

25ème Anniversaire de Medel

La justice à l'épreuve de la crise de l'état social

L'ENJEU DEMOCRATIQUE DE LA JUSTICE

La Justice au carrefour de l'Etat social



Magistrats Européens pour la Démocratie et les libertés

Simone GABORIAU, co-fondateur de
MEDEL, présidente de chambre
honoraire de la Cour d'appel de
Paris

Strasbourg 1985
- Bruxelles 2010
Colloque
9 et 10 décembre
2010

L'Etat social, traduction institutionnelle de l'endossement par la société de la responsabilité du bien-être vital de ses membres a été le fruit de luttes et de conquêtes sociales provoquées par les conséquences inhumaines de la révolution industrielle et du développement du capitalisme. Sous-jacente depuis plusieurs années, engendrée par l'installation du marché total, la crise de l'Etat social a été portée à son paroxysme par la financiarisation de l'économie. La crise, qui sévit depuis 2008, est d'abord une crise du droit et des institutions en raison, notamment, de la dérèglementation des marchés financiers et de la mise en concurrence des législations sociales. Le droit du travail qui s'est constitué, en Europe occidentale, par émancipation du droit du marché se trouve, désormais, confronté à la primauté de « la libération des forces du marché » (cf. jurisprudence de la CJUE) ; l'un des piliers historiques du droit du travail est ainsi remis en cause. La confiance du peuple envers ses institutions, principe fondateur de la démocratie, est en train de céder le pas à la « confiance des marchés », alors que la compétition économique ne doit pas être le but ultime de l'ordre juridique. Par une limitation de la démocratie, pour assurer « l'ordre spontané des marchés » et une organisation de l'opacité de la « science économique » qui « échappe à l'entendement des populations », on a caché la réalité du capitalisme financier. Et pourtant que de tragiques conséquences ! Singulièrement, par une organisation niant l'humanité du travailleur et accroissant la souffrance au travail.....

Il faut réveiller la justice comme acteur de la démocratie, réarmer le juge et la société civile par un retour du droit, d'un droit fidèle à l'esprit de la convention de Philadelphie, qui en 1944 proclama que le travail n'est pas une marchandise. C'est par une dynamique de la responsabilité sociale de la justice qu'elle pourra contribuer à faire respecter les droits sociaux, spécialement : en ayant recours à l'application des normes internationales et européennes telles que la charte des droits fondamentaux de l'UE, les normes de l'OIT, et bien sûr la CEDH ; *par, dans les contentieux, civils, commerciaux, pénaux et sociaux, un office du juge actif, soucieux de rechercher la vérité sans hésiter à la débusquer en arriant des apparences. Il faut s'investir dans tout le champ des droits sociaux en s'affrontant à la complexité du réel et spécialement en s'attelant au décryptage de la situation du capitalisme contemporain et de ses avatars juridiques. Le débat démocratique, en investissant tous les espaces de communication modernes doit promouvoir une réflexion sur la crise sortant des analyses « officielles » pour faire revivre le droit, celui de l'encadrement du marché et celui de la vitalité des droits sociaux. De nombreuses voix en ce sens s'élèvent (comme celle d'Alain Supiot principal inspirateur de cette intervention). Il faut leur donner du retentissement ! La xénophobie sert d'exutoire habituel et tragique à l'insécurité et à la paupérisation dans lesquelles des masses humaines sont précipitées. Nous connaissons les armes juridiques pour combattre cette xénophobie, avec, hélas des succès variables! Forgeons, également, des armes pour, en défendant l'Etat social, combattre les mécanismes qui conduisent aux exclusions et aux phénomènes de « boucs émissaires ».*

L'ENJEU DEMOCRATIQUE DE LA JUSTICE

LA JUSTICE AU CARREFOUR DE L'ÉTAT SOCIAL

INTRODUCTION : LES DEUX CORPS D'ÉTAT DE LA DEMOCRATIE

L'émergence de l'Etat social

Crise de l'Etat social

LA FACE CACHEE DE LA CRISE

LES CRISES

La crise du droit et des institutions

La crise de l'Europe judiciaire : la « libération des forces du marché »

La crise de la confiance instituante - Les métamorphoses de la confiance - la tyrannie de la confiance des marchés

LES PIEGES

La compétition économique est devenue le but ultime de l'ordre juridique

Le syndrome du commis voyageur : des méthodes d'organisation niant l'humanité du travailleur

Limiter la démocratie et désarmer la société civile par l'organisation de l'opacité

La limitation de la démocratie

L'organisation de l'opacité

REVEILLER LA JUSTICE COMME ACTEUR DE LA DEMOCRATIE

COMMENT REARMER LE JUGE ET LA SOCIÉTÉ CIVILE

Le retour du droit

Retrouver l'esprit des lois

S'attaquer à la complexité

COMMENT FAIRE REAGIR LE JUGE ET AGIR LA JUSTICE

Un office actif du juge : utiliser toutes les ressources du droit

La responsabilité sociale de la justice

CONCLUSION

L'ENJEU DEMOCRATIQUE DE LA JUSTICE

LA JUSTICE AU CARREFOUR DE L'ÉTAT SOCIAL

(Le titre est emprunté à une motion du dernier congrès du Syndicat de la Magistrature¹)

