois membres de l'école de Le Play, affiliés à la Société internationale des études pratiques d'économie sociale (SIEPES) ou à une union de la paix sociale. La Tour du Pin était entré en contact avec Le Play au lendemain de la guerre franco-prussienne et avait fait siennes quelques-unes de ses idées. » (BOTOS, 2013 : 193)

Ils développent par conséquent des thèses très similaires sur l'organicisme social, la théorie des « corps intermédiaires ».

> « Dès 1882, un rapport préliminaire cosigné du comte de Bréda et du marquis de La Tour du Pin nous éclaire sur la nature de cette influence. Celle-ci concerne plus l'analyse de la crise sociale des sociétés européennes, autrement dit le diagnostic, que les solutions préconisées pour la résoudre. En effet, La Tour du Pin, à la différence de Le Play qui milite pour le patronage, y prône le retour au système des corporations qui serait la clef de l'amélioration du sort des prolétaires que l'auteur dénomme « le cinquième état », la paysannerie étant le quatrième. « *Dans le régime du travail, depuis la destruction de l'organisation corporative des métiers, le prolétariat tend à devenir pour toute l'Europe l'état normal des artisans, et surtout des ouvriers d'industrie ; il se développe dans ces masses sans foyer fixe des maux physiques et moraux inouïs jusqu'alors ; les statistiques officielles constatent que la levée*

militaire ne peut plus s'y exercer sur la moitié au moins des conscrits pour vices héréditaires provenant d'un sang corrompu. » » (*op.cit.* : 196)

René La Tour du Pin lui-même connaît très bien les thèses de l'historicisme allemand, dans ses dimensions juridiques et économiques. Il connaissait parfaitement les écrits de Savigny, auxquels il a pu être initié par Le Play. Pour autant, il n'y adhère pas intégralement, du moins en ce qui concerne la critique historiciste des droits naturels :

> « La notion de la justice, c'est-à dire de la conformité des relations humaines au droit naturel, n'est pas la même dans une conscience chrétienne, juive ou païenne, et c'est ainsi que l'école historique allemande, opposant une autre erreur à celle de l'école qui n'a pas la conception chrétienne du droit naturel, a été conduite par l'observation à enseigner qu'il n'y avait pas de droit naturel. » (LA TOUR DU PIN, 1942 : 106)

Il connaît également parfaitement les travaux de Friedrich List, contre lesquels il émet une première critique :

> « I) a été formellement reconnu au congrès que chaque État doit conserver son autonomie au sein de la fédération économique, en se couvrant par des tarifs différentiels selon les intérêts de sa production combinés avec les besoins de sa consommation, afin de former, lui aussi, pour nous servir du même terme, une a unité économique». C'est la doctrine de l'économie nationale, formulée par List, par opposition à celle de Smith et de J.-B. Say, pour ne nommer que les chefs d'école, et appliquée aujourd'hui par l'Allemagne d'une manière si redoutable pour la France et même pour l'Angleterre. » (LA TOUR DU PIN, 1942 : 54)

Les catholiques français connaissent les thèses allemandes, mais ils sont nationalistes, comme les allemands. Il est difficile, dans ces cas de construire une terminologie politique commune.

Dans un recueil de ses écrits, *Vers un ordre social chrétien, Jalons de route (1882-1907)*, René de La Tour du Pin explique :

> « Un homme d'État étranger venu à notre assemblée nous disait, en attirant notre attention sur cette concordance entre des langages d'origine si diverse, qu'il y avait là un puissant indice non seulement de vérité pour cette doctrine, mais d'avenir. » (LA TOUR DU PIN, 1942 : 39)

En effet, un nouveau langage se met en place à partir des années 1880. Mais, La Tour du Pin ajoute :

> « II faut bien le reconnaître, son langage [l'Union de Fribourg] n'est encore l'expression que de la pensée d'une poignée d'hommes, dont les efforts depuis onze ans n'ont été ni suivis ni même compris. » (*op. cit.* : 42)

Dans un article de 1997 sur les *Origines de l'Union de Fribourg*, Philippe Chenaux notait que les historiographes spécialisés, en particulier français, ont l'habitude de présenter l'Union de Fribourg comme la mère nourricière ayant accouché de l'encyclique de 1891 :

> « Le rôle de l'Union catholique d'études sociales et économiques, ou si l'on préfère de l'Union de Fribourg, ne manque pas d'être évoqué lorsqu'il est question de la genèse de l'encyclique Rerum novarum. C'est même devenu un lieu commun de l'historiographie du mouvement catholique social. » (CHENAUX, 1997 : 255-256)

En renvoyant aux données les plus connues, il note que les ouvrages dont sont issues les principales connaissances sur l'origine de l'Union, sont essentiellement catholiques, en particulier ceux de Jean-Marie Mayeur, *Catholicisme social et démocratie chrétienne. Principes romains, expériences françaises* (1986) ou de Robert Talmy, *Aux sources du catholicisme social. L'école de la Tour du Pin* (1963). Aussi, ajoute-t-il :

> « Rares sont pourtant les études précises sur le sujet. D'un article à l'autre, les historiens d'ordinaire se contentent de renvoyer leur lecteur à l'ouvrage fort ancien, et devenu pratiquement introuvable aujourd'hui, du chanoine Cyrille Massard intitulé *L'Œuvre sociale du cardinal Mermillod. L'Union de Fribourg d'après des documents inédits* (Louvain, 1914). Une thèse portant sur les contenus philosophiques et théologiques de la réflexion de ses membres a été présentée il y a peu aux États-Unis. Elle n'a, à ma connaissance, pas été publiée. C'est dire si le chercheur se trouve démuni lorsqu'il ambitionne de s'intéresser non pas tant à l'influence supposée des travaux de l'Union sur Léon XIII (question centrale et ô combien légitime) que plutôt à l'Union elle-même et à ses origines. » (CHENAUX, 1997 : 255)

On ne sait pas qui, précisément a rédigé *Rerum Novarum*. Mais, à l'époque de l'encyclique, même chez les catholiques sociaux allemands, et malgré un emploi massif de subsidiarité chez les économistes et les historiens des Ecoles historiques, la référence est absente.

1.2. La naissance de la terminologie allemande du catholicisme social

Avant 1880, la terminologie du catholicisme social allemand n'est pas encore inspirée de celle des juristes et des économistes de l'école historique et ce, malgré l'influence d'Adam Müller sur les thèses des socialistes de la Chaire ou encore de l'œcuménisme de Savigny, Par ailleurs, en 1870, les juristes et économistes de l'école historique sont des soutiens à la politique anticatholique de Bismarck :

> « La société de politique sociale ne veut pas davantage fonder un parti politique ; elle sait très bien que pour le moment d'autres questions sont au premier plan : la lutte contre l'Eglise catholique, la consolidation de l'empire d'Allemagne, la politique extérieure, l'achèvement de notre droit civil, de notre organisation judiciaire ; en Prusse, l'achèvement de l'organisme administratif et de la justice administrative. » (SCHMOLLER, 1902 [1874] : 176)

La terminologie catholique allemande n'a pas, à la fin du 19e siècle, encore pleinement intégré la subsidiarité théorisée par l'école historique d'économie. Si les motifs de sa doctrine sociale en cours de formation lui sont assez proches, les emplois de *subsidiarité* ne relèvent pas de questions sociales. La systématicité de la notion en contexte catholique nous paraît devoir beaucoup Heinrich Pesch, ce qui s'explique assez aisément. Heinrich Pesch (1854-1926), grande figure du catholicisme social allemand à la fin du 19e siècle, fondateur du Solidarisme et dont les thèses sont présentées comme principale sources d'inspiration des rédacteurs de l'encyclique *Quadragesimo Anno*, entre dans la congrégation de la *Compagnie de Jésus* le 2 janvier1876. En 1896, lorqu'il publie son ouvrage *Liberalismus, Socialismus und christliche Gesellschaftsordnung* (traduit en français par *Libéralisme, Socialisme et Solidarisme* et non « ordre social chrétien »), il occupe alors la fonction de guide spirituel au séminaire diocésain de Mayence (1892-1900) auprès du successeur de Ketteler, l'évêque Paul Leopold Haffner. Dans cet écrit de 1896, nous avons repéré deux fois de l'adverbe employé en coocurrence avec *Staat* :

(225) « Schliesslich liegt der gemeinde oder dem Staate **subsidiär** die Pflicht ob, für die Bedürftigen, die ihren Unterhalt nicht finden können, in irgend einer entsprechenden Weise sorge zu tragen » (PESCH, 1900 : 156)
[Enfin/finalement le devoir incombe subsidiairement à la communauté ou l'Etat si, pour les indigents qui ne peuvent subvenir à leurs besoins, de toutes les manières appropriées]

(226) « Aber eine andere Frage ist es, ob der Staat **subsidiär**, rechtlich verpflichtet sei, Arbeit zu gewähren, wenn solche bei einem Privatunternehmer nicht gefunden wurde. » (*Ibid.* : 158)
[Une autre question est, est-ce que l'Etat est subsidiairement, juridiquement obligé/tenu, d'accorder du travail quand il n'est pas trouvé chez un entrepreneur privé.]

Dans ces contextes, il est bien question de la subsidiarité de l'Etat en matière sociale. En réalité, Pesch est déjà en train de théoriser la restauration chrétienne de l'ordre social avec la

terminologie bismarckienne et des socialistes de la chaire. Quatre ans plus tard (1900), il quitte son poste et décide de perfectionner ses connaissances en économie. Il suit, entre 1901 et 1903, les enseignements de Nationalökonomie de Gustav Schmoller et d'Adolph Wagner à l'université de Berlin. Le Kulturkampf est déjà loin, Bismarck a démissionné, les catholiques sont majoritaires au Reichstag. A partir de 1905, Pesch rédige son œuvre principale, au titre parlant : *Lehrbuch der Nationalökonomie*, constituée de cinq tomes. Le tome III, publié en 1916, atteste bien que la terminologie des socialistes de la Chaire est maintenue :

(227) Sodann fordert auch die öffentliche Wohlfahrt die **subsidiäre Ergänzung** der privaten Wohltätigkeit durch Staatsmittel und staatliche Anstalten. (PESCH, 1916 : vol. III : 55)

[Par ailleurs, le bien public nécessite, lui aussi, un complément subsidiaire à la charité privée pourvue par des fonds et des institutions étatiques.]

(228) Die Armen können eben nicht genügend für sich selber sorgen. Daher ist es notwendig, dass andere (**subsidiär der Staat**) diese sorge übernehmen. (*Ibid*.)

[Les pauvres ne peuvent pas prendre suffisamment soin d'eux-mêmes. C'est pourquoi il est nécessaire que d'autres (et subsidiairement l'Etat) suppléent à cette préoccupation.]

(229) Man darf eben nicht vergessen, daß die öffentliche Armenpflege, wenigstens dem idealen Prinzip nach, an zweiter Stelle steht (en deuxième position), subsidiär berufen ist. (PESCH, Vol. V. 1923 : 749) (**voir plus bas**)

[Il ne faut pas oublier qu'au moins selon le principe idéal/idéalement, l'assistance publique (des pauvres) est convoquée subsidiairement, en deuxième position.]

Der Zweck des Staates, die Wohlfahrt des Volkes, das Gemeinwohl, und anderseits die Pflicht der Staatsbürger, nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit auch positiv zum Gemeinwohl beizutragen, bildet also eine sichere Rechtsgrundlage für die Heranziehung des Besitzes zu den Lasten des Armenwesens im weitesten Sinne des Wortes. Dieselben Rechtsprinzipien dürften auch die Belastung des Besitzes mit Abgaben für Kulturaufgaben[1] rechtfertigen, die unter den Begriff der allgemeinen Volkswohlfahrt fallen und von dem Gemeinwohl mit Bestimmtheit gefordert werden, darum dem Zweckbereich des Staates angehören. Vielleicht eröffnet sich hier prinzipiell der Weg, um übergroße Vermögensbildung einzuschränken, ohne daß man hierfür auf ein unbeweisbares Obereigentum des Staates zurückzugreifen oder dem Staate die direkte Durchführung der Einkommens- und Vermögensbildung zu überantworten brauchte. Begründet der Staatszweck ein solches steuerliches Eingreifen des Staates, so begrenzt es dasselbe auch. Es würde den Anforderungen der Volkswohlfahrt nicht entsprechen, wenn staatliche Lasten durch Übermaß die Erhaltung, Entwicklung, den Fortschritt der Produktion und der ganzen Volkswirtschaft in Frage stellten.

3. Das Verhältnis von öffentlicher Armenpflege und privater Wohltätigkeit. Wilhelm Roscher[2] sagt, daß „auf den höheren Stufen der volkswirtschaftlichen Entwicklung" die weltlich-obrigkeitliche Armenpflege immer nötiger werde. Vielleicht ist die heutige Unzulänglichkeit der kirchlichen und privaten Wohltätigkeit wenigstens in ihrer ganzen Größe zum Teil auch ein Merkmal des religiösen Niederganges, des in den Herzen vieler ersterbenden Christentums.

Wie dem immer sei, gänzlich verfehlt wäre es, wollte die öffentliche Gewalt die Leitung der ganzen Armenpflege in die Hand nehmen. Sie würde damit ihre Befugnisse überschreiten, die Rechte der Kirche, der Armen, der Besitzenden verletzen. Man darf eben nicht vergessen, daß die öffentliche Armenpflege, wenigstens dem idealen Prinzip nach, an zweiter Stelle steht, subsidiär berufen ist. Würde die kirchliche und private Liebestätigkeit zur Steuerung der Not ausreichen, dann fehlte, wie gesagt, dem Staate die nur aus seinem Zwecke (Gemeinwohl) hergeleitete Befugnis zur Belastung des Besitzes. Wenn und weil aber die kirchliche und private Wohltätigkeit praktisch nicht mehr genügt, ist die öffentlich-obligatorische Armenpflege unerläßlich und darum auch berechtigt.

Heute wird die nähere Abgrenzung des Arbeitsgebietes der öffentlichen und privaten Wohltätigkeit unter gleichzeitiger Herstellung fester Beziehungen zwischen beiden als das praktisch richtige

[1] Die Pflichten des Reichtums. Zwei Aufsätze von Andrew Carnegie (1894), ein Abdruck aus der North-American Review und der Pall Mall Budget. Der Verfasser empfiehlt die gemeinnützige Verwendung des Überflusses für wissenschaftliche, karitative, religiöse Zwecke.

[2] System der Armenpflege und Armenpolitik[3] (1894) 89.

(230)

Plusieurs auteurs allemands citent explicitement ces deux passages comme préfigurateurs de l'acception catholique de la subsidiarité juridique et économique (RÖPER, 1973 : 136 ; GAFGEN, 1959 : 74). Dans cet extrait, Pesch réfère explicitement aux écrits de Wilhelm Roscher (*System der Armenpflege und der Armenpolitik*, 1894). De nombreux auteurs mentionnent que le solidarisme de Pesch a inspiré l'encyclique de 1931, mais il est difficile de

comprendre pourquoi personne ne cite explicitement l'auteur ! Or, la subsidiarité existe bien, avant 1931 et Oswald Nell-Breuning et Gustav Gundlach. Ces derniers n'ont pas exhumé la formule « *subsidiäres Recht* » que l'on retrouve dans les écrits de 1873 de l'évêque Ketteler, puisqu'en réalité, il n'y a pas d'interruption d'emplois, entre les premières œuvres de Roscher jusqu'à l'encyclique de 1931, sous la plume des catholiques à la fin du 19e siècle, mais surtout sous celle des socialistes de la Chaire. La subsidiarité catholique ne prend forme qu'avec la fréquentation du cercle des économistes et des juristes allemands. Goetz Briefs, membre du Königswinterer Kreis et national-économiste (auquel Walter Eucken succède en 1926 à la chaire de Nationalökonomie de Berlin), témoigne dans ses articles, des relations entre les catholiques sociaux, en particulier Heinrich Pesch, et Werner Sombart, mais aussi Georg Jellinek et Max Weber. Les relations tendent donc à partir des années 1920 vers un total synchrétisme.

La réfutation de la thèse selon laquelle l'Etat subsidiaire aurait été pour la première fois énoncée par l'évêque de Mayence peut être contestée d'une autre façon. Premièrement, le substantif est déjà employé par Ludwig Windthorst, au moins depuis 1856. Nous avons retrouvé la transcription d'une de ses allocutions à la Diète de Hanovre en 1856, (*Hannoversches Landtagblattes* n°74). Le débat porte alors sur la « subsidiarité des caisses de l'Etat » en matière de pensions militaires :

(231) **Oppermann.** Auf dem Standpunkt der Verfassung.

Windthorst. Der Herr Schatzrath habe behauptet, es sei gemeinen Rechtens, daß die Militairlast nicht bloß subsidiarisch auf dem Lande und dem Ertrage der Steuern ruhe. Diese Behauptung sei aber nach seiner Auffassung vollkommen irrig. Im deutschen Reiche haben in dieser Hinsicht Kämpfe Statt gefunden, und zwar der letzte auf dem vom Herrn Schatzrath angeführten Reichstage. Damals haben die Reichsstände beim Kaiser beantragt, daß ihnen gestattet werde, ihre Unterthanen zu Kriegszwecken unbedingt zu besteuern. Kaiser Leopold habe das aber geweigert; es sei also niemals die Subsidiarität der Landescasse zu Zeiten des Reichs aufgegeben. In den einzelnen Provinzen, woraus das Königreich zusammengesetzt sei, habe sich die Sache historisch verschieden entwickelt. In einigen der älteren Provinzen möge das Rechtsverhältniß zweifelhaft geworden sein; in den Stiftern — namentlich in Osnabrück — sei die Subsidiarität der Landescasse niemals bezweifelt; und am wenigsten werde der Herr Schatzrath das Gegentheil von Ostfriesland behaupten können, welches seine 40,000 Goldgulden bezahlt habe, und damit von allem frei gewesen sei. Außerdem würde er in der Lage sein, dem Herrn Schatzrath auf Verlangen Rescripte des Königlichen Cabinets-Ministeriums seit 1820 mitzutheilen, in welchen bei Anforderungen für den Militairetat zunächst immer docirt sei daß die Domanialcasse sich nicht in der Lage befinde, die Kosten zu übernehmen. Im Landes-Verfassungsgesetz von 1840 sei die allgemeine Subsidiarität der Landescasse gleichfalls anerkannt, wenn er auch zugebe, daß der

Mais surtout, l'affirmation selon laquelle Ketteler aurait inventé la notion de la subsidiarité de l'Etat en matière sociale est faux, puisque, dans son texte de 1873, l'évêque de Mayence n'emploie pas la formule *subsidiäres Recht* dans un contexte relatif aux questions sociales, mais aux questions scolaires :

(232) « Auf keinem Gebiete ist aber der Staatsabsolutismus unerträglicher, als auf dem des Unterrichtes , weil nichts weniger einen unberechtigten Zwang erträgt, als der Geist des Menschen. » (KETTELER, 1873 : 34)

[Dans aucun domaine, l'absolutisme étatique (*Staatsabsolitismus*) n'est aussi insupportable/intolérable que dans celui de l'enseignement, car rien ne supporte aussi peu la contrainte illégale que l'esprit de l'homme.]

Le texte porte le titre : *« Lehr- und Lernfreiheit* ». Il a été écrit alors que se déchaîne le « combat de civilisation ». A aucun moment Ketteler ne développe une théorie sociale autour de la notion de subsidiarité, il explique seulement :

(233) « Ein Staatsmonopol des Unterrichtes ist aber unter allen Tyranneien, die Menschen über Menschen geübt haben, die verwerflichste. » (*op. cit.* : 35)

[Un monopole de l'Etat sur l'enseignement est répréhensible, sous toutes les tyrannies qui ont pratiqué [la supériorité] d'hommes sur d'autres hommes.]

L'argumentaire de Ketteler ne porte donc pas sur des questions relatives à l'assistance des indigents ou sur l'assurance chômage subsidiaire, mais sur la liberté de l'Eglise catholique en matière scolaire.

2. L'argumentation de Ketteler dans « *Lehr- und Lernfreiheit* »

Dans son texte, Ketteler s'appuie notamment sur la reconnaissance, par la Constitution guillaumienne de 1850, des deux religions, protestante et catholique, comme religions officielles de Prusse. Il cite tout particulièrement l'article 20, relatif à la question scolaire :

(234) [« L'article 20 de la Constitution prussienne datée du 31 Janvier 1850 détermine : « *La science et son enseignement sont libres.* » »] (KETTELER, 1873 : 35)

Ainsi, puisque depuis 1850, la Prusse elle-même reconnaît le catholicisme comme religion officielle, l'unification allemande sous direction prussienne doit reconnaître les droits de l'Eglise catholique. L'argument de Ketteler nous paraît être le suivant : la Charte constitutionnelle du Reich de 1871, la politique anticatholique menée par Bismarck à partir de cette date, en somme le nouvel Etat allemand, « *maltraite –si j'ose dire – le droit subsidiaire* » :

(235) « Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht. » (*op. cit.* : 38).

Dans son article, Ketteler n'explique pas non plus que l'Etat est subsidiaire dans le domaine de l'enseignement, mais que l'Eglise, comme puissance temporelle, au même titre que l'Etat, a un droit d'intervention dans le domaine scolaire, et ce, en conformité avec le droit subsidiaire, c'est-à-dire avec l'idée d'un droit qui maintient tous les pouvoirs et reconnait toutes les communautés. Il exige de Bismarck, donc de l'Etat allemand, le respect de l'autorité des institutions religieuses et de leurs prérogatives sur les fidèles et leur progéniture. Ce droit est à la fois un droit de l'Eglise et un droit des parents :

(236) « Dieses Mitaufsichts recht der Kirche ist zugleich ein wahres Mitaufsichtsrecht des Volkes, namentlich der Eltern, insoweit sie dadurch für ihr Gewissen ein Unterpfand haben, daß die sittlich-religiösen Interessen in der Schule nach ihrer confessionellen Auffassung hinreichend gewahrt sind, um ihre Kinder der Schule anvertrauen zu können. Wo der Staat dagegen sein Oberaufsichtsrecht als ein ausschließliches auffaßt, da überschreitet er die Schranken, welche ihm seine begründeten Interessen ziehen, und betritt den Boden des Unterrichtsmonopols. » (*op. cit.* : 37)

(237) [Ce droit règlementaire de l'Eglise est à la fois un véritable droit du peuple, en particulier des parents, dans la mesure où ils ont la garantie que les intérêts moraux et religieux sont suffisamment sauvegardés à l'école d'après leur appartenance confessionnelle, pour pouvoir confier leurs enfants à l'école. D'autre part, lorsque l'Etat considère sa supervision comme un droit exclusif, car il outrepasse les limites de manière intéressée, nous entrons alors dans le domaine du monopole de l'enseignement.]

Ketteler, en s'appuyant sur la notion de droit subsidiaire revendique uniquement le respect des droits de l'Eglise catholique en Allemagne. Il a bien sûr écrit de nombreux ouvrages sur la question sociale et développé une politique sociale qui ont fait de lui « l'évêque ouvrier »[100]. Son enseignement social est bien résumé par George Goyau :

> « Nous avons ici tout un plan d'organisation professionnelle, englobant tous les membres d'un même métier, les encadrant solidement, les protégeant, et garantissant à la profession même, dans le fonctionnement de la vie de l'Etat, une active autonomie. Si Ketteler veut l'organisation ouvrière, c'est en vertu des mêmes principes d'indépendance et d'autonomie qu'il avait trouvés, tout jeune, dans une tradition féodale de bon aloi ;

[100] Les premiers écrits sont des sermons, prononcés dans la cathédrale de Mayence en 1848. L'un de ses principaux ouvrages consacrés à la question ouvrière, *Die Arbeiterfrage und die Christenhum* date de 1864 a été traduit en 1869 par un avocat belge, vice-président de la société ouvrière de Saint Joseph, Edouard Cloes, sous le titre *La question ouvrière et le Christianisme*. Ce recueil de textes a été rédigé juste après la publication du *Syllabus* (1864) par Pie IX, dans lequel ce dernier dresse la liste des 80 « *principales erreurs de notre temps* », rassemblées en 10 sections :
Panthéisme, naturalisme et rationalisme absolu
Rationalisme modéré
Indifférentisme, latitudinarisme
Socialisme, communisme, sociétés secrètes, sociétés bibliques, sociétés clérico-libérales
Erreurs relatives à l'Église et à ses droits
Erreurs relatives à la société civile considérée soit en elle-même soit dans ses rapports avec l'Église
Erreurs concernant la morale naturelle et chrétienne
Erreurs concernant le mariage chrétien
Erreurs sur le principat civil du pontife romain
Erreurs qui se rapportent au libéralisme moderne

> c'est en vertu de l'instinct naturel qui le pousse à vouloir conserver et fortifier, au dessous de l'Etat centralisateur, un certain nombre d'organismes vivant de leur propre vie ; c'est en vertu du goût qu'il a pour toutes les attaches naturelles subsistant encore parmi le vaste émiettement du monde moderne, attaches terriennes, attachent confessionnelles, attaches professionnelles, cimentant de petites sociétés bien unies et bien vivantes parmis l'éparpillement anarchique du vaste chaos social. » (GOYAU, 1908 : 164)

Goyau mentionne dans les manuscrits de Ketteler, la référence à l'un de ses disciples, qui est par la suite devenu son principal biographe, Otto Pfülf :

> « A la place du self-help individuel du libéralisme doit surgir le self-help corporatif, sans exclure un appui raisonnable de l'Etat. Je maintiens pour cela, la nécessité d'une organisation à laquelle tous les travailleurs doivent appartenir ; comme base de la profession. » (*op. cit.* : 164)

Ces citations permettent tout à la fois de résumer la conception qui fonde la doctrine sociale de l'Eglise et de remettre en cause l'idée selon laquelle, en 1931, l'encyclique *Quadragesimo Anno*, condamne les lois corporatistes mussoliniennes. Par contre, nous l'affirmons : aucun des écrits de Ketteler portant sur la question sociale ou l'économie, des sermons prononcés quelques jours après la révolution de mars 1848, à la *Question ouvrière et le catholicisme* (1864), ne mentionnent l'occurrence *subsidiäres Recht der Staat* ou quelque formulation similaire. Par ailleurs, ses derniers écrits[101] publiés au milieu du *Kulturkampf*, ne portent plus sur la question sociale mais uniquement sur les questions relatives aux droits de l'Eglise catholique. Les échanges entre Ketteler et Bismarck se font par journaux interposés, mais également par courrier :

> « Dès 1871, dans sa réponse à l'évêque de Mayence, qui lui demandait d'insérer dans la Constitution de l'empire les garanties que la Constitution du royaume de Prusse accordait à l'Eglise catholique, il [Bismarck, AJ] laissait voir son désir de s'opposer au développement du catholicisme en Allemagne. L'amour de la liberté professée par l'Eglise « cachait, disait-il, le désir de domination avec l'appui du bras séculier ». Au nom de la civilisation il s'y opposerait. Le Combat pour la civilisation, comme a dit Wirchow, le Kulturkampf, avait depuis longtemps été rêvé par le chancelier. La lutte contre l'Eglise devait établir en Allemagne l'unité féconde, l'unité religieuse après l'unité territoriale. » (LESPINASSE, 1908 : 93)

