



CLINIQUE DU TRAVAIL ET ÉVOLUTIONS DU DROIT

Sous la direction de
Nicolas Chaignot Delage
et Christophe Dejours

puf

remise en l'état apparaît comme une source d'inspiration pertinente pour comprendre et juger des situations de souffrance au travail et prévoir en conséquence la réparation intégrale des préjudices causés (patrimoniaux et extrapatrimoniaux).

... l'absence de la réparation juridique pour être autre... Dans le... avec la règle civile de remise en l'état... certain... de la réparation du préjudice, avec des... (M. Miné). Dans une affaire que la chambre... en à trancher le 23 novembre... au principe établi dans une... de la respon... qui énonce que le « propre de la respon... aussi exactement que possible l'équité... de placer la victime aux dépens du... dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte... Pour le juge de cassation, ce... la seule allocation de... Il peut être décidé du relassement profes... d'une... Cette décision... Il ne s'agit pas d'un simple... de la modification du... une révision du coefficient et du... Ainsi, cette... de la réparation entouée au sens de la... de travail.

CHAPITRE XIII (A)

Droit du travail et nouvelles normativités Réflexions à partir de l'École de Bruxelles

Benoît Kanabus

Les troubles psychosociaux sont un symptôme criant de l'injustice sociale qui règne actuellement dans le milieu du travail. Les nombreux travaux que Christophe Dejours leur a consacrés le démontrent suffisamment, à commencer par la publication retentissante de *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale au travail*¹. Du mépris, on prend en effet toujours d'abord « conscience affectivement » au travers de « réactions émotionnelles négatives », jusqu'au point, redisons-le cette fois avec Axel Honneth, d'éprouver « des symptômes psychiques [qui sont pour un sujet la prise de] conscience qu'il est illégitimement privé de reconnaissance sociale »². Or cette expérience du mépris – qu'elle passe par la souffrance charnelle du travailleur ou par sa souffrance psychique, ce qui, dans l'un et l'autre cas, est toujours une souffrance de la subjectivité pure³ – fut, on le sait, la source

1. C. Dejours, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale au travail*, Paris, Seuil, 1998.
2. A. Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Paris, Cerf, 2008, p. 166, 169 et 171.
3. Voir M. Henry, *La Barbarie*, Paris, Grasset, 1987.

de l'apparition d'un droit des travailleurs à la fin du XIX^e siècle et le moteur de l'évolution du droit du travail durant le XX^e siècle¹.

Peut-on espérer que la prévention des risques psychosociaux intégrera une telle dynamique ? Poser cette question, c'est également poser une question de philosophie du droit : est-il encore possible de croire aujourd'hui en une autoréalisation du droit se traduisant dans un processus de rationalisation progressive du réel social à travers la « lutte pour le respect de la qualité des personnes juridiques² » ? Autrement dit, peut-on encore se reposer sur l'idée que le vrai progrès du droit social se réalise sous forme de conflits sociaux conduisant à assurer progressivement un dépassement des pathologies sociales ? L'ère de la contractualisation et des nouvelles normativités, par le bouleversement qu'elle provoque tant dans le monde du travail que dans le monde juridique, conduit à en douter. Elle invite plutôt les juristes à repenser la densité de leur concept de droit pour préserver, dans ce monde du travail en profonde mutation, les valeurs sociales auxquelles ils sont attachés.

I. — L'ÈRE DE LA CONTRACTUALISATION

Dans l'un de ses derniers ouvrages, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*³, Alain Supiot développe une analyse alarmiste sur le rôle régulateur du droit à l'intérieur

1. Voir F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1985 ; R. Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Gallimard, 1995 ; A. Cottereau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *Annales. Histoire, sciences sociales*, 5716, 2002, p. 1521-1557 ; J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail de 1830 à nos jours*, PUR, Rennes, 2004.

