



Présentation de Grands Textes Libéraux



Friedrich August Von Hayek
(1899-1992)

Droit, Législation et Liberté (I) **Règles et ordres,** 1980, Puf (Libre Echange), 208 p.

(Law, Legislation and Liberty, Vol. I: Rules and Orders,
Routledge & Kegan, London and Henley, 1973)

Contributeur : Corentin de Salle

Premier opus d'une imposante trilogie libérale, cet ouvrage est consacré à la mise en place d'un certain nombre de concepts profondément originaux qui permettent de regarder notre société sous un éclairage radicalement différent que celui qui domine encore actuellement dans les sciences humaines.

Au croisement du droit, de l'économie, de la sociologie, de la psychologie, de la science politique et de la philosophie politique, cette œuvre majeure, considérée comme la grande synthèse du penseur libéral, fut rédigée au soir de sa vie.

Ignorance, complexité et règles abstraites

Impossible de pénétrer dans la pensée de F.A Hayek sans prendre pour point de départ - à ce point évident qu'il est trop souvent perdu de vue - la « **nécessaire et irrémédiable**

ignorance » affectant chaque acteur d'une société.¹ Dans le type de société qui est la nôtre et que Hayek, se référant à l'épistémologue Karl Popper, qualifie de « Grande Société » ou « Société Ouverte », une société où des millions d'hommes réagissent les uns avec les autres et où s'est développée la civilisation telle que nous la connaissons, chacun ignore la plupart des faits sous-jacents à son fonctionnement. Le nombre d'informations dont nous disposons chacun et les capacités de notre esprit de les traiter et d'agir en fonction d'elles sont infiniment plus réduites que l'ensemble des faits particuliers et informations dont nous devrions, en toute logique cartésienne, disposer pour mener à bien nos activités les plus courantes, pour ne rien dire a fortiori des opérations plus complexes auxquelles nous sommes quelquefois confrontés.

Hayek ne se lasse pas d'être **émerveillé** par une chose qui tient, selon lui, du « miracle » : le fait que, malgré l'imperfection qui est la sienne, l'homme réussit largement la plupart de ses actions. En réalité nous présumons bien plus de choses que nous n'en pouvons connaître. Cette adaptation de l'individu aux circonstances générales qui l'entourent **s'effectue via l'obéissance à des règles que ce dernier n'a pas véritablement inventées de façon délibérée et que, souvent, il n'est même pas capable de verbaliser (bien qu'il les respecte en agissant)**. Ainsi en est-il, d'une part, des « manuels » ou des « méthodes » pour beaucoup de savoirs pratiques, des artisanats aux beaux arts en passant par les jeux, les sports etc. D'autre part, il y a l'ensemble des sciences normatives: la morale, le droit mais aussi la grammaire, l'esthétique, la méthodologie, les sciences, etc. « Nous avons à notre service une si riche expérience, non parce que nous possédons cette expérience mais parce que, sans que nous le sachions, elle s'est incorporée dans les schémas de pensée qui nous conduisent ».² Ces règles, adaptées au monde dans lequel nous vivons, définissent la structure de nos actions réussies.

La connaissance que nous avons de ces règles dont nous n'avons pas pleinement conscience n'est pas innée. « Abstraite » ou « schématique », c'est le **fruit d'un apprentissage**. Cette connaissance permet d'affronter ce qu'il y a d'aléatoire, de contingent, de nouveau dans les situations complexes. « Comme un couteau ou un marteau, elles (les règles) ont reçu leur forme non en vue d'un objectif spécialement visé mais parce que l'expérience a montré que cette forme, plutôt que toute autre, les rendaient utiles dans un grand nombre de situations variées ».³ Cette capacité supérieure, qui distingue l'homme des autres espèces animales, d'apprendre et de **transmettre les fruits de son expérience lui a permis d'accumuler des expériences et de constituer au fil des siècles un ensemble culturel de règles, de pratiques et d'habitudes qui s'est élaboré de génération en génération** en incorporant beaucoup plus « d'intelligence » qu'aucun homme n'en était individuellement capable. L'homme a élaboré des règles de conduite non pas parce qu'il connaît mais parce qu'il ignore ce que seront toutes les conséquences de son action. Ceci explique pourquoi la plupart des institutions sociales ont pris la forme qui est la leur.

Hayek confère une primauté à « l'abstrait ». Pourquoi ? **L'abstraction** est non seulement cette propriété que présentent à un degré plus ou moins accentué tous les processus mentaux (conscients ou inconscients) mais aussi la base de l'aptitude de l'homme à se mouvoir au mieux dans un monde très imparfaitement connu de lui. Nous n'agissons jamais, nous ne pourrions jamais agir, en pleine considération de tous les faits d'une situation donnée. Nous le faisons en triant certains des aspects retenus comme significatifs. De tout ceci, il découle que **tout ce qui est véritablement social est nécessairement abstrait et général** et que nos décisions, sans être entièrement déterminées, sont enfermées dans certaines limites. C'est une très lourde erreur, erreur néanmoins très répandue chez les commentateurs francophones de Hayek, que de déduire des points qui précèdent que, selon Hayek, nos actions seraient « instinctives » et que la

¹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.14

² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.35

³ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.24

conscience n'y jouerait aucun rôle. L'adoption de règles et institutions qui font leur preuve ne procède pas, de la part des acteurs, d'un mimétisme aveugle.

Deux traditions

Notre civilisation occidentale repose sur des institutions de la liberté. Celles-ci ne furent pas établies parce que des gens auraient résolument anticipé et réfléchi sur les bienfaits que la liberté apporterait mais, une fois ces bienfaits reconnus, les hommes ont entrepris de la perfectionner et de l'étendre et, dans ce but, ont cherché comment fonctionnait une société libre. **L'élaboration d'une théorie de la liberté a eu lieu principalement au XVIII^e siècle, en Angleterre et en France. De ces deux pays, le premier connaissait la liberté, le second ne la connaissait pas.**

Hayek distingue⁴ ainsi deux traditions ayant inspiré cette élaboration:

- la tradition anglo-saxonne (empirique et non systématique)
- la tradition française dite « constructiviste » (spéculative et rationaliste)

La première est fondée sur une interprétation de traditions et institutions qui avaient grandi spontanément et n'étaient qu'imparfaitement comprises.

La seconde vise à construire une utopie, qui a été souvent essayée mais jamais avec succès. Cependant, c'est la thèse rationaliste, plausible et apparemment logique de la tradition française - avec ses flatteuses suppositions sur les pouvoirs illimités de la raison humaine - qui a progressivement gagné en influence, tandis que déclinait la tradition moins précise et moins explicite de la liberté à l'anglaise.

La tradition « constructiviste »

On perçoit d'emblée le **peu de sympathie qu'éprouve le penseur autrichien envers la tradition rationaliste. Selon lui, cette dernière repose entièrement sur une erreur intellectuelle, celle consistant à croire que la méthode qui permet l'investigation des phénomènes physiques peut aussi s'appliquer aux phénomènes sociaux.** Ce qui sous-tend cette erreur c'est une **confiance démesurée dans les pouvoirs de la raison**, une prétention inouïe, une présomption, pour tout dire, « fatale » (du nom du dernier ouvrage de Hayek).

A cette hybris rationaliste, Hayek donne le nom de « **constructivisme** ». Il montre qu'à terme, les formes extrêmes du constructivisme conduisent paradoxalement à une révolte contre la raison.⁵ En effet, cette surestimation mène, à travers la **désillusion**, vers une réaction contre l'autorité de guide conférée à la raison abstraite et vers l'apologie des pouvoirs de la volonté individuelle. **« Se fonder sur l'abstrait n'est pas la marque d'une surestimation des pouvoirs de la raison mais au contraire de la connaissance de ses limites ».**⁶ Le **constructivisme rationaliste** s'imagine que la raison est capable de s'assurer de tous les détails d'une situation; il **est ainsi conduit à préférer le concret à l'abstrait, le particulier au général.** Le fait d'avoir manqué à reconnaître que les abstractions aident notre raison à aller plus loin qu'elle aurait pu le faire en tentant de maîtriser tout le particulier a provoqué l'apparition d'une légion d'écoles

⁴ F.A. von Hayek, **Constitution de la liberté**, Litec (coll. Liberalia), Paris, 1994, p.55

⁵ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.39

⁶ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.38

philosophiques hostiles à la raison abstraite : **philosophies du « concret », de la « vie » et de « l'existence » qui vantent l'émotion, le particulier, l'instinctif et qui n'ont que trop de penchant à appuyer le genre d'émotion qu'évoquent la race, la nation et la classe.**