La question sociale ne revient donc sur le devant de la scène politique qu'après le *Kulturkampf*, lorsqu'elle fait débat, à partir de 1880 en lien avec les résultats électoraux de la social-démocratie. Dès lors, le *Zentrumspartei* appuie la politique bismarckienne de répression antisocialiste et les lois sociales subsidiaristes. Et cela ne se pas fait sans

[101] Ketteler est mort le 13 juillet 1877 à Burghausen.

contrepartie, ainsi que l'exige Windthorst en 1880 :

> « Nous dépendons toujours du bon vouloir du gouvernement et toute une série de congrégations restent exclues de leur patrie, de la Prusse et de l'Allemagne entière. C'est pourquoi je dis avec Racke : Elles doivent toutes revenir, nous voulons qu'elles soient toutes rétablies chez nous comme avant le Kulturkampf, toutes, vous entendez, sans exception aucune (bravos), les congrégations d'hommes comme les congrégations de femmes, les franciscains comme les jésuites. (Double salve d'applaudissements.) […]
> L'Église avait ses congrégations pour venir en aide à chacun suivant ses besoins, et elles étaient d'autant plus influentes qu'elles s'épanouissaient au milieu du peuple, dont elles connaissaient la vie et les douleurs. Lorsque les ordres pouvaient donner un libre cours à leur zèle, partout ils ont implanté parmi les ouvriers des associations chrétiennes soumises à leur direction. Mais l'État moderne—je voudrais bien d'abord savoir ce que c'est que l'État moderne ! (Rires) — n'a plus estimé les ordres religieux nécessaires, à quelques exceptions près, il les a chassés. Ici, vous possédez encore pourtant les Franciscains, qu'on ne supporte plus chez nous depuis longtemps ; mais patience ! ils nous reviendront (bravos), d'autres aussi nous seront rendus (rires), et si le gouvernementne veut pas nous les ramener, ce seront les socialistes qui leur ouvriront les portes de la patrie. (Applaudissements.) On les a proscrits, et c'est en vain que l'on cherche maintenant les moyens de les remplacer.
> Tout ce que ces hommes accomplissaient gratis exige maintenant de lourds sacrifices, alors qu'est-il arrivé? La bourse du citoyen a soldé la différence. Avec l'argent on croit pouvoir remplacer la miséricorde chrétienne, mais à supposer que la chose fût possible, on n'aurait jamais assez d'or. » (WINDTHORST, cité par BAZIN 1896 : 291)

Sur la question de l'enseignement, les choses sont encore plus claires. Dès 1875, un an avant la fin du *Kulturkampf*, Windthorst dépose au Landtag de Hanovre, au nom du *Zentrum*, le projet de loi suivant :

> « 1° Aux fonctions d'instituteur, ne peuvent être admises que des personnes contre lesquelles l'autorité de l'Église n'aura rien à objecter au point de vue ecclésiastique et religieux. Si un instituteur, une fois en place, laisse à désirer sous ce rapport, l'enseignement religieux devra lui être retiré.
> 2° L'autorité ecclésiastique, seule, a le droit de déterminer quels organes ont le droit d'enseigner la religion dans chaque école primaire
> 3° Les prêtres chargés par l'autorité ecclésiastique de diriger l'enseignement religieux peuvent à leur gré enseigner eux-mêmes la religion conformément au programme, ou assister aux instructions religieuses de l'instituteur, intervenir et munir l'instituteur de prescriptions qu'il sera obligé de suivre.
> 4° Les autorités ecclésiastiques détermineront quels seront les livres à employer par l'instituteur et les élèves, dans l'étude de la religion ; elles indiqueront les exercices religieux à pratiquer, fixeront les matières du programme de l'enseignement religieux et leur répartition pour chaque classe. » (WINDTHORST, cité par BAZIN 1896 : 255)

Dans la bouche et sous la plume des catholiques ultramontains allemands, depuis les années 1850, la *Subsidiarität* n'est invoquée que dans des contextes politiques précis, qui n'ont que

peu de choses à voir avec la formulation d'une doctrine sociale : essentiellement dans la réaffirmation des droits de l'Eglise catholique, ainsi que dans des débats spécifiques sur les relations entre les pouvoirs territoriaux et les lois impériales. Les catholiques sociaux allemands sont des hommes politiques : dès 1848, Ketteler siège au Parlement de Francfort. Windthorst est un homme politique influent du Hanovre, bastion protestant. Ils emploient donc régulièrement, dans les assemblées, la terminologie en vigueur, et prononcent souvent le terme *subsidiarité*. Mais cela s'arrête là.

Se référer au *subsidiäres Recht* est tactique en 1873 sous la plume de Ketteler. Outre la référence à la Constitution prussienne de 1850, il réaffirme la conception historiciste de l'identité allemande et s'inscrit pleinement dans le discours nationaliste de l'époque. Il rappelle à Bismarck que le catholicisme appartient, historiquement, à la *germanité*. Windthorst l'emploie de manière très régulière dans ses discours au Landtag et au Reichstag, pour réaffirmer, avec patience et constance, les prérogatives de l'Eglise catholique, en terre germanique, sur les âmes allemandes. Le *Zentrum* a été fondé pour défendre les prérogatives de l'Eglise romaine. Toutefois, Windthorst et Ketteler n'en sont pas moins des nationalistes allemands, imbus de romantisme :

> « Les grands allemands sont catholiques pour la plupart. A ce titre, leurs adversaires mettent en doute leur patriotisme. En 1847, M. De Sybel écrivait : « *être ultramontain et patriote sont deux choses qui s'excluent* ». De cette formule, le parti prussien et petit allemand a fait un principe. Les deux partis en présence s'opposent par la religion et leurs préférences prussiennes ou autrichiennes. En Prusse, d'ailleurs, tout le monde n'est pas petit allemand. En 1852, à la Chambre prussienne, le député Mallinckrodt célèbre l'Autriche, qui a tiré l'épée contre la France, « *pour le droit historique, pour le droit de l'autorité* ». C'est pour les Grands Allemands une nécessité historique que ce maintien de l'Autriche en Allemagne ; mais les Petits Allemands voient aussi une nécessité historique à l'en écarter […]. C'est pour Droysen à Berlin et Treitschke à Leipzig une fatalité inéluctable qui oppose la Prusse à l'Autriche. Des deux côtés, on emploie les mêmes mots et les mêmes arguments en faveur de politiques contraires ; mais partout c'est l'esprit allemand qui se manifeste, imbu de principes juridiques, historiques et rationnels, c'est une trinité que **tout le monde invoque sous le vocable de raison du droit historique**. Les deux partis prétendent représenter les traditions germaniques. » (LESPINASSE, 1908 : 31-32)

L'enjeu de la référence au droit subsidiaire est entièrement politique. En 1873, la Solution Grande-Allemande est un lointain souvenir, mais pas la légitimité du catholicisme comme participant de l'identité allemande. Après la signature des traités issus du Congrès de Vienne, les catholiques sont romantiques, favorables à la politique de Metternich, plaident pour une restauration des ordres médiévaux. Ils partagent donc les enseignements de la plupart des

juriconsultes allemands, et en particulier ceux de Savigny contre l'influence française et la codification.

> « Les catholiques prétendaient, par leur résistance même à l'idée d'une « Petite Allemagne », représenter la cause de la légitimité : *Den Deutschen legitimismus*, disait-on volontiers ; et cela voulait dire : l'attachement aux droits traditionnels de l'empereur, aux prérogatives traditionnelles de la Diète, au statut territorial qu'avaient créé les traités de 1815. Parce que les français, ennemis nés de l'Allemagne, avaient fait une lézarde dans l'édifice construit par ces traités, fallait-il couronner le succès de la force en désertant la cause du vieux droit ? Sur les lèvres de Mallinckrodt ou d'Auguste Reichensperger, ce mot de droit prenait une incomparable majesté : et très rares encore étaient les catholiques allemands qui n'étaient pas des légitimistes. Au congrès catholique de Prague en 1860, au Congrès catholique d'Aix-La-Chapelle en 1862, Moufang vicaire général de Ketteler, éleva solennellement la voix contre les théories des nationalités. A deux pas de la tombe de Charlemagne, dans ce reliquaire d'archaïsmes historiques qu'est la ville d'Aix-La-Chapelle, les représentants de toutes les associations catholiques des divers pays allemands affirmèrent leur dévouement à l'idée de Grande Allemagne. « *L'Autriche*, lisait-on dans le Catholique de Mayence, au début de 1863, *demeure la citadelle du droit, la forteresse contre laquelle s'abrite la révolution ; elle fut dans les derniers siècles le seul appui juridique du catholicisme allemand comme elle le loyal bouclier de la papauté*. » » (GOYAU, 1907 : 54-55)

Les catholiques allemands et les juristes et économistes prussiens partagent des vues similaires sur le cancer français, l'antirationalisme et la conception organique de l'ordre social. Mais la réunion de leurs thèses ne s'opère pas avant les années 1890, c'est-à-dire après la démission de Bismarck, la publication de la première encyclique sociale (*Rerum Novarum*, 1891) et celle dite du « ralliement » (*Aux milieux des Sollicitudes*, 1892).

En 1860, dit Goyau, Ketteler « détestait » les économistes du « *Nationalverein. Il voyait en eux des jacobins, usurpateurs du mot liberté et toujours prompts à se servir de la liberté contre l'Eglise* » (GOYAU, 1907 : 152). En 1890, le *Kulturkampf* est définitivement réglé, par voie diplomatique, entre le pape et l'empereur Guillaume II, après que ce dernier ait éconduit le chancelier. Car, la situation politique a nettement changée : la repression anticatholique menée par Bismarck a eu pour principale conséquence de renforcer la puissance politique des catholiques allemands. A la fin du siècle, le Zentrum est le parti majoritaire au Reichstag.

L'Eglise se rallie donc à un Empire allemand sans Bismarck et tous les synchrétismes sont désormais possibles autour de la subsidiarité sociale : la lutte des conservateurs et des catholiques sociaux contre le péril social-démocrate puis communiste. Le discours d'Otto Gierke lors de la révolution allemande de novembre 1918, est suffisamment éloquent : l'Etat subsidiaire n'est pas catholique mais « *Der germanische Staatsgedanke - l'idée germanique*

de l'Etat » (ARGYRIADIS-KERVEGAN, 2006 :172).

CONCLUSION

Nous avions indiqué, en fin de première partie, que l'étude de notre objet nous contraignait à abandonner partiellement le terrain linguistique pour emprunter une méthode plus proche de la démarche philologique. Nous devons désormais rendre à la linguistique ce que nous lui devons : une approche matérialiste, enracinée dans l'observation des formes et de leurs processus d'évolution morphologiques et sémantiques, cherchant à évacuer au maximum les spéculations hasardeuses, sans toutefois se priver des hypothèses nécessaires. Nous devons tout particulièrement, et bien que nous ne les ayons pas cités explicitement, référer aux travaux d'E. Benveniste et de la démarche qu'il a initiée dans le *Vocabulaire des Institutions indo-européennes* (1969, I et II). Cependant, notre recherche s'écarte trop de celle du comparatiste : concentré sur la désignation et non sur les processus de construction de la signification, sur des préoccupations qui empruntent largement leurs motifs à la terminologie, ainsi que sur ceux, peut-être contradictoirement, de l'analyse de discours, nous n'avions pas pour objectif de mettre en pratique une orientation linguistique, mais de résoudre une difficulté, relative à une forme particulière : l'origine du substantif *subsidiarité*, qui constitue notre objet d'étude depuis plusieurs années. Nous avons pu nous appuyer sur l'analyse du discours pour identifier les marqueurs de dialogisme et d'interdiscursivité caractéristiques des corpus que nous travaillions. C'est elle qui nous a conduit à porter notre regard sur les discours de la doctrine. A ce titre, ces discours constituent un objet d'étude à eux seuls, vers lequel nous nous orientons désormais.

La difficulté que nous avons rencontrée tient essentiellement dans ce que, conformément aux règles les plus systématiques de la néologie juridique, le substantif *subsidiarité* et plus tard, la naissance de la subsidiarité comme principe politique et juridique est née de l'emploi spécifique et récurrent d'un adjectif, *subsidiäre* et d'un adverbe *subsidiär*, dont l'étymon latin est hérité du droit romain, mais dont le sens est spécifique à un emploi contextuel, en droit allemand. C'est du rapport contradictoire entretenu par le droit territorial allemand et le droit romain qu'est né le principe de subsidiarité. Les enjeux politiques, juridiques et sociaux de cette notion doivent, nous semble-t-il, être observé à l'aune de ce que cette logique préssupose au 21e siècle : le maintien du droit local comme source juridique principale. De la construction du droit moderne sont nées les préoccupations des relations entre norme générale

et norme particulière, norme supérieure et norme inférieure ou secondaire. Aux 18e et 19e siècle, ces enjeux relèvent de l'Etat en tant que tel, et des missions politiques, économiques et sociales qu'il a été amené, au gré des vicissitudes politiques, à revêtir.

Nombreux emplois de l'adjectif, en l'absence de traduction intégrale des textes, nous empêchent de déterminer précisément si nous sommes en présence d'une notion descriptive d'une réalité juridique ou d'une notion revêtant un argument politique précis. Parfois, il nous semble que les deux sens cohabitent. Toutefois, l'observation de la récurrence d'un même motif, en particulier par la répétition de structures coocurrentielles (associées à *Recht*, *Staat*, *Hilfe*, *Zweck*, *Pflicht*), avec une régularité que nous n'avons pas retrouvée en langue française, nous a conduit, en croisant ces données avec des lectures secondaires, à identifier les éléments d'un discours politique et juridique qui traverse le 19e siècle allemand et dont les motifs se maintiennent aux 20e et 21e siècles.

Nous avons tenté de construire un segment de l'histoire de la formule *droit subsidiaire* (*subsidäres Recht*) en exposant : son rôle politique dans le conflit qui oppose les partisans de la codification et l'Ecole historique du droit, le succès de ses motifs et de sa diffusion dans les sciences économiques, la mise à jour d'une nouvelle formule, celle de *subsidiarité des fins de l'Etat* (*Subsidiarität des Staatzwecke*) qui préside aux lois sociales allemandes des années 1880 et l'analyse de son emploi en contexte catholique. Nous nous sommes appuyé autant que possible sur des données attestées, que nous pouvions discuter. Nous avons dans la dernière partie, cherché à utiliser au maximum les occurrences relevées chez des auteurs importants ; toutefois, celles-ci sont trop lacunaires et disparates. Il nous faut en trouver plus, et surtout, plus représentatives sur un plan discursif.

De nombreux aspects et implications du *principe de subsidiarité* restent encore à éclaircir. Nous voudrions en particulier montrer comment la subsidiarité a transité, non seulement à travers les écrits des Socialistes de la chaire, mais aussi et surtout chez les juristes allemands du 20e siècle jusqu'à la construction européenne. Néanmoins, sans traduction systématique, sans une étude exhaustive des emplois chez Gerber, Laband et Jellinek, et sans étude approfondie des premières occurrences dans la doctrine française, nous devions nous contenter d'établir des filiations et formuler de simples hypothèses sur l'itinéraire et le motif subsidiariste en droit politique.

Ces éclaircissements à venir nous paraissent indispensables, pour mieux cerner la logique du

droit de l'Union européenne, mais surtout pour favoriser les recherches historiques sur sa construction. Nous avons pleinement conscience du caractère polémique de notre travail, et également du caractère hasardeux de certaines de nos hypothèses. L'une d'entre elles est lourde : si la subsidiarité du droit unifié, puis la subsidiarité sociale de l'Etat sont nées en 1814, les conséquences interprétatives concernant la réactualisation du motif subsidiariste à l'échelle européenne a pour conséquence d'inscrire la subsidiarité européenne dans le développement d'un droit particulariste. Toutefois, cela nous permet de jeter un pont entre subsidiarité du droit, développement des standards juridiques et pluralisme juridique, tout autant qu'entre subsidiarité de l'Etat au 19e siècle et critiques contemporaines de l'Etat-Providence. Le 21e siècle n'est cependant pas le 19e siècle, d'autres bouleversements se sont produits depuis le congrès de Vienne. L'Europe doit désormais composer avec d'autres puissances.

Le 8 janvier 1918, le président américain Wilson faisait un discours devant le Congrès américain, dans lequel il définissait les voies de la reconstruction européenne. Si les nations européennes ont régulièrement, depuis le 16e siècle, discuté entre elles du sort des nations qu'elles avaient colonisées, c'est à notre connaissance, la première fois que le représentant d'une puissance politique, se prononçait, non dans un congrès de nations mais devant son propre parlement, sur le sort du continent européen. En autres points, les cinq premiers de ce discours méritent une lecture :

> « C'est donc le programme de paix dans le monde qui constitue notre programme. Et ce programme, le seul que nous croyons possible, est le suivant :
> 1. Des conventions de paix préparées et conclues publiquement ; par la suite, il n'y aura plus d'accords secrets entre les nations, mais une diplomatie qui procédera toujours franchement et ouvertement, à la vue de tous.
> 2. Liberté absolue de navigation sur les mers, en dehors de eaux territoriales, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, sauf pour les mers auxquelles on pourrait interdire l'accès en partie ou en totalité, à la suite d'une action internationale ayant pour but l'exécution d'accords internationaux.
> 3. Suppression dans la mesure du possible de toutes les barrières économiques et établissement de conditions commerciales égales entre toutes les nations consentant à la paix et s'associant en vue de son maintien.
> 4. Échanges de garanties convenables que les armements de chaque pays seront réduits au seuil minimum compatible avec sa sécurité intérieure.
> 5. Arrangement librement débattu, dans un esprit large et tout à fait impartial, de toutes les revendications coloniales et fondé sur l'observation stricte du principe selon lequel, dans le règlement de toutes les questions de souveraineté, les intérêts des populations intéressées pèseront d'un même poids que les revendications équitables dont il faut déterminer le titre. (WILSON [1918] in Maury, DIGITHEQUE MJP, 2008)

Le président Wilson en appelait entre autres, avant la fin de la Première guerre mondiale, au marché unique européen. Onze ans plus tard, la crise financière frappait la finance américaine (1929). En rapatriant les capitaux américains investis en Allemagne depuis le démembrement du pays organisé par le Traité de Versailles (1918), l'économie allemande s'est effondrée. Il est intéressant de se pencher sur les positions des principaux économistes allemands de l'époque. Dans les années 1920, les thèses organicistes de la *Nationalökonomie* (l'Ecole historique) étaient encore majoritaires.

> « Alors que face à la crise économique mondiale des années trente, cette école se montre inefficace pour refluer l'inflation galopante, il ne reste aux économistes allemands d'autre alternative que de […] redévelopper le programme de G. Schmoller. Les tentatives les plus réussies seront dues à W. Sombart (1863-1950), A. Spiethof (1873-1957) et Walter Eucken (1891-1950). » (BROYER, 2003 : 89)

La troisième Ecole historique d'économie développe alors une théorie des *« styles économiques* » et une typologie descriptive de la « *vie* » et de « *l'esprit économique* » fortement héritée de la sociologie de Max Weber (BROYER, 2003 : 91). Eucken de son côté fonde la théorie des « *ordres économiques* » (*die Ordnungstheorie*) mettant « *définitivement un terme au programme de l'école historique allemande* » (*Ibid.* : 95) :

> « Cette conclusion suffit-elle pour autant à affirmer que W. Eucken abandonne la tradition de pensée [organiciste] précédemment décrite ? […] Son entreprise de réforme cherche simplement à moderniser ce discours. » (*Ibid.*)

Walter Eucken théorise alors la concurrence libre et non faussée :

> « Le système économique doit réaliser l'ordre de la concurrence complète […] la réalisation de l'ordre de la concurrence complète passe par la définition de règles institutionnelles qui assoient le système monétaire désiré et les formes du marché atomistique ainsi que par la définition de principes régulateurs des structures existantes, afin de les faire évoluer vers l'ordre de la concurrence ou de leur garantir ce caractère ». (*Op. cit.* : 97)

Dès lors, « *la fonction étatique de la régulation sociale que soulignaient les caméralistes, les romantiques et l'école historique se voie réaffirmée* » (Ibid.), tout en se voyant retirer, pour garantir la stabilité monétaire, toute souveraineté économique, en garantissant l'indépendance politique et institutionnelle des banques centrales. En somme, tout Etat, pour les économistes allemands de la crise de 1929, doit être réduit au rôle de régulateur de l'harmonie des « formes atomistiques du marché ». En aucun cas, il ne doit, au compte d'intérêts privés ou collectifs, distordre la libre concurrence. Sa seule fonction consiste à garantir le pluralisme

économique. Walter Eucken occupait, de 1947 à 1948 « *le poste de conseiller politique dans le conseil scientifique de l'administration économique bizonale* » (COMMUN, 2003 : 176). D'autres héritiers de l'historicisme, en particulier Adam Müller-Amarck, rejoignent plus favorablement les idées et les ministères du IIIe Reich et en défendent les politiques corporatistes. A l'instar des juristes de l'Etat de droit du 19e siècle, tous les économistes entendent « réprimer le politique » (SCHMITT, cité par LOISELLE, 1994 : 193) ou plutôt la démocratie politique et sociale.

En miroir à cette histoire économique allemande, il nous faut évoquer une autre histoire. A partir d'octobre 1918, quelques mois seulement après le discours de W. Wilson, en pleine guerre mondiale, l'Allemagne connaît les plus forts soulèvements ouvriers depuis la Märzrevolution (1848). La principale revendication des conseils d'ouvriers et de soldats, formés dans tout le pays et qui prirent progressivement le contrôle du pouvoir politique, était : la paix immédiate sans annexion, à laquelle s'ajoutent rapidement, la démocratie, le contrôle des prix, l'augmentation des salaires, la généralisation de l'assurance maladie. Quelques semaines après le début de la Révolution allemande, l'empereur Guillaume II abdique et la première République allemande est proclamée (9 novembre 1918, deux jours avant la fin de la guerre). En lieu et place de l'Etat social subsidiaire et guerrier, se mélangent les ingrédients de l'unification et de la démocratie politique. La révolution est écrasée une première fois, avec le concours des corps francs (*Freikorps,* milices d'extrême-droite) et l'aval du nouveau chancelier Friedrich Ebert. La République de Weimar, proclamée le 6 février 1919, essentiellement composée de représentants de la social-démocratie et du *Zentrumspartei*. Elle régularise les institutions allemandes, maintient la référence au Reich et accepte les conditions du traité de Versailles (donc les annexions). Les soulèvements perdurent jusqu'en 1923. Le concours des armées françaises, envahissant la Ruhr en 1923, contribuent largement à la fin de la révolution allemande.

Toutefois, c'est entre 1918 et 1923, dans un contexte insurrectionnel permanent, que la République de Weimar adopte les principales mesures de distorsion de la concurrence libre et non faussée : abolition des privilèges, émancipation civile et politique des femmes, droit à l'instruction. Le 15 novembre 1918, les syndicats sont reconnus comme représentants des salariés, la journée de huit heures est entérinée (*Accords Stinnes-Legien*), les conventions collectives deviennent obligatoires (BERNSTEIN, MILZA, 2010 : 69-70).

Ainsi, en Allemagne entre 1918 et 1923, les syndicaux patronaux et ouvriers ont produit du

droit. Le principe de « *l'autonomie collective* » c'est-à-dire le droit de négociation, indépendant du pouvoir de l'Etat, était revendiqué par les ouvriers et leurs syndicats. Toutefois, le droit produit par des groupes professionnels s'est imposé à l'Etat allemand, auquel il incombe encore de le faire respecter. Par ailleurs, ce droit n'exprimait pas des rapports organiques participant du Bien commun national. Pour reprendre les arguments du rapport de Christian de la Malène, il exprimait l'idée que, non seulement « *plusieurs conceptions légitimes du Bien commun peuvent coexister* » (DE LA MALENE, 1996) mais que la reconnaissance de cette pluralité de conceptions était au fondement de toute démocratie politique, sans laquelle la notion de démocratie sociale était elle-même impensable.

A partir de 1918, l'obligation légale des conventions collectives régionales par branche (il existe quelques conventions nationales, notamment celle de la typographie), entérine le *Günstigkeitsprinzip* (principe de faveur). Celui-ci garantit que le contrat de travail individuel ne peut comporter aucune disposition moins favorable au salarié (qui est dans une relation d'inégalité vis-à-vis de son employeur) que celles prévues par la convention collective. La loi qui fait primer la convention collective sur le contrat individuel, rééquilibre les relations entre employeur et salarié.

Le principe de faveur, en Allemagne, comme en France, est bien un principe légal. Le droit produit par les groupements professionnels est devenu l'objet de la loi. A l'issue d'un rapport de forces opposant deux conceptions légitimes du Bien commun, en 1918, dans le domaine spécifique du droit du travail, le principe de subsidiarité est donc remplacé par son contraire : la primauté de la règle générale et la possibilité de déroger *si et dans la mesure où* l'accord local (ou le contrat de travail) est plus favorable, pour le salarié, à la règle générale.

Cette disposition entrave la concurrence libre et non faussée, qui fonde (article 87 TUE), depuis 1992, non plus seulement le Bien commun économique, mais également le Bien commun politique des Etats-membres de l'Union européenne. Désormais, en vertu des traités, la réalisation des objectifs définis priment sur les politiques nationales. Dans cette perspective, et à titre subsidiaire, l'Union, les Etats et désormais les régions, ont vocation à « *réguler, diriger ou surveiller* » (*Quadragesimo Anno,* 1931 : §88) les relations économiques et en particulier les relations entre salariés et patronats. Le *Günstigkeitsprinzip* est donc contradictoire au principe de concurrence, puisqu'il est né de la tentative de limiter la concurrence individuelle entre salariés sur le marché du travail. Ce principe ne peut donc qu'être opposé également au *Subsidiaritätsprinzip*.