2. A. Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 135.

3. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.

de nos sociétés occidentales, en mettant tout particulièrement en lumière l'affaiblissement du droit du travail face au pullulement des contrats spéciaux, ainsi que le délabrement rapide des conditions de travail dont ce phénomène est l'une des causes¹. Il part du constat suivant : l'évolution du droit est aujourd'hui marquée par la diminution du rôle de la loi étatique au bénéfice du rôle du contrat privé dans un contexte de globalisation et de valorisation de la régulation par le marché, au point que de voir les États invités par les organisations internationales « à démanteler toutes [les lois nationales] qui, organisant des solidarités "locales" (services publics, mutuelles, aides publiques), apparaissent comme un obstacle au libre-échange des produits, des services et des capitaux² ». Ainsi est-on entré dans ce qu'il est convenu d'appeler une ère de la contractualisation de la société dont le but est de substituer partout où cela est possible le contrat à la loi.

Le contractualisme, il est utile de le rappeler, fut largement inspiré par le mouvement des *Laws and Economics* et, plus fondamentalement, par cette bonne vieille idéologie économique utilitariste, qui conçoit la société comme un agglomérat d'individus motivés par le seul calcul d'intérêt. Il n'est donc guère étonnant que « cette tendance du contrat à déborder des cadres où l'enfermait l'État se manifeste par un recul de tout ce qui, dans la définition des personnes, des choses ou du temps, pourrait entraver le libre jeu de sa négociation. Sont ainsi remises en cause les constructions juridiques qui, sous l'égide des États, réunissaient les dimensions "économiques" et "sociales" du travail³ ». L'ère de la contractualisation épouse donc parfaitement l'ère de la globalisation pour célébrer « d'un même mouvement les vertus du libre-échange et celles du

1. Pour une lecture approfondie de ce texte en regard de la théorie d'Axel Honneth, voir J. Lenoble, « Le droit selon le modèle de la loi de la loi : les limites de la théorie de la reconnaissance de Honneth et de l'interprétation anthropologique du droit de Supiot », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke* (à paraître). Nous remercions l'auteur de nous avoir permis de consulter le manuscrit.

2. A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 164.

3. *Ibid.*, p. 164-165.

contrat, réputé flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi, réputée rigide, unilatérale et asservissante¹ ».

Or un tel système ne peut qu'entraîner le délitement complet du lien social et de l'État comme tiers garant du pacte social. D'où, explique Supiot, « la prolifération des autorités indépendantes, chargées de la police contractuelle dans un ensemble régional (Commission européenne) ou dans un domaine d'activité déterminé (énergie, bourse, transports, télécommunications, audiovisuel, biotechnologies, informatique, sécurité alimentaire, hôpitaux, médicaments, etc.)² ». En un mot, nos sociétés sont traversées par un recours croissant à des contrats de droit privé, qui n'ont guère plus qu'un air de famille avec la conception classique d'un accord de volonté entre des individus libres et égaux³, mais aussi par de nouveaux instruments normatifs mobilisés dans la régulation sociale⁴. Ces normes privées globales, le plus souvent techniques, « devraient devenir un des objets majeurs de la philosophie du droit », comme l'indique Jean-Yves Cherot dans un autre contexte, tant il semble que « le développement des normes techniques prend dans la globalisation le pas sur les régulations juridiques »⁵.

1. *Ibid.*, p. 142.

2. *Ibid.*, p. 166.

3. Voir L. Hennebel, G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme : de la pratique à la théorie du pluralisme juridique et politique », in G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris Dalloz, 2009, p. 221-246, 221.

4. Mentionnons ici à titre d'exemple la norme ISO 26000 : 2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale* ou le *Global Rights Index* mis en place par l'International Trade Union Confederation en 2015.

5. J.-Y. Cherot « Transparence et normes privées globales : le cas des normes agroalimentaires », in D. Custos (dir.), *La Transparence, un principe de gouvernance*, Bruxelles, Bruylant, p. 103-131, ici p. 129.

II. – LES NOUVELLES NORMATIVITÉS

Les travaux de l'École de Bruxelles¹ se sont donnés pour tâche ces dernières années d'explorer en profondeur ces nouvelles normativités qui nous surplombent. Ils nous invitent à comprendre cette évolution du droit dans un contexte marqué par la globalisation et par l'échec du projet du droit international de se constituer en droit de la société mondiale. Il s'agit d'observer que le droit global en construction ne se caractérise pas seulement par un changement d'échelle des règles, mais par une mutation en profondeur des formes, des procédures et de la nature même des normes en usage².

