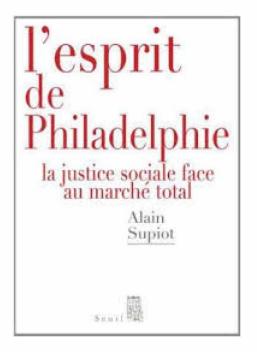
Alain Supiot

l'esprit de Philadelphie

la justice sociale face au marché total





Du même auteur

Les Juridictions du travail

(Droit du travail, vol. 9)

Dalloz, 1987

Critique du droit du travail

PUF, « Les voies du droit », 1994 ; « Quadrige », 2002

Homo juridicus

Essai sur la fonction anthropologique du droit

Seuil, « La couleur des idées », 2005 ; « Points Essais », nº 626, 2009

Droit du travail

(avec Jean Pélissier et Antoine Jeammaud)

Dalloz, 24e éd., 2008

Le Droit du travail

PUF, « Que sais-je? », nº 1268, 4e éd., 2009

Direction d'ouvrages

Les Dédales du droit social

(avec Pierre Cam)

Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986

Droit et changement social

Les sans-emploi et la loi, hier et aujourd'hui

Calligrammes, 1988

Le Travail en perspectives

LGDJ, 1998

Au-delà de l'emploi

Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe

Flammarion, 1999

Servir l'intérêt général

Droit du travail et fonction publique

(avec Jean-Luc Bodiguel et Christian-Albert Garbar)

PUF, « Les voies du droit », 2000

Pour une politique des sciences de l'Homme et de la société

PUF, « Quadrige », 2001

Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy

(avec Simon Deakin)

Hart, 2009

ISBN 978-2-02-100776-3

© Éditions du Seuil, janvier 2010

Table des matières

								•	luction							
ı	h	n	ч	h	r		1	ł	1	1	•	h	ı.	0	1	n
ı	U	Ш	Ц	u	U	U	и.	л	L	u	7	u	U	U	и	ш

PREMIÈRE PARTIE - Le grand retournement

I - Les noces du communisme et du capitalisme

La contre-révolution ultralibérale

Les avatars de « l'Europe sociale »

L'économie communiste de marché

II - La privatisation de l'État providence

III - Le Marché total

Le darwinisme normatif

La course au « moins-disant » social

IV - Les mirages de la quantification

La gouvernance par les nombres

Les pièges de l'autoréférence

SECONDE PARTIE - L'actualité de la justice sociale

V - L'art des limites

La personnalisation des lois

La renaissance féodale

Les limites de la dépendance

VI - Le sens de la mesure

L'unité de mesure : l'objectif de justice sociale

Pratique de la mesure et diversité des formes de représentation

VII - La capacité d'action

VIII - La charge des responsabilités

IX - Les cercles de la solidarité

Annexe

Introduction

C'est à Philadelphie, le 10 mai 1944, qu'a été proclamée la première Déclaration internationale des droits à vocation universelle. Adoptée quelques jours à peine après le débarquement allié en Normandie, cette déclaration fut aussi la première expression de la volonté d'édifier au sortir de la Seconde Guerre mondiale un nouvel ordre international qui ne soit plus fondé sur la force, mais sur le Droit et la justice. Sous le titre modeste de Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail (OIT), ce texte proclame les principes « pleinement applicables à tous les peuples du monde [...] dont devrait s'inspirer la politique de ses Membres ». Cette Déclaration de Philadelphie fut suivie quelques semaines plus tard par la conclusion des accords de Bretton Woods, puis l'année suivante par la création de l'Organisation des Nations unies et enfin par l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. À bien des égards, il s'agit donc d'un texte pionnier, qui entendait faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international, et dont l'esprit se retrouve à l'œuvre dans chacune de ces étapes ultérieures.

On ne peut relire ce texte sans étonnement, tant il se situe aux antipodes de la dogmatique ultralibérale qui domine les politiques nationales et internationales depuis trente ans. Les propagandes visant à faire passer le cours pris par la globalisation économique pour un fait de nature, s'imposant sans discussion possible à l'humanité entière, semblent avoir recouvert jusqu'au souvenir des leçons sociales qui avaient été tirées de l'expérience des deux guerres mondiales. La foi dans l'infaillibilité des marchés financiers a remplacé la volonté de faire régner un peu de justice dans la production et la répartition des richesses à l'échelle du monde, condamnant à la migration, l'exclusion ou la violence, la foule immense des perdants du nouvel ordre économique mondial. La faillite actuelle de ce système invite à remettre au jour, sous les décombres de l'idéologie ultralibérale, l'œuvre normative de la fin de la guerre que cette idéologie s'est employée à faire disparaître.

Les principes posés à Philadelphie sont le fruit d'une lourde expérience historique et il faut se replacer dans le contexte où ils furent conçus si l'on veut comprendre leur pleine signification. En 1944 le bombardement d'Hiroshima n'avait pas eu lieu, l'ampleur de la Shoah n'était pas encore connue et les massacres extravagants commis par Staline, quand ils n'étaient pas niés, ne pouvaient être évoqués entre Alliés. Mais la victoire de ces derniers ne faisait plus de doute, et les auteurs de la Déclaration de Philadelphie entendaient poser la première pierre d'un nouvel ordre mondial qui tirerait les leçons de la « guerre de trente ans » qui a déchiré le monde de 1914 à 1945. Cette période d'atrocités inédites a connu, de Verdun à Hiroshima en passant par Auschwitz et le goulag, des variations dans l'horreur. Mais il s'agit de variations sur un même thème, qui consiste à considérer

les hommes « scientifiquement », comme du « matériel humain » (dans la terminologie nazie) ou du « capital humain » (dans la terminologie communiste) et à leur appliquer les mêmes calculs d'utilité et les mêmes méthodes industrielles qu'à l'exploitation des ressources naturelles.

Certes, cette manière de regarder les hommes comme des insectes s'était déjà manifestée durant les siècles précédents, lors de la découverte de l'Amérique et l'exploration de l'Afrique. Jusqu'au xxe siècle, ce sont les « primitifs » qui furent ainsi traités comme des choses à exploiter ou à exterminer selon leur degré d'utilité ou de nuisance. L'exploitation des classes laborieuses européennes se déployait en revanche sous l'égide des principes d'égalité et de liberté contractuelle qui, loin de nier leur humanité, étaient censés permettre son parfait accomplissement. Ces classes laborieuses n'en furent pas moins les premières à expérimenter dans leur chair l'asservissement au machinisme et à la gestion industrielle de la ressource humaine, faisant surgir la « question sociale » au cœur des interrogations du xixe siècle.

La nouveauté des horreurs de la première moitié du xx^e siècle procédait de la synthèse de ces deux phénomènes jadis distincts : ce ne sont plus seulement les « primitifs » qui furent regardés et traités comme des choses, mais aussi les peuples « civilisés » ; et la gestion industrielle des hommes n'a plus été cantonnée aux usines, mais s'est affirmée comme principe général de gouvernement, en temps de paix comme en temps de guerre. Cette synthèse s'est opérée sous l'égide du scientisme, qui prétend fonder le gouvernement des hommes sur des lois immanentes censées régir la nature ou la société. Les véritables scientifiques savent que les lois découvertes par les sciences de la nature sont inhérentes aux phénomènes observés, alors que celles qui donnent ordre et sens à la vie humaine sont nécessairement postulées. Les scientistes au contraire croient trouver dans une Science fétichisée les « vraies lois » qui régiraient l'humanité et s'emploient à les faire régner.

Le xx^e siècle a vu prospérer deux variantes du scientisme : l'une se réclamant des lois de la biologie et de l'anthropologie, et l'autre des lois de l'économie et de l'histoire. Les efforts pour fusionner ces deux variantes² se heurtent au fait qu'elles divergent sur bien des points qu'il ne faut pas sous-estimer. Mais elles conduisent toutes deux à accorder le gouvernement des hommes non à un idéal de justice, mais au jeu des « forces aveugles » censées régir l'humanité. Engels écrit ainsi :

« Le socialisme est devenu une science, qu'il s'agit maintenant d'élaborer dans tous ses détails et ses connexions. [...] Ce n'est pas dans la tête des hommes, dans leur compréhension croissante de la vérité et de la justice éternelles, mais dans les modifications du mode de production et d'échange qu'il faut chercher les causes dernières de toutes les modifications sociales et de tous les bouleversements politiques ; il faut les chercher non dans la *philosophie*, mais dans *l'économie* de l'époque intéressée. [...] Les forces socialement agissantes agissent tout à fait comme les forces de la nature : aveugles, violentes, destructrices tant que nous ne les connaissons pas et ne comptons pas avec elles. Mais une fois que nous les avons reconnues, que nous en avons saisi l'activité, la direction, les effets, il ne dépend plus que de nous de les soumettre de plus en plus à notre volonté et d'atteindre nos buts grâce à elles. »

Selon qu'elle s'est réclamée de la biologie ou du « socialisme scientifique », la normativité scientiste a pris la forme de l'eugénisme et des lois raciales, ou bien de la dictature du prolétariat et de la « légalité socialiste ». Mais si diverses soientelles, ces variantes ont en commun de considérer que ces « vraies lois » de la Science s'imposent sur toute la surface du globe et que le Droit doit s'y conformer. Cet assujettissement du Droit à une légalité surhumaine rapproche évidemment la foi scientiste de la foi religieuse. La croyance en des lois *découvertes* par la Science remplace celle en des lois *révélées* par Dieu. Il n'était que de visiter le mausolée de Lénine, momifié dans l'attente de sa résurrection par le progrès scientifique⁴, pour saisir tout ce que les grandes idéologies du xx^e siècle doivent au christianisme.

La différence des normativités scientiste et religieuse ne doit toutefois pas être oubliée. Même les plus déterministes des religions du Livre (comme le calvinisme) font place au libre arbitre, alors que, dans une perspective scientiste, l'homme est un être déterminé par son identité biologique ou socio-économique. Ce « réalisme » conduit à récuser la légitimité propre de toute espèce de règle morale, juridique ou religieuse, pour soumettre autrui et se soumettre soi-même aux « lois immanentes » censées régir la vie humaine : « Les richesses, disait Hitler, par la vertu d'une loi immanente, appartiennent à celui qui les conquiert. [...] Ceci est conforme aux lois de la nature. [...] La loi de sélection justifie cette lutte incessante en vue de permettre aux meilleurs de survivre. Le christianisme est une rébellion contre la loi naturelle, une protestation contre la nature. Poussé à sa logique extrême, le christianisme signifierait la culture systématique du déchet humain⁵. » La foi dans ces lois sans législateur ne porte donc pas à convertir, mais à détruire ceux que condamnent les lois de l'histoire ou de la race, à « supprimer les couches parasitaires de la société⁶ ». Destinés, selon le mot de Trotski, aux « poubelles de l'histoire », ces « déchets humains » relèvent d'une gestion industrielle, combinant le travail forcé et l'extermination. Là se trouve sans doute la marque spécifique des massacres déments qui ont marqué l'histoire du siècle dernier.

Comme suffirait à le rappeler le slogan sous l'égide duquel s'était ouverte l'Exposition universelle de Chicago en 1933 – « La science trouve, l'industrie applique, l'homme s'adapte » –, cette idéologie de la gestion scientifique de l'humain n'a pas été l'apanage des pays totalitaires. La classification de l'humanité en « races » hiérarchisées selon leur degré d'adaptabilité ou de civilisation est née à l'ombre des Lumières. Dans les années 1930, la biologie et l'anthropologie raciale avaient partout pignon sur rue et, à la notable exception du Royaume-Uni (où le Parlement résista à la propagande scientiste), tous les pays protestants adoptèrent des lois eugéniques. Le fait que la Seconde Guerre mondiale se soit conclue par l'expérimentation de bombes atomiques sur les populations civiles d'Hiroshima et Nagasaki interdit de se cacher que désormais la liquidation industrielle de masses humaines peut aussi être le fait de régimes démocratiques. Selon Leó Szilárd (l'un des physiciens qui avait essayé de s'opposer à l'emploi de l'arme atomique après

avoir contribué à son développement), « si les Allemands avaient largué des bombes atomiques à notre place, nous aurions qualifié de crimes de guerre les bombardements atomiques sur des villes, nous aurions condamné à mort les coupables allemands lors du procès de Nuremberg et les aurions pendus² ».

Ceux qui veulent soumettre les hommes aux « vraies lois » révélées par Dieu ou découvertes par la Science ne voient dans le Droit qu'un système de « lois apparentes », sans légitimité propre. La mise en pratique la plus radicale de cette croyance consiste à abolir purement et simplement l'ordre juridique, à la manière des maoïstes pendant la révolution culturelle ou des talibans en Afghanistan. Mais le plus souvent elle conduit à se doter effectivement d'une apparence de légalité, toujours susceptible d'être dissipée par un rappel aux « vraies lois ». Dans ce cas, ainsi que l'observe Martin Broszat à propos de l'État hitlérien, « la dissolution progressive du principe de légalité obtenue par des mesures sous forme de lois débouche sur une action criminelle hors de la loi ou de toute forme légale 10 ».

Selon l'heureuse formule de Harold Berman¹¹, la légalité socialiste n'instaurait pas le rule of law mais, dans sa meilleure période (après la disparition de Staline), le rule by law. En terre communiste comme sous le Troisième Reich, l'État légal était toujours exposé à l'intervention des prérogatives de l'état d'exception, la loi ne devant jamais être un obstacle à la construction du socialisme. Contrairement à la « légalité bourgeoise », la « légalité socialiste » ne conférait donc aux individus aucun droit absolument certain. L'article premier du Code civil de l'URSS était sans ambiguïté sur ce point : « La loi garantit les droits des citoyens, à l'exception des cas où leur réalisation serait en contradiction avec leurs objectifs socio-étatiques. » Sauf à qualifier de juridique n'importe quel système de règles, le régime soviétique ne constituait donc pas un « régime de Droit » au sens de la Déclaration universelle de 1948. Les règles de comportement prescrites aux pensionnaires d'un hôpital psychiatrique peuvent bien faire système, mais elles ne créent pas pour autant un régime de Droit, car elles peuvent être écartées à tout moment par une appréciation discrétionnaire du médecin. Elles ne sont que des instruments de normalisation, une pure technique de mise en œuvre de la science médicale et ne créent aucun droit individuel pour les malades internés. De ce point de vue le mot de « purge », pudiquement et routinièrement utilisé pour désigner les hécatombes staliniennes, n'est pas seulement un euphémisme commode pour éviter d'appeler par son nom l'extermination de masse des « éléments socialement nuisibles et appartenant au passé¹² ». Comme la « justice en blouse blanche » (assimilant les dissidents à des malades mentaux), ou le « dégraissage des effectifs » (assimilant les salariés licenciés à une surcharge pondérale), la « purge » se réfère à une normalité biologique et participe de la suppression, si typique du scientisme, de l'écart entre l'être et le devoir être, entre la normalité et la légalité. Cette suppression paraît s'imposer si l'on considère les sociétés humaines comme des choses, comme de vastes organismes, dont le fonctionnement obéit à des lois internes d'organisation :

dans un organisme il n'y a pas de délinquant, tout au plus des parties malades ou parasitaires, qu'il convient de soigner ou d'éradiquer.

Selon la doctrine nazie, « le Droit est une invention humaine. La nature ne connaît ni le notaire, ni le géomètre arpenteur. Dieu ne connaît que la force 13 ». Quant à l'État, il « n'est que le moyen d'une fin ; la fin est la conservation d'une communauté d'êtres biologiquement et spirituellement semblables 14 ». La mise en œuvre de cette conception purement instrumentale avait conduit à faire du Troisième Reich un État dual, au sein duquel l'État légal se trouvait toujours exposé aux prérogatives illimitées de l'état d'exception 15. Selon la formule hédoniste de Goering: Recht ist das, was uns gefällt (« le Droit, c'est notre bon plaisir 16 »). Le devoir d'un citoyen « sain » n'est donc pas tant d'observer les lois positives que de scruter et même de devancer la volonté de son Führer, qui intime à chacun des buts à atteindre plus que des règles à observer 17. La seule « Constitution » qu'ait connue le régime national-socialiste fut la loi martiale (Décret du 28 février 1933 suspendant les droits fondamentaux garantis par la Constitution de Weimar). Ériger ainsi l'état d'exception en fondement de l'ordre juridique correspondait aux théories de Carl Schmitt, le plus brillant des juristes nazis. Ces théories conduisent à ne pas distinguer selon que le pouvoir politique se trouve ou non lié par une Norme qui le fonde, et à mettre dans le même sac juridique État totalitaire et État de droit.

À nouveau contestée de nos jours par certains juristes, qui l'estiment « non scientifique » et contraire à la neutralité de la forme juridique, cette distinction s'imposait au sortir de la guerre comme une évidence clinique. L'expérience historique venait de montrer que l'État totalitaire est à l'État de droit ce que la folie est à la raison : le phantasme d'un pouvoir sans limites qui ne peut s'assouvir que dans le meurtre. Refonder un ordre international civilisé exigeait donc de soumettre tous les États au respect de droits et libertés universellement reconnus et à jeter les bases normatives d'un idéal de justice commun à « tous les peuples du monde ». À la compétition entre les États, il s'agissait de substituer une collaboration visant la réalisation d'un intérêt général transcendant leurs intérêts particuliers. La Déclaration de Philadelphie ainsi que les textes adoptés dans son sillage expriment cette volonté de remettre la force au service du Droit et de poser des principes communs à toute espèce d'ordre juridique. C'est pourquoi l'existence d'un « régime de Droit » apparaît dans la Déclaration universelle de 1948 comme une condition essentielle « pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ». L'expression, assez peu usuelle, de « régime de Droit » utilisée dans la version française de la Déclaration traduit au plus près la notion de rule of law qui figure dans la version anglaise. Elle répondait mieux que l'idée d'État de droit à l'ambition de fonder un ordre juridique international qui tire les leçons de l'expérience totalitaire au-delà de la diversité des nations.

Pareille ambition ne pouvait être placée sous meilleure égide que celle de la cité de Philadelphie. Forgé du grec ($\Phi\iota\lambda\alpha\delta\epsilon\lambda\phi$ í α : « amour fraternel »), le nom de

cette ville, qui devint au XVIII^e siècle le foyer des Lumières américaines, symbolise l'aspiration de ses fondateurs en 1681 à un monde de fraternité et de tolérance religieuse. Cette face lumineuse de la tradition américaine est celle qui avait inspiré au président Franklin Roosevelt son fameux discours du 6 janvier 1941 sur les quatre libertés appelées à s'exercer partout dans le monde : freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, freedom from fear. Ce sont les deux dernières qui innovaient le plus, et en particulier l'objectif de freedom from want. Suivant la pensée de Keynes et l'expérience du New Deal, l'idée de « libération du besoin » liait de manière indissoluble justice sociale et prospérité économique, want devant s'entendre aussi bien des besoins des hommes que de la demande sur les marchés. Cette idée avait été reprise en août 1941 dans la charte de l'Atlantique, qui jetait les bases de la politique internationale d'après-guerre. Roosevelt et Churchill y disaient vouloir « réaliser entre toutes les Nations la collaboration la plus complète, dans le domaine de l'économie, afin de garantir l'amélioration de la condition ouvrière, le progrès économique et la sécurité sociale ». Ces déclarations politiques ont fortement influencé les dispositions juridiques adoptées à la fin de la guerre, qui se trouvent animées du même esprit. Cet « esprit de Philadelphie » présente cinq traits fondamentaux qui se retrouvent aussi bien dans la Déclaration du même nom, intégrée depuis à la Constitution de l'OIT (D.Ph.), que dans le préambule de la Charte constitutive des Nations unies (Ch.NU) ou la Déclaration universelle des droits de 1'homme (DUDH).

- 1) Ces principes ne sont ni *révélés* par un texte sacré, ni *découverts* dans l'observation de la nature, ils sont *affirmés* (« La conférence affirme à nouveau les principes fondamentaux... » D.Ph.) par l'homme. Ne se réclamant ni de Dieu (comme le faisaient la Déclaration d'indépendance américaine de 1776 ou celle des Droits de l'homme et du citoyen de 1789) ni de la Science (comme le faisaient le nazisme ou le communisme), cette affirmation est *explicitement dogmatique* et s'exprime sous la forme d'un acte de foi : « Nous peuples des nations unies, résolus à proclamer notre foi... » (Ch.NU).
- 2) Cet acte de foi est aussi un acte de raison, car il procède de *l'expérience*. Cette « expérience de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances » (Ch.NU) et « conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience humaine » (DUDH) « a pleinement démontré le bienfondé de la déclaration contenue dans la Constitution de l'Organisation internationale du travail, et d'après laquelle une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale » (D.Ph.). L'instrument qui permet aux hommes de tous pays et de toutes confessions de bâtir ensemble un ordre juste et de tirer les leçons de l'expérience de la barbarie, c'est le Droit. C'est pourquoi « il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un *régime de Droit* pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression »

(DUDH).

- 3) Cette expérience ayant montré les effets mortifères de la réification de l'être humain, il faut reconnaître que la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine [...] constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » (DUDH). À la différence d'un certain nombre de droits ou de principes déjà proclamés avant la guerre, cette affirmation de l'égale dignité de « tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe » (D.Ph.) est une innovation d'autant plus considérable que la dignité humaine est érigée par la Déclaration universelle en principe fondateur de l'ordre juridique, qui sous-tend tous les droits et principes fondamentaux. À la différence de ces derniers, telles la liberté et l'égalité, qui doivent être conciliés entre eux, la dignité humaine est un principe sur lequel on ne peut transiger sans remettre en cause l'ordre juridique tout entier. L'expérience de la réification de l'homme, dont ce principe tire les leçons, oblige à ne plus considérer ce dernier seulement dans son esprit, mais aussi dans sa chair. La dignité de l'homme interdit que son corps et ses besoins physiques, bien qu'ils le fassent participer de la vie animale, soient jamais traités comme ceux des animaux. Cette vue compréhensive de la vie humaine transcende la vieille opposition entre l'esprit et la matière. Le dépassement de ce dualisme psyché/soma oblige à rompre non seulement avec les idéologies qui réduisent l'homme à du matériel ou du capital humain, mais aussi avec les précédentes Déclarations des droits de l'homme qui l'envisageaient comme pur être de raison.
- 4) Ainsi entendu, le principe de dignité oblige à lier les impératifs de liberté et de sécurité. Pour qu'ils soient « libres de parler et de croire », il faut que les êtres humains jouissent d'une sécurité physique et d'une « sécurité économique » (D.Ph.) suffisantes pour être « libérés de la terreur et de la misère » (DUDH). L'ordre juridique doit donc contribuer à « instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande » (Ch.NU). Le lien ainsi établi entre la sécurité et la liberté est le trait commun des quatre principes fondamentaux déclinés par la Déclaration de Philadelphie: a) le respect du travail (« le travail n'est pas une marchandise »); b) les libertés collectives (« la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu »); c) la solidarité (« la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous ») ; d) la démocratie sociale (« la lutte contre le besoin doit être menée [...] au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs [...] participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun »). La dignité humaine conduit ainsi à récuser aussi bien les systèmes qui bafouent le besoin de sécurité au nom de la liberté que ceux qui étouffent les libertés au nom de la sécurité.
- 5) Ce lien entre liberté de l'esprit et sécurité du corps conduit enfin à subordonner l'organisation économique au principe de *justice sociale*. La

Constitution de l'OIT, adoptée en 1919, affirmait déjà qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale », mais sans définir cette dernière ni en tirer de conséquences du point de vue économique et financier. C'est sur ces deux points qu'innove la Déclaration de Philadelphie. En premier lieu elle donne de la justice sociale une définition globale et compréhensive : « 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 » (art. II a). Et en second lieu, elle fait de la réalisation de la justice sociale ainsi entendue « le but central de toute politique nationale et internationale ». Dès lors « tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental » (art. II c). Dans la Déclaration de Philadelphie, l'économie et la finance sont des moyens au service des hommes.

C'est la perspective inverse qui préside à l'actuel processus de globalisation : à l'objectif de justice sociale a été substitué celui de la libre circulation des capitaux et des marchandises, et la hiérarchie des moyens et des fins a été renversée. Les quatre libertés proclamées par Roosevelt ont cédé la place à la libre circulation des capitaux et des marchandises et à la concurrence sans entrave. Au lieu d'indexer l'économie sur les besoins des hommes, et la finance sur les besoins de l'économie, on indexe l'économie sur les exigences de la finance et on traite les hommes comme du « capital humain » au service de l'économie.

L'objectif de ce petit livre est d'analyser ce grand retournement qui semble avoir aboli les leçons sociales tirées de l'expérience de la période 1914-1945. Mais il est aussi de montrer que cet esprit garde toute son actualité pour tous ceux qui n'ont pas renoncé à l'idéal d'un monde dans lequel « 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 » (D.Ph. art. II a).

- 1. Sur les conditions de son adoption, voir Eddy Lee, « La Déclaration de Philadelphie : rétrospective et prospective », *Revue internationale du travail*, vol. 133, 1994, nº 4, p. 513 *sq*.
- Le projet de donner une base biologique aux lois supposées de l'économie remonte au XIX^e siècle et refait périodiquement surface. Les sciences neuronales le disputent depuis peu à la génétique dans l'esprit des économistes soucieux d'ancrer le marché dans les lois de la nature. Voir Gary S. Becker, «Altruism, Egoism, and Genetic Fitness: Economics and Sociobiology», in *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976, p. 282 sq.; Aldo Rustichini (éd.), « Special Issue on Neuroeconomics », *Games and Economic Behavior*, vol. 52/2, août 2005, p. 201-494.
- 3. Friedrich Engels, Socialisme utopique et socialisme scientifique (1880), Aden, 2005.
- 4. Voir Robert Tartarin, « Transfusion sanguine et immortalité chez Alexandre Bogdanov », in Alain Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 305 *sq*.

- <u>5</u>. Adolf Hitler, *Libres propos sur la guerre et sur la paix, recueillis sur l'ordre de Martin Bormann*, Flammarion, 1952, p. 51.
- <u>6</u>. *Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité*, rédigée sous l'égide de Lénine et approuvée par le Congrès des Soviets le 25 janvier 1918.
- 7. André Pichot, Aux origines des théories raciales. De la Bible à Darwin, Flammarion, 2008.
- 8. Patrick Zylberman, « Les damnés de la démocratie puritaine : stérilisations en Scandinavie, 1929-1977 », Le Mouvement social, 1999, nº 187, p. 99-125 ; André Pichot, La Société pure. De Darwin à Hitler, Flammarion, 2000.
- 9. Leó Szilárd, « President Truman Did Not Understand », U.S. News & World Report, 15 août 1960.
- 10. Martin Broszat, Der Staat Hitlers, 1970, trad. fr. L'État hitlérien. L'origine et les structures du troisième Reich, Fayard, 1985, p. 469.
- 11. Harold Berman, Law and Revolution, Harvard University Press, t. II, 2003, p. 19.
- 12. Voir Nicolas Werth, « Les crimes de masse sous Staline (1930-1953) », *Online Encyclopedia of Mass Violence*, http://www.massviolence.org/Article?id_article=124, 2008.
- 13. Adolf Hitler, Libres propos sur la guerre et sur la paix, recueillis sur l'ordre de Martin Bormann, op. cit., p. 69.
- 14. *Id.*, Mein Kampf, cité par Ernst Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, 1941, reprint Lawbook Exchange Ltd, Clark, 2006, p. 136.
- 15. Manifestation particulièrement exemplaire de ce dualisme : le décret secret du 7 octobre 1939 par lequel Hitler autorise Himmler à « éliminer les influences néfastes des éléments étrangers à la nation et qui représentent un danger pour le Reich et la communauté du peuple allemand » (cité par Martin Broszat, *L'État hitlérien*, *op. cit.*, p. 462).
- <u>16</u>. Cité par Rush Rhees, in Ludwig Wittgenstein, *Leçons et conversations*, trad. fr. Gallimard, « Folio », 1992, p. 173.
- <u>17</u>. Voir William Ebenstein, *The Nazi State*, Farrare & Rinehart, 1943, p. 3 sq.

PREMIÈRE PARTIE

Le grand retournement

Les noces du communisme et du capitalisme

L'« esprit de Philadelphie » a aujourd'hui cédé la place à son exact contraire, sous la double influence de la contre-révolution ultralibérale anglo-américaine et de la conversion des pays communistes à l'économie de marché.

La contre-révolution ultralibérale

On désigne ici par ce terme compréhensif la doctrine mise en œuvre par les gouvernements Reagan et Thatcher et leurs successeurs qui, à la manière des ultraroyalistes du XIX^e siècle, entendaient restaurer un Ancien Régime mythifié et gommer toute trace du nouveau régime qui lui avait succédé. Ainsi défini, l'ultralibéralisme s'est déployé à la fois dans le domaine économique et dans celui de la politique internationale. Au plan économique, il englobe ce qu'on a appelé en Europe continentale le néolibéralisme, qui vise au démantèlement du Welfare State et à la restauration de « l'ordre spontané du Marché ». Au plan international, il se traduit par le néoconservatisme, c'est-à-dire un messianisme visant à étendre, au besoin par les armes, cet ordre au monde entier. On peut parler à bon droit à ce sujet de « révolution », dans le sens précis que ce terme a acquis dans l'histoire du Droit et des institutions¹. Mise en œuvre à partir des années 1980 aux États-Unis et au Royaume-Uni, la doctrine ultralibérale s'est ensuite répandue dans tous les pays occidentaux. Les réformes intervenues à la fin de la guerre dans le domaine social ont été la première cible de cette contre-révolution, ainsi qu'en témoigne le mot d'ordre de l'un de ses meilleurs chefs de file français, M. Denis Kessler, appelant à « défaire méthodiquement le programme du Conseil national de la Résistance² ». Adopté dans la clandestinité deux mois avant la Déclaration de Philadelphie, et animé du même esprit, ce programme contient les grandes lignes du projet de « République sociale » qui sera consacré par le préambule (toujours en vigueur) de la Constitution de 1946. Il prévoyait notamment « l'établissement de la démocratie la plus large [...], la liberté de la presse et son indépendance à l'égard des puissances d'argent [...], l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie [...], le droit au travail et le droit au repos, notamment par le rétablissement et l'amélioration du régime contractuel du travail [...], la reconstitution, dans ses libertés traditionnelles, d'un syndicalisme indépendant, doté

de larges pouvoirs dans l'organisation de la vie économique et sociale [...], un plan complet de sécurité sociale, visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se le procurer par le travail, avec gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'État ».