Parvenue au terme de ma vie professionnelle, je dois dire que de façon lancinante, je me suis posée cette question, lorsque je rendais une décision de justice : quel est l'enjeu démocratique de cette affaire ? Parfois, elle restait sans réponse, car le dossier apparaissait de « pure technique » juridique mais les lendemains pouvaient démontrer que la réalité était différente. Ainsi, il faut avoir une vigilance de tous les jours sur cette question et la réponse n'en est pas toujours ni évidente ni immédiate. J'ai en effet découvert de près et de loin, tous les objets divers de la justice au quotidien (qu'il faut se garder de contempler sous l'angle d'un monde à part) et pour appréhender « l'enjeu démocratique de la justice » l'engagement militant que ce soit au niveau national, en France avec le SM ou au niveau européen avec MEDEL, a pour moi constitué un guide efficace et productif ; il m'a permis, en effet, plus de clairvoyance et plus d'enracinement dans la pratique judiciaire. Et c'est bien là que se joue la scène démocratique de la Justice !

Au fil de ces années, je me suis affermie, de plus en plus, dans cette croyance que, pour être au service de la démocratie, il est important pour le juge d'y croire et de le vouloir.

INTRODUCTION : LES DEUX CORPS D'ÉTAT DE LA DEMOCRATIE

L'émergence de l'Etat social

L'idée de démocratie, paradigme des systèmes politiques contemporains peut faire débat sur ce que cache ce concept, tant il est vrai, que, comme le souligne Pierre Rosanvallon², « *le mot démocratie véhicule derrière une apparence d'évidence et de clarté les doutes et les perplexités de la société moderne sur ses fondements politiques ultimes* ».

Sans rechercher ces fondements ultimes, je dirai que la démocratie c'est :

-un **Etat de droit** proclamant les libertés fondamentales avec un mécanisme de garantie qui repose, en dernière analyse, sur la justice : « **Le véritable test de l'Etat de droit se trouve dans l'existence d'une panoplie de procédures**

¹ Motion du congrès du SM novembre 2010 : *La justice au carrefour de l'Etat social - contre une justice de classe - Dix ans de populisme pénal ont considérablement dégradé tous les dispositifs sociaux associés à l'acte de justice. Le bracelet électronique remplace le contrôle judiciaire socio-éducatif, le contrat de responsabilité parentale se substitue à l'action éducative, la vidéo-surveillance fait office de médiation sociale...*
Parallèlement à cette évolution, les logiques gestionnaires de la LOLF et de la RGPP détruisent le service public. Le projet néolibéral fait prévaloir la gestion des flux sur l'acte de justice et transforme la singularité du citoyen en tableau statistique. Le Syndicat de la magistrature réaffirme avec force que la justice ne peut rester enserrée dans une chaîne pénale ou hiérarchique soumise aux intérêts de quelques privilégiés. Elle doit être à disposition de tous et toutes pour assurer l'égalité et l'effectivité des droits. (...)

² Revue La pensée politique mai 1993 "**Situations de la démocratie**" Gallimard le Seuil ; Pierre Rosanvallon est professeur au collège de France.

et de recours appuyée sur des institutions, permettant à la victime d'une violation d'obtenir qu'il y soit mis fin et d'être indemnisée le cas échéant. »³

-un **Etat social** qui par la reconnaissance des droits et objectifs sociaux doit garantir à chacun, une égalité d'accès aux droits vitaux (santé, emploi, instruction, logement, culture...) et organiser la prise en charge des aléas de l'existence et de la fin de vie : accident, maladie, chômage, retraite et en tout état de cause un niveau de vie minimal :

- en fournissant des moyens financiers
- en allouant des prestations,
- en assurant d'une façon générale, une redistribution des revenus,
- en développant le droit social.

En bref, **l'Etat social n'est rien d'autre que la traduction institutionnelle de l'endossement par la société de la responsabilité du bien-être vital de ses membres.** Ces droits et objectifs sociaux sont en général constitutionnellement reconnus⁴ et en tout cas proclamés par des instruments internationaux. Ce concept de l'état social, fruit de luttes et de conquêtes sociales provoquées par les conséquences inhumaines de la révolution industrielle et du développement du capitalisme, se forgea dans la première moitié du XX^e siècle et s'imposa, dans le monde occidental, après la Deuxième Guerre mondiale.

Ces principes étaient reconnus alors que l'économie de marché et de propriété privée des moyens de production dominait cette partie du monde tandis que dans l'autre régnait un système politique d'économie collectiviste et étatique, qui, méconnaissant par ailleurs les libertés fondamentales, donnait à ceux qui n'étaient pas politiquement déviants, une certaine sécurité dans le champ des droits sociaux.

Lorsque le mur de Berlin est tombé, la peur du communisme a disparu et le système du *marché total* s'est développé avec une remise en cause de bien des droits sociaux, considérés comme des « avantages acquis ».

2 J.Y Morin, « L'Etat de droit, émergence d'un principe du droit international » RCADI n°254 –1995, p. 180

⁴ Par exemple pour la **Constitution Française** : Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame *comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après* :

** La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.*

(...) Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

** (...) La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.*

** Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.*

(...) La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

Pour la **constitution Italienne** : Article 3

1. *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.*

2. *Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays.*

Crise de l'Etat social

Et l'Etat social est entré en crise lorsque la financiarisation de l'économie a été poussée à son paroxysme. La crise financière, remet en cause, ou à tout le moins rogné, dans nombre de pays, les principes fondamentaux de l'Etat social.

