



Loi, état de droit et droit de l'Etat : de la nécessité de confiner l'Etat

par
Jacques Garelo



Jacques Garelo est professeur émérite de l'Université Aix-Marseille. Président de l'ALEPS de 1978 à 2015, il publie depuis 1981 *La Nouvelle Lettre*, hebdomadaire. Il a été l'un des créateurs du groupe des Nouveaux Economistes (1977) et a organisé 38 Universités d'Été de la Nouvelle Economie à Aix en Provence.



L'article 24 de ladite loi « de sécurité globale » est le récent et dramatique épisode d'une grave atteinte aux libertés : la loi (on devrait dire « la législation ») viole le droit. Je n'entends pas dissenter sur le respect ou la haine que les Français portent aux forces de l'ordre : protéger les protecteurs certes, mais ni plus ni moins que tous les autres citoyens de notre pays. Je veux ici rappeler la série de textes législatifs qui se sont succédés depuis 2017 : intégration de l'état d'urgence dans le droit commun (et le 4 novembre prolongation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021), loi contre les *fake news* (2018), conseil de déontologie journalistique (2019), loi Avia contre la haine en ligne (retoquée par le Conseil Constitutionnel mais reprise au niveau du Parlement européen), probablement fin de l'école à domicile et contrôle de l'école privée (dans la loi contre les séparatismes) et enfin, dans le cadre de la loi sur la sécurité globale interdiction de diffuser des images des forces de l'ordre en exercice.

Certes les gouvernements et parlements précédents, tout au long de la Vème République, ne se sont pas privés de réduire le rôle du législateur et de le mettre sous la coupe de l'exécutif. La répartition entre projets de loi présentés au Parlement par le gouvernement et propositions de lois émanant des députés ou des sénateurs est révélatrice : d'une part toutes les questions budgétaires (Etat et Sécurité Sociale) sont l'apanage du gouvernement, le Parlement doit se contenter d'amendements, rendus inutiles quelques mois plus tard dans le cadre des lois de finances rectificatives, d'autre part le gouvernement peut sans crainte en finir avec les discussions en usant de l'article 49-3 obligeant le vote bloqué, enfin il aura été voté 10 fois plus de projets que de propositions de lois¹. Le Conseil Constitutionnel, le

¹ Je me souviens de deux chiffres significatifs : Quand il a quitté son poste de Premier Ministre Laurent Fabius s'est vanté d'avoir fait



Conseil d'Etat et les magistrats eux-mêmes ont dénoncé « l'inflation législative » : non seulement les lois se multiplient, mais elles sont de qualité de plus en plus mauvaise, incompréhensibles et incohérentes. Un excellent exemple est le vote par l'Assemblée le 26 novembre dernier d'une loi contre la discrimination par l'accent, qui fait de la « glottophobie » un délit qui peut être puni de 3 ans de prison et 45.000 euros d'amende. La glottophobie serait assimilable à « une forme de racisme », elle serait contraire au principe d'égalité entre citoyens. De la sorte un « vide juridique » aurait été comblé. En fait c'est le trop plein législatif qui crée le vide juridique, parce que le droit ne trouve plus place dans notre pays.

Finalement, nous ne sommes pas en état de droit, mais nous sommes soumis au droit de l'Etat.

Le pouvoir au-dessus du droit

J'ai toujours été surpris de voir écrit Etat de droit avec une majuscule². Cette écriture procède d'un contre-sens. Car il y a état de droit sur un territoire donné quand le droit régit le comportement de toutes les personnes agissant au sein de cet espace. On peut donc écrire « situation de droit » au lieu d'état de droit. Comme l'explique Hayek dans *Constitution de la liberté* le contresens vient de la transposition du terme allemand « *Rechtsstaat* », qui peut être considéré comme « *idéal du mouvement libéral* » et qui est synonyme de constitutionnalisme,

voter 2.100 lois pendant sa présence à Matignon. Jacques Chirac, qui lui succédait en 1986, se vantera à son tour : il avait battu le record avec 2.600 lois !