L'appel à « défaire méthodiquement » cet héritage social de la Résistance n'a rien qui puisse surprendre au regard de la critique beaucoup plus générale que les théoriciens néolibéraux adressent depuis plus de trente ans à tous les textes inspirés de l'esprit de Philadelphie. Cette critique a été particulièrement développée par l'un des pères du fondamentalisme économique contemporain, Friedrich Hayek. Récipiendaire en 1974 de l'un des premiers prix dits Nobel d'économie, Hayek était juriste de formation, et une partie de son œuvre détaille les réformes du Droit et des institutions qu'appelait sa doctrine économique. Selon lui, les droits économiques et sociaux consacrés par la Déclaration universelle de 1948 « ne pourraient être traduits dans des lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels³ ». Critique acerbe de l'œuvre normative de la fin de la guerre⁴, Hayek lui reprochait surtout d'avoir établi une « démocratie illimitée » qui étendait son emprise sur les questions économiques : « Une fois que nous donnons licence aux politiciens d'intervenir dans l'ordre spontané du marché, ils [...] amorcent le processus cumulatif dont la logique intrinsèque aboutit forcément à une domination sans cesse élargie de la politique sur l'économie⁵. » De cette critique est né l'objectif premier de la révolution ultralibérale : mettre « l'ordre spontané » du marché à l'abri du pouvoir des urnes. Ceci suppose de soustraire entièrement la répartition du travail et des richesses, de même que la monnaie, à la sphère politique. Cette limitation de la démocratie est nécessaire pour empêcher des populations ignorantes de se mêler des lois de l'économie, qui échappent à leur entendement. « L'économie de marché leur est en grande partie incompréhensible ; ils n'ont jamais pratiqué les règles sur lesquelles elle repose, et ses résultats leur semblent irrationnels et immoraux [...]. Leur revendication d'une juste distribution – pour laquelle le pouvoir organisé doit être utilisé afin d'allouer à chacun ce à quoi il a droit – est ainsi un atavisme fondé sur des émotions originelles⁶. »

Selon Hayek, toutes les institutions fondées sur la solidarité procèdent de cette « idée atavique de justice distributive » et ne peuvent conduire qu'à la ruine de « l'ordre spontané du marché », fondé sur la vérité des prix et la recherche du gain individuel. Démanteler ces institutions est donc le corollaire indispensable de la limitation de la démocratie. Et le programme ultralibéral a eu pour objet non seulement de les « défaire », mais aussi d'empêcher qu'elles ne se reconstituent. D'où la nécessité de « détrôner la politique » au moyen de dispositions constitutionnelles qui « interdisent à quiconque de fixer l'échelle de bien-être dans les divers groupes et entre les individus »⁷.

Cette volonté de dépolitisation a conduit à l'abandon, par une majorité

d'économistes, de la tradition savante de « l'économie politique », au profit d'une « Science économique » singeant les sciences exactes et parvenant même à placer sous l'égide d'Alfred Nobel les prix d'excellence qu'elle s'attribue à elle-même⁸. Contemporaine de la révolution ultralibérale, cette quête de légitimité scientifique en constitue une pièce essentielle. Les normes scientifiques et religieuses sont les seules à échapper au débat politique dans une société démocratique et il faut donc croire et faire croire que l'économie relève de la science pour la dépolitiser. Ce faisant, la révolution ultralibérale a renoué à son insu avec les grandes idéologies scientistes, et notamment avec le socialisme scientifique et sa foi dans l'existence de lois économiques immanentes, que la sphère politique a pour mission de mettre en œuvre et non de mettre en question.

Déniant l'existence d'un lien entre la liberté de penser et d'agir et la sécurité matérielle, la doctrine ultralibérale postule au contraire que l'insécurité économique des travailleurs et leur exposition au risque sont les moteurs de leur productivité et de leur créativité. Refusant l'assujettissement de l'organisation économique à des objectifs sociaux, elle fait en revanche de la sécurité financière un impératif catégorique dont le respect doit être imposé aux États par des institutions échappant à tout contrôle démocratique. Récusant dans son principe l'idée de justice sociale, elle professe que la répartition du travail et de ses fruits relève de l'ordre spontané du marché et doit être, elle aussi, soustraite à l'intervention publique.

Ce corpus dogmatique a largement inspiré les politiques conduites aux États-Unis et en Grande Bretagne à compter des années 1980, puis par la Commission européenne à partir du milieu des années 1990. Mme Thatcher, qui plaçait son action politique sous l'enseigne TINA (*There is no alternative*), aurait un jour brandi à la Chambre des communes *The Constitution of Liberty* de Hayek, en déclarant « ceci est ce que nous croyons⁹ ». Et interrogée après son retrait sur son plus grand succès politique, elle aurait répondu « Tony Blair ». Cette boutade souligne que les thèses ultralibérales ont gagné de larges segments de la gauche européenne. En France même, une bonne partie des réformes économiques et financières inspirées de l'exemple anglo-américain ont été adoptées par des gouvernements socialistes 10.

La révolution ultralibérale ne s'est pas seulement traduite par la réforme des Droits nationaux, elle a eu pour corollaire la doctrine néoconservatrice, qui entendait construire un nouvel ordre international aux antipodes des vues professées à la fin de la guerre. Là où l'esprit de Philadelphie en appelait à la *coopération* entre les États pour « favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande » (Ch.NU) et assurer « l'amélioration de la santé, de l'éducation et du bien-être de tous les peuples » (D.Ph.), les néoconservateurs ont opté au contraire pour une politique de *confrontation* avec les pays qui ne partagent pas leur manière de voir le monde et de *mise en concurrence* à l'échelle internationale, non seulement des travailleurs, mais aussi des Droits et des cultures. Héritée de David Ricardo, l'idée est ici d'inciter chaque pays à tirer le meilleur

parti de ses « avantages comparatifs » supposés, ce qui implique d'éliminer les « obstacles réglementaires » au libre jeu des marchés.

Codifiés par les institutions économiques et financières internationales, les principaux dogmes de ce fondamentalisme économique (l'infaillibilité du Marché, les bienfaits de la concurrence généralisée, la privatisation des services publics, la déréglementation du travail, la libre circulation des capitaux et des marchandises) sont devenus en peu d'années une sorte de religion officielle. Son culte est célébré par une foule de prédicateurs qui trouvent quotidiennement dans les grands médias des moyens de propagation de leur foi, beaucoup plus envahissants que les chaires des églises d'antan; et ses préceptes sont observés par les gouvernements de droite comme de gauche, nonobstant le nombre grandissant des incrédules et des hérétiques.

Les avatars de « l'Europe sociale »

En dépit de ses succès politiques aux États-Unis et au Royaume-Uni et de sa mise en œuvre par les organisations économiques internationales, cette doctrine n'avait pas eu, jusqu'à l'implosion du communisme réel, d'impact majeur sur les institutions sociales édifiées après-guerre en Europe de l'Ouest, qu'il s'agisse des services publics, de la sécurité sociale ou même du statut salarial. Bien au contraire, la marque propre de la Communauté européenne, par rapport aux autres unions douanières régionales, avait été de ne pas se cantonner à la libre circulation des marchandises et des capitaux, mais de se donner comme objectif la réalisation d'une « Europe sociale » au sein de laquelle la libre circulation des personnes irait de pair avec « l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès » (traité de Rome [1957], art. 117). L'édification de cette « Europe sociale » est demeurée, malgré l'obstruction politique constante du Royaume-Uni, un objectif partagé par tous les autres membres de la Communauté européenne jusqu'à l'élargissement de celle-ci aux anciens pays communistes. Un Droit social communautaire a ainsi vu le jour, instituant un statut salarial minimal que les États demeuraient libres de compléter et d'améliorer. Ce Droit soumet la concurrence entre États et entre entreprises à quelques règles de police sociale, dont seule la Grande-Bretagne a été sur certains points exemptée. Malgré la faiblesse et les imperfections de ce « modèle social européen », la Communauté européenne est demeurée ainsi jusqu'à la fin du xxe siècle fidèle à l'esprit de Philadelphie, rejeté depuis toujours par les pays communistes et désormais répudié par les pays anglo-saxons.

L'adhésion des anciens pays communistes fournissait une occasion historique de fonder définitivement l'Union sur la solidarité entre les peuples et de donner ainsi un nouveau souffle à son modèle social. L'Europe aurait pu alors devenir un laboratoire en vraie grandeur de la solidarité entre pays « riches » et pays « pauvres », c'est-à-

dire un modèle social international d'« égalisation dans le progrès » des conditions de vie et de travail (Traité européen, art. 136). Il aurait fallu pour cela concevoir cette adhésion non comme un simple *élargissement*, mais comme une *réunification* de l'Europe.

Une véritable *réunification* aurait obligé à tenir compte de l'expérience propre de ces pays et à repenser à nouveaux frais la mise en œuvre du principe de justice sociale au sein d'une communauté d'États ne partageant ni la même histoire, ni la même culture politique, ni le même niveau de richesse matérielle. Elle impliquait la conclusion d'un pacte refondateur de l'Europe, l'Ouest acceptant de financer largement un « plan Marshall » en faveur de l'Est, et l'Est acceptant en retour de ne pas recourir au dumping social et fiscal pour concurrencer les pays dont il recevait l'aide.

L'effondrement de l'Empire soviétique ayant été interprété par les Occidentaux comme la victoire finale de leur modèle de société et la preuve historique de sa supériorité absolue, c'est au contraire la voie de l'élargissement qui a été empruntée, c'est-à-dire celle d'un alignement pur et simple de l'Est sur les règles en vigueur à l'Ouest. Répétant à grande échelle l'erreur commise par la République fédérale d'Allemagne – annexant les Länder de l'Est au lieu de refonder avec eux une nouvelle Constitution –, l'Europe occidentale a cru pouvoir implanter sans autre forme de procès « l'acquis communautaire » dans des pays dont l'histoire, la culture politique et juridique et la richesse étaient en tout point différentes des siennes. C'est ainsi qu'on a plaqué « l'économie de marché » et le « dialogue social » sur des pays sans entrepreneurs et sans syndicats, et que Bruxelles a prétendu faire la loi dans des États au nationalisme rendu ombrageux par des décennies de soumission à l'Empire soviétique. Là où une réunification de l'Europe aurait obligé à conclure un nouveau pacte social tenant compte des inégalités de fait entre les pays membres, et se donnant pour objectif « l'égalisation dans le progrès » des conditions de vie et de travail de ses citoyens, l'élargissement a conduit au contraire à saper les bases politiques d'un modèle social européen déjà fragile.

L'économie communiste de marché

Formées à l'école du communisme réel et fraîchement converties aux bienfaits du Marché, les classes dirigeantes des nouveaux pays membres ne pouvaient guère être sensibles à l'esprit de Philadelphie, à son respect du Droit et à son idéal de démocratie participative. Ils pouvaient en revanche se rallier sans peine au credo ultralibéral, dans lequel ils retrouvaient nombre de leurs certitudes anciennes. Non seulement leur conviction de constituer une avant-garde éclairée qui doit imposer les lois immanentes de l'économie à des masses ignorantes, mais aussi la nécessité de mettre le Droit positif en accord avec ces lois. Ils ont pu sans difficulté substituer la

dictature des marchés à celle du prolétariat dans une conception de la légalité demeurée inchangée. Selon la définition que lui donnaient les juristes soviétiques, la légalité socialiste « est la méthode pour rendre effectives la dictature du prolétariat et la construction du socialisme [...], elle est toujours le moyen d'action de l'État socialiste et ne peut devenir un obstacle à la réalisation de ses tâches historiques le système soviétique se définissait lui-même, bien avant la Communauté européenne, en termes de « construction » du communisme et non de « régime » politique ou constitutionnel le construction l'autorise à s'affranchir à tout moment de ses propres lois au nom d'une légalité plus haute : celle des « règles de la vie en commun dans une société socialiste le pouvoir est le seul à connaître et dont il peut à tout moment modifier le contenu et sanctionner l'inobservation. Il suffit de remplacer cette formule par celle des « règles de l'économie de marché dans un monde globalisé » pour comprendre la facilité de la conversion d'anciens communistes aux thèses des néolibéraux et pour pressentir les effets normatifs de leur mariage fusionnel.

Les communistes convertis au Marché ne se sont pas seulement ralliés à la révolution ultralibérale, ils lui ont apporté leur marque propre. La tradition libérale n'avait jamais remis en cause la nécessité d'un régime de Droit au sens de la Déclaration universelle de 1948, c'est-à-dire d'une instance Tierce, incarnée depuis les Temps modernes par la figure de l'État, qui transcende les intérêts particuliers et est garante des droits des individus. Cet Être métaphysique a toujours été dénoncé en revanche par la catéchèse marxiste, selon laquelle l'État n'est rien d'autre qu'un instrument entre les mains de la classe dominante. Cet instrument devait donc être combattu en terre capitaliste et servir la dictature du prolétariat en terre communiste. Une telle conception se prête beaucoup mieux à l'exercice de la dictature des marchés que la notion d'État de droit. Aussi domine-t-elle le processus historique de fusion de ces deux entreprises d'occidentalisation du monde qu'ont été le capitalisme et le communisme. Ce processus ne signifie nullement la disparition de l'État, mais bien plutôt sa privatisation, sa transformation en ce que James Galbraith appelle la Corporate Republic et qu'on pourrait traduire par la République des affaires 14. Typique de cette transformation est le changement politique majeur survenu en France avec l'élection présidentielle de 2007 : à des gouvernements dominés depuis quarante ans par des énarques (formés, malgré tout, au service de l'État) a succédé un gouvernement dominé par des avocats d'affaires (formés à la défense des intérêts financiers). La manière dont, depuis l'effondrement des marchés financiers, on puise sans compter dans l'argent public pour renflouer des banquiers faillis marque un pas de plus dans cette privatisation de l'État, et nullement dans la restauration de la figure du Tiers garant de l'intérêt général.

L'élargissement de l'Europe n'a donc pas conduit à étendre à l'Est « l'économie sociale de marché », chère à l'Europe des onze (les onze signataires de l'Accord social de Maastricht), mais à rendre possible la jonction des ultralibéraux

(qui lui avaient toujours été hostiles) et des dirigeants des pays postcommunistes. Ces derniers se sont reconnus sans peine dans le « réalisme » ultralibéral, qui partage avec le socialisme scientifique la même foi dans la validité universelle de « lois de l'économie » et la même détermination à soustraire ces lois du champ de la délibération politique. L'Union européenne est ainsi devenue un modèle accompli de cette « démocratie limitée » que Hayek appelait de ses vœux. L'absence de véritable scrutin à l'échelle communautaire a permis d'écraser les résistances électorales lorsqu'elles s'expriment dans des référendums nationaux. Les dirigeants des pays de l'Union européenne sont parvenus à contourner successivement le rejet du traité de Maastricht par les électeurs danois, du traité de Nice par les Irlandais, du Traité constitutionnel par les électeurs français, hollandais et irlandais. L'habitude se prend de considérer que les résultats d'un scrutin ne s'imposent que s'ils répondent aux vœux des dirigeants qui l'organisent. De telles pratiques ne peuvent bien sûr que détourner les électeurs européens des urnes et discréditer les leçons de démocratie que l'Europe administre généreusement au reste du monde. Surtout si elles s'y conjuguent avec la disqualification des vainqueurs d'élections libres lorsqu'ils ne sont pas ceux que la « communauté internationale » souhaitait voir élus.

Au lieu d'étendre l'assise du modèle social européen, l'élargissement a ainsi précipité le renversement de l'esprit de Philadelphie, non seulement sur le plan social, mais aussi sur le plan diplomatique et militaire, la « nouvelle Europe » s'engageant, nonobstant l'opposition de sa population, aux côtés des États-Unis et du Royaume-Uni dans une « guerre contre le terrorisme », conduite en violation du Droit international et des droits de l'homme.

L'Europe participe ainsi désormais à sa façon de l'émergence à l'échelle mondiale de ce que la Constitution de la République populaire de Chine appelle « l'économie communiste de marché 15 ». Édifié sur la base de ce que le capitalisme et le communisme avaient en commun (l'économisme et l'universalisme abstrait), ce système hybride emprunte à l'ultralibéralisme la mise en concurrence de tous contre tous, la libre circulation des capitaux et des marchandises et la maximisation des individuelles. et au communisme la « démocratie l'instrumentalisation du Droit (i. e. la substitution du rule by law au rule of law), l'obsession de la quantification et la déconnexion totale du sort des dirigeants et des dirigés. Il offre aux classes dirigeantes de tous les pays la possibilité de s'enrichir de façon colossale (ce que ne permettait pas le communisme) tout en se désolidarisant complètement du sort des classes moyennes et populaires (ce que ne permettait pas la démocratie politique ou sociale des États providence). Une nouvelle oligarchie, qui doit une bonne part de sa fortune soudaine à la privatisation des biens publics, use ainsi de la libéralisation des marchés pour s'exonérer du financement des systèmes de solidarité nationaux.

Cette « sécession des élites » (selon l'heureuse expression de Christopher Lasch 16) est conduite par un nouveau type de dirigeants (hauts fonctionnaires ou

anciens communistes ou militants maoïstes reconvertis dans les affaires) qui n'ont plus grand-chose à voir avec l'entrepreneur capitaliste traditionnel. À l'Est comme à l'Ouest, nombre de ces dirigeants, formés à l'école du marxisme-léninisme ou du maoïsme, ont épousé avec ferveur les thèses de la déréglementation de l'économie et de la privatisation des biens publics, dont ils ont été les premiers organisateurs et bénéficiaires. Cette filiation idéologique est évidente en Chine, en Russie et dans les anciens pays communistes d'Europe de l'Est ou d'Asie centrale. Elle est également manifeste dans les pays occidentaux : à la tête de la Commission européenne¹⁷, mais aussi en France, où la plupart des prédicateurs néoconservateurs sont d'anciens militants d'extrême gauche, et où la figure de l'oligarque a pu prospérer à la faveur de la privatisation des entreprises publiques et de l'augmentation vertigineuse de la rémunération de leurs dirigeants.

- 1. Voir Harold Berman, Law and Revolution, Harvard University Press, t. I, 1983, et t. II, 2003.
- 2. Denis Kessler, « Adieu 1945, raccrochons notre pays au monde! », Challenges, 4 octobre 2007. Ancien sympathisant communiste devenu professeur d'économie, puis vice-président exécutif du Medef de 1998 à 2002, M. Kessler est aujourd'hui administrateur de nombreuses grandes entreprises (BNP Paribas, Dexia, Bolloré, Dassault Aviation et INVESCO) et membre de diverses hautes instances publiques (Conseil économique et social, Conseil des comptes de la nation, Conseil national des assurances).
- 3. Voir Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2 : *Le Mirage de la justice sociale* (1976), trad. de l'anglais par R. Audouin, PUF, 1981, p. 123 sq.
- 4. « Le document tout entier, écrit-il à propos de la Déclaration universelle de 1948, est rédigé dans le jargon propre à la mentalité organisationnelle, que l'on s'attend à trouver dans les déclarations des dirigeants syndicalistes ou de l'Organisation internationale du travail [...]; ce jargon n'a rien qui s'accorde avec les principes sur lesquels repose l'ordre de la Grande Société », Le Mirage de la justice sociale, op. cit., p. 126.
- <u>5</u>. Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 3 : *L'Ordre politique d'un peuple libre*, PUF, 1983, p. 166 et 180.
- 6. *Ibid.*, p. 197-198.
- 7. Ibid., p. 181 et passim chap. XVIII : « Le pouvoir contenu et la politique détrônée », p. 153 sq.
- 8. Sur l'histoire de la création en 1969 de ce Prix de la banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, contrefaçon réussie des véritables prix Nobel, voir Patrick Moynot, « Nobel d'économie : coup de maître », *Le Monde*, 15 octobre 2008.
- 9. Voir Susan George, *La Pensée enchaînée*, Fayard, 2007, p. 30.
- 10. La déréglementation des marchés financiers a été largement l'œuvre du gouvernement Bérégovoy et l'importation du modèle anglo-américain d'entreprise celle du gouvernement de M. Jospin et de son ministre de l'Économie, M. Dominique Strauss-Kahn (détaxation des stock-options, autorisation du rachat par les sociétés de leurs propres actions, etc.).
- 11. S.A. Golunsky et M.S. Trogovitch, *Theory of State and Law*, Moscou, 1940; cité par Pierre Lavigne « La légalité socialiste et le développement de la préoccupation juridique en Union soviétique », *Revue d'Études comparatives Est-Ouest*, vol. 11, 1980, nº 3, p. 11.
- 12. Tamara Kondratieva, Gouverner et nourrir. Du pouvoir en Russie, Les Belles Lettres, 2002.
- 13. Aux termes de l'article 69 de la Constitution de l'URSS de 1936, « le citoyen de l'URSS est tenu de se conformer à la Constitution de l'URSS et aux lois soviétiques, de respecter les règles de la vie en société socialiste et de porter dignement le haut titre de citoyen de l'URSS ».
- <u>14</u>. Voir James K. Galbraith, *The Predator State*, Free Press, 2008, trad. fr. par Françoise et Paul Chemla, *L'État prédateur*, Seuil, 2009.
- 15. L'expression exacte (qui figure à l'article 15 de la Constitution de la République populaire de Chine) est

- 社会主义市场经济 (shehuizhuyi shichang jingji) dont la traduction littérale est « économie de marché socialiste ». La signification acquise du terme « socialiste » sur la scène politique française étant source de possibles confusions avec l'idée d'économie mixte (qui servit un temps de doctrine au parti socialiste), la traduction par « économie communiste de marché » m'a paru préférable.
- <u>16</u>. Christopher Lasch, *The Revolt of the Elites : And the Betrayal of Democracy*, 1995, trad. fr. *La Révolte des élites et la trahison de la démocratie*, Climats, 1996.
- 17. L'actuel président de la Commission, M. José Manuel Durão Barroso, a commencé sa carrière comme membre du Mouvement de réorganisation du parti du prolétariat, groupe maoïste radical, avant de devenir l'un des architectes de l'alliance des néoconservateurs américains et des anciens pays communistes européens.

La privatisation de l'État providence

L'idée de justice sociale est aussi ancienne que la philosophie du Droit. Aristote lui-même voyait dans la « réciprocité proportionnelle » une troisième forme de justice nécessaire à la vie de la Cité, à côté de la justice distributive et de la justice corrective : « La réciprocité veut qu'on rende en proportion et non selon le principe de l'égalité. [...] C'est en effet parce que l'on retourne en proportion de ce que l'on reçoit que la Cité se maintient. » La même idée se retrouve au début du XVII^e siècle sous la plume de Francis Bacon, s'interrogeant sur les causes des troubles et des séditions : « Le gouvernement doit prendre des mesures pour éviter que tout l'argent ne s'accumule en un petit nombre de mains [...] ; l'argent, comme le fumier, ne fructifie que si on prend soin de le répandre². » La Déclaration de Philadelphie ne disait pas autre chose lorsqu'elle réaffirmait, à la lumière de l'expérience de la Seconde Guerre mondiale, qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale » et que « la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous ». Son apport propre a été de donner de la justice sociale une définition à vocation universelle et de faire de sa réalisation un « objectif fondamental » liant la politique économique de tous les États.

Était ainsi tracée une voie propre à tenir également à distance les effets dévastateurs du « Tout-Marché » et les effets liberticides du « Tout-État ». Généralisant la politique du New Deal, la Déclaration de Philadelphie ne promouvait nullement la destruction du capitalisme. Elle visait au contraire à assurer sa pérennité en insérant les marchés dans un cadre normatif propre à assurer leur fonctionnement sur le temps long de la succession des générations. Face au Droit commun des contrats, qui envisage les êtres humains comme des monades sans chair et sans histoire, le Droit social a fait réapparaître sur la scène des échanges leur inscription dans une chaîne générationnelle, ainsi que leurs détraquements physiques et les liens de solidarité qui les unissent ou les opposent.

Dénoncé comme un « mirage » par les penseurs de l'ultralibéralisme³, le principe de justice sociale a disparu de l'agenda de la globalisation à la faveur de la conversion des régimes communistes à l'économie de marché. Mais comme toutes les contre-révolutions, celle-ci ne pouvait effacer l'histoire. Englobant ce qu'elle visait à détruire (l'État providence à l'Ouest et le communisme réel à l'Est), elle a entraîné, non la disparition, mais la privatisation de l'État social.

La constitution d'un espace financier, technique et économique qui ignore les frontières nationales va de pair avec l'utopie d'un monde plat⁴, peuplé d'individus

titulaires des mêmes droits et sans autres obligations que celles dont ils conviennent. À la différence des utopies totalitaires du xx^e siècle, celle-ci ne vise nullement à la disparition des droits individuels, dont elle postule au contraire l'autosuffisance. La définition des droits de chacun n'aurait pas besoin de se référer à un principe de justice qui les transcende, mais pourrait procéder seulement du jeu de leurs différences et de leurs oppositions. Toute imposition d'une règle extérieure aux individus est désormais perçue comme un mal qu'il convient de réduire le plus possible à défaut de pouvoir l'éradiquer tout à fait.

Il s'agit donc d'un programme, non de dépérissement mais de déconstruction du Droit, au sens postmoderne du terme. Le père du concept de déconstruction, Jacques Derrida, a du reste lui-même soutenu que l'idée de justice n'était au fond rien d'autre que l'expression d'un désir individuel : « Le désir d'un don sans échange, sans calcul, sans règle et sans raison » ; et, poursuit-il, « la déconstruction est folle de cette justice-là. Folle de ce désir de justice. Cette justice-là, qui n'est pas le droit, c'est le mouvement même de la déconstruction à l'œuvre dans le droit et dans l'histoire du droit et dans l'histoire tout court »⁵. Cette définition (folle en effet) de la justice, référée à la seule subjectivité de chacun et œuvrant à la déconstruction du Droit, est le pendant philosophique de la disqualification de la justice sociale par les ultralibéraux, qui y voient une aspiration sentimentale impropre à fonder un Droit digne de ce nom. Se manifestent ici les liens profonds qui unissent la philosophie postmoderne et l'ultralibéralisme. Ils partagent un même fétichisme du signifiant : linguistique dans un cas, monétaire dans l'autre⁶.

La « pulvérisation du Droit en droits subjectifs⁷ » laisse alors le champ libre à l'ajustement mutuel d'individus armés des mêmes droits. Réduit à l'état de monade contractante et calculante, l'être humain ne devrait être soumis qu'à deux types de règles : celles qui auraient une base scientifique et celles qu'il se fixe librement à lui-même. On distribue à tous les mêmes droits individuels comme on leur distribuerait des armes et l'on espère faire ainsi advenir une société entièrement contractuelle où il n'y aurait d'obligation que consentie. Alors que tout le Droit social s'était construit sur une mise en doute méthodique du consentement du faible à la volonté du fort, ce consentement redevient, avec la déconstruction du Droit social, la condition nécessaire et suffisante de l'obligation juridique.

Cette déconstruction fait perdre au Droit social sa capacité de rendre les citoyens solidaires. Le Droit du logement se délite, mais apparaît le « droit individuel opposable au logement[§] ». Les travailleurs précaires sont privés d'indemnités de licenciement, mais les dirigeants salariés des grandes entreprises sont dotés d'immenses « parachutes dorés ». Les prélèvements obligatoires sont passionnément dénoncés lorsqu'il s'agit de financer sécurité sociale ou services publics, mais deviennent un impératif mondial lorsqu'il s'agit de rémunérer les droits de propriété intellectuelle[§]. La règle du repos dominical est démantelée réforme après réforme, et, avec elle, le cadre normatif propre à assurer une vie

sociale et familiale normale, mais sont instaurés des *contrats de responsabilité parentale*, censés pallier les carences des parents privés de temps partagé avec leurs enfants¹⁰. Le statut salarial se fracture, entraînant des inégalités vertigineuses sur le marché du travail, mais il n'est pas d'année où le principe d'égalité ne soit invoqué pour allonger la liste des discriminations prohibées par le Code du travail. De 1985 à 2006, cette liste des discriminations a été allongée à onze reprises, soit en moyenne une fois tous les deux ans. Durant la même période la proportion de salariés en intérim ou contrat à durée déterminée a été multipliée par quatre. La liquidation des différences qualitatives entre les personnes a ainsi pour corollaire la légitimation des différences quantitatives, fondées sur le niveau et la sécurité de leurs revenus, c'est-à-dire sur l'argent.

La privatisation de l'État providence ne conduit donc pas à faire disparaître les droits sociaux mais à en concentrer le bénéfice sur ceux qui en ont le moins besoin. Par référence à un verset fameux de l'Évangile selon saint Matthieu (« À celui qui a, il sera beaucoup donné et il vivra dans l'abondance, mais à celui qui n'a rien, il sera tout pris, même ce qu'il possédait »), les spécialistes parlent d'« effet Matthieu » pour désigner la capacité des forts à devenir les premiers bénéficiaires des dispositifs visant à améliorer le sort des faibles 11. L'école de la République consacre ainsi en moyenne beaucoup plus d'argent pour les enfants issus de milieux aisés que pour ceux d'origine modeste ; les ouvriers et employés cotisent plus longtemps que les cadres pour des retraites abrégées par une espérance de vie plus faible, etc. L'effet Matthieu n'a rien de nouveau mais, jusqu'à une date récente, il ne se manifestait que du point de vue des prestations. D'un côté les plus riches bénéficiaient davantage que les pauvres des dépenses publiques ou sociales, mais d'un autre côté ils payaient d'autant plus d'impôts ou de cotisations sociales que leurs revenus étaient élevés. L'une des nouveautés de l'économie communiste de marché réside dans l'apparition d'une oligarchie qui a la possibilité de bénéficier pleinement des mécanismes de solidarité sans devoir y contribuer à proportion de ses revenus. Loin de faire disparaître les institutions fondées sur la solidarité, les réformes ultralibérales ont facilité leur prédation.