Cette conviction que la société et toutes ses institutions sont construites par la volonté délibérée de l'individu et elle seule, conduit à cette volonté de modeler, planifier le réel et d'édifier la société de ses vœux. Pour ce faire, le constructiviste voudra reconstruire la morale, le droit, le langage, la démocratie, le marché, etc. La racine de cette erreur remonte à **Descartes** (précisons dès le départ qu'Hayek n'est ni un anti-rationaliste ni un anti-moderne : on compare d'ailleurs souvent sa conception de la rationalité limitée à celle d'Emmanuel Kant). Descartes refuse d'accepter comme vraie toute proposition qui ne peut être logiquement déduite de prémisses explicites « claires et distinctes ». Par son injonction de « **tabula arasa** », le cartésianisme est virtuellement révolutionnaire. Dans son *Discours de la méthode*, Descartes compare d'ailleurs son programme de refondation du savoir humain à la destruction d'une ville aux rues irrégulières et anarchiques au profit d'une ville aux axes parfaitement perpendiculaires. Notons néanmoins que Descartes lui-même s'est défié de l'application intégrale et précipitée de ses propres principes, tâche qu'il a laissé à ses disciples et successeurs. La tradition s'est perpétuée en France avec **les Encyclopédistes, les Physiocrates, Rousseau, Condorcet ainsi qu'avec un outsider célèbre : Thomas Hobbes**. Elle s'est précisée par la fondation d'une institution dont l'influence s'est affirmée dès le début et continue à être prépondérante en France : l'Ecole **Polytechnique**. Elle a cultivé et répandu une mentalité d'ingénieur se caractérisant par une « prédilection esthétique pour tout ce qui a été consciemment construit plutôt que ce qui se développe spontanément ». **Saint-Simon et Auguste Comte** en furent à la fois les émules et les inspireurs.

Ces conceptions sont à la base des différentes formes de socialisme (surtout de formes autoritaires) qui se développèrent. Hayek considère d'ailleurs **le nazisme et le totalitarisme stalinien comme des formes extrêmes, dégénérées, poussées jusqu'au bout de leur logique, du socialisme**. Socialisme qui est lui-même la résultante de la mentalité constructiviste.

Telle est la puissance et la nocivité des idées constructivistes.

« Il est nécessaire de se rendre compte que **la plupart des facteurs les plus pernicieux en ce monde ont souvent pour source non pas de méchantes gens mais des idéalistes aux nobles intentions** ; et qu'en particulier les fondations de la barbarie totalitaire ont été posées par d'honorables savants bien intentionnés, qui n'ont jamais reconnu leur progéniture intellectuelle ».⁷

La tradition anglo-saxonne

Cette tradition aussi appelée « de l'ordre spontané », « des Lumières écossaises », de « la Rule of Law » ou encore, mais à tort, « d'évolutionnisme social » est relativement peu connue en Europe. Ses figures de proue sont Bernard de Mandeville, David Hume, John Locke, Adam Smith, Adam Ferguson, Edmund Burke mais aussi Montesquieu, Alexis de Tocqueville et Benjamin Constant. La formule emblématique de cette école, censée résumer son orientation est condensée dans cette phrase d'Adam Ferguson:

« **La société est le produit de l'action des hommes et non de leur dessein** ».⁸

⁷ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.83

⁸ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.23

Hayek se retrouve pleinement dans ce constat. Il évite ainsi la dichotomie fameuse « nature-artefacts » : la société n'est pas une entité « naturelle » mais n'est pas non plus construite de manière de manière pleinement consciente. Cette école reconnaît la dette qui est la nôtre par rapport à la tradition tout en déployant à son égard une attitude critique. **Hayek oppose au rationalisme « constructiviste » ou « naïf » un rationalisme « critique » :**

« (...) si l'on entend par rationalisme le souci de rendre la raison aussi efficace que possible, je suis moi-même un rationaliste ».⁹

C'est ordinairement un sujet de gausserie pour beaucoup d'intellectuels que d'évoquer l'image de la « main invisible » d'Adam Smith, image censée incarner une autorégulation naturelle, aussi mystérieuse que bienvenue, de l'ordre économique. Les libéraux croiraient-ils à la sorcellerie ? En réalité, parmi ces commentateurs goguenards, peu ont lu Adam Smith dans le texte. **Ni Smith ni les autres Ecossais n'ont soutenu qu'il y avait une « harmonie naturelle » des intérêts, indépendante des institutions et règles de justice apparues progressivement dans l'histoire.** Les auteurs concernés ont toujours mis l'accent sur la nécessité « d'institutions bien construites » (par l'expérience séculaire de l'homme). En clair, l'harmonie des intérêts n'est pas naturelle. Elle est le fruit tardif de l'histoire de la civilisation.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, **Hayek n'est pas un partisan, il y est même hostile, du principe du « laissez-faire » généralisé.**¹⁰ Pour lui, la liberté est indissolublement liée à la loi et dans l'expression « **ordre spontané** », il y a le mot « ordre ». Il est temps de passer à l'examen de cette notion fondamentale.

La théorie des Ordres : organisations et ordres spontanés

Hayek a emprunté cette notion à des domaines aussi divers que la biologie, la théorie systémique et la cybernétique. Hayek, la chose est rare, en propose une définition:

« Par **ordre**, nous désignerons toujours un état des choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en un tel rapport les uns aux autres que nous puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales et temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste; ou du moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer corrects ».¹¹

Ces ordres sont multiples. D'où viennent-ils ? Ils sont le produit de l'action - consciente ou non - des hommes qui s'y insèrent. Nous verrons de suite qu'Hayek départage ceux-ci en deux catégories fondamentales. Précisons qu'il appartient à l'homme de les créer ou d'en provoquer la formation et ce quelle que soit la complexité de ces derniers.¹²

Taxis et Kosmos

Il importe de distinguer deux formes d'ordres :

⁹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.34

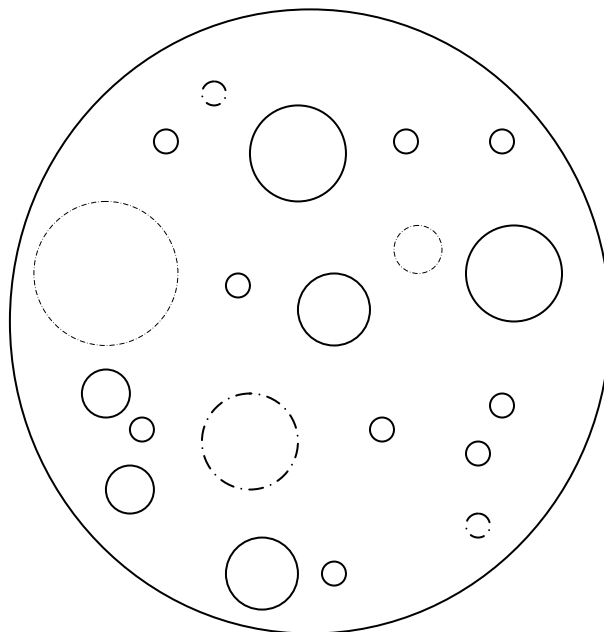
¹⁰ F.A. von Hayek, **La Route de la servitude**, PUF, 1946(1985), p.33

¹¹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.42

¹² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, pp.48-53

- **l'organisation (TAXIS)** : il s'agit d'un ordre confectionné, une construction, un ordre artificiel. Sa structure est relativement **simple** ou d'une complexité modérée (de manière telle que son auteur puisse encore l'embrasser du regard). Il est d'habitude **concret** et au service d'une **intention**. Il est d'ordinaire relativement **éphémère**. Les éléments d'un tel ordre sont régis par des commandements et/ou peuvent se voir attribuer des fonctions. La famille, la ferme, l'atelier, la firme, l'entreprise, la société commerciale, les diverses associations, les institutions publiques y compris le gouvernement sont des organisations.
- **l'ordre spontané (KOSMOS)**: il s'agit d'un ordre auto-organisé, « mûri par le temps ». ¹³ Issu de la pratique mais pas nécessairement, ¹⁴ son degré de **complexité** n'est pas limité à ce que peut maîtriser un esprit humain. Son existence peut fort bien ne pas se manifester à nos sens mais être fondée sur des relations purement **abstraites** que l'on ne peut que reconstituer mentalement. N'ayant pas été fabriqué, il n'a pas d'objectif particulier. Il est **non-finalisé**. Les éléments qui le composent vivent entre eux selon certaines règles et principes abstraits et la structure dynamique des relations qu'ils entretiennent entre eux confère à l'ordre une relative **permanence**. Le marché est l'ordre spontané par excellence. On peut aussi considérer que le langage, la morale, la monnaie et la connaissance sont des ordres spontanés. Le droit est, dans une certaine mesure, un ordre spontané quoiqu'il faille le distinguer d'autres ordres spontanés qu'il régit. On y reviendra. La société toute entière constitue elle-même un gigantesque ordre spontané comprenant les divers sous-ordres spontanés énumérés et les organisations.

