

LES COMMUNAUTÉS INTERPRÉTATIVES ET LA LIBERTÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE D'ENTREPRENDRE

Olivier THOLOZAN

Maître de conférences HDR, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)

Abstract: *The Stanley Fish's concept of interpretive communities can be used to explain the legal phenomenon. The judicial review of french constitutional council was used, in 1982, to reconcile two political communities.*

La personnalité de l'américain S. Fish suscite chez un tenant de l'organisation universitaire traditionnelle européenne un sentiment de décalage. Du fait de la conception du droit et des études juridiques aux États-Unis¹, ce professeur de littérature anglaise a pu exercer sans diplômes idoines les fonctions de professeur de droit. Pourtant cela ne l'a pas empêché de faire bénéficier les étudiants juristes de sa plus large réflexion sur l'interprétation, en insistant sur le rôle des communautés interprétatives. Ses idées ont provoqué dans le milieu des études juridiques une profonde controverse. Il a été accusé de relativisme radical. À titre d'illustration significative, on peut d'abord évoquer la critique de Th. Morawetz. Ce dernier considère que la notion de communautés interprétatives est ambiguë. On ne sait si ses membres ont les mêmes stratégies interprétatives à l'égard du réel ou si ces dernières ne font que se recouper². T. Spaak oppose à Fish une auto-réfutation classique du relativisme : comment soutenir un point de vue lorsqu'on dit qu'aucun point de vue n'est plus justifié qu'un autre³? Enfin, dans son testament intellectuel, R. Dworkin prend à parti Fish pour mieux affermir sa défense de l'objectivisme moral. Il synthétise sa critique en s'exclamant :

« Pourquoi les objectifs et les présupposés d'une communauté ne sont-ils pas meilleurs que ceux d'une autre ? Pourquoi ne sont-ils pas aussi bons qu'ils pourraient l'être ? S'ils sont effectivement les meilleurs, alors ils ne sont pas simplement corrects ; les objectifs et les présupposés d'autres communautés sont alors erronés »⁴.

¹ Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La Doctrine*, Dalloz, 2004, p. 289.

² Th. Morawetz, « Understanding disagreement, the root issue of jurisprudence: applying Wittgenstein to positivism, critical theory and judging », D. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Law*, Ashgate, 2004, p. 128.

³ T. Spaak, « Relativism in legal thinking: Stanley Fish and the concept of an interpretative community », *Ratio juris*, vol. 21, n° 1, March 2008, p. 157-171.

⁴ R. Dworkin, *Justice pour les hérissons La vérité des valeurs*, Labor et Fides, 2015, p. 165.

Cette interprétation critique de Fish peut être remise en cause. Certes cet auteur est anti-fondationnaliste. À son sens, « sans représentation des origines, on peut tout de même produire des assertions, lancer des recherches, déterminer le vrai du faux »⁵. Pour autant, il estime que le « relativisme » est intenable, plus particulièrement celui qui prétend que « les présupposés et opinions d'un individu... (sont) les siens » basculant ainsi dans le « solipsisme ». L'individu n'est pas « l'origine » de ses présuppositions ; c'est au contraire « leur disponibilité préalable qui délimite par avance les voies que peuvent suivre sa conscience »⁶. Cette récusation du relativisme radical prend toute sa force, lorsque Fish prétend « dépasser la dichotomie sujet/objet » afin d'expliquer « l'accord et le désaccord »⁷ ou comment « la controverse » se résout grâce aux tentatives de tout un chacun de « persuader l'autre en rassemblant des preuves et en élaborant des arguments »⁸. Fish est ainsi conduit à dégager son concept de communautés interprétatives. Il est légitime ici de parler de concept car ce dernier remplit les fonctions conceptualisantes. Outre de généraliser, il permet d'inférer d'autres concepts, gagnant ainsi en densité. Une lecture attentive des travaux de Fish le montre facilement (I). Le concept de communautés interprétatives permet également une interprétation cohérente et riche du monde. Pour le montrer, il faut l'appliquer à un thème concret du droit. Ici, on retiendra la reconnaissance par le Conseil constitutionnel français de la liberté d'entreprendre (II). Les raisons de ce choix se justifient simplement. Le système juridique français repose depuis la Révolution française sur le légicentrisme et l'unité de l'ordre juridique. Or la réinterprétation de ce système au moyen du concept de communautés interprétatives permet de relativiser de tels fondements.

I. La pertinence du concept de communautés interprétatives dans le travail juridique

S. Fish s'est efforcé de résoudre la question du désaccord en forgeant le concept de communautés interprétatives. Il a seulement abordé de façon cursive la question du désaccord juridique. Cependant il n'est pas difficile de montrer les riches virtualités de ce concept dans un tel domaine⁹.

⁵ Postface, S. Fish, *Quand lire c'est faire L'autorité des communautés interprétatives*, éd. Les prairies ordinaires, 2007, p. 132.

⁶ S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », S. Fish, *Quand lire... , op. cit.*, p. 49

⁷ Postface précit., p. 130.

⁸ *Id.*, p. 136.

⁹ En véritable pragmatiste, Fish a reconnu le droit légitime d'employer sa pensée en fonction des propres préoccupations de recherche de l'utilisateur de ses idées (*id.*, p. 137-138).

