

Les limites du pouvoir en Allemagne au dix-neuvième siècle: l'Etat de droit et les droits publics subjectifs*

Gustavo Gozzi

1. *L'Etat de droit: un concept spécifiquement allemand.* L'objet de ces réflexions est dû au problème des limites du pouvoir en Allemagne au cours du XIX siècle. Cela implique la nécessité de diriger notre attention sur l'Etat de droit (Rechtsstaat) qui, comme l'a affirmé L.v. Stein, l'un des plus éminents spécialistes en science de l'administration et en doctrine de l'Etat du dix-neuvième siècle en Allemagne, est un concept *spécifiquement allemand*¹.

Stein analyse le passage de l'absolutisme éclairé à l'époque constitutionnelle de l'Etat de droit et les problèmes qui se posèrent, à la suite de cette transformation, sur le plan de la doctrine de l'Etat, afin de définir clairement les limites du pouvoir politique. Cela signifia établir les domaines des différentes fonctions de l'Etat, rétablir le sens des droits de liberté, fixer les principes de la justice administrative pour la tutelle de ces droits.

La phase constitutionnelle de l'Etat de droit en Allemagne fut marquée, d'après Stein, par l'introduction de la distinction entre loi et disposition sur la base de critères établis par la constitution. La constitution établit les principes d'un nouveau droit du gouvernement (*Regierungsrecht*) qui fixa les limites d'action gouvernementale par rapport à la sphère de liberté des particuliers et

* Relazione presentata al convegno su «La limitation du pouvoir à travers l'histoire des idées politique à partir du XVIIIème siècle», Tunisi 4-5 giugno 1993.

¹ L. VON STEIN, 1869, p. 296. R. v. Gneist souligne également cette spécificité allemande et cite avec approbation les thèses de Stein: cfr. GNEIST, 1872, p. 7. Il y eut en réalité une diffusion *européenne* de la doctrine de l'Etat de droit, bien qu'à celle-ci correspondèrent de différentes réalités constitutionnelles: les rapports entre les pouvoirs de l'Etat en Allemagne, en France et en Italie durant la deuxième moitié du dix-neuvième siècle furent en effet différents.

imposa la conformité des dispositions du pouvoir exécutif aux lois de l'Etat².

À l'époque de l'absolutisme éclairé, dans la codification amorcée par Frédéric II qui trouva son expression essentielle dans le Droit général territorial prussien (*Allgemeines Preussisches Landrecht*) de 1794, la disposition était comparée à la loi³ et toutes deux étaient expressions de la volonté souveraine, puisqu'il n'existait aucune représentation populaire⁴. La constitution prussienne du 5 décembre 1848 et celle successive de 1850 fondèrent la loi sur l'accord du roi avec les deux chambres et introduisirent la distinction entre loi et disposition qui ne fut ensuite théoriquement élaborée par la doctrine allemande qu'à partir de 1848⁵.

Avant L.v. Stein, le principe d'Etat de droit fut utilisé dans une oeuvre de 1855 par R.v. Mohl, qui en reconstruit l'histoire à partir de *De jure belli et pacis* (1625) de H. Grotius⁶. Dans une oeuvre successive, Mohl reconnut l'essence de l'Etat de droit selon les limites établies à son activité par l'ordre juridique et fixa, parmi les aspects valorisants, l'égalité devant la loi, l'accès indifférencié des citoyens compétents à tous les bureaux publics et la tutelle de la liberté personnelle⁷.

En réalité R.v. Mohl ne semble pas être à connaissance du tournant constitutionnel représenté par l'Etat de droit, puisqu'il propose encore à ce propos une fondation du droit naturel. Au contraire, l'Etat de droit est caractérisé par le fait que les limites fixées au gouvernement sont établies par la constitution, et, par conséquent, il n'est plus nécessaire de concevoir un contrat social d'origine. La doctrine de l'Etat de droit est en effet réalisée selon une approche *positiviste-juridique* et non plus de droit naturel. Après la conclusion de l'époque des révolutions en Europe, l'exi-

² L. VON STEIN, 1869, p. 198. Stein affirme que l'introduction du principe de la conformité des dispositions gouvernementales au droit législatif concernait seulement l'Allemagne, tandis que «un tel principe fut superflu pour l'Angleterre, puisque le droit public tel qu'il existait satisfaisait ces exigences; cela valait aussi pour la France puisque, dans ce cas, parallèlement à la loi, les principes de la responsabilité et des procédures étaient très clairement exprimés et les limites du pouvoir du gouvernement semblaient ainsi assurés constitutionnellement», *ibidem*, p. 298.

³ Cfr. All. Preuß. Landrecht Einl. par. 7.10.11.

⁴ L. VON STEIN, 1869, p. 312.

⁵ L. VON STEIN, 1869, p. 314.

⁶ R. VON MOHL, 1855, p. 230.

⁷ R. VON MOHL, 1859, pp. 328-329. À ce propos cfr. F. NEUMANN, 1980, p. 206.

gence du pouvoir politique d'établir sa propre légitimation au sein d'un ordre juridique sûr et non plus en une fondation du droit naturel, c'est-à-dire en un pacte social incertain antécédent à l'Etat, correspond à la nouvelle méthodologie.

La doctrine de l'Etat de droit fut une création de la pensée libérale qui visait à réaliser, au moyen de la constitution, un pouvoir politique limité.

En réalité, même la pensée conservatrice développa sa propre conception de l'Etat de droit, mais celle-ci le construit en reconnaissant la suprématie du principe monarchique par rapport à celui parlementaire-représentatif.