La société, ordre spontané



La société inclut en elle une myriade de sous-ensembles : des organisations (désignées par les cercles en pointillé : familles, entreprises, gouvernement, etc.) et des ordres spontanés (désignés par les cercles en traits pleins : le marché, la monnaie, le langage, etc.)

¹³ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.43

¹⁴ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.53

Parmi les **organisations** coexistant au sein de l'ordre spontané qu'est la société, il en est une qui occupe régulièrement une place spéciale. C'est celle que nous appelons **gouvernement**. C'est - ou plutôt cela devrait être - quelque chose de comparable au « **service d'entretien d'une usine** ». ¹⁵ Son objet n'est pas de produire des services particuliers ou des produits que consommeront les citoyens mais plutôt de veiller à ce que la machinerie qui règle la production de ces biens soit maintenue en état de marche. On lui demande en outre de rendre d'autres services que l'ordre spontané ne peut fournir adéquatement. Ce qui importe c'est que dans les fonctions de service, le gouvernement ne soit **qu'une organisation parmi d'autres** et, à l'instar de ces organisations, une part de l'ordre spontané d'ensemble, à ceci près que, dans sa fonction de maintien de l'ordre général, il puisse faire usage de la coercition. L'idéal serait de parvenir à ce que ne paraisse plus bizarre à personne l'idée selon laquelle l'autorité, en temps normal, n'a aucun pouvoir de commandement sur personne et ne peut donner aucun ordre quel qu'il soit. ¹⁶

Thesis et Nomos : Commandements et règles de juste conduite

Une chose qu'il importe également de préciser c'est la nature distincte des règles d'organisations et des ordres spontanés, distinction qui n'est pas prise en charge par le mot « loi ».

- **Thesis** : une organisation est régie par des **commandements** mais, dans une certaine mesure, elle doit aussi s'appuyer sur des règles générales et abstraites, propres aux ordres spontanés. La raison ici est la même que celle qui impose à un ordre spontané la nécessité de s'appuyer uniquement sur des règles (appelées ici « règles de juste conduite » pour les distinguer des « règles d'organisation »). **En guidant les actions des hommes par des règles, plutôt que par des commandements spécifiques**, il est possible de mettre en oeuvre une connaissance que personne ne possède en entier. ¹⁷ En clair, cela se traduit par le fait qu'on affecte telle personne à telle fonction définie et qu'on formule un objectif général. C'est une forme de commandement adouci. Ce qui caractérise les règles des organisations par rapport à celles des ordres spontanés, c'est qu'elles impliquent au départ que la place de chaque individu dans une structure fixe est déterminée par la voie de commandement et qu'elles tendent à l'accomplissement de tâches assignées. Les règles d'une organisation sont nécessairement subsidiaires par rapport aux commandements, comblant les lacunes laissées par ceux-ci.

A ces règles, Hayek donne le nom de **thesis**. Elles servent à édifier délibérément une organisation ayant des objectifs déterminés. Ce sont des inventions arbitrairement combinées. Elles correspondent à ce qu'on a coutume de qualifier **droit public** : le droit constitutionnel, le droit administratif et même, dans une certaine mesure, la législation financière. Hayek reproche le caractère idéologiquement orienté de l'expression « droit public ». ¹⁸ Comment cela ? Considérer que le droit public est le seul qui serve le bien commun ou général et que le droit privé protège seulement les intérêts égoïstes des individus est exactement le contraire de la vérité : l'ordre spontané (régé par le droit privé) nous fournit ce qui est le plus important pour tout le monde et donc pour le bien

¹⁵ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.55

¹⁶ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.155

¹⁷ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.57

¹⁸ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.159

commun. Plus important que la plupart des services spéciaux que l'organisation du gouvernement peut fournir, à la seule exception de la sûreté garantie aux règles de juste conduite par l'appui de la force. « **Le droit public passe mais le droit privé demeure** ». ¹⁹

- **Nomos** : un ordre spontané est régi par des **règles de juste conduite**. Ce sont des règles universelles, générales et abstraites qui déterminent ce que doit être un comportement juste. Elles s'appliquent à des circonstances futures non encore connues. A l'image de l'ordre spontané, elles sont non-finalisées car elles n'ont pas d'autres objectifs que le maintien de l'ordre spontané. Elles possèdent un caractère limitatif ou prohibitif : comme elles visent à canaliser des actions libres et indépendantes, ce ne seront en général pas des prescriptions mais des prohibitions.²⁰ Une règle de juste conduite se caractérise par sa permanence (Hayek la qualifie de « perpétuelle quoique sujette à révision »).²¹ Par définition, elles subsistent après avoir été appliquées: « une loi qui peut être exécutée n'est tout simplement pas une loi ».

L'ensemble de ces règles est qualifié de **nomos**. Elles ne sont pas inventées mais « découvertes » soit dans le sens qu'elles expriment simplement des pratiques déjà observées soit dans le sens qu'elles s'avèrent le complément nécessaire de règles déjà établies. Elles résultent d'une pratique jurisprudentielle séculaire. C'est la « law » des anglais ou le « ius » des romains. Elles recouvrent notre **droit privé**.

Selon Hayek, notre droit se caractérise par un **envahissement progressif du droit public dans la sphère du droit privé**. Ce qui est sous-jacent à cette tendance, c'est la volonté de remplacer l'ordre spontané qu'est la société en une organisation. Or, dit Hayek,²² cette entreprise est non seulement dangereuse mais impossible, de même qu'il est impossible d'améliorer ou de corriger un ordre en y intervenant par des commandements directs.

Principes et expédients

« La thèse de cet ouvrage est qu'une **situation de liberté** dans laquelle tous ont la faculté d'employer leurs connaissances à la poursuite de leurs objectifs, **bornés seulement par des règles de juste conduite** applicables en toute circonstance, leur fournira probablement les **conditions les plus favorables à la réalisation de leurs projets** ; et qu'un tel système n'a de chances d'être instauré et maintenu que si toute autorité quelle qu'elle soit, y compris celle de la majorité du peuple, est bornée dans l'exercice du pouvoir de contrainte par des **principes généraux auxquels la communauté aura adhéré à titre permanent** ». ²³

Ces principes généraux préservent la liberté et n'ont jamais été complètement formulés dans les documents constitutionnels, ce qui est d'ailleurs une très bonne chose car Hayek ne veut pas d'une liste car cette dernière pourrait faire croire qu'elle est exhaustive. Ces principes, il vaut mieux les appliquer instinctivement que tenter de les expliciter : les Anglais, aux XVII^e et

¹⁹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.162

²⁰ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.42

²¹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.46

²² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.60 et 172

²³ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.65

XVIII^e siècles, par leur don de réussir à force d'erreurs et leur génie du compromis sont parvenus à édifier un système viable sans beaucoup parler de principes, tandis que les Français, avec leur souci de tout expliciter, de tout clarifier, de spéculer n'ont pu en faire autant.

La liberté peut être définie comme la « situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire ». Elle ne peut être sauvegardée qu'en suivant des principes et on la détruit en se servant d'expédients.

Les « expédients », ce sont des mesures prises dans le but de rétablir des prétendues injustices. Outre le fait que l'adoption de pareilles mesures présuppose une confiance pour le moins présomptueuse quant aux pouvoirs de notre raison (même lorsque cette dernière opère dans le cadre d'une direction centralisée), elle empêche de savoir ce qui se serait produit si pareilles interventions n'avaient pas dévié le cours de cette évolution. Ainsi, nous n'avons jamais conscience de la totalité de ce que coûte le résultat obtenu par de telles immixtions.

Qu'en est-il de la **position de Hayek relativement à l'action normative de l'Etat Providence ?** Pour diverses raisons Hayek n'a pas exposé une typologie des interventions légitimes. Il ne définit d'ailleurs nulle part ce qu'il entend par intervention. Il est clair cependant qu'il est favorable à certaines d'entre elles.