A. Une épistémologie fondée sur la croyance

Avouant l'influence de R. Rorty, S. Fish estime que pour accéder à la connaissance, on ne peut que « travailler avec le vocabulaire dont nous disposons tout en guettant sans relâche les procédés par lesquels il pourrait être étendu et révisé »¹⁰. Il atteste ainsi de la filiation profonde de sa pensée avec la philosophie pragmatiste américaine. Il en adopte le fondement le plus essentiel. À la suite de Ch. S. Peirce et W. James, il fait des croyances le tissu de l'entendement¹¹. Il affirme l'impossibilité d'une « distance envers ses propres croyances et présupposés ». Aussi, la façon dont chacun « agit et débat » repose sur « la pleine confiance qu'assure la croyance ». Pour autant, en bon pragmatiste, Fish n'en conclut pas que tout un chacun est soumis à un credo figé. En effet, les croyances constituent des « normes et valeurs qui habilitent (la) conscience ». De ce fait, « lorsque les croyances changent, les normes et les valeurs qu'(un individu) avait acceptées sans réfléchir sont rétrogradées au rang d'opinions et deviennent l'objet d'une attention critique et analytique ». Ce changement d'état d'esprit est « habilité par un nouvel ensemble de normes et de valeurs qui restent sur le moment aussi impensées et incontestées que celles qu'elles ont déplacées »¹².

Ayant récusé le solipsisme, Fish soutient que ces croyances sont « communautaires et conventionnelles » car les catégories du raisonnement sont celles d'un « acteur à l'intérieur d'une Institution ». Celle-ci lui « lègue automatiquement sa manière de produire du sens, son système d'intelligibilité »¹³. C'est d'ailleurs grâce à ces institutions que « nous avons accès au sens public et conventionnels qu'elles produisent ». Nous sommes ainsi « les produits de schèmes de pensée¹⁴ sociaux et culturels »¹⁵. Fish précise alors la fonction de ces institutions qui

¹⁰ *Id.*, p. 137.

¹¹ Pour Peirce, « le seul fondement rationnel qu'il puisse y avoir de préférer la méthode du raisonnement aux autres est qu'elle fixe plus sûrement la croyance. » (Ch. S. Peirce, « La logique, la vérité et l'établissement de l'opinion », in du même, *Œuvres philosophiques Pragmatisme et pragmatisme*, Les éditions du Cerf, 2002, T. I, p. 167). Il affirme de façon radicale : « Nous cherchons une croyance que nous pensons vraie. Mais nous pensons que chacune de nos croyances est vraie, et le dire est réellement une pure tautologie. » (« Comment se fixe la croyance », *id.*, p. 233). W. James va dans le même sens en soutenant qu'une « hypothèse » est « tout ce qui est proposé à notre croyance ». L'hypothèse « vivante est celle qui se pose comme une véritable possibilité devant l'entendement auquel elle est soumise » (W. James, « La volonté de croire », in du même, *La volonté de croire, Les empêchements de tourner en rond*, 2005, p. 40)

¹² S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », S. Fish, *Quand lire... op. cit.*, p. 49-50.

¹³ *Id.*, p. 51.

¹⁴ Dans la version originale anglaise du texte, S. Fish utilise l'expression : « *pattern of thought* » (« How to recognize poem when you see one », S. Fish, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Harvard university press, 1980, p. 332). Le terme *pattern* signifie également modèle. Le mot schème doit donc être ici entendu au sens plein de modèle organisateur.

¹⁵ S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », *op. cit.*, p. 68-69.

servent « d'espace à l'intérieur duquel » nous appréhendons le réel¹⁶. Il les qualifie de communautés interprétatives. Là est l'essentiel de l'apport de Fish à une épistémologie pragmatiste, néo-institutionnaliste¹⁷.

B. La dynamique des communautés interprétatives

Pour Fish, chaque communauté interprétative ne se réduit pas à « un groupe d'individus partageant un point de vue » mais plutôt à « une idée ou manière d'organiser l'expérience » partagée par ses membres. Au sein de ces communautés, les cadres intellectuels sont mobilisés dans l'« entreprise communautaire » d'interprètes écrivant, « avec plus ou moins d'harmonie entre eux, le même texte bien que la ressemblance ne puisse être attribuée à une identité de texte mais à la nature communautaire de l'acte interprétatif »¹⁸. Aux yeux de Fish, chaque communauté interprétative pourrait tout aussi bien être qualifiée de « dimension d'évaluation... paradigme,... textualité,... épistémè... ou habitus ». Cette synonymie appuyée vise à révéler que « les structures discursives » ne sont pas « purement instrumentales » mais ont le statut de « données constitutives de tout – fait, vérité, valeur – »¹⁹. Ces propos rappellent Wittgenstein qui faisait reposer l'affirmation de la certitude sur « l'appartenance à une communauté dont la science et l'éducation assurent le lien »²⁰.

Fish a immédiatement pris conscience du risque de pesanteur des « contraintes intériorisées de la communauté » sur ses membres dont l'influence s'exercerait « tyranniquement »²¹. Il récuse donc tout conservatisme en affirmant que le rôle des communautés interprétatives est « plus que sociologique »²². Cette formule lapidaire s'inscrit en faux contre le déterminisme sociologique et vise à insister sur la dynamique des communautés face au changement. Pour Fish, la pensée n'est pas une « structure statique... mais un ensemble de croyances apparentées, chacune d'entre-elles pouvant exercer une pression sur l'autre dans un mouvement qui peut conduire à une auto transformation ». Cette pensée – et par extension chaque communauté

¹⁶ Postface, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷ O. Winberger, « Les théories institutionnalistes du droit », P. Amssek et G. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989, p. 69-83; E. Millard, « Sur les théories italiennes de l'institution », B. Basdvant et M. Bouvier (dir.), *Contrat ou Institution: un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 31-46; O. Tholozan, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo-institutionnalisme », *Les concepts en droit: usages et identité*, Cahiers de méthodologie juridique, PUAM, n° 26, 2012, p. 2193-2202.

¹⁸ S. Fish, *Respecter le sens commun Rhétorique, interprétation et critique en littérature et droit*, E. Story-scintia/LGDJ, 1995, p. 93.