² On peut porter l'originalité jusqu'à écrire État avec un accent aigu, or il ne doit pas y avoir d'accent sur une majuscule



en précisant qu'une constitution peut être (au moins partiellement) une limite aux excès du pouvoir³. L'état de droit est donc une situation où tout le monde (y compris les titulaires du pouvoir) se soumet aux règles sociales consignées dans le droit. Ce sont les libéraux prussiens du 18^{ème} siècle qui ont introduit deux idées : d'une part aucune peine ne peut être infligée si une loi ne la prévoit pas⁴, d'autre part les titulaires du pouvoir politique et leurs administrations sont soumis à la loi commune. Hayek fait la comparaison avec ce qui s'est passé en France. Une fois ces idées reprises dans la Déclaration de 1789, la Révolution invente les juridictions administratives qui dans certains domaines sont seules habilitées à connaître des actes et des litiges concernant les administrations. Cette « originalité » s'explique d'abord par la confiance naïve que Montesquieu a accordée à la séparation des pouvoirs : les magistrats (pouvoir judiciaire) ne peuvent dominer les gouvernants (aussi bien le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif)⁵.

Dans ces conditions, la France ne vit plus en état de droit. S'agissant du pouvoir exécutif, un droit particulier lui est réservé. Des juridictions d'exception mettent le gouvernement et ses administrations à l'abri du droit commun, ils seront le plus souvent justiciables d'un droit administratif... fait de la

³ Friedrich Hayek *La Constitution de la Liberté* Litec ed. Paris 1994 (avant-propos de J. Garello et préface de Ph. Nemo) Ch. 13 p. 199.

⁴ « *Nullum crimen, nulla poena, sine lege.* »

⁵ Loi des 16 et 24 août 1790 : « les juges ne peuvent, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » et Décret du 16 fructidor an III « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître les actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient. »



jurisprudence du Conseil d'Etat. S'agissant du pouvoir législatif, exercé par le Parlement, il peut être contrôlé par une juridiction constitutionnelle. Mais ce contrôle implique d'abord que la Constitution soit elle-même conforme au droit (ce qui n'est pas le cas de la Constitution de la Vème République qui ne fait aucune allusion positive ou négative au respect des droits individuels⁶) et ensuite que les membres de la juridiction soient choisis en dehors du cercle élitiste des politiciens et des hauts fonctionnaires (ce qui n'est pas le cas de notre Conseil Constitutionnel).

La loi ne fait pas le droit

Elu député à l'Assemblée Législative en 1848 Bastiat s'interroge sur le rôle du législateur tel que l'entendait Rousseau⁷. Pour Rousseau, du moment que les législateurs ont été élus par le peuple, on ne peut que s'incliner devant leurs décisions et leurs textes. La loi, c'est la loi du peuple, et une minorité, ou une magistrature, ne peut la contester ou la violer. Par nature, c'est la

⁶ Mise à part la référence dans son préambule à la Déclaration de 1789. Dans le même préambule est visée la constitution liberticide de 1946. En réalité il ne faut pas oublier l'article 66 alinéa 2 de la Constitution qui énonce que « l'autorité judiciaire » est « gardienne de la liberté individuelle ». Il est vrai que l'article devait consacrer un « habeas corpus » à la française — et uniquement cela — dans l'esprit du très anglophile Michel Debré, mais que cette opinion, même limitée à cette question limitée de l'arbitraire, n'a pas été partagée par tous lors des travaux préparatoires et que, depuis, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été fort pusillanime sur ce point (source J. Ph. Feldman).

⁷ Dans le *Journal des Economistes* du 15 mai 1848. Repris dans le chapitre « Propriété et Loi » in *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas* Romillat, 3^{ème} éd. 2004, p. 119



loi qui fait le droit. L'assimilation de la législation au droit est ce que dénoncera à son tour Hayek qui donnera à son ouvrage majeur le titre « Droit, Législation et Liberté ». Pour Hayek aussi la législation ne fait pas le droit.

La critique de la législation se légitime avec deux arguments : d'une part la loi faite par le législateur n'assure pas la fonction qui devrait être la sienne, d'autre part le droit n'est pas créé par une convention entre les hommes, dérivant de quelque contrat social.

Je m'intéresse pour l'instant au premier de ces arguments, et je me réfère à nouveau à Bastiat : « La loi n'est plus le refuge de l'opprimé, mais l'arme de l'oppresseur. La loi n'est plus un bouclier, mais une épée⁸ ». La mission assignée au législateur n'est pas de tout régenter, mais simplement d'assurer la légitime défense des individus. « La loi c'est l'organisation collective du Droit individuel de légitime défense ». La loi n'est légitimée que par ce droit individuel. Tout être humain a droit à la liberté et à la sécurité, il a évidemment la possibilité de se défendre lui-même mais il est plus efficace de charger l'Etat d'en assumer la responsabilité. « N'attendre de l'Etat que deux choses : liberté, sécurité. Et bien voir que l'on ne saurait, au risque de les perdre toutes deux, en demander une troisième ». La loi ne saurait donc concerner que par ce que nous appelons le domaine « régalien ».