La référence à la subsidiarité du Code du travail du rapport Combrexelle (2015), mieux encore que le principe de subsidiarité introduit par le traité de Maastricht, exprime le retour du motif premier : le *subsidiäres Recht* ou *subsidiäres Gesetz*, c'est-à-dire l'acception savignienne, ici appliquée en droit du travail. Il permet de mesurer également le fond de l'argument politique de Savigny à l'époque du conflit sur la codification. Au regard de l'histoire du droit allemand, il est aisé de comprendre pourquoi le principe de subordination de l'aide sociale est toujours aujourd'hui en vigueur. Nous pouvons aussi identifier les facteurs ayant empêché la rédaction d'un Code du travail (et quoi qu'il ne soit pas certain qu'aujourd'hui, la question de la codification soit posée en Allemagne : le nivellement par le haut du droit du travail, à l'instar des tentatives européennes, peut constituer de sérieuses régressions). En Allemagne, la relation de travail est toujours définie par le Code civil (« *Le Code civil adopté le 18 août 1896, amendé pour la dernière fois le 2 novembre 2000 définit la relation de travail. Cependant, des questions telles que le licenciement, la maladie et les congés sont abordés dans les lois spécifiques* », source : JUNG L., Organisation Internationale du Travail, 2001). Progressivement, les conventions collectives d'entreprises dérogatoires se substituent aux conventions collectives régionales ou nationales. Le droit du travail allemand connaît donc un processus de « subsidiarisation » croissant, comme un revers du principe d'« autonomie collective » :

> « L'Article 9 III de la loi fondamentale (GG) donne une priorité presque absolue à l'autonomie collective. Ce système est mis à l'épreuve car depuis la fin des années 70, les tensions sont les mêmes qu'en France même si les voies juridiques sont différentes. Il est question de flexibiliser, de décentraliser la négociation collective, ce qui fragilise la négociation collective de branche. Depuis 1984, il existe des « clauses d'ouverture » dans certaines conventions collectives de branche par lesquelles les syndicats et organisations patronales acceptent de déléguer une partie de leurs pouvoirs (notamment sur la durée du travail habituelle) à l'employeur et au conseil d'établissement. » (REMY, « La compétitivité allemande fait éclater le système conventionnel », 2012)

Le droit du travail en France

Le droit du travail français est le résultat d'un processus historique qui a connu une phase importante dans les années 1910-1927. A la même époque, le droit syndical est également reconnu dans la fonction publique. Sur le plan des relations privées, avant cette période, il n'existe pas de législation du travail mais un livret de l'ouvrier, officiellement supprimé en 1890 (dans les faits en 1908). Celui-ci, en vigueur sous l'Ancien régime, supprimé par la

Révolution française (décrets d'Allarde[102]- 1791) et réintroduit en 1803 par le premier consul Napoléon Bonaparte pour « *domestiquer le nomadisme des ouvriers* »[103] (HATZFELD, 2016 : 199), est un petit cahier sans la possession duquel un ouvrier ne peut prétendre à un emploi et surtout se voit passible de peine d'emprisonnement (à chaque arrivée en ville, le commissaire de police ou l'adjoint au maire doivent le tamponner). Véritable laissez-passer sans lequel l'ouvrier ne peut exister légalement, l'employeur y note ses allées et venues, ses horaires ainsi que ses compétences. Au-delà de la criminalisation du vagabondage, la situation est marquée par une relation contractuelle d'individu à individu, encadrée par le seul Code civil.

Les premiers conflits du 19e siècle, en particulier la révolte des Canuts dans les années 1830, marquent le début d'une tentative d'imposer une réglementation nationale des salaires par secteur, c'est-à-dire les premières bases des conventions collectives et de la législation nationale du travail. Si l'insurrection lyonnaise échoue, les syndicats ouvriers se structurent, ainsi que leurs revendications : il s'agit d'user de la loi pour imposer l'augmentation des salaires et la diminution du temps de travail journalier. Les décrets d'Allarde ont certes posé le principe de la liberté du travail, mais ils ont aussi logiquement proscrit toute contrainte légale sur les cocontractants. C'est donc pour organiser cette liberté que ces mêmes décrets ont supprimé les corporations. La Loi Le Chapelier de la même année interdit grèves et coalitions de métiers. Si les syndicats ouvriers ont imposé leur reconnaissance légale à l'Etat plus qu'ils n'ont été créés par la loi de l'Etat (abrogation des décrets d'Allarde, rétablissement du droit de grève et de coalition, 1864 – Loi Waldeck-Rousseau, 21 mars 1884) c'est bien cette reconnaissance légale qui constituaient l'objectif principal.

Le 14 mars 1896, le député socialiste Arthur Groussier dépose une proposition de loi sur la codification des lois ouvrières. Différentes propositions de lois et de résolutions se succèdent. En 1906, le ministère Viviani envisage la codification en quatre livres des lois ouvrières. Le premier livre du Code du travail, intitulé *Code du travail et de la prévoyance sociale*, est adopté par la loi du 28 décembre 1910 et porte sur les conventions relatives au travail (contrat d'apprentissage, contrat de travail, salaire et placement). Sa préparation prend toutefois du retard et n'est achevé que le 25 février 1927 avec l'adoption du livre III sur les groupements professionnels et exclut la partie relative à la prévoyance sociale. Les conventions collectives, reconnues par une première loi (25 mars 1919) affirment leur suprématie sur le contrat de

[102] Les décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 posent le principe de la liberté du travail selon lequel « *chaque homme est libre de travailler là où il le désire, et chaque employeur libre d'embaucher qui lui plaît grâce à la conclusion d'un contrat dont le contenu est librement déterminé par les intéressés*. »
[103] Loi du 22 germinal an XI, 12 avril 1803 et arrêté du 9 frimaire an XII, 1er décembre 1803.

travail individuel et complètent les dispositions du Code du travail pour chaque branche de métier et pour chaque profession.

La question légale devient, après la Seconde Guerre mondiale, une question constitutionnelle. L'article 34 de la constitution de la Ve République reconnaît le *principe de faveur* : « *Lorsque deux normes sont applicables à une même relation de travail, il faut, en principe, retenir la plus favorable aux salariés*. ». La source légale de ce principe figure dans l'article L. 2251-1 du Code du travail qui dispose que :

> « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements. » (LEGIFRANCE, L. 2251-1, Version en vigueur au 1er mai 2008)

En vertu de ces dispositions, les dispositions légales sont donc indérogeables et impératives, sauf sous certaines conditions qui sont encadrées juridiquement. Ainsi, à l'heure actuelle, en vertu du Code du travail et des conventions collectives, le contrat de travail n'est plus une relation entre deux cocontractants régie par le seul Code civil, mais encadré par une législation conjurant la situation d'inégalité réelle entre les deux contractants. Les conditions collectives d'embauche sont régies par des lois qui protègent le salarié et qui ont été codifiées, fixées, organisées, structurées et généralisées. L'employeur et le salarié ne peuvent donc déroger à la législation nationale que *si* la dérogation est plus favorable au salarié. En France aussi, la loi prime sur les circonstances particulières.

Cette situation change substantiellement (bien que des mesures précédentes les avaient amorcées) avec les lois Auroux (1982), Ministre du gouvernement Mauroy : le motif avancé est celui d'une plus grande participation des salariés à l'entreprise, le rapport affirmant que « *les travailleurs doivent devenir les acteurs du changement dans l'entreprise* » et récusant « *une législation pesante composée de blocages* » (AUROUX, 1981 : 18) [104]. Les lois Auroux entérinent la modification de près d'un tiers du Code du travail, environ 300 articles, dans le sens d'une négociation entreprise par entreprise et d'une institutionnalisation du syndicat comme *partenaire social* : celui-ci ne représente plus seulement les intérêts des salariés, mais participent au Bien commun de l'entreprise. Le nouveau mot d'ordre est celui du « *citoyen dans l'entreprise* » (AUROUX, 1981) futur socle de la *démocratie participative* dans

[104] Jean Auroux, *Les droits des travailleurs : Rapport au président de la République et au premier ministre*, Paris, La Documentation française, septembre 1981, 82 p. Le rapport a en réalité été écrit par Martine Aubry, fille de Jacques Delors.

l'entreprise. De fait, ces lois participent de la *subsidiarité* telle que l'entend le rapport Combrexelle. Dès lors, les dérogations entreprise par entreprise, négociées entre représentants du personnel et employeur se multiplient.

En 2004, un nouveau rapport (dénommé *Virvile*) est publié. En réalité, il est le produit d'une commission déjà présidée par Jean-Denis Combrexelle, et dont l'objectif est de réformer encore plus profondément le Code. Son motif était cette fois-ci la *lisibilité*. La partie législative du nouveau Code du travail a été publiée par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007. Outre l'externalisation de certaines dispositions vers d'autres Codes ainsi que le déclassement d'articles législatifs en dispositions réglementaires ouvrant la possibilité de les abroger plus souplement, le texte de réforme est linguistiquement intéressant.

Les principales dispositions ont substitué à des formulations précises, des formulations plus vagues. Pour près de deux cents articles, nous avons par exemple observé la substitution du syntagme verbal construit sur la base du semi auxiliaire *devoir* + infinitif exprimant l'obligation, par un présent de vérité générale : « *l'employeur doit informer* » devient « *l'employeur informe* », ou « *l'employeur remet un certificat de travail* ». Ces formulations rendent les articles moins contraignants. Ces observations recoupent en partie celles que nous avons faite autour du discours du juge en matière de non discrimination : construction discursive du discrétionnaire, foisonnement d'adjectifs, en particulier les dérivés adjectivaux en – *able, souhaitable*, *raisonnable*, dont la régularité n'était pas encore relevée par Lerat et Sourioux en 1975.

Le motif du rapport est tacitement l'application de la *subsidiarité* : le législateur aurait mal interprété l'article 34 de la Constitution et fixé trop dans le détail de la loi ce qui aurait dû être précisé au seul niveau réglementaire. Le législateur ne doit fixer que de simples standards.

Le rapport Combrexelle de 2015 s'inscrit dans cette logique : il entend désormais faire de la loi et du Code des supplétifs, auxquels le juge (ou l'arbitre, car il n'est pas nécessairement question du juge du travail) et l'employeur ne se réfèrent que *si et dans la mesure où* une solution n'est pas trouvée à l'échelon inférieur, c'est-à-dire au sein même de l'entreprise. D'une législation nationale s'appliquant de manière contraignante à toutes les entreprises, entravant la concurrence libre et non faussée du marché du travail, la logique de la subsidiarité consiste dans la restauration de la production normative coutumière et particulariste.

Etat légal ou Etat de droit ?

Quelle relation entre subsidiarité du Code du travail et Etat de droit ? Pour nous, elle consiste en ceci que la notion d'Etat de droit, initialement libérale et antiabsolutiste est progressivement devenu le mot d'ordre d'une remise en cause de l'Etat légal « *immanent* ». C'est ainsi que son principal introducteur en France, Raymond Carré de Malberg concevait l'opposition entre la tradition allemande et la tradition juridique française. A la lecture de l'œuvre de Carré de Malberg, les préoccupations du juriste nous semblaient pertinentes : comment prévenir les possibles errements du législateur, en particulier dans des contextes guerriers. Mais nous partageons le sentiment d'un certain nombre de membres de la doctrine : liant le législateur par des standards, l'Etat de droit se transforme peu à peu en mot d'ordre visant à limiter sa souveraineté, et en dernière analyse, celle du citoyen. La notion n'a par ailleurs pas attendu le 20e siècle et la naissance du dogme antitotalitaire pour développer ses motifs. Les pensées du totalitarisme, dont Chantal Millon-Delsol est en France une représentante importante, puisent, selon nous, leurs motifs théoriques tout autant dans le libéralisme kantien que dans le particularisme savignien.

La diffusion actuelle du motif subsidiariste dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, et qui, eu égard à ses origines juridiques, peut difficilement être assimilé à une reformulation du principe démocratique, favorise l'apparition d'une Europe des régions. Néoféodalisme (LEFEBVRE, 2006) ? Nous tenons à cette hypothèse, devant la montée en puissance de son complément : l'ancien *jus gentium* (droit international) aux motifs proches de l'ancien droit des gens chrétien, qui généralise la notion de standard et qui, à la différence du droit naturel moderne ne crée pas le législateur mais le contraint à s'adapter à des circonstances qu'il ne maîtrise pas.

Un nouveau programme de recherche

Nous espérons avoir apporté suffisamment de preuves matérielles permettant de réfuter la thèse d'une origine catholique du principe de subsidiarité. Nous avons aussi cherché à montrer, qu'en l'espèce, nous pensons impossible, comme le tentait Christian de La Malène en 1996, de distinguer le principe philosophique de l'élément juridique. Le principe de subsidiarité n'appartient pas à une philosophie politique qui traverserait les âges sans voir ses motifs frappés d'obsolescence : la philosophie évolue avec l'histoire. L'Europe ne vit pas non plus « *depuis deux millénaires - c'est-à-dire depuis le début de son histoire - sur une conception politique définie par Aristote* » (MILLON-DELSOL, 1991a : 9) : l'Europe n'a pas

deux millénaires. Le principe de subsidiarité n'est pas ambigü. Par contre, il désigne bien une notion aux implications immenses.

Désormais, un nouveau champ de recherche s'ouvre devant nous. Si les œuvres de Savigny sont traduites et permettent d'identifier le motif, la lecture des thèses des formalistes en droit constitutionnel est beaucoup plus difficile. Toutefois, celle des œuvres de Paul Laband montre que ce travail n'est pas impossible. Nous aimerions recueillir suffisamment de données nous permettant de nuancer nos analyses, et d'apporter de la contradiction. Nous voudrions surtout pouvoir saisir la richesse des discussions qui se sont menées au 19e siècle et l'éclairer par cette analyse, celles qui entourent la construction européenne et les réformes institutionnelles nationales.

Il est évident que ce travail devrait rompre avec le relatif isolement qui a été le nôtre pendant notre recherche. Il devrait nécessairement s'appuyer sur une collaboration avec des spécialistes de linguistique allemande, que nous ne sommes pas. Nous avons discuté maintes fois avec notre directeur de recherche sur la difficulté d'un sujet aussi transversal que le nôtre, qui nous oblige à quitter le terrain de la langue et des discours pour mieux y revenir. Nous voudrions que soit possible de résoudre les problèmes relatifs à l'analyse des discours juridiques. Nous espérons que ce programme de recherche intéressera l'analyse des discours institutionnels. Nous espérons enfin qu'il intéressera les juristes.

BIBLIOGRAPHIE

- Ressources lexicographiques

AUROUX S. dir., *Encyclopédie philosophique universelle,* II. Les Notions Philosophiques, PUF, Paris, 1990, 1517 p.

BISSARDON S., *Guide du langage juridique. Vocabulaire, pièges et difficultés*, 2e éd., LexisNexis, Paris, 2005, 457 p.

BRAUDO S., *Dictionnaire du droit privé*, en ligne

URL : http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/subsidiaire.php

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES (CNRTL) :

URL : http://www.cnrtl.fr

CORNU G., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, Paris, 2005, 970 p.

DE LA FUENTE F., *Dictionnaire juridique de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

FREUND W., *Le Grand dictionnaire de la langue latine*, Firmin-Didot et Cie, Paris, 1883.

HARRAP'S UNIVERSAL, *Dictionnaire français-allemand allemand-français*, Pons, Paris, 1999.

KÖBLER G., *Juristisches Wörterbuch*, München, 1986.

KÖBLER G., POHL H., *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*, Munich, Verlag C.H. Beck, 1991.

RADONVILLIERS J.-B. R. DE, *Dictionnaire des mots nouveaux*, *Enrichissement de la langue française*, dictionnaire de mots nouveaux, Léautey, Paris, 1845, 598 p.

- Documents institutionnels

NOTA : *sont mentionnés ici, sans distinction, les documents émanant d'institutions publiques dépourvus de valeur juridique ainsi que les textes de droit à valeur contraignante (traités, lois, décisions).*

ACTES DU CONGRES DES POUVOIRS LOCAUX ET REGIONAUX DE L'EUROPE, *Rapport sur le statut constitutionnel des régions dans la fédération de Russie et dans d'autres pays européens, le rôle des autorités législatives régionales dans le renforcement de « l'unité dans la diversité »,* 11-12 juillet 2003.

BORCHARDT K.-D., *L'ABC du droit de l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, *Office* des *publications* de

l'*Union/Luxembourg*, *Publications office* of the European *Union*, *Luxembourg*, 2012, 147 p.

CHAMBRE DES DEPUTES, *Projets de lois, propositions, rapports, -Onzième législature, session de 1915*, Imprimerie de la Chambre des députés, Paris, 4 novembre 1915.

COMBREXELLE J.-D., « La Négociation collective, le travail et l'emploi », Rapport au Premier Ministre M. Valls, 9 septembre 2015,

URL : http://www.gouvernement.fr/partage/5179-rapport-la-negociation-collective-le-travail-et-l-emploi-de-jean-denis-combrexelle

COMITE des REGIONS, *Avis sur le principe de subsidiarité : « Vers une culture de la subsidiarité ! Un appel du Comité des régions »,* 11 mars 1999, 19 p.

COMITE des REGIONS, *Avis sur les nouvelles formes de gouvernance : « L'Europe, un cadre pour l'initiative des citoyens »*, 14 décembre 2000, 12 p.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport de la Commission sur l'Union européenne*, COM(75) 400, Bruxelles, 25.06.1975, 68 p.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Traité de Maastricht*, JO C 191, 29.7.1992.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Traité d'Amsterdam*, JO C 340, 10.11.1997.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Traité de Nice*, JO C 80, 10.03.2001.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Traité de Lisbonne*, JO C 306, 17.12.2007.

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport au Conseil sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité*, 24 novembre 1993

COMMISSION EUROPEENNE, « La Primauté du droit européen », dernière modification le : 01.10.2010 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l14548

CONSEIL de L'EUROPE, « Définition et limites du principe de subsidiarité : Rapport préparé pour le Comité Directeur des autorités Locales et Régionales (CDLR) », *Communes et régions d'Europe*, 55, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994.

CONSEIL DE l'EUROPE, Comité européen sur la démocratie locale et régionale, *fiche technique « le principe de subsidiarité »*, 1994.

CONSEIL de L'EUROPE, « Les régions à pouvoir législatifs : vers une gouvernance à multiniveaux », Textes adoptés par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, 17e session, Recommandation, n° 278, 13-15 octobre 2009.

CONSEIL ECONOMIQUE et SOCIAL EUROPEEN, *La démocratie participative en 5 points*, 2011.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE, *Arrêt de la Cour de justice, Costa/ENEL, affaire 6-64 (15 juillet 1964)*,

URL : http://www.cvce.eu/obj/arret_de_la_cour_de_justice_costa_enel_affaire_6_64_15_juillet_1964-fr-cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995.html

DEUTSCHER BUNDESTAG, *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, version mise à jour, novembre 2012, trad. fr., URL :

https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf

INSTITUT DECENTRALISATION, *De l'intercommunalité fonctionnelle à la supra-communalité citoyenne*, Rapport, juin 1996.

INSTITUT EUROPEEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, *Subsidiarité, défi du changement*, Actes du colloque Jacques Delors, 1992.

JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *Code civil*, 7 mars 2007, révision en vigueur le 1er janvier 2009.

JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *Loi portant sur la Nouvelle Organisation Territoriale de la République* (NOTRe), LOI n° 2015-991, 08.08.2015,

URL : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/7/2015-991/jo/texte

LA MALENE C. DE, « L'application du principe de subsidiarité », *Rapport de la Délégation du Sénat pour l'Union européenne*, Rapport 46, 1996-1997,

URL : http://www.senat.fr/rap/r96-46/r96-46.html

LUYCKX M., *Histoire philosophique du concept de subsidiarité. Note de la Cellule de prospective*, Commission européenne, Bruxelles, 20 octobre 1992, 8 p.

MAZEAUD P., *Rapport d'information n°2630* de la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne sur les rapports entre le droit communautaire dérivé et les constitutions nationales, Assemblée nationale, déposé le 11 mars 1996.

PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur les rapports de la Commission des Communautés européennes au Conseil européen*, Document A4-0155/97.

- Documents pontificaux et ecclésiastiques

BENOIT XV (dir.), *Code de droit canonique*, 3 vol., éd. fr. Adrien Cance, Lecoffre, Paris, 1946, 495 p., 634 p., 552 p.

BENOIT XVI, Lettre encyclique *Deus caritas est*, 25 décembre 2005, *Acta Apostolicae Sedis*, 2006, XCVIII, p.217-252 (in *Dieu est amour*, Bayard, Paris, Le Cerf, Fleurus-Mame, 2006, 80 p.)

BENOIT XVI, Lettre encyclique *Caritas in veritate*, 29 juin 2009, *Acta Apostolicae Sedis*, 2009, CI, p.641-709 (in *L'Amour dans la vérité*, Bayard, Paris, Le Cerf, Fleurus-Mame, 2009, 130 p.)

(DEUXIEME) CONCILE du VATICAN (VATICAN II), Constitution dogmatique sur l'Eglise *Lumen gentium*, 21 novembre 1964, *Acta Apostolicae Sedis*, 1965, LVII, p. 5-64, *Sacrosanctum Œcumenicum Concilium Vaticanum II*, 1966, p.93-206 (in DENZINGER H., éd., *Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*, éd. P. Hünermann, trad. fr. J. Hoffmann, Le Cerf, Paris, 2005, 4101-4179, p.863-896)

(DEUXIEME) CONCILE du VATICAN (VATICAN II), Déclaration De Educatione Christiana (Gravissimum educationis), 28 octobre 1965, Sacrosanctum Œcumenicum Concilium Vaticanum II, 1966, p.385-418 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, II, p.1417-1439)

(DEUXIEME) CONCILE du VATICAN (VATICAN II), Déclaration sur la liberté religieuse Dignitatis humanae, 7 décembre 1965, *Acta Apostolicae Sedis*, 1966, LVIII, p.930-936, *Sacrosanctum Œcumenicum Concilium Vaticanum II*, 1966, p.513-524 (in DENZINGER H., éd., *Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*, éd. P. Hünermann, trad. fr. J. Hoffmann, Le Cerf, Paris, 2005, 4240-4245, p.909-911)

CONSEIL PONTIFICAL JUSTICE ET PAIX, *Compendium de la Doctrine sociale de l'Eglise*, éd. fr., Bayard, Le Cerf, Fleurus-Mame, Paris, 2008, 530 p.

JEAN XXIII, Lettre encyclique Mater et Magistra, 15 mai 1961, Acta Apostolicae Sedis, 1961, p.401-464 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969 p.664-757)

URL : w2.vatican.va/containt/vatican/fr.html

JEAN XXIII, Lettre encyclique Pacem in terris, 11 avril 1963, Acta Apostolicae Sedis, 1963, p.257-301 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969 p.2774-2845)

JEAN-PAUL II, Discours pour l'ouverture des travaux de la IIIe conférence de l'épiscopat latino-américain, Puebla, 28 janvier 1979 (in La Documentation catholique, 1979, 1758, p. 164-172).

JEAN-PAUL II, *Laborem exercens. Le Travail humain*, librairie Téqui. Paris, 1981, 132 p.

LEON XIII, Lettre encyclique *Rerum novarum*, 15 août 1891, *Acta Sandae Sedis*, 1891, XXIII, p.647-670 (in UTZ A. F., éd., *La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle*, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.510-567).

LEON XIII, *Aeterni Patris,* 4 août 1879, site du Vatican

URL : w2.vatican.va/content/leo-xiii/fr/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_04081879_aeterni-patris.html

LEON XIII, *Notre Consolation*, 3 mai 1892, Site *Quicumque*

PAUL VI, *Populorum Progressio*, Site du Vatican

URL : w2.vatican.va/containt/vatican/fr.html

PAUL VI, Les questions sociales de notre temps, Site du Vatican,

URL : w2.vatican.va/containt/vatican/fr.html

PAUL VI, Discours aux membres du corps diplomatique, samedi 8 janvier 1966,

URL : https://w2.vatican.va/content/paul-vi/fr/speeches/1966/documents/hf_p-_spe_19660108_corpodiplomatico.html.

PIE VI, *Adeo nota*, Editions Clovis, Paris, 2012.

PIE IX, *Syllabus*, 8 décembre 1864, *Acta Sanctae Sedis*, 1867-1868, III, p.168-176 (in UTZ A. F., éd., *La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle*, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.35-53)

PIE IX, Lettre apostolique *Quanta cura*, 8 décembre 1864, Acta Sandae Sedis, 1867-1868, III, p.163-166 (in UTZ A. F., éd., *La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle*, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.158-175)

PIE X, *Vehementer Nos* (Notre Douleur), Site du Vatican, URL : w2.vatican.va/containt/vatican/fr.html

PIE XI, Lettre encyclique Quadragesimo anno, 15 mai 1931, Acta Apostolicae Sedis, 1931, XXIII, p.177-228 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.568-663)

PIE XI, *Rundschreiben über die Gesellschaft Ordnung*, Herder und co, Freiburg im Breisgau, 1931, 115 p.

PIE XII, *Sur la Démocratie*, radio-message du 24 décembre 1944, Office international des Œuvres de formation civique.

PIE XII, *Discours aux médecins neurologues*, 14 septembre 1952, Portail du Centre Catholique des Médecins Français (CCMF).

- Doctrine sociale de l'Eglise et littérature religieuse

ANDRAU R., *Dieu, l'Europe et les politiques, De Léon XIII à la Charte des droits fondamentaux,* Bruno Leprince, Paris, 2002, 175 p.

AUBERT J.-M., « Origines théologiques des droits de l'homme », *Le Supplément. Revue d'éthique et de théologie morale*, 160, 1987, p. 111-122.

AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, trad. fr. L. Moreau, J.-C. Eslin, 3 vol., Le Seuil, Paris, 456 p.

BAZIN G., *L'Allemagne catholique au XIXe siècle. Windthorst. Ses alliés et ses adversaires*, Bloud et Barral, Paris, 1896, 332 p.

CALVEZ J.-Y., *Les Silences de la Doctrine sociale catholique*, Les Editions de l'Atelier, Paris, 1999, 160 p.

CALVEZ J.-Y., PERRIN J., « *Eglise et société économique », in Archives de sociologie des religions*, 10, Socialisme et religion, 1960, p. 168-169.

CALVEZ J.-Y., « La doctrine sociale de l'Eglise catholique et sa dimension économique », in *Les Démocrates chrétiens et l'économie sociale de marché*, Economica, Paris, 1988, p. 17-30.

CEDIAS, VIE SOCIALE, LES CAHIERS DE LA RECHERCHE SUR LE TRAVAIL SOCIALE, LES CAHIERS D'E.C.A.R.T.S., UNIVERSITE DE CAEN, *Le Social aux prises avec l'histoire*, *III. La question sociale*, CEDIAS - Musée social, Paris, 1991, 193 p.

CHENAUX P., *Une Europe vaticane ? Entre le Plan Marshall et les traités de Rome*, Ciaco, Bruxelles, 1990, 363 p.

CHENAUX P., *De la Chrétienté à l'Europe. Les catholiques et l'idée européenne au XXe siècle*, Editions CLD, Tours, 2007, 215 p.

CHENAUX P., « Les origines de l'Union de Fribourg », in *« Rerum novarum ». Écriture, contenu et réception d'une encyclique*, École Française de Rome, Rome, 1997, p. 255-266.

CHENAUX P., « Le Vatican et l'Europe (1947-1957) », *Storia delle relazioni internazionali*, 4 (1), 1988, p. 47-83.

CHENAUX P., « Renouveau spirituel et construction de l'Europe (1945-1950). Le rôle des milieux chrétiens de Suisse romande », *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 39, 1989, p. 266-292.

CHENAUX P., « Les démocrates chrétiens et la construction de l'Europe (1947-1957) », *La Revue politique*, 1, 1991, p. 87-101.

CHENU M.-D., « La fin de l'ère constantinienne », *Un Concile pour notre temps*, Paris, 1961, p. 51-87.

CHENU M.-D., « Le rôle de l'Eglise dans le monde contemporain », in *L'Eglise dans le monde de ce temps*, BARAUNA G. dir., Desclée de Brouer, Bruges, Paris, II, 1968, p. 442-443.

CHENU M.-D., *La « Doctrine sociale » de l'Eglise comme idéologie*, Le Cerf, Paris, 1979, 96 p.

CONGAR Y. M.-J., « Le développement historique de l'autorité dans l'Eglise », in *Problème de l'autorité*, Le Cerf, Paris, 1962, p. 145-179.

GILSON E., *Le Thomisme*, introduction à la philosophie de saint Thomas d'Aquin, 6e édition, Vrin, Paris, 1965, 479 p.