Parfois classées par les juristes dans la catégorie résiduelle de la *soft law*, ces « nouvelles normativités », qui prennent la forme de normes techniques, de codes de conduite, d'indicateurs³, mais également de *benchmark* ou de technorégulations, n'ont ni le même pedigree, ni le même mode de mise en œuvre que nos traditionnelles règles de droit. Elles en jouent pourtant souvent le rôle d'équivalents fonctionnels et se révèlent parfois plus efficaces pour organiser ou contraindre le comportement des acteurs par-delà les frontières. Elles lancent, en tout cas, un véritable défi aux juristes qui ne peuvent plus se permettre de les ignorer, mais doivent se les approprier s'ils entendent défendre leurs valeurs dans un monde en profonde transforma-

1. Voir B. Frydman, G. Lewkowicz (dir.), *Le Droit selon l'École de Bruxelles*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2015. Nous remercions les auteurs de nous avoir permis de consulter le manuscrit.

2. G. Lewkowicz, « Le droit global face à la nouvelle question sociale : Quelle stratégie pour les juristes face à la concurrence des normativités ? », conférence donnée le 6 juin 2014 dans le cadre du séminaire interdisciplinaire « Clinique du travail et évolutions du droit », organisé au CNAM.

3. Voir B. Frydman, A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

tion et apporter leur contribution à la résolution de la nouvelle question sociale¹.

On situe mieux les craintes d'Alain Supiot quant aux conséquences sur le droit du travail et la question de la santé mentale des travailleurs. Ce dernier fait constater que « la déréglementation du droit du travail, d'une part, et la généralisation des minima sociaux, d'autre part, apparaissent comme les deux faces d'une même médaille où le travail figurerait comme une chose débarrassée de la personne, libre à l'achat et à la vente, et où la personne n'apparaîtrait qu'en cas de "besoins" assez criants pour ne pas pouvoir être ignorés par la collectivité² ». Dans un tel contexte, les ambitions de la justice sociale ne cessent d'être revues à la baisse, signant la fin du processus de reconnaissance sociale cher à Axel Honneth et, d'une manière plus générale, celle des droits sociaux et des acquis de la solidarité dans les États-providence. « Hier il s'agissait de faire accéder tous les hommes au bien-être occidental ; aujourd'hui on se replie sur les revendications minimales qui furent celles des premiers philanthropes sociaux du XIX^e siècle : cantonner les épidémies, interdire le travail forcé, limiter le travail des enfants³... »

Dans un monde du travail se transformant d'autant plus rapidement, la question de la santé mentale et de sa protection se pose donc de manière particulièrement complexe du point de vue de la technique juridique. Au-delà de l'aspect technique, on peut aussi s'interroger pour savoir si les ressorts de certains des nouveaux instruments de régulation ne sont pas eux-mêmes parfois la cause des pathologies mentales les plus commentées, tel que l'épuisement professionnel⁴. Plus encore, il s'agit de se demander s'il n'existe pas des pathologies associées aux nouvelles normativités – on a ainsi pu parler de *global burn-out*⁵ comme d'une

1. Voir G. Lewkowicz, « Le droit global face à la nouvelle question sociale », art. cit.
2. A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 164-165.
3. *Ibid.*
4. G. Lewkowicz, « Le droit global face à la nouvelle question sociale », art. cit.
5. Voir P. Chabot, *Global burn-out*, Paris, Puf, 2013.

maladie de civilisation – de la même manière qu'il existerait des pathologies de la loi¹.

III. – LA FIN DU SAVOIR SUBSTANTIEL

Mais c'est également la théorie du droit qui est interpellée dans ses fondements par cette problématique : « La diversification des types de normes et l'émergence de nouvelles formes de normativités, dont la nature et le fonctionnement demeurent encore mal connus et mal identifiés, remplissent le cahier des charges de la théorie analytique, en même temps qu'elles invitent, de manière plus fondamentale, à remettre sur le métier la question pour elles centrale de la définition du concept de droit². » Ce qui est effectivement remis en cause par la globalisation n'est rien moins que l'approche classique du droit – entendons le modèle positiviste et internaliste communément admis –, en termes de règles construites à partir d'une méta-règle (comme l'est la lutte pour la reconnaissance chez Axel Honneth), du moins d'une garantie externe (comme l'est l'engagement politique étatique) à partir de laquelle, dans la visée la plus progressiste, on mesure le progrès des exigences normatives portées par la dignité des individus et l'acquis de davantage de droits dans la société. Du point de vue théorique, et non plus seulement philanthropique, le droit et la science juridique font dès lors, là aussi, « l'expérience d'une remise en question en profondeur dont on trouve peut-être un équivalent dans le ainsi nommé "Tournant 1900" de la science du droit qui s'observe en Allemagne avec le mouvement du *freie Recht*, en France avec celui de la libre recherche scientifique, aux États-Unis avec le pragma-