⁸ Pamphlet écrit en 1850 « La loi » id. loc. p.140 et Bastiat de déverser sa colère contre la loi :

« La loi pervertie ! La loi détournée de son but mais appliquée à poursuivre un but directement contraire ! La loi devenue l'instrument de toutes les cupidités, au lieu d'en être le frein. La loi accomplissant elle-même l'iniquité, alors qu'elle avait mission de punir ! »

A comparer évidemment avec la fameuse formule de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. »



Mais comme le législateur, auréolé de la souveraineté populaire grâce au miracle de l'isoloir, se croit autorisé à voter des lois à tout propos (par exemple le climat, la santé, l'école, ou encore le vêtement et l'accent) ces lois sont arbitraires, injustes, brisent la liberté personnelle et l'harmonie sociale.

Evidemment la plupart des juristes français sont des positivistes ; la loi c'est la loi, ce qui signifie que la législation c'est le droit. Il suffit que la loi soit légale, c'est-à-dire votée par des représentants du peuple démocratiquement élus et suivant la procédure prévue... par la loi.

A vrai dire, on exigera la conformité de la loi à la constitution. Pour Hans Kelsen et ses disciples français⁹ il y a une hiérarchie des textes au sommet de laquelle se trouve la constitution. J'en reviens ainsi à la question du contrôle constitutionnel mais pas seulement pour m'interroger sur la façon dont il s'exerce (lamentablement) aujourd'hui dans notre pays, mais pour mettre en cause le principe-même de la constitution comme garante de la liberté et protectrice contre les abus de l'Etat. Dans les colonnes de ce Journal¹⁰ Jean Philippe Feldman mettait sérieusement en cause non seulement l'utilité du contrôle constitutionnel mais aussi l'efficacité de toute constitution. Non seulement :

« [...] le contrôle de constitutionnalité des lois suppose que la cour, sa composition, les modalités de sa saisine et les normes de contrôle soient établies avec soins. Mais dans tous les cas, une Constitution n'est jamais qu'une barrière de papier. »

⁹ Charles Eisenmann notamment (dont je fus l'étudiant en 1955-1956).

¹⁰ Jean Philippe Feldman « La Constitution, un moyen efficace de limiter l'Etat ? », *Journal des Libertés*, n°1, Disponible en ligne : <http://bit.ly/2Jg8X92>



Feldman rappelle la thèse de Benjamin Constant suivant laquelle la Constitution est une limite purement formelle à la croissance de l'Etat et de son pouvoir, parce que peu importe l'origine des textes liberticides, qu'elle soit administrative, législative ou constitutionnelle : c'est l'arbitraire qu'il faut condamner, et peu importe qui en sont les auteurs. A l'usage, les constitutions ne résistent pas aux appétits politiques. Certes il faut reconnaître que les Anglo-Saxons ont un assez grand respect de leurs constitutions.

« C'est qu' [...] une Constitution ne vaut que par son interprétation et par l'« opinion publique » à son égard. Les Anglais vénèrent leur Constitution immémoriale, les Américains ont placé la leur sur un piédestal. Les Français, eux, ont balancé entre l'indifférence et l'ignorance de la quinzaine de textes qui se sont succédé depuis 1791 – les spécialistes ne s'accordent même pas sur leur nombre !¹¹ »

Bon prince Jean Philippe Feldman conclut que la constitution est « insuffisante, mais indispensable » parce qu'elle est une façon de rappeler que l'Etat n'a pas tous les pouvoirs. Certes, mais il faut aussi souligner que la constitution, pas plus que la loi, ne peut faire le droit.

D'où vient le droit ?