GOYAU G., *Le Pape, les catholiques et la question sociale*, Perrin, Paris, 1921, 391 p.

GOYAU G., « Les origines du Culturkampf allemand. La formation sociale des catholiques allemands », *Revue des Deux Mondes*, 1er avril 1907.

GOYAU G., *Bismarck et l'Eglise, le Kulturkampf*, 4 vol., Perrin, Paris, 1911-1913, 487 p., 435 p., 322 p., 350 p.

GOYAU G., *Ketteler*, Bloud, Paris, 1908, 290 p.

GOYAU G., *L'Allemagne religieuse. Le Catholicisme 1800-1870*, III. 1848-1870, Perrin et Cie Libraires-Editeurs, Paris, 1909, 324 p.

GUNDLACH G., « Solidaritätsprinzip », *Staatslexikon*, Görres-Gesellschaft dir., Herder, Fribourg, VII, 1962, col. 119-122.

GUNDLACH G., *Papst Pius XI. Zur heutigen Wirtschafts und Gesellschaftsnot. Kurze Erläuterung des Rundschreibens* Quadragesimo anno, Germania, Berlin, 1932, 53 p.

GUNDLACH G., *Die Kirche zur heutigen Wirtschafts und Gesellschaftsnot. Erläuterung des Rundschreibens Papst Pius XI.* Quadragesimo anno, Morus, Berlin, 1949, 63 p.

GUNDLACH G., « Pesch», *Staatslexikon*, Görres-Gesellschaft dir., Herder, Fribourg, VI, 1961, col. 226-229.

HUANT E., *Le péché contre la chair : études des problèmes scientifiques et humains de l'intervention biologique de l'homme sur l'homme*, Beauchesne, Paris, 1961, 124 p.

KERALY H., Commentaire de THOMAS D'AQUIN, *Préface à* La politique Saint Thomas d'Aquin, trad. fr. Keraly H., Nouvelles Editions Latines, Paris, 1974, p. 39-179.

KETTELER W. E. VON (évêque), *La Question ouvrière et le christianisme*, trad. fr. Cloes E., Grandmont-Donders, Liège, 1869, 183 p.

KETTELER W. E. VON, *Freiheit, Autorität und Kirche. Erörterungen über die großen Probleme der Gegenwart* [*Liberté, autorité, Eglise. Considérations sur les grands problèmes de notre époque*], Kirchheim, Mayence, 1948, 246 p., trad. fr. P. Belet, Vivès, Paris, 1862, 248 p.

KETTELER W. E. VON (évêque), *Die Katholiken in deutschen Reiche. Enturf zu einem politischen Programm*, F. Kirchheim, Mayence, 1873, 123 p.

KETTELER W. E. VON, *Le Kulturkampf ou la lutte religieuse en Allemagne*, trad. fr., Haton, Paris, 1875, 328 p.

KETTELER W. E. VON, *Lettre ouverte à mes électeurs (Offenes Schreiben des Deputierten in der deutschen Nationalversammlung Pfarrers von Ketteler an seine Wähler)*, 17 septembre 1848, in DECURTINS G., Œuvres choisies de Mgr Ketteler, Basler Volksblatt, Bâle, 1892, 79 p.

KETTELER W. E. VON, « Die Katholiken und das Reich», in *Kettelers Schriften*, vol.2, Kölschen, Munich, 1911.

KETTELER W. E. VON, *Devoirs des parents et de la famille en présence des conditions nouvelles faites aux écoles primaires*, trad. fr. Pfeiffer E., Œuvre de Saint-Paul, Paris, 1882, 64 p.

KETTELER W. E. VON, *Wilhelm Emmanuel von Kettelers Schriftens, I. Religiöse, kirchliche und kirchenpolitische Schriften*, éd. J. Mumbauer, Kösel'schen Buchhandlung, Kempten, Munich, 1911, 422 p.

KETTELER W. E. VON, *Wilhelm Emmanuel von Kettelers Schriftens, II. Staatspolitische und vaterländische Schriften*, éd. J. Mumbauer, Kösel'schen Buchhandlung, Kempten, Munich, 1911, 320 p.

KETTELER W. E. VON, *Wilhelm Emmanuel von Kettelers Schriftens, III. Soziale Schriften und Persönliches,* éd. J. Mumbauer, Kösel'schen Buchhandlung, Kempten, Munich, 1911, 334 p.

KONINCK C. DE, *De la primauté du bien commun contre les Personnalistes*, Ed. de l'université Laval, Québec, 1943.

KONINCK C. DE, *In defence of Saint Thomas*, Laval théologique et philosophique, vol. I, n°2, 1945.

LE PLAY F. P. G., *L'Organisation du travail*, Economica, Anthropos, Paris, 2006, 360 p.

LE PLAY F. P. G., *La Réforme sociale en France*, Slatkine, Genève, Paris, 1982, 440 p., 480 p.

LE PLAY F. P. G., *La Méthode sociale,* Méridiens, Klinksieck, Paris, 1989, 652 p.

LESPINASSE-FONSEGRIVE G., *Windthorst*, F.-B. Béduchaud, Paris, 1908, 213 p.

MADIRAN J., *Le Principe de totalité*, NEL, Paris, 1963, 91 p.

MANOÏLESCO M., *Le Siècle du corporatisme. Doctrine du corporatisme intégral et pur*, Alcan, Paris, 1935, 376 p.

MARITAIN J., *De Bergson à Thomas d'Aquin*, Hartmann, Paris, 1944.

MARITAIN J., *Antimodernes*, *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain*, Editions universitaires, Fribourg, II, Saint-Paul, Paris, 1987, p. 923-1136.

MARITAIN J., *Une opinion sur Charles Maurras et le devoir des catholiques, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, III, Saint-Paul, Paris, 1984, p. 739-780.

MARITAIN J., *Primauté du spirituel, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, III, Saint-Paul, Paris, 1984, p. 783-988.

MARITAIN J., « Pie XI et le Christ-Roi. Encyclique *Quas Primas* », *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, XVI, Saint-Paul, Paris, 1999, p. 41-52.

MARITAIN J., « Le thomisme et la civilisation », *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, XVI, Saint-Paul, Paris, 1999, p. 53-88.

MARITAIN J., *Clairvoyance de Rome*, *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, III, Saint-Paul, Paris, 1984, p. 1025-1218.

MARITAIN J., *Le Docteur angélique, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, IV, Saint-Paul, Paris, 1983, p. 9-181.

MARITAIN J., *Distinguer pour unir ou les degrés du savoir, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, IV, Saint-Paul, Paris, 1983, p. 257-1111.

MARITAIN J., *Du Régime temporel et de la liberté, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, V, Saint-Paul, Paris, 1982, p. 319-515.

MARITAIN J., *Humanisme intégral. Problèmes temporels et spirituels d'une nouvelle chrétienté, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, VI, Saint-Paul, Paris, 1984, p. 291-634.

MARITAIN J., *Lettre sur l'indépendance, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, VI, Saint-Paul, Paris, 1984, p. 253-288.

MARITAIN J., « D'un nouvel humanisme ou d'un humanisme intégral », *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, XVI, Saint-Paul, Paris, 1999, p. 101-131.

MARITAIN J., « L'Europe et l'idée fédérale », trad. fr. R. Mougel, *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, VII, Saint-Paul, Paris, 1988, p. 993-1016.

MARITAIN J., « L'Europe et les tâches de l'après-guerre », trad. fr. R. Mougel, *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, XVI, Saint-Paul, Paris, 1999, p. 983-1022.

MARITAIN J., *Les Droits de l'homme et la loi naturelle*, *Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, VII, Saint-Paul, Paris, 1988, p. 617-695.

MARITAIN J., *Christianisme et démocratie, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, VII, Saint-Paul, Paris, 1988, p. 697-762.

MARITAIN J., *La Personne et le bien commun, Œuvres complètes de Jacques et Raïssa Maritain,* Editions universitaires, Fribourg, IX, Saint-Paul, Paris, 1990, p. 167-237.

MAYEUR J.M., *Catholicisme social et démocratie chrétienne. Principes romains, expériences françaises*, Le Cerf, Paris, 1986, 287 p.

MAYEUR J.M., *Des partis catholiques à la démocratie chrétienne, XIXe et XXe siècle*, Armand Colin, Paris, 1980, 247 p.

MICHEL S., *La Notion thomiste du Bien Commun*, Paris, Vrin, 1932.

MOUNIER E., *Le Personnalisme*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2001, 127 p.

MOUNIER E., *Révolution personnaliste et communautaire, Œuvres*, I, Le Seuil, Paris, 1961, p. 127-415.

MOUNIER E., *Le Manifeste au service du personnalisme. La civilisation bourgeoise et individualisme*, Éditions Montaigne, Paris, 1936, 198 p.

MOUNIER E., *Le Manifeste au service du personnalisme*, Œuvres, I, Le Seuil, Paris, 1961, p. 479-649.

MOUNIER E., « L'Europe contre les hégémonies », Œuvres, IV, Le Seuil, Paris, 1963, p. 193-207.

MOUNIER E., *Personnalisme et christianisme, Œuvres*, I, Le Seuil, Paris, 1961, p. 727-779.

MOUNIER E., « Déclaration des droits des personnes et des communautés », *Les Certitudes difficiles, Œuvres*, IV, Le Seuil, Paris, 1963, p. 99-104.

MOUNIER E., « Y a-t-il une politique chrétienne ? », *Esprit*, 21, 1934, p. 485- 499.

MOUNIER E., « Fin de l'homme bourgeois », *Esprit*, 102, 1941, p. 609-617.

MOUNIER E., Préface à Charles DE MONTALEMBERT, *Textes choisis*, Egloff, Paris, 1945, p. 439-502.

NAUDET J.-Y., *Dominez la terre. Pour une économie au service de la personne*, Fleurus, Paris, 1989, 190 p.

NAUDET J.-Y., *La Liberté pour quoi faire ?* Centesimus annus *et l'économie*, Mame, Tours, 1992, 137 p.

NELL-BREUNING O. VON, *Die soziale Frage und der Katholizismus*: Festschrift zum 40. jährigen Jubiläum der Enzyklika "Rerum novarum", Schöningh, 1931, 488 p.

NELL-BREUNING O. VON, *Die soziale Enzyklika: Erläuterungen zum Weltrundschreiben Papst Pius' XI. Über die gesellschaftliche Ordnung*, Edition *Katholische Tat*, Cologne, 1932, 255 p.

OLIVIER-MARTIN F., « L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime », in *Revue d'histoire de l'Église de France*, tome 25, n°108, 1939. pp. 360-364.

PESCH H., *Lehrbuch der Nationalökonomie*, Herdersche Verlagsbuchhandlung, 2 vol., Fribourg, 1916, 853 p.

PESCH H., *Liberalismus, Socialismus und christliche Gesellschaftsordnung*, III. *Die Sociale Frage beleuchtet durch die "Stimmen aus Maria-Laach.". Die sociale Frage, Liberalismus, Socialismus und christliche Gesellschaftsordnung,* Herder, 1896.

TALMY R., *Aux sources du catholicisme social. L'école de la Tour du Pin*, Desclée, Paris, 1963.

TAPARELLI D'AZEGLIO L., *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, trad. fr., I, Casterman, Tournai, 1883, 599 p.

TAPARELLI D'AZEGLIO L., *Essai sur les principes de l'économie politique*, trad. fr. R. Jacquin, Lethielleux, Paris, 1943, 128 p.

TAPARELLI D'AZEGLIO L., *Examen critique des gouvernements représentatifs dans la société moderne*, Lethielleux, Paris, 1905.

TAPARELLI D'AZEGLIO L., *De l'origine du Pouvoir*, Lethielleux, 1896.

THOMAS D'AQUIN, *Somme contre les gentils*, Lethielleux, 1950, 4 vol.

THOMAS D'AQUIN, *De Regno*, Livre Premier, trad. fr. M. Martin-Cottier, Egloff, Paris, 1946, 1954, 142 p.

THOMAS D'AQUIN, *De Regno, écrit au Roi de Chypre Opuscule 20,* Fin par Ptolomée de Lucques, Louis Vivès Editions, 1857, 40 p.

THOMAS D'AQUIN, Opuscule LIX, de l'humanité de Jésus-Christ, Article VI de l'imposition du nom de Jésus, in *Opuscules*, tome 6, trad. Védrine, Bandel, Fournet, Librairie de Louis Vivès, Paris, 1858.

THOMAS D'AQUIN, *De Regno du Royaume*, écrit au Roi de Chypre Opuscule 20 (1265-1266). Fin par Ptolomée de Lucques, Editions Louis Vivès, Paris, 1857 (œuvres complètes).

THOMAS D'AQUIN, *Somme de la foi catholique contre les gentils*, trad. C.-.J. Drioux, 1855.

THOMAS D'AQUIN*, La Somme théologique : latin-français en regard*, Vol. 5, trad. C.-J. Drioux, 1855, Le Cerf, Paris, 1984, 4 vol., 878 p.

THOMAS D'AQUIN, *L'Exposition* (ou *Commentaire*) tome 1, suivie des *Quatre évangiles*, trad. J. Nicolai, É. Ferdinand, X. Castan, 1854.

THOMAS D'AQUIN, *Pages choisies*, trad. Y. simon, Gallimard, Paris, 1939, 113 p.

UTZ A., *Entre néolibéralisme et néo-marxisme. Recherche philosophique d'une troisième voie,* trad. fr. M. Kleiber, Beauchesne, Paris, 1976, 206 p.

UTZ A., *Formen und Grenzen des Subsidiaritätprinzip*, Kerle, Heidelberg, 1956, 128 p.

UTZ A., *La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècles*, I, Beauchesne, Paris, 1969, p. XV-XXXVIII.

UTZ A., *Les Fondements philosophiques de la politique économique et sociale*, trad. fr. H. T. Conus, Valores, Fribourg, 1961, 55 p.

UTZ A., Die Subsidiarität als Aufauprinzip der drei Ordnung : Wirschaft, Gesellschaft und Staat, Politeia, K. Verlag, Heidelberg, 1953.

UTZ A., *Ethique sociale*, 2 vol., Valores, Fribourg, 1960-1967, 420 p.

SEMAINES SOCIALES DE FRANCE, *L'organisation corporatiste*, Angers, 27e session, Lyon, E. Vitte, 1935.

SEMAINES SOCIALES DU CANADA, *L'Etat et les corps intermédiaires*, 39e session, Montréal, Ed. Bellarmin, 1965.

- Sciences du langage

  - Ouvrages integraux, thèses

ACHARD P., *Sociologie du langage*, PUF, Paris, 1993, 127 p.

ACHARD P., CROLL A., FIALA P. (dir.), Dire non en politique, *Mots*, 45, 1995, 142 p.

AUROUX S., Histoire des idées linguistiques, III. L'hégémonie du comparatisme, Mardaga, Sprimont, 2000, 510 p.

BEJOINT H. dir., THOIRON P. (dir.), *Le Sens en terminologie*, PUL, Lyon, 2000, 279 p.

BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 1,* Gallimard, Paris, 1966, 345 p.

BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 2,* Gallimard, Paris, 1974, 280 p.

BENVENISTE E., Le Vocabulaire des institutions indo-européennes. I. Economie, parenté, société, Editions de Minuit, Paris, 1969, 373 p.

BENVENISTE E., *Pouvoir, droit, religion. Le Vocabulaire des institutions indo-européennes II*, Editions de Minuit, Paris, 1969, 344 p.

BLAMPAIN, D., THOIRON P. VAN CAMPENHOUDT, M. (Eds), Mots, termes et contextes, Actes des 7es Journées scientifiques du réseau de chercheurs Lexicologie, terminologie, traduction, Bruxelles-Belgique - 8, 9 et 10 septembre 2005, Paris, Éditions des archives contemporaines, 741 p.

BOISSON C., THOIRON P., (dir.), *Autour de la dénomination*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1997, 334 p.

BOURCIER D., *Lire le droit : langue, texte, cognition*, L.G.D.J., Paris, 1992, 486 p.

BOURDIEU P., Ce que parler veut dire, l'économie des échanges linguistiques, Fayard, Paris, 1982, 243 p.

BOURDIEU P., *Langage et pouvoir symbolique*, Le Seuil, Paris, 2001, 432 p.

BREAL M., *La Sémantique*, Hachette, Paris, 1997, 349 p.

BREAL M., Le Langage et les nationalités, in *Langue française et identité nationale*, Lambert-Lucas, Limoges, 2009, p. 35-74.

BRUNOT F., Histoire de la langue française. Des origines à nos jours, I. De l'époque latine à la Renaissance, Armand Colin, Paris, 1966, 631 p.

CABRE M.-T., *La terminologie. Théorie, méthode et applications,* PUO/A. Colin, Ottawa/Paris, 1998, 322 p.

CALVET L. J., *Sociolinguistique*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2013, 128 p.

COLOMBAT B., FOURNIER J.-M., PUECH C., *Histoire des idées sur le langage et les langues,* Klincksieck, Paris, 2010, 273 p.

DEBONO M., *Langue et droit. Approche sociolinguistique, historique et épistémologique,* E.M.E., InterCommunications, Bruxelles, 2013, 378 p.

DELAVIGNE V., GAUDIN F., *Louis Guespin, terminologue*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen 2000, p. 59-65.

DEPECKER L., *Entre signe et concept. Eléments de terminologie générale*, Presses Sorbonne Nouvelle, Paris, 2003, 193 p.

DEPECKER L., *Dictionnaire du français des métiers*. Adorables jargons, Le Seuil, Paris, 1995, 323 p.

DUBOIS J., *Le Vocabulaire politique et social en France de 1869 à 1872*, Larousse, Paris, 1962, 462 p.

DUBOIS J. (Dir.), *Dictionnaire de linguistique*, Larousse, Paris, 1974, 516 p.

DUFOUR F., De l'idéologie coloniale à celle du développement, Une analyse du discours France-Afrique, L'Harmattan, Paris, 2010, 267 p.

ELUERD R., *La lexicologie*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2000, 128 p.

FAYE J.-P., *Langages totalitaires*, Hermann, Paris, 1972, 771 p.

FAYE J.-P., *Le Langage meurtrier*, Hermann, Paris, 1996, 290 p.

FIALA P., EBEL M., *Sous le consensus, la xénophobie, Paroles, arguments, contextes (1969 - 1981)*, Institut de science politique, mémoires et documents, Lausanne, 1983a, 434 p.

FIALA P., EBEL M., Langage xénophobes et consensus national en Suisse (1960-1980). *Discours institutionnels et langage quotidien ; la médiatisation des conflits*, Université de Neuchâtel, 1983b, 432 p.

FIALA P., In/égalité/s. *Usages lexicaux et variations discursives (18e-20e siècles)*, L'Harmattan, Paris, 1999, 280 p.

FRANCHEO M. (ed.), *Langage et pouvoir en interaction : étude de quelques exemples*, Feuillets de ENS Fontenay-Saint-Cloud, Fontenay-aux-roses, 1995.

FUCHS C., LE GOFFIC P., *Les Linguistiques contemporaines. Repères théoriques*, Hachette Supérieur, Paris, 1996, 158 p.

GAUDIN F., Pour une socioterminologie. *Des problèmes sémantiques aux pratiques institutionnelles,* Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1993, 229 p.

GAUDIN F., Socioterminologie. Une approche sociolinguistique de la terminologie, De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2003, 271 p.

GROSSMAN E., IRONDELLE B., SAURUGGER S., *Les Mots de l'Europe : lexique de l'intégration européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2001, 362 p.

GUILHAUMOU J. dir., SCHEPENS P. dir., *Matériaux philosophiques pour l'analyse du discours*, Presses Universitaires de France-Comté, Besançon, 2011, 198 p.

HUCHON M., *Le français de la Renaissance*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1988, Paris, 128 p.

HUCHON M., *Histoire de la langue française*, Le Livre de Poche, Librairie Générale française, Paris, 2002, 315 p.

KLEMPERER V., *LTI, la langue du IIIe Reich*, trad. E. Guillot, Albin Michel, 1996, 373 p.

KLINKENBERG J.-M., *Le Langage et le citoyen*, PUF, Paris, 2002, 180 p.

KOCOUREK R., La Langue française de la technique et de la science. *Vers une linguistique de la langue savante,* Oscar Branstetter Verlag & co, Wiesbaden, 1991.

KRIEG-PLANQUE A., « Purification ethnique ». *Une formule et son histoire*, CNRS éditions, Paris, 2003, 528 p.

KRIEG-PLANQUE A., *La notion de « formule » en analyse du discours. Cadre théorique et méthodologique*, Presses universitaires de France-Comté, Besançon, 2009, 144 p.

KRIEG-PLANQUE A., *Analyser les discours institutionnels*, Armand Colin, Paris, 2012, 224 p.

LEHMANN D. (dir.), *Lecture fonctionnelle de textes de spécialité*, Didier/CREDIF, Paris, 1980, 208 p.

LERAT P., *Les Langues spécialisées*, PUF, Paris, 1995, 202 p.

LERAT P., SOURIOUX J.-L., *Le Langage du droit*, PUF, Paris, 1975, 133 p.

L'HOMME M.-C., *La terminologie : principes et techniques*, Presses Universitaires de Montréal, Montréal, 2004, 278 p.

MAINGUENEAU D., CHARAUDEAU P., *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Seuil, 2002, 661 p.

MAINGUENEAU D. (dir), Pratiques discursives du christianisme contemporain, *Langage et Société,* 130, Editions de la MSH, Paris, décembre 2009, 156 p.

MAINGUENEAU D., *Discours et analyse du discours. Introduction*, Armand Colin, Paris, 2014, 211 p.

MALMBERG B., *Histoire de la linguistique, de Sumer à Saussure*, PUF, « fondamental », Paris, 1991.

MARTIN R., *Langage et croyance. Les univers de croyance dans la théorie sémantique*, Mardaga, Bruxelles, 1987, 189 p.

MARTINET, A., *Eléments de linguistique générale,* Paris, Armand Colin, 1960, 224 p.

MATTILA H., *Jurilinguistique comparée : langage du droit, latin, langues modernes*, trad. J.-C. Gémar, Editions Y. Blais, Québec, 2012, 680 p.

MAZIERE F*., L'Analyse du discours, histoire et pratiques*, PUF, Paris, 2005, 127p.

MEILLET A., *Esquisse d'une histoire de la langue latine*, Hachette, Paris, 1928, 286 p.

MOIRAND S., BEACCO J.-C (DIR), « Les enjeux des discours spécialisés », Les *Carnets du CEDISCOR*, 3, Presses de la Sorbonne nouvelle, 2000, 216 p.

MORGENROTH K, *Le Terme technique, Approches théoriques, études statistiques appliquées à la langue de spécialité économique du français et de l'allemand,* Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1994.

MORTUREUX M.-F., *La Lexicologie entre langue et discours*, SEDES, Paris, 1997, 191 p.

MOUNIN G., *La Linguistique au XXe siècle*, PUF, 1972, 253 p.

MOUNIN G., *Histoire de la linguistique, des origines au XXe siècle*, PUF, Paris, 1996, 232 p.

PAVEAU M.-A., *Les Prédiscours. Sens, mémoire, cognition*, Presses de la Sorbonne nouvelle, Paris, 2006, 252 p.

PELAGE J., *Eléments de traductologie juridique : application aux langues romanes*, Préf. de M. Lederer, imp. Launay, Paris, 2001, 242 p.

PERELMAN C., *Droit, logique et argumentation,* revue de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1968, 835 p.

PERELMAN C., *L'Empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Vrin, Paris, 1977, 240 p.

PIC E., *Caractérisation de l'anglais des droits de l'homme en tant que langage de spécialiste : un essai de méthodologie terminologique*, Thèse de doctorat en Linguistique théorique, descriptive et automatique, sous la dir. de J. Humbley, Paris 7, soutenue en 2007.

REY A., *Le Lexique : images et modèles, du dictionnaire à la lexicologie*, Armand Colin, Paris, 1977, 337 p.

REY A., *La Terminologie. Noms et notions*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1979, 128 p.

REY A., « *Révolution ». Histoire d'un mot,* Paris, Gallimard, 1989, 373 p.

REY A., DUVAL F., SIOUFFI G., *Mille ans de langue française, histoire d'une passion.* I. Des origines au français moderne, Editions Perrin, Paris, 2011, 647 p.

REY A., DUVAL F., SIOUFFI G., *Mille ans de langue française, histoire d'une passion.* II. Nouveaux destins, Editions Perrin, Paris, 2011, 535 p.

REY A., *La Lexicologie*, Klincksieck, Paris, 1970, 318 p.

REY-DEBOVE J., *Le métalangage, Etude linguistique du discours sur le langage*, Armand Colin, Paris, 1997, 401 p.

ROBIN R., *Histoire et linguistique*, Armand Colin, Paris, 1973.

ROBINS R.H., *Brève Histoire de la linguistique, de Platon à Chomsky (1967)*, trad. Maurice Borel, Le Seuil, 1976, 253 p.

ROHLFING-DIJOUX, S., PEGLOW K., *La Subsidiarité, regards croisés franco-allemands, sur un principe pluridisciplinaire,* Peter Lang, vol. 20, Bern, Berlin, Bruxelles, Francfort- sur –le- Main, New York, Oxford, Wien, 2013, 258 p.

SAGER J.C., DUNGWORTH D., *English Special Languages*, Oscar Brandstetter Verlag, Wiesbaden, 1980.

SALEM A., *Pratique des segments répétés. Essai de statistiques textuelles*, Klincksieck, Paris, 1987, 333 p.

SAUSSURE L. F. DE, *Cours de linguistique générale*, Albert Riedlinger Payot, Paris, 1968, 331 p.

SIOUFFI G., STEUCKARDT A. (eds), *Les linguistes et la norme : aspects normatifs du discours linguitique,* Peter Lang, Bern, 2007, 319 p.

SOURIOUX J.-L., LERAT P., *Le Langage du droit*, PUF, Paris, 1975, 128 p.

SWIGGERS P., Histoire de la pensée linguistique, PUF, 1997, 263 p.

TAMBA-MECZ I., *La Sémantique*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2, 1991, 128 p.

TOURNIER M., PERIES G., UGARTE J., « Paroles d'église dans la cité », *Mots. Les langages du politique*, 38, Paris, 1994, 116 p.

WAGNER R. -L. *Les vocabulaires français,* 1, Définitions ; Les dictionnaires, Didier, Paris, 1967, 190 p.

WAGNER R. -L. *Les vocabulaires français,* 2, Les tâches de la lexicologie synchronique ; Glossaires et dépouillement ; Analyse lexicale, Didier, Paris, 1970, 184 p.

WILMET M. dir., « La Clarté française », in *Langue française*, 75, Larousse, Paris, septembre 1987, 121 p

WÜSTER E., *Einführung in die allgemeine Terminologielehre und terminologische Lexikographie*, 3e ed, Romanistischer Verlag, Bonn, 1987, 3e éd., 1991, 239 p.

- Articles scientifiques et chapitres d'ouvrages

ACHARD P., « Formation discursive, dialogisme et sociologie », *Langages*, 29e année, n°117, 1995, p. 82-95.

ADAM J.-M., « Genres, textes, discours : pour une reconception linguistique du concept de genre », *Revue belge de philologie et d'histoire*, tome 75, fasc. 3, 1997, p. 665-681.