Le **rejet de l'interventionnisme** chez Hayek concerne le marché. Plusieurs arguments justifient ce rejet :

- Tout d'abord, il est impossible de disposer des **informations** nécessaires pour déterminer quelles seront les **conséquences** d'une intervention. L'évolution a sélectionné les ordres spontanés parce qu'ils étaient adaptés à « l'impossibilité pour qui que ce soit de connaître tous les faits particuliers sur lesquels est fondé l'ordre global des activités dans une grande société »
- Deuxièmement, les **interventions empêchent l'auto-régulation de l'ordre spontané**: « l'ordre spontané est engendré par le fait que chaque élément opère l'équilibrage de tous les facteurs qui agissent sur lui et qu'il ajuste entre elles toutes ses opérations; un tel équilibre est détruit si certaines de ces opérations sont déterminées par quelque autre source de décision sur la base d'autres données et au service d'objectifs différents » ; par ces interventions le mécanisme de sélection culturelle des règles se détraque : cela revient, dit Hayek, à fausser les subtils mécanismes de ces normes de juste conduite sélectionnées par l'évolution;
- Ensuite, les **interventions sont nécessairement injustes**: comme elles visent non pas le maintien d'un ordre général mais au contraire un résultat spécial, elles ont toujours pour effet « d'assurer des avantages pour certains aux dépens des autres, d'une façon qui ne peut pas être justifiée par des principes susceptibles d'application généralisée » ;
- De plus, **comme les interventions ne correspondent à aucune règle généralisable et ne peuvent être obtenues que par marchandage, leur prolifération est inévitable**; l'usage des « expédients entraîne en outre un changement à terme dans les principes eux-mêmes »;
- Enfin, ajoutons à cette liste, le fait que, **ce faisant, l'homme politique réduit d'autant sa capacité d'agir sur l'événement; il se rend prisonnier de cette politique**

interventionniste qu'il a pratiqué antérieurement car il a créé de nouvelles attentes légitimes dans le public qui sont devenues pour lui des nécessités.

Cela dit, il ne faut pas confondre le marché et l'ordre spontané: le marché n'est qu'un sous-ordre de cet ordre spontané qu'est la société. Mais, même dans le cadre du marché, Hayek légitime une intervention minimale. Hayek ne parle jamais d'interventionnisme à propos des actions de l'autorité, du pouvoir judiciaire, législatif ou des particuliers qu'il estime désirables. Mais il est clair que ces dernières sont, dans son esprit, d'une nature telle qu'elles influencent directement la structure de l'ordre spontané :

« Puisque la tâche consistait à aider ces forces et à les compléter chaque fois qu'il était nécessaire, il fallait avant tout les comprendre. L'attitude d'un libéral à l'égard de la société est comme celle d'un jardinier qui cultive une plante et qui, pour créer les conditions les plus favorables à sa croissance, doit connaître le mieux possible sa structure et ses fonctions ».

Ainsi, nous pouvons non seulement provoquer la formation d'un ordre général mais aussi influencer sur son caractère général. Et ce même si « la plupart des processus d'évolution sociale interviennent sans que quiconque les veuille ni les prévienne ». Il y a diverses voies d'intervention. La voie législative est une des principales. Il est en effet possible qu'un ordre spontané soit régi par des règles résultant entièrement d'un dessein délibéré. Notons que, selon Hayek, la tâche du législateur est, entre autres, de rectifier les erreurs de la jurisprudence. La voie judiciaire est par ailleurs, toujours selon notre auteur, le mode par excellence d'intervention sur l'ordre spontané. Enfin, le gouvernement peut, à titre subsidiaire s'immiscer et modifier la structure de l'ordre en question: « Il faut (...) faire intervenir l'autorité chaque fois qu'il est impossible de faire fonctionner la concurrence (...) ».

Cela étant dit, Hayek condamne la plupart des interventions qui, dit-il, ne génèrent que très rarement les résultats que désiraient ses propagandistes. Les « nécessités » de la politique sont généralement les conséquences de mesures prises antérieurement. **Une défense efficace de la liberté doit par conséquent être dogmatique et ne rien concéder aux expédients.** La liberté ne prévaudra que si l'on admet comme axiome qu'elle constitue un principe dont l'application aux cas particuliers n'appelle aucune justification.

La théorie de l'évolution culturelle

L'évolutionnisme occupe dans la pensée de Hayek une place majeure en partie par ce qu'il lui permet d'échapper aux philosophies idéalistes. Nous avons vu que **les règles ne sont pas inventées a priori mais sélectionnées a posteriori, à la faveur d'un processus d'essais, d'erreurs et de stabilisation.** Hayek cite un passage de la critique que le Chief Justice Hobbes formulait contre Thomas Hobbes au XVII^e siècle:

« (...) bien des choses, spécialement dans les lois et les gouvernements, qui par l'enchaînement, l'origine lointaine et la cohérence constante, méritent d'être raisonnablement approuvées, même si la raison du plaideur ne voit pas dans l'immédiat et distinctement en quoi la chose est raisonnable... la longue expérience fait plus de découvertes sur les avantages et les inconvénients des lois, qu'il n'est possible d'en prévoir dans le plus sage des conseils d'experts ».²⁴

²⁴ F.A. von Hayek, **Constitution de la liberté**, Litec (coll. Liberalia), Paris, 1994, p.57

Sans entrer dans les détails, explicitons quelque peu la théorie de l'évolution chez Hayek: ces notions nous serviront lors des développements ultérieurs.

Hayek prend bien soin de montrer que les mécanismes de l'évolution culturelle sont très différents de ceux de l'évolution naturelle. Il combat cette croyance selon laquelle il s'agirait, pour les sciences sociales, d'une notion empruntée à la biologie. C'est l'inverse qui est vrai. Hayek n'a pas inventé ce concept. Pas plus que Darwin. C'est la tradition libérale anglo-saxonne qui en est à l'origine. Des philosophes moralistes au XVIII^e siècle, en discutant sur le droit, le langage, la morale et la monnaie, avaient déjà clairement formulé des conceptions jumelles de l'évolution et de la formation spontanée. Le livre d'Adam Smith, *La Richesse des Nations*, figurait dans la bibliothèque de Darwin, largement annoté. Il est donc absurde de parler ici de « darwinisme social ». **L'autre grave malentendu est la croyance que la théorie de l'évolution consiste en « lois de l'évolution ».** La théorie de l'évolution proprement dite ne fournit rien de plus que la description d'un processus dont le résultat dépendra d'un très grand nombre de faits particuliers, bien trop nombreux pour que nous les connaissions en totalité et, par conséquent, ne conduit pas à des prédictions quant à l'avenir. Hayek, nous y reviendrons, ne croit ni à l'historicisme ni aux vertus optimisatrices de l'évolution.

L'évolutionnisme culturel est donc cette théorie qui affirme que les structures complexes spontanément formées, dont s'occupe la théorie sociale, ne peuvent être comprises que comme le résultat d'un processus d'évolution.

La sélection culturelle des règles

La sélection culturelle, comme la sélection naturelle, est un processus concurrentiel. Les structures formées par les pratiques traditionnelles des hommes ne sont ni naturelles au sens de biologiquement déterminées ni artificielles au sens de produites par un dessein intelligent. Hayek compare ce processus au « vannage et au filtrage ». ²⁵Alors que la théorie biologique exclut maintenant l'héritage de caractéristiques acquises, **tout le développement culturel repose sur un héritage de ce type où les caractéristiques ont la forme de règles, non innées mais apprises, guidant les relations mutuelles entre individus. Hayek le compare d'ailleurs ironiquement au lamarckisme** ²⁶ vu qu'elle perpétue ce que Lamarck appelait les « caractères acquis » (en l'occurrence les règles de juste conduite). Les processus qui assurent la transmission et la diffusion des caractéristiques culturelles, en ce qu'ils passent par l'apprentissage, **rendent l'évolution culturelle incomparablement plus rapide et plus pacifique que l'évolution biologique.** Au départ, certains nouveaux types de comportement relationnel sont essayés par hasard (ou dans une certaine intention mais qui peut être très différente de l'effet produit, peu importe à ce stade) par certains individus. Si ces types de comportements sont, de proche en proche, imités et, s'étendant au groupe entier, se révèlent alors bénéfiques pour le groupe en tant que tel, ils seront retransmis aux individus sous forme de valeurs et de normes. D'autres groupes pourront alors les imiter. Parfois celles-ci leur seront même imposées.