C'est le contexte dans le quel nous nous trouvons et qui nous fait réagir. Nous avons en commun de nous sentir pénétrés de craintes pour la situation et l'avenir de l'homme, d'entrevoir de grands périls, de grands maux. Nous nous posons ces questions : est-il possible de les conjurer, les éviter ou, à tout le moins les restreindre ?

En effet, depuis la naissance de la crise, les juges ont été nombreux à s'interroger sur l'impact que la crise pouvait avoir sur la justice : quelles évolutions du contentieux ? Quelles évolutions des réponses judiciaires ? Des bouleversements législatifs sont-ils à prévoir ? etc...

Il est révélateur que nos pays européens questionnés par la CEPEJ⁵ sur l'impact de la crise sur la justice, aient, dans l'ensemble, cherché à faire des économies et à réduire les flux de contentieux, à l'exception notable de l'Espagne. Dans ce pays, après analyse par le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, le Ministère de la Justice et les Gouvernements des Communautés Autonomes, ont été mis en place des plans spéciaux de renforcement transitoire des moyens pour les juridictions sociales, commerciales et civiles, où l'impact de la crise a été le plus fort

La réflexion qui suit sera tout particulièrement centrée sur la question de la justice sociale

Réfléchir dans un tel contexte sur « l'enjeu démocratique de la Justice » c'est d'abord rechercher ce que cache la crise avant de tenter de poser les jalons du réveil de la justice comme acteur de la démocratie.

LA FACE CACHEE DE LA CRISE

LES CRISES

La crise du droit et des institutions

Une crise économique et financière peut apparaître comme concernant d'abord les économistes, le droit n'ayant qu'à suivre les nouvelles contraintes provoquées par la crise et le juge s'incliner. C'est ainsi qu'aux yeux de certains, au pouvoir et/ou occupant fortement le champ médiatico-politique, s'imposent, en période de crise, un renoncement, ou à tout le moins un recul des droits sociaux et protections sociales ainsi que la désagrégation des services publics considérés comme trop coûteux. Tout cela ne serait que luxe et inefficacité.

Ce n'est pourtant pas l'avis de nombre de ceux qui réfléchissent aux causes de cette crise ; hélas ceux-ci ne sont pas en charge de « la gouvernance » de la planète humaine et n'ont pas souvent de relais dans les gouvernements qui dirigent le monde.

Pour eux, cette crise, sans précédent, a été engendrée par l'idéologie d'un marché sans limites tendant à l'avènement d'une société globale où les liens entre les hommes et les lois peuvent faire l'objet d'un traitement identique à celui de n'importe quels produits.

C'est ainsi que cette crise a été le symptôme d'une crise du droit et des institutions⁶.

⁵ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/Newsletter/2010/7_newsletter_Dec10_en.asp

⁶ Alain Supiot *Revue internationale du Travail*, vol. 149 (2010), n°2 Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 ; Alin Supiot est directeur de l'Institut d'études avancées de Nantes (France).

Pourquoi ces bases institutionnelles sont elles essentielles ?

Un exemple illustre cette nécessité un vrai contrat ne peut se former que si les parties qui s'obligent sont placées sous l'égide d'un garant du respect de la parole donnée et en l'absence d'un tel garant le contrat ne signifie rien d'autres que la loi du plus fort.

Une histoire belge la démontre brillamment et je ne résisterais pas, ici à Bruxelles, au plaisir de citer Alain Supiot, évoquant la Marktplatz de Bruxelles, à la beauté architecturale exaltante: « **Tout autour de cette place se trouvent les sièges des institutions dont dépendait le bon fonctionnement du marché: l'Hôtel de Ville où siégeait l'autorité municipale garante de la régularité des échanges, les maisons de différents métiers où siégeaient les corporations garantes du statut et de la qualité du travail, sans lesquels il n'y aurait pas de richesses à échanger. Ces différents bâtiments marquaient aussi les limites de l'espace marchand. Si l'on sortait de cet espace, par exemple pour se rendre au palais de justice ou au palais royal, (palais du Coudenberg) on se trouvait soumis à d'autres règles qu'à celles du marché. Car, si la loi du marché devait aussi régir les juges ou les dirigeants politiques, leurs décisions seraient à vendre, la Cité serait corrompue et les honnêtes marchands ne pourraient plus y travailler librement.** »

Or depuis trente ans, sous le règne de la doctrine ultralibérale, l'on a assisté au démantèlement des bases institutionnelles et juridiques des marchés, en déréglementant les marchés financiers et en mettant en concurrence les législations sociales. Il était prévisible, tant d'un simple point de vue juridique, que d'un point de vue économique que les marchés financiers allaient s'effondrer.

La crise de l'Europe judiciaire : la « libération des forces du marché »

J'évoquerai ici cette question uniquement sous l'angle de la justice européenne en abordant brièvement l'évolution de la jurisprudence de la CJUE au regard du principe d'autonomie du droit du travail.

Nouvelle illustration du nécessaire fondement institutionnel, évoqué supra : dans les sociétés d'Europe de l'Ouest, le droit du travail s'est constitué par émancipation du droit du marché⁷. Certes, des règles sur le travail existaient avant cette émancipation, mais elles relevaient d'avantage d'une police du travail, partie plus ou moins autonome d'une police du ou des marchés. Or cette émancipation est intervenue avec des inventions institutionnelles, qui sont en rupture avec les principes et rationalité propres au marché concurrentiel, et qui, pour cette raison et à cause du rôle exemplaire qu'elles ont rempli dans l'émancipation, constituent toujours les piliers historiques du droit du travail.