¹⁹ Postface, *op. cit.*, p. 132.

²⁰ L. Wittgenstein, *De la certitude*, Gallimard, 1976, n° 298.

²¹ Postface, *op. cit.*, 129.

²² *Id.*, p. 136.

interprétative – apparaît comme « un projet porteur dont les fonctionnements peuvent être contraints et sont en même temps les moyens qui permettent d'altérer ces mêmes contraintes »²³. La communauté interprétative constitue donc « un moteur de changement » car ses « hypothèses » ne sont pas « un mécanisme servant à étouffer le monde mais à l'organiser pour voir les phénomènes comme s'ils étaient déjà reliés aux intérêts et aux buts qui font la communauté telle qu'elle est ». La communauté est un « travail au service de son propre projet », lui-même « transformé par son projet »²⁴. Elle est constituée par « des pratiques institutionnelles... continuellement transformées par le travail qu'elles effectuent ». L'« identité » de la communauté s'inscrit ainsi « au sein d'une continuité de la pratique »²⁵.

Fish explicite ce travail institutionnel en analysant le fonctionnement de la machinerie communautaire décrivant le réel empirique. Selon lui, toute description se voit opposer une « description concurrente ». Cette compétition s'effectue « en référence aux normes et modèles et aux procédures compris par la communauté comme pouvant être appropriés à la détermination d'un fait empirique »²⁶. Ce travail est continu car la finalité communautaire est toujours la recherche « du mieux... étant en relation avec les faiblesses reconnues dans les circonstances actuelles »²⁷. S. Fish en conclut donc que le changement, comme tout fait, est « irrémédiablement interprétatif »²⁸. Sa pensée radicalement interprétativiste²⁹ n'a pas évité la question de la normativité juridique, si épineuse pour un tel paradigme.

C. *Les communautés interprétatives et le droit*

Le souci constant de nier le conservatisme de l'action des communautés interprétatives incite Fish à leur reconnaître un rôle « moins que normatif »³⁰. Il s'explique aussitôt, écrivant :

« Si vous vous demandez où trouver la preuve d'une intention de la communauté interprétative, la réponse est : nulle part et partout ; vous n'avez qu'à regarder et faire avec ce que vous trouvez... soyons expérimentaux »³¹.

²³ S. Fish, *Respecter le sens commun...*, *op. cit.*, p. 98.

²⁴ *Id.*, p. 101.

²⁵ *Id.*, p. 104.

²⁶ *Id.*, p. 110.

²⁷ *Id.*, p. 111.

²⁸ *Id.*, p. 108.

²⁹ Fish a exprimé sa radicalité interprétativiste en proclamant : « Le fait que nos objets nous apparaissent, dans le contexte de quelque pratique, d'un travail de quelque communauté interprétative... signifie simplement qu'ils sont des objets interprétés et que, puisque les interprétations peuvent changer la forme perceptible des objets peut changer aussi » (*id.*, p. 104).

³⁰ Postface, *op. cit.*, p. 136.

³¹ *Id.*, p. 137.

La connaissance du réel par l'interprétation est le fruit d'un travail dialectique entre la communauté et ses membres. C'est justement en envisageant cet effort pratique que Fish évoque trop rapidement « *the enterprise of the law* »³². L'expression est remarquable car elle recèle l'ensemble des virtualités du concept de communautés interprétatives appliqué au monde du droit. Ce terme d'entreprise du droit renvoie à la fois à un travail et à une initiative commune dans le domaine juridique. S. Fish considère les juristes comme les « *workers in the field of law* » qui effectuent un travail juridique (« *legal enterprise* »)³³. Tous ces termes qui font appréhender le droit comme une activité sont d'autant plus heureux que le travail des juristes est qualifié en français de pratique et en anglais de practice.

L'approche de Fish permet tout particulièrement d'insister sur la spécificité de la communauté interprétative des juristes. D'une part, elle est dotée, dans les États de la modernité occidentale, du pouvoir de trancher les litiges entre les citoyens. D'autre part, comme l'exercice d'une telle prérogative repose sur la satisfaction du sentiment de justice, la communauté des juristes est aussi la caisse de résonance des débats entre les autres communautés interprétatives faisant société. D'ailleurs, les membres de la communauté des juristes peuvent chacun appartenir à différentes communautés interprétatives opposées; l'appartenance idéologique peut diverger en son sein. Et le débat juridique reflète souvent le pluralisme politique et culturel. Appréhender le phénomène juridique à travers l'activité des juristes conduit à effacer la différenciation kelsénienne entre connaissance et choix volontariste dans l'interprétation des juristes. L'analyse de la pratique du droit révèle un savoir en action. L'importance des modes de pensée juridique dans l'établissement de la force du droit peut mieux être mise en lumière. Max Weber a souligné ce point en disant que

« la manière selon laquelle se sont différenciées les conceptions fondamentales, aujourd'hui familières, relatives aux sphères du droit, dépend dans une large mesure de facteurs de technique juridique et en partie de la structure du groupement politique et ne peut être conditionnée que de façon indirecte par l'économie »³⁴.

À s'en tenir aux seules sociétés occidentales actuelles, il s'agit de focaliser sur les types de raisonnement juridique tout en les replaçant au sein de l'action sociale.

L'utilisation de cette notion de communauté interprétative des juristes, ébauchée par Fish, nécessite d'en déterminer le contenu. La sociologie du droit est éclairante. Elle envisage la fonction juridique à travers sa professionnalisation sans

³² S. Fish, *Doing what comes naturally Change Rhetoric and the practice of theory in literary and legal studies*, Clarendon press, oxford, 1989, p. 157.