Le drame de la modernité, c'est que la croyance en la toute puissance de la raison a généré l'idée que le fonctionnement de la société pouvait être amélioré par l'action « d'ingénieurs

²⁵ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, pp.185-186

²⁶ F.A. von Hayek, **La Présomption fatale**,

sociaux ». **L'intervention répétée des planistes et interventionnistes a détraqué ce subtil mécanisme de sélection culturelle** des règles et généré des maux sans fins appelant d'autres interventions qui ne firent qu'aggraver le mal et ainsi de suite. **La plupart des problèmes que nous connaissons dans nos sociétés résultent de politiques interventionnistes intempestives menées dans le passé.**

La critique immanente

Tout ce savoir accumulé par l'expérience n'est pas intangible. Si c'était le cas, Hayek dériverait vers le jusnaturalisme. En outre, il insiste sur la **nécessité d'améliorer continuellement le contenu de cette tradition**. Mais, étant donné que l'on ne peut espérer (re)construire à neuf dans son ensemble, tout un système de règles de conduite, toute critique et tout effort pour perfectionner des règles particulières doit opérer à l'intérieur d'un cadre de valeur données qui, pour répondre au but recherché, doit être considéré comme dispensé de justification.

Ce mécanisme, Hayek l'appelle « critique immanente ».²⁷ Il veut dire par là que le critère par lequel on peut juger de la convenance d'une règle particulière sera toujours quelque autre règle que, pour les besoins de la cause, il considère comme indiscutée. **En d'autres termes, le produit d'une tradition particulière peut constituer à la fois l'objet de la critique et son critère:**

« (...) la base de la critique de n'importe quel produit de la tradition doit toujours être cherchée dans d'autres produits de la tradition que nous ne voulons pas ou ne pouvons pas mettre en question ».²⁸

Hayek précise par ailleurs que l'évolution ne peut porter que sur des règles qui ne sont ni coercitives ni délibérément imposées, « des règles dont l'observation est tenue pour méritoire et que pratique la majorité mais qu'il est loisible d'enfreindre à ceux qui se sentent d'assez fortes raisons pour braver la censure de leur semblables ».²⁹

Théorie de l'Etat

A ses origines modernes, au XVIII^e siècle, de grands espoirs avaient été placés en l'Etat démocratique qui devait remplacer l'arbitraire monarchique. Ceux-ci furent déçus. Hayek dénonce d'abord **le clientélisme, le marchandage électoral, l'achat de voix dans une assemblée pour constituer une majorité** et ce en contrepartie d'un soutien réciproque pour voter une loi qui, fruit de compromis mutuel et d'échanges de bons procédés, ne satisfait personne et s'avère, dans son application, profondément inégalitaire. Hayek souligne aussi la croissance d'un énorme appareil de para-gouvernement, extrêmement dispendieux composé d'organisations patronales, de syndicats et de groupements professionnels qui sont ainsi contraints de se constituer pour « se défendre contre le risque d'être défavorisés ».³⁰

²⁷ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, pp.28-29

²⁸ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.29

²⁹ F.A. von Hayek, **Constitution de la liberté**, Litec (coll. Liberalia), Paris, 1994, pp.61-62

³⁰ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.16

Mais au-delà de cela ou plutôt à la base de cela, la source majeure du dysfonctionnement de la démocratie tient au fait qu'on **attribue au corps législatif, et donc à la majorité qui l'occupe, la double charge de confectionner les lois et de diriger le gouvernement**. Il en résulte que l'assemblée, seule instance à bénéficier de la légitimité démocratique de l'élection, en vient tôt ou tard à revendiquer le pouvoir de régler n'importe quelle question concrète selon la décision de la majorité, sans égard au contenu de cette décision.³¹ A confondre la confection des lois de juste conduite avec la direction de l'appareil du gouvernement, l'on déclenche une **transformation progressive de l'ordre spontané de la société en une organisation**.³² L'assemblée devient alors une chambre essentiellement exécutive et ce qu'elle produit sous le nom de « lois » (normes de juste conduite), ce sont en réalité des « décrets » (commandements). Le pouvoir illimité est alors la conséquence fatale de cette forme établie de la démocratie car l'on en est venu à se persuader que le « contrôle du gouvernement » par la législature démocratiquement élue remplacerait efficacement les limitations traditionnelles. Mais ce à quoi on assiste, c'est que non seulement la majorité d'une assemblée peut faire des décrets ayant force de loi mais elle peut modifier peu à peu tout le corps des lois de manière à le rendre compatible avec certaines règles d'organisations finalisées nécessaires à la réalisation des projets qui importent particulièrement à ses partisans. On peut véritablement parler d'une **colonisation de l'ordre spontané** qu'est la société **par la logique de l'organisation**.

L'idée que la majorité du peuple (ou de ses élus) devrait être libre de décréter n'importe quoi à condition de s'en trouver d'accord, et qu'en ce sens la majorité doive être considérée comme omnipotente, cette idée est étroitement liée au concept de la souveraineté populaire.³³ **Or, la prétendue nécessité logique d'un pouvoir illimité, source de toutes les autres, n'existe tout simplement pas. La croyance en celle-ci dérive de l'interprétation erronée que le constructivisme a donné de la formation des institutions humaines**, interprétation qui tente de les rattacher toutes à un inventeur initial ou à quelque autre acte délibéré de volonté. **En réalité, ce raisonnement, consistant à se prévaloir du fait qu'il n'y a rien ni personne au-dessus de la volonté du peuple, est faux**. Le concept de souveraineté est une « superstition constructiviste ». Le constructivisme a effectivement donné de la formation des institutions humaines une interprétation qui tente de les rattacher toutes à un inventeur initial ou à quelque autre acte délibéré de volonté (le contrat social par exemple). Or, la source première d'ordre social ne procède pas d'une décision délibérée mais de l'existence au sein du peuple de certaines opinions sur ce qui est bien ou mal. L'apparition de certaines règles de juste conduite qui, à la rigueur, ont précédé l'apparition du langage, a permis à des bandes dispersées de fusionner en une société. Ce sont les règles qui engendrent la société et non l'inverse. **Raison pour laquelle Hayek rejette la fiction du contrat social**.

Les conditions de soumission des hommes à l'autorité doivent être comprises comme impliquant que la contrainte ne peut être employée qu'à rendre obligatoire l'obéissance à des règles générales de juste conduite. Et sûrement pas que rien ne peut limiter la volonté du peuple. **En effet, le pouvoir ne provient pas d'une volonté que rien ne borne (appelé ici souveraineté populaire) mais bien de l'accord sur certains principes**. Il faut protéger ces principes. Dans une société, ce qui importe, ce sont les valeurs, pas les objectifs.³⁴ Parmi celles-ci,

³¹ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.43

³² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.172

³³ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.40

³⁴ Hayek considère d'ailleurs que les moyens importent plus que les fins.

le droit, la liberté et la propriété forment une « trinité indissociable ».³⁵ L'anthropologie a démontré le caractère erroné de l'idée selon laquelle la propriété aurait été « inventée ». Ce mythe a été totalement démantelé par la reconnaissance du fait que la propriété a précédé l'apparition des cultures mêmes les plus primitives.

La prétention du Parlement à la souveraineté a d'abord signifié seulement qu'il ne reconnaît aucune volonté au-dessus de lui; ce n'est que peu à peu que l'expression en vint à signifier qu'il pouvait faire n'importe quoi à son gré. Cependant, c'est le soutien de l'opinion qui crée le pouvoir et le pouvoir ainsi créé s'étend seulement au domaine que lui a consenti le peuple. Si le pouvoir sort des limites constituées par les règles sur lesquelles il y a eu contrat social implicite, il défait par là même le contrat. Il devient illégitime. Parce qu'on a oublié cela, la souveraineté du droit a fini par être confondue avec la souveraineté du parlement. La conception de la suprématie du droit devrait logiquement s'appuyer sur un concept de la loi qui la définisse par les attributs des règles et non par leur source. Mais :

« (...) aujourd'hui les législatures ne sont pas ainsi nommées parce qu'elles font des lois mais les lois sont ainsi nommées parce qu'elles émanent de législatures, quelles que soient la forme ou la matière de leur résolution » .³⁶

Lorsqu'on enseigne aux gens qu'est nécessairement juste ce sur quoi ils sont d'accord, ils s'habituent rapidement à ne pas mettre la chose en doute. On en est donc venu à définir comme juste toute mesure quelconque qu'approuve une majorité. Dans cette optique, le critère de justice n'est pas la concordance avec une règle que les gens admettent mais la source d'où émane la décision et, par conséquent, on définit erronément l'arbitraire comme ce qui n'est pas le produit d'une procédure démocratique. Mais le véritable sens du mot « arbitraire » est qu'il s'agit d'une action déterminée par une volonté que n'arrête aucune règle générale - et que cette volonté soit celle d'un seul ou d'une majorité ne fait aucune différence.

