

Les Cahiers de droit



F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, volume 2, « *Le mirage de la justice sociale* », Paris, Presses universitaires de France, 1981, 221 p., ISBN 2-24038-061-82, 95 FF.

Ivan Bernier

Volume 28, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042819ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042819ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Bernier, I. (1987). Review of [F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, volume 2, « *Le mirage de la justice sociale* », Paris, Presses universitaires de France, 1981, 221 p., ISBN 2-24038-061-82, 95 FF.] *Les Cahiers de droit*, 28(2), 461–462.
<https://doi.org/10.7202/042819ar>

Chronique bibliographique

F.A. HAYEK, **Droit, législation et liberté**, volume 2, « **Le mirage de la justice sociale** », Paris, Presses universitaires de France, 1981, 221 p., ISBN 2-24038-061-82, 95 FF.

Mal connu au Québec, l'ouvrage en trois volumes de F.A. Hayek intitulé *Droit, législation et liberté* s'inscrit dans ce courant de pensée néo-libérale qui s'est imposé avec force ces dernières années dans la plupart des pays occidentaux. Connaissant l'engouement des gouvernements canadien et québécois pour la dénationalisation et la déréglementation, on se serait attendu à ce que nos juristes, pourtant concernés d'assez près par un tel développement, soient plus au fait de la pensée de ce lauréat du prix Nobel et maître à penser de la philosophie politique et juridique néo-libérale actuelle. Mais il est vrai que ce dernier, en se situant au niveau de la philosophie du droit, à la jonction plus précisément de la politique, de l'économie et du droit, ne facilitait guère les choses. Et au surplus, opposant acharné du positivisme kelsenien, il se démarquait trop nettement de la pensée juridique dominante pour être facilement accessible. Peut-être dans quelques années se rendra-t-on compte de l'importance qu'il y a lieu d'accorder à la pensée de F.A. Hayek, que l'on soit ou non d'accord avec celui-ci. Entre temps, les plus récents ouvrages traitant des principaux courants de la philosophie du droit n'hésitent déjà plus à lui accorder une place de première importance. Et comme pour bien montrer qu'entre la pratique du droit et la philosophie du droit, la distance n'est jamais si grande, le juge Jacques de la Cour d'appel du Québec, dans *Irwin Toys Ltd c. Le Procureur général du Québec*¹ un tout récent arrêt portant sur la « liberté

d'expression commerciale » n'hésite pas lui aussi à citer assez largement Hayek.

Globalement parlant, le point de vue qu'exprime l'auteur dans ces trois volumes réunis sous le titre général de *Droit, législation et liberté* est le suivant. Empruntant à certaines conceptions historiques du droit, Hayek distingue entre deux types d'ordre social, un ordre spontané et un ordre surimposé, et met en garde contre ce qu'il considère comme une dangereuse tendance à ne reconnaître comme droit que les règles définies et appliquées par l'État. Convaincu que le droit ne peut véritablement s'imposer que comme reflet de normes spontanées préexistantes, il dénonce en particulier l'idée, chère aux positivistes, qu'une quelconque planification sociale puisse être réalisée par le droit. L'ordre spontané par excellence, à son avis, étant celui défini par les règles du marché, Hayek aboutit à lier de façon indissociable le droit, la liberté individuelle et la propriété privée, ne réservant à l'État, comme seul champ d'intervention législative, que les lois de police en général, la structuration et le contrôle du gouvernement, la correction des défaillances du marché et la fourniture de certains services particulièrement importants pour quelques minorités infortunées.

