



HAL
open science

Réponse d'un faux 'politiste' à un vrai juriste

Jean Pascal Chazal

► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Réponse d'un faux 'politiste' à un vrai juriste. Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation , 2014. hal-03568499

HAL Id: hal-03568499

<https://sciencespo.hal.science/hal-03568499>

Submitted on 12 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REPONSE D'UN FAUX « POLITISTE » A UN VRAI JURISTE

Jean-Pascal CHAZAL
Professeur des Universités, Ecole de droit de Sciences Po

Mon éminent et cher collègue Louis d'Avout avait toute liberté pour dire tout le bien qu'il pensait de la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-DC du 27 mars 2014. Il a choisi, plutôt que de publier un article ou un commentaire, d'exprimer sa position au moyen d'une réponse à l'opinion que j'ai moi-même publiée dans les colonnes du Recueil Dalloz¹. Cet exercice particulier impose des contraintes, au premier rang desquelles se trouve le devoir de ne pas trahir ni caricaturer le texte auquel on prétend répondre. Or, je constate à la lecture de sa réponse que mon collègue d'Avout s'attaque à une thèse qu'il a construite de toute pièce, en me faisant dire ce que je n'ai jamais écrit. Le procédé est trop grossier pour être vraiment pris au sérieux et je tiens immédiatement à rassurer mon collègue : je ne suis pas un Grand Inquisiteur portant la tunique blanche et noire de l'ordre des dominicains (même si je confesse avoir lu Thomas d'Aquin), ne pratique pas la chasse aux sorcières (aux insectes tout au plus, et seulement aux beaux jours), l'idée ne m'a jamais traversé l'esprit d'envoyer quelque chose ou quelqu'un sur un bûcher (sauf peut-être les vanités) et les seules questions auxquelles j'ai jamais soumises quelqu'un sont d'ordre intellectuel. Espérant avoir ainsi rassuré mon savant collègue, je tiens à rectifier certains propos qu'il m'a imprudemment prêtés, probablement emporté par sa passion et une certaine irritation, que l'on voit poindre çà et là dans quelques formules bien frappées mais inappropriées. Je profiterai de l'occasion pour tenter de poser autrement le débat afin de montrer ce qu'il révèle d'intéressant sur la manière dont le droit se pense.

Tout d'abord, je n'ai jamais écrit que je souhaitais supprimer ou abroger la liberté d'entreprendre. Je n'ai pas davantage écrit qu'elle était « exorbitante ». Je rejoins donc sans réserve mon éminent collègue, lorsqu'il rappelle que cette liberté n'est pas absolue, mais qu'elle doit être conciliée avec d'autres libertés, droits ou principes constitutionnels. Toute la difficulté, et c'est là que réside notre désaccord, est de savoir comment cette conciliation s'effectue, quels sont les intérêts qui prévalent et ceux qui sont sacrifiés. Pour mon collègue d'Avout il est inconcevable de confier le sort de l'entreprise en d'autres mains que celles des actionnaires, seuls décisionnaires en dernière instance, comme si cela était dans la nature des choses ; je préfère, quant-à-moi, adopter une position plus mesurée consistant à essayer de penser l'entreprise comme un lieu où convergent des intérêts parfois divergents qu'il faut s'efforcer de concilier, ceux du capital, mais aussi ceux du travail, et aussi l'intérêt général, ou encore l'environnement, etc., autant d'enjeux cruciaux étouffés par la sacralisation de la liberté d'entreprendre et de la propriété. Or cette sacralisation n'est pas neutre, mais gardienne d'un certain ordre économique et social, de certaines valeurs qui, dans une démocratie doivent être l'objet d'un débat public. A ce débat, le Conseil constitutionnel, ni aucune autre institution de la République, ne saurait échapper, surtout s'il décide, comme cela semble être le cas depuis quelques années, de s'éloigner d'un contrôle restreint de la loi (qui caractérise

¹ J.-P. Chazal, Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, D. 2014, 1101 ; L. d'Avout, La liberté d'entreprendre au bûcher ?, Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, D. 2014, 1287.

certaines de ses décisions, comme l'a justement rappelé Louis d'Avout dans son texte) pour tendre vers un contrôle beaucoup plus actif en utilisant des notions dont la signification est indéterminée a priori.