1. Sur les pathologies de la loi, nous renvoyons en général aux nombreux travaux de Michel Foucault.
2. B. Frydman, J.-Y. Cherot (dir.), *La Science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, Avant-propos, p. VII-XIII, ici p. x.

tisme juridique ou, en Belgique, avec la première génération de l'École de Bruxelles¹ ».

Or l'approche classique du droit faisait fond sur une approche classique de la démocratie, elle aussi largement battue en brèche, consistant à miser sur la capacité des autorités publiques à construire une solution aux différents problèmes sociétaux qui se posent à elles en étant capable d'identifier la signification attendue de la norme et de la rendre rationnellement acceptable par les citoyens destinataires de cette norme². Est-il raisonnable de penser, comme y incline Alain Supiot, que la seule alternative à ce constat de l'évolution économiste du droit soit de « réétatiser » le droit ? Devrait-on à nouveau miser sur le fait que l'État puisse être lui-même l'instrument d'un calcul

1. B. Frydman, G. Lewkowicz (dir.), *Le Droit selon l'École de Bruxelles*, op. cit. L'École de Bruxelles a en effet fortement influencé le tournant sociologique du droit et de la philosophie à la fin du XIX^e siècle. L'un de ses actes fondateurs fut la publication de *l'Introduction à la sociologie* (2 t., Bruxelles/Paris, Mayolez/Alcan, 1886-1889) de Guillaume De Greef, avocat au barreau de Bruxelles et docteur en droit – une œuvre qui sera entre autres discutée en France par Émile Durkheim. À partir de 1902, le mouvement intellectuel ainsi initié est notamment poursuivi par le juriste Louis Wodon et l'historien du droit Guillaume des Marez, disciple d'Henri Pirenne. Ces travaux, particulièrement influents en Europe, rencontreront un succès international, singulièrement en France via l'Institution internationale de Sociologie fondée par Worms. L'une des thèses principales de l'École est alors la suivante : « Pour déterminer les droits de chacun, le juge devra s'appuyer moins sur l'interprétation de la loi que sur l'observation de la réalité sociale et la pondération des intérêts en présence » (B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Working Papers du centre Perelman de philosophie du droit*, 7, 2011, p. 8, repris in *id.* et M. Meyer [dir.], *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, Puf, 2012, p. 229-246). L'ambition générale de l'École est dès lors clairement affichée : en partant de l'observation de la pratique, elle tente de guider le cours social dans le sens du progrès, en favorisant l'évolution du droit et en développant une sociologie résolument engagée. Pour ce faire, elle promeut le tournant sociologique et anti-formaliste de la science juridique. Il est ainsi significatif que l'influence des premiers travaux de l'École de Bruxelles sur le droit belge sera puissante en droit social, et, plus précisément encore, au niveau de la législation sur les accidents de travail, préparée par Louis Wodon.

2. Ce constat ne semble pas fondamentalement remis en cause même si l'on privilégie une « démocratie d'interaction » dans laquelle l'action de l'autorité publique se combine à de nouvelles formes de participation citoyenne et de délibération portées par des acteurs du monde militant. Nous renvoyons de manière générale aux travaux de Pierre Rosanvallon (voir J. Lenoble, « Le droit selon le modèle de la loi de la loi », art. cit.).

optimal lui permettant de déterminer les mesures à prendre afin de garantir l'optimum de bien-être collectif et l'effectivité des exigences normatives appelées par les droits fondamentaux ?