Cette prédation a été facilitée par la mise en concurrence des législations fiscales et sociales, qui a engagé tous les pays dans une course à la baisse des prélèvements obligatoires sur les revenus des plus fortunés. Ces derniers peuvent percevoir leurs revenus là où les prélèvements obligatoires sont faibles ou inexistants, et bénéficier des services publics et de la sécurité sociale là où ils sont les plus efficaces. Depuis une quinzaine d'années, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), bien qu'elle n'ait en principe pas compétence en matière de fiscalité directe, s'est fondée sur les libertés économiques garanties par le Traité pour désarmer les États membres face à ces stratégies d'évasion fiscale la Chaque pays est ainsi incité à alléger la fiscalité sur les hauts revenus et à dispenser leurs détenteurs de l'obligation de rendre à la Cité à proportion de ce qu'ils en

reçoivent. Bien qu'il n'en constitue qu'une manifestation parmi d'autres, le « bouclier fiscal » adopté en 2007 est devenu en France le symbole de cette rupture de l'égalité proportionnelle dans la contribution aux charges publiques la l'abri du risque d'augmentation des prélèvements obligatoires, augmentations qui pèsent dès lors exclusivement sur les pauvres et les classes moyennes. Dans le même temps, une part croissante de l'argent public est employée à protéger les avoirs et soutenir les revenus de cette oligarchie financière, notamment au travers de l'accroissement de la dette publique. Loin de freiner ce mouvement, l'implosion des marchés financiers lui a donné un nouvel élan. Le recours massif à l'argent public pour renflouer des banquiers ou des assureurs faillis sans nationaliser leurs entreprises ne signifie nullement un « retour de l'État », mais bien plutôt un pas de géant dans le sens de sa prédation, déjà à l'œuvre depuis longtemps en matière de services publics, de sécurité sociale ou de Droit du travail.

C'est en matière de services publics que la privatisation des institutions de l'État social est la plus évidente. Il y avait après-guerre de bonnes raisons de soustraire au Marché des produits ou services qui, comme l'électricité, le gaz, la poste, les autoroutes, les chemins de fer, reposent sur un réseau technique unique à l'échelle du territoire, répondent à des besoins également partagés par toute la population et dont la gestion et l'entretien s'inscrivent dans un temps long qui n'est pas celui des marchés. La France s'était dotée en ce domaine de structures juridiques particulièrement adaptées, hybrides de Droit privé et de Droit public, qui avaient fait la preuve de leur capacité à conjuguer efficacité économique et justice sociale. Le bilan particulièrement désastreux de la privatisation de ces services dans les pays anglo-saxons aurait donc dû inciter à faire évoluer ces structures plutôt qu'à les privatiser. L'entêtement en ce sens ne s'explique pas seulement par la force du credo ultralibéral et les pressions de la Commission européenne. Il s'explique surtout par les opportunités d'enrichissement considérable que cette privatisation représente pour les cadres dirigeants ou les actionnaires de ces entreprises assurées d'un monopole de fait sur des clientèles captives.

Un autre aspect de la prédation des services publics réside dans la dégénérescence corporative de la fonction publique. Dans une société comme la France, suspendue à un État centralisé, le sentiment de justice dépend de la vertu des grands corps qui l'administrent Leur dévouement et leur sens de l'intérêt général sont censés irradier de proche en proche tous les rouages de l'État, jusqu'au plus humble de ses serviteurs. Ce sont les devoirs attachés à une charge publique (ce que les médiévaux appelaient l'officium) qui justifient les avantages concédés à son titulaire (le beneficium). Cet esprit de service public a été mis à mal par la conversion des dirigeants aux valeurs du secteur marchand (théorisée récemment sous le nom de New Public Management) et par la pratique du pantouflage, qui leur permet de conserver le bénéfice sans avoir la charge. Dès lors que les dirigeants ne sont plus l'image de la vertu, mais au contraire celle du cynisme et de la cupidité,

ceux qui cumulent tous les avantages prêchent en vain l'ascèse à ceux qui subissent les rigueurs du temps. L'égoïsme des dirigeants devient contagieux. Chacun s'applique à « maximiser ses utilités individuelles », à s'agripper à ses avantages ou à ce qui lui en reste et à « pantoufler » plutôt que de se tuer à la tâche. L'incapacité de se passer de l'État n'a alors d'égal que l'impossibilité de lui faire plus longtemps confiance. Alors que la fonction publique et les services publics sont à bien des égards la colonne vertébrale d'un pays comme la France, ils se trouvent aujourd'hui doublement menacés de calcification et de désagrégation. De calcification par les partisans du *statu quo*, plus soucieux de la défense de leur rente de situation que du service du public. Et de désagrégation par les apôtres (souvent intéressés) de sa privatisation ou de son alignement sur le modèle des entreprises du secteur marchand.

C'est en matière de sécurité sociale que les enjeux financiers du dépeçage de l'État social sont les plus élevés. Les régimes de retraite ont été une cible privilégiée des politiques de captation par l'oligarchie financière des institutions héritées de l'État providence. Dans les pays où elle a été adoptée, la capitalisation de ces régimes a permis d'alimenter le casino boursier tout en exposant les travailleurs qui les financent au risque, aujourd'hui avéré, de ne toucher que des pensions misérables. Là où les régimes de répartition ont été maintenus, ce sont les travailleurs précaires qui ont été les principaux perdants de leurs réformes tandis que les dirigeants salariés des grandes entreprises ont vu s'accumuler sur leurs têtes de fastueuses « retraites chapeaux ». Mais la prédation des mécanismes de solidarité est une tendance générale qui se manifeste dans toutes les branches de la sécurité sociale. Parmi les facteurs de l'actuelle faillite de l'assurance maladie, il faut compter ainsi le poids politique des lobbies médicaux, qui tirent l'essentiel de leurs revenus de prélèvements obligatoires, mais ne veulent accepter aucune contrainte en contrepartie. Au nom de « l'activation » des dépenses de l'assurance chômage, une partie des ressources de celle-ci a ainsi été détournée des chômeurs vers les entreprises. Lorsqu'ils ont perdu leur emploi, les traders londoniens qui ont œuvré à la faillite du système financier ont pu, en application du Droit social communautaire, percevoir des caisses françaises de chômage auxquelles ils n'ont jamais cotisé, des indemnités représentant quatre fois le montant du plafond de la sécurité sociale (soit 6 366,80 € mensuels en septembre 2008)¹⁵. À l'inverse, la travailleuse pauvre qui enchaîne des emplois précaires à temps partiel justifie difficilement d'une période de cotisations suffisante pour avoir droit à des allocations chômage et elle a perdu, avec les dernières réformes de l'assurance vieillesse, toute chance de percevoir une retraite décente.

En dépit de cette dégradation, la sécurité sociale est l'institution qui a dans l'ensemble le mieux résisté au programme de déconstruction de l'État providence. Malgré la violence des attaques portées contre eux au nom de la liberté individuelle ou du poids excessif de leur financement, les systèmes de solidarité ont fait preuve

d'une remarquable robustesse, du moins dans la « vieille Europe ». Un bilan rigoureux des effets de trente ans de politique ultralibérale en matière de sécurité sociale devrait donc distinguer soigneusement selon les risques couverts et les pays concernés. Dans un pays comme la France, les partenaires sociaux et l'État sont parvenus, souvent dans la douleur, à adopter des réformes propres à sauvegarder la pérennité de l'assurance vieillesse et de l'assurance chômage. L'assurance maladie, en revanche, s'enfonce dans la faillite financière, faute notamment pour l'État d'avoir été capable d'en adopter une réforme indexée sur l'intérêt général, et non sur des considérations électorales.

C'est enfin en Droit du travail que l'effet Matthieu est aujourd'hui le plus manifeste. Les réformes conduites au nom de son adaptation aux besoins des marchés n'ont nullement conduit à supprimer les « acquis » de l'État providence, mais bien plutôt à rogner ou supprimer les protections là où elles étaient le plus nécessaire tandis qu'elles continuent de s'empiler en haut de l'échelle salariale. Les dirigeants des grandes entreprises ont utilisé un certain nombre de mécanismes issus du Droit du travail (indemnités de rupture, retraites supplémentaires, actionnariat salarié) pour s'octroyer des revenus vertigineux, quand bien même ils conduisaient leurs entreprises à la ruine. À l'autre bout de l'échelle, le Droit de l'emploi est devenu le lieu le plus visible du renversement des rôles qui s'est opéré entre l'État, l'entreprise et la finance. Là où, dans la tradition colbertiste, l'État dictait les grandes lignes d'une politique économique que les grandes entreprises mettaient en œuvre et que les financiers devaient servir, ce sont aujourd'hui les objectifs financiers qui dictent la conduite des entreprises, tandis que le coût des sacrifices humains qui en résultent est supporté par l'État, soit directement par le financement des politiques de l'emploi, soit indirectement lorsqu'il doit faire face à la misère, la violence et l'insécurité.

Les personnes visées par les dispositifs d'aide publique à l'accès à l'emploi sont qualifiées par la loi de « bénéficiaires », et non pas de titulaires de l'emploi qu'ils occupent. « Bénéfices » misérables, dont le montant dépasse rarement le salaire minimum pour un travail à temps plein (1 337,70 € brut, soit environ 1 050 € net mensuels au 1^{er} juillet 2009). À l'inverse on parle aujourd'hui de « création de valeur » pour désigner, non pas le travail, mais les bénéfices – bien réels ceux-là – versés aux actionnaires. Voir dans le travail, non la cause, mais un effet de la richesse, est proprement renversant. L'illusion n'est pas nouvelle et l'évêque Adalbéron de Laon en faisait déjà la remarque au roi de France aux alentours de l'an mil : « Le maître est nourri par le serf, lui qui prétend le nourrir. Et le serf ne voit point la fin de ses larmes et de ses soupirs 16. »

^{1.} Aristote, Éthique à Nicomaque, V, 8, cité et commenté par Clarisse Herrenschmidt, Les Trois Écritures. Langue, nombre, code, Gallimard, 2007, p. 293 sq.

^{2.} Francis Bacon, Essais de morale et de politique (1625), L'Arche, 1999, p. 67.

^{3.} Friedrich A. Hayek, Le Mirage de la justice sociale, op. cit.

- 4. Thomas Friedman, *The World is Flat*, Penguin Books, 2005, trad. fr. *La Terre est plate*, Saint-Simon, 2006.
- 5. Jacques Derrida, Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité », Galilée, 1994-2005, p. 56.
- 6. Sur cette critique du postmodernisme, voir Augustin Berque, Ecoumène. Introduction à l'étude des milieux humains, Belin, 2000, p. 26 sq. Voir aussi dans une perspective marxiste, Nkolo Foé, Le Postmodernisme et le nouvel esprit du capitalisme. Sur une philosophie globale d'empire, Codesria, 2008.
- ⁷ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121 sq.
- 8. Voir Conseil d'État, Rapport public 2009. Droit au logement, droit du logement, La Documentation française, 2009.
- 9. Voir l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ; en anglais : TRIPS) annexé à l'accord de Marrakech instituant l'OMC.
- 10. Code de l'action sociale et des familles, art. L. 222-4-1 (loi du 31 mars 2006).
- 11. *Matthieu*, XXV,29. La mise en évidence de cet effet a d'abord été le fait de Robert Merton en matière de financement de la recherche, « The Matthew Effect in Science », *Science*, vol. 159, 1968, p. 56 *sq*. Sur sa pertinence en matière sociale, voir Hermann Deleeck, « L'effet Matthieu », *Droit social*, 1979, p. 375; Jacques Bichot, « L'effet Matthieu revisité », *Droit social*, 2002, p. 575.
- 12. Voir notamment ses arrêts *Bachmann* (C-204/90 du 28 janvier 1992), *Schumacker* (C-279/93 du 14 février 1995), *de Lasteyrie du Saillant* (C-9/02 du 11 mars 2004), *Laboratoires Fournier* (C-39/04 du 10 mars 2005) ou *Manninen* (C-319/02 du 7 septembre 2004). Les arrêts les plus récents semblent mettre un frein à cette politique de désarmement fiscal des États (voir l'arrêt *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, C-157/07 du 23 octobre 2008, publié in *Droit fiscal*, 2008, nº 50, p. 616, comm. J.-Chr. Garcia).
- 13. Ce dispositif limite le taux d'imposition des contribuables ayant les plus hauts revenus. Fixé à 60 % du revenu en 2006, il a été abaissé à 50 % du revenu déclaré par la loi *Travail emploi pouvoir d'achat* (TEPA) du 21 août 2007. En application de cette loi en 2008, 834 bénéficiaires, disposant d'un patrimoine supérieur à 15,5 millions d'euros, ont perçu de l'État en moyenne 368 261 euros chacun.
- 14. Au jeu des analogies, la bureaucratie céleste convient mieux que la noblesse d'Ancien Régime pour caractériser la grandeur et la décadence de nos « élites » (voir Jacques Gernet, *L'Intelligence de la Chine. Le social et le mental*, Gallimard, 1994, spéc. p. 31 sq.; et du même auteur : « Organisation, principes et pratiques de l'administration chinoise [11°-19° s.] », in *Servir l'État*, EHESS, 1987, p. 11 sq.; Étienne Balazs, *La Bureaucratie céleste*, Gallimard, 1968).
- <u>15</u>. *Le Point*, 19 septembre 2008.
- 16. Lettre à Robert le Pieux (circ. 1020), citée par Jacques Le Goff, *La Civilisation de l'Occident médiéval*, Arthaud, 1964, p. 319-320.

Le Marché total

Pour faire du marché un principe général de régulation de la vie économique, il faut faire comme si la terre, le travail et la monnaie étaient des marchandises, alors que ce n'est bien sûr pas le cas¹. L'économie de marché repose ainsi sur des fictions juridiques. Or les fictions juridiques ne sont pas des fictions romanesques : elles ne sont soutenables, dans les sens à la fois français et franglais du mot, qu'à la condition d'être humainement vivables. Sans un Droit de l'environnement qui protège effectivement les ressources naturelles, on ne pourra faire longtemps comme si la nature était une marchandise. Et sans un Droit social qui protège effectivement les « ressources humaines », on ne peut assurer la pérennité des marchés du travail. 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 États 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 étais juridiques indispensables au fonctionnement des marchés du travail sur le temps long de la succession des générations.

Ces étais ont été posés au niveau national et ils sont progressivement démantelés dans le contexte de la globalisation. Il en va de même des marchés monétaires, dont la déréglementation a été conduite avec un esprit de système dont on commence seulement à percevoir les effets ravageurs. Privées de ces étais, les règles du libre-échange perdent leur ancrage dans la diversité des hommes, des territoires et des produits. On peut continuer un certain temps à faire *comme si* le travail, la terre ou la monnaie existaient indépendamment des travailleurs, des milieux naturels ou de l'économie réelle, mais ces fictions finissent nécessairement par s'écrouler, rattrapées par le principe de réalité. Contrairement à la foi naïve des adorateurs du Marché, le démantèlement des Droits nationaux ne permet nullement l'avènement de « l'ordre spontané du Marché », mais conduit bien au contraire à saper les bases institutionnelles des marchés. Il n'existe pas en effet une Économie de Marché, mais une diversité de dispositifs juridiques instituant différents types de marchés : différents selon la nature des produits et services échangés, mais aussi selon les histoires et les cultures juridiques.

Prendre la mesure exacte du processus actuel de démantèlement des bases institutionnelles des marchés suppose de distinguer deux types de phénomènes bien

différents, aujourd'hui confondus sous les mots fétiches de « globalisation » ou « mondialisation ». L'abolition des distances physiques dans la circulation des signes entre les hommes est un phénomène structurel, qui procède des nouvelles techniques de numérisation. En revanche, la libre circulation des capitaux et des marchandises est un phénomène conjoncturel, qui procède de choix politiques réversibles (démantèlement des frontières commerciales) et de la surexploitation temporaire de ressources physiques non renouvelables (prix artificiellement bas des transports). C'est la conjugaison de ces deux phénomènes différents qui conduit à l'utopie d'un Marché total, sous l'égide duquel les hommes, les signes et les choses ont tous vocation à être rendus commensurables et mobilisables dans une compétition devenue globale, c'est-à-dire à être « liquidés » au sens juridique du terme².

Ce Marché est *total* au sens donné à ce mot par Ernst Jünger au sortir de la Grande Guerre, pour désigner un mode d'organisation fondé sur la mobilisation d'absolument toutes les ressources humaines, techniques et naturelles, afin « d'être en mesure, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, de les envoyer au front où un processus sanglant de consommation jouait le rôle du marché³ ». La Première Guerre mondiale a été le moment fondateur de cette transformation des hommes en combustible alimentant le fonctionnement monotone d'une machine de guerre semblable à « une turbine alimentée en sang humain ». 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 ...»

Si la compétition économique est devenue le but ultime de l'ordre juridique, 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 ne peut être atteinte que par une mise en concurrence généralisée de tous les hommes dans tous les pays. 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 États dans le domaine commercial doivent « 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 ». 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.

Le contraste n'est pas moins grand quant à la méthode de réalisation de ces objectifs. Selon l'alinéa 3 du préambule, cette réalisation implique « la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales ». Là où la Déclaration de Philadelphie envisageait les règles commerciales comme un moyen dont l'efficacité devait être appréciée au regard des objectifs de justice sociale assignés aux États, l'Accord OMC voit disparaître toute hiérarchisation des moyens et des fins. Aucune procédure n'est prévue, qui permettrait de mesurer l'efficacité de la généralisation de la libre circulation des capitaux et des marchandises à l'échelle du monde au regard des objectifs de niveau de vie, de taux d'emploi ou de revenus. Le démantèlement des frontières commerciales est posé comme une fin en soi, rendant inutile toute évaluation de ses effets réels. Dans cette nouvelle dogmatique, la mise en concurrence est devenue le but et les hommes un simple moyen d'atteindre ce but. Plus aucune référence n'est faite à la nécessité d'une action internationale visant « à éviter des fluctuations économiques graves [et] à assurer une plus grande stabilité des prix mondiaux des matières premières et denrées » (D.Ph. art. IV). La concurrence doit s'exercer pleinement, aussi bien entre les hommes qu'entre les entreprises et les États, qui doivent tous cultiver leur « avantage comparatif⁵ ».

Le darwinisme normatif

Sur ce Marché total, le Droit (tout comme la religion, les idées ou les arts⁶) est considéré comme un produit en compétition à l'échelle du monde, où s'opérerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence. Ce darwinisme normatif avait déjà été théorisé par Hayek. Ne croyant pas à « l'acteur rationnel » en économie, il se fiait à la sélection naturelle des systèmes normatifs, par la mise en concurrence des droits et des cultures à l'échelle internationale. Selon lui, les adeptes du darwinisme social ont eu le tort de se focaliser sur la sélection des individus congénitalement les plus aptes, processus trop lent pour pouvoir être pris en compte, « alors qu'ils méconnaissaient l'évolution – décisivement importante – par sélection des règles et pratiques ? ».

Dans le domaine des échanges économiques, ce sont les libertés associées au libre-échange (liberté d'établissement, de prestation de services et de circulation des capitaux et des marchandises) qui sont invoquées pour autoriser les investisseurs et les entreprises à se soustraire aux lois des pays où ils opèrent et à en choisir une autre, qui leur est plus profitable. Jadis cantonnée au Droit de la mer, la pratique des pavillons de complaisance se répand ainsi sur terre, sous la forme d'un *law shopping*, qui traite les droits nationaux comme des produits en compétition sur un marché international des normes⁸. En Europe, cette orientation est activement promue par la Cour de justice des communautés européennes qui a consacré le droit pour une entreprise d'éluder les règles de l'État où elle exerce toutes ses activités en s'immatriculant dans un autre État dont les règles sont moins contraignantes⁹. La représentation juridique du monde à l'œuvre dans ces évolutions est celle d'un « marché des produits législatifs » ouvert au choix d'individus libres de se placer sous la loi qui leur est la plus profitable.

Pour aider les « consommateurs de droit » à faire leur choix sur ce « marché des normes », la Banque mondiale publie chaque année depuis 2004, dans le cadre de son programme Doing Business, un rapport évaluant les droits nationaux à l'aune de l'efficacité économique 10. La base de données chiffrées ainsi tenue à jour est destinée à fournir des « mesures objectives » du Droit de cent soixante-dix-huit pays (rebaptisés « économies »). Elle contient notamment des indicateurs chiffrés de la « rigidité » des droits du travail de ces pays. Le rapport « Doing Business » 2005 contient par exemple un chapitre intitulé « Hiring and Firing Workers », qui est spécialement consacré à la mesure des entraves à l'investissement que représenterait dans chaque pays le Droit du travail. Le tableau comparatif de tous les droits du travail du monde est construit autour des indicateurs suivants : difficulté d'embauche ; difficulté de l'allongement ou de la réduction de la durée du travail ; difficulté du licenciement économique d'un travailleur ; indice de rigidité de l'emploi ; coût d'embauche et coût des licenciements 11. On aura compris que « difficultés » ou « rigidités » désignent des règles, et « coûts » des droits protecteurs des salariés. L'indice de « rigidité de l'emploi » inflige ainsi des points de pénalité aux États qui reconnaissent trop de droits aux travailleurs, tels qu'une protection sociale aux salariés à temps partiel; des salaires minima jugés trop élevés par la Banque (20 dollars par mois est ainsi jugé trop élevé pour les pays africains); une limitation à moins de soixante-six heures par semaine de la durée du travail ; un préavis de licenciement ou des programmes de lutte contre la discrimination raciale ou sexuelle¹².

L'instauration de ce « marché des produits législatifs » doit conduire à l'élimination progressive des systèmes normatifs les moins aptes à satisfaire les attentes financières des investisseurs. La compétition que se livrent les entreprises sous l'égide des marchés financiers ne devrait donc pas se cantonner à la sphère économique, mais devenir le principe d'organisation de la sphère juridique. Ce

darwinisme normatif est aujourd'hui relayé en France par de hauts magistrats¹³, et les critiques qui lui sont adressées visent moins le principe de cette notation que la « note » attribuée aux Droits continentaux (jugés moins « compétitifs » que ceux des pays de *Common law*)¹⁴.

Depuis son élargissement aux pays postcommunistes, l'Union européenne est devenue une terre d'élection de cette mise en concurrence des législations sociales et fiscales des États membres. Tel est l'objet de la *méthode ouverte de coordination* consacrée par le traité d'Amsterdam¹⁵. Cette technique de gouvernance vise à décliner dans le domaine social les grandes orientations de la politique économique de la Communauté, et notamment à promouvoir l'adaptation de la main-d'œuvre aux besoins des marchés. Les « performances » des États au regard des objectifs qui leur sont fixés sont mesurées par des batteries d'indicateurs chiffrés élaborés par la Commission et régulièrement réexaminés au sein de *peer reviews* (évaluation par les pairs). Ainsi incités à améliorer leur score statistique, les mauvais élèves de la classe européenne sont censés suivre l'exemple des bons, selon la technique dite de *benchmarking* (étalonnage).

À cette mise en compétition « douce » et sans force juridique contraignante s'ajoute celle qu'impose depuis peu la Cour de justice des communautés européennes. Bien qu'ignorée des médias et du grand public, cette juridiction détient une part essentielle du pouvoir législatif dans l'Union européenne. À l'instar des cours souveraines de l'Ancien Régime ou des Hautes Cours de Common law, elle statue pour l'avenir par disposition générale et à l'égard de tous, comme la loi ellemême. Composée d'un juge par État membre, la Cour échappe aux règles de pondération démographique qui régissent le Parlement ou le Conseil européen. Aussi est-elle devenue, à la faveur de l'alliance idéologique des pays de la « Nouvelle Europe » (pays postcommunistes et ultralibéraux), un levier particulièrement puissant de mise en œuvre de l'économie communiste de marché. Se détournant de l'objectif « d'égalisation dans le progrès » qui figure dans le Traité européen et qui inspirait sa jurisprudence antérieure, elle s'emploie désormais à permettre aux entreprises installées dans ces pays à bas salaires et faible protection sociale d'utiliser à plein cet « avantage comparatif ». À cette fin, la Cour a exempté ces entreprises du respect des conventions collectives 16, ainsi que des lois indexant les salaires sur le coût de la vie¹⁷; elle a écarté les présomptions de salariat posées par les droits des pays étrangers où elles opèrent 18 ; elle a condamné les dispositifs permettant aux États d'accueil de contrôler efficacement le respect des droits des travailleurs qu'elles emploient 19; elle a affirmé que le recours aux pavillons de complaisance ressortissait au principe de libre établissement²⁰; elle a interdit en principe les grèves contre les délocalisations²¹. Dans l'un des arrêts les plus récents rendus dans cette veine, la Cour affirme que les objectifs de protection de 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 service²². On ne saurait mieux exprimer le renversement actuel de l'esprit de Philadelphie.

La course au « moins-disant » social

Le phénomène des délocalisations est à l'échelle mondiale la principale manifestation de cette mise en concurrence des normes et donne à voir les dévoiements du principe de libre concurrence auxquels en fin de compte elle conduit. Lorsqu'une entreprise décide de s'établir à l'étranger pour y conquérir des parts de marché, elle s'y trouvera en concurrence avec d'autres entreprises, soumises aux mêmes règles sociales, fiscales et environnementales qui régissent ce marché. Son investissement, si l'entreprise est performante, lui sera profitable et sera aussi profitable aux populations locales. La liberté d'investissement et la libre concurrence opèrent bien alors comme des instruments d'amélioration du sort matériel des hommes. Lorsqu'au contraire une entreprise délocalise son activité pour réimporter ensuite des produits réalisés en contravention des règles fiscales, sociales et environnementales de son pays d'origine, ce ne sont pas les produits qui sont mis en concurrence (sauf à considérer que l'entreprise se fait concurrence à elle-même) mais les systèmes normatifs. Avec cet effet bien connu d'engager dans une course à la déréglementation fiscale, sociale et environnementale, les premiers pays « bénéficiaires » des délocalisations étant désertés dès que d'autres apparaissent moins exigeants en ces domaines $\frac{23}{2}$.

Depuis qu'elle a abandonné l'objectif communautaire de l'égalisation dans le progrès, la Cour de justice européenne s'emploie à éliminer tous les obstacles dans cette course au moins-disant social, ainsi qu'en témoignent les arrêts *Viking* et *Laval* qu'elle a rendus à la fin de l'année 2007²⁴. Tout en proclamant que le droit de grève faisait « partie intégrante des principes généraux du Droit communautaire », elle interdit de s'en servir pour obliger les entreprises d'un pays A qui opèrent dans un pays B à respecter l'intégralité des lois et conventions collectives de ce pays B. Sauf « raison impérieuse d'intérêt général », les syndicats ne doivent rien faire qui serait « susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile » le recours aux délocalisations ou aux pavillons de complaisance.

Cette jurisprudence jette une lumière crue sur le cours pris par la démocratie dans l'Union européenne. On savait déjà que l'évolution du Droit communautaire échappait à peu près complètement aux citoyens, tant en raison de l'absence de véritable scrutin à l'échelle européenne que de l'usage consistant à neutraliser les résultats des référendums nationaux organisés sur les traités communautaires. L'apport des arrêts *Laval* et *Viking* est d'interdire les grèves et autres formes d'action syndicale susceptibles d'entraver « l'ordre spontané » du Marché. Estimant

que « l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre prestation des services serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public [*i. e.* des organisations syndicales]²⁵ », le juge communautaire soumet ces dernières au Droit commercial, en violation du principe de « libre exercice du droit syndical », garanti par la convention 87 de l'OIT.

Le respect de la liberté syndicale est pourtant une dimension essentielle de la démocratie. Dans le passé, les politiques sociales des régimes corporatistes ou communistes ont pu être plus généreuses ou ambitieuses que celles des démocraties occidentales. Mais la marque de ces régimes a été d'imposer d'en haut une vision du bien commun qui ne souffre aucune contestation et d'assujettir les syndicats au respect d'une dogmatique économique qui postule la justice de l'ordre établi. Le propre des démocraties a été au contraire d'admettre que la justice sociale ne pouvait pas seulement être imposée d'en haut, mais devait aussi procéder d'en bas, de la confrontation des intérêts des employeurs et des salariés. D'où la reconnaissance et la protection, non pas seulement formelles, mais réelles, de la liberté syndicale et du droit de grève, qui permettent aux faibles d'objecter aux forts leur propre représentation de la justice. Cette consécration juridique du droit de grève dans les démocraties occidentales n'a toutefois été acquise qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. C'est dire qu'elle demeure fragile en Europe de l'Ouest et n'a aucune racine en terre postcommuniste. Dans le contexte de l'Europe élargie, il n'est donc pas très étonnant que le juge communautaire, contrairement à ce qu'il avait décidé il y a quelques années en matière de conventions collectives 26, ait décidé de subordonner les libertés collectives des salariés aux libertés économiques des entreprises.

On peut craindre que ces arrêts ne contribuent à pousser un peu plus l'Europe sur une pente dangereuse. Les mécanismes juridiques propres à la démocratie, qu'il s'agisse de liberté électorale ou syndicale, permettent de métaboliser les ressources de la violence politique ou sociale et de convertir les rapports de force en rapports de Droit. Bloquer tous ces mécanismes et faire de la compétition le seul principe universel d'organisation du monde conduit aux mêmes impasses que les totalitarismes du xx^e siècle, dont le trait commun fut justement l'asservissement du Droit aux lois supposées de l'économie, de l'histoire ou de la biologie. Affirmer cela, et prédire que cette doctrine ne pourra engendrer que la déraison et la violence, ne procède pas d'une quelconque position politique ou morale, mais de l'une des rares certitudes que peut apporter la « science du Droit » : c'est parce que l'égoïsme, la cupidité et le *struggle for life* sont bel et bien présents dans le monde *tel qu'il est* qu'ils doivent être contenus et canalisés par une référence commune à un monde tel qu'il doit être. Il est vrai que cette distinction de l'être et du devoir être, du *sein* et d u *sollen*²⁷, a été depuis plus d'un siècle la cible des différents avatars du

scientisme, qui se sont employés à confondre règle juridique et norme technique. Mais ces tentatives ont toujours conduit à des échecs sanglants. La lutte des classes, des races ou des individus peut exister comme fait historique. Ériger cette lutte en principe fondateur de l'ordre juridique, c'est nier la possibilité même de cet ordre et programmer la casse humaine. C'est aussi se condamner à perdre contact avec la réalité : chassée du ciel des valeurs, la dogmatique imprègne la représentation pseudo-scientifique du monde sur laquelle est fondée la « gouvernance ».

