



HAL
open science

La conceptualisation de l'emploi. Approches macro-analytiques et problématique de la régulation juridique

Philippe Enclos

► **To cite this version:**

Philippe Enclos. La conceptualisation de l'emploi. Approches macro-analytiques et problématique de la régulation juridique. Droit. Université Nancy II, 1994. Français. NNT: . tel-00433131

HAL Id: tel-00433131

<https://theses.hal.science/tel-00433131>

Submitted on 18 Nov 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE NANCY 2
UFR de DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES et GESTION

LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI

APPROCHES MACRO-ANALYTIQUES ET PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION JURIDIQUE

Thèse
pour l'obtention du grade de

Docteur en Droit
(loi n° 84-52 du 26 janvier 1984, droit privé)

présentée et soutenue publiquement
le 17 mai 1994

par

Philippe ENCLOS

JURY

Président : **Monsieur Jean-Marc SPORTOUCH,**
Professeur de droit à l'Université LYON III

Suffragants : **Madame Catherine MARRAUD,**
Professeur de droit à l'Université NANCY II
Monsieur Gérard COUTURIER,
Professeur de droit à l'Université PARIS I
Monsieur Antoine JEAMMAUD
Professeur de droit à l'Université de SAINT-ETIENNE
Madame Margaret MARUANI
Directeur de recherche en sociologie au CNRS, IRESCO Paris
Monsieur Philippe MEHAUT,
Directeur de recherche en économie au CNRS,
GREE Université NANCY II

LISTE DES PROFESSEURS ET MAITRES DE CONFERENCES**PROFESSEURS EMERITES**

MM. CHAUMONT Charles
 VITU André
 GENDARME René
 CHARPENTIER Jean
 LACOMBE Jean

PROFESSEURS

Mme PATAULT Anne-Marie, Doyen
MM. JAQUET Paul
 COUDERT Jean
 BORELLA François
 GROSS Bernard
 GOUBEAUX Gilles
 GUYOT Fernand
 RAY Jean-Claude
 WEBER Yves
 SEUROT François
Mme GEBLER Marie Josèphe
MM. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian
 SEUVIC Jean-François
 MOUTON Jean-Denis
 BUZELAY Alain
 JACQUOT François
Mme GAY Marie-Thérèse
MM. BIHR Philippe
 ARNOULD Daniel
 AUDEOUD Olivier
 LECAILLON Jean-Didier
Mme FORTIS Elisabeth
M. SIMON Gérald
Mme BEGOU-DAVIA Michèle
M. CRIQUI Etienne

Mme MARRAUD Catherine

M. BILLORET Jean-Louis

MAITRES DE CONFERENCES

Mme LOGETTE Aline

MM. DUCROS Jean-Claude

GOSSEREZ Christian

BOURGAUX Claude

ANTOINE Alain

BEAUFORT Jean-Louis

PELLISSIER Dominique

Mmes JAEGER Mireille

CHARDIN France

MM. DEREU Yves

ROSE José

GERMAIN Eric

Melle MANSUY Francine

MM. LUISIN Bernard

VENANDET Guy

LAMBERT Thierry

HENRY Xavier

Mme TILLEMENT Geneviève

MM. DEFFAINS Bruno

DIELLER Bernard

GUIGOU J. Daniel

OLIVIER Laurent

Assistants

Mlle ABALLEA Armelle

Mme BOUCHY Brigitte

MM. CAHIN Gérard

ECKERSLEY David

GASSER Jean-Michel

GERNET Alain

Mlle JANKELIOWTCH-LAVAL Eliane

MM. MULLER François
PIERRARD Didier
PREVOT Jean-Luc
VALLAS Bruno
WEBER Jean-Paul

UNIVERSITE NANCY 2
UFR de DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES et GESTION

LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI

APPROCHES MACRO-ANALYTIQUES ET PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION JURIDIQUE

Thèse
pour l'obtention du grade de

Docteur en Droit
(loi n° 84-52 du 26 janvier 1984, droit privé)

présentée et soutenue publiquement
le 17 mai 1994

par

Philippe ENCLOS

JURY

Président : **Monsieur Jean-Marc SPORTOUCH,**
Professeur de droit à l'Université LYON III

Suffragants : **Madame Catherine MARRAUD,**
Professeur de droit à l'Université NANCY II
Monsieur Gérard COUTURIER,
Professeur de droit à l'Université PARIS I
Monsieur Antoine JEAMMAUD
Professeur de droit à l'Université de SAINT-ETIENNE
Madame Margaret MARUANI
Directeur de recherche en sociologie au CNRS, IRESCO Paris
Monsieur Philippe MEHAUT,
Directeur de recherche en économie au CNRS,
GREE Université NANCY II

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les présents travaux. Les opinions formulées dans la thèse le sont sous la seule responsabilité de son auteur.

LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI

APPROCHES MACRO-ANALYTIQUES ET PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION JURIDIQUE

Au point de vue épistémologique, (...) si le Droit du Travail requiert la connaissance d'autres branches du droit, il impose en plus une culture économique approfondie. Il n'est pas possible d'édicter ou d'expliquer des normes sans connaissance de la matière qu'elles sont appelées à régir.

Gérard LYON-CAEN*

... l'essence du droit ne peut résider dans la loi, mais tient à la jurisprudence (en tant qu'elle est elle-même indispensable à la juridiction).

Jean-Louis VUILLERME**

* LYON-CAEN, Gérard. - La concentration du capital et le droit du travail. - Droit social, 1993, p. 300.

** VUILLERME, Jean-Louis. - L'autorité politique de la jurisprudence. - Archives de Philosophie du Droit, 1985, Tome 30, p. 100.

SOMMAIRE

	Page
Introduction générale	5
Partie préliminaire :	
Comment ne pas faire une théorie juridique de l'emploi	18
Introduction	19
Chapitre 1 : La conceptualisation de l'emploi	22
Chapitre 2 : Problématique générale	32
Chapitre 3 : Méthode générale	56
Deuxième Partie :	
Le niveau macro-analytique de conceptualisation de l'emploi	89
Introduction	90
Chapitre 1 : Théorie économique du marché de l'emploi	94
Chapitre 2 : Vers une sociologie de l'emploi	130
Chapitre 3 : Droit du travail, droit du marché du travail	165
Troisième Partie :	
Pour une conceptualisation de l'emploi en terme de règle	224
Introduction	225
Chapitre 1 : Le rapport salarial : concept alternatif	229
Chapitre 2 : Contribution de la jurisprudence à la dynamique du rapport salarial	303
Conclusion générale	360
Liste des abréviations	368
Bibliographie	370
Table des matières	395

INTRODUCTION GENERALE

Les concepts voyagent et il vaut mieux qu'ils voyagent. Il vaut mieux qu'ils ne voyagent pas clandestinement. Il est bon aussi qu'ils voyagent sans être détectés par les douaniers ! En fait, la circulation clandestine des concepts a quand même permis aux disciplines de se désasphyxier, de se débouteiller. La science serait totalement embouteillée si les concepts ne migraient pas clandestinement. Mendelbrot disait que les grandes découvertes sont le fruit d'erreurs dans le transfert des concepts d'un champ à un autre, opérées, ajoutait-il, par le chercheur de talent. Il faut du talent pour que l'erreur devienne féconde. Cela montre aussi la relativité du rôle de l'erreur et de la vérité.

Edgar MORIN*

1. Il existe, au moins, deux manières de concevoir une thèse de doctorat : soit comme une sorte de superexamen en vue de l'obtention d'un titre universitaire nécessaire pour la nomination dans un emploi de l'enseignement public supérieur, soit comme un moment nécessaire à l'issue de la première phase d'un processus de recherche, susceptible, en outre, de conduire à une carrière universitaire. Dans le premier cas, la thèse constitue, surtout, un moyen, un *passage obligé*, voire un rite d'initiation ; souvent ressentie comme une obligation, elle prend, alors, l'allure d'un *pensum*, d'un exercice académique enserré dans un réseau de normes réglementaires et coutumières qui deviennent vite obsédantes.

Dans le second cas, la thèse est le résultat d'un besoin de faire le point, avant de repartir avec les idées plus claires, dans le cours d'une investigation de long

* MORIN, Edgar. - Introduction à la pensée complexe. - Paris : ESF Editeur, 1990, p. 154.

terme ; nécessité heuristique, elle obéit, alors, principalement, aux impératifs théoriques de la recherche entreprise, quitte à s'écarter des canons officiels. Il s'agit d'exposer les fruits d'une recherche à la critique de la communauté scientifique, non, immédiatement, de postuler à un emploi.

2. Notre démarche*, on l'a compris, se rapproche plutôt du second pôle. Huit années d'analyse de la jurisprudence judiciaire en matière de relations du travail privées nous ont, peu à peu, conduit à développer quelques réflexions autour d'une notion qui paraissait, tout à la fois, déterminante, évidente et mystérieuse : l'emploi. Plus précisément, nous nous sommes interrogé sur le statut théorique de la notion d'emploi en doctrine juridique : quelle(s) définition(s), quel(s) processus de construction, quel(s) rôle(s) épistémologique(s), etc. De proche en proche, nous avons cherché à savoir si d'autres disciplines voisines se dotaient de concepts d'emploi : lesquels, comment, pourquoi, et dans quelle mesure ils s'apparentaient les uns aux autres. Puis, nous avons cherché à croiser les modes de conceptualisation rencontrés, convaincu que seule une approche théorique synthétique a quelque chance de fournir les outils de compréhension, d'explication et, surtout, de maîtrise des phénomènes réels d'emploi. Certains résultats ont paru émerger de ces premiers travaux. Mais, avant de les poursuivre, il importe de les soumettre à l'examen de l'opinion savante.

* Sans doute notre démarche d'ensemble s'éclaircira-t-elle si nous indiquons qu'elle procède d'une trajectoire biographique personnelle particulière, où trois étapes se détachent. Entraîné par le mouvement d'*établissement* traversant la jeunesse intellectuelle des classes moyennes au début des années 1970, nous avons passé une dizaine d'années *immergé dans la classe ouvrière* : manœuvre, ouvrier spécialisé, puis ajusteur-mécanicien (titulaire d'un Certificat de Formation Professionnelle Accélérée) OP1 puis OP2 dans quelques petites et moyennes entreprises métallurgiques de la région nancéienne, habitant au cœur d'une petite ville ouvrière de la banlieue. Période d'intense activité politique, de représentation du personnel et de syndicalisme. La deuxième étape marque une rupture : envisageant de passer le concours d'inspecteur du travail, nous résolûmes d'entreprendre des études universitaires de droit en optant naturellement pour le droit du travail, dont nous avons une connaissance pratique mais fragmentaire. La conversion fut difficile ... Notre maîtrise toute neuve trouva alors l'occasion de s'exercer, grâce à une opportunité offerte par le Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail (CERIT), Université NANCY 2. La troisième étape retrace alors une période d'apprentissage de la recherche universitaire (DEA, travaux au CERIT), cinq années d'enseignement du droit du travail, notamment à des non-juristes : étudiants en sociologie, économie, sciences sociales, sciences de l'information et de la communication, etc. (maîtrise, DEA), et de direction de mémoires. C'est, ainsi, le fruit de ces expériences diverses et des réflexions qu'elles n'ont cessé de susciter, mûrissant peu à peu pendant près d'un quart de siècle, que l'on cueille avec les présents travaux. Peut-être lui reprochera-t-on une pointe d'acidité. Ou, au contraire, en dénoncera-t-on l'insipidité. C'est affaire de palais. Espérons simplement qu'il ne soit ni blet, ni véreux.

C'est, donc, le bilan - provisoire, espérons-nous - de ces réflexions que nous traçons ci-dessous. A plus d'un titre, elles s'attireront, immanquablement, la qualification de travaux hétérodoxes. Nous assumons, et, même, nous revendiquons pleinement cette hétérodoxie, consistant à critiquer, dans l'espoir de les dépasser, les doctrines les mieux établies et les prescriptions les plus rigoureuses (hétérodoxie n'est pas, nécessairement, hérésie).

3. La principale infraction commise à l'orthodoxie de la thèse en droit réside dans le choix de la méthode interdisciplinaire. Non pas une interdisciplinarité interne à la science du droit, c'est-à-dire articulant diverses branches du droit (ce qui permet, généralement, de faire valoir une vaste culture juridique), puisque nous limitons, ici, notre réflexion au droit du travail et de l'emploi ; mais une interdisciplinarité externe, qui articule le droit à d'autres sciences sociales : à savoir, la sociologie et, surtout, l'économie (ceci impliquant, entre autres, que nous regardons le droit comme une science sociale au même titre que ces dernières, point de vue ne faisant pas l'unanimité). Bien sûr, un tel choix n'est pas gratuit, ni innocent, et nous nous en expliquerons longuement ; d'une part, il nous est, pratiquement, imposé par notre objet de recherche : l'emploi, de toute évidence, se présente simultanément comme une réalité complexe, relevant de multiples sciences, et comme une notion ou un concept central dans diverses théories disciplinaires ; d'autre part, nos travaux mettent en évidence que toutes les théories juridiques, et plusieurs courants sociologiques, conçoivent l'emploi en termes économiques. Enfin, nous cherchons, précisément, à démontrer que le juriste peut apporter beaucoup, et recevoir autant, en se décidant à rompre son isolement disciplinaire et à rejoindre le courant de pensée et les travaux qui, chez ses voisins, s'efforcent de briser la coquille du *paradigme du marché*.

Pour hétérodoxe qu'elle soit, la démarche n'en est pas moins préconisée par d'illustres juristes, parmi lesquels les professeurs Gérard LYON-CAEN, Paul DURAND*, Jean CARBONNIER et bien d'autres. En sus, invoquant le souvenir de Paul DURAND, nous renouons avec une tradition de l'Université de NANCY.

* Cf. DURAND, Paul. - La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé. - D, 1956, Chr., p. 73 et s.

4. Quant au fond, nous pêchons encore par hétérodoxie en refusant de nous rallier, comme il est d'usage, à l'un ou l'autre des deux grands courants doctrinaux : libéralisme néoclassique et marxisme classique, auxquels nous faisons grief de s'enfermer, d'une manière ou d'une autre, dans une conceptualisation juridique de l'emploi en terme de **marché**. Cette voie, comme nous tentons de le montrer, non seulement se révèle improductive (sauf en matière de paradoxes) mais encore brouille la perception des enjeux en termes de politiques d'emploi. Il se révèle plus fructueux de substituer le concept de **règle** à celui de marché pour rendre compte du fonctionnement du système d'emploi, en empruntant à la fois à la tradition du néo-institutionnalisme américain et à une relecture française du concept marxien de *rapports de production*⁴. La théorie du droit du travail gagne, en ce sens, en capacité d'explication si elle accepte de dialoguer, au niveau macro-analytique, avec la théorie sociologique de la *construction sociale* de l'emploi, et les théories économiques de la *segmentation* et du *rapport salarial*.

La réflexion générale (et interdisciplinaire) sur le rôle des règles, considéré comme déterminant, en matière de travail et d'emploi ne peut qu'être profitable au juriste. Elle renouvelle et enrichit l'ancienne antienne de la *régulation juridique*, elle dynamise la théorie de la jurisprudence en reconnaissant un rôle majeur à cette source de droit, parmi les sources de droit et parmi les principes moteurs des rapports sociaux fondamentaux. Hypothèses qui, pour n'être pas nouvelles, demeurent rarement développées de manière approfondie.

5. S'agissant de la méthodologie, l'orthodoxie semble exiger (notamment dans le cadre du doctorat d'Université institué par la loi de 1984) une recherche d'ordre technique, consistant à étudier et résoudre, dans une perspective normativiste, un *problème de droit*, une question de droit ; il convient, alors, de démontrer son savoir-faire, son habileté à sélectionner et manipuler des outils juridiques pour assurer la maintenance ou réparer une panne d'un dispositif juridique, voire, parfois, de faire la preuve de sa maîtrise de l'ingénierie juridique en inventant un nouvel équipement ou en mettant au point une nouvelle procédure d'utilisation. Il n'est pas question de remettre en cause le bien-fondé de cette exigence : il va de soi, le droit étant, aussi, une technologie, que la valeur d'un juriste s'apprécie, entre autres, à ses compétences en artisanat et génie juridiques. Nous nous sommes, d'ailleurs, abondamment adonné à cette technologie depuis quelques années, spécialement en matière d'analyse de jurisprudence du travail (voir bibliographie) et à travers nos activités

d'enseignement. Il s'agit, incontestablement, de l'une des tâches de la doctrine, complément et support nécessaires de la réflexion théorique.

Toutefois, et voilà encore une marque d'hétérodoxie, nous n'avons pas estimé indispensable de nous référer sans cesse, à l'appui de nos analyses théoriques, à des travaux *empiriques* (analyses de textes, commentaires d'arrêts, etc.), ni de nous livrer à de tels travaux dans le corps même de la thèse. Nous avons préféré réserver la présente thèse à des recherches de théorie fondamentale. Corollairement, nous avons choisi de faire l'économie de l'exposé technique des questions de droit évoquées, et de renvoyer à la littérature spéciale. En outre, cette méthode évite d'alourdir le propos en l'entrecoupant de démonstrations techniques, ce qui peut en faciliter la lecture par des économistes et sociologues.

6. Il importe d'éviter immédiatement tout éventuel malentendu : n'est ici défendue aucune hypothèse *empirique*, c'est-à-dire portant sur les phénomènes réels d'emploi. Notre propos ne consiste pas à analyser la situation de l'emploi, non plus que les relations de travail ; il ne s'agit pas d'étudier les moyens de sortir de la crise actuelle, ni, même, d'analyser les transformations qu'impriment les évolutions socio-économiques aux configurations concrètes de l'emploi. Encore moins, d'évaluer les effets des politiques du travail et de l'emploi, serait-ce seulement dans leur forme juridique. Nous ne formulons donc pas la moindre hypothèse en ces matières : non pas, bien sûr, parce que nous en contesterions l'utilité : il va de soi que tout effort en ce sens mérite encouragement et considération ! Mais bien en raison de l'objectif que nous nous sommes fixé, et de notre objet d'investigation : l'analyse des concepts et conceptualisations de l'emploi, qui appelle, évidemment, des hypothèses portant sur les concepts et conceptualisations, non sur l'emploi. S'agissant d'une analyse théorique, et non d'une appréciation de la justesse avec laquelle les concepts en cause abstraient l'objet qu'ils présentent, aucune hypothèse n'est à émettre en ce qui concerne l'*exactitude* de ces derniers. En revanche, la réflexion théorique sur les rapports des concepts à leurs objets, en tant que moment du processus de conceptualisation, entre dans notre champ d'investigation ; le fait, par exemple, que l'économie néoclassique modifie ses théories du chômage afin de prendre en compte les critiques d'irréalisme (*inexactitude*) visant le concept initial de *chômage frictionnel*, ce fait nous intéresse, quoi qu'il en soit, par ailleurs, du bien-fondé de ces critiques.

7. Il ne s'agit pas, non plus, de construire une nouvelle théorie juridique de l'emploi, un nouveau concept juridique d'emploi. Plus modestement, mais aussi plus fondamentalement, il s'agit de détecter et critiquer, d'un point de vue épistémologique, le matériau paradigmatique des représentations actuelles de l'emploi en théorie juridique. La critique attire l'attention sur les obstacles que dresse le recours au paradigme économique du marché devant l'effort de théorisation de l'emploi par la doctrine juridique, et propose à cette dernière d'y substituer une conceptualisation en terme de règles, naturellement adéquate au discours juridique. A cela se limite notre objectif, qui abandonne à une seconde génération de travaux le soin d'élaborer une ou des théories authentiquement juridiques (récusant le fonds conceptuel économique au profit d'un retour à la norme en tant que clé d'analyse). Nous nous bornons à suggérer une réforme du mode de conceptualisation de l'emploi en traçant les pistes qu'elle pourrait utilement emprunter, à l'usage tant de la doctrine que de la jurisprudence.

8. A vouloir étudier les modes de conceptualisation de l'emploi, on se heurte à une première difficulté touchant à la diversité des **niveaux d'analyse** possibles. Il y a, en effet, *l'emploi*, d'une part, et *des emplois*, d'autre part. Selon que l'on se situe, ainsi, aux niveaux **macro-analytique** ou **micro-analytique**, on ne risque pas d'observer les mêmes phénomènes, ni les mêmes concepts ; la situation, en outre, ne manque pas de se complexifier avec l'apparition, récente, d'un niveau **méso-analytique**, dont économistes et sociologues attendent beaucoup pour la solution des problèmes de passage du macro- au micro-, et inversement.

Il convient de fournir, dès maintenant, quelques indications relatives aux hypothèses de travail qui s'offrent à chacun de ces niveaux, sachant que, faute de pouvoir, dans le cadre de cette thèse, les aborder tous trois, nous avons choisi de concentrer notre effort sur l'étude des modes de conceptualisation de l'emploi au niveau macro-analytique.

9. Nous appelons micro-analytique toute recherche théorique appréhendant ses objets à un degré très élevé d'irréductibilité. Les théories micro-économiques en fournissent de parfaits exemples : en matière d'emploi, l'économiste se penche sur les mécanismes de la rencontre individuelle entre l'offre et la demande, de la réalisation de l'échange entre les deux agents économiques, et de la relation qui s'instaure entre eux, étant entendu qu'il ne

raisonne pas sur une rencontre particulière, mais sur l'essence irréductible de toute rencontre. Le sociologue n'agit pas autrement lorsqu'il observe les relations de pouvoir s'établissant entre le salarié et l'employeur, de négociation entre un syndicat et une organisation patronale, de rivalité entre salariés de sexes différents, etc. : il s'efforce de mettre en évidence des régularités - sinon des règles - universelles pour tel acteur, telle action considérés comme représentatifs de catégories d'acteurs ou d'actions. Toutefois, à la différence de l'économiste, il tend à multiplier les catégories d'acteurs et à diversifier les types d'interactions.

Pour sa part, le juriste du travail est entraîné par le caractère général et abstrait de la règle de droit légale ou conventionnelle à considérer tout employé ou tout employeur comme parfaitement représentatif de la catégorie visée par la règle, et donc à analyser les situations juridiques par cette même méthode micro-analytique. Toutefois, on observe, depuis une vingtaine d'années, une multiplication des catégories juridiques d'employeurs et d'employés, et des stratégies d'individualisation des relations de travail, qui réduit notablement la portée heuristique de la méthode. Elle n'en conserve pas moins un intérêt majeur, en raison de la permanence de fondements juridiques communs à l'ensemble de ces relations : le contrat individuel de travail, la convention collective, la coutume. Ces objets se prêtent à une analyse (juridique) du même type que celle qu'applique l'économiste à la rencontre entre offre et demande d'emploi, au-delà des différences de méthodes.

