

De la difficulté d'un jugement de Salomon en droit des affaires

L'une des principales difficultés à laquelle on s'affronte à vouloir saisir positivement la notion de justice, c'est que celle-ci relève en première instance de la catégorie du sentiment, et qui plus est du sentiment d'abord connu sur le mode de l'absence : c'est en premier lieu sur l'invariant psychologique du sentiment d'injustice (le « c'est vraiment trop injuste » de Calimero) que se fonde a contrario la construction conceptuelle de l'idée de justice. L'habillage de la raison ne vient que dans un second temps, et le temps de l'habillage est comme distinct de celui de l'émotion. Si bien qu'entre le moment où l'injustice est ressentie, et celui où le droit qui vise à la contenir est établi, il y a plus qu'une différence chronologique : il y a aussi une différence de nature.



Calimero : « C'est vraiment trop injuste »

Plus spécifiquement, on pourrait formuler la problématique de la coexistence possible de la justice et du droit sous la forme du syllogisme suivant :

- La justice ne peut être connue que négativement par l'affect
- Le droit ne peut s'exprimer que positivement¹ par l'intellect
- Le droit et la justice ne se rencontrent donc jamais : ils agissent à des niveaux distincts, dont on peut croire ou espérer qu'ils entretiennent des relations d'isomorphisme, sans cependant pouvoir jamais en établir l'assurance conceptuelle ou la vérification empirique.²

Transposée dans le cadre de la philosophie morale et du langage, cet énoncé prendrait une forme voisine :

¹ Il existe ici une difficulté d'ordre sémantique. Dire que le droit ne s'exprime que positivement ne signifie pas qu'il n'énonce que des affirmations : au contraire, il prévient, condamne, interdit souvent. Mais même ces propositions grammaticalement négatives relèvent au fond d'un positivisme juridique consistant en une transposition au droit de ce qu'est le positivisme logique à la science : le postulat que certains énoncés empiriquement vérifiables contiennent une valeur de vérité objective. C'est-à-dire que le droit ne peut guère inclure en lui-même la part (négative) de remise en question de ses fondements : le droit reste donc figé dans une sorte de premier degré dont on ne peut évaluer les contours qu'à condition d'en sortir : c'est en ce sens qu'il peut être qualifié de positif.

² C'est pour cela que les commentaires des parties à l'issue du jugement rendu lors d'un procès médiatique paraissent toujours excessivement naïfs : qu'ils encensent l'institution judiciaire (en cas de succès « la Justice a reconnu que j'étais innocent ») ou qu'ils manifestent leur colère (en cas d'insuccès « nous allons faire appel »), pourquoi ne pensent-ils jamais à sortir du système par des commentaires comme « la Justice est inapte à se prononcer sur mon cas, elle peut donc dire ce que bon lui semble, cela n'a rien à voir avec la vérité » ?

- L'éthique ne peut se dire (la transcendance de l'impératif catégorique kantien annule la signification de toute proposition éthique formulée dans une langue intelligible, comme l'a exposé Wittgenstein³)
- Or le droit ne peut pas *ne pas* se dire ou s'écrire (le droit est avant tout un texte, sans texte il ne saurait y avoir de droit)
- Donc le droit et l'éthique agissent indépendamment l'un de l'autre : le juridiquement valide n'est pas le moralement juste, ou pour le dire plus directement le droit n'est pas juste.

Cette difficulté, si elle est avant tout d'ordre philosophique, n'est pas sans conséquence dans l'appréhension de la notion de justice dans certains des cadres conceptuels habituellement utilisés pour décrire le fonctionnement des entreprises, à savoir les cadres juridique et managérial.

Pour tenter de défendre ce point de vue, nous allons partir d'une parabole bien connue, celle du jugement de Salomon telle qu'elle est relatée dans le Livre des Rois, et montrer à quel point sa transposition dans le cadre du droit des affaires est difficile :

«3:16 Alors deux femmes prostituées vinrent chez le roi, et se présentèrent devant lui.

3:17 L'une des femmes dit: Pardon! mon seigneur, moi et cette femme nous demeurions dans la même maison, et je suis accouchée près d'elle dans la maison.

3:18 Trois jours après, cette femme est aussi accouchée. Nous habitons ensemble, aucun étranger n'était avec nous dans la maison, il n'y avait que nous deux.

3:19 Le fils de cette femme est mort pendant la nuit, parce qu'elle s'était couchée sur lui.

3:20 Elle s'est levée au milieu de la nuit, elle a pris mon fils à mes côtés tandis que ta servante dormait, et elle l'a couché dans son sein; et son fils qui était mort, elle l'a couché dans mon sein.

3:21 Le matin, je me suis levée pour allaiter mon fils; et voici, il était mort. Je l'ai regardé attentivement le matin; et voici, ce n'était pas mon fils que j'avais enfanté.