La justification pour l'attribution d'un pouvoir de contrainte, c'est qu'il est indispensable au maintien de l'ordre spontané qu'est la société; ce qui fait que tout le monde a intérêt à ce que ce pouvoir existe. Mais cette justification ne porte pas plus loin que le besoin sur lequel elle se fonde. Hayek développe cette idée sur plusieurs pages pour conclure:

« Il semble n'y avoir qu'un faible écart entre l'opinion que **seul** doit être obligatoire pour tous ce que la majorité approuve, et l'opinion que **tout** ce que la majorité approuve doit avoir cette force. Et pourtant, la transition fait passer d'une conception du pouvoir à une autre conception entièrement différente; de la conception qui confère au gouvernement des attributions limitées, nécessaires pour que se forme un ordre spontané, à la conception selon laquelle les pouvoirs n'ont pas de bornes » .³⁷

La solution consiste pour Hayek, d'une part, dans **une stricte séparation des pouvoirs:** il propose à cet effet un modèle de Constitution idéale et dans laquelle l'Assemblée législative se voit assigner une tâche unique : définir toute règle de conduite susceptible d'être appuyée par la force publique.³⁸ D'autre part, il est nécessaire que **la majorité soit astreinte à prouver qu'elle est bien convaincue que ce qu'elle décide est juste en s'engageant à appliquer constamment les règles d'après lesquelles elle agit dans ce cas particulier.** Il importe

³⁵ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.129

³⁶ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, pp.4-5

³⁷ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.8

³⁸ F.A.von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome III : L'ordre politique d'un peuple libre**, PUF, 1983, p.350

également que son pouvoir de contrainte soit limité à rendre obligatoire les seules règles auxquelles elle est disposée à adhérer dorénavant. Le critère est donc l'assentiment de la majorité à l'application généralisée de la règle prescrivant l'action considérée. Or, dans nos démocraties, une telle exigence, permettant d'assurer le règne de l'Etat de droit, n'est prévu dans aucun mécanisme institutionnel.

Formation et évolution du droit

« Le droit préexiste à la législation ».³⁹

Telle est l'idée forte inspirant toute la théorie du droit chez Hayek. Cette considération anthropologique signifie que pendant très longtemps, le droit a existé sans que personne ne songe à légiférer délibérément. Par conséquent, le droit n'a pas été « inventé » par quelqu'un. Hayek va jusqu'à dire que, à la limite, **ces règles pourraient même être antérieures au langage**. Les « règles » à cette époque se réduisaient à des **comportements, des propensions ou dispositions à agir ou à ne pas agir se manifestant par ce que nous appelons des « pratiques » ou « coutumes »**.⁴⁰ Sur une bonne dizaine de pages, Hayek nous fournit des illustrations tirées de l'éthologie et de l'anthropologie. L'idée qu'on en dégage, c'est que la formulation du droit est essentiellement un travail d'explicitation de ce qui existe déjà à l'état implicite. La fonction des différents agents juridiques (juges, législateurs, juristes), amenés à formuler explicitement des règles de droit, sera moins d'ailleurs d'explicitier l'ensemble des règles en vigueur que de rappeler la règle qui s'applique en telle circonstance (lorsqu'il y a doute) ou pour résoudre un litige.

Il y a donc une sorte de **prééminence de l'implicite sur l'explicite, une subordination du conscient au méta-conscient**: Hayek reste ainsi cohérent avec l'idée, exposée plus haut, selon laquelle l'homme obéit plus ou moins inconsciemment à des règles que, à la limite, il ne pourrait même pas verbaliser. Cette idée ruine la conception positiviste qui considère que le droit est seulement ce que le législateur a énoncé. Poursuivant sa réflexion, Hayek en vient à considérer que non seulement le droit est plus ancien que la législation mais l'autorité du législateur et de l'Etat dérive des conceptions préexistantes de la justice. Toute loi se déploie à l'intérieur d'un « cadre » (framework) de règles de justice reconnues par tous mais souvent non formulées: « (...) l'ensemble du processus de développement, de changement et de l'interprétation du droit deviendrait totalement inintelligible si nous refusions de reconnaître l'existence d'un cadre de telles règles non formulées desquelles le droit formulé reçoit son sens ».

Ainsi, contrairement à l'idée répandue selon laquelle tout droit découle de l'autorité, il faut au contraire affirmer que toute autorité découle du droit; non pas en ce sens que la loi désignerait l'autorité mais en ce sens que **l'autorité est obéie parce qu'elle fait appliquer (et aussi longtemps qu'elle l'applique) un droit présumé exister en dehors d'elle et fondé sur l'opinion diffuse de ce qui est juste**.⁴¹ A l'encontre de toute théorie du contrat social et de tout positivisme juridique, il est faux qu'une autorité politique se constitue d'abord et instaure des lois.

³⁹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.87

⁴⁰ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.91

⁴¹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.114

Aux débuts du droit, avant le développement de l'activité législative - bien postérieure à l'émergence des premiers Etats - **le droit a été perçu comme essentiellement stable**: dans toutes les civilisations antiques, nous trouvons une « loi » qui ne change pas. Ce n'est pas par hasard que nous employons encore le terme loi pour des règles invariables. Tous les fameux législateurs antiques depuis Ur-Nammu et Hammurabi jusqu'à Solon, Lycurgue et les auteurs des Douze Tables de Rome, Justinien à Byzance ne visaient pas à créer un droit nouveau, mais simplement énoncer ce que le droit était et avait toujours été. Ces lois étaient conçues comme quelque chose qui existait « indépendamment des volontés humaines »⁴² et donc ce n'était pas une législation instituée par l'autorité politique. Le Code Justinien, en particulier, qu'on tient parfois pour paradigmatique à ce niveau (législation souveraine d'un empereur), n'est en réalité rien d'autre que la codification d'une expérience juridique que les Romains ont constituée peu à peu. En clair, ce n'est pas Justinien l'auteur du Code.

Hayek parle aussi de la naissance et du développement du « jus gentium » ou droit des marchands et les usages des ports et des foires. Il construit d'ailleurs un mythe fondateur qui rivalise en beauté et en crédibilité avec le meurtre du père freudien et le contrat naturel des jusnaturalistes:

« Peut-être pourrait-on même dire que la formation de règles universelles de conduite n'a pas commencé dans la communauté organisée de la tribu mais plutôt avec le premier cas de **troc muet** lorsqu'un sauvage plaça quelque offrande à la frontière d'un territoire tribal, dans l'espoir qu'un don correspondant lui serait fait en retour par le même procédé; ce qui inaugurerait une nouvelle coutume ».⁴³

Le droit anglais, lui aussi, résulte d'un processus cumulatif. Contrairement à une croyance très répandue et consécutive à une erreur de Montesquieu, la **liberté des Britanniques, si admirée au XVIII^e par le reste de l'Europe, ne fût pas originellement le fruit de la séparation entre le législatif et l'exécutif.** Ce fût plutôt la conséquence du fait que la **loi qui gouvernait les décisions des tribunaux était le droit coutumier, une loi dans le domaine de laquelle le Parlement n'intervenait que rarement** et surtout pour éclaircir les points douteux dans le cadre d'un corps de droit donné.

« L'on pourrait même dire qu'une forme de séparation des pouvoirs s'était développée en Angleterre non pas parce que la législature seule faisait la loi mais parce qu'elle ne la faisait pas: parce que le droit était exprimé par des tribunaux indépendants du pouvoir qui organisait et dirigeait le gouvernement, du pouvoir précisément exercé par ce qui fut malencontreusement appelé le législatif ».⁴⁴

La prédilection du penseur autrichien pour le droit anglais va de pair avec la tradition dans laquelle il s'inscrit et que nous avons examinée plus haut.