Je m'intéresse maintenant au deuxième argument pour rejeter l'approche de Rousseau, qui soutient que le droit est une création volontaire des hommes. Il se réfère au contrat social : tous les individus seraient liés par une convention suivant laquelle le droit serait né. La convention prévoit sans doute que le droit doit être modifié à l'issue de toute consultation électorale, puisque c'est le peuple qui est souverain. A l'inverse, pour comprendre la genèse du droit les libéraux soutiennent, à la suite d'Hayek, que le

¹¹ Feldman id. loc.



droit n'est pas immuable, mais se forme au contraire grâce à une lente et permanente expérience sociale : il procède d'un « ordre spontané », c'est-à-dire sans intervention arrêtée, et non pas d'un ordre créé par décret d'un pouvoir ou d'un homme hors du commun. Pour autant une question demeure : y a-t-il un cap qui indiquerait la supériorité d'un ordre spontané sur un autre ?

Cette question fait apparaître un débat beaucoup plus profond sur le droit naturel¹². Bien qu'Hayek n'ait pas voulu s'y référer, il ne fait aucun doute que beaucoup de libéraux (dont je suis), suivent la pensée de Thomas d'Aquin pour faire du droit naturel un droit conforme à la nature de l'homme, qui tient compte des capacités et des erreurs de l'être humain. Par nature l'homme est libre, et cette liberté lui est donnée pour conformer sa vie à sa vocation, à ce que Dieu attend des capacités qu'il a reçues. Pour avoir évoqué ce problème avec lui, je crois qu'Hayek, bien qu'admirateur des Scolastiques de Salamanque¹³, n'aimait pas le droit naturel qui lui semblait être une invention créée de toutes pièces. Il avait certainement raison en parlant d'Aristote, qui voyait le droit naturel inscrit dans la nature physique, donc immuable comme toutes les lois de la nature. Il avait également

¹² « Toute préoccupation du fondement du droit est déjà un pas accompli vers le droit naturel », Christian Atias, *Philosophie du droit*, Thémis, PUF éd. 1999 p.163. Dans le passage qui suit je me tiens très près de l'analyse de Christian Atias, mon collègue et ami à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille. Je rends hélas hommage à sa mémoire.

¹³ A l'occasion d'un congrès de la Mont Pèlerin Society tenu à Madrid, Hayek a demandé aux congressistes de se lever de bonne heure pour faire une excursion en bus, mais sans indiquer la destination. En fait il attendait les congressistes à Salamanque (trois heures et demie de bus) pour saluer ceux qui étaient à l'origine de la pensée libérale moderne.



raison en se référant aux jusnaturalistes (comme Grotius et Pufendorf) qui voyaient dans le droit naturel une liste de « droits naturels », liste qui ferait consensus en un moment donné, recensant les règles sociales les plus communément acceptées¹⁴. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les théoriciens des « droits naturels » soient mieux acceptés par les positivistes, avec lesquels ils ont en commun de faire du droit naturel le résultat de la volonté humaine – ce que Hayek et les thomistes rejettent en commun.

Le droit naturel dans la tradition thomiste n'est autre qu'une dialectique permanente entre les lois que posent les hommes et ce qu'on peut attendre d'êtres humains libres. Il est lié au dogme de l'inconnaissance : le plan divin est inconnu des êtres humains, mais ils ont la liberté de s'en rapprocher par un processus d'essais et d'erreurs. Essais et erreurs sont révélés dans les règles « posées », et peuvent progressivement inspirer de nouveaux comportements générant de nouvelles règles. Le droit n'est pas une réponse définitive donnée par les êtres humains, c'est une question permanente qui hante les sociétés humaines mais aussi les fait progresser (avec beaucoup de cahots).

La référence au plan divin est évidemment irrecevable par des incroyants (comme Hayek) mais aussi pour tous ceux qui pensent que la raison n'est plus au cœur de cette conception du droit naturel, alors que la raison est le propre de l'homme : la philosophie des Lumières n'a pas de sympathie pour ce qui évoque la religion.

Mais le droit naturel serait-il défini et prescrit par des autorités religieuses ? Certainement pas si l'on admet, à la suite

¹⁴ « Le droit naturel, avec sa diversité, ses controverses et ses ambiguïtés, a ouvert la voie aux droits naturels ; par là-même il s'est condamné. » C. Atias, op.cit. p.151.



d'Harold Berman¹⁵, qu'à la suite de Grégoire VII les papes du Moyen Age ont réalisé une double révolution en décrétant que le droit n'était pas l'affaire des princes, mais une affaire de justice, et que le droit n'était pas non plus le monopole de l'Eglise parce qu'il reposait sur la créativité et le comportement de tous les êtres humains. Ils introduisaient ainsi l'idée d'ordre spontané qui sera dans le domaine du droit approfondie par Hayek¹⁶.