³³ *Ibid.*

³⁴ M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 40.

ignorer le rôle des usagers dans l'élaboration des règles³⁵. L'analyse de la communauté interprétative des juristes s'intéresse donc à la pratique des membres d'une assemblée législative, du pouvoir exécutif mais aussi des juges, auxiliaires de justice sans négliger les stratégies des entreprises économiques ou des associations de défense des droits. Depuis longtemps le droit comparé a révélé l'existence de communautés culturelles du droit caractérisées par des méthodes de raisonnement comme les systèmes de *Common law*, *Civil law* voire mixte. La matière juridique nécessaire à l'illustration de la notion de communauté interprétative est donc abondante. On se bornera au cas de la justice constitutionnelle.

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les grandes démocraties occidentales ont prôné le modèle de la Démocratie par le droit. La justice constitutionnelle est devenue l'un de ses modes d'expression privilégié. Aussi le procès constitutionnel peut-il apparaître comme le haut lieu de la communauté interprétative des juristes. Les grands débats politiques, sociaux et économiques s'y tiennent. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français est, de ce point de vue, très intéressante. Place privilégiée de la communauté des juristes, le procès constitutionnel est l'endroit où les thèses des différentes communautés constituant la société française s'expriment et sont départagées. On peut considérer que le Conseil constitutionnel s'efforce d'établir cette « intention » de la communauté juridique si difficile à établir selon Fish³⁶. Pudiquement l'article 61 de la Constitution française de 1958 prévoit que le contrôle de constitutionnalité des lois consiste à se prononcer sur leur conformité à la Constitution. En réalité, depuis au moins 1971, le Conseil interprète un bloc de normes constitutionnelles bien plus large que le texte constitutionnel formel³⁷. On pourrait objecter que cette justice outrepassse ses droits en créant du droit et en exerçant un véritable gouvernement des juges. Mais une telle crainte se dissipe si l'on rappelle que l'on peut appliquer à l'interprétation juridique ce que M. Foucault disait plus généralement sur le commentaire. Lorsqu'un texte est commenté,

« le décalage entre texte premier et texte second joue deux rôles qui sont solidaires... Il permet de construire (et indéfiniment) des discours nouveaux... mais d'autre part, le commentaire n'a pour rôle, quelles que soient les techniques mises en œuvre, que de dire enfin ce qui était articulé silencieusement là-bas. Il doit, selon un paradoxe qu'il déplace toujours mais

³⁵ J. Commaille, *A quoi nous sert le droit?*, Gallimard, 2015, p. 121-122.

³⁶ Fish adopte une définition triviale de l'interprétation. Elle est « la spécification de l'intention d'un ou plusieurs auteurs » de message, y compris ceux qui forment une communauté interprétative (Postface, *op. cit.*, p. 136).

³⁷ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2006, 7^e éd., p. 101 et s..

auquel il n'échappe jamais, dire pour la première fois ce qui cependant avait été déjà dit et répéter inlassablement ce qui pourtant n'avait jamais été dit »³⁸.

À l'image du commentaire, l'interprétation ne peut se clore sur le texte mais plutôt l'ouvrir sur l'évolution du monde.

Aussi pour distinguer la création d'une norme juridique et son interprétation, il faut déterminer la cohérence entre un texte premier et ce qui en dit; lorsque cette cohérence fait défaut alors s'exerce l'acte souverain d'édition libre du droit. La différence peut paraître ténue mais elle constitue tout le charme des raisonnements du Conseil constitutionnel français. Le recours du juge constitutionnel à des principes juridiques non exprimés de façon explicite dans le texte formel de la Constitution de 1958 est une vive illustration de cet art subtil. En effet, pour montrer que les juges n'outrepassent pas leur fonction d'interprétation, il faut éclairer la façon dont ils construisent une cohérence entre les textes premiers et les solutions tirées de ces derniers. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitue un cas intéressant. Il faut dire que depuis la chute du mur de Berlin, en 1989, cette liberté est devenue un fer de lance du développement de l'économie de marché globalisée.

II. La liberté constitutionnelle française d'entreprendre produit du dialogue des communautés interprétatives

La liberté d'entreprendre a été consacrée par le Conseil constitutionnel comme « principe à valeur constitutionnelle » dans une décision historique du 16 janvier 1982³⁹. Cette reconnaissance intervint dans le contexte idéologique tendu des nationalisations voulues par les socialistes arrivés pour la première fois au pouvoir depuis l'adoption de la Constitution de la V^e république. Pour dégager cette règle constitutionnelle, le Conseil a eu d'autant plus recours à l'interprétation que la liberté d'entreprendre n'était pas explicitement inscrite dans le texte formel de la Constitution de 1958. Son raisonnement s'est nourri de l'association du positivisme juridique et de l'argumentation logique. Le caractère interprétatif de cette solution juridique persiste puisque le débat sur le contenu, la nature et la portée de cette liberté n'est pas clos⁴⁰.

³⁸ M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 26-28.

³⁹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.*, p. 18.