2. *L'Etat de droit en tant que Etat éthique* – D'après F.J. Stahl, un représentant du conservatorisme prussien, la légitimité du pouvoir politique au sein de l'Etat de droit tirait son propre fondement de la réalité de l'Etat éthique. Il découvrit au sein de l'Etat deux aspects différents: d'une part l'Etat devait mener à bonne fin la réalité de la nation à l'aide du développement complet des forces naturelles et morales (la puissance militaire, la richesse, l'éducation); de l'autre, il devait appliquer les principes d'un ordre moral voulu par un pouvoir plus haut, c'est-à-dire par Dieu⁸, au sein de l'ordre juridique.

Stahl développa sa conception du droit et de l'Etat sur une vision chrétienne du monde, appliquant les principes du protestantisme luthérien à la construction de sa doctrine juridique⁹.

Les principes du système moral voulu par Dieu devait informer l'ordre juridique sur toutes les relations de la vie sociale et donc, le droit de famille, le droit pénal et le système scolaire. Toutefois l'Etat de droit devait réaliser l'idée éthique *de façon autonome*, au moyen des formes du droit, c'est-à-dire des normes extérieures coactives.

Stahl formula ainsi sa propre définition de l'Etat de droit laquelle fut si diffusée au cours du dix-neuvième siècle: l'Etat de droit «doit déterminer, de façon sûre et précise, les lignes et les limites de son activité, ainsi que la libre sphère de ses citoyens selon les modalités du droit»¹⁰.

Les principes éthiques constituaient les objectifs derniers de l'Etat tandis que celui-ci instaurait de façon autonome l'ordre juridique pour les réaliser. L'Etat de droit et celui éthique, d'après Stahl donc, se conditionnaient réciproquement.

⁸ F.J. STAHL, 1833-1837, p. 134.

⁹ E. TROELTSCH exprime cette opinion dans E. TROELTSCH, 1925⁴ p. 59.

¹⁰ F.J. STAHL, 1833-1837, p. 137.

En réalité, l'Etat prussien de l'époque constitutionnelle et le Reich successif fondé en 1871 furent des formes politiques pleinement sécularisées¹¹. Les principes de base représentaient le résultat du compromis politique qui s'était formé entre les idées du libéralisme et celles du conservatisme.

3. *Les limites de l'Etat de droit* – Au delà de la fondation religieuse de sa doctrine, Stahl pose néanmoins le problème principal de l'Etat de droit, c'est-à-dire celui de ses limites qui, selon la définition énoncée précédemment, se traduisent en réalité en une sorte de *autolimitation*. Il faut en outre souligner que Stahl, même en énonçant la définition formelle de l'Etat de droit, c'est-à-dire de l'Etat selon les limites du droit, pose toutefois la suprématie du principe monarchique et finalement résout, par conséquent, totalement l'Etat de droit au sein du pouvoir du souverain et propose une doctrine qui semble encore correspondre à l'époque de l'absolutisme éclairé du XVIII^e siècle. Toutefois à la fin du dix-huitième siècle, certaines formulations théoriques importantes, qui sont traditionnellement assignées à la doctrine de l'Etat de droit, apparaissent.

Ainsi W.v. Humboldt limitait l'action de l'Etat à la garantie de la sécurité contre les ennemis extérieurs et les désordres intérieurs, dans le but de consentir au particulier la plus complète liberté de développer la propre personnalité. Le but de l'Etat n'est donc pas le bien-être de la nation mais seulement sa sécurité¹², étant donné que, selon Humboldt, les soins excessifs de l'Etat influencent négativement sur l'énergie et le caractère moral.

Selon Kant, par contre, l'Etat doit être fondé sur certains *principes a priori*: la *liberté* de chaque membre de la société en tant qu' *homme*; *l'égalité* devant la loi des individus en tant que *sujets* et *l'indépendance* des particuliers en tant que *citoyens*, c'est-à-dire en tant que participants du pouvoir législatif. Dans la perspective de la philosophie transcendantale kantienne «ces principes ne sont pas des lois que l'Etat déjà constitué promulgue, mais des lois selon lesquelles seule une constitution de l'Etat, selon les principes de la raison pure qui concernent le droit extérieur de l'homme¹³, est généralement possible».

¹¹ En réalité, Bismarck considérait encore l'Etat comme «Etat chrétien», cependant, tandis que Stahl pensait que la Prusse devait réaliser une vision christiano-germanique, il avait une conception totalement instrumentale de la doctrine chrétienne, car il croyait que sans celle-ci la force de l'Etat se serait affaiblie. A ce propos cfr. B. MICHNIEWICZ, 1913, p. 118.

¹² W. HUMBOLDT, 1791-92, p. 18.

¹³ I. KANT, 1793, p. 74.

Le principe de droit constitue le *principe transcendantal* qui doit être soumis en tant que fondement de l'Etat. Il est totalement issu du principe de liberté qui représente, selon Kant, le droit fondamental de l'homme. Il en résulte la conception du droit énoncée par la célèbre définition de Kant: «le droit est la limitation de la liberté de chacun à la condition de son accord avec la liberté d'autrui puisque cela est possible selon une loi universelle»¹⁴.

Toutefois, ces considérations relatives aux limites de l'activité de l'Etat et aux rapports entre Etat et droit appartiennent encore, pour l'Allemagne, à la réflexion politique de la fin du dix-huitième siècle et donc, à la phase de l'Etat pré-constitutionnel. *Mais la condition essentielle pour que l'on puisse parler d'Etat de droit est, au contraire, l'introduction d'une constitution*¹⁵.

4. *Constitution et administration* – La constitution comprend les droits et les devoirs qui régissent le rapport entre l'Etat et les citoyens et établit, en même temps, les normes selon lesquelles tout le système de l'Etat doit être organisé¹⁶. Ainsi affirme O.v. Bähr, auteur d'un volume paru en 1864 et célébré, à juste titre, comme l'une des premières reconstructions systématiques de la doctrine de l'Etat de droit.