- 1. Voir Karl Polanyi, The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time, 1944, trad. fr. La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps, Gallimard, 1983, p. 102 sq.
- 2. Une dette ou une créance est dite liquide lorsqu'elle peut être convertie en une quantité déterminée de monnaie. La liquidation d'un bien consiste à le rendre fongible, à le convertir en droits monétaires (voir Gérard Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 1987, voir « Liquidation et Liquide »). Dans le langage courant, le liquide désigne aussi bien l'argent disponible en espèces que tout ce qui coule comme de l'eau et n'a pas de forme propre.
- 3. Ernst Jünger, *Die totale Mobilmachung*, 1930, trad. fr. « La mobilisation totale », in Lion Murard et Patrick Zylberman, *Le Soldat du travail*, *Recherches*, septembre 1978, nº 32-33, p. 34-53 (article séminal qui a inspiré le concept d'État total développé ensuite par Carl Schmitt).
- 4. Ernst Jünger, Der Arbeiter, 1932, trad. fr. Le Travailleur, Christian Bourgois, 1989, p. 223.
- Sur ce mot d'ordre managérial inspiré de Ricardo, voir Michael Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, Free Press-Macmillan, 1990, trad. fr. *L'Avantage concurrentiel des nations*, Interéditions, 1993. Voyez la critique de James K. Galbraith *The Predator State*, op. cit., p. 69 sq.
- 6. Voir Ronald H. Coase, « The Market for Goods and the Market for Ideas », *The American Economic Review*, vol. 64, 1974, p. 384-391. Sur l'application de ce concept de « marché des idées » aux religions par la Cour suprême des États-Unis, voir Laurent Mayali (dir.), *Le Façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, Mille et une nuits, 2002.
- 7. Friedrich A. Hayek, L'Ordre politique d'un peuple libre, op. cit. p. 184.
- 8. Alain Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social*, 2005, p. 1087 sq. Pour une présentation d'ensemble et de nombreuses références, voir Horatia Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), Académie de droit international de La Haye, <i>Recueil des cours*, t. 307 (2004), Martinus Nijhoff, 2005.
- 9. CJCE, 9 mars 1999, Centros, aff. C-212/97, Rec. 1999, I, 1459 concl. La Pergola.
- <u>10</u>. Voir <u>www.doingbusiness.org</u> où l'on trouve notamment une mappemonde représentant la terre comme un espace de compétition entre législations (*Business planet mapping the business environment*).
- 11. http://www.doingbusiness.org/ExploreTopics/HiringFiringWorkers/CompareAll.aspx. La Banque reprend ici à son compte une méthodologie mise au point par des économistes des universités de Harvard et de Yale: Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez de Silanes et Andrei Shleifer, « The Regulation of Labor », Quarterly Journal of Economics, novembre 2004.
- 12. Face aux critiques émanant notamment du groupement syndical Global Unions (www.global-unions.org), la Banque mondiale a annoncé en 2009 qu'elle renonçait à se référer aux « Employing Workers Indicators » et allait se concerter avec l'OIT pour les réformer.
- 13. Voir le discours de rentrée solennelle 2005 du président de la Cour de cassation (nommé depuis membre du Conseil constitutionnel), qui reprend à son compte la notion de « marché des codifications » et en appelle à l'élaboration « d'indicateurs crédibles » susceptibles de justifier la « compétitivité mondiale » de notre appareil juridictionnel (Guy Canivet « Vers une nouvelle pensée juridique », *Les Cahiers du débat*, mars 2005).
- 14. Voir Association Henri Capitant, Les Droits de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, Société de législation comparée, 2006 (disponible en ligne sur le site de l'association).

- 15. Traité UE, art. 125 sq. Voir Patricia Pochet, « La stratégie européenne pour l'emploi en 2001 », *Droit social*, 2001, p. 1090 sq.; Stéphane de La Rosa, « Stratégie européenne pour l'emploi : les nouvelles orientations », *Droit social*, 2005, p. 1210 sq.
- <u>16</u>. CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*; 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Rüffert*, qui permet de payer des travailleurs étrangers détachés dans un pays membre de l'UE la moitié du tarif des conventions collectives applicables dans ce pays.
- 17. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Commission c/ Grand Duché du Luxembourg.
- 18. CJCE, 15 juin 2006, aff. C-255/04, Commission c/ France.
- 19. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Grand Duché du Luxembourg.
- 20. CJCE, 6 décembre 2007, aff. C-438/05, Viking.
- 21. CJCE, 6 décembre 2007, aff. C-438/05, Viking.
- 22. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Commission c/ Grand Duché du Luxembourg, voir § 53.
- 23. Voir Jean-Luc Gréau, L'Avenir du capitalisme, Gallimard, 2005, p. 212 sq.
- 24. CJCE, 6 décembre 2007, aff. C-438/05, Viking, et CJCE 18 décembre 2007, aff. C-341/05, Laval.
- 25. CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, Laval préc. § 98.
- 26. CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany* § 60.
- 27. Voir sur ce point les fines observations de Leszek Kolakowski, « The Persistence of the Sein-Sollen Dilemma », *Man World. International Philosophical Review*, no 10, 1977, p. 194-233.

Les mirages de la quantification

Le « Marché » de la théorie économique se présente comme un modèle d'autorégulation, du type de ceux que la science (la vraie) observe chez les êtres vivants et que la technique (au premier chef l'informatique) met en œuvre dans les machines. C'est pourquoi la sociologie d'obédience marxiste tout comme l'économie ultralibérale ont cru y voir l'expression de lois immanentes du comportement humain, généralisables hors de la sphère marchande. Du « marché matrimonial » au « marché des idées », tout a paru pouvoir s'analyser en termes d'offre, de demande, de concurrence, de capital, de produits et de prix¹. Cette extension des lois du marché à toute la vie sociale permet de regarder les hommes comme « des "particules" qui sont sous l'empire de forces d'attraction, de répulsion, etc. comme dans un champ magnétique² ». Le sursaut dogmatique de l'après-guerre n'est pas parvenu à déraciner la croyance en une possible explication scientifique de l'être humain, qui rendrait ses comportements programmables et frapperait d'obsolescence la dogmatique juridique. La croyance en un monde régi par le calcul d'utilité a succédé aux scientismes d'avant-guerre, qui entendaient régler le gouvernement des hommes sur les lois de l'histoire ou de la race. Se poursuit ainsi, sous une forme nouvelle, le rêve ancien de pouvoir gouverner les hommes comme on gère des choses.

Ce rêve procède d'une confusion, bien mise en lumière par le grand historien des sciences Georges Canguilhem, entre la régulation des machines ou des organismes biologiques et celle des sociétés humaines³. Une chaudière ou une amibe obéissent à des normes qui leur sont inhérentes alors qu'il n'est de bon ordre parmi les hommes qui ne se réfère à des normes extérieures à chacun d'entre eux. Qu'elles soient juridiques, morales ou religieuses, ces normes extérieures ne peuvent être que postulées, montrées et célébrées, en aucun cas démontrées.

Oublieux de cette distinction fondamentale, le scientisme contemporain se nourrit de la vision d'un monde débarrassé des lois – hors celles de la physique – et peuplé d'hommes devenus transparents à eux-mêmes. Dans sa luxueuse plaquette annuelle de présentation de ses activités, le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) ouvre depuis quelques années les quelques pages consacrées à la connaissance de l'humain par cet énorme titre : « L'HUMAIN COMMENT ÇA MARCHE ? » La plaquette 2006 donnait la réponse en sous-titre : « L'humain ça marche à l'électricité, qui parcourt ses neurones et à la communication qui en naît. Les chercheurs tentent l'incroyable prouesse qui consiste à ce que le cerveau se comprenne lui-même, et ils y arrivent de plus en plus⁴. » Cet horizon grandiose est

celui d'un monde rendu entièrement calculable et programmable. Un monde qui « marche à la communication » et non à la conversation. Un monde plat et sans mystère, où l'univers des signes pourra être entièrement rabattu sur l'univers des choses et où la question du sens de la vie humaine sera enfin privée de sens⁵.

La gouvernance par les nombres

Dans un tel monde, le gouvernement par les lois cède la place à la gouvernance par les nombres. Le gouvernement par les lois vise au règne de règles générales et abstraites qui garantissent l'identité, les libertés et les devoirs de chacun. Il repose sur l'exercice de la faculté de *jugement*, c'est-à-dire sur des opérations de *qualification* juridique (distinguer des situations différentes pour les soumettre à des règles différentes) et d'*interprétation* de textes (dont le sens ne peut jamais être définitivement fixé). La gouvernance par les nombres vise à l'autorégulation des sociétés humaines. Elle repose sur la faculté de *calcul*, c'est-à-dire sur des opérations de *quantification* (ramener des êtres et des situations différentes à une même unité de compte) et de *programmation* des comportements (par des techniques d'étalonnage des performances : *benchmarking*, *ranking*, etc.). Sous l'empire de la gouvernance, la normativité perd sa dimension verticale : il ne s'agit plus de se référer à une loi qui transcende les faits, mais d'inférer la norme de la mesure des faits.

Cette entreprise de réduction de la diversité des êtres et des choses à une quantité mesurable est inhérente au projet d'instauration d'un Marché total qui embrasserait tous les hommes et tous les produits de la planète, et au sein duquel chaque pays abolirait ses frontières commerciales afin de tirer parti de ses « avantages comparatifs ». « L'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales » à laquelle œuvre l'Organisation mondiale du commerce (OMC) exige de réduire la diversité des systèmes juridiques nationaux, qui sont invités à se purger de toutes les règles susceptibles d'entraver la libre circulation des capitaux et des marchandises. Les effets environnementaux de ce démantèlement des frontières commerciales sont considérables et ne se limitent pas à la condamnation médiatisée des pays qui interdisent l'importation de marchandises dont le mode de production n'est pas conforme à leurs propres législations environnementales⁶. Ce nivellement des différences s'étend à la terre elle-même, qui est assimilée à une marchandise et doit être ouverte aux investissements ou à la spéculation immobilière. Selon la Cour de justice européenne, « l'acquisition d'un immeuble sur le territoire d'un État membre par un non-résident [...] entre dans la catégorie des mouvements de capitaux entre les États membres. La liberté de ces mouvements est garantie par [le] traité⁷ ». Cette métamorphose de la terre en valeur liquidable sur un marché mondial permet de comprendre pourquoi la notion

d'espace, qui dans le vocabulaire juridique était jadis réservée aux parties du monde qui, n'ayant pas de limites discernables et étant impropres à la vie humaine, ne peuvent être durablement occupées (comme les mers et les océans, les airs et l'univers interstellaire), a été récemment étendue au Droit de la terre. C'est l'Union européenne qui, dans le contexte de l'instauration du « Marché unique », s'est la première définie juridiquement comme un « *espace* de liberté, de sécurité et de justice », ayant vocation à s'étendre à un nombre indéterminé et indéterminable de nouveaux pays membres, et non plus comme un territoire ou un ensemble de territoires aux frontières clairement identifiables⁸.

Le processus de globalisation ne peut bien sûr pas ignorer la diversité concrète des paysages, des milieux humains, des habitudes de vie, des langues, des richesses culturelles et des manières de penser. À la différence des marchandises (et de tout ce que l'économie de marché assimile à des marchandises, comme le travail, la terre ou la monnaie), leur valeur n'a pas de prix de marché, et c'est pourquoi leur préservation et leur renouvellement incombent en principe à la lex loci (loi du territoire). Dans la perspective du marché mondial, ces biens n'en sont pas moins considérés comme des ressources, à prendre en compte dans la détermination de l'avantage comparatif de tel ou tel pays ou région du monde. D'où l'apparition de nouvelles techniques de quantification visant à mesurer la valeur relative de ces biens non marchands et à en donner une représentation comptable universelle. Ces techniques de scoring sont aujourd'hui mises en œuvre dans les domaines aussi divers que la recherche scientifique (bibliométrie), le Droit comparé (pour les besoins du law shopping : voir chapitre III), ou le « développement humain ». Au plan géographique elles visent à traiter les villes, les nations et les territoires comme des marques commerciales en compétition. D'où le développement d'un nation branding, fondé sur des indicateurs chiffrés du « capital identitaire local⁹ ». Ceci suppose de déconstruire l'identité locale en une liste normalisée d'items évaluables (paysage, climat, services publics, sécurité publique, art culinaire, etc.) et d'engager les « acteurs » politiques et économiques locaux dans une course destinée à améliorer leur « compétitivité territoriale ».

Les pièges de l'autoréférence

Cette tentative de métamorphose de toute espèce de qualité singulière en une quantité mesurable nous engage dans une boucle spéculative où la croyance en des images chiffrées se substitue progressivement au contact avec les réalités que ces images sont censées représenter. On ne peut dénombrer en effet que des objets identifiables auxquels on assigne une même qualification; et les catégories de pensée au travers desquelles nous identifions et classons les objets naturels ne sont pas elles-mêmes des êtres mathématiques, ce qui ne veut pas dire que cette identification

et ce classement ne soient pas rationnels. Le travail de la pensée consiste à conférer au calcul une signification, en rapportant toujours les quantités mesurées à un sens de la mesure. La nécessité d'inscrire tout calcul dans un système de références lui-même incalculable est encore plus impérieuse lorsqu'on cherche à mesurer non des phénomènes naturels mais des faits économiques et sociaux. Dans ses travaux fondateurs, Alain Desrosières a montré qu'à la différence des usages de la quantification dans les sciences de la nature, la statistique économique et sociale ne mesure pas une réalité qui lui préexisterait mais construit une réalité nouvelle en tenant pour équivalents des êtres et des forces hétérogènes 10. À la manière d'une constitution dans l'ordre juridique, l'information statistique est d'essence normative et sert à construire un espace public. Mais à la différence d'une constitution, sa normativité est occultée. Elle ne prévoit pas les règles de sa modification et « les "faits indiscutables" qu'elle est sommée de fournir (mais qu'elle a contribué à accréditer) ne portent pas en eux-mêmes les modalités de leur discussion 11 ».

Confondre la mesure et l'évaluation condamne à perdre le sens de la mesure. Car évaluer ce n'est pas seulement mesurer, mais référer la mesure à un jugement de valeur qui lui confère un sens. Et la définition de ce sens a inévitablement une dimension dogmatique, car nos catégories de pensée ne nous sont pas données par la nature; elles sont un moyen que nous nous donnons pour la comprendre. Les systèmes modernes d'audit semblent avoir complètement oublié la sage mise en garde formulée en ce sens dès la fin du XIX^e siècle par James Anyon, l'un des pères de la comptabilité moderne : Use figures as little as you can [...]. Think and act upon facts, thruths and principles and regard figures only as things to express these. [...] The well trained and experienced accountant of today is not a man of figures 12 (« Utilisez aussi peu de chiffres que vous pouvez [...]. Réfléchissez et agissez sur des faits, des vérités et des principes et n'utilisez les chiffres que pour les exprimer. [...] Le comptable bien formé, expérimenté, d'aujourd'hui n'est pas un homme de chiffres. »). Le marché, qui est une sphère du calcul, doit être référé à une norme qui échappe au calcul pour pouvoir fonctionner convenablement. Faute de quoi, comme le montre l'implosion des marchés financiers, il est condamné à s'enfermer dans une boucle spéculative. Perdant le sens de la mesure, la finance a perdu contact avec la réalité jusqu'à ce que cette dernière se venge.

Cette perte de contact avec les réalités est également à l'œuvre dans le recours aux indicateurs développés sous l'égide du *New Public Management*. Selon cette doctrine managériale, les États doivent être soumis aux mêmes règles de fonctionnement que les entreprises opérant sur des marchés concurrentiels. C'est-à-dire qu'ils doivent réagir à des signaux chiffrés qui, à la manière des prix du marché, seraient une image vraie du monde où ils opèrent. Cette doctrine a fortement influencé les réformes adoptées ces dix dernières années dans la sphère publique au nom de la « gouvernance ». À la différence des catégories statistiques conçues depuis Quételet, les nouveaux indicateurs développés pour les besoins de la

gouvernance ne visent pas seulement à éclairer, mais surtout à programmer l'action des États et des agents publics, en leur assignant l'amélioration d'un score relativement aux performances de leurs compétiteurs ¹³. Dans la sphère privée, cette conception a profondément transformé le sens de la normalisation comptable, qui ne vise plus à rappeler les entreprises à leurs responsabilités, mais à organiser un étalonnage (*benchmarking*) de leurs résultats financiers ¹⁴. Issue de la cybernétique, le concept de gouvernance porte à considérer le chiffre non comme un cadre, mais comme un but de l'action, ou plus exactement comme un moteur de la réaction puisque chaque acteur privé ou public est censé, non plus agir, mais rétroagir aux signaux chiffrés qui lui parviennent afin d'améliorer sa performance.

Ainsi conçus, les indicateurs de politique publique procèdent de la même démarche dogmatique que celle des indicateurs de la planification soviétique et sont gros des mêmes effets : orienter l'action vers la satisfaction des objectifs quantitatifs plutôt que vers des résultats concrets¹⁵, et masquer la situation réelle de l'économie et de la société¹⁶ à une classe dirigeante déconnectée de la vie de ceux qu'elle dirige. La représentation chiffrée du monde qui gouverne aujourd'hui la gestion des affaires publiques et privées enferme les organisations internationales, les États et les entreprises dans un autisme de la quantification qui les coupe de plus en plus de la réalité de la vie des peuples. Pour juger de la réalité, il faut en effet pouvoir la rapporter à un système de valeurs qui lui est extérieur. Et réciproquement, pour remettre en question un système de valeurs, il faut admettre qu'il n'est pas inhérent à la nature et se prête à délibération ou contestation. Traiter les systèmes de valeurs comme des choses mesurables conduit dès lors à détraquer les instruments de mesure et à prêter à son propre système de valeurs une objectivité « scientifique » qu'il ne peut avoir.

Les indicateurs conçus par l'Union européenne ou par la Banque mondiale pour mesurer les performances des droits nationaux sont ainsi l'image caricaturale d'une normativité qui s'ignore. Non seulement ils échappent à toutes les exigences de débat démocratique qui continuent d'entourer la délibération des lois, mais encore l'image quantifiée qu'ils donnent à voir n'est pas celle de la réalité, mais celle des croyances qui ont présidé à leur élaboration. Robert Salais a montré, par exemple, que l'accent mis sur l'amélioration du taux de retour à l'emploi instantané dans la Méthode ouverte de coordination suppose de tenir pour négligeable l'impact de la précarisation de l'emploi sur le marché du travail. Fondés sur le concept d'employabilité, et non sur celui de capacité des personnes, ces indicateurs ne tiennent pas davantage compte de la vulnérabilité des travailleurs exposés à un fort risque de perte de leur emploi. Ils ne s'intéressent pas au devenir des travailleurs qui retrouvent un emploi ni à sa qualité. Enfin ils ne s'intéressent aux personnes qu'une fois qu'elles sont arrivées sur le marché du travail et sont aveugles à tout ce qui, en amont, permet de prévenir le chômage¹⁷.

Le grand écrivain dissident (et logicien) soviétique Alexandre Zinoviev parlait

à ce sujet de « mensonge véridique ». La mise en œuvre à l'université d'indicateurs tels que le nombre de soutenances de thèses ou le taux d'échec en premier cycle pour attribuer primes ou crédits en fournit une bonne illustration : rien de plus facile que d'afficher des résultats conformes, il suffit de baisser le niveau d'exigence À l'heure où ce type d'indicateurs se répand pour évaluer le travail des chercheurs (« citation index 19 », « nombre de brevets » « nombre de publications dans une revue à comité de lecture », etc.), les pages que Zinoviev a consacrées à la planification de la recherche en URSS (rebaptisée Ivanbourg) retrouvent une brûlante actualité :

« On avait oublié la recherche. On s'appliqua à réparer cet oubli. Il y eut une réunion spéciale. On prit la décision d'élever, d'améliorer et de rectifier. Puis on passa aux mesures concrètes : 1) augmenter le nombre de docteurs de troisième cycle et de docteurs ès sciences ; 2) améliorer la formation des chercheurs et le niveau théorique et scientifique des thèses ; 3) augmenter le nombre de publications consacrées à l'actualité scientifique, etc. Sitôt dit, sitôt fait. Comme on dit, il fallait que ça saute. Au bout de six mois le nombre de docteurs de troisième cycle fut multiplié par 100 et celui des docteurs ès sciences par 99. Le poids total des publications atteignit 100 millions de tonnes. Il ne faut pas lésiner dans ce genre d'histoires. Autant faire les choses en grand. Et bientôt Ivanbourg fut pleine de science à craquer 20. »

La « gouvernance par les nombres » repose sur la croyance dans la réalité des objets que les catégories statistiques sont censées représenter et sur l'oubli des conventions d'équivalence qui ont présidé à leur construction. Ceci l'expose particulièrement à tomber dans les pièges de l'autoréférence, mis en évidence par la logique mathématique, et notamment par la théorie des types, telle qu'elle a été développée il y a plus d'un siècle par Russell et Whitehead²¹ pour lever des paradoxes logiques (tels que « ce que je dis maintenant est faux »). Cette théorie a été discutée sur certains points par Gödel, mais les principes d'incomplétude démontrés par ce dernier dans le champ mathématique confortent son enseignement essentiel : aucun ensemble ne peut appartenir à lui-même ni se présupposer lui-même²². Et cela vaut aussi bien pour l'esprit humain que pour les sociétés humaines.

Certains ont appelé Russell le « législateur de la grammaire », mais c'est plus généralement la fonction logique de l'interdit qui se trouve éclairée par sa théorie des types. Elle démontre en effet les impasses de la pensée autoréférentielle (autopoiétique ?) et la nécessité de référer tout énoncé normatif de type n à un type de niveau n+1, sous peine de ne pas respecter le principe de non-contradiction. On comprend dès lors pourquoi l'un des pères de la cybernétique, Norbert Wiener, a consacré son dernier ouvrage à « quelques points de collision entre cybernétique et religion 23 ». Wiener était un savant et non un scientiste et il a compris que la question dogmatique de l'interdit ne pouvait être évacuée sans évacuer ce qui fonde la raison chez l'homme. L'inter-dit, c'est ce qui permet aux hommes de se parler plutôt que de s'entre-tuer. Liquider toute espèce d'interdit au nom de la liberté économique ne peut

engendrer que l'écrasement du faible par le fort et ouvrir les vannes de la violence. D'où l'urgence de renouer avec l'esprit de Philadelphie. En ce domaine comme dans d'autres, la fidélité à une tradition n'implique nullement d'arrêter l'histoire, mais bien au contraire de trouver dans l'intelligence du passé les moyens de comprendre le présent et de se projeter dans l'avenir. Le problème n'est pas aujourd'hui de restaurer la situation antérieure à la révolution ultralibérale, mais bien plutôt de penser l'actualité de la justice sociale.

- 1. Rapprocher par exemple Gary S. Becker, « Altruism, Egoism, and Genetic Fitness: Economics and Sociobiology », art. cit.; et Pierre Bourdieu, *La Distinction. Critique sociale du jugement*, Minuit, 1979.
- 2. Pierre Bourdieu, *Réponses*, Seuil, 1992, p. 82.
- 3. Georges Canguilhem, « Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société », *Cahiers de l'Alliance israélite universelle*, nº 92, septembre-octobre 1955, p. 64 sq., repris in Écrits sur la médecine, Seuil, 2002, cité p. 108.
- 4. 2006. Une année avec le CNRS, CNRS, 2006, p. 18-19 (souligné par les auteurs). Il est peu probable que les auteurs de ce texte aient jamais lu saint Augustin ; ils ignorent en tout cas le doute qui assaillait ce dernier et dont la psychanalyse (aujourd'hui expulsée du CNRS) a montré le bien-fondé : « L'esprit serait-il donc trop étroit pour se posséder lui-même ? » (Saint Augustin, Les Confessions, livre X, VIII, 15, Gallimard, 1998, p. 991.)
- 5. Une préfiguration de cette utopie se trouve dans le roman d'Edwin A. Abbott (*Flatland, A Romance of Many Dimensions*, 1^{re} éd. 1884, trad. fr. *Flatland, une aventure à plusieurs dimensions*, Denoël, 1998), dont Ota De Leonardis a montré la brûlante actualité : « Nuovi conflitti a Flatlandia », in Giorgio Grossi (dir.) *Conflitti contemporanei*, Utet, 2008, p. 5 sq.
- 6. Voir les affaires fameuses des thons ou des crevettes pêchés avec des filets détruisant les dauphins ou les tortues de mer. Sur cette jurisprudence, voir Robert Howse and Donald Regan, « The Product/Process Distinction An Illusory Basis for Disciplining "Unilateralism" », in *Trade Policy, European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, nº 2, p. 249-289.
- 7. CJCE, 13 juillet 2000, Aff. C-423/98, Alfredo Albore.
- <u>8</u>. Absente du Traité de Rome signé en 1957, la notion d'espace y a été introduite par l'Acte unique européen de 1986 (voir le préambule et les articles 2, 29, 40, et 61 du Traité consolidé). Voir Alain Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, novembre 2008, p. 151.
- 9. Voir Luigi Doria, « La qualità totale del territorio : verso una fenomenologia critica », *Archivio di studi urbani e regionali*, 2004, nº 80, p. 11-56 ; Luigi Doria, Valeria Fedeli, Carla Tedesco, *Rethinking European Spatial Policy as a Hologram*, Asgate Publisher, 2006, p. 235 sq.
- <u>10</u>. Alain Desrosières *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, La Découverte, 2^e éd. 2000 ; *Pour une sociologie historique de la quantification*, École des Mines, 2007, 2 tomes.
- 11. Alain Desrosières, Pour une sociologie..., op. cit., t. I : L'Argument statistique, p. 78.
- 12. Cité par David Boyle, *The Tyranny of Numbers*, HarperCollins, 2000, p. 38.
- 13. Voir Robert Salais, « Capacités, base informationnelle et démocratie délibérative », in Jean De Munck et Bénédicte Zimmermann (éd.), *La Liberté au prisme des capacités*, EHESS, 2008, p. 297 *sq*.
- <u>14</u>. Samuel Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, thèse, université de Nantes, 2008, à paraître aux éditions LGDJ Lextenso.
- 15. Cet effet est bien repéré en sciences de gestion : voir, entre autres études de cas, celle des effets induits par l'indice de coût relatif (ICR) conçu pour mesurer le coût des « produits » hospitaliers (Jean-Claude Moisdon (dir.), Du mode d'existence des outils de gestion, Seli Arslan, 1997, p. 114 sq.).
- 16. Sur le mensonge induit par la soumission aux indicateurs chiffrés d'évaluation des performances individuelles, voir Christophe Dejours, L'Évaluation du travail à l'épreuve du réel : critique des

- fondements de l'évaluation, INRA, 2003.
- 17. Voir Robert Salais, « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la Stratégie européenne pour l'emploi », in Bénédicte Zimmermann (dir.), Les Sciences sociales à l'épreuve de l'action : le savant, le politique et l'Europe, Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 287-331.
- 18. Sur l'expérience britannique, voir Michael Power, « Research Evaluation in the Audit Society », in Hildegard Matthies et Dagmar Simon (éd.), *Wissenschaft unter Beobachtung. Effekte und Defekte von Evaluationen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 15-24
- 19. Un « citation index » est un indice quantifié de la « production » d'un chercheur, reposant sur le nombre de références faites à ses travaux dans un certain nombre de revues.
- 20. Alexandre Zinoviev, Les Hauteurs béantes, L'Âge d'homme, 1977, p. 428-429.
- 21. Dans un article de Russell de 1908, puis développée avec Whitehead dans le premier volume de leurs *Principia Mathematica*, Cambridge University Press, 1910.
- <u>22</u>. Voir sur le théorème de Gödel et ses implications, Roger Penrose, *L'Esprit, l'Ordinateur et les Lois de la physique*, InterÉditions, 1992, p. 105 *sq*. Voir aussi Pierre Cassou-Noguès, *Gödel*, Les Belles Lettres, 2004.
- 23. Norbert Wiener, God and Golem inc. Sur quelques points de collision entre cybernétique et religion [1964], L'Éclat, 2000.

SECONDE PARTIE

L'actualité de la justice sociale

L'implosion des marchés financiers à l'automne 2008 n'est que le symptôme d'une crise plus profonde, qui est fondamentalement une crise du Droit. Pour pouvoir fonctionner convenablement, les marchés doivent s'inscrire dans un monde institutionnel à trois dimensions, où les rapports entre les opérateurs économiques se trouvent placés sous l'égide d'une instance tierce, garante de la loyauté de leurs échanges et du temps long de la vie humaine. Il suffit pour le comprendre de mettre les pieds sur la place d'un marché médiéval, par exemple la Marktplatz de Bruxelles, dont la beauté architecturale éclaire la signification institutionnelle. 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 (régularité des poids et mesures) ; les maisons de différents métiers (bouchers, boulangers, brasseurs, etc.), où siégeaient les corporations garantes du statut et de la qualité du travail, sans lequel 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, 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.

Les marchés modernes n'ont plus cette unité géographique et architecturale, mais ils demeurent soumis aux mêmes conditions institutionnelles de fonctionnement. Un vrai contrat ne peut se former que si les parties qu'il oblige sont placées sous l'égide d'un garant du respect de la parole donnée (les dieux, le roi, l'État...). En l'absence d'un tel garant, le contrat ne signifie rien d'autre que la loi du plus fort. De même, le droit de propriété n'est pas un rapport binaire entre un homme et une chose car son exercice suppose lui aussi l'existence d'un Tiers qui garantisse que la propriété de chacun soit respectée de tous. Lorsque cette condition vient à manquer, si par exemple l'État est défaillant ou corrompu, la fiction d'un lien attachant une chose à un homme et à un seul n'est plus tenable. Les liens de dépendance entre les hommes reviennent alors au premier plan et les faibles doivent faire allégeance aux forts pour ne pas être tués ou dépouillés de leurs maigres possessions.

Autrement dit, les marchés reposent sur des bases institutionnelles que trente années d'ultralibéralisme et d'économie communiste de marché se sont employées à saper méthodiquement en déréglementant les marchés financiers et en mettant en concurrence les législations sociales et environnementales. Il était prévisible, d'un simple point de vue juridique, que les marchés financiers, dont la déréglementation avait été poussée le plus loin, seraient les premiers à s'effondrer. Leur implosion était aussi prévisible d'un point de vue économique et avait été prévue depuis longtemps par certains économistes, qui ne publient pas dans les revues économiques à comité de lecture et auxquels nul ne songe à remettre le prix « à la mémoire d'Alfred » Nobel d'économie².