10. Dans cette perspective, il serait intéressant de partir de l'hypothèse centrale d'un parallélisme entre les trois processus disciplinaires de conceptualisation : malgré la spécificité des approches respectives, il semble bien que sociologie, économie et droit étudient le même objet, et que les problématiques respectives soient tout à fait complémentaires. Il conviendrait, dans des travaux ultérieurs, de mettre cette hypothèse à l'épreuve en montrant que le droit du contrat de travail gère, sans la conceptualiser, voire sans l'identifier, une *incomplétude du contrat de travail* déjà théorisée par l'économie pour son propre compte. Dans les deux disciplines, la micro-analyse soulève des questions analogues quant à l'objet de ce contrat (le travail ? le produit du travail ? la force de travail ?), aux informations qu'il fournit aux contractants sur leurs *qualités* réciproques, aux garanties qu'il leur offre de prestations réciproques satisfaisantes, aux rapports dans lesquels il se trouve avec d'autres sources de régulation des rapports de travail, etc.

11. On peut appeler méso-analytique toute recherche théorique qui appréhende ses objets à un degré intermédiaire quelconque entre les degrés très élevés de globalité et d'irréductibilité. Il peut être question de véritables objets intermédiaires, se trouvant au (ou assurant un) point de jonction théorique entre les objets macro et micro, ou d'objets situés sur un plan différent de celui où se trouvent ces derniers. De tels objets sont choisis et construits dans le cadre d'un processus de conceptualisation indirecte, en raison de l'intérêt médiat que présentent leurs concepts pour l'élaboration d'un concept terminal complexe. Si l'on tient le concept d'emploi pour complexe (ce qui relève de l'évidence et non de l'hypothèse), on peut souhaiter le construire à l'aide de concepts intermédiaires. C'est, d'ailleurs, ce qui se produit en économie, aussi bien qu'en sociologie ou en droit, où le passage d'un micro à un macro-concept d'emploi soulève une difficulté théorique majeure ; l'objet *entreprise* et le concept qui l'abstrait illustrent de manière spectaculaire la tentative, dans chaque discipline, de forger le chaînon manquant entre les concepts micro et macro d'emploi. L'objet *culture* et le concept qu'il abstrait figurent bien la recherche, dans un plan différent (ethnologique), d'un outil heuristique intermédiaire pour la théorie de l'emploi. Et rien n'empêche d'essayer de combiner les deux variantes ; dans notre exemple, on obtient aisément le concept de *culture d'entreprise*.

12. Il ne paraît donc pas absurde de supposer que, dans les trois disciplines, les processus de conceptualisation de l'emploi se heurtent au même obstacle du lien entre les niveaux micro/macro d'analyse, et s'efforcent de le surmonter en faisant appel à des concepts intermédiaires analogues.

Il serait, sans doute, fructueux de prolonger cette supposition en développant l'hypothèse centrale selon laquelle la règle de droit elle-même constitue un pont entre les deux approches micro- et macro-analytiques du concept d'emploi. Un argument principal pourrait, alors, exploiter le travail théorique de définition de la règle de droit, en la concevant comme un rapport entre les différents niveaux de construction des rapports sociaux.

13. On qualifie, généralement, de macro-analytique toute recherche théorique appréhendant ses objets à un degré très élevé de globalité. L'analyse macro-économique en fournit des exemples parfaits : dans le cadre de cette démarche, l'économiste étudie la question de l'emploi en termes d'agrégats,

rendant compte des phénomènes globaux se produisant dans un type de société, ou une société donnée ; il cherche à comprendre et expliquer l'évolution générale de la situation de l'emploi, telle qu'elle s'inscrit dans le cadre des processus fondamentaux de production et distribution des richesses.

La sociologie du travail se situe, également, souvent à ce niveau, quand elle s'attache, par exemple, à la question de la division sociale du travail, au processus d'extension du salariat, etc.

L'approche demeure, en revanche, moins usitée par les juristes du travail, que la fonction juridictionnelle attire irrésistiblement - et légitimement - vers la micro-analyse. Pour cette raison, la définition du niveau de macro-analyse en droit reste un exercice difficile. Si le juriste du travail se soucie ordinairement peu de fournir des explications du fonctionnement juridique global de la société, il ne manque cependant pas de faire porter une large part de sa réflexion sur le droit *objectif* du travail, sur les règles de droit appréhendant le fonctionnement d'ensemble d'un secteur ou de la totalité de la société ; il se préoccupe également, à travers la question des sources de ce droit et des modalités de son élaboration (*droit à l'emploi, droit au travail*), de macro-analyse. En outre, et sans épuiser la liste des exemples, l'essor du droit communautaire le conduit à développer les recherches comparatives entre systèmes juridiques nationaux. Ou encore, qu'il se spécialise en droit de la protection sociale, droit de la négociation collective, de la formation professionnelle, etc., il accorde une attention particulière aux principes fondateurs (ces deux derniers aspects ne sont pas traités ci-dessous).

On prend soin, naturellement, de se garder d'assimiler macro-analyse à holisme, bien que l'option méthodologique déterministe guide fréquemment les théories macro-analytiques.

14. L'analyse initiale, qui guide la présente étude des théories disciplinaires macro-analytiques de l'emploi, consiste à soutenir qu'elles ne proposent que des éléments partiels de conceptualisation, qu'elles se satisfont de concepts sommaires et/ou flous. A titre corollaire, on peut considérer chacune de ces théories comme réductrice, précisément en ce qu'elle néglige les problématiques des deux autres disciplines. Et, prenant en compte les évolutions théoriques récentes, on tempère le propos en remarquant l'apparition d'*économie de l'emploi, sociologie de l'emploi, droit de l'emploi*, et non plus seulement *du travail*.

Il apparaît que, dans les trois disciplines, la conceptualisation de l'emploi s'organise, classiquement, autour d'une même représentation paradigmatique du

système socio-économique comme système **marchand**. Cependant, le concept de marché s'avère, aujourd'hui, à bout de souffle, incapable, d'une part, de fonder une théorisation économique satisfaisante de l'emploi et, d'autre part, de fournir une grille d'analyse commune aux trois disciplines.

On assiste, dès lors, à l'essor récent, en économie comme en sociologie, d'une **approche alternative qui substitue au paradigme du marché du travail celui de règles de l'emploi**. Curieusement, la théorie juridique du travail et de l'emploi échappe à cette évolution. Nous formons l'hypothèse que la conceptualisation juridique de l'emploi gagne, également, à abandonner la clé d'analyse du marché pour adopter celle de la règle. Il nous semble, à cet égard, que la théorie économique du *rapport salarial* et la théorie juridique de l'emploi sont susceptibles de s'enrichir mutuellement.

15. L'intérêt, pour le juriste, d'une investigation interdisciplinaire des modes de conceptualisation de l'emploi, réside, en outre, dans l'occasion fournie de reprendre la problématique de la *régulation juridique*. La réflexion s'organise, à cet égard, autour de la **théorie de la jurisprudence-source de droit**. La jurisprudence, en général, occupe une place tout à fait particulière entre les sources de droit. Dans quelques branches de droit, on s'accorde à lui reconnaître tantôt un rôle fondateur (droit administratif), tantôt une fonction complémentaire déterminante (droit constitutionnel, droit du travail) de création des principes et règles. Ainsi, il est largement admis, en droit du travail, comme l'indiquent tous les traités et manuels, que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de réparation des préjudices consécutifs à un accident de travail a puissamment contribué, dès la fin du siècle dernier, à construire la conception du contrat du travail qui prévaut aujourd'hui encore. Ce rôle capital perdure depuis lors, plus ou moins spectaculaire selon les périodes ; on remarque, depuis une quinzaine d'années, un accroissement considérable du dynamisme de sa chambre sociale en matière de contentieux du travail, de l'emploi et de la protection sociale.

16. Pendant longtemps, une doctrine largement majoritaire n'accepta de voir une source de droit jurisprudentielle que dans l'activité juridictionnelle de la Cour de cassation (et autres juridictions supérieures). La constitution, dans les années 1970, de banques de données juridiques informatisées et la multiplication, contemporaine, des revues collectant et publiant des décisions rendues par les cours et tribunaux dit inférieurs a fortement modifié cette opinion. La conviction

se répand que cours d'appel et tribunaux de grande instance (ainsi que leurs homologues dans l'ordre juridictionnel administratif) participent de la jurisprudence. Dans la matière qui nous intéresse, la mise au point par la plupart des syndicats de stratégies judiciaires, fondées sur l'idée du droit comme champ de bataille du mouvement ouvrier face au patronat - voire à l'Etat -, a également orienté l'attention vers les juridictions *sociales* du premier degré : conseils de prud'hommes, tribunaux des affaires de sécurité sociale. Le développement de travaux de sociologie juridique et judiciaire renforce la tendance à les intégrer dans le système jurisprudentiel.

17. Nous mettons à profit l'étude du **niveau macro-analytique** de la conceptualisation de l'emploi pour faire le point sur les diverses théories de la jurisprudence ; nous avançons l'hypothèse générale qu'à ce niveau, la jurisprudence renvoie à l'observateur des relations sociales **un reflet singulier** de leurs manifestations. Contestant l'opinion selon laquelle la jurisprudence ne rend compte que des symptômes de pathologie sociale, nous admettons toutefois celle d'une certaine déformation de ce reflet, consécutive à l'opération judiciaire de qualification des faits. Déroulant son fil, l'hypothèse envisage ensuite de concevoir la jurisprudence comme **facteur**, parmi d'autres, des rapports de travail et d'emploi ; contribuant à produire, par son activité conceptuelle et normative, l'objet même de ses règles, et, dans un mouvement dialectique, élaborant ses concepts et normes sous l'influence de systèmes sociaux latéraux, la jurisprudence se fait voir comme le **principe actif central de cohésion du système juridique** - en ce qui nous concerne, du sous-système du droit du travail et de l'emploi -. Elle participe de la production des rapports réels de travail et d'emploi, en cela même qu'elle œuvre à la cohésion du droit du travail et de l'emploi du fait de son appréhension conceptuelle-normative des rapports réels de travail et d'emploi.

Elle apparaît alors comme un **analyseur** primordial desdits rapports, que doivent privilégier aussi bien l'étude de leur conceptualisation (juridique et générale) que celle de leurs configurations concrètes (à la charge des sociologues et économistes).

18. En bref, nous cherchons à contribuer à l'effort actuel de théorisation de l'emploi sans, pour autant, prétendre élaborer une théorie de l'emploi censée en exprimer définitivement l'intégrale vérité.

L'exposé des différents aspects de cette démarche, ainsi que la présentation des outils méthodologiques nécessaires à sa mise en œuvre exigent des développements spéciaux et préliminaires. Il convient de s'expliquer, notamment, sur ce que l'on entend par concept et conceptualisation (en distinguant, en particulier, concept et norme), de sélectionner les sources de conceptualisation qui sont mobilisées, de préciser la méthode générale d'interdisciplinarité retenue et présenter l'état des relations entre les trois sciences concernées, et, enfin, d'indiquer les méthodes spéciales de confrontation des conceptualisations disciplinaires. Une partie préliminaire regroupe ces indispensables réflexions.

19. L'analyse critique du mode de conceptualisation en terme de marché occupe une deuxième partie. On y analyse, successivement, les conceptualisations à l'œuvre en économie, puis en sociologie (où l'on s'intéresse à une sociologie de l'emploi rampant avec le paradigme du marché), pour, enfin, mettre en évidence la prégnance du paradigme économique du marché au sein des différentes théories juridiques du travail et de l'emploi, et dégager des perspectives de réforme.

20. Enfin une troisième et dernière partie se consacre à démontrer l'intérêt et la possibilité, notamment pour la science du droit, d'une conceptualisation de l'emploi, alternative, en terme de règle. La démonstration s'appuie sur la démarche *institutionnaliste* en économie du travail, et exploite largement les potentialités de conceptualisation interdisciplinaire qu'offre le rapprochement entre la théorie économique du rapport salarial et la théorie juridique de la jurisprudence.

PLAN

Partie préliminaire :

COMMENT NE PAS FAIRE UNE THEORIE
JURIDIQUE DE L'EMPLOI ?

2e Partie :

CRITIQUE DE LA CONCEPTUALISATION DE
L'EMPLOI EN TERME DE MARCHE

3e Partie :

POUR UNE CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI EN
TERME DE REGLES

PARTIE PRELIMINAIRE :

**COMMENT NE PAS FAIRE
UNE THEORIE JURIDIQUE
DE L'EMPLOI ?**

INTRODUCTION

1. Incrire le mot FIN au terme de l'exposé d'une recherche scientifique constituerait tant la marque d'une personnalité présomptueuse qu'une faute professionnelle impardonnable.

Le mentionner en tête pourrait signifier que la recherche est terminée avant même que d'être entreprise : soit qu'il n'y ait rien à dire sur son objet, soit que les résultats en apparaissent d'emblée sans intérêt. S'agissant d'une réflexion sur l'emploi, il ne serait en effet pas absurde de douter de sa faisabilité : tout n'a-t-il pas déjà été dit sur un thème aussi rebattu ? Encore, à supposer même qu'il se puisse découvrir quelque élément inaperçu ou négligé, la rapidité et l'ampleur des transformations actuelles en matière d'emploi ne condamneraient-elles pas cette découverte à l'obsolescence ? Nous entendons, pourtant, tenter de démontrer ci-après qu'il n'en est rien.

2. La «fin» qu'évoque en réalité cette entrée en matière, c'est celle d'un millénaire, et plus exactement celle de son ultime siècle.

Et, avec elle, s'il faut en croire une opinion largement répandue, celle d'un certain type de rapports politiques, économiques et sociaux, fréquemment illustrée par l'échec (?) du communisme d'un côté, celui du capitalisme de l'autre dans (à travers ?) son projet de plein emploi. Dans les sociétés libéral-capitalistes développées, la fin du processus de salarisation et la fin d'un mode de production-consommation qualifié de tayloriste-fordiste.

Certes, il paraît peu probable que l'approche de l'an 2000 déclenche une psychose collective à l'instar de celle qui éclata en l'an 1000. L'humanité, paraît-il, a mis ces dix siècles à profit pour devenir rationnelle (sinon raisonnable) : l'an 2000, ce n'est pas la fin du monde ! Il n'en reste pas moins que l'on s'inquiète de l'avenir du monde, l'histoire (qui ne se répète heureusement pas) ayant enseigné que la fin d'un monde porte en elle les germes du futur. On prône un «*Nouvel Ordre International*», on se préoccupe de «*legs écologique*» aux générations suivantes, on annonce la société «*post-industrielle*», «*post-moderne*», on proclame la «*révolution technologique*», etc. Bref, une ère nouvelle nous attend, et toute fin n'est donc pas un éternel recommencement.

3. Dans le domaine des sciences sociales, la période est, ainsi, caractérisée par un phénomène de profonde mutation, dont l'accroissement incessant et généralisé du taux et de la durée du chômage constitue l'indice majeur. Economistes et sociologues se trouvent fortement sollicités, et de toutes parts, pour expliquer la nature, les facteurs et le sens de transformations dont les effets, désastreux en matière d'emploi, inquiètent citoyens et pouvoirs publics. Et, bien que statisticiens et économètres ne prévoient pas la résorption du chômage aussi loin que portent leurs modèles, il semble que sociologues et économistes demeurent attachés à cette conviction, que «la crise» est transitoire bien que la transition soit longue et difficile. Il ne paraît pas douteux que le capitalisme parvienne finalement à la surmonter, comme il a survécu aux précédentes. Aussi bien, la question ne semble-t-elle pas (ou si peu) se poser d'un mode de développement post-capitaliste, mais plutôt des caractéristiques d'un avatar du capitalisme issu de cette «crise».

Le problème de «la sortie de crise» occupe explicitement, ou simplement préoccupe, une forte majorité des travaux menés en sciences sociales au cours du dernier quart du siècle, sachant que l'étude des modalités ou la recherche des moyens de résolution dudit problème inclut généralement un effort de prévision. Les questions : comment sortir (sort-on) de la crise, et quelle société après la crise procèdent manifestement d'une même problématique et doivent donner lieu à un traitement simultané. Cette problématique paraît suffisamment légitime (opportune et fructifère) pour susciter également l'intérêt du juriste attentif aux évolutions du droit du travail et de l'emploi.

4. Dès lors, comment pourrait-il ne pas se fixer pour objectif de contribuer à l'élaboration d'une théorie juridique de l'emploi (pour autant qu'il se positionne en théoricien plus qu'en praticien) ? Les faits commandent un tel projet : comment ne pas faire la (une) théorie juridique de l'emploi !

Surgit cependant, immédiatement, une double difficulté : d'une part, il est bien connu (y compris chez les économistes et sociologues, à tout le moins) que plusieurs juristes illustres ont déjà marqué brillamment ce champ d'investigation ; d'autre part, il est notoire qu'aucune de leurs thèses n'a pu emporter l'adhésion générale et durable de leur communauté scientifique. Ce double constat paraît bien de nature à décourager toute nouvelle tentative. Et cependant, l'objectif de sortie de crise exige manifestement la poursuite des travaux théoriques (entre autres travaux) sur l'emploi. Il y a là, pour le chercheur, comme une obligation morale, un devoir de solidarité, voire une dette civique.

Il ne lui reste alors qu'à découvrir le moyen de mener un travail théorique juridique sur l'emploi sans chercher à construire une théorie juridique de l'emploi. En d'autres termes, de trouver une réponse à cette même question, mais comprise différemment : comment ne pas faire une théorie juridique de l'emploi ?

En premier lieu, et d'évidence, tout dépend de la représentation générale du concept d'emploi : il convient de construire cet objet en prenant en compte les multiples dimensions de ses manifestations théoriques (I). De cette définition se dégage une problématique générale (II) conduisant à adopter une méthode de recherche associant au droit ses disciplines voisines : économie et sociologie (III).

Chapitre 1 :

LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI

5. Le premier chapitre de cette partie préliminaire s'attachera, classiquement, à présenter successivement le champ d'investigation retenu, sur la base d'une description générale (Section 1), puis l'objet de recherche privilégié, à savoir la conceptualisation de l'emploi (Section 2).

Section 1 :

LA SITUATION DE L'EMPLOI, CHAMP D'INVESTIGATION

6. Il ne s'agit pas, ici, de dresser un tableau de la situation de l'emploi, en tant que fait social concret en 1993. Outre que l'exercice ne manquerait pas de démoraliser et le lecteur, et l'auteur, il consisterait en la reproduction d'une masse d'informations que les médias diffusent à longueur de colonnes ou d'ondes hertziennes. Il paraît raisonnable de présumer que le lecteur spécialiste en sciences sociales dispose d'une bonne connaissance générale de cette situation et, de ce fait, nous autorise à faire l'économie des nombreuses pages que remplirait l'exposé des seules données de base.

Il nous permettra, ainsi, de concentrer notre effort sur la situation de l'emploi, en tant que champ d'investigation.

7. Indiquons, d'emblée, que seul nous intéresse l'emploi de personnes physiques par une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, pour le compte de ces dernières, sous leur autorité et en contrepartie du paiement d'une rémunération.

On reconnaît, bien sûr, dans cette description la situation dite de l'emploi *subordonné*, ou encore du *salariat*. Toutefois, on remarque également que les termes en sont suffisamment larges et les marges extensibles pour que s'y puissent inclure d'autres situations voisines, tel, notamment, le *fonctionariat*.

La description, en revanche, exclut l'ensemble des situations d'auto-emploi, ordinairement appelées emploi (ou parfois travail) *indépendant* ainsi que les *occupations bénévoles* et les situations d'emploi rémunéré pour le compte d'autrui mais hors subordination.

8. Certes, la plupart des mots utilisés dans une telle délimitation appellent une définition. Si le concept juridique de *personne, physique ou morale* ne soulève généralement plus aucune difficulté de compréhension ni controverse

théorique, il n'en va pas de même en ce qui concerne la signification des mots : *pour le compte de, autorité et rémunération.*

Mais rappelons qu'il ne s'agit, pour l'instant, que de tracer grossièrement, approximativement, les contours de notre domaine de recherche. S'il était possible, au seuil même de ces travaux, de fournir une définition univoque, claire et précise de leur objet, ils devraient alors ... en trouver un autre. La recherche construit son objet au fur et à mesure qu'elle se développe.

9. Peut-être objectera-t-on que, tout imprécise qu'elle soit, une telle description l'est encore trop peu ; précisément en ce qu'elle introduit les trois paramètres sus-indiqués.

A cela, il est aisé de répondre, d'une part, qu'à vouloir, tant et plus, éviter de s'enfermer dans des catégories préconçues, on viendrait à se perdre dans un champ d'investigation sans limites. D'autre part et surtout, une telle délimitation est manifestement susceptible d'obtenir un vaste consensus, rassemblant l'assentiment des spécialistes (dans les milieux de la recherche, des pouvoirs publics, juridictionnels - la Cour de Justice des Communautés Européennes incluse -, des organisations d'employeurs et de travailleurs, etc.) et l'opinion commune.

Elle ne doit pas se lire comme un axiome, mais bien comme une description générale, ouverte et objective d'une réalité connue de tout acteur social.

10. Il va de soi, mais encore faut-il l'indiquer explicitement, que la description s'applique exclusivement, mais globalement, aux sociétés de régime économique capitaliste industriel et commercial contemporaines de cette étude : les douze Etats membres de la Communauté Economique Européenne, la Suisse, les Etats Unis d'Amérique, le Japon, etc.

L'emploi décrit se rencontre, également, dans certains secteurs, branches ou régions de pays où ce type de régime soit n'est pas dominant, soit est inégalement développé ou en cours de développement (on pense ici en particulier à la Pologne, dans sa phase actuelle de transition de l'économie planifiée «socialiste» à l'économie de marché, à certains Etats asiatiques en voie d'industrialisation accélérée, etc.).

Toutefois, nous n'envisageons pas de mener une étude comparée des situations nationales de l'emploi dans ces divers espaces. Cette œuvre descriptive, topographique, est excellemment et régulièrement entreprise par, notamment, la

~~topographique, est excellemment et régulièrement entreprise par, notamment, la~~ Communauté Economique Européenne et le Bureau International du Travail (1). Cette exclusion ne nous interdira pas, cependant, de puiser, en tant que de besoin, dans les données relatives à ces réalités pour préciser, nuancer, illustrer nos propos.

Pas plus ne nous engagerons-nous dans une analyse comparative des systèmes juridiques applicables à l'emploi. Outre que le cadre de la présente recherche s'y révélerait excessivement exigü, sauf à la centrer sur un aspect seulement de la question, nous préférons situer la réflexion au niveau d'une problématisation générale à tous espaces économiques où notre délimitation initiale trouve quelque fondement concret.

Il n'en demeure pas moins qu'une réflexion théorique générale sur l'emploi ne saurait ignorer totalement certaines particularités des phénomènes réels qui pèsent parfois lourdement dans l'élaboration des thèses à prendre en compte. A titre d'exemple, les théories économiques américaines de la segmentation du marché du travail reposent, originellement, sur l'observation de certains marchés du travail aux Etats-Unis d'Amérique à la fin des années 1960. Au plan juridique, il est, manifestement, indéniable que le système de la *common law* (spécialement droit du travail) contribue à la configuration particulière de ces marchés, que les auteurs économistes desdites théories aient ou non expressément intégré ce facteur dans leurs analyses.