Ce serait méconnaître que le processus de la contractualisation de la loi est apparu dans les années 1950 aux États-Unis devant l'échec du *New Deal* et, plus largement, de la régulation centralisée dans sa capacité à répondre aux difficultés sociales qui se posaient à elle. Ce processus s'est donc bâti sur la conscience qu'il était précisément illusoire de croire à l'existence d'un savoir substantiel porté par l'État. Au contraire, la philosophie pragmatiste américaine a démontré que « les effets d'une norme sont toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont la charge de l'appliquer¹ ». C'est bien semblable constat qui a conduit, après la Seconde Guerre mondiale, à l'émergence « de nouvelles formes de régulation, plus décentralisées, en ce compris de nouvelles formes de la fonction de juger² ».

IV. – LE RENOUVELLEMENT DE L'ANTIFORMALISME

Quelle est la position théorique de l'École de Bruxelles ? Et qu'en tirer au niveau de la question du droit du travail et, plus spécifiquement, de la protection de la santé mentale dans le milieu du travail ?

Faisons un bref retour en arrière. Lors de sa naissance, le droit du travail fut à la pointe du rejet général du formalisme qui par-

1. J. Lenoble, « Le droit selon le modèle de la loi de la loi », art. cit.

2. *Ibid.* Sur cette question, voir J. Lenoble, M. Maesschalck, *Toward a Theory of Governance : The Action of Norms*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2003. Pour la version française, voir *L'Action des normes, Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke/Québec, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009 ; *Democracy, Law and Gouvernance*, Aldershot, Ashgate, 2010. Pour la version française, voir *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke/Québec, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

courait la doctrine française sous la III^e République¹. Mais il est également la branche juridique qui conserva le mieux cette dynamique, alors que les autres matières se lançaient de leur côté dans une course effrénée vers des qualifications juridiques de plus en plus formelles et une pratique de plus en plus positiviste, les menant à considérer que le droit était au final un ensemble de règles s'appliquant presque mécaniquement à des cas litigieux. Rares sont donc devenus les théoriciens « qui soutiennent encore aujourd'hui, du moins ouvertement, que la loi écrite n'est que la manifestation d'une norme dont la véritable origine et le réel fondement résident dans la nature des choses² ». Or, sans pour autant accepter de se définir dans les termes de ses détracteurs, l'École de Bruxelles a pour caractéristique de continuer à promouvoir une dynamique antiformaliste qui déploie « une approche réaliste et pragmatique du droit selon laquelle la règle de droit, l'ordre dans lequel elle s'inscrit et la source qui la formule doit être comprise dans la perspective de son application discutable et controversée à une situation concrète où elle prend son sens et produit ses effets³ ».

Présente dès les premières heures de l'École de Bruxelles, cette tradition doctrinale s'est poursuivie avec Chaïm Perelman – figure prééminente de l'École de Bruxelles dans la seconde moitié du xx^e siècle –, qui conteste, d'une part, la théorie normativiste dominante de Hans Kelsen⁴ et, d'autre part, la théorie analytique d'Herbert Hart⁵. C'est

1. Voir C.-M. Herrera, « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la III^e République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 29/1, 2011, p. 145-166.

2. P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Revue française de théorie juridique*, 2004, p. 197-217, ici p. 198.

3. G. Lewkowicz, « L'École de Bruxelles face à la globalisation », *Leçon inaugurale du séminaire international sur le Droit global*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 29 mai 2012 (en ligne sur le site d'Academia.edu : entrée « Grégory Lewkowicz »), p. 1-12, ici p. 6.

4. Sur les relations entre Kelsen et Perelman, voir N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1998, p. 271.

5. Voir C. Perelman, « La théorie pure du droit et l'argumentation », repris in *Éthique et Droit*, Bruxelles, Presses de l'Université libre de Bruxelles, 1990, p. 567.

en effet « en réaction contre la théorie du caractère discrétionnaire des décisions judiciaires (en anglais, *no right answer theory*), que Perelman va positionner sa théorie argumentative du droit¹ ». Lorsque les juges se prononcent sur un litige, leurs décisions procèdent moins d'une observation des qualifications et des règles de droit que de la recherche d'une solution conforme à la nature réelle du problème² ou, pour le dire autrement, d'« une solution raisonnable aux différends portés devant lui, [déterminant] en l'espèce la valeur qui doit l'emporter dans une situation spécifique³ ».