ALMEIDA F d'., BERKOWITZ P., CEPEDE F., « Discours chrétiens et discours socialistes : un double parcours », in Paroles d'Eglise dans la Cité, *Mots*, *Les langages du politique,* 1994, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, Paris, p. 43-58.

ANSCOMBRE J.-C., « Le rôle du lexique dans la théorie des stéréotypes », in Les discours intérieurs au lexique, *Langages*, 35e année, n°142, 2001, p. 57-76.

ANSCOMBRE J.-C., « Dénomination, sens et référence dans une théorie des stéréotypes nominaux », *Cahiers de praxématique* [En ligne], 36 | 2001, mis en ligne le 01 janvier 2009, consulté le 01 octobre 2015.

ANSCOMBRE J.-C., *La Théorie des topoï*, Kimé, 1995.

URL : http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/handle/2042/15167/HERMES_1995_15_185.pdf

ANSCOMBRE J.-C., « Théorie de l'argumentation, topoï, et structuration discursive », *Revue québécoise de linguistique*, Vol. 18, n° 1, 1989, p. 13-55.

ARNAUD A.-J., « Du bon usage du discours juridique », *Langages*, 12e année, Le discours juridique : analyse et méthode, n°53, 1979, p. 117-124.

AUROUX R., « Lois, normes et règles » in *Histoire Épistémologie Langage*, tome 13, fascicule 1, 1991, Épistémologie de la linguistique, dir. M. Dominicy, p. 77-107.

AUROUX S., « Le langage et la science : une visée historique », in Reichler-Béguelin M.-J., *Perspectives méthodologiques et épistémologiques dans les sciences du langage*, Actes du colloque de Fribourg, Peter Lang, Berne, 1989, p. 51-68.

BEACCO J.-C., MOIRAND S., « Les Enjeux des discours spécialisés », in *Les Cahiers du Cediscor*, 3, coord., Presses de la Sorbonne Nouvelle, Paris, 1995, 208 p.

BEACCO J.-C., MOIRAND S., « Autour des discours de transmission des connaissances », in *Les analyses du discours en France*, Langages, 29e année, n°117, 1995, p. 32-53.

BERNARD F., « Communication engageante, environnement et écocitoyenneté : un exemple des « migrations conceptuelles » entre SIC et psychologie sociale », *Communication et organisation* [En ligne], 31 | 2007, mis en ligne le 01 juillet 2010.

BOCQUET C. « Traduction spécialisée : choix théorique et choix pragmatique. L'exemple de la traduction juridique dans l'aire francophone », *Parallèles*, n° 18, Genève, 1996, p. 67-76.

BONNAFOUS S., TOURNIER M., « Analyse du discours, lexicométrie, communication et politique », *Langages*, 29e année, n°117, 1995, p. 67-81.

BONNAFOUS S., « La dégénérescence du discours politique : un « lieu commun » de l'Antiquité et de la fin du vingtième siècle ? » in BONNAFOUS S., CHIRON P., DUCARD D., LEVY C. (dir.), *Argumentation et discours politique. Actes du colloque international de Cerisy-la-Salle*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2003, p. 249-257.

BOURCIER D., « Argumentation et définition en droit [ou « Les grenouilles sont-elles des poissons ? »], *Langages*, 10e année, Argumentation et discours scientifique, n°42, 1976, p. 115-124.

BOURCIER D., « Information et signification en droit : expérience d'une explicitation automatique de concepts », *Langages*, n° 53, 1979, p. 9-32.

BOURCIER D., « Une approche sémantique de l'argumentation juridique, dire et c'est-à-dire », *L'année sociologique*, vol. 45, 1, 1995, pp. 35-57.

BOURIGAULT D., SLODZIAN M., « Pour une terminologie textuelle », *Terminologies Nouvelles*, 19, 1999, p. 29–32.

BOUTET J., GARDIN B., LACOSTE M., « Discours en situation de travail », *Langages*, 29e année, n°117, 1995, p. 12-31.

BRANCA-ROSOFF S., COLLINOT A., GUILHAUMOU J. MAZIERE F., « Questions d'histoire et de sens », in Les analyses du discours en France*, Langages*, 29e année, n°117, 1995, p. 54-66.

BRIU J.-J., « Organisation lexical des termes français et allemands liés au concept de subsidiarité/Subsidiarität », in Rohlfing-Dijoux, S., Peglow K., *La Subsidiarité, regards croisés franco-allemands, sur un principe pluridisciplinaire*, Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, vol. 20, Bern, Berlin, Bruxelles, Francfort- sur – le- Main, New York, Oxford, Wien, 2014, 258 p.

BRIU J.-J., « Théories et pratiques de la terminologie : analyser des concepts », CRPM, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, Journée d'étude 6 novembre 2009.

URL : http://www.ltt.auf.org/IMG/pdf/JE_terminologie_6_nov.pdf

CABRE M.-T., « Sur la représentation mentale des concepts » in *Le Sens en terminologie*, Travaux du C.R.T.T., coord. Bejoint H., Thoiron. Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2000, 281 p.

CALABRESE L., « Le réemploi de dénominations d'événements dans la construction d'évènements prototypiques », Communications du IVe Ci-dit, 01 février 2010

URL : http://revel.unice.fr/symposia/cidit/index.html?id=398 .

CALBERG-CHALLOT M., CANDEL D., BOURIGAULT D., DUMONT X., HUMBLEY J., JOSEPH J., « Une analyse méthodique pour l'extraction terminologique dans le domaine du nucléaire », *Terminology* 14/2, p. 183-203.

CAMPANA M. J., « Vers un langage juridique commun en Europe ? », in SACCO R., CASTELLANI L., *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'Harmattan Italia, Turin, 1999, pp. 9-30.

CANDEL D., « La terminologie entre science et discours ? Remarques sur la terminologie institutionnelle », *Linx*, 52, 2005, [en ligne], mis en ligne le 27 janvier 2011, consulté le 15 octobre 2012.

CHARAUDEAU P., Une analyse sémiolinguistique du discours, *Langages*, 29e année, n°117, 1995, p. 96-111.

CONDAMINES A., « Linguistique de corpus et terminologie », *Langages*, 157, 2005, p. 36-47.

CUSSO R., GOBIN C., « Du discours politique au discours expert : le changement politique mis hors débat ? », *Mots. Les langages du politique*, [En ligne], 88 | 2008, mis en ligne le 01 novembre 2010, consulté le 20 mai 2012.

DARBELNET J. « Réflexions sur le discours juridique », in *Meta : journal des traducteurs / Meta : Translators' Journal*, vol. 24, n° 1, 1979, p. 26-34.

DELAVIGNE V. dir., BOUVERET M. dir., Sémantique des termes spécialisés, *Dynamiques sociolangagières*, PUR, Rouen, 1999, 136 p.

DELAVIGNE, V. « Le domaine aujourd'hui, une notion à repenser », *Actes du séminaire Le traitement des marques de domaine en terminologie*, Cahier du LCPE, 2002.

URL : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00924228/document

DELISLE J., « Les nouvelles règles de traduction du Vatican », in *Meta : journal des traducteurs/Meta : Translators' Journal*, n° 3, vol. 50, 2005, p. 831-850.

DEPECKER L. dir., « La terminologie : nature et enjeux », *Langages*, 157, Larousse, Paris, 2005, 128 p.

DEPECKER L., « Présentation », *Langages,* n° 157, 2005/1 p. 3-5.

DEPECKER L., « Contribution de la terminologie à la linguistique », *Langages*, 39e année, n°157, 2005, p. 6-13.

DEPECKER L., « Genèses de la terminologie contemporaine (sources et réception) », *Langages,* 168, CANDEL D., SAVTOVSKY D., dir., Larousse, Paris, décembre 2007, p. 58-59.

DESMET I., « L'analyse du sens en terminologie, théorie et pratique de la définition en terminologie », *Tradterm*, 8, 2002, p. 149-168.

DEVRIENDT É., MONTE M., « L'exposé des motifs : un discours d'autorité. Le cas des lois françaises de 2003, 2010 et 2014 sur les retraites », *Mots. Les langages du politique,* 107, 2015, p. 67-84

DUBOIS J., « Lexicologie et analyse d'énoncé », *Cahier de lexicologie*, *Revue internationale de lexicologie et de lexicographie*, Larousse, vol. 15, Paris, 1969, p. 115-126

DUFOUR F., « Dialogisme et interdiscours : des discours coloniaux aux discours du développement », *Cahiers de praxématique* [En ligne], 43 | 2004, document 6, mis en ligne le 01 janvier 2013, consulté le 06 octobre 2015.

DUFOUR F., « Le sigle comme modalité de dissociation énonciative. Le cas des alternances d'usage *PMA / Pays les moins avancés* », *Mots. Les langages du politique* [En ligne], 95 | 2011, mis en ligne le 01 mars 2013, consulté le 11 janvier 2015.

DUFOUR F., « Développement durable, humain. La cohérence discursive des contradictions », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 96 | 2011, mis en ligne le 05 septembre 2013, consulté le 14 février 2014.

DUFOUR F., ROSIER L., « Introduction. Héritages et reconfigurations conceptuelles de l'analyse du discours « à la française » : perte ou profit ? », *Langage et société*, n° 140, 2012/2, p. 5-13.

FIALA P., MONTET J.-M. « L'égalité est-elle une chimère ? Usages polémiques dans l'héritage des Lumières », in FIALA P. (Dir.), IN/EGALITES, Usages lexicaux et variations discursives, L'Harmattan, Paris, 1999, p. 123-145.

GAMBIER Y., « Travail et vocabulaires spécialisés : prolégomènes à une socioterminologie (II) », *Meta* 36-1, 1991a, p. 8-15.

GAMBIER Y., « Présupposés de la terminologie : vers une remise en cause », *Cahiers de linguistique sociale n°8*, Université de Rouen, Mont-Saint-Aignan, 1991b, p. 31-58.

GAMBIER Y, « Officialisation des termes : perspectives et enjeux socioterminologiques », Actes du colloque de Chicoutimi 5-7 mai 1993, *Problématique de l'aménagement linguistique : enjeux théoriques et pratiques*, t. 1, 1993, p 201-237.

GAMBIER Y., « Implication épistémologiques et méthodologiques de la socioterminologie », in *ALFA* (*Actes de langue française et de linguistique*), vol. 7/8, Université de Halifax, 1993-1994, p. 99-115.

GAUDIN F., « Terminologie : l'ombre du concept », in THOIRON P., La dénomination, *Méta* 41, 1996, p. 604-621.

GAUDIN F., « La socioterminologie », *Langages,* n° 157, 2005/1, p. 81-93.

GAUTIER L., *Terminologie et phraséologie comparées du droit constitutionnel en français et en allemand*, Université de Bourgogne-Dijon & Centre Interlangue d'Etudes en Lexicologie-Paris VII (EA1984)

URL : https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00201275/document

GEMAR J.-C., Les fondements du langage du droit comme langue de spécialité, *Revue générale de droit*, vol. 21, Ottawa, 1990, p. 717-738.

GLANERT S., « Le juriste subverti : réflexions traductologiques à l'heure de l'uniformisation des droits en Europe », *Meta : journal des traducteurs / Meta : Translators' Journal*, vol. 50, n° 4, 2005.

GOBIN C., « Le discours programmatique de l'Union européenne. D'une privatisation de l'économie à une privatisation du politique ? », *Sciences de la société*, 55, p. 156-169.

GOBIN C., « De l'Union européenne à ... l'européanisation des mouvements sociaux ? », *Revue internationale de politique comparée,* vol. 9, 1/2002, p. 119-138.

GOBIN C., « De l'international au mondial : la CES aux prises avec la mondialisation », *Mots. Les langages du politique*, [En ligne], 71 | 2003, mis en ligne le 05 mai 2008, consulté le 20 mai 2012.

GOBIN C., « La Confédération européenne des syndicats. », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1826-1827, 1/2004, p. 1-55.

GOBIN C., « Gouverner par les mots : des stratégies lexicales au service du consensus… contre le social ? », *Education et sociétés*, n° 13, 1/2004, p. 85-101.

GOBIN C., « Les politiques de réforme de la Sécurité sociale au sein de l'Union européenne : La sécurité collective démocratique en péril. », *L'Homme et la société,* n° 155, 1/2005, p. 79-96.

GOBIN C., DEROUBAIX, J.-C., L'analyse du discours des organisations internationales. Un vaste champ encore peu exploré, *Mots. Les langages du politique*, 94, [En ligne], 94 | 2010, mis en ligne le 06 novembre 2012.

GRESSILLON A., MAINGUENEAU D., « Polyphonie, proverbe et détournement. Ou Un proverbe peut en cacher un autre », *Langages*, n° 73, 1984, p. 112-125.

GUESPIN L., « Types de discours ou fonctionnements discursifs ? », *Langages*, n°41, 1976, p. 3-12.

GUILBERT L., « La spécificité du terme scientifique et technique », Les vocabulaires techniques et scientifiques*, Langue française*, n°17, 1973, p. 5-17.

GUILBERT L., PEYTARD J., Les vocabulaires techniques et scientifiques, in *Langue française*, 17, Larousse, Paris, 1973.

GUILBERT T., Evidence discursive et idéologie. Réflexion anthroposociale sur la constitution des représentations économiques partagées dans les discours de presse, Linguistics, Université, Paris-Nord - Paris XIII, 2013.

URL : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00918827/document

GUILBERT T., « Autorité et évidence discursives. Autovalidation dans les éditoriaux et chroniques du *Point* », *Mots. Les langages du politique* [En ligne], 107 | 2015.

GUILHAUMOU J., « Reinhart Koselleck, Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1991, Vol. 46/6, p. 1499-1501.

GUILHAUMOU J., « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses*, 38, 2000, p. 105-118.

HAROCHE C., HENRY P., PECHEUX M., « La sémantique et la coupure saussurienne », *Langages,* 24, 1971, p. 93-106.

HUMBLEY J., « Vers une méthode de terminologie rétrospective », *Langages*, 183, 2011/3.

HUMBLEY J., « Retour aux origines de la terminologie : l'acte de dénomination », in *Langue française*, 174, Sorbonne Paris Cité CLILLAC-ARP (EA 3967) & Laboratoire 'Lexique, Dictionnaires, Informatique', 2012, p 111-125.

HUMBLEY J., « La terminologie » in *Histoire de la langue française 1945-2000*, CNRS, Paris, 2000, p. 315-338.

HUMBLEY J., « Les dictionnaires de néologismes, leur évolution depuis 1945 : une perspective européenne », in SABLAYROLLES (éd.), *Néologie et terminologie dans les dictionnaires*, Honoré Champion, Paris, p. 37-60.

HUMBLEY J., « La néologie en terminologie », *Les cahiers du Centre du français moderne*, 1, p. 3-6.

HUMBLEY J., « Dictionnaires de néologie des langues latines : Essai de bibliographie analytique », La lexicografía plurilingüe en lenguas latinas. Actas del tercer seminario de la escuela interlatina de altos estudios en lingüíistica aplicada, Logroño, Fundación San Millán de la Cogolla. p. 245-258

HUMBLEY J., « La néologie en terminologie », in SABLAYROLLES (éd.), *L'innovation lexicale,* Champion, Paris, p. 261-278.

HUMBLEY J., « Evolution du lexique », in CERQUIGLINI A. G., dir., *Histoire de la langue française 1945-2000*, CNRS Editions, Paris, 2000, p. 71-106.

HUMBLEY J., « La terminologie de 1945 – 2000 », in CERQUIGLINI A. G., dir., *Histoire de la langue française 1945-2000*, CNRS Editions, Paris, 2000, p. 315-334.

HUMBLEY J., « Traduction vers la langue étrangère revisitée à la lumière des corpus », *Les Langues modernes*, vol. 98, n°4, 2004, p. 45-51.

HUMBLEY J., « La réception de l'œuvre d'Eugen Wüster dans les pays de langue française », in *Cahiers du C.I.E.L,* 2004. p. 33- 51.

HUMBLEY J., « Approches définitoires du rapport culturel français/autre langue dans les dictionnaires spécialisés bilingues », in LAURIAN A.-M., dir., *Dictionnaires bilingues et interculturalité,* 2004, p. 163-181.

HUMBLEY J., « Le vocabulaire de la nouvelle économie : émergence d'un vocabulaire en anglais et sa réception en français », BEJOINT et MANIEZ (éd.), *De la mesure dans les termes*, Presses universitaires de Lyon, Lyon, 2005, p. 394-423.

HUMBLEY J., « La traduction des noms d'institutions », *Meta*, numéro spécial *La traduction des noms propres*, vol. 51, n° 4, décembre 2006, p. 671-689.

HUMBLEY J., « Terminologie et nom propre », in BRACOPS M. dir., *Des arbres et des mots : Hommages à Daniel Blampain*, Les Editions du Hazard, Bruxelles, 2006, p. 107-124.

HUMBLEY J., « La néologie : interface entre ancien et nouveau », in GREENSTEIN R. dir., *Langues et cultures : une histoire d'interface*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2006, p. 91-103.

HUMBLEY J., « Vers une réception plurielle de la théorie terminologique de Wüster : une lecture commentée des avant-propos successifs du manuel *Einführung in die allgemeine Terminologielehre* », *Langages*, n° 168, 2007/4, p. 82-91.

HUMBLEY J., « Présentation. Terminologie : orientations actuelles », *Revue française de linguistique appliquée*, Vol. XIV, 2009/2, p. 5-8.

HUMBLEY J., GRECIANO P., « Présentation », Langue et droit : terminologie et traduction, *Revue française de linguistique appliquée*, Vol. XVI, 2011/1, p. 5-8.

HUMBLEY J., « Quelques enjeux de la dénomination en terminologie », *Cahiers de praxématique,* [En ligne], 36 | 2001, mis en ligne le 20 juillet 2009, consulté le 25 novembre 2013.

JACQUES M.-P., « La réduction du syntagme terminologique au fil du discours », *Cahiers de Grammaire*, 25, « Sémantique et Corpus », 2000, p. 93-114.

KLEIBER G., Remarques sur la dénomination, in *Cahiers de Praxématique*, 36, 2001, p. 21-41.

KRIEG-PLANQUE A., « L'adjectif 'ethnique' entre langue et discours. Ambiguïté relationnelle et sous-détermination énonciative des adjectifs dénominaux », *Revue de Sémantique et Pragmatique*, 11, 2002, p. 103-121.

KRIEG-PLANQUE A., « Souligner l'euphémisme : opération savante ou acte d'engagement ? Analyse du "jugement d'euphémisation" dans le discours politique », *Semen,* PUFC, n° 17, 2004, p. 59-79.

KRIEG-PLANQUE A., « « Formules » et « lieux discursifs », proposition pour l'analyse du discours politique », entretien avec A. Krieg-Planque par SCHEPENS P., Catégories pour l'analyse du discours, *Semen*, 12, 2006.

KRIEG-PLANQUE A., OGER C., « Discours institutionnels. Perspectives pour les sciences de la communication », *Mots. Les langages du politique*, 94, 2010, [En ligne], mis en ligne le 06 novembre 2012, consulté le 25 septembre 2015. URL : http://mots.revues.org/19870.

KRIEG-PLANQUE A., « La formule "développement durable" : un opérateur de neutralisation de la conflictualité », *Langage et société*, n° 134, 2010/4, p. 5-29.

KRIEG-PLANQUE A., « Construire et déconstruire l'autorité en discours. Le figement discursif et sa subversion », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 107 | 2015.

LAFON P., « Sur la variabilité de la fréquence des formes dans un corpus », *Mots*, N°1, octobre 1980, p. 127-165.

LAFON P., Analyse lexicométrique et recherche des cooccurrences, *Mots*, octobre 1981, N°3, p. 95-148.

LE PESANT D., « Sur les termes grammaticaux figurant dans les dictionnaires de la langue générale. Réformer la terminologie en s'efforçant de conserver les dénominations », *Langue française*, n°174, 2012/2, p. 77-93.

LERAT P., « L'hyperonymie dans la structuration des terminologies », *Langages*, 25e année, *L'hyponymie et l'hyperonymie*, n°98, 1990, p. 79-86.

LERAT P., « La notion de connaissance est-elle un concept opérationnel en linguistique ? », in KLEIBER G. *et al.*, *Les formes du sens*, De Boeck, 1997, p. 241-248.

LERAT P., « Approches linguistiques des langues spécialisées », *ASp,* [En ligne], 15-18 | 1997, mis en ligne le 16 avril 2012, consulté le 21 août 2014.

LERAT P., « Le vocabulaire juridique entre langue et texte » in GEMAR J.-C. et KASIRER N., éd, *La jurilinguistique. Bilan et perspectives / Jurilinguistics. The State of Art*, Thémis, Montréal, 2004.

LERAT P., « Le prédicat sémantique *droit* sur le Web », *LINX* 52/2005, *Mélanges offerts à Marie-Françoise Mortureux*, 2005a, p. 155-161.

LERAT P., « Dénominations spécialisées, connaissances professionnelles et connaissances linguistiques en terminologie », in RODRIGUEZ I., SANCHEZ NIETO M.T., éd., *El lenguaje de la vid y el vino y su traducción*, Université de Valladolid, 2006b, p. 85-99.

LERAT P., « Terminologie et ontologie juridique. À propos du contrat de crédit lié en droit communautaire », *Studi italiani di linguistica teorica e applicata*, XXXVII-2, 2008a, p. 327-343.

LERAT P., « Termes-définitions et termes descriptifs », in MANIEZ F., DURY P., edd., *Lexicographie et terminologie* : *histoire de mots*, Travaux du CRTT, Lyon, 2008b, p. 207-213.

LEROY M., « Les grands courants de la linguistique moderne », in *Revue belge de philologie et d'histoire*, tome 43, fasc. 1, 1965, p. 114-116.

LOISELLE M., « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe », in *Les méthodes au concret*, PUF, Paris, 2000.

MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 12e année, *Le discours juridique : analyse et méthode,* n°53, 1979, p. 33-50.

MAINGUENEAU D., « L'analyse du discours », *Repères* n° 51, Institut National de la Recherche Pédagogique, Paris, 1979, p. 3-27.

MAINGUENEAU D., Les malheurs de la définition de nom : signe et discours dans la réflexion de Port- Royal » (en collab. avec C. HAROCHE), in *Matériaux pour une histoire des théories linguistiques*, Presses Universitaires de Lille, 1984, p. 283-292.

MAINGUENEAU D. COSSUTTA F. L'analyse des discours constituants in « Les analyses du discours en France », *Langages*, vol. 29, n° 117, 1995, p. 112-125.

MAINGUENEAU D. Présentation, in « Les analyses du discours en France », *Langages*, vol. 29, n° 117, 1995, p. 5-11.

MAINGUENEAU D., "L'analyse du discours. Etat de l'art et perspectives", numéro spécial de Marges linguistiques, 9, 2005

URL : http://marges-linguistiques.com

MAINGUENEAU D., « Introduction. La difficile émergence d'une analyse du discours religieux », *Langage et société*, n° 130, 2009/4, p. 5-13.

MAINGUENEAU D. (dir.) « Pratiques discursives du christianisme contemporain », Langage et Société, n° 130, décembre 2009.

MAINGUENEAU D., « Ruth Wodak. The Discourse of Politics in Action. Politics as Usual », *Mots. Les langages du politique*, 91 | 2009, mis en ligne le 30 novembre 2011, consulté le 10 janvier 2013.

MATTILA H., « Le Latin juridique dans les grandes familles de droit contemporaines. A la lumière des dictionnaires spécialisés », in *Revue internationale de droit comparé*, 3, vol. 54, 2002, p. 717-758.

MOIRAND S., TREGUER-FELTEN G., « Des mots de la langue aux discours spécialisés, des acteurs sociaux à la part culturelle du langage : raisons et conséquences de ces déplacements », *ASp,* [En ligne], 51-52 | 2007, mis en ligne le 01 décembre 2010, consulté le 17 juillet 2013.

MONJEAN-DECAUDIN S., « Approche juridique de la traduction du droit », Communication du colloque des 15 et 16 octobre « La traduction du droit et le droit de la traduction », CNRS -Juriscope et CECOJI, Poitiers, 2010.

MONTE M., OGER C. (dir.) Discours d'autorité : des discours sans éclat(s) ? *Mots, Les langages du* politique, 107, mars 2015, 162 p.

MONTE M., OGER C., « La construction de l'autorité en contexte. L'effacement du dissensus dans les discours institutionnels », *Mots. Les langages du politique* [En ligne], 107 | 2015.

MORTUREUX, M.-F. 1995. « Les vocabulaires scientifiques et techniques », *in* Beacco, J.-C. & S. Moirand, dir., *Les enjeux des discours spécialisés* (*Les Carnets du Cediscor* 3), Presses de la Sorbonne nouvelle, Paris, p. 13-25.

MORTUREUX M.-F., « La néologie lexicale : de l'impasse à l'ouverture », *Langages*, n° 183, 2011/3, p. 11-24.

MOUNIN G. « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *Meta : journal des traducteurs / Meta : Translators' Journal*, vol. 24, n° 1, 1979, p. 9-17.

NEVEU F. « Un aspect de l'apport des corpus à la terminologie linguistique : l'alignement », in D. BLAMPAIN, P. THOIRON, *Mots, Termes, Concepts*, ISTI, AUF, Bruxelles, 2008

URL : http://perso.univ-lyon2.fr/~thoiron/JS%20LTT%202005/pdf/Neveu.pdf

NEVEU F., « Sur l'usage des termes complexes dans le discours de la science du langage. Préliminaire à une étude comparée de la terminologie linguistique », in MEJRI S., THOIRON P., *La Terminologie, entre traduction et bilinguisme*, AUF, Réseau LTT, Tunis, 2005 : p. 107-120.

NEVEU F., « les fondements normatifs de la terminologie linguistique et l'observatoire discursif de la science du langage », in SIOUFFI G., STEUCKARDT A. (eds), *Les*

linguistes et la norme : aspects normatifs du discours linguitique, Peter Lang, Bern, 2007, p. 123-149.

NEVEU F., MEJRI S., (dir.), La Terminologie linguistique – Problèmes traductionnels, conceptuels, épistémologiques, Presses Universitaires de Caen, Caen.

OGER C., OLLIVIER-YANIV C., « Analyse du discours institutionnel et sociologie compréhensive : vers une anthropologie des discours institutionnels », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 71 | 2003, mis en ligne le 05 mai 2008, consulté le 14 octobre 2012.

OGER C., « L'analyse du discours institutionnel entre formations discursives et problématiques socio-anthropologiques », *Langage et Société*, n° 114, Maisons des sciences de l'homme, Paris, décembre 2005, pp. 113-128.

OGER C., OLLIVIER-YANIV C., « Conjurer le désordre discursif. Les procédés de « lissage » dans la fabrication du discours institutionnel », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 81 | 2006, mis en ligne le 01 juillet 2008, consulté le 14 octobre 2012.

OGER C., « Analyse du discours et sciences de l'information et de la communication. Au-delà des corpus et des méthodes », in BONNAFOUS S., TEMMAR M., dir., *Analyse des discours et sciences humaines et sociales*, Ophrys, Paris, 2007, 165 p.

PECHEUX M, « Introduction ». Analyse du discours, langue et idéologies, *Langage*, n°37, mars 1975, p. 3-6.