11. Enfin, nous proposons de comprendre l'emploi, tel que décrit ci-dessus, comme une réalité complexe et dynamique. Complexe, en ce sens que notre description synthétise la juxtaposition, l'assemblage ou le système de multiples situations concrètes plus ou moins distinctes simultanément présentes en une même période et / ou en un même espace, ou, à l'opposé, spécifiques à telle période ou à tel espace. Nous avons déjà évoqué la distinction *salariat - fonctionnariat* ; au sein du *fonctionnariat*, défini provisoirement comme regroupant l'ensemble des personnels directement affectés à un service public, se rencontrent tantôt des *fonctionnaires* nommés par l'autorité publique, tantôt des *agents contractuels* ; au sein du *salariat*, dans son acception générale, se côtoient

(1) Le BIT publie chaque année un excellent fascicule intitulé *Le Travail dans le Monde*, consacré à des thèmes particuliers. Le rapport de 1993 concerne le travail forcé, l'emploi, les syndicats, la protection sociale dans les pays en développement, le stress dans le monde du travail.

des apprentis et des cadres supérieurs, des salariés à temps partiel ou à temps complet, généralement plusieurs types juridiques de contrat de travail, etc.

Chacune de ces situations particulières répond cependant à la description générale, qui en constitue en quelque sorte le plus petit dénominateur commun.

Dynamique, la réalité l'est tout autant, dans la mesure où elle se présente comme le produit de multiples rapports sociaux individuels et collectifs, caractérisés tantôt par la collaboration la plus étroite, tantôt, au contraire, par les conflits les plus irréductibles, ou par tout type d'interaction se situant entre ces extrêmes.

Dynamique encore, si l'on observe que les définitions respectives des termes de notre description ainsi que leur mode d'articulation varient, plus ou moins fortement, dans le temps et dans l'espace. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que la nature et le degré de subordination à laquelle est soumis un cadre supérieur diffèrent sensiblement d'une entreprise à l'autre, et que, dans une même firme, l'autorité qui s'exerce sur ce cadre ne s'apparente que vaguement à la soumission requise de l'ouvrier.

Les constats qui autorisent à envisager l'emploi sous cette double caractéristique ne préjugent évidemment pas des résultats d'études scientifiques éventuelles, et ne prétendent pas à un tel statut. Réciproquement, aucune étude scientifique n'est indispensable pour les mettre à jour : dans leur caractère pratique et primaire, ils relèvent de l'expérience sensible de l'observateur moyen des rapports sociaux.

Il ne paraît donc ni irréaliste ni erroné de s'en tenir, pour ce qui concerne la délimitation de notre champ d'investigation, à la description proposée. Pour autant, elle ne saurait tenir lieu d'objet de recherche.

Section 2 :

LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI, OBJET DE RECHERCHE

12. On peut admettre, pour les besoins de l'exposé, que l'esprit humain dispose de deux niveaux de connaissance : celui de l'expérience pratique et directe du monde, que l'on pourrait appeler la connaissance sensible, et celui de l'expérience spirituelle et médiate, dite ici connaissance conceptuelle. Sans entrer dans l'éternelle discussion philosophique relative aux rapports qu'entretiennent, ou n'entretiennent pas, le Fait et l'Idée, nous admettrons, également, que la connaissance sensible est celle du réel, la connaissance conceptuelle celle des idées que les hommes se font du réel. Autrement dit, il existe deux niveaux de représentation du monde, correspondant respectivement à deux modes d'intervention dans et sur le monde. A notre sens, connaissance et action sont indissolublement et dialectiquement liées, de sorte que connaissance sensible et connaissance conceptuelle constituent chacune le corollaire nécessaire de l'autre. Ajoutons, pour clore cet exergue abstrait, qu'on regarde ordinairement la technologie comme relevant plutôt de la connaissance sensible, et la théorie plutôt de la connaissance conceptuelle, la science s'analysant alors comme une démarche, un processus mental permettant le passage d'un niveau de connaissance à l'autre par une opération d'abstraction éminemment sophistiquée.

13. Dans cette perspective, comment distinguer, dans l'œuvre du juriste, ce qui relève de la technique (ou technologie : nous considérons ces deux mots comme synonymes) de ce qui procède de la théorie ? En d'autres termes, quand son travail devient-il scientifique ? Question difficile, à laquelle nous n'avons pas la prétention d'apporter une réponse définitive. Il est pourtant indispensable, ne serait-ce que pour la bonne compréhension du statut de la présente étude et la clarification de son objet, de fournir quelqu'élément de réflexion.

14. La conception positiviste actuellement largement dominante parmi les juristes (occidentaux) conduit à considérer la règle de droit comme un fait

pour ceux-ci. Leur intervention dans ou sur le monde, à l'occasion de leur activité juridique, ne concerne pas directement les faits sociaux qui forment les objets des règles de droit. (2) (En outre, l'opération juridique nécessaire de *qualification* des faits ou des choses confère à ces derniers une *réalité* spécifique à la connaissance juridique).

Dès lors, le juriste apparaît susceptible d'intervenir dans/sur le droit selon un mode technique ou théorique. En ce sens, on parlera de technique juridique et technicien du droit, ou de théorie juridique et théoricien du droit.

Le technicien du droit travaille **avec** et **dans** les règles de droit, le théoricien du droit travaille **sur** les règles de droit. Le premier est un ingénieur, un architecte, ou simplement un manutentionnaire **du** droit. Le second est un savant, un concepteur, ou simplement un chercheur **en** droit.

15. La démarche scientifique consiste, dans cette perspective, à acquérir une connaissance conceptuelle du droit par abstraction de ses qualités essentielles. Cette opération d'abstraction exige la mise en œuvre d'une méthodologie, qui soulève un problème particulier que nous aborderons plus loin (3).

En affinant l'analyse, on distingue deux paliers au niveau de la connaissance théorique. Au premier, le juriste élabore des propositions théoriques tendant à mettre à jour, expliciter, critiquer, synthétiser, systématiser, etc., les règles de droit et / ou les ensembles de règles de droit. Il construit, agence, organise, etc., les concepts juridiques. Il poursuit une œuvre de **dogmatique**.

Au second palier, se situe l'ensemble des discours théoriques portant sur le mode de production ou le produit (théories juridiques) des travaux du premier palier. S'y côtoient philosophie du droit, théorie générale du droit, axiologie et idéologie du droit, science critique du droit, linguistique juridique, etc. En empruntant une expression à - précisément - la linguistique, nous appelons **métalangage** l'ensemble de ces discours. Le terme *doctrine* revêt habituellement une double signification. Dans un premier sens, il désigne l'ensemble des juristes faisant œuvre de dogmatique et - ou de théorie du droit, correspondant respectivement à chacun des deux paliers. Dans l'autre, il désigne, par extension, le produit de ces travaux. On ne prend généralement pas la peine, en utilisant le mot, d'en préciser

(2) En ce sens, l'intervention du sociologue du droit présente une certaine analogie avec celle du juriste ; mais la nature respective de leurs interventions et celle de leurs rapports à la règle de droit sépare assez nettement les deux disciplines.

(3) *Infra*, n° 26.

le sens, de sorte que les produits sont assimilés à leurs auteurs, et réciproquement ; mais cela ne gêne pas la compréhension du discours. On rencontre fréquemment ce phénomène de confusion sémantique : l'expression *source de droit*, parmi les exemples les plus connus, désigne, ainsi, indifféremment, les organes producteurs et leur production.

Toutefois, la distinction des deux paliers de connaissance théorique exige, quant à elle, une précision lexicale. La solution la plus commode consiste à conserver le terme *doctrine* pour désigner les auteurs et - ou produits du premier palier, et à adopter la formule prédicative *méta-doctrine* en ce qui concerne les auteurs et - ou produits du second palier, en référence à l'expression *méta-langage*.

Il va de soi, mais cela va mieux en l'énonçant, qu'il se peut qu'un même auteur relève soit exclusivement de l'une ou l'autre catégorie, soit des deux ensemble (alternativement ou simultanément). C'est la raison pour laquelle nous utiliserons, ci-après, les termes *doctrine* et *méta-doctrine* pour désigner les types de travaux plutôt que leurs auteurs.

16. Des analyses voisines sont parfois présentées. Ainsi, Enrique P. HABA distingue :

«deux niveaux de science juridique, dont les rapports sont de métalangage (niveau 2) à langage-objet (niveau 1)» (4).

Au premier niveau :

«Voici le discours même des juristes praticiens (avocats, juges, etc.) et de ce qu'on appelle la dogmatique juridique. Ce sont des modèles de raisonnement qu'ils présentent afin de résoudre les affaires soumises à ce domaine professionnel qui porte le nom général de droit.» (5).

(4) HABA, Enrique P. - Sciences du droit : quelle science ? Le droit en tant que science : une question de méthodes. - APD, 1991, Vol. 36, p. 180 ; v. ég. JEAMMAUD, Antoine. - Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail. - DS, 1978, p. 338 ; cet auteur distingue la *théorie du droit* : «... connaissance du système juridique comme niveau particulier d'une formation sociale», et la *doctrine* : «... qui est une modalité de participation au fonctionnement de ce système». L'analyse gêne sur deux points : elle n'indique pas que la doctrine fait également œuvre de théorie, et, surtout elle laisse entendre que la théorie du droit adopte un point de vue externe, alors que la doctrine demeure à l'intérieur du système juridique. Ceci soulève le délicat problème épistémologique de la position du théoricien du droit par rapport au droit. Nous estimons que la dichotomie interne-externe peut être dépassée de sorte à dégager une position intermédiaire : *infra*, n° 110.

(5) HABA, Enrique P. - *id.* - souligné par l'auteur.

Ce regroupement des praticiens et de la *doctrine* sur un même niveau scientifique revient, d'une part, à considérer les praticiens comme des théoriciens, et, d'autre part, à assimiler le travail de la doctrine à une tâche d'application du droit. Une telle analyse ignore ainsi délibérément la distinction qu'il convient, nous semble-t-il, de faire entre technique et théorie. Il est vrai que l'auteur s'y trouve entraîné par la problématique de son article qui n'envisage le droit que comme science (et non, également, comme technique). Sans entrer dans un débat oiseux sur la notion de *technique* en matière de droit, admettons ici que le terme désigne la simple manipulation, à des fins pratiques, des règles de droit considérées comme données, ne s'accompagnant pas d'une réflexion théorique doctrinale ou méta-doctrinale. Le maniement technique du droit n'exclut toutefois pas le travail d'interprétation que nécessite souvent son application concrète ; mais alors, l'interprétation est tournée exclusivement vers l'action : elle est pragmatique.

Selon E.P. HABA, au second niveau :

«Ce sont des efforts de réflexion sur les discours du premier niveau, des analyses de ces discours, voire des projets pour changer leurs modèles de raisonnement. (Ils) constituent donc un autre discours (...)» (6).

Cette définition n'est pas très éloignée de celle de notre second palier.

17. Nous aurons l'occasion de retrouver cet auteur plus loin (7). Toute recherche doctorale doit principalement s'inscrire, par définition, au niveau de la théorie et non seulement à celui de la technique (8). Par voie de conséquence, les présents travaux ne se donneront pas pour objet principal les règles de droit applicables aux phénomènes d'emploi, en tant que *faits* de connaissance sensible. Notre objectif ne consistera pas à manipuler ces règles comme des outils, à les mettre en œuvre afin de résoudre (sur le papier) des difficultés (imaginaires ou réelles) en matière d'emploi (par exemple : la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative au recrutement permet-elle de garantir efficacement les droits des candidats à l'embauche ? Un employeur peut-il valablement *libérer* unilatéralement son ancien salarié d'une clause d'interdiction d'emploi assortie d'une contrepartie financière ? ou encore : est-il judicieux, compte tenu de la jurisprudence, de licencier pour inaptitude à l'emploi plutôt que pour suppression

(6) HABA, Enrique P. - *id.* - souligné par l'auteur.

(7) *Infra*, n° 26.

(8) On peut regretter, à cet égard, que le nouveau régime des thèses (loi n° 84-52 du 26 janvier 1984) favorise plutôt le niveau technique ...

pour suppression d'emploi un salarié dont la qualification cesse d'être adaptée à la suite d'une innovation technique de son poste de travail ? etc.).

18. Notre objet concerne, plutôt, la conceptualisation juridique de l'emploi. L'existence et l'évolution d'un droit applicable à l'emploi s'accompagne naturellement d'un mouvement de théorisation dont la construction d'un concept d'emploi constitue l'un des enjeux majeurs. Par concept d'emploi, il convient, bien sûr, d'entendre : abstraction théorique (abstraite, générale, synthétique et explicative) de la réalité de l'emploi. Par concept juridique d'emploi, on entend : abstraction théorique du droit relatif à l'emploi réel.

19. L'objectif de la recherche sur la conceptualisation de l'emploi consiste en la fourniture d'une analyse comparative critique de diverses théories de l'emploi. Si l'on accepte d'admettre, avec nous, que ces théories évoluent sur le premier palier de la connaissance théorique, il s'en déduit que notre recherche occupe le second palier. Cependant, cette dernière demeurerait inachevée si elle ne comportait pas elle-même l'élaboration de quelques propositions complémentaires, voire alternatives, aux théories examinées. Par là, nos travaux se situent, également, sur le premier palier. En somme, et pour faire image, c'est un duplex que nous invitons le lecteur à visiter, au risque de décevoir l'amateur de labyrinthes.

Chapitre 2 :

PROBLEMATIQUE GENERALE

20. S'interroger sur la conceptualisation juridique de l'emploi (comme d'ailleurs sur toute conceptualisation) suppose, au préalable, de préciser ce qu'on entend par *concept* et *conceptualisation* (Section 1). On se trouve alors en position de rechercher les sources de conceptualisation de l'emploi en se dirigeant vers un questionnement relatif à la possibilité et à la pertinence d'un concept juridique d'emploi (Section 2).

Section 1 :

LA NOTION DE CONCEPTUALISATION

21. L'étude du concept, en tant qu'outil scientifique, relève ordinairement de l'épistémologie ou de la théorie de la connaissance dont nous utiliserons ici quelques notions élémentaires. Après avoir déterminé les principaux éléments de définition de la notion de concept (Sous-section 1), puis examiné les conditions de validité de ce dernier (Sous-section 2), il faudra évoquer les rapports entre concept et norme (Sous-section 3).

Sous-section 1 :

ELEMENTS DE DEFINITION DE LA NOTION DE CONCEPT

22. Nous nous inspirons principalement, dans ces lignes, des analyses, largement connues, de Madeleine GRAWITZ (9).

Outil scientifique, le concept se présente comme une abstraction rationnelle de la réalité sensible ; il procède d'une «*logique de l'essence, de la qualité essentielle*» (10). Par là, le concept a valeur de généralité. Et plus un concept exprime l'essence d'un grand nombre d'êtres individuels, moins il se trouve en mesure de rendre compte des particularités de chacun d'eux : son *extension* varie en raison inverse de sa *compréhension*.

Le concept implique un «*jugement*», selon le terme de M. GRAWITZ, soit dans sa procédure d'élaboration, soit dans son utilisation, pour identifier, qualifier un objet dont il exprime l'essence. Le concept est en quelque sorte réaliste, à la

(9) GRAWITZ, Madeleine. - Méthodes des sciences sociales. - Paris : Dalloz, 1984, 6e éd.

(10) GRAWITZ, Madeleine. - *op. cit.*, p. 22.

différence, par exemple, du *type-idéal* de Max WEBER, lequel ne s'interdit pas d'étendre ou d'accentuer le caractère des objets qu'il représente (11).

Le rôle d'un concept consiste à

«organiser la réalité (...), désigner par abstraction (...) ce qui n'est pas directement perceptible (...)», il «permet, par déduction, de prévoir d'autres problèmes, d'autres conséquences des faits qu'il généralise». C'est un «agent de communication»(12)

entre chercheurs. Ajoutons : et un élément de connaissance.

23. L'analyse de cet auteur met ainsi fortement l'accent sur la dimension instrumentale du concept. Il est, d'ailleurs, significatif, à cet égard, que M. GRAWITZ consacre des développements importants (13) à la nécessité de lutter contre *l'emploi de concepts flous, ambigus* par la mise en œuvre d'une méthode rigoureuse de construction (empruntée à P. LAZARFELD (14), et qui évoque fortement la mise au point d'instruments de mesure de faits sociaux).

24. La sociologie travaille parfois avec des concepts dits *exploratoires* ou *empiriques*, pré-définis de manière hypothétique avant la recherche, et destinés à en nourrir la problématique. A l'occasion de travaux menés avec des sociologues autour de la question de la *transaction sociale*, nous avons été confronté à cette méthode inhabituelle pour le juriste, et avons pu leur exposer notre sentiment (15). L'approche instrumentale qui sous-tend la notion de concept exploratoire procède elle-même d'une dissociation, non souhaitable, entre concept et théorie. Analysant, à la recherche de *l'introuvable relation formation-emploi*, les phénomènes de qualification, le sociologue Ramon TORTAJADA notait, d'ailleurs, il y a quelques années qu'

(11) *Ibid.*, p. 136.

(12) *Ibid.*, pp. 390 à 392.

(13) *Ibid.* pp. 394-400.

(14) BOUDON, R., LAZARFELD, P., dir. - Le vocabulaire des sciences sociales. - Concepts et indices. - Paris : Mouton, 1965.

(15) Cf. ENCLOS, Philippe. - Le procès de la transaction. - Congrès de l'Association Internationale des Sociologues de Langue Française, Les Nouveaux Mondes et l'Europe, Lyon, 6/10 juillet 1992, à paraître dans BLANC, Maurice, ed. - La transaction sociale. - Paris : L'Harmattan, 1994. Nous reprenons, ici, les arguments exposés dans cet article.

«un concept théorique n'acquiert de pertinence que dans un cadre théorique déterminé : celui qu'il contribue à constituer. En retour, c'est ce cadre théorique qui donne sens au concept. Dans cette logique (...) les concepts et la théorie qui les structure et leur assigne un sens constituent une totalité inséparable» (16).

En ce sens, ajoutait-il, les débats sur les concepts constituent l'une des formes de discussion de la théorie, et non des tentatives de définition empirique d'une réalité objet d'observation. Par voie de conséquence «le concept théorique ne peut être défini avant la théorie qui lui donne sens» (17).

Nous approuvons sans réserve cette opinion. R. TORTAJADA complétait son analyse en empruntant à Maurice GODELIER la notion de *concept empirique*. Produit et moment d'investigations ou d'observations, le concept empirique doit en revanche, selon ces auteurs, être défini avant la construction théorique ; mais il ne l'est généralement pas de manière exhaustive et définitive, parce qu'il constitue, à son tour, le point de départ de nouvelles enquêtes, et s'affine, se transforme ainsi d'étape en étape. Toujours à lire TORTAJADA :

« ... un des critères de validation du concept empirique est sa capacité à susciter de nouveaux questionnements, à s'adapter aux recherches. Il en résulte donc une certaine imprécision car (...) chaque recherche va le redéfinir dans le processus même de recherche, de telle sorte que, la définition initiale traduisant surtout le besoin de connaissances, une notion précise va se trouver éclatée en de multiples définitions ...» (18).

L'auteur appliquait cette définition à la *qualification* (du travail, du travailleur, etc.). Sous la plume d'un sociologue, elle ne surprend pas et correspond bien à la méthode d'enquête «sur le terrain». Elle est sans doute moins familière au juriste, dont une grande partie du travail consiste à faire la chasse aux imprécisions, obscurités et autres ambiguïtés qui pullulent dans les règles de droit. Paradoxalement, l'usage de concepts flous (19) se présente comme une caractéristique nécessaire du discours juridique.

(16) Cf. TORTAJADA, Ramon. - La qualification : concept empirique. - TANGUY, Lucie, dir. - L'introuvable relation formation-emploi. - Paris : La Documentation Française, 1986. - souligné par l'auteur.

(17) *Ibid.*

(18) *Ibid.*

(19) Sur les rapports entre droit et *logique floue* (définie comme le raisonnement à partir de prédicats imprécis mais de faits certains), cf. not. DELMAS-MARTY, Mireille, COSTE, Jean-François. - L'imprécis et l'incertain : Esquisse d'une recherche sur logiques et droit. - BOURCIER, Danièle, MACKAY, Pierre, dir. - Lire le droit : Langue, texte, cognition. - Paris : LGDJ, 1992, coll. Droit et Société ; et sur le problème des *concepts flous* en droit, cf. not. LAJOIE, André, ROBIN, Régine, CHITRIT, Armelle. - L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous. - BOURCIER, Danièle, MACKAY, Pierre. -

Sous-section 2 :

LA VALIDITE DES CONCEPTS

25. Au-delà de ces difficultés, se profile un problème au moins aussi redoutable, celui de la validité des concepts. Nous considérons comme valide un concept qui remplit, cumulativement, au moins trois conditions :

- **l'exactitude**, c'est-à-dire la fidélité aux objets qu'il exprime. Un concept est exact lorsqu'il abstrait la véritable essence des objets ou de la catégorie d'objets concernés. Sinon, il est frappé d'inexactitude, il est erroné.

- la **scientificité**, c'est-à-dire la conformité de sa procédure d'élaboration à certaines méthodes rationnelles.

- la **pertinence théorique**, c'est-à-dire d'adéquation à l'objet de recherche et la cohérence avec les autres concepts nécessaires à la théorisation dudit objet.

26. La condition d'exactitude va de soi, en ce qu'elle renvoie à la définition même du concept en général (20). En ce sens, un concept peut être *vrai* ou *faux*, selon qu'il objective correctement ou non la réalité. En revanche, il ne saurait être juste ou injuste, parce qu'il procède d'un jugement de réalité, non d'un jugement de valeur.

linguistique à l'interprétation des concepts flous. - BOURCIER, Danièle, MACKAY, Pierre. - *op. cit.* Nous verrons, dans la 2e Partie, que le concept d'emploi mérite une telle qualification lorsqu'il se construit en terme de marché : sommaire, secondaire, imprécis et équivoque, il ne permet pas de fonder ni de structurer de théorie satisfaisante.

(20) On pourrait également écrire : ... la définition même du concept de concept ... Pour la définition en question : *supra* n° 22.

La scientificité se présente comme une qualité, mieux : une valeur, affectant une procédure d'acquisition de connaissance et la connaissance acquise selon cette procédure. Valeur issue de la mise en œuvre, dans le cadre de la procédure en question, de méthodes spécifiques tendant à la découverte, la compréhension et l'explication de la vérité des choses. Avec Enrique HABA, nous comprenons ici la vérité comme «*adéquation de la pensée à la chose*» (21). Toujours avec cet auteur, nous admettons que le critère général optimal d'appréciation de la vérité d'une proposition tient à la mise en œuvre d'un «*contrôle intersubjectif*» (22) : c'est-à-dire d'une vérification par les autres membres de la communauté scientifique à laquelle son auteur *appartient*.