Le pouvoir législatif, qui transformait en lois les principes du droit faisant partie de la constitution, revenait conjointement au prince et à la représentation populaire. *L'élément institutionnel de la représentation du peuple constitue un facteur fondamental de l'Etat de droit*. La représentation populaire permet en effet la création d'un pouvoir politique limité, alors qu'elle en empêche toute forme possible d'arbitre. Les principes du droit résident dans la conscience de l'entière nation, écrit O.v. Bähr et, par conséquent, leur formulation ne doit pas être uniquement confiée au pouvoir arbitraire du monarque, mais également aux représentants du peuple¹⁷.

La loi et le droit se réalisent ensuite grâce au pouvoir judiciaire indépendant qui, selon le droit public de l'époque constitutionnelle, est situé en position subordonnée par rapport à la loi. Même dans ce cas, l'indépendance des tribunaux naît de l'exigence d'éviter les arbitres du pouvoir politique, *en excluant la possibilité*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ce principe est exprimé clairement par O. VON BÄHR, 1864, p. 48.

¹⁶ *Ibidem*, p. 49. O. von Bähr écrit se référant à la réalité constitutionnelle de l'Hesse.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

d'être juge de sa propre cause. La séparation des pouvoirs apparaît donc comme un principe auquel l'Etat de droit ne peut renoncer.

Enfin, parallèle à la législation et à la juridiction, il existe le pouvoir du gouvernement qui, au moyen de l'administration, tend à exercer une activité *autonome*. Alors que le droit représente l'élément stable, l'administration au contraire exprime la vie de l'Etat qui est continuellement en action. R.v. Gneist, spécialiste du système administratif anglais et théoricien de l'Etat de droit, reconnaissait la raison de l'autonomie de l'action administrative en l'activité de l'Etat qui devait avoir pour but non seulement la tutelle du droit, mais aussi l'amélioration des classes inférieures¹⁸.

La juridiction et l'administration sont donc toutes deux soumises à la loi, mais de façons différentes. Le juge, en tant que représentant de l'ordre juridique *objectif*, doit en effet *appliquer* la loi et le droit et ses jugements constituent donc un droit objectif. Au contraire, l'activité du gouvernement trouve, au sein du droit et de la loi, *une limite* à son activité administrative qui s'adresse à la satisfaction non pas du bien public mais des intérêts qu'elle décide progressivement de tuteler.

Il faut par conséquent que la juridiction et l'administration, qui se soumettent en ce qui concerne l'ordre juridique, du point de vue du droit *objectif* ou de celui des intérêts *subjectifs*, soient deux fonctions différentes. Mais la tutelle du droit objectif affecte au juge une position supérieure au sein de la structure de l'Etat de droit, par conséquent, O.v. Bähr indique *la possibilité de soumettre l'administration elle-même à une juridiction comme une condition essentielle de l'Etat de droit*¹⁹.

Pour finir, cette subordination de l'administration à la juridiction doit avoir lieu non seulement dans le secteur du droit privé, mais aussi dans celui du droit public. Devant les actes de l'autorité administrative, le citoyen est en effet porteur des droits dont la garantie ne peut être confiée à ces mêmes fonctionnaires administratifs.

Ainsi le grand thème de *la justice administrative*²⁰, qui devait représenter la limite réelle du pouvoir politique pour la tutelle des

¹⁸ R. VON GNEIST, 1872, p. 31. A ce propos et, plus généralement, à propos de la conception de l'Etat de droit dans R. von Gneist cfr. K. LUIG, 1992, p. 22 suiv.

¹⁹ O. VON BÄHR, 1864, p. 54.

²⁰ En réalité il faut préciser que O. von Bähr, bien que soutenant le principe de la justice administrative, était toutefois favorable à l'idée d'une juridiction unique car, selon lui, la juridiction dans le secteur du droit public aurait pu entrer en conflit avec celle du droit privé. Bähr admettait la possibilité de

droits du citoyen sanctionnés au niveau constitutionnel, fut proposé par la pensée libérale graduellement au cours du dix-neuvième siècle.

On s'aperçut en effet que l'administration, toujours plus occupée par les partis politiques du gouvernement, comme écrivait R.v. Gneist²¹, *ne pouvait être impartiale* et ne pouvait par conséquent offrir les garanties nécessaires des droits de liberté. *On commença à comprendre que la liberté dépendait plus de l'administration que de la constitution*²².

Avoir obtenu des documents constitutionnels ne représentait pas en effet une limite appropriée au pouvoir politique. Les droits de liberté reconnus par la constitution auraient été des déclarations purement formelles si un organe judiciaire de contrôle du pouvoir administratif n'avait été créé.

L'analyse de la doctrine de l'Etat de droit doit être par conséquent maintenant approfondie, tant par la considération du problème de la justice administrative, que par la réflexion sur le sens des droits de liberté.

5. *La justice administrative*. L'introduction de la justice administrative en Allemagne correspondit aux idées énoncées par la doctrine de R.v. Gneist, qui avait analysé l'administration anglaise et avait développé le principe fondamental de *relier les instituts de la justice administrative aux fonctions honoraires du self-government*²³. Ce fut ces orientations qui finalement prévalurent en ce qui concerne l'évolution du droit public des Etats allemands.

Le premier tribunal de justice administrative ayant la participation de fonctionnaires honoraires fut introduit en Baden à la suite de la loi du 5 octobre 1863. Mais ce système s'imposa définitivement lorsqu'il fut réalisé en Prusse par une série de lois approuvées de 1872 à 1883. En Prusse, les organes de la justice administrative furent: le conseil de circonscription, le conseil de district et le Suprême Tribunal Administratif.

Il faut toutefois observer que les circonscriptions étaient à la fois des organes de l'administration gouvernementale et de l'administration locale autonome et que le conseil de circonscription

séparer les deux secteurs de juridiction uniquement dans la première instance; cfr. O. VON BÄHR, 1864, p. 71. L'idée d'une justice administrative a été par contre pleinement développée par R. von Gneist et L. von Stein.