La jurisprudence de la Cour de justice Européenne dont les arrêts *Viking* et *Laval*⁸ sont les plus révélateurs est particulièrement inquiétante en ce qu'elle tend à mettre à bas cette émancipation en assurant la promotion de la « libération des forces du marché ». C'est ainsi qu'elle a consacré le droit pour une entreprise d'éluder les règles de l'Etat où elle exerce toutes ses activités en s'immatriculant dans un autre Etat dont les règles sont moins contraignantes. Dans cette même veine, la Cour affirme, par une autre décision, que les objectifs de protection du pouvoir d'achat des travailleurs et de paix sociale ne constituent pas un motif d'ordre public de nature à justifier une atteinte à la libre prestation de service⁹.

Tout dernièrement, son arrêt du 15 juillet 2010, étendant l'emprise des marchés sur la gestion des systèmes d'assurance vieillesse négociés par les partenaires sociaux¹⁰ vide de leur substance ses décisions antérieures, qui faisaient échapper au droit de la concurrence la négociation collective et les institutions fondées sur la solidarité. Ainsi, la Cour affirme dans cet arrêt qu'un « juste équilibre » doit être observé « dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence », c'est-à-dire d'un côté ceux des travailleurs dont il s'agit de garantir un bon niveau de pension et de l'autre ceux des banques et des compagnies d'assurance dont la Commission défend la liberté d'opérer sur le marché des retraites. Cette jurisprudence jette une lumière inquiétante sur l'avenir des différentes réformes des retraites dans bien des pays européens.

⁷ Antoine LYON CAEN Professeur Dr. Université Paris X Directeur d'études à l'EHESS Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale

⁸ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, C488/05 ; 18 décembre 2007, *Laval*, C341/05

⁹ CJUE, arrêt du 19 juin 2008, affaire C-319/06, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*,

¹⁰ CJUE (Grande chambre) 15 juillet 2010, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-271/08

La crise de la confiance instituante

Les métamorphoses de la confiance - la tyrannie de la confiance des marchés

La démocratie repose sur la confiance accordée par le peuple aux gouvernants désignés et aux assemblées élues ainsi qu'aux institutions (comme la justice) dont les organisations sont prédéterminées par les lois et spécialement les lois fondamentales.

Développant une pensée sur la "société de défiance généralisée" certains estiment que « *l'individu démocratique¹¹, source de la légitimité politique parce qu'il est citoyen, accepte mal de respecter les institutions en tant que telles, il admet difficilement qu'elles doivent être respectées parce qu'elles nous ont été transmises par les générations précédentes. Il admet difficilement que le respect des procédures légales donne leur légitimité aux institutions et aux décisions politiques. L'Homo democraticus entend soumettre les unes et les autres à sa critique. Il se donne le droit de manifester son authenticité et sa personnalité irréductibles à toute autre, donc à tout juger par lui-même. L'argument de la tradition ou de la légalité n'est plus considéré comme légitime.* »

Et derrière le discours politique dominant, se profile l'idée que, désormais, la confiance des marchés remplacerait cette confiance démocratique en crise. Et pourtant cette « confiance » là a un prix très élevé pour les peuples. Ils la paient, en effet : d'une part, en raison des milliards d'euros venus au secours des banques imprudentes et mal gérées d'autre part, du fait de la régression des garanties et droits sociaux pour rassurer les marchés financiers et pouvoir financer les dettes publiques. Car ces dettes proviendraient de dépenses sociales inconsidérées !

LES PIEGES

La compétition économique est devenue le but ultime de l'ordre juridique

Si la compétition économique est devenue le but ultime de l'ordre juridique¹², c'est en raison de l'adhésion au dogme selon lequel l'accroissement de la production et du commerce est une fin en soi, et que cette fin peut être atteinte uniquement par une mise en concurrence généralisée de tous les hommes dans tous les pays. S'est créée ainsi une perversion de l'ordre juridique : l'être humain, sa dignité, sa sécurité économique, sa liberté disparaît de l'objectif de l'ordre juridique. Les indicateurs économiques chiffrables deviennent des fins en soi (cf. l'OMC¹³). Les hommes se fondent dans la masse indifférenciée des ressources nécessaires au fonctionnement du marché.

Ce recentrage du droit, dans le monde de l'entreprise, sur la compétition économique constitue un péril pour la justice si elle ne sait pas garder « la juste distance ». J'illustrerais ce danger par la citation d'un haut magistrat français, premier président de la cour d'appel de Paris, lors d'une audience solennelle de rentrée (2008) : « *Dans la mesure où, en matière de régulation économique, le juge judiciaire doit veiller, pour sa part, à adapter sa vision*

¹¹ Ce texte est extrait de "la leçon inaugurale" que prononcera Dominique Schnapper, lundi 19 juillet, à Montpellier, lors de l'ouverture des Rencontres de Pétrarque, organisées par France Culture et Le Monde dans le cadre du Festival de Radio France « En qui peut-on avoir confiance ? » Dominique, sociologue, membre du Conseil constitutionnel entre 2001 et 2010

¹² Alain Supiot opus précité *Revue internationale du Travail*, vol. 149 (2010), no 2 Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008

¹³ **Extraits de l'article précité d'Alain Supiot** : C'est par l'exposition de ce dogme que s'ouvre l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Selon le premier alinéa du préambule de cet accord: [Les rapports entre les Etats] dans le domaine commercial devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services [...] (OMC, 1994).