«*Les méthodes scientifiques (...) se trouvent soumises à des exigences plus sophistiquées : leur mise en œuvre relève d'un plan préétabli et peut être contrôlée intersubjectivement. C'est-à-dire que l'exécution adéquate de ce plan (...) doit pouvoir être constatée par d'autres chercheurs également : intersubjectivité !* » (23).

Il distingue, alors, une intersubjectivité «*forte*» manifestée par un

«*accord général des membres du cercle sur la façon dont (les méthodes) doivent être appliquées, c'est-à-dire sur les résultats concrets obtenus (...)*» (24),

correspondant à des méthodes «*strictes*», et une

«*intersubjectivité faible, car dans le cercle des spécialistes d'une telle discipline scientifique, on discute âprement sur la portée et même sur la façon de mettre en œuvre ces méthodes au sens large*» (25).

Il classe dans la première catégorie les sciences de la nature, dans la seconde les *sciences de l'esprit, sciences de l'homme, sciences morales* : sociologie, économie, anthropologie, histoire, pédagogie, esthétique, etc., ainsi que le droit.

27. La pertinence théorique d'un concept désigne son intérêt pour la théorie à laquelle il contribue. Nous retenons la définition générale que donne Françoise ARMENGAUD de la pertinence :

(21) HABA, Enrique P. - Rationalité et méthode dans le droit. - APD, 1978, Vol. 23, p. 271.

(22) *Ibid.*

23 " "

24 " "

25 " "

« (...) une relation entre les proférations et les contextes : un propos proféré en contexte est pertinent par rapport à ce contexte s'il peut constituer avec tout ou partie de ce contexte un argument dont soit dérivable quelque conclusion non triviale (...) Le propos pertinent est tel que tant sa profération que la reconnaissance de sa vérité importent à des interlocuteurs aux prises avec une situation de débat ou de délibération» (26).

En ce sens, le contexte d'un concept est formé par la théorie où il s'intègre, et il n'est pas insensé de concevoir la théorie comme un débat.

Toujours selon F. ARMENGAUD, sont des questions pertinentes les «bonnes questions», c'est-à-dire qui ont «trait aux intérêts du tiers lecteur ou auditeur», sont «fertiles» pour leur destinataire ou le mettent en difficulté, ou «fécondes», amenant «des révélations nombreuses et des informations nouvelles» (27).

28. Exactitude, scientificité et pertinence théorique entretiennent évidemment des relations étroites. La scientificité renforce les chances de parvenir à l'exactitude, mais n'en constitue pas la seule voie : l'intuition suffit parfois ; l'exactitude contribue à la pertinence, sans que celle-ci se réduise à celle-là ; la pertinence peut jaillir de la scientificité mais aussi provenir du simple jeu de l'échange conversationnel procédant par tâtonnements et approximations successives, etc.

Toutes ensemble, elles conditionnent ce que nous avons appelé la validité des concepts, qui synthétise authenticité, rationalité, *appropriété* (si l'on tolère ce néologisme). L'étude de la conceptualisation de l'emploi passe par l'appréciation d'une telle validité, qui ne se confond pas avec la notion de validité de la règle de droit dans la théorie générale du droit.

(26) ~~Op. cit.~~, p. 165.

↳ voir Bisio
27 Ibid.

Sous-section 3 :

CONCEPT, JUGEMENT, NORME

29. La psychologie cognitive (28) nous apprend qu'il existe trois modalités de *représentation* : l'image mentale, caractéristique de la perception sensitive, les représentations liées à l'action, concernant les connaissances nécessaires et relatives à l'activité, et les concepts, abstractions idéelles liées au langage. La psychologie sociale, quant à elle, s'intéresse aux représentations sociales, formes de connaissance relevant du sens commun, socialement élaborées et partagées, à finalité pratique d'organisation de l'environnement et de guide des conduites ; elles participent de la formation d'une vision des choses commune à un groupe social (29). Seule cette dernière caractéristique de la représentation sociale la rapproche du concept. L'idéologie s'analyse en une représentation sociale particulière ; il peut se produire qu'elle annexe ou produise des concepts.

Ainsi, il existe un concept de *représentation*, selon lequel le concept, spéculatif, est une espèce du genre des représentations, à ne pas confondre avec la représentation pragmatique.

(28) Récente, la rencontre entre la science du droit et les disciplines cognitives est le fruit des travaux en matière *d'informatique juridique* ; celles-ci se définissent comme l'étude de l'acquisition, de la représentation et du traitement des connaissances et s'intéressent au droit en tant qu'activité cognitive. Les premières recherches appliquant au droit quelques aspects du programme de la psychologie cognitive sont apparues au cours des années 1980 aux USA et en Grande-Bretagne centrées sur l'étude du raisonnement et des concepts juridiques. En France, cette rencontre se manifeste avec un séminaire organisé en 1991 à l'Abbaye de Royaumont par le Groupe de Recherche Informatique et Droit (GRID) de l'Université du Québec à Montréal et le Laboratoire Informatique Droit Linguistique, URA CNRS 962, avec le soutien du Programme Cognosciences du CNRS. Les communications sont publiées dans BOURCIER, Danièle, MACKAY, Pierre, dir. - Lire le droit : Langue, texte, cognition. - Paris : LGDJ, 1992, coll. Droit et Société.

(29) Concernant la psychologie cognitive, cf. DENIS, Michel. - Image et cognition. - Paris : PUF, 1989, spéc. le 1er chapitre ; RICHARD, J.F., GIGHLIONE, R. et autres. - Cours de psychologie. - Paris : DUNOD, 1992, p. 427 et s. Concernant la psychologie sociale, cf. JODELET, Denise et autres. - Les représentations sociales. - Paris, PUF, 1993, 3e éd. ; ROBERT, P., FAUJERON, C. - La justice et son public : les représentations sociales du système pénal. - Paris : Masson, 1978.

30. Plus fructueuse, et indispensable pour notre propos, semble la confrontation du concept avec le jugement et la norme, notamment la norme juridique (nous tiendrons les termes *norme* et *règle* pour synonymes).

A. Concept et jugement

31. Georges KALINOWSKI considère, dans la plus fidèle orthodoxie aristotélicienne, que l'esprit humain fonctionne sur trois modes fondamentaux : la conceptualisation, le jugement et le raisonnement (l'inférence étant un raisonnement particulier) (30). Selon ce point de vue, que nous ne récusons pas, concept et jugement (en tant que produit de l'acte consistant à juger) se situent sur un même plan philosophique. L'opération de jugement est cognitive ou ne l'est pas. Ceci la distingue aussitôt de la conceptualisation, nécessairement cognitive ainsi que nous l'avons noté plus haut (31).

Nous convenons, avec l'auteur, de la nécessité de distinguer jugement *psychologique* : «*vécu psychique, phénomène psychique concret, singulier, unique*» et jugement *logique* : «*contenu commun à tous les jugements psychiques d'une catégorie donnée, abstrait (au sens étymologique) de ces jugements*» (32). G. KALINOWSKI propose une classification des jugements logiques, que nous synthétisons dans le tableau suivant.

Au sens restreint : cognitifs	Au sens large : cognitifs + extra-cognitifs			
Théoriques	Pratiques			
classés selon les caractéristiques prédicatives	estimatifs	normatifs	impératifs	performatifs

32. En fait, deux classements se juxtaposent : sens restreint / sens large, théoriques / pratiques.

(30) KALINOWSKI, Georges. - Des divers sens du terme jugement. - APD, 1983, Vol. 28, p. 296 à 297.

(31) *Supra* n° 22.

(32) KALINOWSKI, Georges. - *op. cit.*, p. 297.

Les jugements cognitifs sont vrais, faux ou probables, à la différence des extra-cognitifs (optatifs, interrogatifs, impératifs).

Sont dits pratiques les jugements qui guident les conduites humaines, les autres étant appelés jugements théoriques. Ceux-ci se classent selon les caractéristiques syntaxiques et sémantiques de leurs prédicats. Ceux-là se répartissent traditionnellement en trois catégories : estimatifs (jugements de valeur du type : licencié Jean est juste), normatifs (du type : l'employeur doit s'entretenir avec son salarié avant de le licencié), impératifs (du type : prends la porte !). L'auteur y ajoute les jugements *performatifs*

«dont la prononciation par une personne appropriée, dans une situation déterminée et selon une procédure fixée, constitue l'accomplissement d'une action extra-langagière» (33)

(du type : je te promets de te réembaucher), très fréquents en droit (34).

Christophe GRZEGORCZYK écrit que le «jugement estimatif (...) consiste en une comparaison d'un objet concret avec son modèle perfectionniste» (35). C'est un «jugement de connaissance axiologique» (36).

A notre sens, un concept tient parfaitement le rôle de modèle perfectionniste. S'il existe, incontestablement, des jugements à caractère normatif, il est, pour le moins, douteux que toute norme s'analyse en un jugement ; cependant, il reste possible d'envisager la norme comme un outil de jugement, de référence, d'évaluation.

Critique : distingue jug^t/conceptualisat^o ? ...

= produit de l'opération de jugement.

B. Concept et normativité

33. En revanche, concept et norme, au contraire du jugement, obéissent chacun à une condition de validité ; ils sont, ou non, en vigueur, alors qu'il suffit au jugement d'exister, d'avoir été formé. Toutefois, ainsi que nous l'avons laissé entendre plus haut (37), il ne s'agit pas de la même validité. Selon les options

(34) Pour l'exposé de la théorie des actes de langage performatifs, lire AUSTIN, J.L. - How to do things with words. - London : Oxford University Press, 1962. - trad. française: Quand dire c'est faire. - Paris : Seuil, 1972. Pour une application au discours judiciaire, lire GRZEGORCZYK, Christophe. - Le rôle du performatif dans le langage du droit. - APD, 1974, Vol. 19, p. 229 et s.

(35) GRZEGORCZYK, Christophe. - Le jugement juridique en tant que jugement pratique (implications théoriques). - APD, 1983, Vol. 28, p. 336.

(36) GRZEGORCZYK, Christophe. - *op. cit.*, p. 336.

(37) *Supra*, n° 31.

(33) cf. KALINOWSKI, Georges. - *op. cit.*

philosophiques, la validité d'une norme procède de sa conformité à une loi naturelle, de sa positivité, ou de son effectivité ; dans tous les cas, on n'exige d'elle ni exactitude (véracité), ni scientificité, mais seulement pertinence (eu égard aux autres normes, à la finalité d'ensemble du système normatif où elle s'inscrit, à ses destinataires, aux choses ou situations qu'elle concerne, etc.) ; encore cette exigence ne constitue-t-elle pas une condition de validité juridique.

Certes, le concept, à l'instar de la norme, possède pour caractéristiques majeures l'abstraction et la généralité (38). Cependant, s'agissant de celui-ci, de telles qualités reposent sur une observation empirique de la totalité (ou d'un échantillon représentatif) des objets ou situations réels présentant une essence commune. En ce qui concerne la norme, cette observation n'est pas nécessairement requise ; l'examen d'un seul objet, d'une seule situation suffit. En dernière analyse, cela même ne paraît pas nécessaire : une norme peut se construire sur les seules fondations de l'idée d'une éventuelle situation, avant même que cette dernière se produise. Sous cette perspective, le jugement admet, indifféremment, des inspirations réelles ou idéelles.

34. Mais, surtout, dans quelle mesure le concept ne rivalise-t-il pas avec la norme sur le terrain de la normativité ? En d'autres termes, le concept ne s'analyse-t-il pas, parfois, en une espèce particulière (39) de norme ? Sans qu'il soit besoin d'entrer de plain-pied dans la discussion philosophique relative à l'essence de la normativité, il apparaît indispensable de convenir d'une définition grossière.

La démarche téléologique s'impose : la normativité, en tant que qualité (40), se définit comme finalité. Dans cette perspective, un énoncé est dit normatif dès lors qu'il traduit l'intention de son auteur de diriger la conduite humaine. Afin d'éviter tout malentendu., précisons aussitôt que nous entendons le verbe *diriger* dans un

(38) En cela, norme et concept font, tous deux, figure de *modèles*, mais «*Modèles de survenance ou émergence d'événements dans le cours des choses, les normes ou règles peuvent être qualifiées de modèles à contenu existentiel, en prenant l'idée d'existence dans son sens originel (ex sistere en latin signifiait : sortir hors de, émerger, se produire, survenir). Les normes s'opposent, par là, aux concepts qui sont des modèles psychiques à contenu institutionnel ou structural : un concept, en effet, constitue bien un modèle que nous avons présent à l'esprit comme une règle ; mais il s'agit du modèle de l'essence ou structure catégorielle d'une chose (...) de sa constitution. (...) Si l'on veut encore, les modèles conceptuels constituent des mesures de la physionomie catégorielle des choses, tandis que les modèles normatifs constituent des mesures de l'émergence au monde (Dasein) des choses.*» (AMSELEK, Paul. - La phénoménologie et le droit. - APD, Vol. 17, 1972, pp. 221-222).

(39) Particulière, en raison de ses caractéristiques et mode d'élaboration sus-analysés.

(40) Et non en tant que valeur, ce qui mobiliserait une analyse axiologique.

sens très large incluant aussi bien une acception strictement déontique (prescription - interdiction - permission) qu'une autre *métrologique* (norme - étalon) (41).

La question devient alors : un concept peut-il traduire une intention de son (ses) auteur(s) de diriger la conduite humaine ? Elle est formulée de manière à prendre en compte aussi bien une intention délibérée, présidant expressément et consciemment à l'élaboration du concept, qu'une intention inconsciente, non explicite (au sens où le juge recherche l'intention des parties afin d'interpréter une convention obscure). La question n'est donc pas ici de savoir si un concept peut avoir un effet normatif, alors que son objet ne le serait point.

35. Si le concept n'est pas normatif, et sachant que, par définition, il n'est pas non plus optatif, estimatif ou impératif, il est nécessairement constatatif. Cette remarque conduit à exploiter les célèbres catégories kantienne du *Sein* et du *Sollen*, être et devoir-être. Le constatatif procède de l'être, le normatif du devoir-être. Une distance essentielle sépare ainsi la norme du concept.

Pourtant, il reste possible de démontrer que, formellement, rien ne distingue radicalement un énoncé constatant un état de choses d'un énoncé normatif (42).

Dans ces conditions, au moyen de quel critère identifier l'un avec certitude ?

La doctrine positiviste fournit un tel critère : seules sont *en vigueur* les normes posées, et seules les normes sont posées. Bien qu'un concept doive remplir certaines conditions pour être valide, comme nous l'avons montré (43), il n'existe pas, à proprement parler, de règles attribuant un pouvoir d'édiction des concepts à une autorité particulière. D'ailleurs, encore faudrait-il que ces règles soient elles-mêmes positives, ce qui supposerait, toujours dans la logique positiviste, l'existence d'une norme fondamentale analogue, dans l'ordre de la conceptualité, à la *Grundnorm* imaginée par Hans KELSEN dans celui de la normativité juridique (44). Manifestement, telle règle n'existe pas.

36. Par ailleurs, la validité de la norme lui confère l'*obligatorité*, tandis que la validité du concept lui confère l'acceptabilité. Une norme n'est pas plus

(41) Nous reviendrons plus en détail ultérieurement sur cette question.

(42) Cf. KALINOWSKI, Georges. - Obligations, permissions et normes : réflexions sur le fondement métaphysique du droit. - APD, 1981, Vol. 26, p. 335.

(43) *Supra* n^{os} 30 et 31.

(44) KELSEN, Hans. - Théorie pure du droit. - trad. Ch. EISENMANN. - Paris : Dalloz, 1962, not. p. 293 et s. - 2^e édition.

acceptable qu'un concept n'est obligatoire. Enfin, nous l'avons noté, en tant qu'abstraction de la qualité essentielle d'êtres singuliers, le processus conceptuel fonctionne exclusivement au moyen de jugements de faits, de réalité (et ceci même au cas où les êtres en question sont des idées ou des conduites humaines). L'opération mentale de formation d'un concept demeure ainsi axiologiquement neutre, quand bien même il s'agirait d'abstraire la qualité essentielle de valeurs. (Le concept de Justice n'est ni juste, ni injuste ; on peut concevoir Dieu sans, pour autant, y croire, etc.).

En revanche, la détermination d'une norme, bien qu'il lui faille fréquemment intégrer des jugements de fait, implique nécessairement des jugements de valeur, des options axiologiques. Il s'agit, par définition, d'orienter (ou d'évaluer) des conduites humaines.

Sous cette perspective, la norme la plus *technique* est issue de jugements de valeur.

Bref : s'il est évident que les

«règles juridiques - comme toutes les autres règles - mettent en œuvre, dans leur articulation même, des concepts (...) En second lieu, il convient d'observer qu'il est possible de constituer en objet de conceptualisation le contenu, et notamment le contenu contingent, d'une règle juridique donnée ou d'un ensemble donné de règles juridiques formant système (...) On peut ainsi dégager des concepts modélisant certaines catégories de contenu possible de réglementation juridique, c'est-à-dire des concepts représentant la structure typique de certaines trames événementielles susceptibles de former le contenu de règles juridiques (...) c'est là, d'ailleurs, une démarche à laquelle la théorie juridique dogmatique recourt couramment...»,

ainsi que l'écrit Paul AMSELEK dans l'article déjà cité.

Ce sont, exactement, ce *concept* et cette *conceptualisation* qui nous intéressent.

Enjeu de la distinction concept / norme : le choix de tel concept d'emploi n'implique pas de jugement normatif en matière de politiques d'emploi.
Concevoir l'emploi en termes de règles ne conduit pas nécessairement à l'adoption d'une politique dirigiste de l'emploi.

Section 2 :

SOURCES DE CONCEPTUALISATION

37. La mise au point de la problématique adressée à l'objet de recherche particulier qu'est la conceptualisation de l'emploi, implique une interrogation relative aux disciplines scientifiques ou techniques où une telle conceptualisation se développe, que nous appellerons *sources disciplinaires* (Sous-section 1). Axant notre travail sur la conceptualisation juridique de l'emploi, nous consacrerons naturellement un paragraphe à mettre à jour les sources juridiques de concept(s) d'emploi (Sous-section 2).

Sous-section 1 :

SOURCES DISCIPLINAIRES

38. Le droit mis à part, il apparaît immédiatement que de nombreuses disciplines scientifiques sont susceptibles de s'intéresser aux phénomènes réels d'emploi, à différents titres et de différentes manières : il est prudent de limiter l'approche topologique d'une part aux sciences dites sociales, d'autre part à une présentation succincte.

- **Histoire** des institutions et des faits sociaux (45), proche de l'histoire constitutionnelle et administrative, histoire économique (46), histoire des relations

(45) Cf. TIMBAL, P.C., CASTALDO, A. - Histoire des institutions publiques et des faits sociaux. - Paris : Dalloz, 1990, 8e éd. - Précis ; BOUVIER-AJAM, M. - Histoire du travail en France. - Paris : LGDJ, 1981 ; GUILLAUME, Pierre. - Histoire sociale de la France au XX^e siècle. - Paris : Masson, 1993, spéc. p. 101 et s.

(46) Cf. not. NIVEAU, Maurice. - Histoire des faits économiques contemporains. - Paris : PUF, 1992, 8e éd., spéc. p. 125 et s. - Thémis ; LEVY, Michel Louis. - Chômage. - Dictionnaire

du travail et du mouvement ouvrier (47), histoire du droit du travail (48), etc. : autant de branches disciplinaires qui prennent en compte l'emploi, soit de manière contextuelle, soit au travers des relations individuelles ou collectives de travail, ou des conditions de travail.

- La **géographie sociale**, étudiant notamment l'insertion des activités socio-économiques dans le *paysage*, intègre indirectement les configurations locales des systèmes d'emploi (49).

- Dans la mesure où elle se préoccupe de la pollution industrielle et des conséquences de l'industrialisation sur l'environnement naturel, **l'écologie** se trouve conduite à gérer la contradiction entre sauvegarde de la nature et lutte contre le chômage.

- La **démographie** fournit depuis longtemps des données indispensables à la connaissance de la structure de l'emploi (sexe, âge, mobilité géographique, etc.) ; depuis une quinzaine d'années, elle entre dans les moyennes et grandes entreprises au service des stratégies de gestion des ressources humaines (50).

d'histoire économique. - Paris : Hatier, 1987, 3e éd., p. 56 et s. ; BONIN, Hubert. - Histoire économique de la France depuis 1880. - Paris : Masson, 1988, spéc. les chapitres 12 à 15.

(47) Pour l'histoire du travail, lire DOLLEANS, E., DEHOVE, G. - Histoire du travail en France. - Paris : Domat - Montchrestien, 1953, et, plus récemment, mais sous une autre approche : MARCHAND, Olivier, THELOT, Claude. - Deux siècles de travail en France. - Paris: INSEE, 1991. - Etudes. Eg. GORZ, André. - Métamorphoses du travail : quête de sens. - Paris : Galilée, 1988 ; CARTIER, M. - Introduction. - Collectif. - Le travail et ses représentations. - Paris : Ed. des Archives Contemporaines, 1984. Pour l'histoire du mouvement ouvrier, parmi une abondante littérature. : BRON, Jean. - Histoire du mouvement ouvrier français. - Paris : Ed. Ouvrières, 1973, 3 tomes ; LEFRANC, Georges. - Histoire du mouvement ouvrier en France des origines à nos jours. - Paris : Ed. Montaigne, 1946 ; du même auteur : Histoire du travail et des travailleurs. - Paris : Flammarion, 1975 ; DAVID, Marcel. - Les travailleurs et le sens de leur histoire. - Paris : CUJAS, 1967.

(48) Tous les traités et manuels de droit du travail comportent des développements introductifs relatifs à l'histoire de cette branche du droit, mais l'histoire du droit du travail reste encore trop négligée. Voir la bibliographie d'histoire du mouvement ouvrier. Egalement : LE GOFF, Jacques. - Du silence à la parole. - Paris : Calligrammes, 1989.

(49) Par ex. : MERENNE-SHOUMAKER, Bernadette. - La localisation des industries. - Paris : Nathan Universités, 1991 - Géographie d'aujourd'hui ; BENKO, Georges. - Géographie des technopôles. - Paris : Masson, 1991, spéc. la 2e Partie, intitulée Les nouveaux espaces industriels dans le monde, p. 61 et s.

(50) Cf. SULLEROT, Evelyne. - La démographie de la France : bilan et perspectives. - Paris : La Documentation française, 1978 ; TAPINOS, Georges. - Eléments de démographie. - Paris : Armand Colin, 1985, p. 309 et s.

- La **science politique**, lorsqu'elle analyse les phénomènes de pouvoir dans les organisations (administrations et entreprises notamment) côtoie la sociologie des organisations sur le terrain de la hiérarchie et des institutions de régulation des luttes de pouvoir, composante importante de l'emploi ; elle se penche également sur l'emploi en tant qu'argument du discours politique, étudie les politiques publiques économiques, sociales, d'emploi, etc.