3:22 L'autre femme dit: Au contraire! c'est mon fils qui est vivant, et c'est ton fils qui est mort. Mais la première répliqua: Nullement! C'est ton fils qui est mort, et c'est mon fils qui est vivant. C'est ainsi qu'elles parlèrent devant le roi.

3:23 Le roi dit: L'une dit: C'est mon fils qui est vivant, et c'est ton fils qui est mort; et l'autre dit: Nullement! c'est ton fils qui est mort, et c'est mon fils qui est vivant.

3:24 Puis il ajouta: Apportez-moi une épée. On apporta une épée devant le roi.

3:25 Et le roi dit: Coupez en deux l'enfant qui vit, et donnez-en la moitié à l'une et la moitié à l'autre.

3:26 Alors la femme dont le fils était vivant sentit ses entrailles s'émouvoir pour son fils, et elle dit au roi: Ah! mon seigneur, donnez-lui l'enfant qui vit, et ne le faites point mourir. Mais l'autre dit: Il ne sera ni à moi ni à toi; coupez-le!

3:27 Et le roi, prenant la parole, dit: Donnez à la première l'enfant qui vit, et ne le faites point mourir. C'est elle qui est sa mère.

3:28 Tout Israël apprit le jugement que le roi avait prononcé. Et l'on craignit le roi, car on vit que la sagesse de Dieu était en lui pour le diriger dans ses jugements. »

³ Tractatus logico philosophicus, proposition 6.421 : « il est clair que l'éthique ne se peut exprimer ».



Le Jugement de Salomon, peinture de Valentin de Boulogne (Le Valentin), musée du Louvre

La sagesse de Salomon s'apparente à celle du joueur de poker. C'est par le bluff qu'il peut faire jaillir la justice. Mais sa liberté d'action est la condition même de ce bluff.

Comme le remarque Laurent Laplante⁴, Salomon bénéficiait de plusieurs avantages sur les juristes de notre époque. « Il ne subissait pas les assauts symétriques des diverses rectitudes politiques. Il vivait l'heureuse époque où les avocats étaient rares. Personne ne se plaignait au Conseil de la magistrature de ce que le juge avait osé évoquer la possibilité de trancher un enfant en deux moitiés sanglantes. Personne ne s'interposait entre les deux mères et le roi pour dire au roi ce que les mères avaient voulu dire. Salomon pratiquait également un assez beau cumul des pouvoirs : il faisait la loi, l'appliquait, sanctionnait les contrevenants. »

Dans un procès moderne et face à une situation symboliquement proche (attribution de la garde d'un enfant à la suite d'un divorce), toutes les parties risquent de protester de leur total désintéressement et de leur vibrant intérêt pour l'enfant, puisque c'est ce qui leur est recommandé dans une perspective utilitariste. Mandatés pour cela, les avocats reproduiront « l'impasse dans laquelle Salomon se sentit enfermé : les diverses thèses sont également crédibles et rien n'y distingue clairement le mensonge et la vérité, la sincérité et le calcul politique. Jusque-là Salomon ne nous apprend rien et notre époque n'enseigne rien à Salomon. La différence, c'est que Salomon voit ce que nous ne voyons pas : les limites des arguties légales. Quand le droit ne parvient pas à dire les choses clairement ou quand il échoue même à voir l'essentiel, il est temps de faire appel à autre chose qu'aux techniques du prétoire ».

En d'autres termes, ce n'est qu'en sortant d'une lecture utilitariste du droit qu'on peut toucher au juste. Mais si ce n'est guère facile en droit civil, cela devient presque impossible en droit des affaires.

En droit civil, et reprenant le cas précité d'une affaire de divorce devant aboutir à une décision d'attribution de garde d'enfant, l'exemple du jugement de Salomon est encore vaguement transposable, au moins au niveau des parties: l'un des deux parents peut s'effacer devant un affrontement qu'il jugera préjudiciable à l'enfant, signifiant en cela que l'intérêt de l'enfant

⁴ <http://www.cyberie.qc.ca/dixit/20000127.html>

prime, ce que l'autre parent pourra au contraire dire explicitement sans le signifier. Le juge sera alors tenu d'attribuer la garde à celui des deux parents qui la réclame (donc celui, pour suivre la parabole de Salomon, qui la mérite le moins). On aboutit à une solution inverse de celle exprimée par la parabole, mais la faute n'en incombe qu'au juge et au système juridique qui l'encadre, et non aux parties.