Le contraste avec la Déclaration de Philadelphie est saisissant. L'augmentation d'indicateurs économiques quantifiables (taux d'emploi, niveau élevé et toujours croissant (*sic*) des revenus et de la demande) et «l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services» sont traités ici comme des fins en soi. Les êtres humains ont disparu de la liste des objectifs assignés à l'économie et au commerce, et avec eux toute référence à leur liberté, à leur dignité, à leur sécurité économique et à leur vie spirituelle.

juridique classique. Il lui faut intégrer davantage une logique prenant en compte les conséquences à la fois économiques, sociales et financières de ses décisions. Cela n'a rien d'évident, pour des magistrats professionnels, de s'astreindre à faire fi des catégories juridiques qui leur sont familières. » (...) Il faut « Restaurer la confiance des milieux économiques dans la justice ». Sur cette base une formation spécifique d'un « vivier » de juges aptes à permettre la restauration de cette confiance a été mise en place. Il n'y a bien sûr rien à dire sur une démarche de familiarisation des juges au monde de l'économie mais l'objectif assigné limité à la confiance des milieux économiques en faisant fi des catégories juridiques classiques fait peur ! Et l'on rejoint la tyrannie de la confiance des marchés !

Le syndrome du commis voyageur¹⁴ : des méthodes d'organisation niant l'humanité du travailleur

C'est ce marché *total* qui contamine tout. Le qualificatif de *total* est donné par Alain Supiot en s'inspirant de Ernst Jünger au sortir de la « grande guerre », lorsqu'il désigna un mode d'organisation fondé sur la mobilisation d'absolument toutes les ressources humaines, techniques et naturelles, afin d'« être en mesure, 24 heures sur 24, de les envoyer au front où un processus sanglant de consommation jouait le rôle du marché » (Jünger, 1930). La première guerre mondiale a été, en effet, selon Alain Supiot, le moment fondateur de cette transformation des hommes en combustible. Les méthodes d'organisation adoptées après-guerre se sont conformées à ce modèle de gestion et ont visé à convertir toute espèce d'être ou de chose en énergie disponible, donnant naissance à l'univers managérial qui est encore le nôtre, et que, dès 1932, Jünger dépeignait en ces termes : « *Le propre de notre situation consiste en ceci que la contrainte du record règle nos mouvements et que le critère de performance minimale qu'on réclame de nous accroît l'ampleur de ses exigences de façon ininterrompue. Ce fait interdit totalement que la vie puisse en quelque domaine que ce soit se stabiliser selon un ordre sûr et indiscutable. Le mode de vie ressemble plutôt à une course mortelle où il faut bander toutes ses énergies pour ne pas rester sur le carreau* » (Jünger, 1932).

C'est ainsi que toutes les techniques de « *management* » par la performance concourent à produire un système jouant sur deux ressorts complémentaires : la rivalité et la peur. Pris dans la nasse d'un système financier dévastateur par son règne de la profitabilité, soumis à des objectifs décidés souvent de façon invisible, les salariés sont exposés continûment à des licenciements spécialement, pour insuffisance professionnelle. Ce type de licenciement monte en puissance en France et sa contestation en justice est particulièrement ardue.

Ces deux moteurs de la gestion du personnel conduisent à une inquiétante expansion de la souffrance au travail, provoquée massivement par les systèmes d'organisation du travail

D'une façon générale, s'installe une victimisation des travailleurs, spécialement révélée par l'accroissement du contentieux du harcèlement moral également difficile à caractériser en justice.

Le glissement progressif du statut du salarié, partie prenante dans l'entreprise par son savoir faire et sa compétence, vers un statut de victime potentielle fait changer la nature fondamentale de la protection du salarié.

Limiter la démocratie et désarmer la société civile par l'organisation de l'opacité

La limitation de la démocratie

Il faut, à cet égard comme nous y invite encore Alain Supiot¹⁵ se pencher sur la doctrine de Hayek¹⁶, le grand inspirateur de la « révolution ultralibérale » et critique acerbe de l'œuvre normative de la fin de la dernière guerre (en particulier de la déclaration universelle des droits de l'homme qui ne correspondait pas, à ses yeux, aux « principes sur lesquels repose l'ordre de « la Grande Société » »).

¹⁴ D'après la pièce d'Arthur Miller, où le héros tragique, miné par l'impossibilité d'atteindre les objectifs fixés par son patron, après un déclin humiliant au sein de l'entreprise où tant de liens affectifs le reliaient, est licencié et préfère provoquer un accident mortel de la circulation pour que sa famille bénéficie de son assurance vie.

¹⁵ Op.cité

¹⁶ Friedrich Hayek, 1899-1992 économiste et philosophe, promoteur du capitalisme contre le socialisme ou toute forme d'étatisme a reçu le « Prix Nobel » d'économie en 1974

Cette limitation de la démocratie était considérée par Hayek comme indispensable pour assurer l'ordre spontané du marché qu'il fallait mettre à l'abri du pouvoir des urnes. Soustraire entièrement à la sphère politique les questions de répartition des richesses et du travail ainsi que celles de la finance et de la monnaie. Voilà l'objectif !

L'organisation de l'opacité

Partant du postulat, cher à Hayek, que les lois de l'économie échappent à l'entendement des populations et que les revendications d'une juste distribution caractérisent un *atavisme* fondé sur des émotions originelles, on met à l'écart des réseaux d'information accessibles à tous, les questions d'économie et de finance, qui sont confisquées par l'oligarchie qui détient, en matière d'économie, le monopole de « la réflexion scientifique » et le pouvoir.