²¹ R. VON GNEIST, 1872, p. 224.

²² *Ibidem*, p. 223. On trouve également la même opinion dans L. von Stein, 1879, p. 313.

²³ A. SALANDRA, 1904, p. 158.

exerçait tant les fonctions de corps administratif collégial que celles de tribunal administratif. En ce qui concerne les districts, il résulte qu'ils étaient organes du gouvernement et non de l'administration autonome et que le conseil de district, introduit en 1883, exerçait à la fois les fonctions administratives et celles judiciaires.

Il résulte par conséquent clairement, à la suite d'un examen précis du système prussien de la justice administrative, que l'administration gouvernementale et les organes de la justice administrative, au niveau inférieur comme à celui intermédiaire, n'étaient pas des fonctions séparées. L.v. Stein, en commentant le système prussien, avait déjà déclaré de façon sûre que les tribunaux administratifs prussiens n'étaient pas de vrais tribunaux, mais plutôt des organes administratifs²⁴ et, de façon plus générale, on peut affirmer que sur les territoires allemands, seuls les Tribunaux Supérieurs exercèrent les fonctions de réels tribunaux administratifs²⁵.

En bref, nous pouvons conclure que le système de justice administrative, introduit en Allemagne au cours du dix-neuvième siècle en tant que limite des arbitres possibles du pouvoir politique, ne fut réalisé que partiellement et imparfaitement.

Il faut enfin rappeler que la doctrine affronta le problème de la justice administrative même en relation à la question relative à la tutelle du droit, pour établir si cette dernière devait garantir les droits individuels de liberté ou, par contre, assurer le respect du droit objectif²⁶ en vigueur. Pour mieux comprendre ces incertitudes de la doctrine, il faut considérer les transformations constitutionnelles qui se sont vérifiées au cours de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle en Allemagne.

6. *De l'Etat de droit (Rechtsstaat) au droit de l'Etat (Staatsrecht)*. Sur le plan de l'histoire constitutionnelle, la période écoulée de 1850 à la fondation du *Reich* fut encore une période de domination des idées libérales²⁷. Le tournant décisif, que ce soit sur le plan

²⁴ L. VON STEIN, 1879, p. 335.

²⁵ Cfr. W. RÜFNER, 1984, p. 911. Rüter affirme qu'il n'y a eu tutelle du droit administratif par l'intermédiaire de tribunaux indépendants sur aucun territoire allemand, et que seuls les Tribunaux Supérieurs avaient une certaine importance en tant que tribunaux administratifs, bien qu'il y eut des exceptions pour les territoires plus petits.

²⁶ Cfr. O. MAYER, 1895, p. 164.

²⁷ W. WILHELM, 1958, p. 158.

politique, comme dans le domaine de la science juridique, n'eut lieu qu'après 1871.

La bourgeoisie allemande, en effet, conquise par les succès en politique étrangère et par l'extraordinaire développement économique, se concilia pleinement avec l'Etat autoritaire du *Reich* bismarckien, tandis que la tradition démocratique-libérale de 1848 s'interrompt définitivement²⁸. La forme de gouvernement qui s'affirma a été l'objet de divers jugements historiques: elle a en effet été interprétée en tant qu'affirmation du principe monarchique par rapport à celui parlementaire (O. Hintze)²⁹, mais aussi en tant que transition continue du gouvernement monarchique à celui parlementaire, de la monarchie à la souveraineté populaire (E.W. Böckenförde)³⁰.

Ce fut dans ces conditions que l'on imposa une conception juridico-formelle du droit publique, c'est-à-dire la doctrine de la «méthode juridique» commencée par C. Gerber³¹ et complètement achevée par Paul Laband. L'oeuvre principale de Laband, *Le Droit public du Reich allemand (Das Staatsrecht des deutschen Reiches)* publiée en 1876, représenta une reconstruction apologetique de l'ordre juridico-politique existant: la doctrine du droit de l'Etat (*Staatsrecht*), c'est-à-dire la reconstruction systématique du droit public en vigueur substitua la doctrine de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), ou doctrine de l'Etat dans les limites du droit. De cette façon, l'Etat, en tant que personne juridique, exerce sa propre autorité et exprime sa propre volonté. Le pouvoir de l'Etat réside dans le droit public et le sujet du pouvoir, affirme Laband, est l'Etat lui-même³².

Laband finit ainsi par construire une conception «juridique» de l'Etat, représenté comme personne autonome soustraite à toute influence de la société civile et de la réalité politique, c'est-à-dire de la représentance parlementaire.

Ce fut au sein de cette «méthode juridique» que Jellinek développa son système des droits publics subjectifs. Cette conception des droits, qui est traditionnellement³³ attribuée à la doc-

²⁸ *Ibidem*, p. 159.

²⁹ O. HINTZE, 1911, p. 40.

³⁰ E.W. BÖCKENFÖRDE, 1972, p. 159.

³¹ C. GERBER, 1852 et C. GERBER, 1865. A propos du rapport entre Gerber et Laband cfr. M. FIORAVANTI, 1979, en particulier pp. 333-348.

³² P. LABAND, 1876, p. 94.

³³ Cfr. par exemple les opinions de A. BARATTA, 1970, p. 518 et de M. FIORAVANTI, 1991, p. 121.

trine de l'Etat de droit, fut donc précisément expression du formalisme juridique qui s'imposa au cours de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle, durant l'époque de Guillaume II de Prusse, même si les positions prises par Jellinek s'éloignèrent de façon critique de celles formulées par Gerber et Laband.