Il n'est pas surprenant que ces mises en garde n'aient pas été entendues et il est à craindre qu'il en soit de même en matière sociale et environnementale. À la différence de la dogmatique juridique, dogmatique consciente d'elle-même et ouverte aux ressources de l'interprétation, les dogmatiques scientistes ne se reconnaissent pas comme telles et sont parfaitement imperméables à toute espèce de critique extérieure. C'est ce qui fait leur force, mais aussi leur faiblesse lorsqu'elles se trouvent, comme aujourd'hui la doctrine ultralibérale, rattrapées par le principe de réalité. Les élites politiques ou économiques qui l'incarnent sont alors incapables de comprendre pourquoi le monde se dérobe sous leurs pieds. Ce fut le cas hier des socialistes ou des communistes qui, faute de pouvoir penser le délitement ou l'effondrement du « socialisme scientifique », sont passés en quelques années de sa défense inconditionnelle à un ralliement sans condition au nouveau credo ultralibéral. C'est le cas de nouveau aujourd'hui de ceux (souvent les mêmes) qui ont adhéré à ce credo et lui doivent la position qu'ils occupent.

Leur croyance la plus fondamentale est que le Marché constitue l'instance régulatrice suprême des affaires du monde, celle qui doit dicter en dernier ressort la direction des entreprises et la politique économique des États sur toute la surface du globe. Il n'est donc pas surprenant que les plans de relance qu'ils ont conçus pour faire face à l'implosion des marchés financiers consistent à déverser sur ces derniers un déluge d'argent public sans s'interroger sur les motifs structurels de leur implosion. Nous avons affaire à des pompiers pyromanes arrosant d'essence un moteur auquel ils ont mis le feu avec l'espoir de le voir redémarrer. Tout au plus admettent-ils qu'il conviendrait de mieux *réguler* ces marchés, sans cesser pour autant de traiter les règles comme des produits en concurrence sur un marché international des normes. On ne sort pas alors de la boucle autoréférentielle, où enferme la croyance que le marché peut être régulé par le marché.

Or, le problème n'est pas de « *réguler* » les marchés, comme on régule son chauffage central². Le problème est de les *réglementer*, ce qui oblige à revenir sur le terrain politique et juridique afin d'y rétablir l'ordre des fins et des moyens entre les besoins des hommes et l'organisation économique et financière. Autrement dit, il faut renouer avec l'inspiration de la Déclaration de Philadelphie qui, au sortir de la guerre, avait entendu mettre l'économie et la finance au service des principes de dignité humaine et de justice sociale. Il ne s'agit pas, ce faisant, de revenir aux dispositifs institutionnels des « Trente Glorieuses » de l'après-guerre. Le bilan socio-économique de ces dernières est certainement beaucoup plus honorable que celui des trente années d'ultralibéralisme qui ont suivi, mais il correspondait à un état du monde aujourd'hui révolu. En revanche la définition de la justice sociale adoptée en 1944 à Philadelphie n'a pas pris une ride et c'est pourquoi la toute récente « Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable » adoptée en 2008 se borne à y renvoyer. Être fidèle à l'esprit de Philadelphie signifie tracer des voies d'avenir à la mesure des temps présents. Ceci

suppose de s'évader du monde plat et sans horizon de la dogmatique ultralibérale, et de retrouver l'usage de cinq sens fortement émoussés par trente années de politique d'ajustement de l'homme aux besoins de la finance : le sens des limites, de la mesure, de l'action, de la responsabilité et de la solidarité.

- 1. Voir Alan Macfarlane, « The Mystery of Property: Inheritance and Industrialization in England and Japan », in Chris M. Hann (éd.), *Property Relations. Renewing the Anthropological Tradition*, Cambridge University Press, 1998, p. 104 sq.
- 2. Voir notamment en France, l'ouvrage, au titre on ne peut plus explicite, publié il y a plus de dix ans par Jean-Luc Gréau : *Le Capitalisme malade de sa finance*, Gallimard, 1998 ; ou plus récemment les mises en garde de François Morin, *Le Nouveau Mur de l'argent : essai sur la finance globalisée*, Seuil, 2006.
- 3. Voir « Critique de la régulation », préface à l'édition « Quadrige » d'Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002.

L'art des limites

Le Droit s'est construit sur l'idée de lois proprement humaines, dont la validité est nécessairement relative. L'idéal démocratique est que chaque peuple décide de celles qui lui paraissent le mieux correspondre au milieu physique et culturel qui est le sien. Cette inscription territoriale des lois est liée depuis deux siècles à l'organisation du monde en un pavage d'États souverains. Chaque État se présente comme un Être immortel dont le corps physique se régénère par la succession de générations humaines qu'unit l'appartenance à un même « peuple » ; peuple dont II doit assurer la survie et la prospérité au travers des siècles. Cette construction métaphysique se trouve parfaitement résumée dans la première phrase de la Constitution des États-Unis : « Nous, le Peuple des États-Unis, en vue de former une Union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique. » À la faveur de la décolonisation, ce type de montage institutionnel s'est étendu à la planète entière et les États constituent depuis lors les cadres du régime de Droit (rule of law), sans le respect duquel « l'homme [est] contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression » (DUDH). Autrement dit le régime de Droit s'inscrit dans une diversité de territoires soumis à des lois différentes. Dans un tel régime, chacun se voit reconnaître une place vivable et doit respecter celle des autres. Une place, c'est-à-dire en premier lieu une identité, qui lui est nécessairement assignée avant qu'il apparaisse comme sujet libre sur la scène des échanges, et dont il ne peut être privé arbitrairement. Dans les sociétés sécularisées, où le Droit ne se confond plus avec la religion, l'État identifie et authentifie tout être humain par référence à une filiation et un territoire, et lui attribue ainsi un statut, un état civil.

La personnalisation des lois

Cette inscription territoriale des lois est aujourd'hui fortement compromise par l'effacement de toutes les frontières susceptibles d'entraver la libre circulation mondiale des capitaux et des marchandises¹. Cet effacement ruine la capacité des États de faire régner un régime de Droit sur leur territoire. Il favorise la prolifération des paradis fiscaux et sociaux, et sape ainsi les bases des solidarités nationales. Il

permet aux plus riches de se servir de la technique de la personnalité morale, comme des gangsters se servent d'une cagoule pour ne pas être reconnus et ne pas avoir à répondre de leurs actes. Sous l'empire du Marché total, l'argent devient le seul critère indiscutable de distribution des places et toute différence qualitative entre les personnes ou entre les choses, ou même (avec la patrimonialisation du corps humain) entre les personnes et les choses, est susceptible d'être remise en cause.

Dans un monde géré comme un ensemble de ressources quantifiables, l'égalité ne peut en effet être pensée autrement que comme une indifférenciation, et la différence comme une discrimination. Pour la droite ultralibérale, c'est dans le domaine économique que toute différence autre que monétaire doit être abolie, d'où le programme de démantèlement des statuts professionnels et des services publics. Pour la gauche « sociétale », c'est en matière de Droit des personnes que toute différence doit être abolie, à commencer par la différence des sexes et des générations, d'où le démantèlement des statuts civils et familiaux et l'idée du « libre choix » d'une identité flexible². Dans les deux cas, l'insécurité, la flexibilité et l'incertitude du lendemain deviennent des principes de vie. Dans une déclaration remarquée, la présidente du Mouvement des entreprises de France (Medef) a pu s'interroger ainsi à voix haute : « La vie, la santé, l'amour sont précaires, pourquoi le travail échapperait-il à cette loi ³? »

En réaction à ce délitement des bases de l'identité civile et professionnelle des personnes, ressurgissent les formes les plus diverses et les plus extrêmes de nationalisme et de communautarisme. Ceux qui sentent le sol institutionnel se dérober sous leurs pieds cherchent appui ailleurs : dans l'affirmation véhémente de leur religion, de la couleur de leur peau, de leur « genre » ou leur « orientation sexuelle », dans la mémoire victimaire de leurs ancêtres et dans toutes les formes possibles d'une autochtonie dont ils réinventent à loisir les racines. Cette montée des revendications identitaires éclipse les causes socio-économiques de l'injustice sociale⁴. Les problèmes rencontrés dans les « banlieues difficiles » auraient par exemple pour cause première, non pas la misère, le chômage et la déficience des services publics qui y règnent, mais « l'origine » de leurs habitants, entendez leur religion ou la couleur de leur peau. Là où la Déclaration de Philadelphie réputait indifférentes les considérations de race, de croyance ou de sexe dans sa définition de la justice, tout un courant doctrinal prétend aujourd'hui fonder la justice sur la reconnaissance de ces différences⁵.

La question de la justice est ainsi déplacée du terrain de l'avoir vers celui de l'être, du socio-économique vers l'identitaire. Le « droit à la différence » est invoqué par diverses minorités (ethniques, sexuelles, religieuses) qui excipent de leur liberté religieuse ou de leur qualité de victimes pour se voir attribuer un statut particulier et restreindre le champ de la loi s'imposant à tous les habitants d'un même territoire. Au plan individuel, c'est le droit au respect de la vie privée qui est invoqué pour faire reculer le principe d'indisponibilité de l'état civil et permettre à

chacun de s'identifier lui-même⁷. Sous sa forme individuelle de la « loi pour soi » et du « soi pour loi », ce passage de la territorialité à la personnalité des lois est l'expression juridique du narcissisme qui caractérise le dernier état de la culture d'Occident⁸. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'hésite pas ainsi à proclamer « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain⁹ ». Le fondamentalisme islamique n'est à bien des égards qu'un reflet de ce narcissisme, ainsi qu'en témoigne ce qu'on appelle dans les pays sunnites la *fatwamania* et la prétention de n'importe quel imam à s'ériger en législateur¹⁰. Narcissisme dévastateur, car il engage dans l'impasse ainsi décrite par Pierre Legendre : « Infliger au sujet d'être pour lui-même le Tiers, c'est non pas le libérer, mais l'écraser, transformer *politiquement* les relations sociales en foire d'empoigne, sous le masque d'un discours de séduction généralisé. L'implicite des nouvelles légalités de facture gestionnaire peut être mis à découvert et je le résumerai ainsi : *survive qui pourra*¹¹. »

Le rejet de ses racines et la revendication identitaire ne sont en fin de compte que les deux faces d'une même médaille, d'une même difficulté à assurer chacun d'une place assez sûre pour qu'il puisse agir et se mouvoir librement. De même, le démantèlement de toute frontière susceptible d'entraver la circulation des marchandises et des capitaux va de pair avec l'édification de murs interdisant la circulation des hommes que ce démantèlement plonge dans la misère et pousse à l'exil. La globalisation oscille ainsi entre l'utopie d'un monde devenu liquide et sans limites et la prolifération de barricades et de *gated communities*. Face à ces impasses, il faut se garder aussi bien de la tentation de restaurer les limites du passé que de celle de les ignorer et de faire du passé table rase. Ce qui suppose de commencer par prendre acte du déclin historique de la figure de la souveraineté, qui depuis le début des Temps modernes domine nos représentations de l'État et de l'individu.

La renaissance féodale

Clé de voûte de la théorie de l'État depuis le xvie siècle 12, la souveraineté est impropre à rendre compte de ses transformations contemporaines. Les auteurs attentifs à ce déclin usent pour le décrire de la métaphore de la pyramide et du réseau 13. Mais si l'on veut bien se souvenir que la matrice des réseaux est la féodalité, l'on comprend vite que le Droit en train de naître dans le contexte de la globalisation est imprégné de formes passées, et que la société en réseaux marque, non pas la victoire du contrat sur la loi ou de la « société civile » sur l'État, mais la résurgence de montages institutionnels antérieurs à l'édification des États souverains. Ceci n'a rien qui doive surprendre. Ainsi que l'ont montré notamment Aziz Al-

Azmeh à propos de l'Islam¹⁴ ou Pierre Legendre dans le cas occidental, les catégories dogmatiques du passé ne s'inscrivent pas dans une histoire linéaire, mais constituent une réserve enfouie de sens, toujours susceptible de revenir au jour et d'y produire de nouveaux effets normatifs. L'une des raisons de ce caractère sédimentaire est qu'il n'existe pas une variété infinie de types de structures juridiques. Seules varient les déclinaisons de chacun de ces types.

À grands traits on peut distinguer, transposant ici une vieille distinction de la philosophie politique chinoise, le gouvernement par les lois et le gouvernement par les hommes. Dans un système de gouvernement par les lois, la Loi exprime la volonté d'un pouvoir souverain qui s'impose également à tous. La soumission de tous à des lois générales et abstraites est la condition de la liberté reconnue à chacun. Cette structure implique la mise en scène d'un Tiers, source et garant des lois, qui transcende la volonté et les intérêts des individus. Ce montage dogmatique rend possible l'articulation de deux plans juridiques distincts : celui du calculable et celui de l'incalculable. Le premier concerne les questions (au premier chef, celles de l'état des personnes) qui transcendent tout calcul d'utilité individuelle, et relèvent de la délibération et du domaine de la Loi. Le second concerne les questions qui sont susceptibles d'être régies par des calculs d'utilité individuelle et peuvent donc relever de la négociation et du domaine du contrat. Seul ce type de montage autorise à traiter, sur le plan contractuel, les hommes et les choses comme des entités abstraites et échangeables, dont la valeur peut être rapportée à un même étalon monétaire. Car leurs différences qualitatives sont prises en charge par le domaine de l'incalculable qui échoit à la Loi.

Dans un système de *gouvernement par les hommes*, chacun se trouve inséré dans un réseau de liens de dépendance. Est recherchée, non pas la soumission de tous à une même loi abstraite, mais la conformité du comportement de chacun à la place qu'il occupe dans ce réseau. Chacun doit servir au mieux les intérêts de ceux dont il dépend et pouvoir compter sur la loyauté de ceux qui dépendent de lui. C'est l'inscription dans des liens personnels, et non la soumission à une même loi impersonnelle, qui définit la condition juridique des hommes, aussi bien dans leurs rapports mutuels que dans leurs rapports avec les choses. Dans ce type de montage, la distinction du calculable et de l'incalculable se brouille. La loi est négociée entre représentants de groupes d'intérêts, tandis qu'en revanche des considérations d'intérêt général irriguent la sphère contractuelle. La figure du Tiers garant ne disparaît pas, mais elle se fragmente en pôles multiples reliés entre eux au sein d'un même réseau. La position de l'État s'apparente alors de moins en moins à celle d'un *souverain* et de plus en plus à celle d'un *suzerain*!

Au plan national, ce retour de la suzeraineté se donne à voir dans la contractualisation de l'action publique. Écrasé sous le poids des innombrables missions dont il s'est chargé, l'État providence tend aujourd'hui à réduire toujours davantage le nombre de celles qu'il assume directement, pour confier la gestion des

autres à des opérateurs privés qu'il place sous le contrôle d'autorités indépendantes instituées et nommées par lui¹⁶. Ces techniques dites de « régulation¹⁷ » font ressurgir, avec la figure d'un pouvoir suzerain, qui n'a plus de contrôle qu'indirect sur ses sujets, la vieille distinction du pouvoir et de l'autorité, typique des manières féodales de lier tous les pouvoirs et de conjurer ainsi les risques de l'absolutisme et de la toute-puissance.

C'est en Droit communautaire que ce retour de la suzeraineté est le plus manifeste. La puissance publique à l'œuvre dans les institutions européennes n'est évidemment pas une puissance souveraine. Les directives qu'elle adresse aux États membres ne sauraient être confondues avec des lois, quels que soient les contresens commis sur ce point par les rédacteurs du ci-devant projet de Traité constitutionnel européen. Car la caractéristique essentielle de cet ordre juridique est d'inféoder les États membres à une Union européenne qui est elle-même privée de l'essentiel des attributs de la souveraineté sur ses propres citoyens. Autrement dit, la puissance publique européenne n'exerce sur les peuples qu'un pouvoir indirect, qui requiert la médiation d'États devenus ses « membres » au sens anatomique du terme. Il en va de même du reste de certaines organisations économiques internationales, tel le Fonds monétaire international, dont le pouvoir (généralement destructeur) sur la vie des peuples ne peut s'exercer que par l'allégeance des États qui se soumettent à ses programmes d'ajustement structurel et renoncent ainsi à une part de leur souveraineté. Ces programmes ne reposent pas sur de véritables contrats, mais sur un acte d'allégeance, formalisé par une lettre d'intention adressée au FMI par l'État concerné 18

Le retour du gouvernement par les hommes affecte aussi le statut des personnes. La figure cartésienne de l'individu libre de toute attache n'a pu se développer que sous l'égide d'un État souverain (le *cogito* de Descartes vient quarante ans après que Bodin a fait la théorie de la souveraineté). Elle ne peut prospérer en effet que si la condition des personnes relève de lois générales et abstraites, uniformément applicables à tous. Dès lors que la condition de chacun se met à dépendre de sa position dans un réseau plus ou moins dense de liens contractuels, l'autonomie de la volonté individuelle ne peut que décliner. Là où l'État disparaît ou se corrompt, l'illusion de la souveraineté individuelle se dissipe : il faut faire allégeance à plus puissant que soi pour accéder à un minimum de sécurité ou de liberté. Réapparaît alors une situation bien connue des sociétés traditionnelles, dans laquelle l'importance de chacun se mesure au nombre de ceux sur qui il peut compter.

Ce déplacement de la loi au lien est propre à caractériser le foisonnement de nouveaux contrats, qui n'ont plus seulement pour objet d'obliger les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose de déterminé, mais à créer entre elles un lien qui oblige l'une à se comporter conformément aux attentes de l'autre. C'est le cas des contrats auxquels on recourt de plus en plus fréquemment pour restaurer l'état professionnel des personnes menacées ou frappées d'exclusion. Mais ce sont plus

généralement tous les contrats visant à intégrer une personne dans l'organisation de l'activité économique d'une autre, qui rétroagissent sur la condition professionnelle des parties et obligent à définir entre elles un lien doté d'un minimum de stabilité. Il faudrait convoquer pour illustrer ce point l'ensemble du Droit de l'entreprise et de la distribution, et les développements foudroyants des techniques de filialisation, de sous-traitance, d'externalisation, etc. La notion de « solidarisme contractuel » parfois avancée pour canaliser cette évolution est sympathique mais inappropriée, faute de tenir compte du sens juridique précis que la solidarité a acquis en Droit social. Il s'agit bien plutôt de techniques d'inféodation, de tenures-services qui permettent de concéder l'exploitation d'une activité économique moyennant la soumission du concessionnaire à certains contrôles du concédant, lequel s'engage en revanche à garantir une certaine viabilité économique de l'exploitation. Ce qui conduit notamment à la réapparition d'une question que l'économie moderne croyait avoir enterrée : celle du « juste prix en prix en prix enterrée de la concédant proposition d'une question que l'économie moderne croyait avoir enterrée : celle du « juste prix en prix enterrée de la condition professionnelle de l'exploitation de l'exploitation.

Les limites de la dépendance

Il est vain de déplorer cette évolution, et il est illusoire de penser que l'on pourrait restaurer l'intégrité des États-nations et le gouvernement par les lois. L'émergence d'un nouvel état de dépendance généralisée est une réaction immunitaire du système juridique face au délire de ce que Pierre Legendre appelle « le Sujet roi autofondé ». La souffrance partout sensible dans nos sociétés ultramodernes vient de ce que chacun est sommé de s'affirmer en souverain gouverneur de sa propre vie, alors que son statut n'est plus garanti par les lois mais dépend de la solidité des liens affectifs et économiques qu'il a pu tisser avec autrui. Terreau propice au narcissisme ou à la dépression. Il convient donc de prendre acte de cette évolution pour mieux la maîtriser et se défaire des utopies mortifères qui gouvernent le processus de globalisation. L'actuelle résurgence féodale peut aussi bien conduire à un État de type mafieux qu'à un État de dépendance tempérée, où les droits et libertés fondamentaux de chacun continueraient d'être garantis. L'issue dépendra de notre capacité à dessiner les limites nouvelles qu'appelle l'état présent du monde.

L'art des limites est au Droit ce qu'est à l'architecture le sens des portes et fenêtres : elles doivent tout à la fois protéger et s'ouvrir sur l'extérieur. Les limites ne sont ni des murs ni des passoires, et elles doivent nous protéger aussi bien de l'utopie d'un monde sans frontières que de la réalité d'un monde où chacun se barricade. Concernant l'ordre international, retrouver le sens des limites conduirait à dessiner de nouvelles frontières propres à mettre le commerce international au service de la justice sociale. L'urgence est de replacer l'économie de marché sur des bases institutionnelles solides, qui mettent en concurrence les entreprises et non pas

les systèmes juridiques. Un marché se définit d'abord par l'existence des limites que la loi lui fixe. La création de la Communauté européenne visait ainsi l'élargissement, et non l'effacement, de ce qu'on appelait encore le marché intérieur. Elle s'appuyait sur l'expérience de l'industrialisation, qui avait vu tous les États occidentaux se doter des conditions juridiques de leur essor matériel en n'ouvrant leurs frontières que dans la mesure nécessaire à leur prospérité économique. Le marché devenait « commun », ce qui impliquait à la fois la concurrence entre les entreprises et la solidarité entre les États. Cette clé de voûte de la construction européenne a disparu à partir du moment où les États membres et la Commission ont été parties prenantes du projet de Marché total, c'est-à-dire du programme de démantèlement dans tous les secteurs et dans tous les pays du monde de toute entrave à la libre circulation des capitaux et des marchandises. Cette extension sans limites ne pouvait que ruiner la solidarité entre les États membres et transporter dans l'Union elle-même la mise en concurrence des droits nationaux.

La libre circulation des marchandises et des capitaux n'est pas un objectif en soi. Elle n'a de valeur que dans la mesure où elle sert réellement l'amélioration du sort des hommes. C'est au Droit qu'il incombe d'élargir ou de restreindre le jeu du libre-échange, selon qu'il sert à fertiliser le travail des hommes et à les arracher à la misère ou, au contraire, à priver les hommes de travail et à les plonger dans la misère. Cette recette, qui fut celle des premières puissances industrielles, est aussi celle qui a permis à la Chine ou l'Inde de s'affirmer comme de nouvelles puissances économiques. Pourquoi l'interdire aujourd'hui à l'Afrique ou à l'Europe ? La maîtrise de la circulation des marchandises entre ces grands marchés serait de nature à encourager les investissements de long terme, puisque les entreprises seraient assurées d'être soumises aux mêmes règles du jeu que leurs concurrentes sur ce marché. Seraient au contraire découragés les investissements opportunistes et volatiles, réalisés en vue de la réimportation dans un autre marché de produits réalisés en contravention des règles sociales et environnementales qui y sont en vigueur²¹.

D'autres pistes mériteraient d'être explorées, qui concernent le Droit des sociétés commerciales. Jusqu'à une date récente, la loi néerlandaise réservait par exemple l'exercice du pouvoir de direction d'une entreprise à ceux des détenteurs du capital qui avaient fait la preuve de leur attachement à ses intérêts à long terme. Conforme à la conception traditionnelle de l'entreprise en Europe continentale²², cette loi mettait en œuvre la distinction entre deux types d'actionnaires : les actionnaires intéressés au succès à long terme de l'entreprise et ceux qui en exigent le rendement financier le plus rapide et le plus élevé possible, et peuvent se révéler aussi dangereux pour elle qu'une nuée de sauterelles pour une exploitation agricole. Les premiers se soumettent au principe de l'autonomie juridique de la société, tandis que les seconds se comportent comme s'ils en étaient les propriétaires (ce qui n'est juridiquement pas le cas). Le fait que le Droit des sociétés favorise l'une ou l'autre

de ces deux formes d'actionnariat est évidemment beaucoup plus lourd de conséquences sur l'emploi que le caractère plus ou moins protecteur du Droit du licenciement. Tracer de nouvelles limites aux pouvoirs des actionnaires, qui les obligent à tenir compte de la pérennité de l'entreprise à laquelle ils apportent des capitaux, serait de nature à restituer à la capacité d'entreprendre la place première qu'elle n'aurait jamais dû perdre en économie.

Ce sont enfin les juges, dont le rôle croît proportionnellement à l'affaissement des États, qui doivent garder (ou retrouver) le sens des limites. Dans l'ordre communautaire, prendre acte de la position seulement suzeraine de la Cour de justice européenne devrait par exemple donner aux cours supérieures des États membres le courage de lui résister lorsqu'elle se comporte comme une instance souveraine et s'arroge des compétences qu'aucun texte ne lui confère. La Cour de cassation française ou le *Bundesarbeitsgericht* allemand pourraient ainsi décider que les interdictions du recours à la grève édictées par la CJCE dans ses arrêts *Laval* et *Viking* (voir chapitre III) ne relèvent pas de la compétence communautaire telle que définie par le Traité européen, qu'elles sont contraires au Droit français de la grève ainsi qu'aux normes de l'OIT en matière de liberté syndicale, et que par conséquent elles ne s'imposent pas au juge national.

La Cour constitutionnelle allemande a été la première à donner le signal de ce réveil des juridictions nationales. Au terme d'un examen très minutieux des dispositions du Traité de Lisbonne, elle a estimé qu'en raison du « déficit structurel de démocratie » qui affecte l'Union européenne, la ratification de ce traité devait être subordonnée à l'adoption d'une loi pour « garantir l'efficacité du droit de vote » des citoyens allemands et « veiller » à ce que l'Union « n'outrepasse pas les compétences qui lui ont été octroyées »²³.

- 1. Voir Alain Supiot, « L'inscription territoriale des lois », art. cit., p. 151-170.
- 2. La reconnaissance du « droit d'adapter son état civil à son genre revendiqué » est aujourd'hui l'une des priorités de la gauche française (voir « Refusons la transphobie, respectons l'identité de genre ! », Le Monde, 16 mai 2009). Ernst Jünger observait, dès 1932, que l'univers libéral s'efforçant de transformer toute relation en lien contractuel résiliable, l'un de ses idéaux « est atteint avec beaucoup de logique lorsque l'individu peut résilier son caractère sexuel, le déterminer ou le changer par une simple inscription sur le registre de l'état civil ». (Le Travailleur, op. cit., p. 158.)
- 3. Le Figaro économie, 30 août 2005.
- 4. Robert Castel, La Discrimination négative. Citoyens ou indigènes?, La République des Idées-Seuil, 2007.
- 5. Charles Taylor, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Flammarion, 1997; Axel Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance. Grammaire morale des conflits sociaux*, Cerf, 2000; Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, 2005.
- <u>6</u>. Voir sur le cas des États-Unis : Michael Piore, *Beyond Individualism*, Harvard University Press, 1995 ; sur le cas canadien : Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, 2002.
- 7. Sur ce glissement vers l'autodétermination de l'état des personnes au nom du respect de la vie privée : Claire Neirinck (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, LGDJ, 2008 ; Jean-Louis Renchon, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in Alain Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005,

- p. 269 *sq*.
- <u>8</u>. Christopher Lasch, Culture of Narcissism: American Life in an Age of Diminishing Expectations, 1979, trad. fr. La Culture du narcissisme: la vie américaine à un âge de déclin des espérances, Flammarion, 2006.
- 9. CEDH, 11 juillet 2002, aff. Christine Goodwin c/Royaume-Uni (nº 28957/95).
- 10. Voir Habib Y., « Halal, haram, sport panarabe », Le Temps (Alger), 19 septembre 2008.
- 11. Pierre Legendre, Les Enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États, Fayard, 1992, p. 352.
- 12. Jean Bodin, Les Six Livres de la République, éd. 1583, présentée par G. Mairet, LGF, 1993.
- 13. Voir Manuel Castells, *La Société en réseaux*, Fayard, 1998; François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002; Günther Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen*, Nomos Verlag, 2004.
- <u>14</u>. Aziz Al-Azmeh, « Chronophagous Discourse : A Study of Clerico-Legal Appropriation of the World in an Islamic Tradition », in Franck E. Reynolds et David Tracy (éd.), *Religion and Practical Reason*, State University of New York Press, 1994, p. 163 *sq*.
- 15. Tandis que le souverain est titulaire d'un pouvoir suprême, qui peut s'exercer directement sur tous ses sujets, le suzerain n'a de prise directe que sur ses propres vassaux et non pas sur les vassaux de ses vassaux (voir Jean-François Lemarignier, *La France médiévale. Institutions & société*, Armand Colin, 1970, p. 256 sq.)
- 16. Voir les rapports publics du Conseil d'État, Les Autorités administratives indépendantes (2001), et Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes (2008).
- 17. Voir Marie-Anne Frison-Roche, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Dalloz, 2004.
- 18. Ces lettres sont rendues publiques sur le site du FMI : www.imf.org/external/index.htm.
- 19. Voir Denis Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'Avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF-Dalloz et Juris-Classeur, 1999, p. 603 sq.; Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.
- 20. Le juge sanctionne désormais l'abus dans la fixation du prix lorsque celui-ci n'est pas déterminé par le contrat (Cour de cassation, assemblée plénière, 1^{er} décembre 1995, *Bulletin civil*, 1995, nº 9). Voir Marie-Anne Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1996, chron. 3 ; Muriel Fabre-Magnan, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, p. 356 sq. Voir aussi Aymon de Senarclens, « La maxime "pretium debet esse verum, certum, iustum" », *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, 1929, p. 685.
- 21. Sur ce retour d'un protectionnisme tempéré, par grands ensembles continentaux, voir Jean-Luc Gréau, *L'Avenir du capitalisme*, *op. cit.*, p. 212 *sq.*
- 22. Voir Donald Kalff, L'Entreprise européenne : la fin du modèle américain, Vuibert, 2005.
- 23. Décision n° 72/2009 du 30 juin 2009, consultable sur le site de la Cour <www.bundesverfassungsgericht.de>. Cette décision capitale a à peine été signalée, et jamais sérieusement été analysée, dans les médias français. Pour une analyse en langue anglaise, voir le dossier spécial que lui a consacré le *German Law Journal*, vol. 10, n° 8, 2009 <www.germanlawjournal.com>.

Le sens de la mesure

Il n'est pas besoin de remonter à Aristote pour comprendre que la pratique de la justice requiert le sens de la mesure. Le Droit étant, selon la vénérable définition du Digeste, « l'art du bien et de l'égal » (Jus est ars boni et æqui) et la justice « la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun ce qui lui est dû » (Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi), leur pratique oblige à mesurer ce qui doit revenir à chacun. Faire preuve de mesure consiste à définir un juste milieu entre le « trop » et le « pas assez ». Ce qui suppose d'une part d'avoir une représentation exacte des faits et, d'autre part, de pouvoir les évaluer, c'est-à-dire les référer à un système de valeurs. Toute mesure possède cette double dimension, cognitive et normative, mais à la différence des normes mathématiques ou religieuses, les règles de Droit ne sont pas intangibles et doivent au contraire évoluer en fonction de l'expérience des manques et des excès. Garder le sens de la mesure suppose alors de confronter toujours la définition de ce qui doit être à la connaissance de ce qui est.