Une étape ultérieure fût franchie lorsqu'on assista à **l'intervention du pouvoir politique dans la confection des lois.** Hayek précise que l'idée de la loi comme produit d'une volonté humaine délibérée avait déjà été développée dans la Grèce antique (cfr les premiers conflits, dans la démocratie athénienne entre la volonté sans entraves du peuple « souverain » et la tradition de la suprématie du droit) mais son influence sur la pratique politique effective était resté limitée. Il faudra attendre l'émergence des premières monarchies absolues pour voir progressivement se

⁴² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.88

⁴³ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.99

⁴⁴ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, pp.102-103

développer la volonté de formuler de nouvelles règles de juste conduite et ce dans le giron de ce pouvoir beaucoup plus ancien qu'est celui d'organiser et diriger l'appareil du gouvernement. **Le droit devenait ainsi un instrument aux mains des hommes dont ils pouvaient faire désormais le pire comme le meilleur usage.**

Ceci permet de comprendre que, selon Hayek, une loi n'est pas nécessairement une règle de juste conduite.⁴⁵ **Elle peut en avoir usurpé le titre.** De même, **lorsqu'on parle de « législation », on entend souvent par là la mise en forme de règles universelles de juste conduite.** Mais de telles règles de juste conduite ne sont manifestement pas « exécutées » par le pouvoir exécutif, elles sont appliquées par les tribunaux aux litiges particuliers que l'on porte devant eux; ce que l'exécutif devra exécuter ce sont les décisions des tribunaux. C'est seulement lorsqu'on évoque des dispositions impératives ayant « force de loi » au second sens, à savoir des actes législatifs qui n'établissent pas des règles de juste conduite mais donnent des directives au gouvernement, que « l'exécutif » devra faire en sorte que ce que la législature a décidé soit mis à exécution. **Il ne s'agit pas alors de l'exécution d'une règle** (ce qui, on l'a vu, n'a pas de sens) **mais de l'exécution de directives émanant de la « législation ».** Ainsi le terme législation fut vidé de sens par le fait que tout ce que décide une législature fût peu à peu appelé loi. La loi doit normalement être formulée en termes généraux et ne pas s'immiscer dans les cas particuliers. La conception initiale de séparation des pouvoirs fut battue en brèche au XIX^e siècle lorsque les conceptions des philosophes radicaux et particulièrement celles de Bentham réclamant pour la législature « l'omnicompétence », amenèrent James Mill à « remplacer l'idéal du gouvernement soumis à la loi par l'idéal d'un gouvernement contrôlé par une assemblée populaire, libre de prendre n'importe quelle décision que cette assemblée approuverait ».⁴⁶

Jurisprudence et Législation

Qu'est-ce que le droit ? Au sens large c'est « l'ensemble des règles de conduite à la faveur d'un processus évolutif et qui assurent de facto un ordre social spontané ». Cet héritage culturel, ce produit hautement élaboré et complexe de la plus récente période de l'évolution sert et conditionne la formation d'un ordre des actions spontanées. **La loi assurément ne sert aucune intention mais une multitude d'intentions différentes d'individus distincts.** Ce n'est donc pas un moyen vers un but mais simplement une condition de la poursuite efficace de la plupart des objectifs.

Le **droit** permet d'assurer et d'accroître au maximum la prévisibilité des décisions judiciaires. En d'autres termes, il **sert à prévenir les conflits.** C'est pour cela que notre conception de la justice ou de l'injustice d'une règle n'est pas simplement affaire « d'opinion » ou de « sentiment » mais qu'elle « dépend des exigences d'un ordre existant auquel nous devons être loyaux »⁴⁷ et que cet ordre, dans des situations nouvelles, ne peut être maintenu que si les règles anciennes sont modifiées ou une règle nouvelle ajoutée. Le droit est un **processus en continue évolution.** Chaque nouvelle étape dans ce processus découle des problèmes qui surgissent quand les principes posés par des décisions antérieures (ou implicites dans ces décisions) sont appliqués à des circonstances qu'on ne prévoyait pas alors. Le juriste individuel, immergé dans ce processus, n'a pas pleinement conscience des implications de ses décisions. Qu'il agisse comme juge ou comme rédacteur d'un texte de loi, le cadre de conceptions générales dans lequel il doit insérer sa décision lui est imposé, et sa tâche est d'appliquer ces principes

⁴⁵ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.166

⁴⁶ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.115

⁴⁷ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.139

généraux de droit, non de les discuter. **« Il est de l'essence de la pensée juridique et des justes décisions, que le juriste s'efforce de rendre le système cohérent ».**⁴⁸

Cependant, il ne faudrait **pas en déduire que le juriste est essentiellement conservateur**. Certes, il arrive que la profession juridique dans son ensemble en vienne à neutraliser totalement l'intention du législateur et, en ce sens, le système restera inchangé. Il se peut aussi que les magistrats, gagnés par une nouvelle philosophie du droit en contradiction avec la majeure partie de lois existantes, deviennent par les mêmes habitudes et les mêmes techniques, tout aussi généralement et inconsciemment, une force révolutionnaire aussi efficace pour transformer le droit jusque dans les moindres détails qu'ils ne l'étaient précédemment pour le maintenir inchangé. Ce processus pourra conduire soit à une désintégration de tout le corps de droit soit à un nouvel équilibre.

L'office du juge

L'ordre social spontané émerge grâce au cadre abstrait du nomos. On conçoit alors que **l'institution judiciaire, qui sanctionne les manquements au nomos, soit un organe essentiel de l'ordre spontané de la société**. Hayek va plus loin et dit que **c'en est l'organe propre par excellence. Il n'y a pas d'ordre spontané sans droit et pas de droit sans institution judiciaire**. Hayek s'emploie à **différencier la tâche du juge de celle d'un chef d'une organisation**.⁴⁹ Ce dernier doit décider d'une action à entreprendre pour parvenir à un but. Tel n'est pas le cas du juge qui n'a pas à se soucier de ce qu'une autorité quelconque veut qu'il soit fait dans un cas donné mais de ce que des personnes privées ont des raisons légitimes d'escompter. A la différence d'un surveillant ou d'un inspecteur, un juge n'a pas à examiner si certains ordres ont été exécutés ou si chacun a bien rempli la tâche propre qui lui a été assignée. Bien que le juge puisse avoir été désigné par une autorité supérieure, son devoir ne sera pas d'imposer la volonté de cette autorité mais de régler les disputes qui pourraient perturber un ordre régissant.

La raison d'être de la fonction judiciaire est, en résumé, de **« maintenir un ordre permanent des actions »**.⁵⁰ Il doit ainsi être **conservateur en ce sens qu'il ne peut être au service d'un ordre déterminé par les objectifs particuliers de l'autorité et non par les règles de conduite individuelle**. Il est **impartial en ce sens qu'il ne peut veiller aux intérêts de personne**: pas plus à ceux des particuliers qu'aux groupe de particuliers ou qu'à la raison d'Etat.

C'est en ce sens qu'Hayek considère que le **socialisme est une « révolte contre la justice impartiale »**.⁵¹ Cela dit, le juge n'est conservateur que dans le sens où il préserve l'ordre abstrait du droit mais dans la mesure où il ne peut faire prévaloir aucun attachement à la situation des particuliers, **il préside à la mobilité sociale et économiques car l'ordre en lui-même est dynamique, très mobile et en son sein les situations des uns et des autres ne cessent de se modifier**. Dans un ordre, les règles sont d'autant meilleures qu'elles guident bien les pronostics.

Dès lors que les individus agissent en accord avec les règles, **il n'est pas nécessaire qu'ils soient pleinement conscients de leur contenu**. Il suffit qu'ils sachent en

⁴⁸ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.78

⁴⁹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.116

⁵⁰ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.118

⁵¹ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.145

quoi consistent ces règles et par quels mots on les exprime. Dans des circonstances moins habituelles, là où leur « savoir agir » ne fournit plus un guide sûr, il leur faudra recourir à des hommes supposés en savoir davantage quant aux règles établies en vue de préserver la paix et éviter les querelles. En ce cas, le juge ne sera pas libre de prononcer n'importe quelle règle qui lui plaît. Les règles qu'il énonce devront combler un vide déterminé dans le système de règles. Mais bien que les règles de juste conduite, soient, dans un premier stade le produit d'une croissance spontanée, leur perfectionnement graduel demandera les efforts délibérés du juges (ou autres juristes) qui amélioreront le système existant en posant des règles neuves. **A cet égard, l'institution judiciaire bénéficie d'un véritable privilège épistémologique dans la tâche consistant à découvrir ce qu'est objectivement le juste.** Dans un Etat de droit stable, c'est en effet normalement à elle et à elle seule que « remontent » les litiges. Les défauts ou les lacunes du système affleurent dans ces situations. De plus, l'institution judiciaire conserve la mémoire du contentieux et c'est donc elle qui est en situation de discerner le mieux l'effet dommageable que, dans tels types de situations, tels types de règles ont pu créer. « L'institution judiciaire d'où part la formulation des règles et où reviennent les litiges, est ainsi située objectivement à l'endroit pertinent sur la « boucle » de la causalité circulaire constitutive de l'ordre spontané de la société ».