Il m'est, ensuite, imputé la nostalgie de doctrines plus que centenaires (celle de Lévy et celle de Josserand, abusivement assimilée l'une à l'autre). Je me demande d'où peut bien venir ce reproche, car je ne cite, dans mon article, aucun de ces auteurs. Je mentionne en revanche Ripert, que l'on ne peut guère soupçonner de complaisance socialiste et qui développait, comme j'ai tenté de le rappeler, une réflexion réformatrice de l'entreprise en considérant que la direction ne pouvait en être laissée aux seuls actionnaires (passage qui a manifestement échappé à mon collègue d'Avout). Une lecture plus attentive, et moins partielle, lui aurait donc évité un contresens : je ne prône absolument pas « la sempiternelle dialectique marxiste des forces du capital et du travail ». Il faut ne jamais avoir ouvert le Capital de Marx et ignorer tout ce qui a pu s'écrire depuis un siècle et demi sur l'entreprise (principalement aux Etats-Unis il est vrai), pour affirmer une telle aberration. Mais là je dois avouer un péché (que j'espère véniel) : une tendance irrépressible à aller voir ce qui se passe outre atlantique, dans une contrée dont la culture, si l'on en croit mon collègue, serait trop éloignée de la nôtre pour que ce regard soit pertinent. Je doute qu'il s'agisse d'un « tropisme de politiste parisien »² ; j'ai seulement pensé intéressant de regarder comment un pays qui n'est pas spécialement réputé pour son communisme ou son socialisme a pu construire, à un moment de son histoire qui est pourtant souvent (mais à tort) cité pour son laissez-faire, des théories de la propriété et de l'entreprise qui rompaient, dans une certaine mesure, avec l'individualisme libéral afin de prendre en compte certains besoins sociaux. J'en profite pour reconnaître le reproche qui m'est fait de n'avoir parlé que des Etats-Unis. J'ai conscience de mes importantes lacunes, lesquelles ne m'autorisent pas à évoquer les autres droits européens que je ne connais pas suffisamment (notamment faute de parler les langues des pays concernés). Mais cette prudence méthodologique, aussi frustrante soit-elle, présente l'avantage de limiter le risque de commettre des bourdes, comme celle consistant à affirmer que les juges de la Cour suprême des Etats-Unis sont élus, alors qu'ils sont nommés.

Enfin, je n'ai pas fait le « procès d'illégitimité du concept (sic) constitutionnel », ni mis en doute la « probité intellectuelle de ses membres », pas plus que j'en n'ai appelé « à la réprobation médiatique et populaire » contre « les voies institutionnelles et procédurales qui sont celles de notre démocratie ». J'ai seulement dit (mais cela semble déjà trop !) que : 1) le Conseil constitutionnel devrait davantage motiver et donc expliquer ses décisions pour qu'elles soient mieux comprises (et le cas échéant critiquées) par le peuple, lequel incarne, encore aujourd'hui (du moins si l'on en croit la Constitution), la souveraineté et au nom de qui la justice est rendue³ ; 2) les décisions du Conseil sont nécessairement politiques (ce qui n'est pas synonyme de malhonnêteté intellectuelle mais de choix entre des intérêts

² Je ne suis ni politiste ni parisien (et quand bien même je le serai, je n'en éprouverai point de honte), ce que Louis d'Avout sait puisque j'ai eu le privilège, dans un passé pas si ancien, de le côtoyer dans cette belle université Jean Moulin de Lyon dans laquelle j'ai enseigné pendant 12 ans. Mais peut-être que, pour lui, le seul fait d'enseigner à l'Ecole de droit de Science Po me transforme de facto en politiste ?

³ Je ne vois pas en quoi j'aurai, en disant cela, une « conception particulière » de la démocratie. J'aurai aimé que mon collègue d'Avout nous en dise plus, car à première vue, il laisse à penser qu'il s'accommoderait volontiers d'une démocratie sans peuple (celui-ci étant ravalé sous sa plume à un « tribunal de l'opinion publique » et à la « communication médiatique »), ce qui pour le coup expliquerait qu'il la trouve si particulière. La question est grave, car la définition qu'il donne de la démocratie (« le propre du droit et de la démocratie est de revêtir un caractère formel, de vivre de procédures et d'institutions ») pourrait s'appliquer à la plupart des dictatures. Je persiste donc à penser qu'il existe un important problème démocratique, y compris chez ceux qui défendent une manière bien peu démocratique (mais très idéologique) de censurer la loi.

contradictoire⁴), et qu'en conséquence, les juges ne devraient pas, dans une démocratie digne de ce nom, cacher cette dimension politique derrière des principes ou notions juridiques qui n'ont rien de clair, de précis ni d'objectif. Cette plasticité (terme qui semble avoir contrarié notre collègue) n'est pas propre à la liberté d'entreprendre ou à la propriété, mais à la plupart des notions, concepts ou principes juridiques que nous manipulons chaque jour et qui n'ont pas d'essence. Je ne sais pas ce qu'est la Propriété, pas plus que je ne sais ce qu'est le Contrat, la Famille, le droit subjectif ou encore la personne juridique ; je sais en revanche qu'il existe pour chacun de ces concepts ou notions, différentes théories concurrentes ou contradictoires, qui prétendent décrire la réalité, mais qui sont aussi nécessairement prescriptives. Et c'est probablement sous cet angle que le débat peut devenir intéressant, c'est pourquoi j'aimerais prendre quelques lignes pour le poser sérieusement.