Après les 30 glorieuses, où tout cela se tramait à bas bruit, les dernières mutations contemporaines forcent à modifier l'approche du capitalisme qui s'est réorganisé spécialement en termes juridiques.

Avant, on parlait de la concentration du capitalisme, désormais, le capital industriel étant dominé par le capitalisme financier, c'est la décentralisation productive qui est en marche. On réalise un calcul de productivité sur des segments de plus en plus courts avec un « emballage » juridique habile.

C'est ainsi que l'on fabrique l'opacité du fonctionnement de l'entreprise avec des sociétés éclatées qui sont de simples ectoplasmes ! L'entreprise est devenue nomade, non située, tritrisée. Le droit du travail n'avait pas été pensé pour ces nouvelles structures atomisées de l'entreprise ni pour la situation actuelle de l'emploi faite de précarité. La représentation des salariés a été conçue pour des entreprises stables, avec une organisation permanente. Si jadis, le droit du travail a dû s'émanciper du droit civil désormais, le péril qui le menace est la prédominance du droit des sociétés utilisé pour masquer, et protéger, les véritables décideurs. C'est ainsi que les licenciements s'opèrent dans une totale opacité sur le vrai centre de décision, les motifs réels n'apparaissant pas au grand jour. Prenant en outre la valeur de sa cession immédiate, l'entreprise peut toujours disparaître si telle est la « bonne » option en terme de profitabilité !

Nous – avocats, magistrats, juristes engagés dans le mouvement social- sommes inquiets par l'évolution de la jurisprudence française qui a, par deux arrêts de la cour de cassation (chambre mixte) du 19 novembre accru, grâce à une suprématie du droit des sociétés et une banalisation de la décision de licenciement, la prééminence de la liberté d'entreprendre sur le droit de l'emploi. Persuadés que nous n'avons pas suffisamment creusé les problématiques en jeu nous entendons poursuivre la réflexion pour faire que cette approche juridique ne soit pas irréversible.

C'est à un nécessaire réveil de la Justice qu'il faut s'atteler pour faire vivre activement la démocratie.

REVEILLER LA JUSTICE COMME ACTEUR DE LA DEMOCRATIE

Le **vent se lève**¹⁷ ! . . . Dans ce contexte de crise, il faut que la justice soit un acteur vivant de la démocratie !

COMMENT REARMER LE JUGE ET LA SOCIÉTÉ CIVILE

Le retour du droit

Le passage dans l'arrière boutique de la crise démontre que **c'est vers le retour du droit que l'on doit se tourner**. Que d'inquiétudes, dès lors, face à l'attentisme persistant dans le champ de la **réglementation de la finance** ! Pourtant, après le début de la crise tout le monde disait « *il est certain que des choses vont changer, le retour au monde d'avant-crise est exclu* ». Il est indispensable, en effet, de regagner le terrain juridique sous l'impulsion du politique afin de rétablir l'ordre entre les fins et les moyens, entre les besoins des hommes et l'organisation

¹⁷ C'était le titre du congrès du Syndicat de la magistrature des 26,27 et 28 novembre

économique et financière. On admet certes qu'il conviendrait de mieux *réguler* les marchés ; cependant, c'est l'encadrement, la limitation de certains pouvoirs, la spécification de certaines interdictions¹⁸... qui conviennent et non pas la simple *régulation* qui n'est rien d'autre qu'une opération de réglage (d'une machine ou d'un chauffage par exemple...).

Retrouver l'esprit des lois

Car comme nous y invite Alain Supiot¹⁹ il faut renouer avec l'esprit de la Déclaration de Philadelphie de 1944²⁰, pour dissiper le leurre et l'iniquité du marché total et tracer les voies nouvelles de la Justice sociale. En effet, « en proclamant que « le travail n'est pas une marchandise » et en exigeant « l'extension des mesures de sécurité sociale en vue d'assurer un revenu de base à tous ceux qui ont besoin d'une telle protection ainsi que des soins médicaux complets », la Déclaration de Philadelphie engageait les Etats à se doter d'un droit du travail et de la sécurité sociale propre à garantir la sécurité physique et économique des salariés et de leurs familles, c'est-à-dire à poser les états juridiques indispensables au fonctionnement des marchés du travail sur le temps long de la succession des générations. »

S'attaquer à la complexité

La réflexion d'Edgar Morin, un des penseurs français de la complexité, selon laquelle il faut *Penser la crise* : en s'interrogeant ainsi : *l'abîme ou la métamorphose ?* nous sert de repère. Edgar Morin s'explique ainsi : « (...) Voilà ce qu'est l'histoire : des émergences et des effondrements, des périodes calmes et des cataclysmes, des bifurcations, des tourbillons des émergences inattendues. (...) Et parfois, « au sein même des périodes noires des graines d'espoir surgissent. Apprendre à penser cela, voilà l'esprit de la complexité. »

Faisons germer ces graines d'espoir en nous regroupant entre juristes militants –avocats, magistrats, professeurs de droit-, économistes qui n'acceptant pas la fatalité de la crise « dénoncent la soumission au pouvoir de la finance²¹ » et tous les membres de la société civile prêts à réagir et agir sur tous ces thèmes autour de la crise. De nombreuses voix en ce sens s'élèvent (comme celle d'Alain Supiot principal inspirateur de cette intervention). Il faut leur donner du retentissement ! Le débat démocratique, en investissant tous les espaces de communication modernes, doit promouvoir une réflexion sur la crise, sortant des analyses « officielles », pour faire revivre le droit, celui de l'encadrement du marché et celui de la vitalité des droits sociaux.