PERELMAN C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN C. VANDERELST R. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 363- 368

PETIOT G., « Entre le consens et les divergences : liberté(s) dans les discours politiques », in NORMAND C., *La quadrature du sens*, Presses universitaires de France, Paris, 1990, 352 p.

PETIT G., « La désignation de « timbre-poste », Les enjeux des discours spécialisés, Les mots entre langue et discours, *Les carnets du Cédiscor*, 3, 1995, p. 27-42/

PETIT G., « Le statut d'*expert* dans la presse quotidienne », Rencontres discursives entre sciences et politiques dans les médias, 2. Les protagonistes : médiateurs, chercheurs, experts, citoyens et témoins, *Les Carnets du Cediscor*, 6, 2000, p. 63-79.

PETIT G., « L'introuvable identité du terme technique », *Revue française de linguistique appliquée,* vol. VI, 2001/2, p. 63-79.

PETIT G., « La polysémie des séquences polylexicales », *Syntaxe et sémantique,* N°5, 2004/1, p. 91-114.

PETIT G., « Pour un réexamen de la notion de dénomination », *Langue française*, n°174, 2012/2, p. 27-44

PETIT M., « Le discours spécialisé et le spécialisé du discours : repères pour l'analyse du discours en anglais de spécialité », *E-rea*, 8.1, 2010.

URL : https://erea.revues.org/1400

PIC, E., « Faire de la terminologie en droit ? », Université Paris 3 Sorbonne-Nouvelle, communication du 30 septembre 2005 donnée lors des journées ENS-Cachan / Paris 7 sur les langages de spécialité.

URL :http://www.eila.univ-paris-diderot.fr/_media/recherche/clillac/ciel/cahiers/2007-2008/05-pic.pdf

PIC E., « Comprendre les concepts des droits de l'homme : où terminologie et traductologie se rejoignent-elles ? Une évaluation des théories cognitives », *Tribune internationale des langues vivantes*, Paris, 2007, n° 43, p. 62-75.

RASTIER F., « La triade sémiotique, le trivium et la sémiotique linguistique », *Nouveaux actes sémiotiques,* n° 9, 1990, p. 5-39.

RASTIER F., « La sémantique cognitive. Éléments d'histoire et d'épistémologie. », in *Histoire Épistémologie Langage*, tome 15, fascicule 1, Histoire de la Sémantique, 1993, p. 153-187.

RASTIER F., « Le terme : entre ontologie et linguistique », *La Banque des mots*, n°7, 1995, p. 35-65.

RASTIER F., « Défigements sémantiques en contexte », in *La locution*, *entre langue et usages*, ENS Editions, Fontenay, Saint Cloud, Paris, 1997, p. 307-332.

RASTIER F., « Le problème épistémologique du contexte et le statut de l'interprétation dans les sciences du langage », *Langages*, 129, 1998, p. 97-111.

RASTIER F., « Eléments de théorie des genres », *Texto !*, juin 2001, [en ligne]. URL : http://www.revue-texto.net/Inedits/Rastier/Rastier_Elements.html, consulté le 2 décembre 2015.

RASTIER F., « De la signification au sens – pour une sémiotique sans ontologie », 2003

URL http:// www.revue-texto.net/Inedits/Rastier

RASTIER F., « Enjeux épistémologiques de la linguistique de corpus », *Texto !* , juin 2004, [en ligne], consulté le 2 décembre 2015, URL : <http://www.revue-texto.net/Inedits/Rastier/Rastier_Enjeux.html>.

REGENT-SUSINI A., « Le « glaive nu ». Rhétorique de l'évidence et autorité religieuse dans la France de la première modernité », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 107 | 2015.

REMI-GIRAUD S. dir., PANIER L., *La Polysémie ou l'empire des sens. Lexique, discours, représentations*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2003, 321 p.

REY-DEBOVE J., « Statut et fonction de l'exemple dans l'économie du dictionnaire », in HEIZ M., *L'Exemple lexicographique dans les dictionnaires français contemporains*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2005, p. 15-20.

ROCHE C., « Terminologie et ontologie », *Langages,* 157*,* 2005/1, p. 48-62.

ROUSSEAU L.-J., « Terminologie et aménagement des langues », *Langages*, n° 157, 2005/1, p. 94-103

SAGER J.C., « Pour une approche fonctionnelle de la terminologie », in Béjoint H., Thoiron P., *Le sens en terminologie*, PUL, Lyon, 2000, p. 40-61.

SLODZIAN M., « L'émergence d'une terminologie textuelle et le retour du sens », in BEJOINT H. et THOIRON P., Le sens en terminologie, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2000, p. 61-85.

SLODZIAN M., *La terminologie, historique et orientations*, in M. HARZALLAH, J. CHARLET, N. AUSSENAC-GILLES, IC - 17emes Journées francophones d'Ingénierie des Connaissances, Nantes, Juin 2006.

URL : https://www.archives-ouvertes.fr/hal-01026338/document

TOURNIER M., « Spécificité politique et spécificité lexicale », *Mots. Les langages du politique*, n° 2, Paris, 1981, p. 5-10.

TOURNIER M., « Mots et politique, avant et autour de 1980 : Entretien », *Mots. Les langages du politique,* [En ligne], 94 | 2010, mis en ligne le 06 novembre 2012, consulté le 12 janvier 2014.

WÜSTER E. (1981) « L'étude scientifique générale de la terminologie, zone frontalière entre la linguistique, la logique, l'ontologie, l'informatique et les sciences des choses », in G. Rondeau & H. Felber (eds), Textes choisis de terminologie, GIRSTERM, Université de Laval, Québec p 55-108.

- Ouvrages de sciences juridiques, politiques et économiques, de sociologie du droit, d'histoire et de philosophie

NB : les références ci-dessous mentionnent les œuvres dont a été tiré le corpus d'étude, dès lors que les ouvrages ont été cités et discutés dans la thèse. Pour une bibliographie complète du corpus, se référer aux annexes.

AL SANHOURY, A. A, Les Restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise, M. Giard, Paris, 1925.

ALLARD J., GARAPON A., *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, La République des idées, Paris, 2005, 94 p.

ALLIES P., Une constitution contre la démocratie. Portrait d'une Europe dépolitisée, Climats, Castelnau-le-Lez, 2005, 227 p.

ALTHUSIUS J., *Politica Methodice Digesta*, trad. anglaise, Eyre et Spottiswoode, Londres, 1965, 435 p.

ALTMANN A., Praxis der preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen (La pratique des tribunaux prussiens dans les églises, les écoles et les affaires matrimoniales), B. Tauschnitz, Leipzig, 1861, 824 p.

ARENDT H., *Les Origines du totalitarisme, I. Sur l'antisémitisme*, trad. fr. M. Pouteau, H. Frappat, Le Seuil, Paris, 2002, 272 p.

ARENDT H., *Les Origines du totalitarisme, II. L'Impérialisme*, trad. fr. M. Leiris, H. Frappat, Le Seuil, Paris, 2002, 378 p.

ARENDT H., *Les Origines du totalitarisme, III. Le système totalitaire*, trad. fr. J.-L. Bourget, R. Davreu, P. Lévy, H. Frappat, Le Seuil, Paris, 2002, 380 p.

ARENDT H., *Conditions de l'homme moderne*, trad. fr. G. Fradier, Calmann-Lévy, Paris, 2003, 406 p.

ARISTOTE, *Politique, trad.* fr. P. Pellegrin, Flammarion, Paris, 1990, 575 p.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. fr. R. Bodéüs, Flammarion, Paris, 2004, 539 p.

ARNAUD A.-J., Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?, L.G.D.J., Paris, 1981, 392 p.

ARNAUD A.-J., Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J, Paris, 1993.

ARON R., *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Paris, 1987, 370 p.

AUBERT J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 vol., Éditions Ides et calendes, Neuchâtel, 1967, 785 p.

AUDEOUD O., *Les Collectivités infra-étatiques dans la vie internationale*, Société française de droit international, juin 1993, Colloque de Nancy, Pedone, Paris, 1994.

BARROCHE J., La Pensée des corps intermédiaires chez Jacques Maritain et Emmanuel Mounier : une synthèse personnaliste, Jaume L. dir., Fondation Sciences Politiques, Paris, 2004, 134 p.

BARROCHE J., Etat libéralisme et christianisme, critique de la subsidiarité européenne, Dalloz, Paris, 2012, 748 p.

BARTOLE, *Commentaria*, I. Partem Digesti novi – Bartoli A Saxoferrato, Basilae, Ex officina Episcopiana, Anno Sal. Humanae, 1588.

BATTISTI S., Freiheit und Bindung. Wilhelm von Humboldts „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmer" und das Subsidiaritätsprinzip, Ducker und Humblot, Berlin, 1987, 275 p.

BAUDIN-CULLIERE F., *Principe de subsidiarité et administration locale*, L.G.D.J., Paris, 1995, 120 p.

BAUME S., *Carl Schmitt, penseur de l'Etat. Genèse d'une doctrine*, Presses de Sciences Po, Paris, 2008, 320 p.

BAUMGARTNER A., « Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsididiär. Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität », in OPPERMANN N., *Subsidiarität. Idee und Wirklichkeit zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa*, Mohr Siebeck, 1997, 275 p.

BEAUD O., *La Puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, 512 p.

BENTHAM J., *Traité de législation civile*, I, II, Rey et Gravier, Paris, 1830.

BERNARD E., La Spécificité du standard juridique en droit communautaire, Groupe de Boeck, Bruxelles, 2010, 643 p.

BERSTEIN S., MILZA P., *L'Allemagne de 1870 à nos jours*, Armand Colin, Paris, 2010, 368 p.

BESELER G., *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmannische Buchhandlung, Leipzig, 1844, 30 p.

BESELER G., *Die Lehre von den Erbverträgen: Besondere Arten des Erbeinsetzungsvertrags; der Erbverzicht*, Band 2, Ausgabe 2, Dieterich, Göttingen, 1840, 345 p.

BISMARCK O. E. L. VON, in BÖHM W., Fürst Bismarck als Redner, vollständige Sammlung der parlamentarischen Reden Bismarcks. Seit 1847, mit Einleitungen und Erläuterungen versehen, Spemann, Berlin, Stuttgart, 1867, 254 p.

BITSCH M.-T., *Histoire de la construction européenne*, Editions Complexe, Bruxelles, 2001, 360 p.

BLANQUET J.-M., MILET M., L'Invention de l'Etat : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne, Odile Jacob, Paris, 2015, 400 p.

BLED J.-P., *Bismarck,* Perrin, Paris, 2011, 368 p.

BODIN J., *Les Six livres de la République* [1576-1583], Librairie générale française, Paris, 1993, 607 p.

BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 658 p.

BRAULT, P., RENAUDINEAU, G., SICARD, F., *Le Principe de subsidiarité*, La Documentation Française, Paris, 2005, 111 p.

BRETHE DE LA GRESSAYE J., *Le Syndicalisme, l'organisation professionnelle et l'Etat*, Sirey, Paris, 1931, 362 p.

BREUER G.*, Frauenbewegung im Katholizismus: der Katholische Frauenbund 1903-1918*, Campus Verlag, Francfort, 1998, 359 p.

BRENTANO L., *La Question ouvrière*, trad. L. Caubert, Librairie des bibliophiles, Paris, 1885, 324 p.

BRIEFS G. A., *Ausgewählte Schriften: Bd. Wirtschaftsordnung und Sozialpartnerschaft*, Heinrich Basilius Streithofen, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, 534 p.

BRUGUIERE J.-M., GLEIZE B., *Droits de la personnalité*, Ellipses, Paris, 2015, 342 p.

BUI-XIAN O. dir., *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2012, 196 p.

BURKE E, *Réflexions sur la Révolution de France,* [1819], Fayard, Paris, 2011, 928 p.

BUTTE W., Allgemeine Wissenschafts Ansichten, mit *besondere Beziehung auf Staats- und Kameralewissenschaft in ihren neuesten, noch vielfältig zu verbesserden Zustande,* Adolf Marcus, Bonn, 1827.

CADEAU E., CRUCIS H-M., EUDE-GUIAS C., LEGAL Y., MONDIELLI E., VINCENT J-Y, BERRANGER T. DE, VILLIERS M. DE, dir., *Droit public général*, Éditions Litec, 2006, 1450 p.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, 273 p.

CARBONNIER J., Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., Paris, 2001, 496 p.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2004, 415 p.

CARDONI F., *Frédéric Le Play. Parcours, audience, héritage*, Presses des Mines, Nantes, 2013, 327 p.

CARRE DE MALBERG R., Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, II, Ed. du CNRS, Paris, 1920-1922, 638 p.

CATALA N., AMELINE N., *Quelles réformes pour l'Europe de demain* ?, Assemblée nationale, 1995.

CHOLVY G., Christianisme et société en France au XIXe siècle 1790-1914, Le Seuil, Paris, 2001, 194 p.

CLERGERIE J.-L. DE, *Le Principe de subsidiarité*, Ellipse, Paris, 1997, 126 p.

COHENDET M.-A., *Droit constitutionnel*, 5 éd., Montchrestien, Lextenso Editions, 2011, 523 p.

COMMUN P. dir., *L'Ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC, CICC, Cergy-Pontoise, 2003, 266 p.

COMMUNOD N., *Face au déclin : le choix d'une France fédérale, démocratique, pluraliste, flexible, solidaire*, Mirno, 2006, 178 p.

CONDORCET N. DE, *Présentation à l'Assemblée législative*, 20 et 21 avril 1792, en ligne, consulté le 2 février 2016

URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/7ed.asp.

CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, LGDJ, Paris, 1974, 492 p.

CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, PUF, "Thémis", 2004, 2e éd., 2005.

CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 2005, 432 p.

CORNU M., *Compétences culturelles en Europe et principe de subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 231 p.

COUTEL C., ROTA O., *Deux personnalistes en prise avec la modernité : Jacques Maritain et Emmanuel Mounier,* Artois Presses Université, Arras, 2012, 137 p.

CROISAT M., *Le Fédéralisme dans la constitution européenne*, Institutions des sciences politiques et sociales, Barcelone, 1996.

DEBART T., LE BAUT-FERRASSE B., NOURRISSAT N., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, Paris, 2002.

DEBBASCH C., BOURDON J., *Droit constitutionnel*, Economica, 4e éd, 2001.

DELACROIX C., DOSSE F., GARCIA P., *Les Courants historiques en France. 19e-20e siècle*, Armand Colin, Paris, 2005, 405 p.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994.

DELMAS-MARTY M., *Le Relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*, Le Seuil, Paris, 2004, 414 p.

DELMAS-MARTY M*., Le Pluralisme ordonné*. III. Les Forces imaginantes du droit, Le Seuil, Paris, 2006, 282 p.

DELMAS-MARTY M*., La Refondation des pouvoirs* III. Les Forces imaginantes du droit, Le Seuil, Paris, 2007, 279 p.

DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs ?* IV. Les Forces imaginantes du droit, Le Seuil, Paris, 2011, 392 p.

DELORS J., « Le principe de subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ?», Discours au Colloque de l'Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21-22 mars 1991, in *Le Nouveau concert européen*, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 163-176.

DELORS J., « Les leçons de Maastricht », Discours devant le Parlement européen, 12 décembre 1991, in *Le Nouveau concert européen*, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 177-187.

DELPEREE F., *La Citoyenneté multiple*, Annales de droit de l'université de Louvain, 1996.

DELPEREE F., *Le Principe de subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 538 p.

DEMAZIERE C., *Du local au global*, L'Harmattan, Paris, 1996.

DIDRY C., « De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim », *Genèses*, 2, 1990, p. 24.

DIGEON C., *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, PUF, Paris, 1959, 568 p.

DION G., *Notion organique de la société civile et fonction supplétive de l'Etat selon la philosophie thomiste*, Laval, 1943, 44 p.

DONIER V., LAPEROU-SCHENEIDER PRIMENTO B., dir., *L'accès au juge : Recherche sur l'effectivité d'un droit,* Bruylant, Bruxelles, 2013, 1000 p.

DONY M., *Droit de l'Union européenne*, troisième édition, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5e édition revue et augmentée, Bruxelles, 2014, 832 p.

DUCHENNE G., *Esquisses d'une Europe nouvelle : l'européisme dans la Belgique de l'entre-deux-guerres (1919-1939)*, Peter Lang, Bruxelles, 2008, 712 p.

DUFOUR A., « Présentation », in SAVIGNY F. C. VON, De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit, PUF, Paris, 2006.

DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, Paris, 1901.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Boccard, Paris, 1927-1930, 763 p., 888 p., 856 p., 937 p., 705 p.

DURKHEIM E., « La Morale positive en Allemagne », *Revue philosophique,* 24, 1887.

DURKHEIM E., *Le Suicide*, Alcan, Paris, 1897, 458 p.

DWORKIN R., *L'Empire du droit*, [1986], Presses universitaires de France, Paris, 1994, 480 p.

DWORKIN R., *Religion sans Dieu*, trad. J. E. Jackson, Labor et Fides, Genève, 2014, 121 p.

ERDÉLYI P., dir., *Kompendium Arbeithilfe*, Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Münster, 2007, [en ligne], URL: http://www.lwl.org/lja-download/datei-download/LJA/erzhilf/Jugendpsychatrie/1189004327_0/Kompendium-Arbeitshilfen-LWL-LJA.pdf

EKELAND I. *Le Calcul, l'Imprévu : les figures du temps de Kepler à Thom*, Le Seuil, 1987.

ENGELS F., L'Origine *de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, trad. J. Stern, Editions sociales, Paris, 1975, 394 p.

ENGELS F., *La révolution démocratique bourgeoise en Allemagne*. (La guerre des paysans, - la campagne pour la constitution du Reich, - révolution et contre-révolution en Allemagne), Editions sociales, Paris, 1951, 1963, 320 p.

ENGELS F., Anti-*Dühring. M. E. Dühring bouleverse la science*, Editions sociales, Paris, 1963, 451 p.

ENGELS F., *Le rôle de la violence dans l'histoire*, [1887-1888], Editions sociales, Paris, 1969, 121 p.

ENGELS F., Ludwig *Feuerbach et la fin de la philosophie classique allemande*, en annexe, MARX K., *Thèses sur Feuerbach*, Editions sociales, Paris, 1997, 216 p.

ERSCH J. S., *Handbuch der deutschen Litteratur seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts bis auf die neuesten Zeit*, F.A Brockhas, Leipzig, 1823 p.

ESPING-ANDERSEN G., *Les Trois mondes de l'État-providence : Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, Paris, 2015.

FALCK, N., *Cours d'introduction générale à l'étude du droit ou encyclopédie juridique*, trad. IV, annoté par PELLAT C.-A., THOREL G., Paris, 1841, 683 p.

FAURE C., *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, PUF, Paris, 1997.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, Collection Précis Dalloz, 9e éd. 2006.

FEUERBACH L., « Nécessité d'une réforme de la philosophie », in *Manifestes philosophiques. Textes choisis (1839-1845)*, trad. L. Althusser, PUF, Paris, 1973.

FEUERBACH L., « Thèses provisoires en vue d'une réforme de la philosophie », in *Manifestes philosophiques. Textes choisis (1839-1845)*, trad. L. Althusser, PUF, Paris, 1973.

FEUERBACH L., *L'Essence du Christianisme,* Librairie internationale, Paris, 1864, 532 p.

FIALAIRE J., *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, PUR, Rennes, 2005, 220 p.

FICHTE J. G., *Discours à la nation allemande* [1807], trad. fr. A. Renaut, Imprimerie nationale, Paris, 1992, 396 p.

FONTANAUD D., *Les Accords de Schengen*, La Documentation française, Paris, 1996.

FONTELLE M.-A., *Construire la civilisation de l'amour : synthèse de la doctrine sociale de l'Eglise,* Editions Pierre Téqui, 1998, 830 p.

FORET F., « Dieu est-il soluble dans la gouvernance multi-niveaux ? L'émergence d'une politique publique religieuse européenne », *Rapport au Congrès national de l'Association Française de Science Politique,* Table ronde n°6, « Villes, régions, Etats, Europe : l'action publique à l'épreuve des changements d'échelle, Lyon, 14/16 septembre 2005.

FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, M. Senellart, Gallimard, Le Seuil, Paris, 2004, 355 p.

FOUCAULT M., *L'Ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Gallimard, Paris, 1971, 82 p.

FOUGEYROLLAS P., *Contre Levi-Strauss, Lacan, Althusser. Trois essais sur l'obscurantisme contemporain*, Savelli, Paris, 1976, 209 p.

FOUGEYROLLAS P., *Sciences sociales et marxisme*, L'Harmattan, Paris, 1990, 271 p.

FOURNIER R., *Subsidiarité contre souveraineté : un débat politique en France au 19e siècle*, L. Jaume dir., IEP Paris, 2003, 125 p.

FREDERIC II, *De la littérature allemande. Des défauts qu'on peut lui reprocher, quelles en sont les Causes et par quels moyens on peut les corriger*, Virchaux et Cie, Hambourg, S. Fauche, Neufchâtel, Leipzig, 1781, 89 p.

FREDERIC II, « Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les Lois », in *Œuvres philosophiques de Frédéric II Roi de Prusse*, II, R. Decker, Berlin, 1848, 248 p.

FUTTER W., *Die Subsidiarität der Amtshaftung*: *Instrument der Haftungslenkung : mit einer Kritik des Kommissionsentwurfes zur Reform des Staatshaftungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1974, 164 p.

GAFGEN K., *Untersuchung über das Mass der Verbindung von Subsidiaritätsprinzip, Doktoratsdissertation*, 1959, Düsseldorf.

GAIA P., « Commentaire de la décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam », *R.F.D.C.*, n° 33, 1998, p. 156.

GAUDEMET J., *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Eglise de l'Antiquité à l'âge classique,* PUS, Strasbourg, 2007, 446 p.

GAUDEMET J., *Le Droit canonique*, Fides, Montréal, Le Cerf, Paris, 1989, 128 p.

GAUDEMET J., *Les Sources du droit canonique, VIIIe-XXe siècle*, Le Cerf, Paris, 1993, 262 p.

GAUTHIER G., *L'argumentation dans la communication politique*, Hermès, vol. 16, 1995.

GERBER C. F. VON, *System des deutschen Privatrechts*, II, Friedrich Mauke, 1849.

GERBER C. F. VON, *Gesammelte juristische Abhandlungen*. Vol. 1, Mauke, Iéna, 1872.

GIERKE O. VON, *Les Théories politiques du Moyen-Âge*, trad. fr. J. de Pange, Dalloz, Paris, 2008, 291 p.

GIERKE O. VON, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Rech*t, Dunker & Humblot, Leipzig, 1889, 592 p.

GIERKE O. VON, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft ; II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs; III. Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland; IV. Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, 4 vol., Akademischer Verlag, Graz, [1873], 1954, 1111 p., 976 p., 826 p., 567 p.

GIERKE O. VON, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Scientia, Darmstadt, [1880], 1981, 391 p.

GIERKE O. VON, « Der germanische Staatsgedanke », *Vortrag gehalten am 4. Mai 1919, dans Staat, Recht und Volk. Wissenschaftliche Reden und Aufsätze*, éd. Ullrich von Willanmowitz-Möllendorf, cahier 5, Berlin, 1919, 29 p.

GILZMER M., LÜSEBRINK H.-J., VATTER C., *50 Jahre Elysée-Vertrag (1963-2013) / Les 50 ans du traité de l'Elysée (1963-2013) : Traditionen, Herausforderungen,*

Perspektiven / Traditions, défis, perspectives, Volume 13 de Jahrbuch des Frankreichzentrums, Transcript, Bielefeld, 2014, 346 p.

GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, Paris, 1924.

GRANRUT C. DU, *La Citoyenneté européenne, une application du principe de subsidiarité*, LGDJ, Paris, 1997, 161 p.

GRANRUT C. DU, *Europe, le temps des régions*, LGDJ, Paris, 1996, 214 p.

GRISEL A., *Traité de droit administratif*, Ides et calendes, Neuchâtel, 1984.

GUEHENNO J.M., *La Fin de la démocratie*, Flammarion, Paris, 1993.

GUERLAIN L. M., *Droit et Société au 19e siècle : les Leplaysiens et les sources du Droit* (1881-1914), sous la dir. B. Gallinato Contino, Ecole doctorale de droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2011.

GUILLOUD L., *La loi dans l'Union européenne : contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, thèse de doctorat, sous la dir. de H. Oberdorff, Grenoble 2 Droit public, soutenue en 2007.

GURVITCH G., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Sirey, Paris, 1932, 713 p.

GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique,* Aubier, Montaigne, Paris, 1940, 267 p.

GURVITCH G., *Les Fondateurs français de la sociologie : Saint-Simon et P.-J. Proudhon*, I. Saint-Simon sociologue ; II. Proudhon sociologue, Centre de documentation universitaire, Paris, 1955, 62 p., 82 p.

HAACK S., « Le bras long du sens commun en guise de théorie de la méthode scientifique », *Philosophiques*, Vol. 30, n°2, 2003, p. 295-320.

HABERMAS J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, Paris, 1987, 450 p.

HABERMAS J., *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, 560 p.

HABERMAS J., *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, trad. fr. R. Rochlitz, Fayard, Paris, 2000, 149 p.

HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, Manuel, LGDJ, Paris.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, 625 p

HAURIOU M., *La Science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, 432 p.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, 734 p.

HAYEK F.A. VON, *Droit, législation et liberté*, 3 vol., PUF, Paris, 1973.

HAYEK F.A. VON, *La Constitution de la liberté*, trad. fr. R. Audouin, J. Garello, 1994, en ligne, consulté le 21 mars 2016 :

URL : http://uplib.fr/w/images/6/65/Hayek_La_Constitution_de_la_libert%C3%A9.pdf

HEGEL W. F., *La Constitution de l'Allemagne, Ecrits politiques*, trad. fr. M. Jacob, Champ libre, Paris, 1974, 221 p.

HEGEL W. F., *La Raison dans l'Histoire*, trad. fr. K. Papaioannou, Plon, Paris, 2003, 312 p.

HEGEL W. F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. A. Kaan, Gallimard, Paris, 1940, 380 p.

HEGEL W. F., *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, trad. J. Gibelin, Vrin, Paris, 1979, 349 p.

HELD D., *Un nouveau contrat mondial*, *Pour une gouvernance social-démocrate*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2005.

HENRY G.-M., *Histoire de la pensée politique*, Armand Colin, Paris, 2009, 368 p.

HERMET G., KAZANCIGIL A., PRUD'HOMME J.-F., *La Gouvernance, le concept et ses applications*, Karthala, 2005.

HERMET G. dir., MERRIEN F-X., PARCHET R., KERNEN A., *L'Etat social. Une perspective internationale*, Armand Colin, U science po, Paris, 2005, 441 p.

HOFFNER E., *Europäische Sozialpolitik und die Idee der Selbstregulierung. Rechtsgrundlagen, Potentiale und Grenzen eines europäishen Politikfeldes*, Diplomica Verlag, Hamburg, 2013, 131 p.

HUBER U., Oratio III Quâ disseritur : quamobrem Ius Publicum olim, in Academiâ nostra professione publicâ non sit honoratum, Franeker, 1682, cf. infra, p. 379, cité par STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne, droit public impérial et sciences de la police, 1600 – 1800*, PUF, Paris, 1998, p. 66.