Cette position n'entraîne donc pas l'introduction d'une donnée extra-juridique dans le droit ou la réminiscence d'un droit

Sur cette question, voir C. Leben, « Chaïm Perelman ou les valeurs fragiles », *Droits*, 2, 1985, p. 107-115 et A. Melcer, « Les enjeux philosophiques de la topique juridique selon Perelman », *Revue de morale et de métaphysique*, 66, 2010, p. 195-212.

1. B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », art. cit., p. 4.

2. Voir C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

3. B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », art. cit., p. 9. On mesure le déplacement opéré vis-à-vis de la théorie d'Herbert Hart, quand bien même celui-ci reconnaît que, si le droit repose sur un ensemble cohérent et complet de règles assez claires, il reste une part d'indétermination, laissant aux organes d'application, avant tout aux juges, une marge d'action pour résoudre les cas plus obscurs. C'est ce qu'il appelle la « pénombre d'incertitude », aussi appelée « frange d'imprécision » ou « aire de texture ouverte » qu'il distingue du « noyau de certitude » (H. L. A. Hart, *Le Concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 [2^e éd.], p. 119-120, 123-126, 128, 131, 135, 143 et 150. L'édition originale a été publiée à Oxford, Clarendon, 1961). Kelsen, avant lui, avait aussi laissé place à une même zone ou une aire d'indétermination sur la signification de norme singulière : le « cadre ouvert à plusieurs possibilités d'application » (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre : Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienne/Leipzig, Deuticke, 1934. Pour une traduction française, voir *Théorie pure du droit*, trad. H. Thevenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1953 ou celle de C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, rééd. Paris, Bruylant LGDJ, 1999). Il n'est pas davantage suffisant de se tourner vers la théorie de Ronald Dworkin pondérant la précédente en insistant sur le fait que le droit ne peut être un système positiviste complet dans la mesure où il comprend justement des principes implicites tant politiques qu'éthiques qu'il appartient aux juges de découvrir par l'interprétation (voir R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard UP, 1985, p. 119-145 et « No Right Answer ? », in P. M. S. Hacker, J. Raz [dir.], *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 58-84).

naturel¹, qui subordonnerait le droit positif à un droit idéal. Elle encourage plus prudemment à instaurer un dialogue entre l'éthique et le juridique en soulignant que les juges intègrent des principes généraux et des valeurs au fondement de leurs jugements². De tels principes deviennent pleinement du droit positif dès lors qu'ils ont été incarnés institutionnellement au travers d'actes jurisprudentiels et législatifs. La reconnaissance qu'existent, au-delà des sources formelles du droit positif, des principes généraux du droit qui doivent faire partie intégrante et obligatoire du droit constitue une victoire emblématique des thèses antiformalistes de l'École de Bruxelles.

Nonobstant, le risque pourrait paraître grand pour ses contradicteurs que ces principes généraux, qui fondent les actes législatifs et la jurisprudence, ne soient que des jugements de valeur purement subjectifs. Si l'on se contente ici de rester sur le cas du droit du travail, un tel risque semble immédiatement levé par sa pratique qui repose sur un intense dialogue avec les autres sciences (médicales, psychiatriques, psychologiques, philosophiques, sociologiques,

1. Sur cette question, voir également un autre membre de l'École de Bruxelles, contemporain de Perelman : P. Foriers, « Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique » (1954), repris in *La Pensée juridique de Paul Foriers*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 75 et « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif » (1963), *ibid.*, p. 411-428.

2. « Cependant, par-delà le débat avec Kelsen et accessoirement avec Hart, c'est une polémique beaucoup plus fondamentale contre le positivisme juridique que Perelman a engagée. Il combat les thèses du positivisme logique, devenues pour lui insupportables après les horreurs du nazisme et de la Seconde Guerre mondiale, suivant lesquelles les jugements de valeurs sont arbitraires au sens où ils n'énoncent que des préférences subjectives entre lesquelles il est impossible de trancher rationnellement. Il ne serait donc pas possible de dire qu'une thèse soit moralement plus juste qu'une autre. Et il en va de même pour les questions et les décisions juridiques. D'un point de vue scientifique, énoncer que telle loi ou tel jugement est injuste ou scélérat n'aurait par conséquent tout simplement aucun sens. On peut seulement observer si cette loi ou ce jugement est ou non valide dans un système juridique donné. La théorie pure du droit de Kelsen en prend acte et, écartant toute référence aux jugements de valeur dans le domaine de la science du droit, détermine la validité d'une norme exclusivement par référence aux conditions assignées par le système qui la produit et auquel elle appartient » (B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », art. cit., p. 4-5).