¹⁸ Voir Esprit « Les Etats et le pouvoir des marchés », Décembre 2010, *Choix démocratiques et « vérités » des marchés* Valérie Charolles, plus particulièrement le passage *Que faire ?*

¹⁹ *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total. Paris 2010*

²⁰ Le **10 mai 1944**, en effet, la **Conférence internationale du travail**, réunie à **Philadelphie**, aux Etats-Unis, a adopté une **déclaration** qui redéfinit les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail (OIT) en énonçant notamment les principes suivants :

- ▶ le travail n'est pas une marchandise,
- ▶ la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous,
- ▶ tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales.
- ▶ la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun.

²¹ Manifeste d'économistes atterrés Paris novembre 2010, ed. « *les liens qui libèrent* » ; <http://economistes-atterres.blogspot.com/2010/09/manifeste-des-economistes-atterres.html> ou encore, Frédéric Lordon Economiste, auteur de *La Crise de trop. Reconstruction d'un monde failli*, Fayard, 2009 (*Pour soumettre les choix économiques à la délibération politique Et si on commençait la démondialisation financière ?* Le Monde diplomatique, mai 2010, *Capitalisme désir et servitude* La fabrique septembre 2010.

Nous en sommes au préliminaire dans la constitution de cette réflexion. Il s'agit de l'œuvre d'une convergence de pensées pour remettre l'homme au centre de l'économie, en tant que fin et moyen. Notre légitimité, à nous les juristes, est d'utiliser le droit comme outil de cette pensée en construction collective.

Il faut s'atteler au décryptage de la situation opaque et complexe actuelle : il faut comprendre, détricoter..... Par ces approches collectives, il faut reconstituer un savoir faire sur le capitalisme contemporain, faire émerger la réalité cachée de cette décomposition juridique du collectif capitaliste et financier (cf. supra, les considérations sur le rôle du droit des sociétés). Il faut promouvoir, entre tous ceux qui souhaitent réfléchir, des méthodes nouvelles de travail, reconstruire des espaces de discussion, de débats. Il y a un voile d'ignorance à lever.

Nous sommes, avec, hélas, des succès variables, rompus à la défense des droits de l'homme avec de nombreux relais dans une société civile qui conserve des lieux actifs et dynamiques (réseau d'éducation sans frontière par exemple). Dans ce domaine de la défense de l'Etat social, nous nous heurtons à l'organisation d'une opacité des données et à la confiscation des savoirs apparemment complexes. C'est là que s'enracinent pourtant les mécanismes qui conduisent aux exclusions et aux phénomènes de « boucs émissaires » que nous combattons au nom des droits de l'homme. N'est-ce pas une suprême, et subtile, manœuvre de nous cantonner dans ce combat là ? Nos luttes s'attaquant aux symptômes sont indispensables mais ne sont pas suffisantes. Il faut s'investir dans tout ce champ des droits sociaux en s'affrontant à la complexité du réel.

COMMENT FAIRE REAGIR LE JUGE ET AGIR LA JUSTICE ?

Un office actif du juge ; utiliser toutes les ressources du droit

Dans la réflexion sur les conséquences de la crise sur la justice, qui a été engagée en France, par le SM, voilà le type de questions qui ont été formulées sur le rôle du juge :

-simple témoin ? Rôle auquel, il ne saurait se limiter même si il est important que la justice fasse remonter ses constats (par exemple sur la paupérisation du pénal, l'endettement des plus pauvres ayant recours à des crédits de subsistance, la remise en cause de leur droit au logement...),

-arbitre, des conséquences ?

- voire censeur, lorsque les textes adoptés remettent en cause des principes fondamentaux.

Par un office actif du juge, soucieux de rechercher la vérité sans hésiter à la débusquer en arrièrè des apparences, dans les contentieux, civils, commerciaux, pénaux et sociaux, l'émergence de la problématique des droits sociaux pourra se faire.

Le rôle à cet égard des principes fondamentaux tant nationaux qu'internationaux doit être largement pris en considération. Il faut, en effet, utiliser toutes les ressources du droit, avec, et surtout, tous les principes fondamentaux. C'est ainsi que doit demeurer la garantie des droits reconnus par l'article 8 de la CEDH -vie privée et familiale, domicile- si souvent remise en cause par les effets de la crise (expulsion des logements, séparation des familles...)

C'est, en particulier, vers le Conseil de l'Europe et ses instances de contrôle du respect des droits de l'Homme que l'on doit se tourner. Notamment, la Cour de Strasbourg (CEDH) a adopté une méthode d'interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui se réfère aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » et intègre toutes les normes internationales et européennes du travail, y compris les normes de l'OIT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²². Conforme au principe

²² Voir notamment : Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, §.18. Et déjà dans le même sens ses décisions n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, §.19 ; n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, §. 6 ; n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, §.44.