- Les deux branches de la **linguistique** que sont l'étymologie et la sémantique renseignent sur les multiples significations, dans le temps et l'espace, des termes désignant les phénomènes de travail et d'emploi (51).

- L'apparition récente de **sciences de l'information et de la communication** aide à la prise de conscience de l'importance cruciale de la circulation de l'information sur le marché de l'emploi et à l'intérieur de l'entreprise et à la compréhension de ses modalités (52).

- L'**ergonomie**, au carrefour de la médecine du travail, de la psychologie du travail et de la technologie de l'organisation du travail, occupe évidemment une place centrale dans l'étude des postes, et de leur structure, des conditions physiques de travail (53).

- La **psychologie** constitue certainement, aux côtés du droit, de la sociologie et de l'économie, l'une des quatre sciences sociales consacrant intégralement et exclusivement l'une de leurs branches au travail. Organisation du travail, rapports homme-technologie, comportements de/au travail, recrutement et carrière,

(51) Cf. CORNU, Gérard, dir. - Vocabulaire juridique. - Paris : PUF, 1987 - Association Henri Capitant ; LABRUSSE, Henri. - Le mot travail : un acheminement poétique. - Collectif. - Analyses et réflexions sur le travail. - Paris : Ed. Marketing, 1978.

(52) Parmi une abondante littérature pratique, on peut relever GONDRAUD, François. - L'information dans les entreprises et les organisations. - Paris : Les Editions d'Organisation, 1990 ; MUCCHIELLI, Alex. - Communication interne et management de crise. - Paris : Les Editions d'Organisation, 1993 ; BEAU, Dominique, DAUDEL Sylvain. - Stratégie d'entreprise et communication. - Paris : Dunod, 1992.

(53) MONTMOLLIN, C. de. - L'ergonomie. - Paris : La Découverte, 1986. - Repères ; CASSOU, B., et autres. - Les risques du travail : pour ne pas perdre sa vie à la gagner. - Paris : La Découverte, 1985 ; LAVILLE, A. - L'ergonomie. - Paris : PUF, 1990, 4e éd. - Que sais-je ? ; lire également le numéro spécial *Ergonomie* de la revue Impact-Sciences et Sociétés, 1992, n° 165.

psychopathologie spécialisée, etc. : tels sont quelques uns des multiples champs d'intervention de la psychologie du travail (54).

- La **sociologie** et l'**économie**, enfin, déploient depuis toujours des efforts considérables en matière de travail, mieux connus des juristes que ceux des disciplines précédemment citées (histoire du droit du travail et du mouvement ouvrier exceptées). Mais certaines de leurs branches centrées sur d'autres objets présentent également un intérêt pour l'étude de l'emploi : sociologies des organisations, des conflits, des professions, etc. ; économie industrielle, *économie des conventions*, analyse économique du droit, etc. (55).

A l'issue de ce bref panorama, il est frappant de constater que la quasi-totalité des sciences évoquées déclarent s'intéresser **plutôt au travail qu'à l'emploi** : *histoire du travail*, *psychologie du travail*, *économie du travail*, *sociologie du travail*, *droit du travail*, et non *de l'emploi*.

39. Enfin, on pourrait s'étonner de ne voir pas mentionnées dans notre liste ni la statistique ni la gestion. En ce qui concerne la première, son omission se justifie d'un côté par le fait qu'il ne s'agit pas d'une science sociale, mais d'une branche de mathématiques appliquées, et de l'autre parce qu'elle se présente comme technologie plus que comme science. La gestion - d'entreprise, des ressources humaines, etc. -, que l'on désigne également par le terme anglais *management*, ne constitue pas encore une science, faute de travaux théoriques suffisamment nombreux (56) et faute de concepts propres et valides (57) (au sens que nous avons retenu ci-dessus (58)), malgré une abondante littérature.

Il n'en demeure pas moins que statistique et gestion contribuent également, quoiqu'à un niveau technique plus que théorique, à la conceptualisation de

(54) LEVY-LEBOYER, Claude, SPERANDIO, Jean-Claude. - *Traité de psychologie du travail*. - Paris : PUF, 1987 ; GUILLEVIC, Christian. - *Psychologie du travail*. - Paris : Nathan Université, 1991 ; FISCHER, Gustave-Nicolas. - *Psychologie des espaces de travail*. - Paris : Armand Colin, 1989, ouvrage passionnant.

(55) Une bibliographie sera proposée dans la suite de nos développements.

(56) Cf. SCHMIDT, Géraldine. - *Théorie et pratique des styles de management : une comparaison inter-nationale*. - thèse, Université NANCY 2, 1993, p. 58. La présente thèse constitue une exception.

(57) Cf. SCHMIDT, Géraldine. - *op. cit.* pp. 72-83, pp. 122-125.

(58) *Supra*, n° 25 et s.

l'emploi par les sciences sociales qui les utilisent : démographie, psychologie, économie et sociologie.

Sous-section 2 :

SOURCES JURIDIQUES

40. Passer en revue les sources juridiques de conceptualisation de l'emploi revient à énumérer les sources de droit (admisses ou discutées) et à sélectionner certaines branches du droit, objet du présent paragraphe. Par ailleurs, l'expression même *sources juridiques de conceptualisation de l'emploi* est lourde d'un présupposé : celui de l'éventualité de sources non-juridiques ; en effet, le rapide examen, qui précède, de l'intérêt que portent à l'emploi diverses disciplines voisines du droit permet d'affirmer que ce dernier ne dispose d'aucun monopole en la matière ; en outre, l'expression implique que le droit et la science du droit contribuent à des conceptualisations extra-juridiques de l'emploi. C'est, notamment, le cas chaque fois que l'une de ces sciences intègre un élément juridique (expressément ou non) à sa construction théorique : par exemple, lorsque l'économie du travail importe le critère juridique du contrat de travail pour identifier le salariat. Nous reviendrons ultérieurement plus en détail sur ces emprunts conceptuels d'une discipline à l'autre. Pour l'instant, effectuons la revue annoncée.

A. Branches du droit

41. Plusieurs branches du droit se prêtent à une conceptualisation de l'emploi, directement ou non et à des niveaux différents. Au sein du droit privé, le droit du travail forme évidemment la branche maîtresse, pour les raisons que

chacun aperçoit. A ses côtés, le droit de la protection sociale (59) joue un rôle qu'il devient de plus en plus difficile de qualifier de secondaire ou complémentaire : l'importance, la nature, la source des revenus de transfert et autres formes de salaire indirect, par exemple, engendrent indubitablement une évolution des concepts de *salarié, travailleur, plein emploi*, etc.

Le droit de la formation professionnelle continue et celui de l'insertion professionnelle, qui débordent aujourd'hui largement le droit du travail tant dans sa finalité traditionnelle, que dans ses méthodes ou son système de codification, sont inextricablement liés à l'apparition et au développement de catégories d'analyse nouvelles, voire de concepts spéciaux entrant en interférence avec le concept emblématique du droit du travail : la subordination juridique.

Le droit commercial lui-même, surtout depuis la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté, pèse sur la conceptualisation de l'emploi.

Le droit des professions juridiques (en admettant qu'il s'agisse d'une branche du droit) n'est pas en reste, dans l'évolution qui a conduit à faire tomber le dernier bastion des professions exclusivement *libérales* (loi n° 90-1259 du 31.12.1990 relative à la nouvelle profession d'avocat(-conseil), qui admet, entre autres réformes, la possibilité d'exercer dans le cadre juridique du salariat).

Comment ne pas citer, enfin, le droit commun des obligations, d'une part, en tant qu'il inspire certaines évolutions législatives en droit du travail, d'autre part, en tant qu'il fonde une politique jurisprudentielle notoire en contentieux des relations de travail (dont témoigne le recours de plus en plus fréquent à l'article 1134 du Code civil par la chambre sociale de la Cour de cassation) ?

42. Au sein du droit public, le droit de la fonction publique occupe la première marche du podium, avec ses développements récents (fonctions publiques territoriale et hospitalière) (60), et ses *lacunes* (quasi-absence de statut général des agents contractuels, de réglementation des contrats de travail à durée déterminée, insuffisance des critères jurisprudentiels du contrat de travail de droit public (61), etc.).

(59) Au sens large : droit de la Sécurité Sociale, des Allocations Familiales et autres prestations d'aide sociale, de la prévoyance complémentaire, du RMI, du chômage, etc.

(60) Fonction publique territoriale : loi du 26.01.1984. Fonction publique hospitalière : loi du 09.01.1986.

(61) Participation directe de l'agent au service public, présence de clauses contractuelles exorbitantes du droit privé. Cf. VEDEL, Georges, DELVOLVE, Pierre. - Droit administratif. - Paris : PUF, 1992, 12e éd., pp. 383-395, coll. Thémis ; RIVERO, Jean. - Droit administratif. - Paris : Dalloz, 1990, 13e éd., pp. 147-154, coll. Précis.

Sur la deuxième marche, l'ensemble des règles de droit administratif relatives à l'intervention de l'Etat sur le marché de l'emploi : droit des *aides publiques à l'emploi*, réglementation de la lutte contre le marchandage et le travail clandestin, droit des finances publiques (gestion des divers Fonds affectés à l'action de l'Etat en matière d'emploi), etc.

Sur la troisième marche du podium, le droit relatif au fonctionnement du *service public de l'emploi* (statut et missions de l'ANPE, statut de son personnel (62) ; etc.).

Imaginons un podium à quatre marches, pour installer sur la dernière le droit économique (concurrence, privatisations, bourse, monnaie, subventions, etc), dans la mesure où son objet, ses effets ou les paramètres de son élaboration touchent à la situation de l'emploi.

43. En bref, il apparaît qu'un nombre croissant de branches du droit (et encore notre panorama pêche-t-il par défaut d'exhaustivité) prennent aujourd'hui cette préoccupation en compte. Il serait fort surprenant qu'un concept unifié et homogène de l'emploi anime ces groupes de règles de droit, ou s'en laisse déduire. Aussi, qui entreprendrait de construire une théorie juridique générale de l'emploi se verrait contraint de ne négliger l'étude d'aucune de ces branches du droit.

Il lui faudrait encore spécifier l'apport de chaque source du droit.

B. Sources de droit

44. Les sources internationales du droit applicable à l'emploi constituent à elles seules un vaste champ d'analyse. Conventions relatives aux droits fondamentaux et droits de l'homme (à vocation universelle ou régionale), Conventions conclues sous les auspices de l'OIT, Conventions spéciales (Charte européenne des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989), Traités fondateurs d'institutions économiques et droit dérivé (Traité de Rome instituant la CEE), Traités bilatéraux d'établissement, jurisprudence des juridictions internationales (CJCEE notamment), etc. : l'analyse comparée des concepts d'emploi présents - explicitement ou non - dans ces nombreux instruments révélerait inmanquablement de notables divergences.

(62) Décret n° 90-543 du 29.06.1990.

45. Au sein même de l'ordonnancement juridique national (et pour se limiter au cas de la France), il faut s'attendre à de semblables divergences conceptuelles entre les sources de droit *étatiques* d'un côté, et les sources *professionnelles* de l'autre.

Plus encore, il est improbable que chacune de ces deux catégories se rallie autour d'un concept unique. Il est bien connu, par exemple, que le pouvoir exécutif ne se prive pas d'user de la marge de manœuvre, que lui accorde la Constitution, dans l'exercice du pouvoir réglementaire ; nul n'ignore non plus le développement d'une *doctrine administrative* en matière d'application de la loi. Se forment ainsi des conceptualisations qui s'éloignent parfois beaucoup des intentions du législateur. Celui-ci ne manque pas, quant à lui, d'exploiter ce phénomène, lorsqu'il ne parvient pas à -ou ne souhaite pas- préciser clairement son intention. Cela semble bien être le cas, précisément, du concept d'emploi, dont la loi ne fournit jamais aucune définition explicite (63).

Un survol rapide des grandes catégories de sources *professionnelles* du droit en matière de travail et d'emploi suffit pour constater l'absence d'un concept unifié d'emploi, alors même que nombre de conventions et accords collectifs de travail évoquent la situation de l'emploi dans l'exposé de leurs motifs (64). Aujourd'hui réduit à poser les normes relatives à la discipline et à la sécurité, le règlement intérieur ne se prête plus à l'exposé des conceptions patronales de l'emploi, et le

(63) Sauf erreur toujours possible, bien que nul, et le juriste a fortiori, ne soit censé ignorer la loi ! Nous avons, en tout cas, vérifié cette affirmation pour ce qui concerne le Code du Travail. Ce dernier, ne donnant d'ailleurs, comme il est bien connu, aucun critérium du contrat de travail, serait bien en peine de définir un concept d'emploi !

(64) La plupart des conventions collectives de travail utilisent le terme *emploi* pour désigner, tantôt, des **ensembles de tâches ou fonctions**, tantôt, les **postes de travail** existant dans les entreprises, notamment dans le cadre de leur *classification* ou de leur *maintien*. Plus récemment, sont conclus des accords de branches et d'entreprises se préoccupant de la *situation de l'emploi* au niveau global ou à celui des branches concernées : il s'agit alors, sous le même vocable, plutôt de lutte contre le chômage et d'accès à l'emploi ; toutefois, aucun des accords dont nous avons eu connaissance ne se risque à fournir une définition claire du concept : voir, pour la seule année 1993, l'Accord-cadre sur l'emploi Thomson Tubes Electroniques (mars ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6826 du 15-4-1993), l'Accord sur la gestion prévisionnelle de l'emploi UAP (14 mai ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6860 du 14-6-1993), l'Accord *Latitudes* sur l'emploi et le temps de travail GAN (19 octobre ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6929 du 27-10-1993), l'Accord d'aménagements du temps de travail favorisant l'emploi AXA (9 novembre ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6937 du 22-11-1993), l'Accord pour favoriser l'emploi et la compétitivité de l'entreprise Thomson-CSF (10 novembre ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6936 du 18-11-1993), l'Accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale EDF-GDF (19 novembre ; Liaisons sociales, Législation, C3 n° 6940 du 29-11-1993), l'Accord sur les mesures d'accompagnement en vue de sauvegarder l'emploi Sextant Avionique (17 novembre ; Liaisons sociales, Législation, C3, n° 6945 du 8-12-1993), etc. Dans tous ces textes, l'emploi apparaît bien comme un *concept flou* (v. *supra* : n° 24 note 19, et n° 29, note 28).

contrat individuel de travail se borne, au mieux, à décrire précisément les caractéristiques du poste de travail et/ou des fonctions attribuées à son titulaire. Sans doute, toutefois, pourrait-on détecter dans certains usages les vestiges d'anciennes conceptions des relations de travail, mais il s'agirait encore de conceptions multiples, contradictoires, partielles et imprécises (65).

46. Dans ces conditions générales de profonde incertitude quant au contenu, voire à l'existence même, d'un concept juridique d'emploi, le juge se trouve confronté, dans sa mission d'interprétation, à des difficultés considérables. Parvient-il à les surmonter, c'est-à-dire à découvrir un concept d'emploi derrière la norme à appliquer, qu'il se heurte aussitôt à un autre obstacle, représenté par les conceptions respectives des parties à l'instance, par hypothèse contradictoires. Il lui faut donc encore porter une double appréciation, sur la contradiction entre ces conceptions et sur leur conformité respective au concept inspirant la norme. Certes, le juge effectue généralement ces opérations soit implicitement, soit automatiquement, et sans en prendre véritablement conscience. Cependant, la nature ou les circonstances de certains litiges, ou encore la nature ou le développement de certains arguments des plaideurs, sinon l'intention du juge lui-même de faire connaître son opinion, conduisent parfois celui-ci à prendre explicitement position dans le débat conceptuel(66) .

(65) La jurisprudence des relations de travail, par exemple, se trouve bien embarrassée pour définir le champ d'application de l'article L 122-1-1, 3°. du Code du travail, relatif aux contrats de travail à durée déterminée dits *d'usage* : qu'est-ce qu'un emploi où il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de son caractère par nature temporaire ?.. Ces difficultés sont étudiées par ETIENNOT, Pascale, KESSLER, Francis, MOUKHA, Stéphanie. - Les conditions de recours au contrat de travail à durée déterminée «*d'usage*». - DS, 1993 p. 66 et s. (not. pp. 70 à 73).

(66) Plusieurs types de litiges conduisent, par exemple, la jurisprudence à un effort de définition du concept d'emploi. C'est, notamment, le cas des contentieux de la modification par l'employeur des termes du contrat de travail ou des conditions individuelles de travail et d'emploi, et du champ d'application du célèbre article L 122-12, 2e al. du Code du travail, où les juges s'attachent à analyser et classer les éléments constitutifs des emplois. Dans un autre domaine, la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils établissent le caractère permanent d'emplois allégué par des salariés recrutés dans le cadre de contrats d'adaptation à durée déterminée, lorsque leur requalification en contrats à durée indéterminée est en cause (jurisprudence d'application de l'article L 981-6, 2e al., C. trav. ; voir, par ex., Soc. 15-4-1992 Capon c/ SA Castello, note Henri BLAISE, JCP, 1993, G, II, 21986). Par ailleurs, l'application des règles relatives à la succession de contrats à durée déterminée, ou de missions de travail temporaire, contraint les juridictions du travail à définir la notion de *poste* (par ex. Soc. 31-10-1989 Dorey c/ Société Bellelli SPA, Bull. V n° 641 : l'interdiction légale de succession de CDD de l'article L 124-7, 3e al., C. trav. «ne peut viser que le poste de travail rigoureusement semblable à celui qui était précédemment occupé par le même salarié, c'est-à-dire le même ouvrage au même lieu»). Citons encore un dernier type de contentieux imposant à la

Quoi qu'il en soit, le jugement juridictionnel constitue incontestablement un lieu obligé et privilégié de maniement, de mise en œuvre des concepts. Si les autres sources de droit parviennent souvent à faire l'économie de concepts clairs et précis, on ne saurait en dire autant de la jurisprudence. L'opération de qualification à laquelle se livre nécessairement le juge s'analyse soit en subsumption d'un fait sous un concept pré-existant fourni par le droit positif, soit en abstraction de sa qualité essentielle en l'absence de concept juridique adéquat ; il peut encore se produire que la qualification juridique d'un fait conduise à modifier un concept juridique donné (67). Les deux dernières variantes engendrent des concepts juridiques nouveaux (totalement ou partiellement) fondant des règles de droit nouvelles ou une nouvelle interprétation-articulation de règles de droit existantes. L'opération consistant à créer et poser une norme de droit paraît pouvoir se satisfaire de concepts vagues et ambigus, à peine ébauchés, discutés (68). L'opération consistant à appliquer la même norme à une situation ou une personne singulière exige, au contraire, des concepts précis, univoques, sûrs (mais on peut craindre qu'il s'agisse parfois de concept *ad hoc*, non transposables à d'autres litiges). Le jugement se forme au point de rencontre entre le résultat de l'interprétation de la norme à appliquer et celui de la qualification des faits à retenir, tâches requérant nécessairement le concours de concepts aussi élaborés que possible : la première afin de préciser-adapter la norme, la seconde dans le but d'appréhender correctement la réalité.

47. Pour conclure ce point, il faut se résoudre à constater qu'il existe une multiplicité de concepts juridiques *locaux* d'emploi, attachés chacun aux particularités d'une source de droit dans une branche du droit, se trouvant à des

jurisprudence de préciser le concept d'emploi : l'appréciation de l'existence d'un motif économique de licenciement, en application de l'article L 321-1, C. trav. La Cour de cassation estime que la suppression d'un emploi est avérée, lorsque les tâches ou fonctions du salarié qui l'occupait ont été confiées soit à plusieurs autres salariés (Soc. 29-1-1992 Société OHF c/ Quesnel, Bull. V n° 51), à des bénévoles (Soc. 7-10-1992 Olivier c/ Mme Alayrac, Bull. V n° 501), au directeur général (Soc. 29-1-1992 Société ACI Champagne c/ Meyer, Bull. V n° 52), à un associé de l'employeur (Soc. 10-3-1993 Lesobre c/ SARL Milady Coiffure, RJS 5/93 n° 495), à l'employeur lui-même (C. app. Besançon 10-4-1992 Mme Monceaux c/ Fleury, DO, février 1993 p. 61). Selon cette jurisprudence, l'emploi au sens (micro-analytique) de l'article L 321-1 est un ensemble de tâches ou fonctions confiées à une même personne, dans le cadre d'un contrat de travail.

(67) Il n'est que d'évoquer le glissement jurisprudentiel du critère du contrat de travail, de la subordination juridique à « l'intégration dans un service organisé » : qualifier de contrat de travail certaines relations de travail caractérisées par une grande autonomie professionnelle exige une modification du concept classique de subordination juridique.

(68) Des concepts *flous* : v. *supra*, n° 24 et note 19.

stades d'élaboration plus ou moins avancés en fonction de l'état des processus de conceptualisation les concernant spécifiquement.

Témoignent de cette situation aussi bien les errements des politiques publiques de l'emploi depuis bientôt une vingtaine d'années, stigmatisées par la plupart des observateurs qualifiés, que les difficultés considérables auxquelles se heurtent les rares tentatives de théorisation juridique.

48. Chacun, aujourd'hui, en France et dans nombre de pays semblables, estime que l'emploi constitue l'enjeu majeur du développement de la société. La construction d'un concept d'emploi se trouve au cœur des enjeux économiques, sociaux et politiques de la période : l'issue de l'une des plus graves crises qu'ait engendrées le capitalisme en dépend. Il n'y a ainsi rien que de très normal dans le fait que l'affrontement entre les diverses forces sociales, les diverses «régulations» (69) en conflit pour faire prévaloir leurs propres stratégies ou solutions à la crise traverse également le champ de la conceptualisation.

Ainsi, l'apparente confusion en matière de conceptualisation de l'emploi s'analyse-t-elle, en réalité, en une lutte complexe et acharnée entre les multiples logiques des diverses forces sociales en présence (à tout le moins, de celles qui disposent des moyens d'accéder au champ de la conceptualisation). Le droit constitue un terrain d'importance majeure dans une telle confrontation, et l'on peut d'ailleurs s'étonner que les juristes abandonnent en général le discours sur l'emploi aux économistes et sociologues, au point que ceux-ci n'hésitent plus à investir le *territoire* de ceux-là. Certes, l'affrontement dans le champ de la conceptualisation de l'emploi ne revêt aucun caractère spectaculaire, au contraire de l'exploitation politicienne des thèses qui s'y discutent. Mais les formes discrètes du débat théorique ne sauraient en masquer la vivacité ni l'importance (70).

(69) Nous empruntons la notion au sociologue : cf. REYNAUD, Jean-Daniel. - Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale. - Paris : Armand Colin, 1989. ; du même auteur, v. également Conflit et négociation sociale : esquisse d'une théorie de la régulation conjointe. - RFS, 1/1979 ; et La régulation dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome. - RFS, 1/1988.