⁴⁰ G. Quiot, « Service public national et liberté d'entreprendre », G. Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1990, p. 198-208; M-L Dussart, « De la liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique: la mutation de la liberté d'entreprendre », 9^e congrès français de droit constitutionnel, Lyon 26, 27, 28 juin 2014, www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/commLa/A-Dussart-T2pdf (consulté le 3/11/2016)

A. *Un contexte idéologique particulièrement tendu*

Les nationalisations décidées par les socialistes français, après leur arrivée au pouvoir en 1981, étaient à contre-courant d'un mouvement général de libéralisation économique et de privatisation, amorcé à la fin des années 1970. Elles étaient le symbole d'une politique de gauche voulue par le programme commun socialo-communiste. Il faut aussi souligner que sans ces nationalisations le nouveau pouvoir aurait dû réutiliser les anciennes mesures du précédent premier ministre de droite, Raymond Barre. Les dirigeants socialistes espéraient donc se démarquer politiquement tout en luttant contre le chômage et en restructurant l'industrie. Au sein même du camp socialiste, une opposition minoritaire s'était manifestée, lors du conseil des ministres de Rambouillet du 2 septembre 1981, afin d'atténuer les mesures, en nationalisant uniquement 51 % de la part des entreprises visées. Mais la solution maximaliste des 100 % fut finalement retenue; seul Matra et Dassault furent acquis par l'État avec une simple majorité de contrôle. Les nouvelles acquisitions permirent de largement contrôler le secteur industriel et bancaire. À l'issue du processus, le secteur public représentait dans l'industrie: 30 % des ventes, 24 % des effectifs. Dans le secteur financier, la même emprise se faisait sentir sur 90 % des dépôts et 85 % des crédits distribués. Au final, 40 % du PNB et 50 % des investissements étaient sous le contrôle d'entreprises publiques⁴¹.

Autant dire que le vote des lois de nationalisation suscita une bataille politique intense entre les nouveaux maîtres du pouvoir et l'opposition au sein des assemblées législatives. Cette lutte se joua entre septembre 1981 et février 1982⁴². La victoire socialiste fut difficilement acceptée. L'opposition de droite resta d'ailleurs insensible au virage libéral de la politique du gouvernement socialiste, dès 1983. Et, le retour de la droite au pouvoir, en 1986, impliqua une politique de « revanche économique » fondée plus particulièrement sur la privatisation des entreprises publiques⁴³. On mesure donc à quel point le climat politique était détonnant, lorsque, entre fin 1981 et début 1982, l'opposition de droite tenta de faire annuler les lois de nationalisations par le Conseil constitutionnel. Avant sa décision du 16 janvier 1982, la majorité socialiste se déchaîna en attaques contre le Conseil. Le président de l'assemblée nationale, issu de la nouvelle majorité, lui-même sortit de sa traditionnelle réserve. La présidence de la république dut publier un communiqué pour faire cesser les attaques contre le président du Conseil constitutionnel. La première décision du Conseil n'invalida que partiellement la législation de nationalisation et le gouvernement représenta un nouveau

⁴¹ J.-J. Becker, *Nouvelle histoire de la France contemporaine Crise et alternances (1974-1995)*, Seuil, 1998, p. 263, 265.

⁴² *Id.*, p. 264.

⁴³ *Id.*, p. 396-402.

texte devant le pouvoir législatif. Ce fut alors l'opposition de droite qui se lança dans la remise en cause des sages du Conseil. Au final, les décisions des juges constitutionnels furent appliquées et ils sortirent renforcés du feu du débat⁴⁴.

Compte tenu du climat politique explosif, le Conseil avait su adapter quelque peu la procédure. Pour la première fois fut officiellement donné le nom du rapporteur. Celui-ci avait été soigneusement choisi. Il s'agissait du professeur de droit, Georges Vedel (1910-2002), grande figure du panthéon des autorités juridiques savantes. Nommé en 1980 par le président Giscard d'Estaing au Conseil, il devint rapidement un véritable « sage du régime », souvent consulté en matière de réforme constitutionnelle après la fin de son mandat⁴⁵. Manifestement le Conseil souhaitait se protéger derrière l'aura scientifique de son rapporteur. Ce dernier manifesta une habileté politique évidente en recevant et en incitant même les intéressés à la procédures à lui soumettre de nombreuses communications écrites. Le caractère délicat de l'affaire à juger impliqua neuf jours de délibération au Conseil⁴⁶. Il faut dire que derrière l'aridité et le laconisme du raisonnement juridique adopté se dissimulait une démarche astucieuse dont Vedel avait largement été l'initiateur.

B. La liberté d'entreprendre fondée sur une intertextualité constitutionnelle

Dans sa décision du 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel érige la liberté d'entreprendre en principe ayant pleine valeur constitutionnelle. Il a fondé ce principe sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Lors de l'adoption de la décision, le Conseil devait démontrer que ce texte du passé appartenait toujours au droit positif. Dans sa motivation, il estime que le référendum validant la Constitution de 1958 a donné force de droit à son préambule. Or ce dernier affirme l'attachement du peuple français aux droits de l'homme tels que définis par la déclaration de 1789⁴⁷. Sans s'interroger sur la valeur juridique d'un préambule de la Constitution, les juges ont ainsi redonné vie à la Déclaration. Il reste que ce texte ne fait pas explicitement référence à la liberté d'entreprendre. Au cours de la délibération du Conseil, G. Vedel admettait que « la déclaration de 1789 est brève et ne contient pas de référence à la liberté du travail, du commerce et de l'industrie »⁴⁸. Reprenant un raisonnement forgé en 1947, Vedel va proposer avec succès une solution ingénieuse au Conseil. Les restrictions arbitraires ou abusives

⁴⁴ Observations sous 81-132 DC du 16 janvier 1982, L. Favoreu et L. Philip (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2005, 13^e éd., p. 435.

⁴⁵ V° G. Vedel, J. Julliard et M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français*, Seuil, 2002.

⁴⁶ Observations précit., p. 437-439.

⁴⁷ Décision n° 81-132 DC précit., considérant, n° 15.

⁴⁸ Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 12 décembre 1981, p. 4-5, www.ConseilConstitutionnel.fr (consulté le 3/11/2016).

de la liberté d'entreprendre menace la préservation de l'article 4 de la déclaration de 1789 aux termes duquel la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui⁴⁹. Le raisonnement consacré par le Conseil constitutionnel en 1982 est complexe. Il repose sur la mise en place d'une véritable connexion intertextuelle entre la Constitution de 1958 et le Déclaration de 1789. Puis le Conseil fait de la liberté d'entreprendre un principe impliqué de la Déclaration.