Seules les « actions affectant autrui »⁵² peuvent faire l'objet d'une action en justice. La loi ne peut évidemment pas prohiber toutes les actions qui pourraient nuire à autrui; non seulement parce que personne ne peut prévoir tous les effets d'une action quelconque mais aussi parce que la plupart des modifications que les circonstances peuvent inciter à apporter à un plan individuel auront des chances d'être désavantageuses pour quelqu'un d'autre. De plus, il est même essentiel à la préservation d'un ordre spontané que certains dommages soient causés à autrui en connaissance de cause: la loi n'interdit pas par exemple d'ouvrir un nouvel établissement industriel ou commercial. **Comme certaines attentes habituelles sont toujours en conflit avec d'autres, le juge sera constamment amené à décider quelles sont celles qu'il doit reconnaître comme légitimes.** Il suffit d'imaginer les conséquences d'une situation où toute personne serait tenue de continuer de faire ce que les autres ont l'habitude d'attendre d'elle, pour voir que le résultat serait à brève échéance l'effondrement de l'ordre tout entier.

Sur la question cruciale de l'interprétation, Hayek estime que les décisions judiciaires peuvent être plus prévisibles si le juge n'est pas moins tenu par les idées généralement admises sur ce qui est juste que lorsqu'il est cantonné, pour prendre sa décision, dans le cercle des opinions reçues qui ont trouvé une expression dans la loi écrite. L'opinion, joue donc, dans la fonction de juger, un rôle primordial. Hayek note que la plupart des cas où des décisions judiciaires ont heurté l'opinion publique et déçu les pronostics communs, ce fut parce que le juge s'était senti obligé de coller à la lettre de la loi écrite.⁵³ **Un système de droit qui se développerait par un pur travail de doctrine fondée sur la logique pourrait aboutir à des productions coupées du réel, comme toute théorie scientifique qui ne recourait jamais à l'expérience.** Dans son opération de jugement, le juge doit témoigner d'un rationalisme critique par opposition au rationalisme constructiviste examiné plus haut. Bien souvent, ce sera une intuition plutôt qu'un raisonnement systématique qui le guidera vers la solution. Cela ne veut pas dire que les facteurs décisifs dans la détermination des résultats sont plus sentimentaux que rationnels. Il doit s'en tenir à la décision seulement s'il peut la défendre rationnellement contre toutes les objections qu'on peut lui opposer.

⁵² F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.121

⁵³ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.141

Nous venons de voir que par la position qui est la sienne, le juge exerce un rôle épistémologique dans l'ordre spontané. Inspiré par les débats à l'œuvre dans cette discipline philosophique, Hayek a approfondi cette question dans une direction assez originale. Le correspondant juridique de la « critique immanente » de la tradition, Hayek l'a baptisé « **test négatif d'injustice** ».⁵⁴ Le positivisme juridique et le constructivisme politique sont fondés sur l'idée qu'il n'y **pas de justice objective et qu'ainsi la seule manière pour éviter que la justice se réduise aux valeurs et préjugés de chacun, c'est de parvenir à une définition conventionnelle du juste**. Par rapport à cette position, Hayek admet certes qu'il n'y a pas de critère objectif positif du juste mais cela ne signifie pas pour lui que la justice ne puisse être déterminée objectivement.

Ainsi, si l'on essaye de comprendre ce que fait un agent juridique tel que le juge, quelle question récurrente il se pose à chaque nouvelle affaire soumise au tribunal, on constate qu'il essaie de faire en sorte que l'arrêt qu'il va prendre rétablisse l'ordre qui a été troublé. Il tente avant tout d'éviter d'introduire dans le droit, par son jugement, une règle nouvelle, à partir de laquelle le public inférerait **qu'un certain comportement est désormais licite, et qui, compte tenu de l'ensemble des autres règles valides, rendrait impossible l'ajustement mutuel des anticipations**. C'est là un **test négatif**. **Négatif, ce test n'en est pas moins objectif car il porte sur un ordre social qui existe déjà, objectivement, sous la forme de la tradition des règles morales et juridiques. Cet héritage de règles s'impose comme un « donné » dont nul ne peut faire qu'il n'ait pas été ou qu'il soit autre qu'il n'est**. Ce donné ne peut être bouleversé arbitrairement selon la subjectivité des uns et des autres. La règle ainsi généralisée peut être considérée comme objectivement juste. Le test scientifique de la justice est donc le test négatif de généralisation de la règle.

Hayek a ainsi recours au critère kantien: « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle » La référence à Karl Popper est évidente elle aussi : il y a un parallèle marqué entre cette façon de voir les règles de justice comme des prohibitions sujettes à un test négatif et la conception selon laquelle le critère de détermination des lois scientifiques réside dans l'échec des efforts persistants pour les démentir; **test qui en dernière analyse s'avère être celui de la cohérence interne du système total**. Nous pouvons toujours uniquement nous rapprocher de la vérité (ou de la justice en l'occurrence) en éliminant de façon persistante le faux et l'injuste mais nous ne pouvons jamais être sûrs d'avoir atteint le bout de la vérité ou de la justice.

Le rôle du législateur

Hayek souligne le fait que **le droit, laissé aux seules mains des juges, risque de bourgeonner dans des directions très indésirables**.⁵⁵ Lorsque cela se produit, le recours à la législation peut être la seule issue permettant la correction nécessaire. Diverses raisons motivent ce type d'intervention. La première tient au fait que le développement de la jurisprudence est, sous certains aspects, une sorte de voie à sens unique, elle peut difficilement « revenir en arrière » d'elle-même quand elle s'est engagée sur un mauvais chemin ou du moins ne peut le faire assez vite. Il se peut même que certaines de ses règles soient franchement mauvaises. Par conséquent, ses qualités n'impliquent pas que nous puissions nous dispenser de la législation. Une autre raison tient au fait que le cours du développement judiciaire du droit est graduel par nécessité et peut s'avérer trop lent pour réaliser une adaptation rapide, jugée souhaitable, de la loi à des

⁵⁴ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome II : Les mirages de la justice sociale**, PUF, 1982, p.50

⁵⁵ F.A. von Hayek, **Droit, Législation et Liberté. Tome I : Règles et Ordre**, PUF, 1980, p.106

circonstances entièrement nouvelles. En ce cas, il est désirable que la nouvelle règle soit connue avant d'être appliquée. Ceci ne peut être réalisé que par la promulgation d'une règle nouvelle qui ne sera applicable qu'à l'avenir. Le législateur intervient hors contentieux: il peut se permettre de poser des règles qui seront rendues valides à partir d'un certain moment déterminé et ces règles pourront être réputées connues avant d'être appliquées.

La **nécessité des changements** en question peut provenir de causes diverses. Elle peut, on l'a dit, être rendue nécessaire par **certains développements erronés** mais Hayek précise que la cause la plus fréquente est probablement que le développement du droit s'est trouvé aux mains des membres d'une classe particulière dont les idées traditionnelles leur font considérer comme juste quelque chose qui ne répond pas aux exigences plus générales de la justice. Cette catégorie sociale privilégiée sera par exemple celle des propriétaires, des créanciers mais aussi, plus tard, les salariés, les locataires ou les débiteurs. Il faut, par la législation, rétablir l'équilibre. C'est également au législateur qu'incombe la confection des règles régissant les organisations et notamment celles concernant le gouvernement et les institutions publiques.

Non seulement la loi doit être formulée en termes généraux mais, en outre, elle ne doit pas s'immiscer dans les cas particuliers. Le drame actuel, on l'a dit, c'est la transformation progressive du droit privé en droit public par la législation « sociale ». Le souci originel d'éliminer une discrimination due à l'influence prépondérante de certains groupes sur la formation du droit à favoriser outrancièrement les catégories précédemment victimes de l'injustice. Or, la justice n'a pas à considérer les conséquences des transactions mais à vérifier que les transactions elles-mêmes ont été loyales. Par la suite, la législation « sociale » consista en la fourniture publique de certains services particulièrement importants pour quelques minorités infortunées. Cela, dit Hayek, reste compatible avec le respect des règles générales de conduite. Mais il est une troisième sorte de législation « sociale ». Elle consiste à diriger l'activité privée vers des fins particulières et au profit de certains groupes. Cette poursuite de la « **justice sociale** » (dont nous verrons, dans le second volume tout le mal que Hayek en pense) **a forcément conduit les gouvernements à traiter le citoyen et ses biens comme un outil de l'administration. D'où la transformation du droit, c'est-à-dire le remplacement progressif du droit privé visant à coordonner les activités individuelles en un droit public de subordination.**

A confondre la confection des lois de juste conduite avec la direction de l'appareil gouvernemental, on déclenche une transformation progressive de l'ordre spontané de la société en une organisation.

Contributeur : Corentin de Salle