HUMBOLDT W. VON, *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, trad. fr. H. Chrétien, K. Horn, Les Belles Lettres, Paris, 1867, 206 p.

RAYNAUD, P., RIALS S., *Une Prudence Moderne*, actes de la journée d'étude organisée sous l'égide de l'Institut La Boétie, PUF, Paris, 1992.

INGBER L., *Le Langage du droit*, Nemesis, Bruxelles, 1991.

ISENSEE J., *Subsidiarität und Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001, 391 p.

JAUME L., *Le Discours jacobin et la démocratie*, Fayard, Paris, 1989, 508 p.

JELLINEK G., LABAND P., MAYER O., PILOTY R., *Archiv für öffentliches Recht*, 24, J.C.B. Mohr, P. Siebeck, Tübingen, 1909, 634 p.

JELLINEK G., *Staats und völkerrechtliche Abhandlungen begründet*, G. Meyer, vol. 4 à 5, 1905.

JELLINEK G., *L 'Etat moderne et son droit*, Panthéon-Assas, Paris 2004, II, 126 p.

JELLINEK G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, A. Fontemoing, Paris, 1902, 101 p.

JEMOLO A.C, *L'Eglise et l'Etat en Italie*, Le Seuil, Paris, 1960.

JHERING R., *Le Combat pour le droit*, trad. A.-F. Meydieu, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1875.

KANT E., *Théorie et pratique. D'un prétendu droit de mentir par humanité*, trad. Louis Guillermit, Vrin, Paris, 1990.

KANT E., Doctrine du droit, II. Le droit public, in *Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philonenko, Vrin, Paris, 1997.

KOLB R., *Théorie du ius cogens international : Essai de relecture du concept*, Graduate institute publications, Genève, 2001, 404 p.

KOSELLECK R., *L'Expérience de l'histoire*, trad. A. Escudier, Le Seuil, Gallimard, Paris, 1997, 325 p.

KRIEGER B., *L'Etat et les esclaves*, Payot, Paris, 2003, 352 p.

KUHN T.S., *La Structure des Révolutions Scientifiques*, Flammarion, Paris, 2008, 284 p.

LA TOUR DU PIN CHAMBLY DE LA CHARCE R., *Vers un ordre social chrétien jalons de route*, *1882-1907*, Beauchesne, Paris, 1942, 514 p.

LA ROCHEFOUCAULD B. DE, *Le Principe de subsidiarité : l'entreprise et la société*, Institut de La Boétie, Paris, 1995, 23 p.

LABAND P., *Le Droit public de l'Empire allemand. Les assurances ouvrières contre la maladie, les accidents, l'invalidité et la vieillesse, l'organisation judiciaire de l'Empire*, trad. F. Larnaude, Giard et Brière, Paris, 1900-1904, 411 p.

LABOULAYE E., *Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny*, A. Durand Libraire, Joubert Libraire, Paris, Brockhaus et Avenarius, Leipzig, 1842, 77 p.

LACROIX J., *Marxisme, essentialisme, personnalisme*, PUF, Vendôme, 1955.

LAMBERT E., « La fonction du droit civil comparé, Les conceptions étroites ou unilatérales », in *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé. Première série. Le régime successoral,* I, Giard & Brière, Paris, 1903.

LAMY P., *La Démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*, Le Seuil, Paris, 2004.

LANGER A., *Adam Müller 1779-1829*, F. Schöningh, 1988, 143 p.

LE BART C., LEFEBVRE R., *La proximité en politique : Usages, rhétoriques, pratiques*, P.U.R., Rennes, 2005, 305 p.

LE FUR L.-E., Le développement historique du droit international. De l'anarchie internationale a une communauté internationale organisée, *Recueil des Cours, Académie du droit international de la Haye*, 1925.

LE MIRE P., *Droit de l'Union européenne et politiques communes, libre circulation, concurrence, harmonisation, politiques communes*, Dalloz, Paris, 1998.

LECLERCQ J., *La philosophie morale de Saint Thomas devant la pensée contemporaine*, Vrin, Paris, 1955.

LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 321 p.

LEFEBVRE J., *L'hypothèse du néo-féodalisme : le droit à une nouvelle croisée des chemins*, PUF, Paris, 2006, 260 p.

LEGRAS H., *La table latine d'Héraclée : (la prétendue Lex julia municipalis)*, Editions Rousseau, Paris, 1907, 400 p.

LENOBLE J., *Dire la norme, droit, politique et énonciation*, L.G.D.J., Paris, 1990.

LESOURNE J., *Démocrates, Marché, Gouvernance, quels avenirs?*, Odile Jacob, Paris, 2004.

LINCK E., *Das Subsidiaritätprinzip. Sein Wesen und seine Bedeutung für die Sozialethik*, Herder, Freiburg, 1955.

LIST. F., *Système national d'économie politique*, trad., préfaces et notice biographique de H. Richelot, 2nde éd., Capelle Libraire-Editeur, Paris, 1857, 556 p.

LIVET P., *L'Argumentation, droit, philosophie et sciences sociales*, L'Harmattan, Paris, 2000.

LOBE A., *Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, Dieterichsche Verlagbuchhanlung Theodor Weicher, Leipzig, 1907.

LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil*, Vrin, Paris, 1967.

LOURAU R., *Le Principe de subsidiarité contre l'Europe*, PUF, Paris, 1997, 228 p.

MACHELARD M. E., *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les co-légataires aux diverses époques du droit romain : étude sur les lois Julia et Papia Poppaea en ce qui concerne la caducité*, Thèse en droit civil, Edition A. Durand, Paris, 1858.

MANIN P., *La Question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'union européenne*, AJDA, Paris, 2010, 1022 p.

MANNHEIM K., *Idéologie et Utopie*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1929.

MARCUSE H., *Raison et Révolution, Hegel et la naissance de la théorie sociale*, Editions de Minuit, Paris, 1968.

MARKET A., Sozial Arbeit und Sozialwirtschaft, beiträge zu einem feld im Umbruch, in DAHME H.-J., WOHLFAHRT N., *Die Metamorphosen eines gesellschaft und sozialpolitischen Ordunungsprinzip*, Berlin, 2008.

MARKOVIC M. P., *La Doctrine sociale de Duguit : ses idées sur le syndicalisme et la représentation professionnelle*, Éditions Bossuet, Paris, 1933, 293 p.

MARX K., ENGELS F., *Le Syndicalisme*, *I. théorie, organisation, activité*, F. Maspéro, Paris, 1972, 216 p.

MARX K., ENGELS F., *L'Idéologie allemande*. I. *Thèses sur Feuerbach* [1846], trad. R. Cartelle, G. Badia, Editions sociales, Paris, 1977.

MARX K., *La Question juive*, suivi de *La Question juive* par BAUER B., Union générale d'Edition, Paris, 1968, 186 p.

MARX K., *Contribution à la Critique de la philosophie du droit de Hegel*, trad. J. Molitor, Editions Allia, Paris, 1998, 46 p.

MARX K., *Manifeste du parti communiste* [1846], Union Générale d'Editions, Paris, 2004, 190 p.

MARX K., *La Nouvelle Gazette rhénane*, Editions sociales, Paris, 1963-1973.

MARX K., *Critique du programme de Gotha et d'Erfurt*, Editions sociales, Paris, 1966.

MARX K., *La Sainte famille,* Editions sociales, Paris, 1976.

MARX K., *Manuscrits de 1844*, trad. Botigelli, Editions Sociales, Paris 1972, 175 p,

MARX K., *La Lutte des classes en France (1848-1850) – le dix-huit brumaire de Louis Bonaparte*, Editions sociales, Paris, 1962, 336 p.

MARX K., *La Guerre civile en France* [1871], Editions sociales, Paris, 1972.

MARX K., Misère de la philosophie. Réponse à la Philosophie de la misère de M. Proudhon, Editions sociales, Paris, 1977, 220 p.

MARX K., *Travail salarié et capital - salaire, prix et profit*, Editions en langues étrangères, Pékin, 1970, 91 p.

MARX K., *Contribution à la Critique de l'économie politique*, trad. M. Husson, G. Badia, Editions sociales, Paris, 1972, 309 p.

MARX K., *Le Capital*, I, trad. J. Roy, Garnier-Flammarion, Paris, 1969, 699 p.

MARX K., *Œuvres complètes, œuvres philosophiques* I, trad. J. Molitor, Alfred Costes, Paris, 1927.

MARX K., F. *List et la bourgeoise allemande*, 1845, [en ligne] URL : http://www.karlmarx.fr/documents/marx-1845-list-bourgeoisie.pdf

MATTHIAE C., « Controversen-Lexikon des Roemischen Civilrechts : Ein Huelfsbuch fuer praktische Juristen derjenigen Laender », in *Welchen roemisches Recht gilt*, 1, Verlag von O. Wigand, 1856.

MAUGENEST D., *Le Principe de subsidiarité et la pensée catholique, professions et entreprises*, juillet-septembre 1985.

MENGER C., *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften*, Chap. VI, VII et appendice ix, Dunckler und Humblot, Leipzig, 1883, 338 p.

MERRIEN F-X., PARCHET R., KERNEN A., *L'Etat social. Une perspective internationale*, Armand Colin, Paris, 441 p.

MILL J.S., *Principe d'économie politique*, Guillaumin, Paris, 1873.

MILL J.S., *La Liberté*, Guillaumin, Paris, 1877.

MILLON-DELSOL C., *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, Paris, 1991(a), 232 p.

MILLON-DELSOL C., *Les Idées politiques au XXe siècle*, PUF, Paris, 1991(b), 257 p.

MILLON-DELSOL C., *Le Principe de subsidiarité*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1993, 126 p.

MOHL R. VON, ROGGE K. A., SCHEURLEN C. F., WAECHTER K. J. G. S. VON, SCHRADER Eduard, Karl Eberhard freiherr von Waechter, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft :* Band 6, Spittler, Laupp, 1829.

MOHL R. VON, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg. Das Verfassungsrecht*, I, Tübingen, 1840.

MOHL R. VON, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1866, 688 p.

MOHL R. VON, *Lübeckische Blatter*, 1862.

MOMMSEN T., *Römische Geschichte*. III: *Von Sullas Tode bis zur Schlacht von Thapsus*. Leipzig, 1856.

MONTESQUIEU C. L. DE, *De l'esprit des Lois*, Gallimard, Paris, 1970, 378 p.

MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 12e éd., Montchrestien, Lextenso Editions, Paris, 2012, 520 p.

MOREAU- DEFARGES P., *La Gouvernance*, PUF, Paris, 2006.

MOURRET F., *Histoire générale de l'Église. L'église contemporaine*. 2e partie (1878-1903), Bloud et Gay, Paris, 1928-1933.

MÜLLER A., Eléments de l'art politique, in STANGUENNEC A., *La Philosophie romantique allemande : un philosopher infini*, Vrin, Paris, 2011, 224 p.

MÜLLER A., *Die Elemente der Staatskunst,* vol.II, Sander, Berlin, 1809, 375 p.

MÜLLER V., *Staatstätigkeit in den Staatstheorien des 19. Jahrhunderts*, Springer-Verlag, 1991, 470 p.

NAUDET J.-Y., BICHOT J., COULANGE P., LECAILLON J., *Doctrine sociale de l'Eglise et science économique. Quelques réflexions sur le rôle respectif des économistes et du magistère,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2013, 69 p.

O'MALLEY M., *Wilhelm Ketteler and the Birth of Modern Catholic Social Thought. A Catholic Manifesto in Revolutionary 1848*, Herbert Utz, Munich, 2008b, 193 p.

OETER S., Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht: Untersuchungen *zur Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz (Jus Publicum)*, Mohr Siebeck, 1998, 655 p.

ONORIO J.-B. D'(dir.), MILLON-DELSOL C., LEMOYNE DE PORGEN J.-M., JACQUE J.-P., SCHWERER F., FOYER J., SAUNIER P., CASTILLO LARA (Cardinal) R. J., *La Subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Pierre Téqui, 1995.

OPPERMANN N., *Subsidiarität. Idee und Wirklichkeit zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa*, Mohr Siebeck, 1997, 275 p.

PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Armand Colin, Collection U. droit

PADOUE M. de, *Le Défenseur de la paix*, Vrin, Paris, 1968.

PARIGAUX D., *Etat corporatiste et corporatisme politique, faits historiques et doctrines jusqu'à 1945*, La Libre Pensée, Paris, 2004.

PARIGAUX D., *Racket et mise à mort des communes*, La Libre Pensée, Paris, 1996.

PASTEUR P., *Histoire de l'Autriche : De l'empire multinational à la nation autrichienne (XVIIIe e- XXe siècles)*, Armand Colin, Paris, 2011, 310 p.

PAULHAN J., AUDRY D., *La Patrie se fait tous les jours*, Editions de Minuit, Paris, 1949.

PENA-RUIZ H., *La Laïcité*, Flammarion, Paris, 2003, 254 p.

PERREGAUX G. DE, *La Direction dans la Société anonyme : construction juridique et responsabilité du directeur*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence (LGDJ), Paris, 1925.

PERRONET M., *Le XVIIIe siècle, 1740 – 1820, des Lumières à la Sainte Alliance*, Hachette supérieur, 1998.

PERROUX F., *L'Europe dans le monde, l'Europe sans rivages*, Presses universitaires de Grenoble, 1990.

PERROUX F., *Capitalisme et communauté de travail*, Sirey, Paris, 1937, 346 p.

PFÜLF O., *Friedrich Karl von Savigny alslreniker,* in Stimmen aus Maria Laach, Katholische Blätter, Bd. 66,1904.

PLASSARD F., Qu'est-ce que le développement local ?, in *Le développement local en milieu rural*, Centres d'études foreziennes, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 1998.

PLONCARD D'ASSAC J., *L'Etat corporatif, l'expérience portugaise. Doctrine et législation*, La Librairie française, Paris, 1960, 220 p.

PONTIER J.-M., *L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, Paris, 1978, 630 p.

POUND R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1954, 361 p.

PRELOT M., *L'Empire fasciste. Les origines, les institutions de la dictature et du corporatisme italiens*, Sirey, Paris, 1936, 258 p.

PREUSS H., *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Springer-Verlag, 2013, 419 p.

PROUDHON P.-J, *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, 3 vol., Fayard, Paris, 1988.

PROUDHON P.-J, Idée générale de la Révolution au XIXe siècle, M. Rivière, Paris, 1923.

PROUDHON P.-J, *De la création de l'ordre dans l'humanité*, M. Rivière, Paris, 1927.

PROUDHON P.-J, *Du principe fédératif*, M. Rivière, Paris, 1959, 607 p.

PROUDHON P.-J, *De la capacité politique des classes ouvrières*, M. Rivière, Paris, 1959, 423 p.

PROUDHON P.-J, *Théorie de l'impôt*, Hetzel, Paris, 1861.

PUTNAM H., *Raison, vérité et histoire*, Minuit, Paris, 1984.

QUILLIEN J., *L'Anthropologie philosophique de G. de Humboldt*, Presses Univ. Septentrion, Lille, 1991, 644 p.

RABELAIS F., *Pantagruel*, in *Œuvres*, I, Louis Janet librairie, Paris, 1823.

RAUSCHER A., *Personalität, Solidarität, Subsidiarität*, Bachem, 1975, 48 p.

RAU K. H., *Lehrbuch der politischen Oekonomie*, 3, I, , C. Winter, Heidelberg, 1826-1832.

REAU E., *L'Idée de l'Europe au XXe siècle,* Editions complexe, Bruxelles, 2001.

REMOND R., *Religion et Société en Europe. La sécularisation aux XIXe et XXe siècles 1780-2000*, Le Seuil, Paris, 2001, 297 p.

RENAUT M.-H., *Histoire des institutions publiques françaises de 476 à 1848*, Ellipses, Paris, 2007, 110 p.

REYSCHER A. L., WILDA W. E., BESELER G., STOBBE O., *Zeitschrift für deutsches recht und deutsche rechtswissenschaft. In verbindung mit vielen gelehrten hrsg., Dr. A.L. Reyscher [etc.]*, O. Wigand, 1839.

REYSCHER A. L., *Heidelberger Jahrbücher der Literatur,* n° 57, Januar-Juni, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1864.

RIALS S., *Administration et organisation (1910-1930). De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française*, Beauchesne, Paris, 1977, 271 p.

RIDEAU J., *Le Droit de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1999.

ROHLFING-DIJOUX S., PEGLOW K. (dir), *La Subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, Bruxelles, 2014, 258 p.

ROLAND-GOSSELIN B., *La Doctrine politique de Saint Thomas d'Aquin*, M. Rivière, Paris, 1928.

ROOVER R., *La Pensée économique des scolastiques*, Vrin, Paris, 1971.

RÖPER B., *Die Wettbewerbsfunktion der deutschen Sparkassen und das Subsidiaritätsprinzip : eine wettbewerbspolitische Analyse*, Duncker und Humblot, Berlin, 1973, 200 p.

RÖPKE W., *La Crise de notre temps*, trad. fr. H. Faesi, C. Reichard, La Baconnière, Neufchâtel, 1945, 328 p.

RÖPKE W., *Civitas humana ou les questions fondamentales de la réforme économique et sociale,* trad. fr. P. Bastier, Librairie de Médicis, Paris, 1946, 383 p.

ROSCHER W., *Principes d'économie politique*, trad. et préface L. Wolowski, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 1857, 480 p.

ROSCHER W., Geschichte der Nationalökonomik in Deutschland, in *Geschichte der Wissenschaft in Deutschland*, vol. 14, Didenbourg, Munich, 1874, 1095 p.

ROSCHER W., *Economie Industrielle*, Forgotten Books, Londres, 2013.

ROSIN H., *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck*, G. Hirth, 1898, 46 p.

ROSNAY, *L'homme symbiotique*, Le Seuil, Paris, 1995.

ROUGEMONT D. DE, *Pour une définition nouvelle du fédéralisme*, La Cité européenne, La Baconnière, Neufchâtel, 1969.

ROUGEMONT D. DE, *L'Avenir est notre affaire*, Stock, Paris, 1977, 314 p.

ROULAND N., *Aux confins du droit*, Albin Michel, Paris, 1995.

ROTH F., *Robert Schuman*, Fayard, Paris, 2008, 670 p.

RUPNOW D., *Vernichten und Erinnern: Spuren nationalistischer Gedächnispolitik*, Wallstein Verlag, 2005, 384 p.

SABOURIN P., *L'Etat-Nation face aux Europes*, PUF, Paris, 1994.

SAVIGNY F. C. VON, *De la Vocation de notre époque pour la législation et la science du droit*, trad. intro. et notes par A. Dufour, PUF, Paris, 2006, 218 p.

SAVIGNY F. C. VON, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, 224 p.

SAVIGNY F. C. VON, *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, trad. sur la dernière édition et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par C. Guenoux, Tome I, Charles Hingray éditeur, Paris, 1839, 554 p.

SAVIGNY F. C. VON, *Traité de droit romain*, trad. C. Guenoux, Firmin Didot Frères, Paris, 1859, 413 p.

SAVIGNY F. C. VON, Lettre de Savigny à J. N. Ringseis, 10 décembre 1815, in PFÜLF O., *Friedrich Karl von Savigny alslreniker. In Stimmen aus Maria Laach*, Katholische Blätter, Bd. 66, 1904.

SCHMIDT F. F., *Zur Methode der Rechtsfindung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976, 233 p.

SCHMOLLER G., *Politique sociale et économie politique* (Questions fondamentales), V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1902.

SCHNEIDER K. A., *Die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts : eine civilistische Abhandlung*, [Les actions subsidiaires générales du droit romain : un traité de droit civil], Universitäts-Buchhandlung J.M. Oeberg, 1834.

SCHWALM M.-B, *La Société et l'Etat*, Flammarion, Paris, 1937.

SENELLART M., *Cours n°1 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 13 mars 2006.

SENELLART M., *Cours n°2 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 20 mars 2006.

SENELLART M., *Cours n°8 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 29 mai 2006.

SENELLART M., *Cours n°9 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 19 mars 2007.

SENELLART M., *Cours n°10. L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 26 mars 2007.

SENELLART M., *Cours n°11 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 2 avril 2007.

SENELLART M., *Cours n°12 L'idée d'Etat de droit*, ENS de Lyon, écouté et retranscrit par nous-même, 26 avril 2007.

SLAMA A.-G., *La Régression démocratique*, Fayard, Paris, 1995.

SMITH A., *Recherche sur la nature et les causes de l'origine des nations*, Gallimard, Paris, 1976.

SOBOUL A., *Histoire de la Révolution française. I. De la Bastille à la Gironde*, Editions sociales, 1962, Gallimard, 1983, 377 p.

SOKAL A., *Pseudosciences & postmodernisme. Adversaires ou compagnons de route ?*, trad. B. Hochstedt, Odile Jacob, Paris, 2005, 222 p.

SOKAL A., BRICMONT J, *Impostures intellectuelles*, Odile Jacob, Paris, 1997, 408 p.

STADLER H., *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Betrag zum schweizerischen Staatsrecht*, Universitätsbuchhandlung, Fribourg, 1951, 171 p.

STAHL F. J. VON, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1837.

STAHL F. J. VON, *Philosophie des Rechts*, II, Verlag der Akademischen Buchhandlung J. C. B. Mohr, Heidelbeg, tome 2, 1854.

STAHL F. J. VON, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. A. Chauffard, Ernest Thorin Editeur, Paris, 1880, 622 p.

STAMMLER R., « Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie», in STAMMLER R., KIPP T., *Festgabe zu Bernhardt Windscheids. Zwei Abhandlungen*, Niemeyer, 1888

STAMMLER R., *The Theory of Justice*, trad. angl. *I. Husik,* The Macmillan Company, *New York*, 1925, 591 p.

STEIN L. VON, *Die Verwaltungslehre*, Bd. 5, Stuttgart, 1868.

STEIN L. VON, *Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs*, *ein Beitrag zur Zeitgeschichte* (Le socialisme et le communisme dans la France d'aujourd'hui, contribution à l'histoire contemporaine), O. Wigand, Leipzig, 1842.

STEIN L. VON, *Le Concept de société*, trad. M. Béghin, introduction de N. WASZEK, ELLUG, Grenoble, 2002, 253 p.

STEIN L. VON, L'Histoire du mouvement social en France, de 1789 à nos jours

STEIN L. VON, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland; als Grundlage für Vorlesungen*, Stuttgart, 1870.

STERNHELL Z., *La Droite révolutionnaire, 1885-1914. Les origines françaises du fascisme*, Fayard, Paris, 2000, 436 p.

STERNHELL Z., *Ni droite, ni gauche. L'idéologie fasciste en France*, 4e éd., Gallimard, Paris, 2012, 1046 p.

STERNHELL Z., *Les Anti-Lumières. Une tradition du XVIIIe siècle à la guerre froide*, Gallimard, [2006], 2010, 925 p.

STEWING C., *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, Heymann, 1992, 186 p.

STIER-SOMLO F., *Deutsche Sozialgesetzgebung* : geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht, G. Fischer, 1906.

STOBBE O., *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, II, C.A. Schwetschke und Sohn, 1864.

STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600 – 1800*, trad. fr. M. Senellart, PUF, Paris, 1998, 654 p.

STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1800– 1914*, trad. M.-A. Maillet, M. A. Roy, Dalloz, Paris, 2014, 695 p.

SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1997, 128 p.

TAINE H., *Les Origines de la France contemporaine*, 2 vol., Robert Laffont, Paris, 1990, 839 p.

TERRE D., *Les Question morales du droit*, PUF, Paris, 2007, 357 p.

THIBAULT A. F. J., « Das krause Gemisch des alten Wirrwarts », in *Über die Nothwendigkeit eines allgeminen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, 67 p.

TOCQUEVILLE A. DE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Flammarion, Paris, 1988, 411 p.

TOCQUEVILLE A. DE, *De la démocratie en Amérique*, 2 Vol., Flammarion, Paris, 1981, 1191 p.

TRIGEAUD J.-M., « Théorie de l'Etat et réalisme sociologique – Duguit et Haurioux », p. 18-34, in S. GOYARD-FABRE, *L'Etat au XXe siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Vrin, Paris, 2004, 328 p.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, 358 p.

TROPER M., *Le Gouvernement des juges*, Presses de l'Université de Laval, 2006, 52 p.

TURPIN D., *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, 791 p.

VAN DER MEEREN S., Traduction, présentation et analyse, in ARISTOTE, *Politique*, Livre III chapitres I à XI, Bréal, Paris, 2002.

VAN RAEPENBUSCH, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, Liège, 2004, 758 p.

VANNI M., *Le Contrat collectif en régime corporatif italien*, Imprimerie du sémaphore, Marseille, 1942.

Verhandlungen des Vierten deutschen Juristentages, S. Jansen, Berlin, 1863.

VILLIERS M. DE, LE DIVELLEC A., *Dictionnaire du Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2007.

WAGNER A., *Grundlegung der politischen Oekonomie*, Dritte, Zweiter Theil, Buch 1 – 3, I, C. F. Winter, Leipzig, 1894.

WAGNER A., *Les Fondements de l'économie politique*, T. I, trad. Polack, L., V. Giard et E. Brière, Paris, 1904-1914, 520 p.

WAGNER A., *Les Fondements de l'économie politique*, T. II, livre III, trad. L. Polack, Giard V.et Brière E., 1909, 682 p.

WASCHKUHN A., *Was ist Subsidiarität?* : *Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: Von Thomas von Aquin bis zur « Civil Society »*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, 218 p.

WÄCHTER C. G. VON, *Handbuch des im Konigreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, J. B. Metzler, 1839.

WÄCHTER C. G. VON, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts: Geschichte*, Duellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts, III, J. B. Metzler, 1842.

WÄCHTER C. G. VON, *Gemeines Recht Deutschlands insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht : eine Abhandlung*, Weidmann, 1844.

WEBER M., *Economie et société, I. Les catégories de la sociologie*, trad. fr. J. Freund, Plon, Paris, 1995, 410 p.

WEBER M., *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. de M. Coutu et D. Leydet avec la collab. de G. Rocher et E. Winter, Les Presses de l'Université Laval/Le Cerf, Québec/Paris 2001.

WEBER M., SOMBART W., dir., *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Paul Siebeck,volume 24, 1907, volume 32 1911.

WEDEKIND K. I., *Geist der Zeit in eine pragmatischen Darfstellung der Merkwürdigsten Ereignisse in der physischen, moralischen, litterarischen und politischen Welt*, [1808-1809] Freiburg, Herder, Konstanz, 1810-1811.

WEIL E., *Hegel et l'Etat*, Vrin, Paris, 1985.

WILSON W., [1918], in MAURY, DIGITHEQUE MJP, 2008

URL : http://mjp.univ-perp.fr/textes/wilson08011918.htm

Zeitschrift für Rechtspflege in Württemberg, Enklin et Laiblin, Neutlingen, 1860.

ZIMMERMAN B., *La Constitution du chômage en Allemagne*, Editions de la MSH, 1996, 1010 p.