7. *Etat de droit et droits publics subjectifs*. – En 1892 fut publiée la première édition du *Système des droits publics subjectifs* de G. Jellinek. Le thème fondamental de cette oeuvre était le rapport entre liberté et autorité que Jellinek, en suivant l'approche de la «méthode juridique», résolut en posant le fondement de la première dans la deuxième. Il reconnut les divers aspects de la liberté au sein de l'Etat, en attribuant quatre conditions différentes à l'individu: l'état passif (*ou status subjectionis*), l'état négatif (*ou status libertatis*), l'état positif (*ou status civitatis*) et l'état actif (*ou status activae civitatis*)³⁴: sont les limites de la liberté définies par l'ordre juridique de l'Etat de Guillaume II de Prusse.

La première condition – l'état passif (*ou status subjectionis*) – décrit historiquement la réalité d'un individu totalement subordonné à l'Etat: c'est la sphère des devoirs individuels (comme par exemple, celui du service militaire), de laquelle est exclue toute forme d'autodétermination subjective: l'état passif correspond en effet à la condition de l'individu en tant que *sujet*.

Mais dans l'histoire politique moderne – affirme Jellinek – on a assisté au développement constant de la personnalité individuelle et à la limitation croissante de l'Etat. Dans l'Etat de droit, en effet, le pouvoir de l'Etat s'exerce sur des personnes qui «ne sont en tout et pour tout subordonnées»³⁵, mais sur des hommes libres. Ainsi, la condition de la liberté individuelle, c'est-à-dire *le status libertatis*, s'est historiquement développée parallèlement à la condition de sujet. Il s'agit d'une sphère libre de l'Etat, c'est-à-dire d'une sphère soustraite aux autorités de l'Etat.

Cela semblerait la reconnaissance d'une «liberté naturelle» existante avant l'Etat et capable d'en limiter le pouvoir. En réalité, la «méthode juridique» de Jellinek ne conserve aucune trace de la tradition du droit naturel. Même les énonciations des droits fondamentaux comprises dans les constitutions ne reconnaissent, selon Jellinek, aucun droit naturel existant avant l'ordre juridique.

³⁴ Les quatre états sont décrits ainsi par Jellinek: «On peut considérer la situation de droit public de l'individu selon les prestations pour l'Etat, la liberté de l'Etat, les prétentions envers l'Etat, les prestations au nom de l'Etat», dans G. JELLINEK, 1892, p. 98.

³⁵ *Ibidem*, p. 97.

Ce sont seulement des prescriptions adressées au législateur, à qui incombe la charge de leur formulation normative: «Les dispositions statutaires – écrit-il – ... comme en général tout ce qui concerne les 'droits de liberté' adressé au législateur, ne créent par conséquent aucun droit individuel»³⁶. Les normes de la constitution ne reconnaissent aucun droit de liberté: elles demandent plutôt l'oeuvre du législateur pour définir, grâce aux termes de la loi, la condition de liberté de l'individu. *Dans l'Etat de droit, la liberté ne se donne que sur le fondement et dans les limites fixées par la loi. La sphère de liberté dérive donc de l'autolimitation, c'est-à-dire de la limite que l'Etat impose à lui-même par la loi: c'est la seule limite du pouvoir dans l'Etat de droit.*

La constitution n'impose aucune limite à l'Etat de droit, étant donné que seul l'Etat se limite par la loi. Quand, par contre, la suprématie de la constitution sur le pouvoir législatif dans les *Etats constitutionnels du XX siècle* s'imposera, alors la *forme démocratique de l'Etat contemporain* s'affirmera. *La subordination de la constitution au législatif au XIX siècle montre donc l'opposition irréductible entre Etat de droit et démocratie.*

Jellinek poursuivit: «Juridiquement, il est incorrect de parler des droits de liberté»³⁷. L'individu a en effet un seul droit: celui d'obtenir que les autorités s'abstiennent de lui donner des ordres non conformes à la loi. «Chaque liberté n'est que l'exemption des obligations illégales»³⁸. *Dans l'Etat de droit, la liberté se résout donc selon le respect de la loi de la part des organes de l'Etat.*

³⁶ *Ibidem*, p. 108 suiv. et pp. 114-115. Dans le but d'une discussion sur cet avis cfr. M. LA TORRE, 1982, p. 104. Jellinek considère, parmi les différents exemples, celui relatif à la Loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867, soulignant la nécessité de recourir à des dispositions législatives afin de donner un contenu concret aux dispositions relatives aux droits généraux des citoyens. Cfr. la Loi fondamentale du 21 décembre 1867 dans *Taschenausgabe der österreichischen Gesetze – Neunzehnter Band: Die Staatsgrundgesetze*, Vienne 1879, p. 38 suiv. En ce qui concerne l'Allemagne, il faut par contre rappeler que ni la constitution du *Norddeutschen Bund* du 01/07/1867, ni celle du *Reich* en 1871 ne contenaient de droits fondamentaux, à l'exception du dit droit d'indigénat (*Indigenat*). Mais les droits de liberté avaient été affirmés *par des lois*, approuvées dès 1867. Nous pouvons en particulier rappeler la loi du 01/11/1867 relative à la liberté de mouvement, et celle du 03/07/1869 relative à l'égalité des droits des adhérents des confessions religieuses, la *Gewerbeordnung* du 21/06/1869 qui introduit la liberté d'entreprise. Le secret épistolaire, la liberté d'émigration et celle de coalition furent alors également garanties. La majeure part des lois promulguées par le *Norddeutscher Bund* continua de valoir également pour le *Reich*; à ce propos cfr. K. REMMELE, 1982, p. 203 suiv.

³⁷ G. JELLINEK, 1892, p. 115.

³⁸ *Ibidem*.