(70) L'affrontement conceptuel en question se trouve d'ailleurs étroitement ^{imbriqué} intriqué dans la lutte traditionnelle entre les différents groupes professionnels de juristes dans le champ du droit : cf. BOURDIEU, Pierre. - La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique. - ARSS, 1986, n° 64, p. 3 et s. L'auteur aurait pu compléter son analyse en évoquant la concurrence que font les socio-économistes aux juristes en matière de discours sur le droit !

Chapitre 3 :

METHODE GENERALE

49. Nous avons défini plus haut (71) notre objet de recherche comme *la conceptualisation de l'emploi*, et fourni quelques éclaircissements d'ordre épistémologique quant à ce que nous entendons par concept (72). Le concept, s'intégrant dans une théorie, est l'objectif et le fruit d'un travail spécialisé de recherche théorique consistant en l'abstraction rationnelle de l'essence d'un ou plusieurs êtres ou faits singuliers constituant alors une classe ; la conceptualisation, ou processus d'élaboration de concept, qui repose sur la formation et l'énonciation de jugements selon une méthode scientifique, est plus ou moins avancée, achevée. Les règles ou ensembles de règles de droit ne constituent pas des concepts (et le concept n'est pas normatif) ; toutefois, d'une part il se peut qu'ils procèdent de concepts pré-existants, d'autre part il se prêtent parfois à un travail de conceptualisation ex post, entrepris par la *doctrine*.

Nous ne nous interdisons cependant pas de commenter, en tant que de besoin, des représentations (73) influençant la formation de concepts ; on rencontre de telles représentations dans la loi et le règlement, et la doctrine n'y échappe pas toujours non plus. Il peut s'agir de lieux communs, de termes empruntés à d'autres disciplines sans bénéfice d'inventaire, de pré-notions.

Enfin, ainsi qu'annoncé, nous tenterons nous-mêmes de construire quelques propositions de conceptualisation.

Deux autres options méthodologiques s'imposent, en regard de l'objet et de la problématique exposés : adopter un point de vue juridique et sélectionner une source de droit (Section 1), dans le cadre d'une approche interdisciplinaire (Section 2).

(71) *Supra*, n^os 12 à 19.

(72) *Supra*, n^os 22 à 24.

(73) *Supra*, n^o 29.

Section 1 :

UN POINT DE VUE JURIDIQUE DOMINANT ...

50. Le point de vue disciplinaire qui domine notre recherche est celui du juriste. Plus précisément, du juriste spécialisé en droit du travail (juriste *travaille*iste). Incontestablement, cette branche du droit l'emporte aujourd'hui de loin sur les autres en ce qui concerne la question de l'emploi ; en dehors même de la réglementation du travail et des relations de travail, le Code du travail intègre la plupart des dispositions en matière de politiques publiques d'emploi. Certes, l'homogénéité du Code du travail pâtit de ces inclusions, et une proportion sans doute de plus en plus forte des règles relatives à l'emploi ne s'y trouve pas. Il est encore difficile de pronostiquer la transformation du Code du travail en Code de l'emploi, ou, au contraire, la création d'un Code de l'emploi séparé du Code du travail. (Avouons une préférence pour la seconde formule, qui aurait le mérite de rompre avec une confusion regrettable entre politiques du travail et politiques de l'emploi).

Il sera cependant nécessaire de pratiquer quelques incursions de circonstance au sein du droit de la fonction publique, qu'impose la problématique *salar*iat-fonctionnariat.

En somme, le point de vue sera celui d'un *juriste de l'emploi*, plus que d'un juriste du travail.

51. Il reste à déterminer les sources de droit que nous privilégierons : analyser l'ensemble des sources de droit, serait-ce sous le seul angle de la conceptualisation de l'emploi et exclusivement en droit du travail, constituerait une entreprise démesurée. En outre, nous n'entendons pas produire de théorie générale, (74) : mais seulement apporter quelques contributions spéciales.

(74) *Supra*, n°s 4 et 19.

Pour ces raisons, notre étude demeure centrée sur le droit français. La doctrine, bien sûr, alimente largement nos réflexions ; mais on ne lui reconnaît généralement pas la qualité de source de droit (75).

Privilégier l'étude des sources légale et réglementaire fournirait certainement des données riches et nombreuses, révélatrices des conceptions parlementaires et gouvernementales. Mais quelques inconvénients apparaissent. S'agissant de la loi, il est notoire qu'elle regorge de notions floues sans que l'examen des travaux parlementaires permette toujours de les éclairer. S'agissant du règlement (et de son interprétation administrative), on risque de se laisser enfermer dans les logiques ministérielles. En outre, et surtout, la norme de droit ne s'exprime pleinement qu'à l'occasion de l'interprétation juridictionnelle à laquelle donne lieu son application.

L'argumentation vaut, également, pour les sources professionnelles conventionnelles : notions fondamentales souvent imprécises, logiques partisans susceptibles, étudiées seules, de fausser l'analyse, et règles souvent *muettes* hors interprétation.

Sans qu'il soit, déjà, besoin de prendre parti sur le point de savoir si la jurisprudence est, ou non, une source de droit (76), on peut affirmer, sans risquer d'être contredit, que l'interprétation des règles de droit par le juge leur donne sens. Dans cette perspective, le rôle de la jurisprudence en matière de création de droit de l'emploi et de définition du concept d'emploi apparaît déterminant. Cela trace deux programmes de recherche : d'une part, tenter de comprendre et d'analyser ce rôle, par l'étude du phénomène jurisprudentiel en tant que mode spécifique de régulation juridique ; d'autre part, détecter les représentations de l'emploi qui imprègnent les normes se dégageant des décisions de justice. Faute de pouvoir, dans le cadre limité de la présente thèse, mener ces deux programmes de front, nous retenons le premier et renvoyons le second à des travaux ultérieurs.

52. Enfin, le point de vue juridique est dominant, en ce sens que notre intérêt se porte, principalement, sur la problématique du rôle du droit et de sa science dans la formation des concepts qui sous-tendent la régulation globale des phénomènes d'emploi. Il s'agit, en d'autres termes, de re-poser la question de l'instrumentalisation du droit, et, au-delà, celle de sa capacité à produire, non seulement des normes, mais bien des représentations de la réalité.

(75) Nous discutons ce point plus bas, à l'occasion d'une réflexion sur la jurisprudence : *infra*, et 3e Partie, Chapitre 2.

(76) Ce que nous ne manquons pas de faire plus loin : *infra*, et 3e Partie, Chapitre 2.

Section 2 :

... ENRICHI PAR UNE APPROCHE INTERDISCIPLINAIRE

53. Adopter une définition générale de l'interdisciplinarité n'est pas le plus difficile (Sous-section 1) : encore faut-il rappeler l'état des rapports entre les disciplines concernées (Sous-section 2), avant d'indiquer et ce qu'on attend de leur confrontation, et la méthode de confrontation, autour du concept d'emploi (Sous-section 3).

Sous-section 1 :

DEFINITION GENERALE DE L'INTERDISCIPLINARITE

54. Une opinion autorisée (77) distingue trois cas de figure :

- la pluridisciplinarité (ou multidisciplinarité), *juxtaposition*, autour d'un objet de recherche supposé commun, de disciplines différentes conservant leurs spécificités et leurs problématiques propres ; les auteurs évoquent une

«simple coexistence de langages différents, produisant quelque chose comme un Babel scientifique» (78) ;

- la transdisciplinarité, *intégration* de disciplines visant la production d'un savoir autonome, d'objets, méthodes et concepts nouveaux ; c'est la

(77) Cf. OST, François, KERCHOVE, Michel van de. - De la scène au balcon : d'où vient la science du droit ? - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, pp. 77-78. Les auteurs s'inspirent ici sans doute du célèbre psychologue et pédagogue Jean PIAGET.

«construction d'une langue nouvelle et commune, quelque chose comme un espéranto scientifique» (79)(80) :

- l'interdisciplinarité, où

«la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence, qui développe des problématiques et des hypothèses qui recourent partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline» (81) :

c'est une *articulation* des savoirs, «une traduction d'un langage dans un autre» (82).

55. La définition proposée par F. OST et M. van de KERCHOVE appelle, peut-être, quelques amendements. En premier lieu, elle semble n'envisager d'interdisciplinarité qu'entre deux sciences ; rien, cependant, ne s'oppose à une *multi-interdisciplinarité*. Surtout, elle implique que chacune développe séparément ses problématiques et hypothèses, lesquelles se contentent de se «recouper partiellement». A nos yeux, il n'y a là qu'une forme faible d'interdisciplinarité ; sans verser dans un optimisme excessif, on peut envisager une association plus étroite, où les problématiques et hypothèses de la discipline (ou des disciplines) non-dominante(s) dérivent de l'adoption en commun de problématiques - hypothèses générales en fonction du champ théorique dominant. En outre, il importe d'identifier un double objectif commun : enrichissement de chacun des champs théoriques en présence, et ouverture d'un champ théorique commun (et partiel, c'est-à-dire lié au seul objet de la recherche). Cette ouverture suppose l'engagement d'un processus de conceptualisation commun, le jet de passerelles, l'établissement de communications entre les divers espaces de théorisation. L'image de la traduction, proposée par les auteurs, devient ainsi insuffisante, car

(78) *Op. cit., loc. cit.*

(79) *Op. cit., loc. cit.*

(80) La métaphore de l'espéranto paraît inappropriée, qui véhicule une sorte d'œcuménisme culturel. La méthode transdisciplinaire, à nos yeux, fonctionne comme transcendance des sciences primaires ; son degré d'abstraction est nettement plus élevé : l'extension de ses concepts inclut leurs propres concepts. La philosophie, ou une éventuelle théorie générale de l'emploi, procèdent d'une méthode transdisciplinaire.

(81) *Op. cit., loc. cit.*

(82) *Op. cit., loc. cit.*

trop proche de la pluridisciplinarité, alors que l'interdisciplinarité creuse les fondations de la transdisciplinarité (83).

Sous-section 2 :

ETAT DES RELATIONS DROIT-SOCIOLOGIE-ECONOMIE

56. Parmi la dizaine de sciences sociales, intervenant dans le champ de l'emploi, évoquées plus haut (84), nous n'en retenons que deux, outre le droit, pour des raisons évidentes de faisabilité. Notre choix se porte sans hésitation sur la sociologie et l'économie, qui sont, sans doute, les plus directement et profondément impliquées dans l'étude des phénomènes de travail et d'emploi contemporains aux deux niveaux *micro* et *macro* (85).

En outre, sociologie et économie entretiennent des relations mutuelles étroites dans ce champ (A.). La sociologie et le droit se connaissent également depuis longtemps, sans toutefois s'apprécier toujours réciproquement à leur juste valeur (B.). Enfin, le droit et l'économie vivent, dirait-on, une éternelle histoire de séparations et réconciliations (C.).

A. Sociologie, économie, socio-économie

57. Il est utile de rappeler que l'apparition de l'économie du travail, en tant que telle, est récente : début des années 1960 en France, courant des années 1940 aux Etats Unis d'Amérique (EUA). La sociologie du travail française se constitue au cours des années 1950. Si, aux EUA, l'économie du travail mobilisa

(83) La prudence marquant la représentation de l'interdisciplinarité par ces auteurs n'est sans doute pas étrangère au fait qu'ils visent des rapports entre sociologie et droit, sciences réputées cohabiter difficilement.

(84) *Supra*, n° 38.

(85) A notre connaissance, les recherches en histoire du travail s'arrêtent généralement à la fin des années 1960. La psychologie du travail, ni la psychologie sociale du travail, n'abordent le niveau d'analyse *macro*.

dès l'origine économistes et sociologues, dans la tradition institutionnaliste, son homologue française resta, jusqu'à une période récente, aux mains des seuls économistes. Les deux sciences partagent indiscutablement le même champ d'investigation : de l'organisation du travail dans l'entreprise à la division sociale du travail, en passant par la relation formation-emploi, ou les processus et modalités d'accès au marché de l'emploi. L'une et l'autre font porter leur analyse aux deux niveaux *macro* et *micro*.

58. Cependant, deux éléments majeurs, au moins, les séparent jusqu'au début des années 1970 : leurs concepts théoriques centraux, et leurs méthodes de travail.

Alors que les sociologues *allaient sur le terrain* et privilégiaient l'enquête auprès des *acteurs*, les économistes préféraient construire des *modèles* et adopter diverses branches des mathématiques, au premier rang desquelles la statistique. En simplifiant à l'excès, aux sociologues le qualitatif, aux économistes le quantitatif (86).

Si, de chaque côté, on s'intéressait aux relations de travail et d'emploi (l'expression étant prise ici dans un sens large et commun), le concept de *marché* dominait les catégories d'analyse des économistes, tandis que les sociologues organisaient leurs travaux sous l'empire du concept d'*institution* (87).

Les deux grands postulats de l'individualisme et du holisme dits méthodologiques se sont confrontés, et continuent de le faire, au sein de chaque discipline, le premier ayant, semble-t-il, plus de succès en économie (88), où l'influence du courant de pensée néo-classique reste forte, le second en sociologie, profondément marquée par la théorie marxiste. Toutefois, l'existence même du débat dans chaque discipline constitue plus une similitude qu'une différence.

59. Les années 1970 les ont vues se rapprocher considérablement. Comme le souligne B. GAZIER, la critique, au sein de l'économie, du courant néo-classique, en faisant passer

(86) Ce jugement à l'emporte-pièce exigerait, bien sûr, d'être, tempéré par une analyse approfondie, qu'il ne nous revient pas de développer ici.

(87) Cette analyse s'inspire, notamment, de GAZIER, Bernard. - Economie du travail et de l'emploi. - Paris : D., 1992, 2^e éd., p. 7 à 9. Voir ég. MICHON, François, SEGRESTIN, Denis, dir. - L'emploi, l'entreprise et la société. - Paris : Economica, 1990. Nous la développons longuement dans les 2^e et 3^e Parties.

(88) Malgré un attrait certain pour l'institutionnalisme.

«au premier plan les idées d'organisation et de stratégie renforce l'idée d'une certaine complémentarité – mais laquelle ? C'est un point chaudement discuté – entre économie et sociologie du travail» (89).

On constate également que les économistes du travail ont adopté la méthode de l'enquête de terrain, dont les sociologues ont perdu le monopole.

C'est ainsi que, depuis les années 1980, l'auto-appellation *socio-économie* commence à se répandre chez les économistes du travail (90). L'initiative est venue des EUA, où la socio-économie se présente comme nouvelle discipline (91) ; elle forme l'hypothèse que la concurrence économique est un sous-système du système social, et refuse le postulat néo-classique des choix rationnels.

60. Dressant un bilan de la sociologie du travail, Pierre ROLLE écrivait, en 1988, que cette discipline rejette souvent des difficultés internes à ses frontières avec l'économie (par exemple, la notion de qualification) (92). Il observait que

«l'économiste ne se déclare concerné par le travail qu'en tant qu'il est facteur de production et principe de distribution, pourvu d'un prix et produisant des marchandises s'échangeant dans le système des prix. Le sociologue, pour sa part, conformément à sa définition classique, étudie les applications de l'activité humaine dans un système productif, et les groupes qui se constituent à ce propos ...» (93).

Il jugeait que «l'économie ne sait pas ce qui s'échange dans le travail, et la sociologie ne sait pas que le travail s'échange» (94).

(89) *Ibid.*, pp. 636-637.

(90) En revanche, l'inverse n'est pas vrai : nous n'avons connaissance d'aucun sociologue du travail se réclamant d'une *éco-sociologie*.

(91) Economistes : H. LEIBENSTEIN, H. SIMON, L. THURLOW, etc., sociologues : R. NISBET, A. ETZIONI, etc. Cf. LALLEMENT, Michel. - Pensée économique et normes sociales. - Sciences Humaines, 1991, n° 6, p. 21. On signale la création récente d'une association française pour le développement de la socio-économie. - Cf Revue du MAUSS, 1990, n° 9.

(92) Cf. ROLLE, Pierre. - Bilan de la sociologie du travail : travail et salariat. - Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1988, Tome 1, p. 23 et s.

(93) *Ibidem*, loc. cit.

(94) *Ibid.*, p. 24.

B. Sociologie et droit

61.

«Enfin, Messieurs, il est une dernière catégorie d'étudiants que je serais heureux de voir représenter dans cette salle. Ce sont les étudiants en droit. Quand ce cours a été créé, on s'est demandé si sa place n'était pas plutôt à l'école de Droit. Cette question de local a, je crois, peu d'importance. Les limites qui séparent les différentes parties de l'Université ne sont pas si tranchées que certains cours ne puissent être également bien placés dans l'une ou l'autre Faculté (...) il est nécessaire aujourd'hui pour l'étudiant en droit de ne pas s'enfermer dans des études de pure exégèse. Si, en effet, il passe tout son temps à commenter les textes et si, par conséquent, à propos de chaque loi, sa seule préoccupation est de chercher à deviner quelle a pu être l'intention du législateur, il prendra l'habitude de voir dans la volonté législative la source unique du droit. Or, ce serait prendre la lettre pour l'esprit, l'apparence pour la réalité. C'est dans les entrailles mêmes de la société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui. Il faut donc apprendre à l'étudiant comment le droit se forme sous la pression des besoins sociaux, comment il se fixe peu à peu, par quels degrés de cristallisation il passe successivement, comment il se transforme.»

Ainsi Emile DURKHEIM ouvrait-il, en 1888, son *Cours de Science Sociale* (95).

«Sociologue et juriste, sociologue et/ou juriste, y-a-t-il à choisir ? Déterminé par cette double formation, je n'ai cessé depuis quinze ans de constater l'importance des obstacles dans la confrontation disciplinaire entre droit et sociologie. Ignorance et caricature réciproques, échanges d'arguments stéréotypés, dénégation des acquis d'un passé commun, c'est, souvent, à croire que ni DURKHEIM, ni WEBER n'ont édifié d'œuvres de dialogue scientifique. De plus, par comparaison avec les situations universitaires allemande, anglo-saxonne et même italienne, la quasi-absence dans l'enseignement d'une sociologie juridique est typique des impasses françaises.»

Ainsi Pierre LASCOUMES introduit-il, cent ans plus tard, une contribution à un colloque de sociologie (96).

(95) DURKHEIM, Emile. - Cours de Science Sociale : Leçon d'ouverture. - L'Année Sociologique, 1899, Préface du n° II, et : Coll. - La Science Sociale et l'Action. - Paris, PUF, 1970.

(96) LASCOUMES, Pierre. - Le droit comme science sociale : la place de E. Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914). - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques. - Normes juridiques et régulation sociale, *op. cit.*, p. 39.

Juxtaposer ces deux citations du célèbre spinalien du XIX^e siècle et de l'éminent sociologue du droit du XX^e siècle trace une esquisse fort expressive, mais une esquisse seulement, de l'évolution de la tumultueuse relation entre droit et sociologie. Il suffit cependant, pour notre propos, de la compléter de quelques traits rapides.

62. Les griefs réciproques furent longtemps d'ordre idéologique, juristes reprochant son caractère *subversif* à la sociologie, sociologues considérant le droit comme *conservateur* par définition. Le succès récent de l'individualisme libéral et de l'interactionnisme en sociologie (97), l'existence de théories progressistes du droit social, sont de nature à dissiper cet aspect du malentendu. Plus profondément, il apparaît que la mésentente touche aux statuts épistémologiques respectifs des deux disciplines. Le Droit est-il à lui-même sa propre science, ou requiert-il les services, pour ce faire, d'une *science sociale* (98) exogène ? Cette problématique connaît de nombreuses déclinaisons. Les faits sociaux engendrent-ils le droit, le droit produit-il du fait social ? Le droit (n')est-il (qu') un fait social ? Les juristes détiennent-ils (nécessairement) le monopole (de la science) du droit ? Le droit se suffit-il à lui-même, ou faut-il lui chercher un fondement ? etc.

Morale ou droit ? *Sein* ou *Sollen* ? Quels rapports entre le normatif et l'axiologique ? Faut-il choisir entre jusnaturalisme et juspositivisme ? Distinguer droit - langage et science du droit - métalangage ? Doit-on se borner à : fonder - évaluer - créer - décrire - comprendre ou expliquer le droit, et, s'il s'agit d'expliquer, ne peut-on s'y prendre qu'

«en intégrant les phénomènes juridiques dans des champs plus vastes dont les multiples déterminants contribuent à configurer le développement» (99) ? etc.

Ou, plus radicalement, ne doit-on pas militer pour le dépérissement du droit, à la suite des socialismes utopiques ou du matérialisme historique ? Georges GURVITCH refusait de pousser sa critique de l'individualisme libéral juridique

(97) Sur l'interactionnisme en sociologie du travail, cf. LALLEMENT, Michel. - Travail et interaction. - Documents pour l'enseignement économique et social, février 1990, n° 78-79.

(98) Au sens durkheimien de *physique* du droit. Nous suggérons plus haut, à propos de l'étude de l'emploi réel et du concept d'emploi, des images voisines : chimie et dynamique.

(99) OST, François, KERCHOVE, Michel van de. - De la scène au balcon : d'où vient la science du droit ? - *op. cit.*, p. 73.

jusqu'à cette extrémité (100). Se définissant disciple de GURVITCH, Jean-Guy BELLEY insiste sur la complexité de la théorie du droit social du maître pour expliquer son échec chez les juristes :

«Au-delà d'un certain niveau plus ou moins rapidement atteint, la pensée juridique cesse de produire de la complexité pour générer les simplifications dont les agents décideurs du système juridique étatique ont besoin techniquement et politiquement» (101).

Selon cet auteur, le juge lui-même œuvre à l'intérieur de contraintes matérielles limitant ses velléités de conceptualisation complexe. En outre, science du droit et sociologie se situent à deux niveaux de complexité distincts : chez celle-là, la complexité réside à l'intérieur du système de règles, alors que pour celle-ci, la complexité est celle d'un système social dont le système juridique ne constitue qu'un élément (102).

63. La question de savoir si le droit est à lui-même sa propre science se décline encore ainsi dans le discours sociologique : à supposer que le droit ait une (des) fonction(s) sociale(s), une *rationalité*, dispose-t-il seul des moyens, voire du *droit*, de les définir lui-même, ou la tâche ne revient-elle pas à la sociologie ? Aux fins de s'attribuer cette responsabilité, la sociologie s'autorise parfois de Max WEBER (103), dont la sociologie du droit s'efforce de déterminer le type de rationalité de ce dernier (104). Ainsi écrit-on :

«La fécondité de l'approche sociologique en Droit s'apprécie, dans cette perspective précise, en termes d'efficacité épistémologique : savoir si la sociologie peut aider le droit à se trouver une rationalité suivant le but» (105).

(100) GURVITCH, Georges. - L'idée du droit social : Notion et histoire du droit social. - Paris : Sirey, 1937, pp. 5 et 6.

(101) BELLEY, Jean-Guy. - Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. MacNeil. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques. - Normes juridiques et régulation sociale, *op. cit.*, pp. 124 et 125.

(102) *Ibid.*, pp. 116 et 117.

(103) WEBER, Max. - Sociologie du droit. - Paris : PUF, 1986.