- Articles scientifiques et chapitres d'ouvrages

AMSELEK P., TROPER M., édit., *Théorie des Actes de langage, Ethique et Droit*, 1986 (Contributions de J. Bouveresse, F. Recanati, J. Jayez, F. Jacques, P. Ricœur, P. Amselek, C. Grzegorczyk, N. Mac Cormick, Z. Bankowski, M. van de Kerchove, G. Cornu), in *Droit et société*, n°4, 1986. pp. 468-469.

ANGERMANN E., « Republikanismus, amerikanisches Vorbild und soziale Frage 1848. Eine unveröffentlichte Flugschrift Robert Mohls », in *Die Welt als Geschichte. Eine Zeitschrift für Universalgeschichte*, 21, 1961, p. 185–193.

ARCHAMBAULT P., « Droit social et droit individuel dans l'œuvre de M. Gurvitch », *Politique*, 1938, 12 (10), p. 842-861.

ARENDT H., « Retour en Allemagne après le nazisme », trad. fr. C. Habib, *Esprit*, 144, 1988, p. 25-35.

ARGYRIADIS-KERVEGAN C., « L'Administration locale entre nature et état dans la pensée allemande du XIXe siècle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques,* 23, 1/2006, p. 83-128.

ARNE S., « Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionalité », *Revue du droit public*, 1993, p. 474.

ARNOLD R., « Autonomie régionale, autonomie locale et constitution », *Annuaire international de droit constitutionnel 2006*, 2007, 22, p. 107-130.

ARON R., « L'essence du totalitarisme selon Hannah Arendt » in *Machiavel et les tyrannies modernes*, Editions de Fallois, Paris, 1993, p. 195-213.

ASSOUN P.-L, « Durkheim et le socialisme de la chaire », *Revue française de science politique*, vol. 26, 5, 1976, p. 957-982.

AUBY J.-B., « Décentralisation et pluralisme juridique », *Mélanges Paul Amselek*, dir. COHEN-JONATHAN G., GAUDEMET Y., HERTZOG R., Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 39-52.

AUTES M., « Proximité et démocratie. Une adéquation incertaine », *Informations sociales*, 121, 1/2005 p. 46-55.

AYMARD A., « Hiérarchie et autarcie individuelle dans la Grèce archaïque », in *Études d'histoire ancienne*, PUF, Paris, 1967, p. 124-146.

AZOULAI L., « Le principe de subsidiarité réévalué », *Questions internationales*, 7, 2004, p. 35-37.

BARROCHE J., « Subsidiarité », in *DicoPo*, 20 juin 2007, URL : http://www.dicopo.fr/spip.php?article61

BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », Politique européenne, n° 23, 2007, p. 153-177.

BARROCHE J., « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques,* 28, *2008/2*, p. 307-335.

BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », *Études,* Tome 408, 6/2008, p. 777-788.

BARROCHE J., « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours. », *Droit et société,* n° 80, 1/2012, p. 13-29.

BARROCHE J., « L'Allemagne », Séminaire de *l'Institut des Hautes Etudes sur la justice*, 4-8 février 2013.

BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet,* 340, 3/2014, p. 66-75.

BASSOT E., « Le Comité des régions : régions françaises et Länder allemands face à un nouvel organe communautaire », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 371, 1993, p. 729-739.

BEAUD O., « Savigny et le droit public, Plaidoyer pour une lecture politique de l'œuvre de Savigny », in KERVEGAN, F. MOHNHAUPT H., *Recht zwischen Natur und Geschichte, - le droit entre nature et histoire*, Vittorio Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 169-221.

BEAUD O., « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 6, 1988, p. 123-138.

BEAUD O., « La notion d'Etat », *Archives de philosophie du droit*, 35, 1990, p. 119-141.

BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droit*, 14, 1991, p. 3-16.

BEAUD O., « La Fédération entre l'Etat et l'empire », *L'Etat, la finance, le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, THERET B. dir., La Découverte, Paris, 1995, p. 282-304.

BLANC D., « Droit constitutionnel et droit international. Contribution à l'étude du « traité-constitutionnel » européen vu par le constituant : les pouvoirs du Parlement français entre continuités et ruptures. À propos de la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 », *Revue française de Droit constitutionnel*, 64, PUF, Paris, 4/2005, 228 p.

BÖCKENFÖRDE E.-. W., « Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, 1, janvier-mars 2001, p. 227-229.

BÖCKENFÖRDE E.-. W., « La naissance de l'Etat, processus de sécularisation », *Le Droit, l'Etat et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. fr. O. Jouajan, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2000, p. 101-118.

BONNARD, R., « Le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 40, 30e année, 1923, p. 363-392.

BOUVIER M., « *L'Etat sans politique. Tradition et modernité.* », *Archives de sciences sociales des religions*, n°66/2, 1988. p. 244-245.

BOTOS M., « Frédéric Le Play, inspirateur de l'Union de Fribourg ? », in CARDONI F., *Frédéric Le Play. Parcours, audience, héritage*, Presses des Mines, Nantes, 2013, p. 197-209.

BRASSEUL J., « Genèse de l'État-providence et naissance de la social-démocratie : Bismarck et Bernstein », *Les Tribunes de la santé,* 34, 2012/1, p. 71-88.

BRAUD M., « La subsidiarité remise sur ses pieds : le socialisme fédéraliste », *Cahiers et revue de l'Office universitaire de recherche socialiste* (*OURS*), 207, 1992, p. 35-39.

BRAUD M., « Traces du fédéralisme au sein du Parti socialiste SFIO entre les deux guerres (1918-1939) », in *Le Fédéralisme personnaliste aux sources de l'Europe de*

demain. Hommage à Alexandre Marc, éd. F. Kinsky, F. Knipping, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 212-223.

BRAUD M., CEPEDE F., « Enquête sur la subsidiarité », *Cahiers et revue de l'OURS*, 207, 1992, p. 1-3.

BRETHE DE LA GRESSAYE J., « Du syndicat à la corporation », *Politique*, 9 (1), 1935, p. 11-39.

BRETHE DE LA GRESSAYE J., « La corporation et l'Etat (histoire et doctrine) », *Archives de philosophie du droit*, 1-2, 1938, p. 78-118.

BRETHE DE LA GRESSAYE J., « Un Pape juriste. Pie XII et le droit naturel », *Mélanges Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, I, 1963, p. 19-26.

BROYER S., « *Ordnungstheorie* et ordolibéralisme : les leçons de la tradition. Du caméralisme à l'ordolibéraliste : ruptures et continuités ? », in COMMUN P. dir., *L'Ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC, CICC, Cergy-Pontoise, 2003, 266 p.

BRUCH R. VOM, « Gustav Schmoller entre science sociale et réforme sociale », in BRUHNS H., *Histoire et économie politique en Allemagne, de Gustav Schmoller à Max Weber,* Maison des sciences de l'Homme, Paris, 2004, 206 p.

CAEMMERER E. VON, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 18, n°3, 1966, p. 573-592.

CASANOVA J.-C., Jacobinisme : la fin d'un mythe, *Commentaire*, 100, 4/2002, p. 869-884.

CEPEDE F., « Détours par Maastricht : Etat subsidiaire, Etat minimum ? », in *Cahiers et revue de l'Office universitaire de recherche socialiste* (*OURS*), 207, 1992, p. 32-34.

CHARENTENAY P. de, « L'Europe, une question de volonté », *Etudes*, Tome 418, 1/2013, p. 7-17.

CHATZISTAVROU F., « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique,* 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 21 octobre 2013.

URL : https://leportique.revues.org/591

CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus », *Le Monde diplomatique*, mardi 30 juillet 2002.

CLERGERIE J.-L. DE, « Les équivoques du principe de subsidiarité », *Krisis*, 22, 1999, p. 159-166.

CONSTANTINESCO V., « La Primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Mélanges Léontin-Jean Constantinesco*, éd. Lüke G, Ress G., Will M. R., Berlin, Cologne, éd. Heymanns, 1983, p. 109-123.

CONSTANTINESCO V., « Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union Européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges J. Bonlouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 35-45.

CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges* dédiés *au doyen Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, 474 p.

COUTU M., « Weber, lecteur de Stammler : quels horizons pour la sociologie du droit ? », *Droit et société* 3, 73, 2009, p. 667-685.

DABIN J., « Le rôle de l'Etat », in *Le Catholicisme social face aux grands courants contemporains*, Chronique sociale de France, Lyon, 1947, p. 345-371.

DELORS J., « Ma vision d'une fédération des Etats-nations », *Le Monde des débats*, juillet 2000, p. 5-6.

DEROUSSIN D, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Études Sociales,* 157-158, 2013/1, p. 147-185.

DRAGO G., « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 46 (2), 1994, p. 583-592.

DUFOUR A., « La religion de Savigny », in *Persona y Derecho*, 24, 1991, p. 49-67.

DUFOUR A., « La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou », *Quadremi fiorentini*, 11-12, 1982-1983, p. 685-719.

DUFOUR A., « Europe sans chrétienté ou chrétienté sans Europe. Réflexions sur le déracinement culturel et spirituel de l'Europe à la veille du IIIe millénaire », *L'Histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Schulthess, Bruxelles, 2003, p. 389-401.

DUGUIT L., « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 15 novembre 1889, p. 19.

DULONG D., « Institution », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 28 septembre 2015.

URL: http://www.universalis-edu.com.scd1.univ-fcomte.fr/encyclopedie/institution/

DUPONT-LASSALLE J., « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, n° 80, 2012/1, p. 47-71.

DUTHOIT E., « Comment adapter l'Etat à ses fonctions économiques », *Le Rôle économique de l'Etat*, Vitte, Lyon, Gabalda, Paris, 1922, p. 33-60.

EISENMANN C., « Deux théoriciens du droit, Duguit et Hauriou », *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 455-493.

EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 11, 1966, p. 25-43 ; *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 289-305.

FIALAIRE J., « Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité : les apparences et les « faux semblants » d'une prétendue territorialisation des normes », *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, Rennes, 2005, p. 11-23.

FROSINI T. E., « Subsidiariedad y constitución », *Revista de estudios políticos*, nº 115, 2002, p. 7-26.

FURET F., « Jacobinisme », *Dictionnaire critique de la Révolution française, IV. Idées*, FURET F. dir., OZOUF M., Flammarion, 1992, p. 233-251.

GALLIE W. B., « Les concepts essentiellement contestés », trad. Tinland O., in TINLAND O. (coord.), Concepts essentiellement contestés, *Philosophie*, N° 122, 2014, p. 9-33.

GAUDEMET J., « Théologie et droit canonique », *Römische Quartelschrift*, 80, 1985, p. 160-166.

GAUDEMET Y., « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 315-329.

GAUDEMET Y., « Propos introductifs », R.D.P., n° 1, Dossier spécial : Le désordre normatif, 2006, p. 43-44.

GAUDEMET Y., « La subsidiarité en Europe : un principe ambigu et discutable », *Futuribles*, 280, 2002, p. 5-14.

GIACUZZO J.-F., « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », *Jus Politicum*, 12, 2014.

GIERKE O. VON, « L'idée germanique de l'Etat », trad. fr. C. Argyriadis-Kervégan, *Revue française d'histoire des idées politiques*, 23, 2006, p. 169-191.

GRANRUT C. DU, « De l'utilité des régions en Europe », *Pouvoirs locaux*, 27 (4), 1995, p. 43-46.

GUILLOUD L., « Les révisions constitutionnelles induites par l'intégration européenne : l'introduction du désordre normatif dans la Constitution de 1958 », *Civitas europa*, n°21, décembre 2008, p. 83-103.

GUILLOUD L., « Transferts de compétences et pouvoir normatif des collectivités territoriales. Splendeur et misère de la décentralisation sous la Ve République », *Les Petites Affiches*, numéro spécial « Les 50 ans de la Constitution de 1958 », n°138, 10 juillet 2008, p. 51-62.

GUILLOUD L., « Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution », *Revue du droit public*, n°2, 2009, p. 397-425.

GURVITCH G., « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit*, 1, 1931, p. 155-194.

HABERMAS J., « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », trad. fr. H. Pourtois, *L'Europe au soir du siècle*, LENOBLE J. dir., DEWANDRE N., Editions Esprit, Paris, 1992, p. 17-38.

HAENEL, H., « Le principe de subsidiarité, gage d'une démocratie de proximité », *Mélanges en l'honneur de Philippe Leger. Le Droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, p. 191-197.

HAURIOU M., « Du fondement de la personnalité morale », *Leçons sur le mouvement social (données à Toulouse en 1898)*, Larose, Paris, 1899, p.144-162.

HAURIOU M., « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1898, p. 1-23, p. 119-140.

HAURIOU M., « Le régime d'Etat », in HERRERA C. M., *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Kimé, Paris, 2003, p. 179-195.

HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 2, 1906, p. 134-182.

HAURIOU M., « Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre », *Recueil de législation de Toulouse*, 5, 1905, p. 1-86.

HAURIOU M., « Le droit naturel et l'Allemagne », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 23, 1933, p. 13-42.

HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 4, 1925, p. 1-45.

HATZFELD N., « Personnes au travail, une norme sans cesse renouvelée, XIXe et XXe siècle », in LARONZE F., TUFFERY-ANDRIEU J.-M., *Les normes du travail : Une affaire de personnes ?*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 199

HELLMAN H., « Le personnalisme d'Emmanuel Mounier, hier et demain », Acte du colloque sur la fondation de la revue *Esprit*, Le Seuil, Paris, 1985.

HERRERA C.-M., « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », in *L'Homme et la société*, *Figures actuelles du capitalisme*, 113, p. 89-103, 1994.

HERRERA C.-M., « Par le droit, au-delà du droit ? Sur les origines du socialisme juridique en France », *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Kimé, Paris, 2003, p. 7-27.

HERZOG R., « Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung», *Der Staat*, Vol. 2, 4, Dunckler & Humblot, Berlin, 1963, p. 399-423.

JOUANJAN O., « Lorenz von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire (1789-1793) », in *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002, p. 171-191.

JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, XLI-128, [En ligne], 2003, mis en ligne le 11 novembre 2009, consulté le 13 octobre 2012.

JOUANJAN O., « Sur la preuve de la validité des énoncés juridiques », in Bridel. P, *La preuve en sciences sociales : IXe séminaire interdisciplinaire du Groupe d'études "Raison et rationalités"*, Librairie Droz, 2003, 171 p.

KAMEKE G., LE RIDER J., *La Codification : perspectives transdisciplinaires,* Actes des journées d'études organisées à Paris à l'Institut national d'histoire de l'art les 8-10 juin 2006, Etudes et rencontres du Collège doctoral européen EPHE, Librairie Droz, Paris, 2007, 262 p.

KANTOROWICZ H., « Was ist Savigny ? » (1911), in KANTOROWICZ H., *Rechtshistorische Schriften*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970.

KOMONCHAK J. A., « Le principe de subsidiarité et sa pertinence ecclésiologique », *Les Conférences épiscopales. Théologie, statut canonique, avenir*, LEGRAND H dir., MANZANARES J., GARCIA Y GARCIA A., Le Cerf, Paris, 1988, p. 434-435.

KOSELLECK R., « *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques »,* in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 46e année, 6, 1991. p. 1499-1501.

LABORIER P., La « bonne police ». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands, *Politix*, vol. 12, 48, 1999, p. 7-35.

LACROIX J., « Le sens de l'évolution juridique moderne », *Esprit*, 4, 1933, p. 653-665.

LAGELLE A., « Le rôle des parlements nationaux dans le processus législatif européen à l'aune du traité de Lisbonne », *Revue française de droit constitutionnel*, 87, 3/2011, p. 25-55.

LAHMER M., « Le moment 1789 et la séparation des pouvoirs, Jus Publicum », *Revue de droit politique*, 12, Histoire du droit public allemand, en ligne.

URL : http://juspoliticum.com/article/Le-Moment-1789-et-la-separation-des-pouvoirs-887.html

LANCIEN A., *Adenauer, de Gasperi, Schuman et le principe de subsidiarité : un « spillover culturel » ? Une approche constructiviste de l'intégration européenne*, L'Europe en formation, 370, Centre international de formation européenne, 2013.

LE FUR L.-E., « Le droit naturel et la théorie de l'institution », *La vie intellectuelle*, 4, 1931, p. 76-102.

LE FUR L.-E., « Droit individuel et droit social. Coordination, subordination ou intégration », *Archives de philosophie du droit*, 3-4, 1931, p. 279-309.

LEGRAND G., « W. Roscher et l'Historisme économique », *Revue néo-scolastique*, III, 10, 1896, p. 171-182.

LYON-CAEN G., « Subsidiarité et droit social européen », *Droit social*, 4, 1997, p. 382-387.

MARDELLAT P., « Pauvreté et assistance aux pauvres dans l'œuvre de Roscher », *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy, 59,* 2010, p. 163-184.

MATHIEU B., *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15*, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004.

MAULIN É., « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002, p. 5-25.

MAYEUR J.M., « Réflexions sur l'histoire des partis catholiques européens », *Christianisme et pouvoirs politiques, de Napoléon à Adenauer*, Université de Lille III, Lille, Editions Universitaires, Paris, 1974, p. 157-175.

MAYEUR J.M., « Pie XII et l'Europe », *Relations internationales*, 28, 1981, p. 413-423.

MAYEUR J.M., « Les papes, la guerre et la paix, de Léon XIII à Pie XII », *Les Quatre fleuves*, 19, 1984, p. 23-33.

MERTINEIT W., *Bildungsrecht und recht auf Bildung - Eine rechtspolitische Erörterung zum Problem der Einordnung der Erwachsenenbildung in das öffentliche Bildungwesen* [Législation de l'enseignement et droit à l'éducation - une discussion de politique juridique sur le problème de la classification de l'Education des adultes dans le système d'éducation publique], in BRÖDEL G., *Grenzüberschreitende Erwachsenenbildung*, Waxmann Münster, Munich, Berlin, 2000, 301 p.

MESSNER J., *Freedom as a principle of social ordner*. An essay in the substance of subsidiarity function, The modern Schoolman, Saint Louis (Missouri), janvier 1951, p 97-110.

METZ R., « Le principe de subsidiarité et la révision du droit de l'Eglise », *Mélanges Louis Falletti*, II, Dalloz, Paris, 1971, p. 377-388.

METZ R., « La subsidiarité, principe régulateur des tensions dans l'Eglise », *Revue de droit canonique*, 22 (2-3), 1972, p.155-176.

METZ R., « Pouvoir, centralisation et droit. La codification du droit de l'Eglise catholique au début du XXe siècle », *Archives de sciences sociales des religions*, 51 (1), 1981, p. 49-64.

MILLARD E., *L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2001, p.415-443.

MILLON-DELSOL C., « Le principe de subsidiarité : origines et fondements », *Cahiers de l'Institut La Boétie*, 4, 1990, p. 4-11.

MILLON-DELSOL C., « L'Etat subsidiaire », *Le Libéral européen*, 20, 1992, p. 40-42.

MILLON-DELSOL C., « Le principe de subsidiarité et les difficultés de son application », *La Décentralisation française et l'Europe*, PORTELLI H. dir., Editions Pouvoirs locaux, Boulogne-Billancourt, 1993, p. 235-240.

MILLON-DELSOL C., « Déclin de l'Etat et subsidiarité », *Au-delà et en déçà de l'Etat-nation*, PHILIP C. dir., SOLDATOS P., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 237-255.

MOUGEL R., « Jacques Maritain et la déclaration universelle des droits, 1948 », in COUTEL C., ROTA O., *Deux personnalistes en prise avec la modernité, Jacques Maritain et Emmanuel Mounier*, Artois Presses Université, Arras, 2012, p. 19-29.

MOUNIER E., « Faut-il refaire la Déclaration des droits ? », *Esprit*, 105, 1944, p. 118-127.

MUSSOLINI B., GENTILE G., « La doctrine du fascisme », *Œuvres et discours de Benito Mussolini*, trad. fr. M. Croci, IX, Flammarion, Paris, 1935, p. 61-91.

NAUDET J.-Y., « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des économistes et des études humaines*, 3 (2-3), 1992, p. 319-331.

NELL-BREUNING O. VON, Zur Sozialreform, Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, *Stimmen der Zeit*, 157 (I), 1955-1956, p. 1-11.

NELL-BREUNING O. VON, « Um den berufsständischen Gedanken. Zur Enzyklika *Quadragesimo anno* », *Stimmen der Zeit*, 122, 1931-1932, p. 36-52.

NIENTIEDT K., « Les relations Eglises/Etat en Allemagne. Une séparation « boiteuse » », *Études* 11/2008, Tome 409, p. 441-451.

O'MALLEY M., « Currents in XIXth Century German Law - and Subsidiarity's Emergence as a Social Principle in the Writings of Wilhelm Ketteler», *Journal of Law, Philosophy and Culture*, 2 (1), 2008a, p. 23-53.

PALARD J., « Médiation et institution catholique », *Archives de sciences sociales des religions* [En ligne],133, janvier - mars 2006, mis en ligne le 04 décembre 2013, consulté le 08 décembre 2015. URL : http://assr.revues.org/3358 ; DOI : 10.4000/assr.3358

PONTIER J.-M., « La subsidiarité en droit administratif », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 102 (6), 1986, p. 1515-1537.

POSEZ A., « La subsidiarité de l'enrichissement sans cause – Étude de droit français à la lumière du droit comparé », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2, 2014, p. 185-246.

POUND R., « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », in *Harvard Law Review*, Vol.XXIV, 1911, p.591-619, Vol.XXV, p.140-168, p.488-516.

PROCHASSON C., « La langue du feu. Science et expérience linguistiques pendant la Première Guerre mondiale », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 53, 2006/3, p. 122-141.

QUERMONNE J.-L., « L'Union européenne entre « gouvernance » et « gouvernement », ou quelle Constitution pour une Fédération d'Etats-nations ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 118 (1-2), 2002, p. 393-402.

QUERMONNE J.-L., « L'approche de l'Union européenne par la science politique », *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la*

Convention, BEAUD O. dir., LECHEVALIER A., PERNICE I., STRUDEL S., Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 153-164.

QUERMONNE J.-L., « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *Revue internationale de droit comparé*, 58 (2), 2006, p. 581-591.

RAY J.-E., « Question en débat : décider des retraites. Démocratie sociale et légitimité des partenaires sociaux », *Revue Projet*, 277, C.E.R.A.S., 5/2003, 98 p.

REVUE FRANÇAISE DE SCIENCE POLITIQUE, *La Judiciarisation dans le gouvernement du religieux*, vol. 64, 4, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, août 2014.

RICHER E., « Le Principe de subsidiarité en droit canonique. Pertinence et limites d'applications », *Bulletin de Littérature ecclésiastique*, 4, Toulouse, 2002, p. 421-440.

RICŒUR P*., «* Science et idéologie », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, Tome 72, 14, 1974, p. 328-356.

ROSCHER W., *System der Armenpflege und Armenpolitik*, 1894, in MARDELLAT P., « Pauvreté et assistance aux pauvres dans l'œuvre de Roscher », *Cahiers d'économie Politique,* 59, 2010, p. 163-184.

ROSSETTO, J., « La Subsidiarité dans les Constitutions des Etats-membres de l'Union européenne : l'exemple de l'Allemagne et de la France », in LEROUSSEAU, N., ROSSETTO, J., *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne*, Presses Universitaires François Rabelais, 2005.

ROUGEMONT D. DE, « Alexandre Marc et l'invention du fédéralisme », *Le Fédéralisme et Alexandre Marc*, Centre de recherches européennes, Lausanne, 1974, p. 51-69.

ROUGEMONT D. DE, « Formule d'une Europe parallèle ou rêverie d'un fédéraliste libertaire », *Mélanges Fernand Dehousse, II. La construction européenne*, Nathan, Paris, 1979, p. 29-30.

ROUGEMONT D. DE, « L'Etat national contre l'Europe », *Cadmos*, 7 (25), 1984, p. 88-112.

ROUX J., « L'incidence de la construction européenne sur la norme constitutionnelle », in MATHIEU B., *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, p. 700-701.

SENELLART M., « L'ordolibéralisme allemand dans la problématisation foucaldienne du libéralisme contemporain », *Economie et théories économiques en histoire du droit et en philosophie*, KERVEGAN J.-F. dir., MOHNHAUPT H., Klostermann, Francfort, 2004, p. 271-294.

SIEP L., « La systématique de l'esprit pratique chez Wolff, Kant, Fichte et Hegel », *Revue germanique internationale* [En ligne], 18 | 2002, mis en ligne le 29 juillet 2011, consulté le 21 mars 2016, URL : http://rgi.revues.org/912

SPINELLI A., « La lutte pour l'unité européenne », trad. fr., *Commentaire*, 9 (36), 1986-1987, p. 778-780.

STARCK C., « La Révolution française et le droit public en Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42, N°1, Janvier-mars 1990, p. 251-272.

STERNHELL Z., « Emmanuel Mounier et la contestation de la démocratie libérale dans la France des années trente », *Revue française de science politique*, 34 (6), 1984, p. 1141-1180.

SUPIOT A., « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, 349, 2008, p. 151-170.

TAYLOR S., « The European Union and National Legal Languages : an Awkward Partnership ? », *Revue française de linguistique appliquée*, *vol.* XVI, 2011/1 p. 105-118.

TUNC A., Standards juridiques et unification du droit, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n°2, avril-juin 1970, p. 247-261.

UTARD J.-M., « Du patrimoine au « proximoine » ou le présent d'une illusion », *Mots. Les langages du politique* [En ligne], 77 | 2005, mis en ligne le 31 janvier 2008, consulté le 11 octobre 2012.

URL : http://mots.revues.org/223 ; DOI : 10.4000/mots.223

UTZ A., « Der mythos des subsidiaritätprinzip. Im Zeitalter der Schlagwörter und Schablonen», *Die Neue Ordnung*, 10, 1956, p.11-21.

UTZ A., Fédéralisme et droit naturel, *Politeia,* I (2), 1948, p. 82-87.

UTZ A., « The Principle of Subsidiarity and Contemporary Natural Law », *Natural Law Forum*, 3, 1958, p.170-183.

VEDEL G., « Débat : Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°67, La souveraineté, 1993, p.79-97.

VINCENT J.-M., « Aux sources de la pensée de Max Weber », *L'Homme et la société*, 6, 1967, p. 49-66.

VOÏNOV G., *La Subsidiarité vue du dessous*, St. Kliment Ohridski University Press, Université de Sofia, 2010, p. 75-91, [en ligne], URL : https://research.uni-sofia.bg/bitstream/10506/360/1/Georgi_Voynov.pdf

VOYAME J., « Le principe de subsidiarité dans la répartition des tâches entre confédération et cantons », *Staastorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift Kurt Eichenberger, 1982, p. 121-129.

WASZEK N., « Le débat sur la codification chez Hegel et au sein de son école », in KAMECKE G., LE RIDER J., *La Codification : Perspectives transdisciplinaires*, EPHE, Paris, 2007, p. 169-178.

WASZEK N., « Aux sources de l'État social à l'allemande : Lorenz von Stein — et Hegel », *Revue germanique internationale*, 15 | 2001, [En ligne], mis en ligne le 05 août 2011, consulté le 03 février 2016

URL : http://rgi.revues.org/839.

YCRE J.-M., « Les sources catholiques de l'ordolibéralisme allemand : Röpke et la pensée catholique sociale allemande », in *L'ordolibéralisme allemand : aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, Cergy-Pontoise, 2003, p. 162-172.