L'appréciation de la cohérence de ce raisonnement dépend de l'évaluation de la crédibilité du lien d'implication établi par le Conseil entre la liberté d'entreprendre et la Déclaration de 1789. Il faut alors s'interroger sur la volonté des rédacteurs de ce texte du XVIII^e s.. Pendant, la discussion sur l'abolition des droits féodaux du 4 août 1789, les membres de l'assemblée reculèrent devant la suppression des corps de métiers, même si l'inspiration libérale de leur débat a conduit, à tort, à penser le contraire. Ils craignaient de bouleverser trop brutalement l'organisation économique en reconnaissant la liberté d'entreprendre⁵⁰. Dès les débuts de la discussion de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, nombre de voix vont pourtant proposer la reconnaissance de cette liberté. Proluxe l'article 6 du projet de déclaration de Sieyès prévoit que :

« Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît, et comme il lui plaît; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros ou en détail. Dans ces diverses occupations, nul particulier, nulle association n'a le droit de la gêner, à plus forte raison de l'empêcher. La loi seule peut marquer les bornes qu'il faut donner à cette idée comme à toute autre »⁵¹.

⁴⁹ Décision n° 81-132 DC précit., considérant n° 16. En 1947, G. Vedel soutenait que « la liberté économique » est implicitement incluse dans la définition de l'article 4 de la Déclaration de 89 », (J. Rivéro, G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule », *Droit social*, fasc. XXX, 1947, p. 29 cité par G. Quiot, op. cit., p. 198, note 25).

⁵⁰ A. Mathiez, « Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789? », *Annales historiques de la Révolution française*, 1931, T. VIII, p. 252-257; S. Kaplan, *La fin des corporations*, Fayard, 2001, p. 426-427.

⁵¹ Séance de la Constituante du 21 juillet 1789, Archives parlementaires (désormais AP), 1^{re} série, T. VIII, p. 260.

Plus lapidaire, l'article 11 du projet de Mirabeau indique que

« tout citoyen a le droit d'acquérir, de posséder, de fabriquer, de faire le commerce, d'employer ses facultés et son industrie, et de disposer à son gré de ses propriétés. La loi seule peut apporter des modifications à cette liberté pour l'intérêt général »⁵².

D'autres proposeront des formulations moins légicentristes. L'article XI du projet du député Adrien Duport dit que : « Tout homme a le droit d'employer son travail, son industrie à tout ce qu'il juge lui être bon et utile. Aucun individu, aucune loi ne peut mettre obstacle à l'usage de cette faculté naturelle »⁵³. Boislandry, négociant versaillais élu du Tiers-état aux États généraux, revient sur le thème en l'approfondissant. Tous en se référant à Sieyès⁵⁴, son projet s'en démarque en étant plus jus naturaliste. L'article 12 de son projet affirme que :

« Tout citoyen est également libre d'employer ses talents, son industrie, ses capitaux, comme il le juge convenable à ses intérêts. Nul genre de travail ne lui est interdit ; il peut fabriquer, acheter, vendre ce qui lui plaît et comme il lui plaît ».

Avec des accents physiocratiques, l'article 13 ajoute qu'« il peut faire circuler ses denrées et ses marchandises d'un bout du royaume à l'autre, librement sans obstacle et sans entrave ». L'article 14 poursuit en prévoyant : « Aucun métier, aucun art, aucune profession ne doivent être réputé honteux, vil et dérogeant ». Cette même disposition conclut logiquement que « les privilèges exclusifs sont contraires à la liberté et aux droits de tous les citoyens... les jurandes et maîtrises sont des privilèges exclusifs et doivent être abolis »⁵⁵. Au cours de la discussion, aucun député de la Constituante ne s'est opposé à la reconnaissance de la liberté d'entreprendre ou à ses expressions plus concrètes telles que la liberté du commerce, de l'industrie ou du travail⁵⁶.

Malgré ces appels, la liberté n'apparaît pas de façon explicite dans le texte final de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les rédacteurs ont manifestement préféré cultiver l'art raffiné de l'ellipse. L'article 4 énonce que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres

⁵² Séance de la Constituante du 17 août 1789, AP précit., p. 439

⁵³ Projet publié par S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 658.

⁵⁴ *Id.*, p. 187.

⁵⁵ Projet reproduit in *id.*, p. 728.

⁵⁶ J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1984, chronique, p. 1-4.

membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». La liberté est uniquement limitée par la loi dont l'article 5 précise que sa fonction est de « défendre les actions nuisibles à la société ». Outre le souci d'une rédaction synthétique, ces dispositions attestent de la prudence des constituants. Ils étaient d'autant moins enclins à évoquer la liberté d'entreprendre qu'ils craignaient qu'elle soit invoquée par les citoyens pour s'opposer aux décisions du corps législatif⁵⁷. De surcroît, ils ne voulaient toujours pas se prononcer sur l'encombrante question des corporations. Cette ambiguïté finit d'ailleurs par se retourner contre eux. La généralité des articles 4 et 5 de la Déclaration fut invoquée par les opposants aux corporations pour en justifier l'abolition⁵⁸. En réalité la liberté d'entreprendre ne sera explicitement déclarée qu'à partir du décret d'Allarde du 27 mars 1791 sur la patente imposée à ceux qui commercent⁵⁹. Le caractère constitutionnel de la liberté d'entreprendre sera clairement proclamé dans les articles 1, 4 et 7 de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 abolissant enfin les corporations et le droit d'association.