Le droit naturel apparaît finalement comme la correction progressive des erreurs commises, l'erreur consistant précisément à adopter des règles qui détruisent la nature de l'être humain.

En finir avec le droit de l'Etat

Comme les papes du Moyen Age il faudrait maintenant en finir avec le droit de l'Etat, qui depuis deux siècles au moins détruit la nature de l'être humain. La destruction la plus grave est l'atteinte croissante au droit de propriété, car « l'homme naît propriétaire » disait Bastiat¹⁷. Cela est évident si l'on considère que chaque homme est un « être unique et irremplaçable » (Jean Paul II) et que sa personnalité va se révéler à travers les œuvres qu'il va réaliser en exploitant ses capacités propres. Donc l'œuvre doit être aussi en propre, en propriété de celui qui l'a créée.

Par contraste le collectivisme fait disparaître le créateur. En voici deux conséquences : l'homme ne peut plus faire reconnaître

¹⁵ Harold Berman *Droit et Révolution*, trad. française Librairie de l'Université d'Aix Marseille, 2006, Harold Berman était professeur de droit à l'Université de Harvard

¹⁶ Sur ce point on, doit évidemment se référer à Philippe Nemo : *La Société de droit selon F.A.Hayek*, coll. Libre Echange, PUF, Paris 1988.

¹⁷ *Propriété et loi* op.cit.



ses mérites personnels et il est condamné à l'anonymat, l'homme perd l'esprit de création parce qu'il n'en espère aucun retour. Le collectivisme a été instauré à des degrés variables dans les sociétés contemporaines. Le degré le plus élevé a été atteint dans les régimes communistes, ce qui explique leur échec économique total, mais surtout leur élimination de toute liberté¹⁸. Mais un degré sans cesse croissant s'observe actuellement dans des pays réputés libéraux avec les diverses spoliations imposées aux individus : fiscalité et parafiscalité redistributives, expropriations liées à l'urbanisme, taxes et réglementations pénalisant les bailleurs, etc. En multipliant les privilèges, les subventions, les rentes, l'Etat Providence détruit la responsabilité personnelle et asservit ses sujets. En accumulant les législations, l'Etat, protecteur et guide, devient totalitaire.

Comment en finir avec le droit de l'Etat ? Une nouvelle constitution ne serait pas suffisante, mais elle pourrait peut-être donner au Parlement le contrôle de l'exécutif. C'est en réalité le confinement de l'Etat dans ses missions régaliennes qui doit être la priorité : voilà globalement le moyen de stopper l'inflation législative et de réduire les prélèvements obligatoires.

En attendant cette véritable révolution, d'autres mesures peuvent être prises pour désétatiser le droit. L'indépendance de la magistrature est urgente : comme le disait Jean Marc Varaut¹⁹ nous avons droit à de vrais juges : nos magistrats fonctionnaires, issus obligatoirement d'une Ecole Nationale qui les formate, contrôlés par un Conseil National dominé par l'exécutif, ne peuvent être éclairés et indépendants. La disparition

¹⁸ « Comment le goulag, archipel du non-droit, prouve le droit » (Jean-Marc Varaut, *cf. Infra*)

¹⁹ Jean-Marc Varaut, *Le droit au droit*, coll. Libre échange, PUF, 1986.



des codes, et des juridictions d'exception qui leur correspondent, est aussi une nécessité : nous avons droit au droit commun²⁰. La responsabilité contractuelle doit être substituée à la discipline règlementaire des actes administratifs. Le droit positif doit laisser place au droit naturel dans l'esprit et l'enseignement de juristes aujourd'hui formés dans des universités soumises au monopole de l'Etat. Enfin il faut se garder du droit européen, qui est pour beaucoup dans l'inflation législative, et qui a tous les défauts du droit de l'Etat – et souvent en pire.

Les libéraux proclament la nécessité de barrer la route au totalitarisme. La loi ne peut nier les droits individuels (la vie, la liberté, la propriété), elle ne peut réduire la dignité de l'être humain.

²⁰ Cf. l'article de Maître Jérôme Gavaudan, « Sans juge il n'y a plus de droit » *in* Journal des Libertés, n°11, automne 2020. Disponible à : <http://bit.ly/38EhTxO>.