Il faut revenir à ces données élémentaires si l'on veut échapper aux mirages de la quantification. Nous vivons actuellement le rêve éveillé d'une gouvernance par les nombres, qui nous dispenserait de la compréhension et de la confrontation des expériences, nous épargnerait ainsi de la peine de juger et donc de penser. Ce rêve ne peut tourner qu'au cauchemar. Prétendre « évaluer » la qualité d'un travail au moyen d'indicateurs de performances déconnectés de l'expérience singulière de ce travail est à la fois destructeur, illusoire et pathogène². Postuler la justice de la distribution des revenus qui résulte de « l'ordre spontané du marché » conduit à creuser des inégalités aussi vertigineuses qu'injustifiables³. Indexer les politiques publiques sur des indicateurs macroéconomiques dont on postule la pertinence universelle procède d'un fétichisme du signe, qui coupe les dirigeants des hommes et des faits qu'ils sont censés gouverner⁴.

Historiquement, la déconnexion progressive des unités de mesure de toute expérience humaine est allée de pair avec les progrès de la science moderne et l'avènement du capitalisme. Des unités de mesure générales et abstraites, comme le mètre (défini depuis 1983 comme la longueur parcourue dans le vide par la lumière pendant une durée de 1/299792458 de seconde), ont progressivement fait disparaître le pied, l'empan, la lieue ou le boisseau, qui indexaient toute espèce de grandeur sur le corps humain ou sur la qualité de l'objet mesuré⁵. Cette « déshumanisation » est parfaitement légitime lorsque la mesure vise à observer et expliquer des phénomènes

naturels, tels le mouvement des astres ou la physique des particules. Elle n'est déjà pas sans effets pervers lorsqu'il s'agit de représenter l'écoumène, c'est-à-dire le milieu vital de l'homme⁶. Mesurer par exemple la terre en hectares fait perdre de vue qu'un hectare n'est jamais d'un point de vue qualitatif l'égal d'un autre, ce dont rendaient compte les unités de mesure agraires « archaïques », comme le *journau* ou la *boisselée* de terre, dont la grandeur – indexée sur le nombre de journées de travail ou de boisseaux de semences nécessaires à sa mise en valeur – variait selon la qualité du sol⁷. *A fortiori* lorsqu'il s'agit de rendre « à chacun le sien » et d'établir la justice entre les hommes, la déshumanisation des unités de mesure coupe des réalités et est potentiellement délirante. En ce domaine le principe de Protagoras, « l'Homme, mesure de toute chose », est le seul qui puisse avoir un sens.

Pour retrouver ce sens de la mesure, il faut donc replacer le sort des hommes au cœur du système d'évaluation des performances économiques. À cette fin, il convient de renouer avec deux impératifs posés à Philadelphie. En premier lieu, l'objectif de justice sociale, qui doit retrouver sa place d'unité de mesure de la justesse de l'ordre juridique, en sorte que « tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental » (D.Ph. art. II, c). En second lieu l'impératif de démocratie sociale, qui permet d'ancrer cette évaluation dans la diversité des expériences, et impose que « les représentants des travailleurs et des employeurs [...] participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun » (D.Ph., art. I, d).

L'unité de mesure : l'objectif de justice sociale

Mesurer la performance économique à l'aune des objectifs de justice sociale est une idée simple et de bon sens. Mais son introduction par la Déclaration de Philadelphie n'en était pas moins révolutionnaire. Intitulée Déclaration concernant les buts et objectifs de l'OIT, elle envisage le Droit non pas seulement comme un système de règles à ne pas transgresser, mais aussi comme un ensemble de buts à atteindre. Le « but central de toute politique nationale et internationale » est la réalisation du droit de tous les êtres humains « de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales » (D.Ph., art. II a). Cette façon de concevoir la normativité comme une voie à suivre n'avait après tout rien de surprenant. Le mot même de « Droit » vient du latin médiéval directum et suggère l'idée d'une direction. Idée familière aux autres grandes civilisations, comme le montre par exemple la notion indienne de maryādā, qui désigne une cible à atteindre mais à ne

pas dépasser, c'est-à-dire d'un même mouvement un but et une limite de l'action⁸.

Mais cette conception téléologique (*i. e.* définissant le Droit par ses buts) heurtait de front la vulgate positiviste occidentale, qui entend répudier toute référence à l'idée de justice dans une « science du Droit » réduite à la description d'une tuyauterie de normes. Ceci explique le destin paradoxal de la notion d'objectif, telle qu'introduite au sortir de la guerre. Dans le domaine social où elle était apparue, l'idée d'objectif assigné aux États s'est heurtée à une critique en règle des juristes conservateurs, bientôt relayée par les ultralibéraux, qui ont fait au Droit social le procès d'être un Droit programmatique et donc un faux Droit, vide de juridicité⁹. Avec par exemple cette conséquence juridique majeure en Europe d'exclure la plupart des droits sociaux du champ de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950, pour les reléguer dix ans plus tard dans une Charte sociale dénuée de véritable force normative.

En revanche dans le domaine économique et monétaire, la conception téléologique de la normativité a véritablement triomphé. Non pas, bien sûr, pour mesurer la réalisation des objectifs de justice sociale, mais pour faire respecter « l'ordre spontané » du Marché. Les programmes d'ajustement structurel imposés aux pays pauvres par le FMI, les critères de convergence économique imposés aux pays membres de la zone euro $\frac{10}{2}$ ou les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) fixées par le Conseil européen sont les exemples les plus connus de ce type de normativité, dont l'un des buts explicites a été d'empêcher l'augmentation des revenus du travail (qui serait inflationniste) et de promouvoir, en revanche, l'augmentation de ceux du capital (rebaptisée « création de valeur »). Mais cette normativité par objectif est aussi à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, qui a fait de la référence aux objectifs de libéralisation des échanges son principal instrument de déréglementation des droits nationaux, y compris dans le domaine du travail, de la consommation, de la protection sociale, de la fiscalité ou des services publics¹¹. La normativité par objectif a ainsi été retournée contre ce pour quoi elle avait été conçue : le progrès de la justice sociale.

Ce retournement montre la vanité, quand ce n'est pas la mauvaise foi, du procès de non-juridicité adressé aux objectifs de justice sociale. À la fois but à atteindre et limite à ne pas dépasser, un objectif possède toujours une force obligatoire qui peut être invoquée devant le juge. Toute la jurisprudence communautaire faisant droit à des plaignants incriminant la non-conformité d'une loi nationale aux objectifs de libéralisation des échanges est là pour en témoigner. Si la justice sociale faisait partie des objectifs fondamentaux assignés à l'Union européenne, rien n'interdirait par exemple au juge communautaire de déclarer contraires à cet objectif les dispositions nationales promouvant une organisation du temps de travail – tel le démantèlement du repos dominical – incompatible avec une vie familiale ou sociale normale. La Cour européenne des droits de l'homme s'est du reste résolument

engagée dans cette voie, en adoptant une méthode d'interprétation de la Convention 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 européenne¹². Conforme au principe d'indivisibilité des Droits de l'homme, cette méthode lui permet d'imposer le respect des droits sociaux fondamentaux que la Cour de justice des communautés européennes s'emploie dans le même temps à vider de leur contenu¹³. Le conflit entre ces deux juridictions supranationales est désormais flagrant et le meilleur moyen de le trancher serait sans doute que le Conseil de l'Europe donne à la CEDH une base juridique solide et lui permette de s'affirmer dans son nouveau rôle de gardienne des droits sociaux fondamentaux. L'Europe sociale cessera d'être un mot creux le jour où elle sera dotée d'une juridiction chargée de veiller au respect des objectifs de justice sociale, tels qu'ils ont été déclinés par divers instruments juridiques internationaux, de la Déclaration de Philadelphie à nos jours. Ces objectifs sont sources de devoirs autant que de droits, et une telle juridiction pourrait par exemple, par application du principe de solidarité, sanctionner les pratiques – aujourd'hui encouragées par la CJCE – de dumping social ou fiscal des États ou de *law shopping* d'entreprises désireuses de se soustraire aux impôts ou cotisations afférentes à leurs activités. Ces pratiques ne portent pas seulement atteinte à la loyauté de la concurrence ou aux droits du fisc : elles constituent plus fondamentalement une violation des Droits de l'homme consacrés par la Déclaration universelle de 1948 dans le domaine économique et social, et doivent être qualifiées et réprimées comme telles.

Pratique de la mesure et diversité des formes de représentation

La justice sociale est un principe d'action. Sa mise en œuvre dépend donc d'une juste représentation des faits et ne peut se réduire à l'application d'un système de règles prédéfinies. L'une des particularités du Droit social, ainsi que l'avaient bien vu les premiers juristes à le prendre au sérieux avant-guerre, est d'être un lieu de découverte, autant que d'application de la règle. C'est de la confrontation et de la conciliation des intérêts que peut naître une définition, toujours provisoire et révocable, d'une juste répartition des droits et des devoirs de chacun. Assez familière aux traditions de Common law, cette méthode inductive faisait en revanche figure de corps étranger dans les traditions codificatrices issues du Droit romanocanonique. Le juge de Common law est un juge qui découvre la règle à la lumière de l'expérience de la diversité des cas. Il représente cette expérience et c'est elle qui le rend légitime à dire le Droit. Dans la tradition continentale en revanche, le juge n'est

en principe – selon le mot fameux de Montesquieu – que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Il juge par exemple « au nom du peuple français », et donc le représente légalement, mais en appliquant sa volonté, telle qu'elle s'est exprimée dans la loi votée par le Parlement, seul lieu de sa représentation démocratique.

Situer les systèmes de représentation qui concourent à la réalisation de la justice sociale parmi ces formes antérieures de représentation n'est cependant pas chose aisée. L'échec des tentatives d'introduction de l'arbitrage obligatoire pour régler les conflits sociaux montre que cette représentation ne repose pas sur l'incarnation par des jurisprudents d'une expérience fondée sur les précédents. Elle emprunte au contraire à la représentation parlementaire l'idée éminemment démocratique qu'une règle de droit doit, pour être juste, procéder de la représentation de tous ceux auxquels elle s'adresse. Mais à la différence de la représentation parlementaire, la démocratie sociale n'a pas une base individuelle et quantitative (un homme, une voix) mais collective et qualitative (un groupe d'intérêts, une voix). Elle a ainsi renoué avec des formes anciennes de représentation (tels les états généraux de l'Ancien Régime), qui visaient à donner une image fidèle de la diversité des conditions sociales, plutôt que de fonder la fiction d'une unanimité sur la technique du vote majoritaire. Fondant ce que Pierre Rosanvallon appelle une légitimité de réflexivité¹⁴, elle ne vise pas à dégager des majorités, mais plutôt des consensus sur ce qui est le plus juste ou le moins injuste possible à un moment et dans des circonstances donnés. Procédant du constat de différences qualitatives entre groupes d'intérêts qui ont des mêmes faits une expérience différente, elle ne postule pas l'égalité de ces groupes, mais la construit, en instituant entre eux un équilibre des forces. Visent par exemple à réaliser cet équilibre la consécration du droit de grève ou la récente introduction en France du principe majoritaire dans la représentation syndicale à la négociation collective. Sous l'égide de la démocratie sociale, les droits de représentation, d'action et de négociation collectives sont ainsi autant de mécanismes de conversion des rapports de force en rapports de droit.

Malgré ces différences, la démocratie parlementaire et la démocratie sociale ont en commun, d'une part, de chercher à représenter l'expérience humaine dans sa diversité et, d'autre part, de donner lieu à des assemblées de parole¹⁵ dont on attend de justes décisions. Tel n'est pas le cas des formes de représentation typiques de la « gouvernance », qui visent à quantifier des faits plutôt qu'à refléter des expériences et où il ne s'agit donc pas de parler mais de compter. La comptabilité, les statistiques et les indicateurs sont les trois formes principales de cette représentation chiffrée du monde. Chacune d'elles a sa légitimité et son domaine de validité propre. La comptabilité vise à « refléter une image fidèle » du patrimoine de la situation financière et du résultat d'une entité juridique¹⁶. Les statistiques, comme leur nom l'indique, visent à doter l'État d'une représentation scientifique de la société¹⁷. Quant aux indicateurs, dont l'essor date de la naissance de l'État providence¹⁸, ils

sont d'un même mouvement des indices de la « physiologie » du corps social et des indications destinées à guider l'action que l'État exerce sur lui. L'essor de ces formes de représentation quantifiées de la société procède de l'aspiration à une gestion scientifique des affaires humaines. C'est à la fois leur force et leur danger. Leur force parce que, procédant d'un effort d'objectivation de la représentation du monde, ils peuvent faciliter la réalisation d'un accord sur la règle juste à adopter. Leur danger parce qu'ils exposent à l'illusion dogmatique de la scientificité de cette représentation. Or, à la différence de la métrologie scientifique, qui vise à représenter une réalité qui est indépendante du géomètre et lui préexiste, les catégories comptables ou statistiques inventent les catégories qu'elles décrivent, en recourant à des conventions d'équivalence, qui consistent à rapporter à une même quantité des situations qualitativement différentes 19. Le risque est alors celui du fétichisme du signe, qui, prenant le nombre pour la chose même, expose aux mirages de la quantification et oriente l'action vers l'amélioration de scores statistiques ou comptables de plus en plus déconnectés des réalités²⁰. C'est la réalisation de ce risque que nous donnent à voir l'implosion des marchés financiers et, plus généralement, les impasses de la gouvernance par les nombres qui domine aujourd'hui la gestion des entreprises et des États.

Dans ce contexte, renouer avec l'impératif de démocratie sociale ne peut se limiter à chanter les bienfaits du dialogue social ou du tripartisme institué à l'OIT. Cela oblige à créer les conditions d'une prise en compte permanente de l'expérience concrète des effets de la globalisation au regard de l'objectif de justice sociale. Ce qui suppose de sortir la démocratie sociale du ghetto où elle est aujourd'hui enfermée et de la rénover en tenant compte de la diversification des formes de travail dans le monde contemporain. La difficulté majeure pour y parvenir n'est pas, contrairement à ce que pourraient laisser penser les discussions sur « l'articulation de la loi et du contrat », le lien à établir entre démocratie sociale et démocratie politique. Non qu'il n'y ait là une vraie question, mais les termes en sont déjà posés et un certain nombre de mécanismes institutionnels sont apparus pour assurer cette « articulation » (qui est bien plutôt une hybridation). La question urgente est celle des relations à établir entre, d'un côté, ces deux formes de représentation délibérative et, de l'autre, les représentations quantifiées de l'état du monde que l'idéologie de la gouvernance fétichise et soustrait à tout processus délibératif. Les « indicateurs de développement humain », conçus et mis en œuvre avec la meilleure intention du monde²¹, n'échappent pas à ce travers, dès lors qu'ils projettent sur la terre entière une normativité ignorante des situations locales. Interdire en termes généraux et abstraits le « travail des enfants » et faire du taux de leur scolarisation un « indicateur du développement humain » peut aboutir à ceci qu'on les arrache aux modes traditionnels de transmission des savoirs pour les entasser par centaines dans de vastes hangars face à un instituteur dépassé par le nombre. Les conditions réelles d'éducation en sortiront fortement dégradées, mais le score du pays s'en trouvera

amélioré aux yeux des organisations internationales²².

Deux exemples permettent de se faire une idée de la manière dont la démocratie pourrait remettre les techniques de quantification au service de la justice sociale. Le premier concerne la normalisation comptable. Celle-ci a dégénéré en méthode d'étalonnage de la performance financière à court terme des entreprises. Elle inscrit l'activité des hommes au passif et ne joue plus son rôle de rappel des dirigeants économiques à leurs responsabilités²³. Avec cet effet pervers de donner une image faussée de la situation des entreprises et de les engager dans une course à la « création de valeur » déconnectée de l'économie réelle. Les dispositions juridiques introduites en France après-guerre pour assurer l'information comptable des représentants des salariés sont utiles, mais elles interviennent en aval de la définition des normes comptables. Ces dernières échappent à toute espèce de délibération démocratique alors qu'elles expriment des choix normatifs déterminants pour la juste répartition des richesses. Il n'existe pas de « vérité comptable » qui puisse faire l'économie de discussions associant la représentation parlementaire et la représentation syndicale²⁴. Le second exemple concerne les normes internationales du travail. Celles de l'OIT se présentent comme un magasin de règles, où les États (et éventuellement les entreprises multinationales en mal de « responsabilité sociale ») sont invités à faire leur marché, en choisissant celles auxquelles ils prétendent se soumettre. Il n'a pas été tenu compte de la nouveauté de la Déclaration de Philadelphie, consistant à définir la justice sociale en termes d'objectifs, de guide pour l'action politique, et pas seulement de règles à appliquer. En tenir compte supposerait l'élaboration d'un nouveau type de normes, combinant d'une part la reconnaissance par les États d'un certain nombre de principes directeurs découlant de la notion de travail décent, et, d'autre part, l'engagement contractuel des États de définir avec l'aide des institutions financières internationales et en concertation avec les organisations représentatives des travailleurs les conditions locales ou nationales de leur mise en œuvre²⁵. Cette concertation devrait s'étendre à la définition des indicateurs adaptés à ces conditions locales et susceptibles de rendre compte des progrès de cette mise en œuvre. Une telle combinaison de l'universalité de l'objectif de justice sociale et de la représentation de l'expérience locale du travail éviterait de projeter sur le monde entier les paradigmes d'emploi salarié et de « développement humain ».

- 1. Voir Aristote, Éthique à Nicomaque, V, 6. Voir aussi Michel Villey, Le Droit et les Droits de l'homme, PUF, 1983, p. 52 sq.
- 2. Voir Christophe Dejours, L'Évaluation du travail à l'épreuve du réel : critique des fondements de l'évaluation, op. cit.
- 3. Voir le bilan accablant dressé par le Bureau international du travail dans son Rapport sur le travail dans le monde 2008 : les inégalités de revenu à l'épreuve de la mondialisation financière, OIT, 2008, http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/world08.pdf.
- <u>4</u>. Voir Robert Salais, « Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance », *Revue française des affaires sociales*, 2009.

- 5. Voir Franck Jedrzejewski, *Histoire universelle de la mesure*, Ellipses, 2002.
- 6. Sur ces notions, voir Augustin Berque, Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains, op. cit.
- 7. Voir Witold Kula, Les Mesures et les Hommes, Maison des sciences de l'homme, 1984, p. 38 sq.
- <u>8</u>. Voir Charles Malamoud, *Une perspective indienne sur la notion de dignité humaine*, conférence, Institut d'études avancées de Nantes, avril 2009, à paraître.
- Cette vieille antienne trouve toujours de nouveaux choristes : voir par exemple Jean-Philippe Feldman, « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », Recueil Dalloz, 2009, p. 1036.
- 10. Traité européen, art. 121, § 1. Il s'agit de quatre critères chiffrés : la stabilité des prix, la situation des finances publiques, le taux de change, les taux d'intérêt à long terme.
- 11. Voir *supra*, chapitre III.
- 12. CEDH (Grande Chambre), 12 novembre 2008, *Demir Et Baykara c/ Turquie* (nº 34503/97). Voir aussi CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Pol Sen c. Turquie* (nº 68959/01) appliquant cette méthode à la protection du droit de grève.
- 13. Voir *supra*, chapitre III.
- 14. Pierre Rosanvallon, La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, 2008.
- 15. Ce concept très fécond est dû à Marcel Detienne : *Comparer l'incomparable*, Seuil, 2000, p. 105 sq.; *Id.* (dir.), *Qui veut prendre la parole*? Seuil, « Le genre humain », 2003.
- 16. Sur cette définition légale, qui traduit la notion anglaise de *true and fair view*, voir Yannick Lemarchand, « Le miroir du marchand », in Alain Supiot (dir.), *Tisser le lien social, op. cit.*, p. 213 sq.
- 17. Issu de l'allemand *Statistik* le mot est dérivé de *Staat*.
- 18. Voir Alain Desrosières, « Refléter ou instituer. L'invention des indicateurs statistiques » (1997), repris in *Pour une sociologie historique de la quantification, op. cit.*, p. 187 sq.
- 19. Sur le cas de l'emploi, voir le livre séminal de Robert Salais, Nicolas Baverez, Bénédicte Reynaud, L'Invention du chômage, PUF, 1986.
- 20. Voir *supra*, chapitre III.
- <u>21</u>. Voir Jean Gadrey et Florence Jany-Catrice, *Les Nouveaux Indicateurs de richesse*, La Découverte, 2007.
- <u>22</u>. Voir, sur le cas du Mali, Ousma Sidibé, « Les indicateurs de performance améliorent-ils l'efficacité de l'aide au développement ? », *Journal de l'Institut d'études avancées de Nantes* <www.ieanantes.fr>.
- 23. Voir en ce sens la forte démonstration de Samuel Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, *thèse, op. cit.*
- <u>24</u>. Voir Bernard Colasse, *Les Fondements de la comptabilité*, La Découverte, 2007, p. 77 sq.
- 25. Voir Alain Supiot (dir.) Protection sociale et travail décent. Nouvelles perspectives pour les normes internationales du travail, numéro spécial de la Semaine sociale Lamy, 2006, nº 1272.

La capacité d'action

Dans l'univers cybernétique de la régulation et de la gouvernance, les êtres humains n'agissent pas : ils rétroagissent aux signaux qu'ils reçoivent des systèmes d'information dans lesquels ils sont insérés. Et ils ne se parlent pas, mais ils communiquent au moyen de ces systèmes. Cette substitution progressive de la réaction à l'action, et de la communication à la conversation, n'est pas seulement le lot des travailleurs subordonnés, dont on attend qu'ils soient « aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie » (Traité UE, art. 125). Elle s'étend aux plus hauts niveaux hiérarchiques des organisations. Le chef d'entreprise réagit aux signaux des marchés financiers comme le dirigeant politique réagit aux sondages d'opinion ; et plus leur position est élevée, moins ils peuvent converser et plus ils doivent « communiquer ».

Retrouver une capacité d'action suppose ici encore de revenir à l'esprit de la Déclaration de Philadelphie, selon laquelle la prospérité économique suppose des hommes libres, et non pas flexibles et réactifs. Si l'on admet avec elle que « la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu » (art. I b) et que « tous les êtres humains [...] 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 » (art. II a), alors il faut admettre que le but que doivent poursuivre les États et les organisations internationales n'est pas de rendre les travailleurs « employables », mais de leur procurer « la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun » (art. III b). L'accent mis ainsi sur la liberté dans le travail était en 1944 quelque chose de tout à fait nouveau, qui rompait avec le pacte fondateur de la société industrielle, selon lequel l'abdication de la liberté dans le travail était une contrainte de nature technique et non politique, en sorte que la réalisation de la justice sociale se jouerait uniquement sur le terrain de la répartition des richesses et non sur celui de leur création. Il fallait l'exceptionnelle lucidité, et l'expérience du travail ouvrier acquise par Simone Weil, pour s'attaquer avant-guerre au taylorisme², alors que Lénine y voyait « un immense progrès de la science³ ». Comme l'a bien montré Bruno Trentin dans son maître livre *La città del* lavoro⁴, les syndicats et les partis de gauche ont ainsi très tôt considéré qu'en terre socialiste comme en terre capitaliste les travailleurs doivent être assujettis à une organisation scientifique du travail qui relève exclusivement d'un impératif d'efficacité et non de justice. De leur côté, les grandes entreprises, après la crise de

1929, avaient intégré l'idée que l'amélioration du revenu et de la sécurité économique de leurs salariés était un objectif non seulement légitime, mais lui-même porteur d'efficacité, en termes de productivité et de débouchés.

C'est ce pacte fondateur qui a été rompu depuis trente ans, en raison certes de la libre circulation des capitaux et de la mise en concurrence généralisée des travailleurs des pays du Nord et du Sud, mais aussi du progrès technique et de son incidence sur la nature et l'organisation du travail. Incapable de penser cette situation nouvelle, la gauche politique et syndicale a balancé entre la crispation sur les acquis de la période antérieure et « l'accompagnement social » de la précarisation et de la paupérisation des travailleurs⁵. Réformer, au sens que ce mot a acquis dans l'histoire sociale, ne consiste pourtant pas à s'adapter à l'injustice du monde, mais à se donner les moyens théoriques et pratiques de la faire reculer. La crise du modèle industriel « fordiste » doit être ainsi pensée, afin de discerner en quoi elle pourrait conduire à une amélioration du sort du plus grand nombre plutôt qu'au démantèlement des sécurités attachées au travail et au retour d'une exploitation sans frein des plus faibles. Ce démantèlement est bien sûr conduit au nom de la « liberté » individuelle : liberté de se faire payer en dessous des tarifs conventionnels, de travailler quinze heures par jour, de ne jamais prendre sa retraite, de travailler le dimanche plutôt que de le passer avec ses enfants, de renoncer à faire valoir ses droits en justice, de se prostituer, etc. La même perversion du sens des mots s'observe concernant la « valeur travail » (invoquée, non pour augmenter les salaires, mais pour réduire la fiscalité sur le capital) ou la « création de valeur » (qui désigne non pas le travail mais les revenus tirés de la prédation financière des entreprises, quand ce n'est pas de la « comptabilité créative »). Cette dénaturation du langage est typique, comme l'avait bien vu Orwell⁶, des régimes de pensée unique, et rendre aux mots leur sens est un premier pas indispensable pour retrouver la maîtrise de son avenir. Contrairement au slogan TINA (There is no alternative) martelé par les épigones de la révolution ultralibérale, la crise du modèle de l'emploi industriel nous place devant un choix. Le problème est que ce choix ne parvient pas à s'exprimer sur la scène politique.

Dès les années 1930, Simone Weil avait tiré de son expérience ouvrière une leçon alors inaudible : « La complète subordination de l'ouvrier à l'entreprise et à ceux qui la dirigent repose sur la structure de l'usine et non sur le régime de propriété⁷. » Cette structure industrielle étant jugée, en terre capitaliste comme en terre communiste, inhérente à une organisation scientifique du travail, le « pacte fordiste » a consisté à conférer en contrepartie aux travailleurs une certaine sécurité matérielle. Ceci a permis de ne pas remettre en cause une conception du travail selon laquelle « les choses jouent le rôle des hommes, les hommes jouent le rôle des choses ⁸ ». Le démantèlement du pacte « fordiste », permet d'envisager un nouveau pacte social qui se fonderait sur la liberté et la responsabilité des hommes, et non plus sur leur subordination ou leur programmation. Telle était l'orientation

préconisée il y a dix ans dans le rapport « Au-delà de l'emploi », destiné à répondre aux interrogations de la Commission européenne sur les transformations du travail et le devenir du Droit du travail en Europe⁹. Ce rapport jetait les bases d'un nouvel « état professionnel » des personnes permettant l'exercice d'une réelle liberté de choix tout au long de leur vie, le passage d'une situation de travail à une autre et la conciliation de leur vie privée et de leur vie professionnelle. Lorsque le contrat de travail n'est plus porteur de sécurité économique à long terme, il faut doter les travailleurs d'un statut professionnel qui leur assure une telle sécurité. Envisager ainsi le travail « au-delà de l'emploi » n'annonçait pas la disparition de l'emploi, qui demeure une pièce essentielle du statut du travail (pas plus que devoir penser la question du travail « au-delà de la France » ne signifie la disparition de la France). Cela signifie seulement que l'emploi ne fournit plus (s'il l'a jamais fourni) un cadre normatif suffisant pour assurer à tous, à l'échelle de la planète, un travail décent.

Cette réflexion a contribué certes au renouvellement des objectifs de l'action syndicale, désormais formulés en termes de « sécurité sociale professionnelle » (CGT) ou de « sécurisation des trajectoires professionnelles » (CFDT). Mais les institutions européennes ne se sont pas emparées de l'idée simple sur laquelle elle reposait : il n'est de richesse que d'hommes, et un ordre normatif qui place les choses au-dessus des hommes ne peut être durable. L'institution des personnes doit précéder en effet la définition de leurs rapports aux choses, pour pouvoir donner sens à leur action 10. Les concepts d'état professionnel des personnes ou de droits de tirage sociaux découlent de cette idée fondamentale, qui heurte de front le credo selon lequel le problème n'est pas d'adapter l'économie aux besoins des hommes, mais bien au contraire d'adapter les hommes aux besoins des marchés. Et avant tout aux besoins des marchés financiers, censés faire régner l'harmonie par le calcul sur toutes les activités humaines. Alors que l'urgence aurait été de réglementer la finance, la Commission européenne n'a eu – comme du reste les autres grandes organisations économiques internationales – qu'une seule obsession et un seul mot d'ordre : « réformer les marchés du travail » dans un sens qui plie les hommes aux impératifs de « la recomposition permanente du tissu productif »¹¹ et maximise ainsi la « création de valeur » pour les joueurs d'une économie réduite à l'état de casino. D'où la dénonciation des « rigidités » inhérentes à la protection de l'emploi, répétée avec un entrain de perroquet dans ses publications récentes. Son Livre vert « Moderniser le droit du travail » de 2006 rabâche, dans la novlangue dont elle a le secret, ce prêt-à-penser également en vigueur parmi les « élites » des États membres, toutes sensibilités politiques confondues.

Renouer avec l'esprit de Philadelphie implique au contraire de mettre réellement les travailleurs en état « de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun ». C'est-à-dire leur donner les moyens concrets d'exercer leur liberté d'agir. Agir librement ce n'est pas obéir ou réagir, et ne peut agir librement celui qui ne jouit d'aucune sécurité

économique. L'action suppose une capacité d'action, et le but que doivent se proposer les États et les organisations internationales est de soutenir les capacités de tous et de mettre ainsi chacun en mesure d'exprimer son génie propre.