L'enquête historique montre donc qu'en 1982, le Conseil constitutionnel ne pouvait pas justifier le rattachement de la liberté d'entreprendre à la Déclaration de 1789 en invoquant la volonté des constituants du XVIII^e s.. Son raisonnement n'est donc pas fondé sur un argument historique mais sur la cohérence d'une inférence logique abstraite. L'article 4 de la Déclaration est ici considéré comme une règle de droit positif dont la valeur n'est pas coutumière. Le Conseil estime que le référendum de 1958 a réintroduit cette disposition dans l'ordre juridique positif. Elle n'est plus le fruit de la volonté des constituants de 1789 mais de 1958. Conformément au pouvoir d'interprétation conféré par l'article 61 de la Constitution de 1958, le Conseil interprète l'expression formelle de l'article 4 de la déclaration sans avoir à se soucier des idées du passé. La liberté d'entreprendre devient un principe logiquement impliqué du bloc de constitutionnalité. Elle prend un sens particulier dans la décision de 1982. Pour le révéler, il faut la resituer dans l'ensemble du raisonnement plus général qui fonde la décision. Ce dernier vise à concilier deux lectures politiques opposées de l'histoire républicaine de la France.

⁵⁷ Les constituants redoutaient que les articles 4 et 5 de la Déclaration ne fassent de « tous les citoyens les juges de la loi » (intervention de Mrs Camus, Blin, Mougins de Roquefort et Martineau, séance de la constituants du 21 août 1789, AP précit., p. 464).

⁵⁸ S. Kaplan, *op. cit.*, p. 428. Cette interprétation erronée pouvait également se fonder sur un texte sans valeur juridique, daté du même jour que la Déclaration de 1789, relatif à son application et à ses dispositions fondamentales. Ce texte affirmait la suppression des corporations (Texte in M. Bouvier-Ajam, *Histoire du travail en France*, LGDJ, 1957, p. 695).

⁵⁹ J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2007, 2^e éd., p. 54-57. Sur la consécration de cette liberté pendant le Révolution lire: O. Tholozan, « Liberté du travail et liberté d'entreprendre dans la France révolutionnaire: conjonction et disjonction », *Mélanges en l'honneur du professeur M. Ganzin*, éd. La mémoire du droit, 2016, p. 533-550.

C. *L'articulation de traditions politiques divergentes*

Le rapporteur de la décision de 1982, G. Vedel, a clairement dégagé l'objectif que s'est imparti le Conseil face à la tension politique qu'il subissait. Le juge constitutionnel doit

« indiquer que l'on ne peut nationaliser à jet continu et sans limite. La difficulté est que cela revient à poser un contrôle futur de la nécessité publique... (or)... le Conseil constitutionnel dispose de peu de textes sur lesquels s'appuyer »⁶⁰.

Pour résoudre ce problème éminemment politique, le Conseil forge un véritable dispositif intellectuel formé de différents éléments.

Il s'efforce d'abord de fonder un droit étatique de nationaliser qui n'est pas explicitement prévu par le texte formel de la Constitution de 1958. Il recourt à nouveau au préambule de ce texte, soulignant qu'il prévoit « l'attachement du Peuple français aux droits de l'homme tels qu'ils ont été... confirmés et complétés par le préambule de la Constitution de 1946 »⁶¹. Ce dernier se trouve ainsi intégré dans l'ordre juridique positif grâce au référendum populaire de 1958 qui a validé le préambule de 1958. Les juges du Conseil peuvent alors invoquer l'alinéa 9 du préambule de 1946 disposant : Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doivent devenir la propriété de la collectivité⁶². Cette disposition constitutionnalise le droit de nationalisation exercé par les socialistes en 1981. Le Conseil va alors établir des limites. C'est ici que la garantie de la liberté d'entreprendre prend toute sa place puisqu'elle est une borne posée à l'exercice de cette prérogative étatique. Le Conseil prévoit aussi que les nationalisations ne doivent pas remettre en cause l'inviolabilité de la propriété visée de façon explicite, cette fois, par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁶³. Pour articuler l'assemblage de la notion de nationalisation et de ses limites, les juges constitutionnels ont dû déterminer la nature de leur contrôle. Lors de des délibérations, le rapporteur Vedel a clairement caractérisé le problème posé. Selon lui, « il ne faut pas oublier que le juge constitutionnel n'est pas chargé de substituer son appréciation à celle du législateur mais de dire si l'appréciation de ce dernier ne rencontre pas de limites de la Constitution »⁶⁴. Aussi le Conseil va recourir à une forme du contrôle juridique restreint déjà utilisé par le Conseil

⁶⁰ Délibération du Conseil constitutionnel du 12 décembre 1981, précit., p. 4.

⁶¹ Décision 81-132 DC précit, considérant 15.

⁶² *Id.*, Considérant n° 17.

⁶³ *Id.*, Considérant, n° 16.

⁶⁴ Délibération du Conseil Constitutionnel, séance du 12 décembre 1981 précit., p. 4.

d'État à l'encontre des actes réglementaires: il s'agit du contrôle de l'erreur manifeste⁶⁵ dont l'idée avait déjà été évoquée dans la décision constitutionnelle « sécurité liberté »⁶⁶. Vedel en a clairement précisé l'esprit en disant que « l'erreur manifeste est l'erreur qui tombe sous le sens de toute personne »⁶⁷. Ce contrôle n'en a pas moins suscité une critique, inspirée par la philosophie analytique, en ce qu'il met à l'épreuve l'idée de souveraineté législative. En effet, la censure pour erreur manifeste d'appréciation soumet le législateur au risque d'un « despotisme de l'évidence » fondé sur la croyance discutable de la séparation absolue entre le discours descriptif (fondé sur la connaissance) et prescriptif (fondé sur l'acte de volonté)⁶⁸. Cet ajustement délicat du raisonnement du juge constitutionnel révèle toute la difficulté de sa mission lors de l'affaire des nationalisations. Le Conseil a dû concilier les prétentions de deux communautés interprétatives, celle de l'opposition de droite et celle des socialistes.