économiques...) dans le but de circonscrire au mieux les principes qui guident son appréhension des situations concrètes.

C'est bien aussi en ce sens que, face à l'affaiblissement du droit du travail et au démantèlement de la protection des conditions de travail dans l'ère de la contractualisation, l'École de Bruxelles plaide en faveur d'une appropriation par les juristes des nouvelles normativités qui envahissent la vie sociale et, spécialement, la vie en entreprise¹. Ajouter ces nouvelles normativités à la panoplie dont disposent les juristes pour s'engager dans les luttes sociales ne relève à ses yeux pas tant d'un choix politique que d'un choix tactique ou stratégique pour faire prévaloir les valeurs du droit dans un monde en pleine mutation. Dit autrement, les juristes doivent se rendre capables de réaffirmer la densité du concept de droit², qui est et doit rester une institution majeure de la vie sociale, car c'est la voie par où passera sa future capacité à faire prévaloir ses valeurs, et tout particulièrement en matière de droit social.

Dans cette perspective, l'approche antiformaliste promue par l'École de Bruxelles nous semble essentielle non seulement, d'une manière générale, pour renouveler la théorie du droit face à l'évolution actuelle du droit et de la société, mais aussi, d'une manière pratique, pour qui veut répondre par le droit aux risques psychosociaux ou mobiliser en juriste, lorsque cela s'avère plus efficace, les nouveaux instruments de régulation afin de faire triompher les principes du droit du travail. Il ne s'agit rien de moins, pour les juristes, que de participer à repenser la crise qui frappe le monde

1. Voir L. Hennebel, G. Lewkowicz, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in coll., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147-226.

2. Voir J.-Y. Cherot, « Concept de droit et globalisation », in *La Science du droit dans la globalisation*, op. cit., p. 3-16, 14-15 ; « Les droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation : entre OMC et OIT », in *Europe et Mondialisation. Europa und die globalisierung. Actes du Colloque de la Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-Marseille et de la Faculté de droit de l'université de Tübingen (Aix-en-Provence, 21-22 octobre 2004)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 349-358.

de travail comme un écart entre la mutation de l'organisation du travail et la perte de pertinence des dispositifs de régulation qui l'encadrent dans le contexte de la globalisation et de la concurrence des normativités.

Benoît Kanabus, docteur en philosophie et maître en droit, ancien chercheur FNRS et professeur invité au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain.

Septembre 2015

CHAPITRE XIII (B)

À propos d'organisations du travail et d'évolutions du droit du travail

Michel Miné

Il faut choisir : se reposer ou être libre.
Thucydide¹.

L'organisation du travail, objet de recherche dans différentes disciplines (philosophie, ergonomie, psychodynamique du travail, sociologie, médecine du travail, etc.) doit devenir un objet de recherche pour les juristes². Dans cette perspective, le juriste a à analyser le travail réel pour identifier les faits pertinents et les interpréter. Pour le juriste « du travail » comme pour le clinicien « du travail », il s'agit d'appréhender les situations de travail dans leur complexité et de remonter à leurs causes, sans se limiter aux effets perçus. S'appuyant sur la clinique du travail, le juriste peut alors qualifier juridiquement les faits essentiels de chaque situation, de chaque affaire, et ensuite identifier et interpréter les règles de droit

1. Cité par Cornelius Castoriadis, *Post-scriptum sur l'insignifiance*, Paris, L'Aube, 2007 ; C. Dejors (dir.), *Le Choix. Souffrir au travail n'est pas une fatalité*, Paris, Bayard, 2015.

2. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015 ; M. Miné, « Brefs propos sur l'organisation du travail aujourd'hui », in *Mélanges en l'honneur du professeur Nikitas Aliprantis*, Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, 2014 (le présent article reprend certains éléments de ce texte en les actualisant et les enrichissant des apports du séminaire « Clinique du travail et évolutions du droit », animé par le professeur C. Dejors et organisé par M. Nicolas Chaignot Delage).