Conçue de cette façon, la liberté correspond aux actions des citoyens que Jellinek définit «juridiquement insignifiantes» par rapport à l'Etat. Ainsi, par exemple, le fait de publier un ouvrage en vertu de la liberté de presse, ou celui de suivre une confession religieuse ou de la changer, en vertu de la concession accordée par l'Etat, sont l'expression d'une liberté individuelle qui se manifeste en une action «insignifiante juridiquement», puisqu'elle «ne touche le droit de personne et, plus particulièrement, elle ne touche pas le droit de l'Etat»³⁹. Le fait de changer de foi religieuse signifie seulement qu'un acte de ce genre laisse l'Etat indifférent.

8. *Le paradoxe de la liberté dans l'Etat de droit.* – Toutefois, la condition de liberté dans l'Etat de droit peut également prendre un caractère juridique. Cela dépend du fait que l'individu peut faire appel à des normes de l'ordre juridique et peut provoquer l'action de l'Etat pour la tutelle des propres droits.

L'anthropologie juridique que Jellinek impose comme fondement de l'Etat de droit est à l'origine de cette conception. Il la tire en partie de R.v. Jhering, de qui il prend la notion d'*intérêt*. «L'intérêt est l'appréciation subjective de ce qui constitue un bien en tant qu'objectif pour l'homme»⁴⁰, c'est-à-dire de ce qui est signifiant pour la réalisation des objectifs individuels. Le droit subjectif est la volonté de l'homme, adressée à un bien ou à un intérêt, qui est reconnue et protégée par l'ordre juridique.

L'individu peut donc obtenir et défendre des droits particuliers seulement en vertu de la *capacité juridique*. C'est l'ordre juridique qui attribue la capacité juridique au sujet; ainsi, par exemple, les dispositions que l'individu adopte en vue de sa mort deviennent dispositions testamentaires selon les prescriptions de l'ordre juridique.

Toutes les capacités juridiques accordées par l'ordre juridique constituent finalement la *personnalité qui est, par conséquent, selon Jellinek, une création de l'Etat*. Puisque la personnalité appartient au droit public, «tout le droit privé se base sur celui public»⁴¹. C'est la raison pour laquelle il n'existe pas de droit privé qui n'ait pas comme condition préalable une qualité publique⁴² de la personne: le droit de propriété suppose la capacité

³⁹ *Ibidem*, 16.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁴¹ *Ibidem*, p. 93.

⁴² M.S. Giannini critique cette conception de Jellinek en affirmant que «les situations subjectives du particulier peuvent se présenter à l'administration publique telles qu'elles sont représentées par le droit privé ... Par exemple, le

de posséder, le contrat suppose la capacité de s'engager, etc.

Jellinek peut donc conclure: dans l'Etat de droit, l'homme est sujet (*Träger*) de droits, seulement en tant que membre de l'Etat, mais cela ne signifie pas qu'il soit seulement sujet, étant donné que la concession d'une personnalité de la part de l'ordre juridique, c'est-à-dire son élévation à la condition de *sujet de droit*, lui attribue également la prétention de demander que l'Etat intervienne pour garantir la tutelle de ses droits.

La doctrine des *droits publics subjectifs* est fondée sur cette lucide anthropologie juridique: ce sont les prétentions juridiques – accordées par l'ordre juridique – que l'individu peut présenter envers l'Etat pour provoquer son intervention dans le but d'une tutelle des propres droits⁴³.

Parallèlement à la condition de liberté, s'affirme ainsi historiquement la condition que Jellinek définit comme *nationalité (status civitatis)*. Sa doctrine sous-entend en effet un développement constitutionnel clair: du sujet à la condition de l'homme libre, à la condition du citoyen. A ces transformations correspondent celles qui se sont vérifiées lors du passage de l'Etat de police, à l'absolutisme éclairé⁴⁴ et à l'Etat de droit.

Jellinek peut donc affirmer: «En vertu de la concession de prétentions juridiques envers l'Etat, le fait d'être membre de l'Etat se transforme d'une pure dépendance à un rapport ayant un double caractère, c'est-à-dire dans une condition juridique, qui attribue la faculté et impose les devoirs en même temps. Cette condition est celle désignée comme appartenance à l'Etat (*Staatsangehörigkeit*), comme nationalité et comme droit de nationalité»⁴⁵.

Dans la doctrine de l'Etat de droit, la *nationalité* se résoud donc par la possibilité de présenter des prétentions envers l'Etat afin d'obtenir une tutelle juridique. Cette idée de nationalité, à laquelle correspond l'exercice des droits publics subjectifs, diffé-

droit de propriété et celui d'entreprise sont tels qu'il ont été fixés par les normes de droit privé», dans M.S. GIANNINI, 1988, II, p. 656. L'administration peut être une autorité qui limite ou gère les situations subjectives: «dans tous les cas, la situation du particulier est régie par le droit privé».

⁴³ Jellinek affirme également que le droit public subjectif consiste en «la capacité de mettre en mouvement les normes juridiques dans l'intérêt individuel», dans G. JELLINEK, 1892, p. 56.

⁴⁴ A propos de la condition de liberté, plus particulièrement de la liberté religieuse, durant l'époque de l'absolutisme éclairé, cfr. F. RUFFINI, 1901, en particulier pp. 150-154.