La première communauté est idéologiquement libérale. Lorsqu'elle écrit l'histoire de la république, elle se réfère à la première moitié de la Révolution dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitue le parfait programme politico-social. Pour les juges constitutionnels, ce texte exalte la propriété mais ils sont allés plus loin. Ils ont souhaité réinterpréter de façon moderne la Déclaration en lui rattachant, de surcroît, la liberté d'entreprendre mieux adaptée au capitalisme libéral produit par une Révolution industrielle que les hommes de la Révolution de 1789 ne pouvaient pas connaître. En revanche, la communauté interprétative socialiste a une autre lecture de l'histoire républicaine. Elle se réfère plus volontiers au préambule de la Constitution de 1946 rédigé par une majorité SFIO-MRP. Le contexte historique de ce texte était très particulier. Sorti du second conflit mondial, les gouvernants français s'étaient inspirés du programme du Conseil national de la résistance favorable à une « véritable Démocratie économique » et à « l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie ». Peu susceptible d'être soupçonné d'adhésion à l'idéologie de gauche, le Général de Gaulle lui-même avait admis depuis 1942 que « les principales sources de la richesse commune seraient administrées ou tout au moins contrôlées par la Nation »⁶⁹. L'ambiance était alors plus favorable à la nationalisation qu'à la garantie de la liberté d'entreprendre. Les communistes avaient pourtant proposé, dans l'article 50 de leur projet de déclaration de droits, d'admettre que « la loi garantit le rôle et la place des travailleurs indépendants, des professions libérales, des petites

⁶⁵ Décision 81-132 DC précit., Considérant n° 20.

⁶⁶ Décision 80-127 DC des 19 20 janvier 1981, *rec.*, p. 15.

⁶⁷ Délibération du Conseil Constitutionnel, séance du 12 décembre 1981 précit., p. 4.

⁶⁸ O. Cayla, « "Si la volonté générale peut errer" À propos de "l'erreur manifeste d'appréciation du législateur" », *Le temps des savoirs Revue interdisciplinaire, L'erreur*, n° 2, 2000, p. 61-90.

⁶⁹ J.-J. Israel, « Alinéa 9 », G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 Histoire, analyse, commentaire*, Dalloz, 2001, p. 223.

et moyennes entreprises industrielles, commerciales ». Malgré cette formulation édulcorée, cette proposition n'a pas été retenue⁷⁰. Les constituants de 1946 n'ont même pas évoqué la garantie de la propriété⁷¹, se bornant à évoquer laconiquement la réaffirmation des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de 1789.

En 1982, il appartient au juge constitutionnel d'éteindre ce conflit des communautés interprétatives en établissant un fragile équilibre entre une économie de marché et le droit de nationaliser directement issu de l'esprit colbertiste. Le Conseil a-t-il rempli sa mission? La décision de 1982 a fait jurisprudence et a été admise par les deux communautés interprétatives. Le juge constitutionnel a concilié des textes juridiques issus d'un passé conflictuel. Sa médiation a permis d'écrire une Histoire constitutionnelle de la république apaisée.

CONCLUSION

La notion de communautés interprétatives proposées par S. Fish mérite mieux que le discrédit trop rapide ou, tout au mieux, l'ignorance polie dans laquelle elle a sombré. Ce concept incite le juriste à décentrer son regard des textes vers l'activité juridique. On est conduit à focaliser l'attention sur la pratique d'un discours, à insister sur la recherche d'une conciliation entre des pratiques textuelles, lorsqu'elles s'inscrivent dans une continuité au demeurant déclarée. C'est le cas de l'histoire constitutionnelle de la république française. La décision du Conseil constitutionnel de 1982 sur la nationalisation l'illustre parfaitement. Le juge constitutionnel s'est efforcé de pondérer la présence de deux traditions, libérale et de gauche, au sein de l'histoire institutionnelle républicaine. Il a atteint son objectif en élaborant un régime juridique de la liberté d'entreprendre.

Toutefois la tâche n'est pas achevée: la jurisprudence en ce domaine reste une œuvre ouverte. Il faut dire que depuis 1982, le clivage politique gauche-droite n'est plus assumé par les socialistes et leurs adversaires plus libéraux. Ces deux camps politiques ont alterné au pouvoir et ont, de façon continue, aligné la France sur la tendance européenne en privatisant le secteur public. De surcroît, ces gouvernements ont interprété les traités communautaires de façon libérale, en s'efforçant d'introduire dans le droit français toujours plus de libre concurrence. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la liberté d'entreprendre

⁷⁰ Observations... précit., p. 454.

⁷¹ J.-J. Israel, *op. cit.*, p. 225. Pourtant l'article 35 du projet socialo-communiste de déclaration des droits du 19 avril 1946 avait reconnu le caractère inviolable et sacré du droit de propriété tout en précisant que tout homme peut y accéder par le travail et par l'épargne (J. Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, 1979, p. 375).

a évolué, traduisant l'impact de cette évolution de l'histoire du droit en Europe. M-L Dussart a récemment montré que le Conseil constitutionnel est désormais confronté à une nouvelle alternative. Il doit décider si la liberté d'entreprendre reste, comme à ses origines, une simple liberté personnelle ou si elle doit devenir la garantie d'un ordre économique fondé sur la libre concurrence⁷².

⁷² M-L Dussart, *op. cit.*