Au sens juridique, la capacité d'une personne désigne son aptitude à souscrire des obligations. Autrement dit la capacité présente la particularité de relever à la fois de l'état des personnes et du Droit des obligations. L'exigence de capacité interdit de considérer le contrat comme une pure mécanique qui pourrait faire abstraction de l'identité et des aptitudes des contractants. Elle rencontre donc les préoccupations de ceux qui pensent que le maintien de cet interdit est une condition de viabilité de l'économie de marché à l'échelle internationale. Nous venant du Droit romain, la capacité a l'avantage de participer du patrimoine juridique commun des pays européens. Elle fait donc sens aussi bien en terre de Common law qu'en Europe continentale, ce qui n'est pas le cas des notions de capability 12 ou d'« état professionnel des personnes », qui demeurent marquées par leur ancrage dans l'une ou l'autre de ces deux cultures juridiques. La notion de capacité pourrait donc constituer au niveau communautaire une référence normative commune, propre à guider les efforts de redéfinition de la citoyenneté sociale dans un contexte de délitement des protections et des solidarités issues de l'âge industriel. Cela suppose de l'étendre au-delà des cas où elle est traditionnellement employée, c'est-à-dire audelà des conditions d'âge et de discernement auxquelles se trouve déjà soumise la validité d'un engagement contractuel. Cette extension permettrait notamment de repenser à l'échelle européenne le rôle des services publics, dont la qualité et l'accessibilité conditionnent fortement les capacités d'action des personnes.

Une analyse comparative montre que ce renouvellement du concept de capacité des personnes est déjà à l'œuvre dans de nombreux pays européens 13. En témoigne notamment l'évolution récente de la notion de *capacité professionnelle*. Jusqu'à il y a peu, on ne la rencontrait guère que sous la forme d'une condition légale d'exercice d'un métier déterminé. Plus généralement, la capacité professionnelle fait partie des critères d'identification des emplois qu'est susceptible d'occuper un chômeur. Mais c'est aussi sous un jour beaucoup plus novateur qu'elle émerge en Droit du travail : non plus seulement comme condition d'exercice d'une activité déterminée, mais comme objet d'une obligation contractuelle. La loi française a ainsi consacré récemment l'obligation pour l'employeur de veiller au maintien de la capacité de ses salariés à occuper un emploi et la Cour de cassation veille au respect de cette obligation nouvelle 14.

La notion de capacité pourrait aussi permettre de repenser les modalités de l'action collective des salariés. Car la grande singularité, et la modernité inentamée du Droit du travail, consiste justement à reconnaître que la capacité des individus s'ancre nécessairement dans celle des groupes auxquels ils appartiennent, et que la société n'est pas et ne peut être cette poussière de particules contractantes à quoi voudraient la réduire les intégristes du Marché. Les termes de la Déclaration adoptée

en 1998 par l'OIT, qui place en tête des quatre principes et droits fondamentaux qu'elle proclame « la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective », mettent en lumière les deux versants de cette *capacité collective* : d'un côté la capacité reconnue aux individus de s'organiser librement et d'agir collectivement pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux (liberté syndicale et droit d'action collective) ; et de l'autre la capacité des organisations de conclure des conventions collectives (droit de négociation collective).

Pour convertir les rapports de force en rapports de droit, le Droit du travail doit reposer sur un trépied juridique constitué par l'organisation, l'action et la négociation collectives. Si l'un de ces trois pieds vient à manquer, la situation est déséquilibrée et le Droit ne parvient plus à métaboliser les ressources de la violence. C'est ce qui se passe aujourd'hui : la liberté d'entreprendre a été émancipée des cadres juridiques nationaux tandis que la liberté syndicale et le droit de grève y demeurent enfermés. Non seulement ce contexte déséquilibre les relations entre syndicats et grandes entreprises, mais il rend le droit de grève largement inopérant. Tout d'abord parce que la masse grandissante des travailleurs précaires ne peut pas faire grève. Et ensuite parce que la grève n'a de sens que dans un face-àface entre un employeur clairement identifiable et une collectivité de salariés placée sous ses ordres. Or cette relation binaire fait aujourd'hui souvent défaut. Les collectivités de travail sont fragmentées par l'externalisation, la sous-traitance et l'intérim. Et l'employeur est souvent différent des véritables décideurs, qui peuvent fuir leurs responsabilités et se cacher derrière l'écran des différentes sociétés placées dans leur dépendance économique. La grève tend dès lors à devenir l'arme des forts tandis que les faibles en sont de fait privés. Les pilotes d'Air France peuvent faire grève, mais pas les bagagistes sous-traités de Roissy. Ne pouvant plus se manifester dans le champ social, les tensions nées de l'exploitation du travail ne trouvent plus à s'exprimer que sur des bases identitaires. La dégénérescence corporative du syndicalisme et le repliement sur des revendications identitaires (religieuses, ethniques, sexuelles...) sont les deux faces d'une même médaille. Il conviendrait donc de réformer les droits d'action collective pour rendre aux plus faibles une capacité collective d'agir sur leur propre sort. Plus largement, il faudrait explorer les formes d'actions collectives ternaires, qui mobilisent aussi les consommateurs ou les investisseurs et sont une arme adaptée aux formes actuelles d'exercice de la liberté d'entreprendre. Et ouvrir ainsi largement la palette d'actions collectives internationales, susceptibles de faire contrepoids à la libre circulation des marchandises et des capitaux.

Recourir au concept de capacité permettrait ainsi, sinon de juguler, du moins d'endiguer la tendance au renversement des moyens (économiques) et des fins (humaines). Ce renversement est particulièrement visible dans la *novlangue* en usage dans les institutions communautaires, imprégnée de ce que Bruno Romano appelle le fondamentalisme fonctionnel : on n'y parle plus d'êtres humains, de capacités

professionnelles ou de libertés, mais de capital humain d'employabilité ou de flexibilité. Ces déplacements terminologiques appréhendent les personnes comme des choses et substituent aux catégories juridiques des manières de pensée importées de la physique ou de la biologie. Popularisée par Staline¹⁷ avant d'être formalisée par la science économique contemporaine 18, l'idée de capital humain a servi d'équivalent communiste à la notion nazie de « matériel humain ». Elle procède d'une vision scientiste du monde qui réduit l'homme à l'état de ressource économique¹⁹. Il en va de même de l'employabilité, qui consiste, au sens étymologique à *plier* les hommes *dans* les besoins des marchés²⁰ au lieu de partir de leur créativité, c'est-à-dire leurs intelligence et de de professionnelles. Quant à la notion de flexibilité, elle permet de mettre dans le même sac les travailleurs et les matériaux, là où raisonner en termes de liberté d'agir obligerait à concilier la liberté d'entreprendre et celle du travail, et à se confronter avec ce qu'il y a toujours d'inattendu et d'imprévisible, non seulement dans la circulation marchande et monétaire, mais aussi dans l'esprit et le travail des hommes.

Malgré la séduction du pessimisme qu'elle ne peut manquer d'exercer, l'hypothèse d'une dissolution inéluctable des catégories juridiques dans la pensée cybernétique et gestionnaire est sans doute infondée. L'utopie du remplacement du gouvernement des hommes par l'administration des choses travaille l'Occident depuis deux siècles, et la fascination qu'elle exerce de nos jours ne signifie pas qu'elle cesse d'être une utopie, appelée comme toutes les utopies à se heurter un jour au principe de réalité. Il semblait ainsi entendu que la sécurité économique des êtres humains, dont la Déclaration de Philadelphie avait fait l'un des buts des politiques commerciales et financières, était condamnée à disparaître au profit d'une précarité de principe, propre à les rendre « flexibles » et aptes à s'adapter aux besoins des marchés. Cette politique se heurte toutefois aux réalités de la vie humaine. Ces réalités sont celles de la succession des générations qui impliquent des sécurités ignorées de la sphère marchande. La plus humble des prestations de travail mobilise le temps long de l'éducation et de la formation des travailleurs, qui sont d'autant plus « performants » qu'ils jouissent d'une réelle sécurité économique et de solides capacités professionnelles. D'où l'apparition dans le vocabulaire communautaire de cet hybride qu'est la flexicurité²¹. Il faut bien sûr saluer cette redécouverte des besoins humains fondamentaux. Mais coller ainsi dans un même mot des notions différentes donne plus sûrement le jour à une chimère qu'à un concept opératoire. « S'il fallait à la fois subir la subordination de l'esclave et courir les dangers de l'homme libre, ce serait trop », observait Simone Weil en 1936²². C'est dans une telle impasse que nous engagent ceux qui en appellent à l'initiativité et à la responsabilité des travailleurs, tout en les traitant comme des choses à la disposition du Marché. Il suffit de comparer terme à terme les concepts respectivement véhiculés par les notions de « flexicurité » et de « droits économiques et sociaux »

(flexibilité/liberté – employabilité/capacité – capital humain/état professionnel) pour saisir ce qui les sépare : dans un cas, l'on prend pour point de départ l'infaillibilité supposée du Marché, et l'on s'efforce de procurer en temps réel aux entreprises une « ressource » humaine qui réponde à ses exigences ; dans l'autre on prend pour point de départ la créativité des hommes et l'on s'efforce de construire un Droit et une économie qui leur permettent de l'exprimer.

- 1. Nous soulignons.
- <u>2</u>. Voir notamment Simone Weil « Réflexions sur les causes de l'oppression sociale » (1934), in *Œuvres*, Gallimard, « Quarto », 1999, p. 275 sq.; « La rationalisation » (1937), in *La Condition ouvrière*, Gallimard, 1951, p. 289 sq.
- <u>3</u>. Cité par Jean Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », in *Le Soldat du travail*, *Recherches*, nº 32-33, septembre 1978, p. 58.
- 4. Bruno Trentin, La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo, Feltrinelli, 1997.
- 5. « L'accompagnement » est devenu l'un des mots fétiches des politiques sociales en Europe (voir la communication de la Commission, « Restructurations et emploi. Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne », COM [2005] 120 final, qui a débouché sur la création d'un Fonds européen d'ajustement à la mondialisation), au point de devenir l'objet d'un nouveau droit individuel (voir Franck Petit, « Le droit à l'accompagnement », Droit social, avril 2008, p. 413-423).
- 6. Voir « Les principes du novlangue », publié par Orwell en appendice de *Nineteen Eighty-Four*, 1949, trad. fr. 1984, Gallimard, « Folio », 2005, p. 395 sq. : « Le but du novlangue, écrivait-il, est non seulement de fournir un mode d'expression aux idées générales en vigueur et aux habitudes mentales des dévots de l'angsoc, mais de rendre impossible tout autre mode de pensée. »
- 7. Simone Weil, « Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale », art. cit., p. 279.
- 8. Id., « Expérience de la vie d'usine » (1941), in La Condition ouvrière, op. cit., p. 337.
- 9. Alain Supiot (dir.), Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission Européenne, Flammarion, 1999.
- 10. C'est l'ordre logique d'exposition des *Institutes* de Gaius : *Omne autem ius quo utimur vel at personas pertinet, vel at res, vel ad actiones. Sed prius videamus de personis*. (« Les droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions. Voyons d'abord ce qui concerne les personnes. ») Voir Gaius, *Institutes*, trad. J. Reinach, Les Belles Lettres, 1991, I-8, p. 2.
- 11. Voir Commission européenne, « Restructurations et emploi. Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne », COM [2005] 120 final.
- 12. Sur cette notion, voir Amartya Sen, *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, 1999; Robert Salais et Robert Villeneuve (dir.), *Europe and the Politics of Capabilities*, Cambridge University Press, 2005, trad. fr. *Développer les capacités des hommes et des territoires en Europe*, ANACT, 2006.
- 13. Voir Simon Deakin et Alain Supiot (éd.), Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy, Hart, 2009.
- 14. Voir l'article L. 6321-1 du Code du travail introduit par la loi du 4 mai 2004 et l'arrêt *Union des opticiens*, rendu par la Cour de cassation le 23 octobre 2007 (nº 06-40950).
- 15. Bruno Romano, Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo « noia » globalizzatione, Giappichelli, 2000.
- <u>16</u>. Voir la décision du Conseil européen relative aux lignes directrices adoptées pour les politiques de l'emploi des États membres (2006/544/CE, JO L 215 du 5-8-2006, p. 26-27), qui leur fixe comme priorité d'investir davantage dans le capital humain.
- <u>17</u>. Joseph Staline, *L'Homme*, le capital le plus précieux, [suivi de] *Pour une formation bolchévik*, Éditions sociales, 1945.
- 18. Gary S. Becker, Human Capital. A Theoretical and Empirical Analysis, With Special Reference to

- Education, University of Chicago Press, 1964.
- 19. Au sens précis du terme, le capital humain désigne l'actif inscrit au bilan d'un propriétaire d'esclaves : voir Cheryll S. Mc Watters et Yannick Lemarchand, « Comptabilité et traite négrière », in Jean-Guy Degos et Stéphane Trébucq (dir.). *L'Entreprise, le Chiffre et le Droit*, université Montesquieu (Bordeaux), 2005, p. 209-236.
- 20. C'est la définition qu'en donne la Commission européenne. A person is employable when he or she has the marketable skills, competence or features which are regarded by labour market demand as necessary conditions for hiring (« Une personne est employable quand elle possède les caractéristiques, qualifications, ou compétences négociables, qui sont considérées sur le marché du travail comme des conditions nécessaires à l'embauche »). Citée par Philippe Pochet et Michel Paternotre, « Employabilité » dans le contexte des lignes directrices de l'Union européenne sur l'emploi, Observatoire social européen, 1998.
- 21. Commission européenne, « Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité », communication du 27 juin 2007 (COM [2007] 359 final).
- 22. Simone Weil, « Lettre à un ingénieur », La Condition ouvrière, Gallimard, 1951, p. 187.

La charge des responsabilités

Est responsable celui qui doit répondre de ses actes à l'égard d'autrui. À l'origine de la notion se trouve la promesse solennelle du Droit romain : le spondeo d'un premier promettant trouve son écho dans le re-spondeo d'un second promettant. Originellement accompagné d'une libation aux dieux, cet échange de promesses a pour effet de leur donner force obligatoire. Ces actes dont on doit répondre peuvent être juridiques ou matériels, ou même consister en une abstention, mais la responsabilité existe si, et seulement si, on peut les imputer à un sujet déterminé qui doit en répondre devant un tiers. La responsabilité implique donc une relation ternaire entre trois personnes : un responsable, qui est le point causal d'imputation de l'acte²; un demandeur, dont les intérêts sont affectés par cet acte; et un Tiers (juge ou arbitre) devant qui le responsable est susceptible de devoir répondre de son acte. Ainsi entendue, la responsabilité ne désigne pas seulement l'obligation de réparer les conséquences dommageables de ses actes, mais aussi l'obligation de prévenir de telles conséquences et de garantir qu'on en répondra. Dans le Droit contemporain de la responsabilité, ces devoirs de prévention et de garantie ont pris une importance croissante, au fur et à mesure de l'augmentation des risques liés au développement scientifique et technique.

Plus que tout autre, l'acte d'entreprendre (sens premier de l'entreprise) mobilise les ressources de la technique et représente donc un facteur majeur de risque. Au tournant du xx^e siècle, c'est la question des accidents du travail et des risques inhérents à l'entreprise qui a conduit dans tous les pays industriels à des évolutions majeures de la responsabilité civile, en faisant place à l'idée d'une responsabilité objective, fondée non pas sur la faute du responsable, mais sur le risque que son activité fait courir à autrui. Ces évolutions ont emprunté ensuite des voies différentes selon les pays. Là où par exemple le Droit français a généralisé cette idée de responsabilité objective et étendu corrélativement les obligations d'assurance, les autres pays ont plus volontiers cantonné ce remède aux activités ou aux produits dangereux ; en revanche, là où le Droit américain a largement ouvert la possibilité d'actions de groupe (class actions) devant des jurys prompts à condamner lourdement les grandes entreprises³, le Droit français s'en est généralement tenu (sauf en Droit du travail) à une conception individualiste de l'action en justice. Mais partout les entreprises ont été soumises à des règles qui les obligent à prendre en considération d'autres intérêts que les leurs dans la conduite de leurs affaires. Sans doute Milton Friedman pouvait-il écrire, peu d'années avant

d'obtenir le prix d'économie « à la mémoire d'Alfred » Nobel, que « l'unique responsabilité sociale de l'entreprise est celle de faire des profits⁴ ». Mais une telle conception monofonctionnelle des entreprises n'est concevable que dans un cadre juridique et institutionnel national, qui les oblige à tenir compte des conséquences de leurs activités sur les hommes et la nature.

Un tel cadre faisant défaut au plan international, la notion de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) est censée y suppléer. Les grandes entreprises prétendent s'organiser en mini-États, animés par d'autres « préoccupations » que celle de l'enrichissement de leurs actionnaires. Mais sans responsable clairement identifiable, sans organisation susceptible de demander des comptes et sans Tiers devant qui répondre, cette responsabilité n'en est évidemment pas une. La responsabilité sociale des entreprises est un symptôme d'une crise de l'idéologie économique, plutôt qu'un remède susceptible de conjurer les détraquements sociaux engendrés par la globalisation. Placée en état d'apesanteur juridique par l'effacement des frontières commerciales, qui émancipe les grandes entreprises des ordres juridiques nationaux, l'économie découvre ses fondements dogmatiques insus et se trouve en quête des débiteurs, des créanciers et des juges sans lesquels plus personne ne répond de rien.

Dans les codes de conduite consacrés à la responsabilité sociale des entreprises, la notion d'entreprise est le plus souvent donnée comme allant de soi. Vainement chercherait-on par exemple, dans la communication que la Commission européenne a consacrée à ce sujet, une définition de l'entreprise⁶. Elle se borne à remarquer que « le concept de RSE a principalement été élaboré par et pour les grandes multinationales » et se déclare décidée, dans son style inimitable, à « stimuler la RSE des PME⁷ ». Les codes de conduite élaborés par de grandes organisations internationales, tels « Les Principes directeurs de l'OCDE » ou la Déclaration tripartite de l'OIT, témoignent sur le sujet d'un certain embarras, mal dissimulé par une affirmation péremptoire. Selon l'OCDE, « une définition précise des entreprises multinationales n'est pas indispensable⁹ ». Mais c'est aussitôt pour donner une telle définition, du reste assez proche, tout en précisant, dans le cas de l'OIT, que cette définition n'a pas valeur de définition¹⁰...

On ne peut que comprendre et partager l'embarras éprouvé par ces organisations internationales pour désigner exactement les « entités » auxquelles s'adressent leurs codes de bonne conduite sociale. L'entreprise est d'abord une action fondée sur la liberté d'entreprendre et ne se fige jamais entièrement en institution. La situation est simple lorsque l'entrepreneur, personne physique, apparaît lui-même sur la scène juridique, en tant que commerçant. Elle est encore facile à saisir lorsqu'il fonde une société commerciale qui se confond avec son entreprise et lui donne forme juridique. Les choses se compliquent lorsque cette société crée des filiales ou passe sous le contrôle financier d'une autre, et s'inscrit

ainsi dans un groupe de sociétés aux contours flous et mouvants. Elles deviennent opaques lorsque l'entreprise se ramifie en liens contractuels de dépendance unissant des sociétés sans lien capitalistique, par exemple dans le cas de sous-traitance ou de concession d'exploitation de brevets. Cette organisation en réseaux a pour effet une dilution du pôle patronal de la relation de travail, qu'il devient difficile et parfois impossible d'identifier. La notion de firme, est ainsi de moins en moins fidèle à son sens premier (firm [du latin firmus: solide, durable] a d'abord désigné en anglais la signature, puis par extension le nom sous lequel opère une entreprise). La liberté d'organisation juridique de l'entreprise est devenue un moyen pour l'entrepreneur non plus de s'identifier sur la scène des échanges, mais tout au contraire de disparaître derrière les masques d'une foule de personnalités morales et de fuir ainsi les responsabilités inhérentes à son action économique.

L'un des principaux problèmes juridiques posés par la libre circulation internationale des marchandises et des capitaux est dès lors celui de l'identification des vrais opérateurs économiques. Le rapprochement du Droit social et du Droit de l'environnement, auquel conduit l'idée de responsabilité sociale de l'entreprise, est ici riche d'enseignements. Lorsqu'une catastrophe survient, comme les marées noires de l'*Erika* ou du *Prestige*, des mois se passent avant que l'on parvienne à identifier les personnes physiques qui prennent les décisions ; à supposer qu'on y parvienne... Dans le cas du Prestige, l'enquête a finalement buté sur le Droit panaméen, qui garantit de fait leur anonymat¹¹. Autant hisser le pavillon noir des pirates, dont on sait qu'il n'a jamais été de bon augure pour les honnêtes marchands. Au plan social, ce phénomène d'insaisissabilité de l'employeur ne s'exprime pas seulement en matière maritime, mais plus généralement dans toutes les entreprises à structure complexe au sein desquelles les détenteurs du capital cherchent, conformément à la maxime de Milton Friedman, à capter les profits et à fuir les responsabilités. C'est en Droit pénal des affaires que cette question de l'identification des opérateurs économiques a été le plus tôt perçue¹², mais elle est devenue un enjeu majeur du Droit de la consommation (avec des catastrophes sanitaires comme celle de l'amiante ou de la vache folle) et plus récemment du Droit financier, avec l'effondrement des banques et la réapparition des États comme ultimes garants des montagnes de dettes qu'elles ont accumulées. Le Droit du travail montre qu'il est possible d'écarter les montages juridiques du Droit commercial pour identifier le ou les véritables dirigeants de l'entreprise lorsque des impératifs d'ordre public sont en jeu, notamment en matière de santé et de sécurité, de répression du travail clandestin ou de représentation collective des salariés. Mais si intéressantes soient-elles, ces techniques demeurent enfermées dans les limites de l'ordre juridique national que la liberté de circulation des marchandises et des capitaux permet aisément aux entreprises de franchir.

Le Droit se trouve alors mis en échec en son point le plus sensible : la notion de sujet de droit et la possibilité d'imputer à une personne déterminée la responsabilité

d'un acte ou d'un manquement dommageable. Deux remèdes sont alors envisageables, qui pourraient conférer à l'idée de responsabilité sociale de l'entreprise une certaine crédibilité.

Le premier est celui de la responsabilité solidaire des entités juridiques constitutives de l'entreprise. À la maxime de Milton Friedman « l'unique responsabilité sociale de l'entreprise est celle de faire des profits », on peut retourner l'adage hérité du Droit romain : Ubi emolumentum, ibi onus « où est le profit, là est la charge (et donc le responsable) »13. Ce sont tous ceux qui bénéficient d'une opération économique qui doivent être considérés comme opérateurs, quels que soient les montages juridiques empruntés par l'entreprise. Cette solution a été utilisée avec grande efficacité par les États-Unis en matière de pollution marine. Depuis la marée noire de l'Exxon Valdes, la loi américaine permet de poursuivre en responsabilité tous ceux qui, de près ou de loin, ont pris part à l'opération de transport¹⁴. Le sens premier de la solidarité, celui du Droit civil, longtemps éclipsé par les techniques venues de l'assurance, refait alors surface : « Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier » (Code civil, art. 1200). La responsabilité sociale des entreprises supposerait qu'une solidarité de ce type, qui n'est pas inconnue du Droit interne du travail¹⁵, puisse exister entre les diverses entités d'une filière ou d'un réseau transnational. Il y a de bonnes raisons en effet de considérer que le Droit international privé, qui sert à déterminer les tribunaux compétents et la loi applicable à un litige, doit être interprété à la lumière du principe de justice sociale 6. Sur cette base, il deviendrait notamment possible de poursuivre en responsabilité, dans les pays où elles ont leur siège, les entités « en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres » (pour reprendre la formule des « Principes directeurs de l'OCDE ») et de les obliger à répondre des manquements à ces principes observés dans les « pays d'accueil » par des entités appartenant au même réseau ou à la même filière. Adopter une telle interprétation encouragerait les bonnes pratiques de soustraitance et découragerait les mauvaises, comme le montre la mise en œuvre de l'Oil Pollution Act américain, qui a rendu les grandes compagnies pétrolières regardantes sur les garanties de sécurité dans le choix de leurs transporteurs. En l'absence même d'une loi spéciale de ce genre, le Droit commun de la responsabilité offre de grandes opportunités pour obliger les grandes entreprises à répondre de la violation des droits fondamentaux des travailleurs dans les pays où elles délocalisent leurs activités. Cette méthode, qui suppose l'établissement de liens de solidarité entre syndicats du Nord et travailleurs du Sud, a été employée avec succès aux États-Unis, selon un modèle qu'il conviendrait d'importer en Europe¹⁷.

Le second remède consiste à organiser la *traçabilité sociale* du produit et à faire peser la responsabilité sur celui qui met ce produit en circulation sur un marché. Partir du produit pour identifier le responsable est la méthode qui a été

choisie en Droit communautaire en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹⁸. Ce nouveau pan du Droit de la responsabilité civile se caractérise par le fait que « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit » (art. 1^{er} de la directive ; l'article 1386-1 du Code civil précise : « qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime »). La possibilité est ainsi ouverte de sauter par-dessus les barrières ou les fossés du Droit des contrats ou des sociétés pour atteindre celui qui a mis le produit en circulation, ou l'importateur du produit, qui est « responsable au même titre que le producteur » (art. 3.2 de la directive). L'incitation à la traçabilité vient de la règle selon laquelle « si le producteur du produit ne peut être identifié, chaque fournisseur en sera considéré comme producteur, à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit 19 ».

Le Droit contemporain s'ouvre ainsi à l'idée que l'identification du responsable s'opère en remontant la filière de production et de distribution d'un produit et que l'organisation de la traçabilité des produits est un instrument privilégié de cette identification²⁰. Le produit demeure ainsi chargé de l'esprit de celui qui l'a mis en circulation et qui doit continuer d'en répondre nonobstant ses changements de propriétaire. Fait ainsi retour la vieille idée médiévale selon laquelle le rapport de la personne à la chose est toujours placé sous l'égide d'un rapport entre des personnes. Selon le Droit féodal, l'on tenait toujours les choses d'autrui (fût-ce de Dieu) et l'on n'était jamais propriétaire dans le sens absolu de l'article 544 du Code civil, mais seulement tenancier de la chose. Les rapports des hommes aux choses étaient toujours l'ombre portée de rapports entre les hommes²¹. Comme l'a montré Louis Dumont, l'idéologie économique a impliqué au contraire que les relations entre les hommes soient subordonnées aux relations entre les hommes et les choses²². L'économie de marché a en effet besoin de biens propres à l'échange, nettoyés de toute trace de liens personnels, et dans le Code civil le rapport direct des hommes avec les choses (objet du Livre II) est la base des rapports contractuels entre les hommes (régis, avec les successions, par le Livre III). L'irruption des choses dangereuses dues au développement technique a obligé à revenir d'une certaine manière à la conception ancienne et à restaurer l'idée que toute chose doit avoir son répondant.

Cette idée que toute chose doit avoir son répondant demeure cantonnée aujourd'hui, sur la scène internationale, aux dommages qui résultent des défectuosités du produit, et ne s'étend pas aux conditions sociales ou environnementales de sa production. Selon l'Organisation mondiale du commerce, la protection de la santé et la sécurité des personnes ne peuvent justifier de restrictions à la libre circulation d'un produit que si c'est ce produit qui est dommageable et non son mode de fabrication²³. Mais il y a cependant de bonnes raisons de penser que l'obligation de répondre de ses produits pourrait englober leurs conditions de fabrication. Une raison historique tout d'abord. En Droit interne, c'est en matière de relations de

travail que ce type de responsabilité s'est d'abord développé. L'ouvrier tenant de celui qui l'emploie les objets de son travail (la chose travaillée ou l'outil de travail), et n'ayant sur eux aucune espèce de droit, la législation sur les accidents du travail oblige l'employeur à répondre des dommages causés par ces objets. Remonter de l'objet dangereux à celui qui en tire profit a été le moyen trouvé à la fin du XIX^e siècle pour sortir des impasses de la responsabilité pour faute et identifier de manière certaine un responsable de ces accidents. Une raison juridique ensuite. Le refoulement par le Droit du commerce international des conditions de fabrication des biens échangés ne peut s'opérer que pour les biens qui ne véhiculent pas avec eux des éléments incorporels, tels que la marque, le brevet ou le droit d'exploitation, dont le propriétaire demeure distinct du détenteur matériel du bien. Dès lors qu'on a affaire à un bien qui doit l'essentiel de sa valeur marchande à ces droits de propriété intellectuelle, la police des marchés ne peut s'exercer qu'en recherchant, en amont du produit, s'il a bien été fabriqué ou transféré dans le respect de ces droits. Bien que rien ne distingue matériellement la copie parfaite d'un enregistrement musical ou d'un logiciel de l'original, un État a cependant le droit et le devoir d'interdire sa mise sur le marché. La propriété intellectuelle se trouvant au cœur de la « nouvelle économie », il est vital pour les entreprises transnationales que ce genre de copies ne puisse circuler librement, et donc que la libre circulation soit subordonnée au contrôle du respect de leurs droits de propriété intellectuelle dans le processus de fabrication des produits mis en circulation²⁴. C'est dire que le droit de propriété occupe ici la même place structurelle que les droits sociaux dans la réglementation des échanges : il ne s'identifie pas à la détention matérielle des biens, mais requiert une intervention positive des États ; et son respect ne peut être assuré qu'en organisant la traçabilité du produit, qui seule permet de garantir la licéité de son processus de fabrication.

Le fait que la prise en considération du processus de fabrication des produits soit obligatoire, quand il s'agit de protéger les droits de propriété intellectuelle, et prohibée quand il s'agit de protéger les droits fondamentaux des travailleurs, est une manifestation supplémentaire du renversement des moyens et des fins intervenu sur le Marché total. Mais ce rapprochement a au moins le mérite de montrer que des voies juridiques existent, qui permettraient d'obliger les entreprises transnationales à répondre de la manière dont leurs produits sont fabriqués.

- 1. Voir sur l'origine religieuse de la notion : Émile Benveniste, *Le Vocabulaire des institutions indo- européennes*, Minuit, t. II, 1969, p. 209 *sq.* ; Michel Villey, « Esquisse historique du mot responsable », in *La Responsabilité*, Sirey, « Archives de philosophie du droit », t. XXII, 1977, p. 46 *sq.*
- 2. Sur la différence entre l'imputation, propre à la technique juridique, et la causalité en matière scientifique, voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd. de la *Reine Rechtstheorie*, par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 105 sq.; et du même auteur *Allgemeine Theorie der Normen*, 1969, trad. fr. *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 31 sq.
- <u>3</u>. Voir John G. Fleming, *The American Tort Process*, Clarendon Press, 1988; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. II: *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2007, p. 207 sq.