Louis d'Avout pense (mais il n'est pas le seul, sa posture est aussi celle de la grande majorité des auteurs de doctrine en France) que les concepts, notions ou principes juridiques (ou du moins si je l'ai bien compris, la propriété et la liberté d'entreprendre) sont clairs, précis et objectifs. Il y aurait donc une vérité de la technique juridique et du discours doctrinal sur le droit positif. C'est ce qui le pousse à croire à la cohérence du droit et de l'articulation des principes. Pour ma part, je ne crois pas à cette cohérence ni à ce discours de vérité. A la suite de Holmes et de bien d'autres (pardon pour cette nouvelle référence américaine), je pense que l'objectivité des concepts qui contraindrait le pouvoir du juge est un leurre, car celui-ci ne décide pas par un syllogisme formaliste consistant à appliquer la règle générale à un cas particulier (« *General propositions do not decide concrete cases* » disait Holmes dans son opinion dissidente dans la célèbre affaire *Lochner*). Les notions et concepts juridiques ne sont, à mes yeux, ni clairs ni précis, je les trouve obscurs et protéiformes. Je pense que loin de toujours s'articuler de manière cohérente les notions de propriété, de contrat et d'entreprise sont des constructions théoriques hétérogènes et plurielles qui embarquent avec elles des considérations politiques, des luttes d'intérêts, des convictions philosophiques, des croyances. Les juristes américains ont compris, dès le XIX^{ème} siècle, que la liberté, appréhendée par le prisme de la libre concurrence, jouait contre la propriété et la liberté contractuelle, et vice-versa. Ils ont donc abandonné, pour la plupart, l'illusion d'un raisonnement formaliste et déductif, pour considérer que la décision judiciaire est un processus politique (au sens de *policy* plus que de *politics*) consistant à choisir de faire prévaloir tel intérêt plutôt que tel autre (le fameux *balancing test*).

Nous arrivons ainsi au cœur d'un problème qui va bien au-delà de la décision du Conseil constitutionnel, et c'est précisément ce que je trouve intéressant dans ce débat. Nous n'avons pas les mêmes conceptions du droit. De mon point de vue, la position de mon collègue d'Avout est techniquement soutenable (politiquement c'est un autre débat), mais je peux produire plusieurs raisonnements, revêtus de la même technicité, qui aboutissent à des solutions opposées. La technique juridique, comme toute technique, fournit de magnifiques instruments qui peuvent servir à démontrer ce que l'on souhaite. Les juges le savent et parfois l'avouent⁵, seuls paraissent l'ignorer certains professeurs de droit. C'est pourquoi je trouve cette position à la fois très classique (elle est dominante encore aujourd'hui dans la doctrine française) et très naïve, voire inconséquente. Naïve car elle postule que le droit est une science

⁴ Je trouve étonnante cette posture consistant à assimiler l'objectivité à l'honnêteté et le choix politique à la malhonnêteté. Nous sommes ici face à des « alternatives mutilantes », selon l'expression d'Edgard Morin, qui servent la stigmatisation au détriment de la réflexion.

⁵ Pour se cantonner au Conseil constitutionnel et à la France, on peut citer les livres de Pierre Joxe, *Cas de conscience, Labor et Fides*, 2010 (p.159 et s.) et de Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard 2010.

qui serait séparable du politique, de l'économie, de la philosophie, alors que dans la réalité tout est mélangé, confondu, et que la technique juridique ne sert souvent qu'à habiller un choix politique afin de le présenter non comme un choix, ce qui supposerait qu'une autre solution aurait valablement pu être choisie, mais une nécessité logique. Inconséquente car tout en martelant que les concepts et notions juridiques sont objectifs et qu'il y aurait au fond une technique juridique neutre que le juge serait en charge d'appliquer, il me reproche d'être « tenté par des politiques dirigistes ou antilibérales, afin de porter remède aux troubles économiques et sociaux ». Pour le dire vite : la liberté d'entreprendre serait une notion juridique objective mais la critique de sa mise en œuvre, parce qu'on pense qu'elle protège insuffisamment d'autres libertés et droits qui peuvent apparaître comme également respectables, serait anti-libérale ! Je préfère donc une autre conception du droit et du débat. Ne croyant pas à l'objectivité (pas plus qu'aux sorcières), il me semble que la démocratie gagnerait à ce que les juristes (les juges comme les professeurs) expriment franchement leurs opinions et leurs convictions plutôt que de tenter maladroitement de les cacher derrière la technique juridique. Un peu plus de considération pour les « autres sciences » permettrait de se convaincre qu'en droit comme ailleurs il importe de « se soustraire à la naïveté objectiviste et de détruire le fantôme d'une vérité séparée de la perspective de celui qui comprend »⁶. Et puisque mon collègue d'Avout aime à se référer au temps de la Sainte Inquisition, je terminerai par une citation de circonstance : « l'ordre que notre esprit imagine est comme un filet, ou une échelle, que l'on construit pour atteindre quelque chose. Mais après, on doit jeter l'échelle, car l'on découvre que, si même elle servait, elle était dénuée de sens. (...) Les seules vérités qui servent sont des instruments à jeter »⁷.

⁶ Hans. G. Gadamer, dans C. Dutt, *Héméneutique, Esthétique, Philosophie pratique, Dialogues avec Hans-Georg Gadamer*, trad. franç. Fdes 1998, p.37.

⁷ Umberto Eco, *Le nom de la rose*, trad. franç. Grasset 1985, p.497.