Dans le second volume de sa trilogie, le professeur Hayek s'attaque de façon plus particulière à ce qu'il qualifie de « mirage de la justice sociale ». Que l'on soit d'accord ou non, encore une fois, avec l'orientation générale de sa pensée, force est de reconnaître qu'en remettant en cause la notion même de justice sociale, ce dernier nous oblige à préciser notre propre pensée sur le sujet. Contrairement aux positivistes, il ne nie pas que l'idée de justice serve de fondement et de limitation indispensable à toute loi : pour lui, toutefois les règles de juste conduite se ramènent essentiellement à des prohibitions

1. [1986] R.J.Q. 2441.

de conduite injuste. Dans cette perspective, écrit-il, « la fonction principale des règles de juste conduite est ainsi de dire à chacun ce sur quoi il peut compter, quels objets matériels ou services il peut utiliser pour ses projets, et quel est le champ d'action qui lui est ouvert » (p. 44). Ces règles opèrent donc, non pas en « assignant directement certaines choses à des personnes désignées, mais en rendant possible de déduire, à partir de faits vérifiables, que telles et telles choses appartiennent à telle personne » (p. 44-45). À partir d'une telle vision des choses, on comprendra plus facilement qu'il en arrive par la suite à affirmer que la justice sociale n'est pas du ressort du droit et que toute tentative d'en faire un objectif légitime de cette discipline est condamnée à l'échec.

Le problème, considère Hayek, c'est que l'imagination publique a été conquise par cette notion de justice sociale, créant ainsi une incitation chez les gouvernants à poursuivre ce qui à ses yeux n'est qu'un fantôme dangereux susceptible de conduire au totalitarisme. La citation suivante résume clairement l'essentiel de sa pensée sur le sujet : « Parce que les peuples ont cru qu'ils pourraient ainsi réaliser quelque chose appelé "justice sociale", ils ont remis aux mains de leurs gouvernements des pouvoirs que les dirigeants ne peuvent maintenant refuser d'employer, pour satisfaire les revendications d'une foule toujours accrue d'intérêts particuliers qui ont appris à se servir du "sésame ouvre-toi !" de la justice sociale » (p. 81). On retrouve là évidemment une des affirmations majeures de la pensée néo-libérale.

Pour contrer une telle tendance et donner véritablement à chacun une chance égale, il faut revenir à l'ordre du marché. Malheureusement, la démonstration d'Hayek sur ce point n'est pas aussi explicite qu'on pourrait le souhaiter, et surtout ne répond pas de façon satisfaisante à certaines critiques sérieuses. On peut facilement objecter par exemple que le libéralisme tel que l'entend Hayek contribue lui-même à assurer le triomphe de certains intérêts particuliers. Conscient du problème, ce dernier consacre de fait une bonne partie

du reste de son volume à faire ressortir la nature réelle de l'ordre du marché.

Ultimement, Hayek en arrive à la conclusion qu'une bonne société en est une où les chances de tout membre pris au hasard sont vraisemblablement aussi grandes que possible, le rôle du droit étant d'ouvrir des chances et non de déterminer des résultats particuliers. Mais encore là, l'impression demeure qu'en limitant ainsi le rôle du droit, on ne fait qu'ouvrir la porte à des abus. Entre le libéralisme de Locke et l'absolutisme de Hobbes, un moyen terme n'est-il pas possible ? Le plus curieux est qu'à certains égards, la philosophie juridique néo-libérale de Hayek se rapproche étrangement de la philosophie juridique néo-marxiste de Roberto Unger, maître à penser du « *Critical Legal Studies Movement* », l'un et l'autre tendant à restreindre le rôle du droit issu de l'État. Mais n'a-t-on pas déjà dit que les extrêmes se touchent ?

Ivan BERNIER
Université Laval

LÉO DUCHARME, **Précis de la preuve**, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 317 p., ISBN-2-89127-053-3.

LÉO DUCHARME, **L'administration de la preuve**, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 264 p., ISBN 2-89127-052-5.

L'étude des règles de preuve sous le titre de « droit judiciaire » tend à faire oublier que la preuve est d'abord un problème de fond, c'est-à-dire de droit substantif, avant d'être un problème procédural. Dans la troisième édition de son *Précis de la preuve*, Léo Ducharme continue à dire : « Il y a deux sortes de règles de preuve : les règles de fond et les règles de procédure » (p. 2). C'est aux premières qu'est consacré ce précis. C'est aux secondes que l'auteur consacre un second volume intitulé *L'administration de la preuve*. Dans ce second volume l'auteur dit de façon plus exacte : « Dans la conception civiliste du droit de la preuve, on