- 4. Milton Friedman, « The Social Responsibility of Business Is to Increase its Profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970, p. 32-33, 122-124.
- <u>5</u>. Parmi une bibliographie foisonnante, voir Thomas Berns *et alii*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.
- <u>6</u>. Communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : « Une contribution des entreprises au développement durable » du 2 juillet 2002, COM [2002] 347, § 3.
- 7. COM [2002] 347 préc., § 4.5.
- 8. « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » (1976, révisés en 2000) § 1.3.
- 9. OIT, Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (1977, révisée en 2000), § 6.
- <u>10</u>. « Le présent paragraphe est destiné à mieux faire comprendre la déclaration et non à donner une telle définition » prévient la Déclaration tripartite.
- 11. Voir Marc Roche, « Où sont passés les responsables du Prestige ? », *Le Monde*, 21 novembre 2003 (remarquable enquête qui démonte minutieusement les mécanismes de dissimulation employés).
- 12. Voir Pierre Lascoumes, Les Affaires ou l'art de l'ombre. Les délinquances économiques et financières et leur contrôle, Le Centurion, 1986.
- 13. Voir Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 915 sq.
- <u>14</u>. Selon l'Oil Pollution Act de 1990, est responsable de la pollution causée par un navire « any person owning, operating, or demise chartering the vessel » (toute personne ayant la qualité de propriétaire, d'opérateur ou d'affréteur du navire).
- 15. Par exemple en matière d'intérim, de sous-traitance, de travail dissimulé ou de santé et de sécurité. Voir Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008.
- <u>16</u>. Voir Upendra Baxi, « Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law », dans *Recueil des cours* de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 276, 1999, p. 301-427.
- <u>17</u>. Voir Antonio Ojeda et Lance Compa, « Globalisation, Class actions et droit du travail », in Isabelle Daugareilh (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 265-307.
- 18. Directive européenne 85/374 du 25 juillet 1985.
- 19. Article 3.3. de la directive. La Cour de justice européenne a réduit la portée de ce principe de solidarité en censurant la loi française de transposition, qui permettait à la victime de poursuivre en tout état de cause le fournisseur, à charge pour celui-ci de se retourner ensuite contre le producteur (CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00).
- <u>20</u>. Voir Marie-Angèle Hermitte, « La traçabilité des personnes et des choses. Précautions, pouvoirs et maîtrise », in Philippe Pédrot, *Traçabilité et responsabilité*, Economica, 2003 p. 1 *sq*.
- 21. Voir Paul Ourliac et Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. II : *Les Biens*, PUF, 2^e éd., 1971, p. 148 *sq*.
- 22. Louis Dumont *Homo æqualis. 1. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, 2^e éd., 1985, p. 13.
- 23. Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), art. XX, § b. Voir la critique de cette interprétation restrictive par Robert Howse and Donald Regan, « The Product/Process Distinction An Illusory Basis for Disciplining "Unilateralism" », art. cit.
- 24. Voir l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord de Marrakech instituant l'OMC.

Les cercles de la solidarité

Comme beaucoup de nos catégories de pensée, le concept de solidarité nous vient du Droit romain, où il est apparu comme correctif aux inconvénients de la pluralité de créanciers (solidarité active) ou de débiteurs (solidarité passive) d'une même obligation. La solidarité signifie que le fait des autres ne doit pas diminuer la responsabilité de chacun¹. Mise en avant par la sociologie et par la théorie politique à la fin du XIX^e siècle, la solidarité offrait une base satisfaisante à ceux qui entendaient remédier aux excès de l'individualisme sans ressusciter les communautés paroissiales, religieuses ou corporatives de l'ère préindustrielle. Le grand mérite de la solidarité était en effet d'asseoir les montages du Droit social sur le Droit des obligations, et de préserver ainsi les principes d'égalité et de liberté individuelle que toute référence affichée à ces « communautés naturelles » aurait mis en péril. Transplantée en Droit social, la notion s'est développée et transformée, jusqu'à devenir dans certains pays le seul principe général auquel est référée la sécurité sociale². Cette évolution des solidarités de proximité fondées sur l'appartenance à des communautés traditionnelles vers des systèmes larges de solidarité placés sous l'égide de l'État est une constante de l'histoire des systèmes de protection sociale, aussi divers soient-ils par ailleurs³.

Le propre de la solidarité, au sens qu'elle a acquis en Droit social, est d'instituer au sein d'une collectivité humaine un pot commun, dans lequel chacun doit verser selon ses capacités et peut puiser selon ses besoins. L'obligation qu'elle fait peser sur chacun de contribuer à la protection de tous relève certainement des devoirs de l'homme, implicitement ou explicitement reconnus par les déclarations des droits fondamentaux. Cette mutualisation substitue au calcul d'utilité individuelle (qu'elle interdit) un calcul d'utilité collective (qu'elle organise). Du point de vue économique, elle constitue une entente qui fait prévaloir l'intérêt de ses membres sur celui des tiers, et l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel. Cette mutualisation soustrait à la libre concurrence les services sur lesquels elle porte et elle limite la liberté individuelle. C'est pourquoi, dans un univers juridique régi par le libreéchange, elle ne peut être reconnue et se développer que sur une base juridique propre. Et c'est parce qu'elle fournit une telle base que la solidarité a progressivement acquis la valeur d'un principe juridique en Droit communautaire⁴. Il y a là au fond la traduction juridique de l'idée fort simple selon laquelle toute société humaine a également besoin de coopération et de compétition. Un monde qui ignore l'un ou l'autre de ces besoins court à sa perte, car l'avantage coopératif est aussi

déterminant pour la prospérité et le bien-être d'une société que l'avantage compétitif.

Au plan juridique, la reconnaissance du principe de solidarité marque la résurgence de formes non contractuelles de l'échange. Le contrat repose toujours en effet sur des calculs d'utilité individuels, et la liberté contractuelle n'est rien d'autre que la liberté de ne se lier qu'en fonction de son intérêt individuel. C'est donc vainement que certains juristes contemporains s'efforcent de dissoudre la solidarité dans le Droit des contrats. Lorsque, par exemple, on présente les régimes de retraite par répartition comme un « contrat entre générations », on n'est pas seulement dans l'erreur (les générations ne sont pas des sujets de droit susceptibles de passer contrat, et celles à venir sont déjà liées par le système avant même d'être venues au monde) mais dans une profonde incompréhension de la nature de cette institution. Ces régimes sont nés d'une mutation de formes non contractuelles d'obligations. Ils se présentent aujourd'hui encore comme la réciproque de ce que les anthropologues appellent la dette de vie⁵. Sur le plan anthropologique, ceux qui ont reçu la vie de la génération précédente doivent la donner à leur tour à la génération suivante et, en la donnant, rendre ce qui leur a été donné. Dans un système de retraites par répartition, ceux qui ont donné à la génération précédente doivent recevoir de la suivante qui leur rend ainsi ce qu'ils ont donné. Un tel système est donc incompréhensible sans prendre en considération au moins trois générations successives. Le droit à la retraite et son corollaire, le devoir de cotiser, réintroduisent dans le domaine des obligations la temporalité et la verticalité de la chaîne générationnelle, qu'ignore le Droit des contrats.

On ne s'étonnera donc pas que l'on doive à l'Afrique la première proclamation solennelle du principe de solidarité. Sommés de se soumettre au credo des Droits de l'homme venu d'Occident, les juristes africains se sont efforcés de les acclimater à leur culture et leur expérience. Tout en reprenant à son compte les droits individuels figurant dans les déclarations occidentales, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) les insère dans une conception de l'homme qui n'est pas celle de l'individu sujet insulaire, mais celle d'un être lié à ses semblables. Tandis que dans la Déclaration universelle de 1948 le principe de solidarité ne se manifeste (implicitement) que sous la forme de droits individuels (droits à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à la sécurité contre les risques de perte de ses moyens de subsistance, voir art. 22 et 25), dans la Charte africaine au contraire il trouve place au titre des devoirs (art. 29-4 : « l'individu a le devoir de préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale »). Dans un cas, donc, la solidarité s'exprime par une créance de l'individu sur la société, et dans l'autre comme une dette. En réalité, dans les deux cas, créance et dette sont liées. Aux droits à... proclamés au Nord a partout correspondu le devoir de contribuer à la solidarité en s'acquittant de prélèvements obligatoires (impôts et cotisations sociales). Ce devoir est explicitement formulé par la Déclaration panaméricaine des droits et devoirs de l'homme (1948), aux termes de laquelle toute personne « est obligée de collaborer

avec l'État et la communauté pour l'entraide et la sécurité sociales, selon les possibilités et les circonstances » (art. 35), et « a le devoir de payer les impôts fixés par la loi pour le soutien des services publics de son pays » (art. 36).

Vingt ans après la déclaration africaine, la Charte européenne des droits fondamentaux adoptée à Nice en 2000 a consacré à son tour le principe de solidarité, tout en lui donnant de nouveaux prolongements. La solidarité recouvre ainsi dans cette charte (chapitre IV, art. 27 sq.), non seulement les droits sociaux déjà visés par la Déclaration universelle, mais aussi de nouveaux droits fondamentaux (droit à l'information des travailleurs, droit de négociation et d'action collective, droit d'accès aux services publics), ainsi que certains principes qui s'imposent aux pouvoirs publics et aux entreprises (conciliation de la vie familiale et professionnelle, protection de l'environnement, protection des consommateurs). Des obligations très précises découlent ainsi du principe de solidarité, obligations qui pèsent sur des sujets de droit faciles à identifier et dont la violation peut être sanctionnée par le juge : obligations de payer ses impôts, de contribuer au financement de la Sécurité sociale, de consulter les salariés, de préserver l'environnement, d'organiser le temps de travail dans des conditions compatibles avec une vie familiale normale, etc. Un autre aspect novateur du principe de solidarité tel que revisité par la charte de Nice est de fonder des droits d'agir et non plus seulement d'être protégé. Ceci vaut au plan collectif, puisque c'est sur cette base que sont proclamés la liberté syndicale ou le droit de grève, mais aussi au plan individuel, puisque le principe de conciliation de la vie professionnelle et familiale oblige à rendre aux hommes comme aux femmes des capacités d'action nouvelles.

Si l'on voulait bien prêter une attention sérieuse au fait que la solidarité, tout comme la dignité, est un principe juridique d'où découlent indissolublement des droits et des devoirs, on aurait une chance de sortir des faux débats sur la « justiciabilité » des droits économiques et sociaux. Pour le dire d'un mot, tous les dispositifs qui consistent pour une personne physique ou morale à échapper aux devoirs inhérents au principe de solidarité portent atteinte aux Droits de l'homme, et doivent être poursuivis et sanctionnés comme tels. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise délocalise ou sous-traite sa production dans le seul but de se désolidariser des règles sociales et environnementales qui régissent le marché où elle vend ses produits. A fortiori des institutions internationales comme la Banque mondiale enfreignent les Droits de l'homme lorsqu'elles promeuvent la mise en concurrence des systèmes juridiques fondée sur le seul calcul d'utilité des investisseurs. De telles violations des droits sociaux fondamentaux par les institutions en charge des échanges économiques internationaux sont rendues possibles par le fait que la solidarité est un principe qui s'est d'abord affirmé dans le cadre juridique des États-nations alors que ces institutions œuvrent à la mise sous tutelle de ces États, à commencer par les plus faibles. Et elles sont par nature hostiles aux systèmes de solidarité, qui déjouent les calculs d'intérêt individuel et

discriminent les hommes selon des critères d'affiliation et non pas selon des critères financiers.

La critique de l'idéologie ultralibérale ne doit pas conduire toutefois à méconnaître les facteurs objectifs de déstabilisation des systèmes nationaux de sécurité sociale. Le temps n'est plus où le monde pouvait être regardé comme un pavage d'États souverains, n'ayant entre eux d'autres liens que ceux qu'ils tissent librement. L'essor technologique, par les facilités qu'il donne (notamment de communication) et par les risques qu'il engendre, lie tous les États du monde et les rend objectivement solidaires. Aucun d'entre eux ne peut se croire à l'abri des épidémies, de la misère, des catastrophes écologiques, du fanatisme ou des déferlements de violence qui affectent les autres. Et chacun d'eux doit faire face à un délitement du lien social dont le coût croissant et exorbitant condamne à terme la sécurité sociale à la faillite. Compte tenu du rôle considérable que les diverses formes de solidarité civile n'ont jamais cessé de jouer, l'actuelle déstabilisation des cadres de la vie familiale et professionnelle sape la base même des systèmes de sécurité sociale. Ces diverses évolutions interdisent d'identifier le principe de solidarité qui fonde la sécurité sociale à la seule solidarité nationale. Non que cette dernière disparaisse, mais son rôle, d'exclusif, devient nodal. Il ne suffit plus d'instituer des systèmes nationaux de sécurité sociale, il faut de surcroît les lier aux autres cercles de solidarité que la pratique trace au-delà et en deçà du cadre national.

Ce sont en premier lieu les rapports entre la sécurité sociale et les différentes formes de la solidarité civile qui doivent être repensés. Le développement de la sécurité sociale a jusqu'à présent accéléré plutôt que freiné le processus d'individualisation. L'affiliation à des institutions anonymes a contribué à émanciper les individus des communautés professionnelles, familiales ou religieuses qui ont pendant longtemps constitué la trame de la solidarité. Elle a substitué la ressource monétaire au lien personnel comme principale garantie face aux risques (c'est un point que les analyses de l'État providence en termes de « décommodification » empêchent de voir). Le mot « pauvre », dans diverses langues africaines, ne désigne pas ce que la Banque mondiale entend par là (un revenu inférieur à deux dollars par jour) : est pauvre « celui qui a peu de gens », qui ne peut compter sur la solidarité d'autrui⁷. De ce point de vue, nos sociétés riches sont pleines de pauvres, d'une pauvreté que nul ne songe à mesurer et que la sécurité sociale a pu paradoxalement contribuer à accroître. Une bonne pension et une bonne assurance maladie permettent à une personne âgée de ne pas dépendre de ses enfants pour vivre, et c'est indiscutablement un progrès. Mais elles ne suffisent pas à la prémunir d'une solitude mortelle, ainsi que l'a montré en 2003 l'expérience de la canicule, à laquelle des vieux économiquement pauvres mais socialement riches ont mieux résisté que d'autres placés dans une situation inverse. D'une façon générale, aucun système de sécurité sociale ne pourrait faire face aux dépenses engendrées par une société

exclusivement composée d'individus solitaires, qui ne peuvent compter sur personne en cas de maladie. Autrement dit, dans nos pays, la solidarité nationale instituée par la sécurité sociale demeure adossée à la solidarité civile, et au premier chef à la solidarité familiale qui, bien que restreinte à un cercle plus étroit de personnes, n'en demeure pas moins bien vivante. De même que le Droit du travail ne devrait plus ignorer le travail bénévole qui s'exerce en dehors de la sphère marchande, de même le Droit de la sécurité sociale ne devrait plus ignorer les diverses manifestations de la solidarité civile, mais bien au contraire s'employer à les conforter. Ces deux aspects du reste se rejoignent lorsqu'il s'agit, par exemple, de faire face à la prise en charge des personnes âgées dépendantes et de concilier leur maintien au domicile avec la sauvegarde de l'emploi de ceux de leurs enfants qui leur viennent en aide.

Pour deux raisons au moins cette nécessaire revalorisation de la solidarité civile doit être conçue en sorte de conforter la sécurité sociale, et non comme un moyen ou un prétexte pour organiser son reflux. La première raison tient aux profondes évolutions que l'État providence a contribué à faire advenir. Le temps des familles élargies et des solidarités de métier ou de paroisse est révolu et, autant il importe de soutenir les formes vivantes de la solidarité civile, autant il serait vain de prétendre faire revivre celles qui ont disparu. La seconde raison tient au rôle nodal que la solidarité nationale doit continuer de jouer. Toutes les institutions qui reposent sur le principe de solidarité, il ne faut pas craindre de le répéter, font prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, et l'intérêt des membres du groupe sur celui des étrangers au groupe. Seul l'État est en mesure d'assurer que ces institutions concourent à l'intérêt général et ne portent pas une atteinte excessive à la liberté individuelle. Lui seul peut aussi organiser la solidarité entre les différents systèmes professionnels, mutualistes ou communautaires existant à l'intérieur du pays. Ces systèmes, s'ils ne sont pas inscrits dans un cadre national cohérent, peuvent fragmenter la société en groupes repliés sur eux-mêmes et exclure ceux qui ne relèvent d'aucun d'entre eux. Les États doivent donc demeurer les garants de la mise en œuvre du principe de solidarité. La fonction de garant implique que l'État respecte l'autonomie de ces systèmes, mais aussi qu'il les fasse participer de la solidarité nationale et les oblige à respecter les autres principes fondateurs de la sécurité sociale (dignité, égalité, participation).

L'un des premiers domaines où engager de telles réformes serait sans nul doute l'assurance maladie. Elle se trouve en France dans une situation de quasi-faillite financière, qui ne pourra indéfiniment être masquée par un report sur les générations futures du paiement des dépenses actuelles. Les causes de cette dérive des dépenses sont évidemment complexes. Le vieillissement de la population, la précarisation des conditions de vie et de travail, le progrès constant des techniques médicales, la prédation par des malades ou des médecins peu scrupuleux d'un système devenu aveugle, y contribuent certainement à des degrés variables. Mais il est sûr que les réponses à ces difficultés ne pourront être trouvées sans repenser les relations entre

les professions de santé et l'assurance maladie. Cette dernière intervient aujourd'hui comme « tiers » payant des dépenses sur lesquelles elle n'a aucune prise, si ce n'est d'en reporter tout ou partie sur les malades. La tentative de contractualisation de ses relations avec les syndicats de médecins est un échec patent, ces derniers refusant toute remise en cause du paiement à l'acte ou de leur liberté d'installation. Ils craignent, non sans quelque raison, de devenir prisonniers d'une vaste machine bureaucratique animée par la seule « logique comptable ». Le résultat de ce blocage est, en dépit de l'emballement des dépenses, l'installation à bas bruit d'une médecine à deux vitesses, l'apparition de déserts médicaux, le déclin de la médecine générale, l'essor des dépassements d'honoraires et des dessous-de-table.

Vaste et impersonnelle, la solidarité nationale est certainement le système de financement de l'assurance maladie le plus puissant, le plus juste et le plus efficace. En revanche, malgré les espoirs mis à la Libération dans leur gestion démocratique, les institutions fondées sur la solidarité nationale se sont révélées incapables de gérer de manière avisée les dépenses de l'assurance maladie. Une telle gestion suppose de créer un lien de confiance avec les médecins et les malades, qui est hors de portée d'un système par nature centralisé et anonyme. Ce lien ne peut être créé que dans des cercles de solidarité plus étroits et personnalisés. Dans la tradition française, ce sont les mutuelles qui devraient jouer ce rôle. Leur ancrage est assez puissant pour qu'elles soient parvenues à résister à leur démantèlement par la Commission européenne (qui s'est employée à les faire disparaître sur l'autel d'une pensée binaire, selon laquelle entre l'État et le Marché il n'y aurait place pour rien). Mais elles ne jouent actuellement dans la gestion de l'assurance maladie qu'un rôle de supplétifs sans pouvoir décisionnel. Le gouvernement se défausse sur elles des dépenses dont il souhaite décharger la Sécurité sociale, mais sans leur conférer en contrepartie voix au chapitre sur la manière de dépenser. C'est pourtant ce qu'il conviendrait de faire, car les mutuelles, qui reposent sur des solidarités de proximité, sont les seules institutions susceptibles de tisser de vrais liens conventionnels avec les professions de santé. Et l'établissement de tels liens est indispensable si l'on veut « développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible⁹ ». Installer ainsi les mutuelles à l'interface de l'assurance maladie et des professions de santé permettrait de mettre fin à certaines absurdités du système actuel, et notamment au paiement à l'acte, qui incite à la multiplication des actes, pénalise les médecins qui prennent encore le temps de parler à leurs malades et récompense en revanche ceux qui remplacent ce dialogue par l'inflation de prescriptions techniques. Les mutuelles seraient mieux à même de tirer toutes les conséquences des transformations sociologiques profondes du corps médical et de promouvoir des modes de rémunération des professionnels qui favorisent le juste soin, la médecine générale, le dialogue médical (dont la dégradation se paie par la montée du contentieux) ou le repeuplement des déserts

médicaux. Donner un rôle effectif à des institutions fondées sur des solidarités de proximité n'affaiblirait pas, mais bien au contraire conforterait la solidarité nationale sur laquelle doit continuer de reposer l'assurance maladie. Et cela donnerait une chance à une médecine plus économe de demeurer attentive à tous les ressorts de la souffrance humaine, au lieu de se muer peu à peu en une forme particulièrement ruineuse de plomberie-zinguerie.

Les systèmes nationaux de sécurité sociale doivent en second lieu tenir compte de la globalisation des risques auxquels ils ont à faire face et participer à l'élaboration de mécanismes internationaux de solidarité. La libre et rapide circulation à l'échelle du monde des épidémies et des agents pathogènes, l'augmentation de risques écologiques à dimension planétaire, le vieillissement de la population des pays « riches », l'émigration massive de populations fuyant l'insécurité et la misère qui sévissent dans nombre de pays du Sud, sont autant de facteurs qui condamnent la tentation de se replier sur le cercle de la solidarité nationale. S'enfermer dans les cercles nationaux de la solidarité pour faire face à ce type de risques, c'est s'enfermer dans des apories dont les débats sur le statut social des immigrés illégaux offrent un parfait exemple. Sauf à renier les droits sociaux fondamentaux proclamés par nos déclarations les plus solennelles, on ne peut refuser à quiconque le droit à la sécurité sociale, qui participe de sa dignité d'être humain. Mais on ne peut davantage étendre le cercle de la solidarité nationale à tous les habitants de la planète qui sont privés de ce droit. La solution adoptée jusqu'ici pour sortir de cette impasse est double. Elle consiste d'une part à déplacer les critères d'admission à la citoyenneté sociale et à y admettre tout ou partie des immigrés illégaux qui justifient d'une présence d'une certaine durée sur le territoire national, et d'autre part à dresser des lignes Maginot censées mettre l'Europe à l'abri du déferlement d'immigrants illégaux. Cette solution n'est ni satisfaisante ni tenable à terme. Car elle fait de l'accès aux droits sociaux fondamentaux le prix de la course mortelle que des milliers de personnes entreprennent chaque jour pour forcer les barricades dans lesquelles nous tentons de nous enfermer. Ceux qui meurent en route, qui sont refoulés ou qui tentent de survivre malgré tout dans leur pays, demeurent à l'extérieur du cercle de la solidarité nationale et sont abandonnés à leur sort.

On ne pourra sortir de ces apories tant que la sécurité sociale sera regardée à l'échelle du monde comme une juxtaposition de systèmes nationaux de solidarité, clos sur eux-mêmes et déconnectés de la sphère économique. Un problème comme celui de l'immigration illégale de masse ne peut être abordé correctement si l'on ne s'intéresse pas à ses causes, et notamment à l'injustice du régime international des échanges, et si l'on n'envisage ses effets que dans les pays d'immigration et pas dans les pays d'émigration. Ce qui pousse les jeunes Africains à risquer leur vie pour émigrer en Europe, c'est le dénuement et l'insécurité économique où leurs pays se trouvent plongés après vingt ans de politiques d'ajustement structurel, de dérégulation des échanges et l'absence de « travail décent » dans leur pays d'origine.

La solidarité avec les sans-papiers est certes nécessaire, mais si l'objectif est de faire respecter partout les droits sociaux fondamentaux, l'essentiel est ailleurs. Il consiste à passer de la solidarité négative qui prévaut aujourd'hui dans les relations entre États à une solidarité positive qui repose sur des objectifs communs de travail décent et de justice dans le régime des échanges entre pays. Il faut installer le principe de solidarité au cœur des règles internationales du commerce (ce qui impliquerait notamment d'« assurer une plus grande stabilité des prix mondiaux des matières premières et denrées » D.Ph. art. IV). Et il faut se donner les moyens d'évaluer ces règles à l'aune de leurs effets réels sur la sécurité économique des hommes (D.Ph. art. II, c). Ce principe doit aussi prévaloir dans les relations intraeuropéennes. Il est encore temps de mettre un terme à la mise en concurrence sociale et fiscale des pays membres de l'Union européenne, dont l'exacerbation nourrit le retour des protectionnismes nationaux. Bismarck avait eu l'intelligence à la fin du XIX^e siècle de faire des assurances sociales naissantes le ciment de l'unification allemande. Pourquoi l'Europe ne serait-elle pas capable au début du XXI^e siècle de se doter des nouveaux instruments de solidarité, propres à soutenir la capacité de ses travailleurs ? Pourquoi ne donnerait-elle pas l'exemple du rétablissement de la hiérarchie des moyens et des fins fixés par la Déclaration de Philadelphie ?

- 1. Digeste, 45, 2,2. Voir Charles Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, A. Marescq, 1858.
- 2. Selon le premier article du Code français de la Sécurité sociale (art. L.111-1) : « L'organisation de la Sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. »
- 3. Voir Alain Supiot, « Sur le principe de solidarité », Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, n° 6, 2005, p. 67-81.
- 4. CJCE, 17 février 1993, aff. C-159 et 160/91 (*Poucet et Pistre*), *Droit social*, 1993, 488, note Philippe Laigre et obs. Jean-Jacques Dupeyroux; CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94 (*Coreva*); CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94 (*Garcia*). Voir Jean-Jacques Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », *Droit social*, 1990, p. 741.
- 5. Voir Charles Malamoud (dir.), *La Dette*, EHESS, 1980, qui cite (p. 80) ce texte de la tradition brahmanique : « L'homme, aussitôt qu'il naît, naît en personne comme une dette due à la mort. »
- 6. Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton University Press, 1990.
- 7. Voir Josette Nguebou-Toukam, Muriel Fabre-Magnan, « La tontine : une leçon africaine de solidarité », in *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 299 sq.
- 8. L'instrument de ce report est la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES). Créée en 1996 pour résorber le « trou » de la Sécurité sociale (qui s'élevait à l'époque à moins de 21 milliards d'euros) en empruntant sur les marchés financiers, la CADES a en fait permis de le creuser impunément. Initialement destinée à disparaître en 2009, son existence est régulièrement prolongée et le Parlement lui transfère régulièrement la charge de déficits de plus en plus abyssaux (ainsi fin 2008, 26,9 milliards d'euros de dettes supplémentaires lui ont été transférés au titre du déficit de la Sécurité sociale, dont 14,1 milliards d'euros au titre de la seule assurance maladie).
- 9. Code de la santé publique, art. L. 1110-1.

Annexe

Déclaration de Philadelphie concernant les buts et objectifs de l'organisation internationale du travail

La Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, réunie à Philadelphie en sa vingt-sixième session, adopte, ce dixième jour de mai 1944, la présente Déclaration des buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, ainsi que des principes dont devrait s'inspirer la politique de ses Membres.

I

La Conférence affirme à nouveau les principes fondamentaux sur lesquels est fondée l'Organisation, à savoir notamment :

- a) le travail n'est pas une marchandise;
- b) la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu ;
- c) la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous ;
- d) 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.

II

Convaincue que l'expérience a pleinement démontré le bien-fondé de la déclaration contenue dans la Constitution de l'Organisation internationale du travail, et d'après laquelle une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale, la Conférence affirme que :

- a) 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 ;
- b) la réalisation des conditions permettant d'aboutir à ce résultat doit constituer le

but central de toute politique nationale et internationale;

- c) tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental;
- d) il incombe à l'Organisation internationale du travail d'examiner et de considérer à la lumière de cet objectif fondamental, dans le domaine international, tous les programmes d'action et mesures d'ordre économique et financier;
- e) en s'acquittant des tâches qui lui sont confiées, l'Organisation internationale du travail, après avoir tenu compte de tous les facteurs économiques et financiers pertinents, a qualité pour inclure dans ses décisions et recommandations toutes dispositions qu'elle juge appropriées.

Ш

- La Conférence reconnaît l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du travail de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser :
- a) la plénitude de l'emploi et l'élévation des niveaux de vie ;
- b) l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun ;
- c) pour atteindre ce but, la mise en œuvre, moyennant garanties adéquates pour tous les intéressés, de possibilités de formation et de moyens propres à faciliter les transferts de travailleurs, y compris les migrations de main-d'œuvre et de colons ;
- d) la possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains, de durée du travail et autres conditions de travail, et un salaire minimum vital pour tous ceux qui ont un emploi et ont besoin d'une telle protection;
- e) la reconnaissance effective du droit de négociation collective et la coopération des employeurs et de la main-d'œuvre pour l'amélioration continue de l'organisation de la production, ainsi que la collaboration des travailleurs et des employeurs à l'élaboration et à l'application de la politique sociale et économique;
- f) 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 ;
- g) une protection adéquate de la vie et de la santé des travailleurs dans toutes les occupations ;

- h) la protection de l'enfance et de la maternité;
- i) un niveau adéquat d'alimentation, de logement et de moyens de récréation et de culture ;
- j) la garantie de chances égales dans le domaine éducatif et professionnel.

IV

Convaincue qu'une utilisation plus complète et plus large des ressources productives du monde, nécessaire à l'accomplissement des objectifs énumérés dans la présente Déclaration, peut être assurée par une action efficace sur le plan international et national, et notamment par des mesures tendant à promouvoir l'expansion de la production et de la consommation, à éviter des fluctuations économiques graves, à réaliser l'avancement économique et social des régions dont la mise en valeur est peu avancée, à assurer une plus grande stabilité des prix mondiaux des matières premières et denrées, et à promouvoir un commerce international de volume élevé et constant, la Conférence promet l'entière collaboration de l'Organisation internationale du travail avec tous les organismes internationaux auxquels pourra être confiée une part de responsabilité dans cette grande tâche, ainsi que dans l'amélioration de la santé, de l'éducation et du bienêtre de tous les peuples.

V

La Conférence affirme que les principes énoncés dans la présente Déclaration sont pleinement applicables à tous les peuples du monde, et que, si, dans les modalités de leur application, il doit être dûment tenu compte du degré de développement social et économique de chaque peuple, leur application progressive aux peuples qui sont encore dépendants, aussi bien qu'à ceux qui ont atteint le stade où ils se gouvernent eux-mêmes, intéresse l'ensemble du monde civilisé.