(104) Cf. LADRIERE, Paul. - Le conflit entre rationalité cognitive - instrumentale et rationalité morale - pratique dans la sociologie du droit de Max WEBER. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J. - *op. cit.*, pp. 265 à 271.

(105) Cf. ARNAUD, André-Jean. - Sociologie et droit : rapports savants, rapports politiques. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J. - *op. cit.*, p. 83.

(un autre un passage)

droit, suggérer des idées concernant les solutions normatives à des problèmes sociaux (106).

64. Les juristes ont finalement moins à redouter des sociologues l'étude de ce fait social particulier que constitue indubitablement le droit, que leur prétention à faire l'épistémologie de la science du droit (107).

Pourtant, ils continuent de se méfier de la sociologie du droit lors même qu'elle provient des efforts de l'un d'entre eux : le faible succès rencontré par les travaux sociologiques de Jean CARBONNIER en témoigne, malgré le soin mis par lui à dépouiller sa sociologie de toute *rigueur* (108).

Sans doute s'offusquent-ils de se voir qualifiés de

«gardiens hypocrites de l'hypocrisie collective, c'est-à-dire du respect de l'universel» (109).

Comment, cependant, douter que

«la droiture de ceux qui disent le droit est à la fois l'un des fondements de l'effet que le droit exerce au dehors, et un effet que le droit exerce sur ceux qui exercent le droit, et qui, pour avoir le droit de dire le droit, doivent être *droits*» (110) ?

Comment, en revanche, suivre le sociologue lorsqu'il prétend contraindre le juriste à regarder le piège où il s'enferme, à savoir croire lui-même au fondement a priori du droit pour y faire croire la collectivité (111) ? C'est négliger tout un pan de la philosophie du droit.

(106) Cf. PERRIN, Jean-François. - Duguit et la *Science du droit*. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J. - *op. cit.* pp. 92 et 93.

(107) Cf. not. ATIAS, Christian. - *Epistémologie juridique*. - Paris : PUF, 1985 ; *Science des légistes, savoir des juristes*. - Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 2e éd.

(108) Cf. CARBONNIER, Jean. - *Sociologie juridique*. - Paris : PUF, 1978 ; *ég.* : *Flexible droit*. - Paris, LGDJ, 1992, 7e éd.

(109) BOURDIEU, Pierre. - *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J. - *op. cit.*, pp. 95 à 99. V. *ég.*, du même auteur : *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique*. - ARSS, 1986, n° 64, p. 3 et s.

(110) BOURDIEU, Pierre. - *Les juristes ... op. cit., loc. cit.*

(111) *Ibid.* p. 97.

C. Economie et droit

1. Généralités sur la primauté entre droit et économie

65. Bruno OPPETIT propose de distinguer trois phases dans l'histoire des relations droit-économie : le XVIII^e siècle où l'on traite simultanément morale, droit et économie, laquelle est parfois considérée comme une branche de celui-ci ; c'est avec Jean-Baptiste SAY qu'elle s'en détache, se voulant science de la formation-distribution des richesses. La deuxième phase se caractérise par la rupture, que théorise Max WEBER, entre la «*norme idéalement applicable*» et l'économie de «*l'événement réel*» (112), consommée par le positivisme juridique ; seul Karl MARX persiste à relier le droit à l'économie. La troisième phase perdure aujourd'hui : c'est celle d'un intérêt réciproque (113). Le XIX^e siècle et sa *révolution industrielle* hérite d'un droit privé contenant les concepts juridiques fondamentaux nécessaires au développement économique : la propriété privée et le contrat individuel.

Le XX^e siècle, son mode de production-consommation de masse et les crises de son capitalisme conduisent à une juridicisation intense de l'économie. Eclôt alors une discipline nouvelle : le *droit économique*, qui ne parvient cependant pas encore à ce jour à se doter d'une définition *unanimitaire*. Le droit du travail, par exemple, est-il du droit économique ? Spécificité d'objet ? Où situer les limites de l'économie ? Selon quels critères rassembler, parmi l'ensemble des règles de droit, celles qui ont l'économie pour objet ?

Bruno OPPETIT conclut à

«l'irréductibilité du droit à l'économie : le droit ne saurait se borner à traduire sur le plan institutionnel l'organisation socio-économique sans perdre sa spécificité et se fondre dans des disciplines qui lui sont complètement étrangères ; ainsi, c'est, à notre sens, totalement nier la normativité du droit que d'énoncer que «faire du droit des affaires, c'est essentiellement faire du droit une technique de gestion de l'entreprise au même titre que la comptabilité, la gestion financière ou le marketing...»...» (114).

(112) WEBER, Max. - Sociologie du droit. - *op. cit.*, p. 162 et s.

(113) Cf. OPPETIT, Bruno. - Droit et économie. - APD, 1992, Vol. 37, pp. 17 et s., qui inspire l'ensemble de ce n° 84.

(114) OPPETIT, Bruno. - *op. cit.*, p. 21 ; l'auteur cite ici CHAMPAUD, Cl. - Contribution à la définition du droit économique. - D, 1967, Chr., p. 215 et s.

On ne saurait plus clairement repousser la thèse de l'instrumentalisation du droit. Il n'en reste pas moins que le chef d'entreprise qui *fait du droit des affaires* agit bien en technicien du droit, sans que ce comportement prive le droit de son caractère normatif.

66. La question de la primauté entre économie et droit empoisonne la réflexion interdisciplinaire. Une réponse rationnelle supposerait résolu le problème de leurs définitions respectives, ce qui ne semble pas devoir se produire. Mais s'interroger sur le point de savoir si c'est le droit qui *fait* l'économie ou si c'est l'économie qui *produit* le droit n'est pas une bonne question, car elle exclut par présupposition que les deux phénomènes soient simultanément vrais.

Surtout, elle engage la réflexion théorique dans une impasse, ainsi que nous le démontrons plus bas à propos des rapports du droit du travail à l'économie de marché (115).

2. L'analyse *substantielle* du droit économique

67. Une représentation *réaliste* des rapports entre le fait et le droit refuse toute opposition formelle entre les deux catégories et considère que l'adaptation réciproque de l'un à l'autre n'est pas un mythe (116).

Dans le même esprit, Gérard FARJAT, spécialiste incontesté du *droit économique*, privilégie une méthode d'analyse qu'il qualifie de

«substantielle (qui) consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou *matériel*.» (117).

(115) V. *infra*, n° 68 et s., et 2e Partie.

(116) Cf., contra : ATIAS, C., LINOTTE, D. - Le mythe de l'adaptation du droit au fait. - D. 1977, Chr., p. 251 et s.

(117) Cf. FARJAT, Gérard. - L'importance d'une analyse substantielle en droit économique. - RIDE, 1986, n° 0, p. 11.

Il estime que le droit économique est une branche du système juridique, dotée à la fois de principes autonomes et d'une combinaison de principes et méthodes empruntés à d'autres branches (118) et composée de quatre

«branches ou *champs* juridiques : le droit de la concurrence, l'ordre public (ou mixte) économique, le droit de l'organisation privée de l'économie, le droit économique international.» (119) :

le droit de la concurrence en est le *noyau dur*. G. FARJAT cite la définition donnée par C. CHAMPAUD : le droit économique est

«le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'État, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre» (120).

Il existe ainsi trois *modèles* de droit économique : interventionnisme public, initiative privée et collaboration pouvoirs publics - personnes privées.

G. FARJAT semble considérer le droit du travail comme branche du système juridique au même titre que le droit économique (121) ; il faut en déduire, bien que l'auteur ne le précise pas, que le droit du travail ne se fonde pas dans le droit économique (122).

68. L'une des questions les plus intéressantes que cette problématique soulève met en cause la compatibilité d'un tel droit économique avec, d'une part le modèle juridique libéral, et, d'autre part, le principe de l'économie de marché. Ainsi que le souligne G. FARJAT en critiquant HAYEK, c'est alors au tour des notions d'*ordre spontané* (tel le système de *common law*), de *concentration et concurrence* d'organiser le débat (123). L'économie de marché suppose-t-elle une concurrence absolue, ou supporte-t-elle la constitution de monopoles ? Le droit doit-il réglementer la concurrence, et, si oui, dans quelle mesure ?

La question de l'interférence du droit (étatique et conventionnel) avec le (bon) fonctionnement du marché se trouve au cœur de la théorie économique.

La notion de droit économique, enfin, conduit à s'interroger sur la connaissance qu'ont les juristes de la science économique, et sur l'usage qu'ils en font dans leur pratique du droit et de sa science. Une conception positiviste formaliste leur

(118) Cf. FARJAT, Gérard. - La notion de droit économique. - APD, 1992, Vol. 37, p. 31.

(119) *Ibid.*, p. 36.

(120) CHAMPAUD, C. - *op. cit.*, cité par FARJAT, G. *ibid.* p. 32.

(121) FARJAT, Gérard. - La notion de droit économique. - *op. cit.*, p. 31.

(122) *Supra*, n° 64.

(123) FARJAT, G. - *ibid.*, p. 38 et s.

commandera de s'occuper des règles de droit posées dans leurs rapports entre elles ; une conception positiviste-réaliste, d'étudier, dans leurs rapports entre elles, les règles de droit effectives, donc à prendre en compte, indirectement, leur rapport au fait ; une conception sociologiste (le sociologisme juridique n'étant pas nécessairement une tare), d'intégrer la connaissance des faits visés par la règle de droit, et, par là, des sciences dont ils constituent l'objet, donc à analyser les règles de droit dans leurs rapports entre elles et avec les faits.

3. L'analyse économique du droit

69. Le juriste spécialisé en droit économique, quelles que soient ses convictions, se trouve, dans tous les cas, particulièrement réceptif au discours de l'économiste, par le seul fait de l'instrumentalisation de ce droit par les agents économiques (personnes publiques et privées).

On observe donc, sans surprise, que le courant dit «analyse économique du droit» ne remporte quelque succès qu'auprès des juristes de droit économique (124). L'analyse économique du droit (*economic analysis of law*) apparaît aux EUA au début des années 1960, à l'initiative d'économistes de l'Université de CHICAGO, et devient presque aussitôt un courant de pensée très largement dominant dans la doctrine juridique d'Amérique du nord jusqu'au début des années 1980, où elle commence à soulever un vent puissant de contestation (125). Son animateur le plus célèbre est le juge R. POSNER (126).

En quelques mots, l'analyse économique du droit se présente plutôt comme une méthode que comme une science nouvelle. Elle consiste en l'application au droit des catégories et outils d'analyse habituels de la micro-économie néo-classique : principalement, les axiomes de la rationalité, du marché, les postulats de la maximisation (des biens ou des utilités), de l'expression des choix et préférences dans les transactions. Elle repose sur une théorie normative du bien-être, exploite

(124) On s'explique d'ailleurs mal son insuccès auprès des juristes du travail et de l'emploi. Les allergies idéologiques qu'il est de nature à susciter chez une grande partie d'entre eux pourraient, à tout le moins, les inciter à le soumettre à une critique vigoureuse.

(125) On trouve une excellente présentation de l'histoire de ce courant dans MACKAAY, Ejan. - La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit. - RIDE, 1987, n° 1, p. 43 et s.

(126) Cf. POSNER, R. - *Economic analysis of law*. - Boston : Little, Brown and. co., 1977, 2e éd.

largement la notion d'optimum de Vilfredo PARETO (127), et s'attelle à la recherche de l'efficacité économique (128). Elle revendique une fidélité sans condition à l'individualisme méthodologique.

Elle étudie le comportement des agents économiques face à la règle de droit, conçue comme exclusivement instrumentale (c'est-à-dire poursuivant un objectif d'efficacité économique immédiat), s'efforce de prédire ses effets pervers (inefficients) (129), essaie, tantôt, simplement de «faire prendre conscience aux juristes de la logique (économique NDA) qui guidait déjà implicitement le droit », tantôt de «présenter de nouvelles formes d'arguments juridiques» (130). Elle prétend détecter les défauts des fondements théoriques des règles de droit (131), ou fournir une théorie de la rupture des contrats (132). En France, elle s'est beaucoup mobilisée, à la fin des années 1980, sur le thème de la *déréglementation* (133). Selon un auteur critique, l'analyse économique du droit avance quatre thèses «indépendantes sur le plan de la logique, mais liées sur le plan conceptuel» :

- *behavioriste*, selon laquelle l'analyse économique permet de prédire le comportement des individus face aux règles de droit,

- *normative*, d'après laquelle les juges (n'oublions pas qu'il s'agit des juges américains) devraient choisir les règles les plus efficaces économiquement,

- *descriptive*, où l'on considère que les règles de droit (quelles qu'elles soient) engendrent des comportements économiques efficaces,

- *évolutionniste*, estimant que les règles efficaces sont créées sous l'impulsion de groupes de pression (134).

(127) Pour mémoire : la situation d'optimum social est atteinte lorsqu'il devient impossible d'améliorer la satisfaction - la situation - d'un individu sans détériorer celle d'un autre individu.

(128) Certains auteurs préfèrent parler d'*efficience* : cf. DEFFAINS, Bruno. - L'analyse économique de la responsabilité civile du producteur en cas d'accidents provoqués par son produit. - Thèse (sciences économiques), Université NANCY 2, 1992, p. 39. et s.

(129) *Ibid.*, pp. 9 et 22.

(130) Cf. ACKERMAN, Bruce A. - Deux sortes de recherches en *droit et économie*. - RRJ, 1987/2, p. 429 et s.

(131) Cf. SEUROT, François. - La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence. - RRJ, 1987/2, p. 583 et s.

(132) Cf. LEMMENICIER, Bertrand. - Indemnités de licenciement : assurance tous risques, réparation d'un préjudice ou impôt sur la liberté de contracter ? - RRJ, 1987/2, p. 597 et s. ; pour une présentation critique : d'URSEL, Laurent. - L'analyse économique du droit des contrats. - RIEJ, 1985, n° 14, p. 45 et s.

(133) Cf. le texte des contributions au colloque sur *La déréglementation*, organisé par le Centre d'Analyse Juridique de la Faculté de Droit et d'Économie de Corse à Corte le 30 janvier 1986, in RRJ, 1987/2, p. 645 et s.

(134) Cf. KORNHAUSER, L.A. - L'analyse économique du droit. - Revue de synthèse, Philosophie et Epistémologie juridiques, Avril-Septembre 1985, p. 318.

70. On ne saurait clore cette brève présentation sans résumer les -rares- attentes des -rares- juristes se sentant interpellés par l'analyse économique du droit.

Ejan MACKAAY considère qu'elle aide le juriste à mieux comprendre la cohérence du droit, à

«repenser les fonctions des institutions juridiques (...) à faire face au droit en mouvement, au droit comme il pourrait être, plutôt que comme il est» (135) :

il y voit à la fois un outil (à perfectionner) de description de la réalité et un cadre de référence pour aborder de nouveaux problèmes juridiques.

Bruno OPPETIT estime que l'analyse économique peut - seulement - offrir au juriste

«une aide technique à la vérification de ses hypothèses, et donc une contribution à l'élimination du dogmatisme» (136).

Christian ATIAS, voyant dans l'individualisme méthodologique «une base commune à la réflexion des économistes et à celle des juristes» (137), ~~X~~ concède que l'analyse économique pourrait aider juristes et économistes à éviter les «déviation du subjectivisme» (qui conduit à «l'interventionnisme législatif et judiciaire») «et du volontarisme», «communs démons» hérités, entre autres, d'E. KANT, contribuer à la vérification des hypothèses du juriste (138).

Dans son article pré-cité, G. FARJAT n'aborde pas de front l'analyse économique du droit ; il déclare néanmoins savoir gré à l'analyse économique en droit de «livrer» au juriste «le domaine et les concepts», notamment, du droit de la concurrence (139). Et il étudie l'éventualité, dans le droit,

«d'une substitution d'une logique financière ou économique à une logique juridique. (...) Ainsi des principes ou des concepts juridiques peuvent être *investis* par l'économie» (140).

tout en relevant que «le processus de *marchandisation* ou de *marchéisation* doit être relativisé», entre autres, par la «montée de l'éthique» (141). Il en appelle, encore, à une grande prudence épistémologique dans les transferts ou emprunts de système (juridique, économique) à système (économique, juridique).

(137) Cf. ATIAS, Christian. - La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face. - RRJ, 1987-2, p. 489.

(138) *Ibid.*, p. 490.

(139) Cf. FARJAT, Gérard. - *op. cit.*, p. 60 et s.

(140) *Ibid.*, p. 49.

(141) *Ibid.*, p. 51.

Sous-section 3 :

METHODOLOGIE INTERDISCIPLINAIRE POUR L'ETUDE JURIDIQUE DE LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI

71. Notre objectif étant double : étudier les conceptualisations de l'emploi à l'œuvre en sociologie, économie et droit, et travailler à quelque proposition de conceptualisation comparée, voire transversale, la méthodologie présente la même caractéristique. Les deux volets de l'objectif s'imbriquant étroitement l'un dans l'autre, il en va de même en ce qui concerne les deux aspects de la méthode, qui sont mis en œuvre simultanément.

Toutefois, pour les besoins de clarté et de commodité de l'exposé, il s'impose de les présenter successivement : comment *faire fonctionner* ensemble différents modes de conceptualisation de l'emploi ? (A.) Quelles techniques d'analyse mettre en œuvre ? (B.).

A. Une confrontation active de modes de conceptualisation

1. Singularité de la doctrine juridique

72. En regard de ses collègues sociologue et économiste, le juriste théoricien se voit reconnaître une faculté particulière : il se trouve, seul, en mesure d'agir sur sa *réalité*, voire de contribuer à sa production. On peut considérer, pour simplifier, que les trois sciences travaillent sur des *règles* : axiomes, théorèmes et *standards* en économie, règles éthico-sociales et psychosociales en sociologie, règles juridiques en droit (ainsi que sur les concepts auxquels elles sont liées). Seules les règles des deux dernières catégories ont pour objet de guider les activités humaines, si l'on admet que l'économie, dans sa définition classique, se présente comme une science abstraite, hypothétique et a-historique (142), c'est-à-dire non-normative.

(142) Cette définition permet ainsi aux économistes néo-classiques de repousser les critiques d'irréalisme que certains de leurs collègues leur adressent. On relève, néanmoins, une évolution récente remarquable à cet égard. Le courant de pensée néo-classique, cessant de résister,

Ensuite, des règles sociales et juridiques, seules les premières ne constituent pas le produit de l'activité scientifique : elles lui préexistent dans les rapports sociaux, et cette dernière les y découvre ; le sociologue ne crée pas, ne *pose* pas les règles sociales qu'il étudie, au mieux, il détecte et analyse leur apparition, demeurant parfaitement étranger à ce processus. Mieux : son analyse ne vaut que pour autant qu'il s'interdit d'agir sur elles, de les infléchir, de les susciter (143).

La situation du juriste, en revanche, est radicalement différente. Une opinion assez répandue dans le *champ juridique* (pour emprunter la notion de Pierre BOURDIEU) dénie à la doctrine le rôle de source de droit. G. COUTURIER n'en a pas moins établi que cette observation procède d'une représentation particulièrement réductrice de la doctrine, où celle-ci se résume à

accepte de prendre en compte certaines d'entre elles. Il lui est, par exemple, apparu impossible de continuer à soutenir l'hypothèse dite du «chômage frictionnel», qui explique l'existence de chômage par les seuls délais inévitables de transition d'un emploi à l'autre ; on connaît les efforts de J.M. KEYNES pour expliquer le sous-emploi durable en économie de marché (v. *infra*, 2e Partie, Chapitre 1, Section 1). Les cas se multiplient, en économie du travail, depuis une vingtaine d'années. Le phénomène indique incontestablement une modification profonde du statut épistémologique de l'économie en tant que science, et parallèlement, du statut théorétique de la théorie néo-classique.

Evidemment, nos remarques ne concernent pas l'économie appliquée, notamment les politiques publiques économiques.

(143) C'est le difficile problème de l'objectivité en sociologie, très préoccupée par le positivisme de ses fondateurs, et de la *rupture épistémologique* (cf. BACHELARD, G. - La formation de l'esprit scientifique. - Paris : Vrin, 1970.). Un courant fortement majoritaire adopte une posture positiviste (entre autres : BOUTHOU, Gaston. - Traité de Sociologie. Les structures sociologiques. - Paris : Payot, 1968, T.I., pp. 43 à 45, qui souhaitait la création d'une *métasociologie* pour sauvegarder l'objectivité de la sociologie ; MENDRAS, Henri. - Eléments de sociologie. - Paris : Armand Colin, 1967, not. p. 12). On rencontre cependant, plus récemment, des positions radicalement anti-positivistes (et anti-méthodologistes) par exemple : chez HABERMAS, Jürgen. - La technique et la science comme "idéologie". - Paris : Gallimard, 1973, XLIX, trad. et préf. J.R. LADMIRAL, ou encore FEYERABEND, Paul. - Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance. - Paris : Seuil, 1979, trad. B. Jurdant et A. Schlumberger, qui n'hésitent pas à professer que, toute manière d'envisager un problème étant idéologique, il faut revendiquer l'idéologie dans la recherche théorique. D'autres reconnaissent que l'engagement politico-idéologique engendre des découvertes scientifiques exceptionnelles et préconisent ainsi d'en finir avec la dichotomie *jugement de réalité - jugement de valeur* : cf. ANSART, Pierre. - Toute connaissance du social est-elle idéologique ? - DUVIGNAUD, J. et autres. - Sociologie de la connaissance. - Paris : Payot, 1979, pp. 48. Malgré tout, l'opinion dominante invite le sociologue, qui ne peut - pas plus que tout autre chercheur - se déprendre de lui-même, à objectiver les éléments de subjectivité dans le cours même de sa recherche, afin d'en réduire les effets pervers. Cette contrainte scientifique se manifeste encore, d'une autre manière, dans le fait que la société ne saurait constituer un champ d'expérimentation-vérification des hypothèses sociologiques. On comprend, dès lors, les affres déontologiques dont souffrent, par exemple, les *sociologues d'entreprise* ...

Chapitre 3 :

DROIT DU TRAVAIL, DROIT DU MARCHE DU TRAVAIL

INTRODUCTION

205. La doctrine de droit du travail ne commence à s'intéresser vraiment à la question de l'emploi qu'à partir de la crise du milieu des années 1970. Auparavant, elle se préoccupait principalement de la relation de travail (dans ses deux dimensions individuelle et collective) et des conditions de travail. Les expressions *droit de l'emploi*, *droit à l'emploi* ne se répandent qu'à la fin de cette décennie. Certes, il n'y a rien de surprenant à constater que la doctrine est sensible aux évolutions socio-économiques dramatiques de la période. En revanche, on peut s'étonner que la présence quasi-permanente de quelques centaines de milliers de chômeurs au long des *30 glorieuses* n'ait pas suffi à mobiliser les juristes sur la question de l'emploi. Ils étaient, d'ailleurs, également très discrets à cet égard dans la période qui suivit le *krach* de 1929, alors que les économistes, stimulés par les travaux de KEYNES s'emparaient de ce champ d'investigation.