d'indivisibilité des droits de l'homme, cette méthode lui permet d'imposer le respect des droits sociaux fondamentaux au contraire de la jurisprudence précitée de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). La divergence d'interprétation entre ces deux juridictions européennes est désormais flagrante. Affaire à suivre (surtout quand l'Union européenne, comme le lui impose l'article 6 §.2 du Traité de Lisbonne, adhérera à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) ... et entre temps essayons d'y voir plus clair sur la situation actuelle telle que provoquée par la crise et utilisons toutes les ressources potentielles de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Et puis doit-on définitivement désespérer de la CJUE ? Le 21 octobre 2010²³ (Sociétés filiales-Groupe) la Cour a décidé que : en cas de transfert au sens de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut également être considéré comme un « cédant », au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de ladite directive, l'entreprise du groupe à laquelle les travailleurs étaient affectés de manière permanente sans toutefois être liés à cette dernière par un contrat de travail, bien qu'il existe au sein de ce groupe une entreprise avec laquelle les travailleurs concernés étaient liés par un tel contrat de travail. Ainsi la CJUE a voulu faire apparaître le *vrai employeur*, par delà les fictions juridiques.

La responsabilité sociale de la justice

Globalement, deux conceptions de la justice se manifestent et sont à examiner pour mettre l'accent sur le type de justice nécessaire à notre époque.

- une conception positiviste, où la justice est seulement une performance de technique juridique qui pour faire éventuellement les délices des commentaires « savants » ne réalise pas nécessairement le don efficace du *juste* que la société est en droit d'attendre ;

- une conception sociale qui répond à la philosophie de Paul Ricoeur. Il voulait rendre justice à la justice et faire place au droit. Il expliquait que la finalité courte de tout acte de juger c'est de trancher un conflit et la finalité longue l'apaisement social. C'est la cohésion sociale qui est en cause. L'acte de juger n'est ainsi pas un acte de « pure technique » juridique, mais un acte de conscience, de conscience du « juste » qui s'adresse à une communauté humaine et en même temps l'engage. La priorité donnée à la recherche du *juste* signifie que des idées sociales, au sens où elles mettent en jeu les rapports des hommes entre eux, sont au cœur de l'acte de juger. Il ne s'agit, bien sûr, pas de déconnecter cet acte du droit mais de le connecter aux principes généraux surplombant ce droit et porteurs de valeurs sociales (d'où l'application des droits européens et constitutionnels).

C'est la responsabilité sociale de la justice qui est en jeu. Je reprendrai ici les propos de Marc Verdussen²⁴ qui précise : « *Le juge d'aujourd'hui n'est plus le juge d'hier. Il ne se contente plus de dire le droit, ni même de l'interpréter. La modernité l'a élevé au rang d'un arbitre des valeurs sociales. Certes, depuis toujours, les conflits de valeurs ont existé et la justice en a connus. Mais, de plus en plus systématiquement, ils sont réglés dans les prétoires des palais de justice au lieu de l'être dans les hémicycles des parlements. Au demeurant, ces conflits de valeurs, on attend du juge qu'il les tranche, non pas de manière catégorique et péremptoire, mais par des ajustements subtils et des conciliations raffinées. En examinant de tels conflits, les juges doivent savoir jusqu'où ne pas aller. C'est ici qu'intervient l'idée d'une responsabilité sociale. Celle-ci, à la différence de la responsabilité civile, disciplinaire ou pénale, n'implique pas la violation du droit et ne conduit pas à des sanctions juridiques. Elle se conçoit d'ailleurs sur une base non conflictuelle. La responsabilité sociale profile un lien positif entre la communauté des juges et la société des citoyens. Pour un juge, être socialement responsable, c'est se montrer digne de la confiance que les citoyens lui accordent et être à la hauteur des exigences nouvelles que la société lui impose.* » J'ai tout récemment, également,

²³ CJUE N°242/09 *Albron Catering BVc/ FNV Bondgenoten*, John Roest,

²⁴ Professeur à l'université catholique de Louvain

entendu, à Paris, le professeur Philip M. Langbroek lors d'une journée d'études sur le nouveau management judiciaire²⁵ évoquer cette question de la responsabilité sociale des juges.

C'est en approfondissant cette problématique de la responsabilité sociale à la quelle nous convient ces chercheurs dans des termes qui peuvent, bien sûr, être différents, que nous trouverons le chemin pour faire de la justice un acteur de la démocratie dans sa branche état social.



Je conclurai avec Alain Supiot dont la pensée m'a tant aidée pour bâtir cette intervention et qui fait partie de ceux qui par leurs écrits, leurs témoignages pédagogiques dans les médias, leur foi en un changement nécessaire, font bouger les lignes dans la société civile.

«Une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale »: cette affirmation placée au fronton de la création de l'OIT, et réitérée par la Déclaration de Philadelphie, est aujourd'hui plus que jamais d'actualité. Présenter la note de la faillite des politiques ultralibérales aux classes moyennes et populaires ne pourra qu'attiser un sentiment d'injustice sociale déjà vivement ressenti dans le monde du travail. Il sera alors tentant de généraliser la recette déjà utilisée aujourd'hui en matière d'immigration, qui consiste à organiser d'une main la mise en concurrence internationale des travailleurs, et de l'autre à désigner l'«étranger» comme responsable de l'insécurité sociale. La xénophobie a toujours servi d'exutoire commode aux régimes qui précipitent des masses humaines entières dans l'insécurité et la paupérisation. »

²⁵ Philip Langbroek est Professeur à Utrecht Universiteit. Il intervenait à une journée d'étude, le 8 nov. 2010 organisée à Paris, conjointement, par le Centre de recherche sur la Justice et le Procès de Paris sur **Le nouveau management de la justice**.