En droit des affaires, on n'en est même pas là. On peut soutenir que, même au niveau des parties, le cas de Salomon n'est déjà plus transposable. En effet, on peut voir les organisations comme des machines à produire des textes de justification : au niveau individuel, il est fréquent que les individus qui la composent cherchent à justifier leur contribution par des rapports, ce qui est illustré par l'humoristique loi de Cohn⁵. Mais c'est en fait à tous les autres niveaux de l'organisation –et jusqu'à son sommet–, que chacun cherche à s'expliquer au moyen de règles, notes, références, arguments, propositions qui constituent le fonctionnement même de l'ensemble. En d'autres termes, les discours d'entreprise sont terriblement « premier degré » (ils ont ceci en commun avec les discours religieux). Cela ne signifie pas qu'ils soient dépourvus d'intentions de manipulation ou qu'ils ne doivent pas faire occasionnellement l'objet d'une interprétation. Une déclaration hypocrite d'un dirigeant à la suite d'un mouvement social, par exemple, pourra signifier le contraire du message affiché au premier degré. Mais en tout cas, ils peuvent rarement faire la place à l'hésitation, au doute, à la nuance, à l'indifférence, bref à la négativité de fond nécessaire à l'établissement de toute véritable dialectique.

En voici une traduction précise : soit un litige opposant un fournisseur à un client, portant par exemple sur le non respect d'un délai de livraison. L'affaire étant portée au tribunal, aucune des parties ne pourra sortir du premier degré de l'affrontement. Chacun jugera qu'il est bon de hausser le ton ou au contraire de minimiser l'affaire en fonction des représentations qu'il aura, à chaque instant, du rapport de force exprimé dans les termes du droit. Croire que l'issue de l'affrontement dépende d'une quelconque façon de ce qui serait moralement juste serait sans doute, non seulement illusoire mais même fautif⁶. Les salariés d'une entreprise (ou les avocats mandatés par elle) doivent défendre son intérêt (quitte pour les avocats à user du mensonge), y compris malgré elle, et ils ne peuvent se soustraire à cet impératif de premier degré. Et le juge doit trancher (il ne peut refuser de juger). Tous les acteurs de la scène juridique semblent donc comme « collés » à l'action, sans la liberté de s'y soustraire, et ce d'autant plus que, contrairement au cas du civil, ce ne sont pas des individus, mais des institutions qui sont en jeu.

Ce faisant, ce qui manque à tous, c'est le « degré de liberté » dont avait pu user Salomon pour rendre son jugement, cette faculté à s'extraire de toute règle formelle préétablie pour faire jaillir le juste.

Il est alors possible de proposer pour conclure une nouvelle version, contemporaine, de la parabole de Salomon. Il s'agirait en fait plutôt d'un « non jugement de Salomon » présentant l'archétype du contentieux d'affaires :

«3:16 Alors deux entreprises en conflit vinrent au tribunal de commerce, et se présentèrent devant lui régulièrement représentés par leur conseil.

⁵ Loi de Cohn : « Plus vous passez de temps à expliquer ce que vous être en train de faire, moins vous en avez pour faire quoi que ce soit. L'équilibre est atteint lorsque vous passez tout votre temps à expliquer que vous ne faites rien. »

⁶ Il s'agirait précisément de la faute que Comte Sponville qualifie d'angélisme dans son texte « le capitalisme est-il moral ? »

3:17 L'un des deux conseils dit: Pardon! Notre client et l'autre partie sont liés par un contrat de fourniture de matériel stipulant qu'une certaine quantité de marchandise devait être livrée avant le 21 juin.

3:18 Trois jours après le 21 juin, la marchandise n'était toujours pas livrée.

3:19 Mon client a dû cesser sa production et mettre son personnel au chômage technique.

3:20 L'autre conseil dit: Au contraire! L'entreprise cliente était déjà au chômage technique le 21 juin et nous n'avons pu la livrer. Et voilà qu'elle nous prend pour prétexte de ce chômage pour nous assigner à tort. Mais la première répliqua: Nullement! C'est moi qui ait raison, et l'autre qui a tort. C'est ainsi qu'ils parlèrent devant le tribunal.

3:21 Le juge du tribunal de commerce dit: L'un dit: C'est la faute de l'autre; et l'autre dit: Nullement! c'est la faute du premier.

3:22 Puis il ajouta: Apportez-moi l'expertise ayant conduit à l'évaluation du préjudice. On apporta l'expertise devant le juge.

3:23 Et le juge dit: Coupez en deux le préjudice, et donnez-en la moitié à l'une et la moitié à l'autre. Et il fut fait ainsi. Et le jugement fut inscrit au tribunal, et les parties furent libérées.

3:24 Alors les conseils s'exprimèrent ainsi à la porte du tribunal : le premier dit que le jugement était bon et qu'il était satisfait que la justice ait été rendue. Le second dit que son client allait faire appel. Et les journalistes présents en prirent bonne note.

3:28 Tout le monde des affaires apprit par la presse le jugement que le tribunal avait prononcé. Et l'on craignit la jurisprudence, car on vit que de nouveaux textes étaient en elle pour la diriger dans ses jugements. »