⁴⁵ G. JELLINEK, 1892, p. 129.

rencie la position de Jellinek de celle des autres représentants de la «méthode juridique», c'est-à-dire du formalisme juridique, auquel d'ailleurs Jellinek adhérait. P. Laband – le principal représentant de la «méthode juridique» en Allemagne durant la deuxième moitié du dix-neuvième siècle – avait en effet nié que l'on pouvait parler de droits subjectifs⁴⁶ et C. Gerber, avant Laband, avait affirmé que les droits de liberté étaient seulement du droit objectif, plus précisément, c'étaient des «droits réfléchis» du droit objectif et ils ne constituaient aucun droit subjectif⁴⁷. En réalité, la conception de Gerber ne pouvait être autrement, étant donné que c'était une expression de l'époque à laquelle il écrivait. La doctrine des «droits réfléchis» a en effet été élaborée par Gerber dans une époque antécédente à l'introduction de la justice administrative et ne pouvait donc reconnaître le pouvoir, attribué au sujet, de demander l'intervention de la juridiction administrative pour la tutelle des propres intérêts. «Seulement à la suite de l'introduction des tribunaux administratifs au sein des différents Etats allemands et en Autriche – commente Jellinek – l'intérêt individuel, qui se cachait sous la forme des droits fondamentaux, a été expressément reconnu et protégé»⁴⁸. A l'origine de la conception des droits, élaborée par Jellinek au sein de la doctrine de l'Etat de droit, il existe donc une réalisation institutionnelle précise, celle de la justice administrative, qui permet au citoyen d'obtenir l'annulation de toute violation de ses libertés reconues par la loi.

La dernière condition de l'individu au sein de l'Etat du XIX siècle – celle que Jellinek définit comme la *nationalité active*

⁴⁶ P. Laband avait nié le caractère des droits subjectifs aux droits de liberté, *en* affirmant: «Les droits de liberté ou droits fondamentaux sont des normes pour le pouvoir de l'Etat, normes que celui-ci se donne; ils créent des limites aux compétences des fonctionnaires et garantissent au particulier sa propre liberté naturelle d'action dans des domaines déterminés, mais ne fondent pas de droits subjectifs des citoyens. Ce ne sont pas des droits car ils n'ont aucun objet», dans P. LABAND, 1876, p. 149. Selon Laband, les droits de liberté n'ont aucun contenu spécifique, au contraire, celui-ci est uniquement négatif et, par conséquent, ils n'ont aucun objet.

⁴⁷ Jellinek se réfère à l'ouvrage classique de GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852, dans lequel l'auteur aborde les droits publics selon «une conception strictement juridique» et, toutefois, dans cette oeuvre de Gerber «la recherche scientifique se limite aux principes fondamentaux, sans entrer dans les détails si riches et complexes de cette section du droit», cfr. G. JELLINEK, 1892, pp. 4-5.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 113. Toutefois, selon Jellinek, tous les *intérêts individuels* ne peuvent être entendus comme un droit public subjectif, mais seulement ceux dont la reconnaissance est demandée dans l'*intérêt général*, *ibidem*, p. 58.

(*status activae civitatis*) – correspond aussi à la forme politique de l'Etat de droit et, plus précisément, à la *concession* des droits politiques au citoyen. En vertu de ces droits, il «n'agit pas en tant que individualité elle-même, mais comme organe de l'Etat»⁴⁹.

Conformément à la doctrine des droits publics subjectifs, la condition de la nationalité active attribue également une prétention juridique au sujet, c'est-à-dire celle de prendre la position d'organe de l'Etat et d'exercer des fonctions de l'Etat. Le sujet fait alors partie d'un tout et, en vertu de cette relation, *il ne représente pas le simple électeur mais seulement l'Etat pour lequel il est devenu un organe*.

Ainsi termine la construction juridique de G. Jellinek, conformément aux prémisses posées par sa doctrine des droits publics subjectifs. Elle fait ressortir de façon extrêmement claire la logique juridique et politique de l'Etat de droit, profitant, d'un sens, de l'innovation que ce dernier a réalisé par rapport à la phase pré-constitutionnelle précédente, mais en mettant en évidence, dans un autre sens, la suprématie de la souveraineté de l'Etat par rapport à la liberté individuelle que la forme politique de l'Etat de droit comporte nécessairement.

En réfléchissant quelques années plus tard sur l'oeuvre de G. Jellinek, S. Romano pense que l'interprétation *juridique* des droits de liberté au moyen de la doctrine des droits publics subjectifs implique un *résultat paradoxal*, c'est-à-dire l'identification des droits de liberté avec uniquement le droit de s'adresser au magistrat. Mais Romano observa: «Il est certain que la manière typique, caractéristique et ordinaire avec laquelle le droit de liberté s'exerce, n'est pas l'action devant l'autorité judiciaire, mais la *résistance* individuelle aux ordres de l'autorité qui tente de le violer»⁵⁰.

Il existe en effet, selon Romano, une sphère dans laquelle l'individu est uniquement sujet: c'est celle de l'*autolimitation* de l'Etat, c'est-à-dire le domaine au sein duquel l'Etat limite son action et où les fonctionnaires opèrent à son nom. Le sujet est tenu, entre ses limites, à l'obéissance aux ordres donnés par l'Etat; mais au-delà de ces limites, l'individu n'est plus obligé d'obéir, étant donné qu'il est confronté à la volonté de personnes comme lui et non pas soumis à une volonté supérieure: ceci est l'espace des droits de liberté, dont le droit de résistance représente le moment de «l'exécution pratique».

⁴⁹ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁰ S. ROMANO, 1897, p. 169; à ce propos cfr. M. LA TORRE, 1982, p. 115.

Les considérations critiques de S. Romano ont donc tendance à souligner l'existence d'un espace autonome de liberté et à repousser la *caractéristique paradoxale de l'idée de liberté qui, dans la doctrine de l'Etat de droit, se présente surtout comme dérivant de l'autorité de l'Etat.*

La doctrine de l'Etat de droit de Jellinek exprimait en effet, même avec les différenciations qu'elle introduit par rapport à l'approche dominante de la «méthode juridique», la réalité politique du Second Empire allemand et l'idée d'Etat-personne, dépositaire d'un pouvoir d'ordre (*imperium*) sur les sujets, qui s'exprimait au sein du Second Empire.

Au début du nouveau siècle, Kelsen refusera cette doctrine de l'Etat, soutenant que *l'idée d'Etat de droit doit impliquer la subordination de l'Etat à l'ordre juridique*, c'est-à-dire «la représentation d'une personne de l'Etat soumise à l'ordre juridique qui, comme tel doit s'acquitter de ses obligations juridiques ... tandis qu'autrefois – commenta Kelsen – exerçait son pouvoir en dehors de tout droit»⁵¹. On ne peut penser à l'Etat de droit que comme «sujet d'obligations et de droits, subordonné comme chacun et, par conséquent, coordonné avec les autres dans son rapport avec l'ordre juridique»⁵².

En réalité cette conception d'un Etat déterminé pour toutes ses activités par l'ordre juridique, ne s'affirmera qu'après la chute de l'Empire de Guillaume II de Prusse, avec l'arrivée de la saison politique de la démocratie, qui se révélera totalement opposée à la réalité politique et à la doctrine de l'Etat de droit du dix-neuvième siècle en Allemagne.

⁵¹ H. KELSEN, 1913, p. 219.

⁵² *Ibidem*, p. 218.

Bibliographie

- BÄHR O. VON, *Der Rechtsstaat*, Kassel und Göttingen 1864.
- BARATTA A., *Stato di diritto*, in *Scienze Politiche*, 1 (*Stato e politica*), a cura di A. NEGRI, Milano 1970.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Köln 1972.
- FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.
- FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino 1991.
- GERBER C., *Sui diritti pubblici* (1852), in *Diritto pubblico*, Milano 1971.
- GERBER C., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco* (1865), 1880³, in *Diritto pubblico*, Milano 1971.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I-II, Milano 1988.
- GNEIST R., VON, *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica* (1872), Bologna 1884.
- HINTZE O., *Il principio monarchico e il regime costituzionale* (1911), in *Stato e società*, a cura di P. SCHIERA, Bologna 1980.
- HUMBOLDT W., VON, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (1791-92), Milano 1965.
- JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), Milano 1912.
- KANT I., *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»* (1793), in *La pace, la ragione, la storia*, Bologna 1985.
- KELSEN H., *Stato di diritto e diritto pubblico*, (1913), in *Dio e Stato*, Napoli 1988.
- LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, Tübingen 1876.
- LA TORRE M., *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in «Materiali per la storia della cultura giuridica», XII, 1982.
- LUIG K., *Monarchia sociale o democrazia sociale. Osservazioni sulla dottrina dello Stato di Rudolf von Gneist (1816-1895)*, in R. GHERARDI - G. GOZZI (edd), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna 1992.
- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Erster Band, Leipzig 1895.
- MICHNIEWICZ B., *Stahl und Bismarck*, Berlin 1913.
- MOHL R., VON, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erster Band, Erlangen 1855.

MOHL R., VON, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Freiburg - Tübingen 1859.

NEUMANN F., *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt am Main 1980.

REMMELE K., *Bürgerliche Freiheit ohne verfassungsrechtliche Freiheitsverbürgungen*, in G. DILCHER - R. HOKE - G.S. PENE VIDARI - H. WINTERBERG (edd), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main - Bern 1982.

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, (1897) in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1933.

RUFFINI F., *La libertà religiosa* (1901), Milano 1991.

RÜFNER W., *Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K.G.A. JESERICH - H. POHL - G.-C. VON UNRUH, Bd. 3, Stuttgart 1984.

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Roma - Napoli - Milano 1904.

STAHL F.J., *Die Philosophie des Rechts* (1833-37), Zweiter Band: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Tübingen 1878⁵.

STEIN L., VON, *Die Verwaltungslehre* (1869); I: *Die vollziehende Gewalt*, Zweite umgearbeitete Auflage, Aalen 1962.

STEIN L., VON, *Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege*, in «Zeitschrift für das privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart», VI, 1879.

TROELTSCH E., *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno* (1925⁴), Firenze 1974.

WILHELM W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano 1974.

Stato nazionale, nazionalismo e perdita di spazi

Joachim Hirsch

Il diffondersi di forti tendenze globalistiche fa pensare che l'era dello Stato nazionale sia ormai giunta a termine. Ma intanto, in ogni parte del mondo, infuriano guerre nazionalistiche, prosperano il razzismo e lo chauvinismo, e i flussi crescenti di profughi e immigrati rendono l'appartenenza nazionale un fattore premimente di conflitti. Proprio l'«appartenere» – non importa se a un'isola del benessere, a una zona di sicurezza, a una «comunità di valori» o a un *milieu* culturale – sembra ormai tramutarsi in una questione sempre più grave di vita o di morte.

Certo, non si può negare che oggi l'appartenenza sociale non sia più così ovvia come un tempo, quando un ordine pareva ancora sussistere fra gli Stati e le classi. La cornice sociale, l'ordine spaziale delle relazioni umane e i luoghi dell'«appartenere» sono divenuti problematici. Ogni società esiste comunque nello spazio, e gli spazi, a loro volta, sono prodotti socialmente. La posizione sociale possiede insomma, ancor oggi, un connotato di spazio (ad es. la «migliore» area, il «nord-ovest» dell'attuale mondo). Ma gli odierni processi di trasformazione della società rendono tale connotato sempre più problematico e minacciano persino di dissolverlo. Dunque, le migrazioni di massa (e non solo quelle) ci avvertono di come l'esistenza sociale degli uomini tenda a perdere spazio e rischi, con ciò, di farsi sempre più inconsistente.

Gli spazi sono costruzioni sociali e una società complessa definisce via via spazi diversi, quali il vicinato, i quartieri, le zone monetarie, le regioni linguistiche e culturali, le città e le campagne, gli Stati, le aree economiche, i distretti telefonici ecc. Essi non sono separati, né ugualmente coperti, ma si sovrappongono, interferiscono fra loro, coincidono o si escludono a vicenda. La