206. Quoi qu'il en soit, bien que tous accordent quelques pages aux politiques d'emploi, les traités et manuels consacrant une partie ou un chapitre à l'étude de l'emploi à un niveau global demeurent, aujourd'hui encore, peu nombreux. En outre, il est bien rare d'y rencontrer des définitions directes et explicites du terme *emploi*, ce dont on incline à déduire que son usage ne s'inscrit pas dans une analyse théorique juridique de l'emploi (au sens macro). Cependant, certains auteurs proposent une réflexion - généralement critique - autour d'éventuels *droit à l'emploi* ou *droit de l'emploi*, dans une approche objectiviste. Tout se passe comme si la doctrine, unanime, refusait d'octroyer à l'emploi la qualité de concept juridique, comme si elle estimait que la conceptualisation de

l'emploi appartenait à d'autres sciences sociales. Cette position peut revendiquer, en première analyse, une certaine légitimité : la science du droit n'est-elle pas censée s'appliquer au droit, à l'exclusion des faits qu'il vise ?

207. Dans cette perspective, le juriste abandonne volontiers la conceptualisation de l'emploi, fait concret, objet de la règle de droit, à l'économiste ou au sociologue. L'attitude n'est ni nouvelle (dans la mesure où elle dérive d'une conception positiviste classique : *la règle, toute la règle, rien que la règle*), ni rare : le *travail* ne connaît-il pas un sort analogue ? La science du droit du travail ne conçoit généralement le travail que dans le cadre du salariat, et encore ne distingue-t-^{elle} le travail salarié du travail indépendant que de manière extrinsèque, par la mise en œuvre de critères tirés du rapport de force dans le cadre duquel il s'effectue, au niveau micro-analytique. Elle se borne à le cerner de manière centripète, à partir des *conditions de travail*, de la rémunération, de la classification des salariés et/ou des postes, etc., sans jamais atteindre sa substance. Le travail semble consubstantiel au contrat de travail, et l'on se satisfait généralement de considérer que l'objet de ce dernier réside dans la fourniture d'une prestation de service ou l'accomplissement d'une activité laborieuse pour le compte et sous l'autorité d'autrui en échange d'une rémunération.

La création des stages de formation professionnelle, puis la notion d'alternance, en dissociant travail subordonné et contrat de travail, travail et emploi, emploi et contrat de travail, fit éclater cette représentation traditionnelle. Désormais, le juriste ne peut plus faire l'économie d'une conceptualisation du travail et de l'emploi.

208. L'objection selon laquelle le juriste ne serait pas outillé pour y procéder, à la différence du sociologue ou de l'économiste, n'a de solidité que l'apparence. La doctrine de droit du travail, pour s'en tenir à cette matière, construit un grand nombre de ses concepts par abstraction, non des règles de droit, mais des choses, faits ou situations qu'elles appréhendent. Elle procède, évidemment, de la même manière que les autres sciences sociales, par succession de jugements de réalité relatifs à l'essence des objets. Certes, le juriste n'utilise habituellement pas les techniques de collecte d'information du sociologue. Mais, d'une part, rien ne lui interdit d'exploiter, pour son propre compte, les matériaux rassemblés par celui-ci, et, d'autre part, il dispose d'un moyen d'information

spécifique et exclusif : le contentieux juridictionnel. Le juriste connaît les faits en ce que le juge connaît des faits. La science du droit (du travail) ne semble donc pas, en soi, incapable de conceptualiser l'emploi, ni quoi que ce soit d'autre, pour des raisons de méthodologie scientifique. Les motifs de ne pas conceptualiser l'emploi, au niveau macro-analytique, doivent plutôt être recherchés du côté des représentations des fonctions sociales de la science du droit (du travail), et, au-delà, de celles du droit (du travail) lui-même.

209. Les quelques auteurs qui, récemment, se penchent sur la question ne rencontrent pas moins une certaine difficulté à se positionner à un niveau macro-analytique bien défini. Le juriste de droit privé se sent, traditionnellement, plus à l'aise au niveau micro-analytique, habitué qu'il est à analyser les relations entre sujets de droit (que celles-ci soient parfois collectives, que ceux-ci soient parfois collectifs - personnes morales - ne change rien au caractère micro-analytique du niveau d'appréhension). La réflexion sur les niveaux de son analyse est d'ailleurs peu familière au juriste, au point de ne guère susciter de débat épistémologique. Il est, à cet égard, tout à fait exceptionnel de voir préciser explicitement par un auteur le choix d'un niveau macro- ou micro-analytique. Dans ces conditions, la réflexion juridique sur l'emploi court deux risques majeurs : se développer exclusivement et spontanément, comme si cela allait de soi, à un niveau déterminé (micro, généralement) en ignorant totalement la possibilité d'autres niveaux, ou balancer d'un niveau à l'autre de manière aléatoire sans pouvoir ni se stabiliser rationnellement sur l'un ou l'autre, ni exploiter le mouvement de balancier pour échafauder des pontages théoriques entre eux, faute de percevoir clairement la dénivellation. La science du droit gagnerait beaucoup, en la matière, à connaître la riche expérience de la science économique.

210. A défaut d'indication de la part de la doctrine, il faut re-construire a posteriori une ébauche de définition du niveau macro-analytique qu'elle privilégie généralement. A cet effet, il convient d'écarter l'ensemble, fortement majoritaire, de travaux relatifs à la relation de travail, ainsi qu'aux emplois considérés en tant qu'unités élémentaires (au sens de postes de travail, ou combinaison entre poste de travail et salarié). Centrés sur l'étude des droits subjectifs attribués ou reconnus (ou non) aux personnes juridiques, ainsi que des situations juridiques

«l'autorité (au moins intellectuelle reconnue aux auteurs (...).
Le phénomène doctrinal serait un phénomène de prestige» (144).

L'auteur préconise une approche, alternative, en termes de fonctions :

«la doctrine n'est pas autre chose qu'un mode de participation à
la vie du droit» (145).

selon laquelle ses membres contribuent à la formation des concepts juridiques et, au-delà, des règles elles-mêmes. Il exprime son accord avec Gérard LYON-CAEN, qui écrivait, dans un article célèbre, qu'il faut

«envisager la doctrine comme un fait spécifique : ni une philosophie (ou une idéologie) - ni un artisanat - ni enfin une photographie du milieu social - ; mais une possibilité par la réflexion sur la norme juridique, d'infléchir celle-ci ; une forme de la pratique sociale. (...) On a cessé peut-être trop vite de voir dans la doctrine une source de droit, parce qu'on ne saisit pas toujours clairement que l'argumentation juridique ou l'imagination juridique sont au centre des luttes qui opposent à chaque minute les forces sociales» (146).

Cette analyse, que nous faisons nôtre, se rencontre également, sous d'autres formes, dans la réflexion d'auteurs très différents des précédents.

Christian ATIAS indique ainsi que

«Les raisons avancées pour justifier le pouvoir normatif des juges valent aussi pour les auteurs. Pas plus que la doctrine, la jurisprudence n'a les moyens d'imposer les règles qu'elle forge (...) Il est d'ailleurs notable que la doctrine essaie beaucoup plus souvent, et avec plus de succès, d'influencer la jurisprudence que le législateur» (147) (comprendre : que le législateur ne le fait lui-même).

Nous pouvons donc considérer que la doctrine juridique contribue à la production de ses propres objets d'analyse : concepts et règles de droit, ce qui la distingue de la *doctrine* sociologique. Cela ne la distingue pas, certes, de la *doctrine* économique. Mais nous avons noté précédemment que les *règles* dont connaît

(144) Cf. COUTURIER, Gérard. - *op. cit.*, pp. 225 et 226.

(145) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(146) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - A propos de quelques ouvrages de doctrine. - DS, 1978, p. 292, souligné par nous.

(147) Cf. ATIAS, Christian. - Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? - APD, 1982, Vol. 27, p. 221.

cette dernière ne sont pas normatives. En conséquence, seule la doctrine juridique contribue à produire les faits sociaux par l'intermédiaire de sa contribution à la création des règles juridiques, dont ces derniers constituent la destination.

Il convient, cependant, de nuancer l'analyse en faisant remarquer que le sociologue et l'économiste, sans participer directement à la création du droit, alimentent -de plus en plus- abondamment la construction des concepts juridiques, et extra-juridiques, qui, à leur tour, servent à l'élaboration des règles de droit. (Dans le seul domaine du travail et de l'emploi, on pense, par exemple, aux concepts de *temps choisi*, *partage de l'emploi*, *qualification*, *salaire*, etc.)

Néanmoins, cette analyse paraît capable de fonder la prétention du juriste à la dominance de son point de vue dans le cadre de l'analyse interdisciplinaire de concepts voisins (148), ainsi qu'à entreprendre la critique (constructive) de conceptualisations sociologiques et économiques sans paraître céder à quelque impérialisme de leur part. C'est bien sa fonction qui lui commande un tel travail et lui impose une telle méthode (149).

2. Un dialogue conceptuel

73. La méthodologie de confrontation des conceptualisations disciplinaires est active, au sens où, d'emblée, elle organise un dialogue étroit où chaque discipline apporte à l'autre certains de ses acquis, propres à enrichir la réflexion globale.

2-1. Droit du travail et de l'emploi cherche cadre de référence désespérément ...

74. L'intérêt, pour le droit du travail et de l'emploi, d'un apport conceptuel extérieur suppose une faiblesse dans ce système juridique. Sans doute, il n'en manque pas. Mais c'est une faiblesse fondamentale que nous cherchons, relative à la conceptualisation de l'emploi, une faiblesse au cœur même de ce

(148) *Supra*, n° 50 et s.

(149) Nous reprenons l'étude du rôle de la doctrine plus bas, sous l'angle des contributions au phénomène jurisprudentiel (v. 3e Partie, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1).

sous-système juridique. Les critiques qu'il s'attire laissent penser à un défaut de cadre général de référence, dont attestent deux séries d'indices.

* Indices externes

75. Le premier élément réside dans les caractéristiques *externes* de l'évolution générale du droit du travail et du droit applicable à l'emploi. La grande majorité des observateurs, non-juristes inclus, dénoncent, plus ou moins vigoureusement mais régulièrement depuis une vingtaine d'années, une détérioration croissante de l'homogénéité du droit étatique du travail. Les critiques, diverses mais convergentes, visent tantôt ce qu'il est convenu de dénommer *inflation législative*, tantôt la mauvaise qualité formelle des textes (lois mal rédigées) (150), tantôt leurs défauts substantiels (difficulté croissante à découvrir l'intention du législateur le plus récent, abus du recours aux *concepts flous*) ; tantôt, ce n'est pas le moins grave, la multiplication d'incohérences soit internes, soit vis-à-vis du contexte normatif, conséquences des modalités de préparation et d'adoption des textes, ou de politiques publiques à court terme, de plus en plus *locales* et partielles, dont les arsenaux juridiques s'empilent ou se juxtaposent en grand désordre (151). En sus, le rythme de production du droit - surtout étatique - s'accélère continûment, imposant à la doctrine (dont nous avons noté le rôle indispensable) des *cadences infernales* de travail, impossibles à tenir sauf à réduire le droit du travail à la dernière norme publiée et au dernier événement commenté,

«qui seront bien vite chassés par d'autres, plus nouveaux (et sensationnels) encore» (152).

(150) Phénomène général, par ailleurs, et qui justifie l'apparition d'une discipline nouvelle : la *légistique*. Cf. Centre de Philosophie du Droit de l'Université Paris II. - La science de la législation. - Paris : PUF, 1988.

(151) Il n'est pas certain, à cet égard, que la loi du 20 décembre 1993, dite *loi quinquennale pour l'emploi*, rompe véritablement avec cette pratique.

(152) Cf. le billet d'humeur de JAVILLIER, Jean-Claude. - Le droit du travail en *temps réel* ? - SSL, 18 novembre 1991, n° 575, pp. 3 et 4, où l'auteur stigmatise, ensemble : médias émettant le droit du travail, pouvoirs publics multipliant les réformes, compilation, au lieu de codification, de textes mal rédigés, développement du droit communautaire et regain jurisprudentiel avec ses revirements ; il redoute le «régime de l'improvisation et de l'insécurité juridiques», «une défaillance du pouvoir politique en matière de politique sociale et de droit du travail», la fragilisation du droit ; un creusement de l'écart entre jurisprudence et pratique, tout ceci risquant de conduire à «désespérer du droit (du travail) et perdre confiance en la justice». Bref, il faut cesser d'analyser le droit en *temps réel*.

Les conditions dans lesquelles évoluent les rapports sociaux excusent-elles de tels errements ? Il est permis d'en douter, et de conclure plutôt que le droit du travail souffre de l'absence (la perte, diront certains) d'un cadre théorique général d'analyse de l'évolution, au niveau macro-social, des relations individuelles et collectives de travail.

* Indices internes

76. Le second élément permettant de détecter sommairement une faiblesse essentielle de cette branche du droit se trouve dans les caractéristiques *internes* de son évolution.

- La notion d'autonomie du droit du travail, revendiquée par une doctrine ancienne et largement majoritaire, a longtemps paru adéquate. Mais la crise économique du milieu des années 1970 l'aurait rapidement, et profondément ébranlée. Qu'il s'agisse de l'autonomie conceptuelle (subordination juridique, relation de travail, entreprise, etc.), principielle (principes d'interprétation, principes fondamentaux, «particulièrement nécessaires à notre temps», principes processuels, etc.), méthodologique (hybrides d'individualisme et de holisme, de positivisme et de naturalisme, d'analyses exégétique et téléologique, etc.), ou technologique (modes d'élaboration des normes, appareillage juridictionnel, etc.) chacun des domaines de spécificité connaîtrait (ou s'exposerait à) des bouleversements inattendus. Le droit civil opérerait un irrésistible retour en force, le droit de la concurrence exercerait une insidieuse pénétration, le droit pénal du travail s'étendrait, le droit communautaire multiplierait les assauts, etc. Avec leur autonomie, l'homogénéité et la cohésion du droit du travail et du droit applicable à l'emploi trembleraient sur leurs fondations.

- Qu'il s'agisse, cette fois, de leur dimension axiologique, le bilan prête à des commentaires du même ordre.

Les valeurs juridiques qui caractérisent traditionnellement le droit du travail : paix, sûreté, sécurité, régularité, mais aussi contractualité, propriété, *civilité* (153), proectionnisme, etc., sont accusées de perdre, sous la pression de la crise économique, de leur homogénéité interne respective, de leur empire, de leurs

(153) Néologisme, que l'on voudra bien excuser, désignant la valeur de référence du civisme.

évidence, universalité, voire utilité. Les valeurs idéologico-morales de justice, d'équité, de liberté, d'égalité, de solidarité, de démocratie, etc., que véhicule, bon gré mal gré, le droit, et particulièrement le droit du travail, se voient reprocher un certain affadissement, une sorte de dilution, de dispersion, ou encore d'inadéquation. Le droit du travail plierait, romprait parfois, sous les vents tempétueux de valeurs se prétendant nouvelles : le progrès, la modernité, la qualité, la citoyenneté (154), etc., et encore, certaines des valeurs traditionnelles résisteraient mal à de puissantes offensives idéologiques visant à les pervertir, ou à les flexibiliser, à les déstabiliser.

2-2. Théorie des systèmes et auto-production du cadre de référence

77. La question se pose alors de savoir si cette branche du droit se trouve en mesure de produire elle-même son propre cadre de référence. En d'autres termes, si la doctrine, dont il est raisonnable d'admettre qu'il lui revient d'assurer la cohérence du droit, détient véritablement les moyens d'y parvenir.

* Application au droit de la théorie des systèmes

L'application au droit de la théorie des systèmes intéresse notre propos dans la mesure où elle enrichit l'analyse du rôle du droit dans la société, par rapport à celui des autres sous-systèmes sociaux, au premier rang desquels le système économique. Cet exercice enthousiasme aujourd'hui une partie de la doctrine, naturellement encline à percevoir le droit comme un système hiérarchique de règles (155).

Parmi les diverses conceptions disponibles du *système juridique*, l'acception autopoïétique exerce une attraction, voire une fascination, particulière : dans cette conception, le droit constitue un sous-système social, parmi de multiples autres, dont, notamment, l'Etat. Chacun possède cette caractéristique de clôture sur soi, d'autopoïesis. Ainsi, chaque système auto-produit, notamment, son propre cadre théorique de référence. Par définition, s'agissant du système juridique, il s'agit

(154) Parmi les valeurs, espèce du genre *civilité*.

(155) Les Archives de Philosophie du Droit ont, en quelque sorte, donné ses lettres de noblesse à cet exercice, en consacrant leur tome 31, en 1986, à la problématique du *système juridique*.

donc d'un cadre juridique, issu de ce seul système et dédié à lui seul, ce qui exclut que le cadre de référence élaboré par un autre système s'impose au droit. Cela exclut, également, que le système juridique puisse produire un tel cadre à l'usage d'un autre système.

Dans ces conditions, seul le droit (incluant les juristes) peut se doter du cadre théorique dont il a besoin ; en outre, il le produit nécessairement, puisque le droit est un système ; en sus, sachant que le cadre de référence en question est, par essence, exclusivement juridique, il ne saurait s'agir d'une théorie générale de la société. Enfin, un tel cadre suffit à constituer le droit en un système, organisé et cohérent. Le système est à lui-même sa propre référence. La fermeture, la circularité de l'analyse conduisent ainsi à tenir pour non-sens toute proposition exogène ayant pour objet, ou seulement pour effet, de mettre en cause ou la cohérence interne du droit, ou la pertinence *-a fortiori*, l'existence- de son cadre général de référence (les deux options étant d'ailleurs équivalentes). Cette conception du système juridique exclut toute méthodologie interdisciplinaire, où, par exemple, l'on se proposerait de confronter concepts juridiques et économiques, car les concepts propres à chaque système ne sont valides et compréhensibles que pour leur système d'origine et de destination.

Dans une telle représentation, les différents sous-systèmes sociaux coexistent en parfaite autarcie, et seuls peuvent les perturber des chocs exogènes. Le simple bon sens répugne à se représenter ainsi le fonctionnement de la société ! (156).

78. Diverses variantes tentent donc de réconcilier le système juridique et son environnement. Les deux principales reposent, respectivement, sur les notions de cybernétique et d'*ouverture cognitive*.

«La première - cybernétique - consiste à voir dans un système un servo-organisme, c'est-à-dire un ensemble commandé, obéissant à des signaux venus de l'extérieur - et réagissant sur l'environnement suivant un certain programme interne. Ses finalités ne sont pas autonomes, ses *causes finales* lui sont apportées de l'extérieur» (157).

(156) On reconnaît sans peine dans cette approche absolutiste les excès totalitaristes d'une option holistique poussée à ses extrêmes.

(157) Cf. GRZEGORCZYK, Christophe. - Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit. - APD, 1986, Vol. 31, p. 296.

En somme, ce système est axiologiquement indifférent. Une telle analyse peut séduire les juspositivistes kelseniens, et induit une conception instrumentale du droit.

La seconde variante introduit dans la conception autopoïétique la notion d'*ouverture cognitive*, qui tempère les effets théoriques de la circularité du système auto-référentiel (158).

La coexistence de sous-systèmes au sein du système que constitue une société implique entre eux un minimum d'interdépendance ; le développement - autonome- de chacun se réalise, partiellement, en fonction des informations qu'il reçoit de son environnement ; aussi doit-il y être ouvert. Toutefois, ces informations ne constituent pas des ordres, ni des directives, mais seulement des données, que le système trie, conformément à son programme, pour ne sélectionner et intégrer que celles qui lui paraissent pertinentes pour lui-même. C'est pourquoi cette ouverture est dite *cognitive* (159).

Le système est auto-référentiel par sa *clôture normative*, c'est à dire par le fait que

«seul ce système peut conférer un caractère normatif à ses éléments et, par-là, les constituer comme éléments (...) Le caractère de norme sert à l'auto-crédation du système, à son auto-continuation, qui le différencie de l'environnement. Le caractère cognitif sert à la coordination de ce processus avec l'environnement du système» (160).

Cette autre analyse correspond, à la différence de la première, à une conception plutôt jusnaturaliste, où le système du droit ne trouve pas ses fins à l'extérieur, mais en lui-même. La notion d'ouverture cognitive permet de concilier le principe de l'autopoïèse avec celui de l'adaptation à l'environnement.

* Auto-production par le droit de son cadre de référence et interdisciplinarité

(158) Ce courant est, principalement, représenté par TEUBNER, Gunther. - Legal autopoiesis and legal evolution. - COLLECTIF. - Autopoiesis in lavand society. - Berlin : de Greuyter, 1987 ; LUHMANN, Niklas. - L'unité du système juridique. - APD, 1986, Vol. 31, p. 163 et s. ; WILLKE, Helmut. - Diriger la société par le droit ? - APD, 1986, Vol. 31, p. 189 et s.

(159) On rejoint ici, par une autre voie, le carrefour droit-sciences cognitives traversé plus haut : v. *supra*, n° 29.

(160) Cf. LUHMANN, Niklas. - *op. cit.*, p. 173.

79. Pourtant, quelques arguments de la théorie systémique juridique permettent de soutenir une opinion contraire, selon laquelle l'approche interdisciplinaire apparaît possible, voire nécessaire, et fructueuse. Dans le cadre de la version cybernétique, la thèse s'impose d'évidence : les fins du droit étant dictées de l'extérieur (principalement par le législateur), rien n'interdit de le contraindre à se plier à des considérations d'ordre politique, moral, religieux, économique, etc. Dès lors, les valeurs et concepts juridiques s'imprègnent de l'axiologie politique, morale, religieuse, économique, etc., de telle sorte que leur analyse (et construction) exige une méthode interdisciplinaire.

Mais la conception cybernétique ne constitue qu'une version édulcorée de la systémique, en regard de la conception autopoïétique. Cependant, on découvre, également, dans cette version *dure* le moyen de justifier l'interdisciplinarité.

Selon la thèse de l'auto-référentialité absolue, seuls des chocs exogènes paraissent susceptibles de perturber la cohérence interne de systèmes autarciques. Rien, dans la théorie systémique, n'interdit de considérer qu'une révolution, une guerre, voire, moins brutalement, une crise économique profonde produisent un tel choc. Dès lors, il devient légitime et nécessaire d'étudier les perturbations provoquées au sein du système juridique par référence aux caractéristiques économiques de la crise. Toutefois, seul un tel choc justifie et autorise la méthode, et la question du critère d'identification de ce choc reste ouverte (161).

80. La représentation *clôture normative et ouverture cognitive* s'offre plus généreusement à la méthode interdisciplinaire, dans le cadre même du fonctionnement harmonieux du système juridique. Deux voies, complémentaires, se présentent.

L'une consiste à analyser les processus, internes au système juridique, de tri des informations externes qui lui parviennent des autres systèmes, et d'attribution de normativité à celles que le système estime *relevantes*. Comme l'exprime synthétiquement François OST, commentant Niklas LUHMANN :

«la plupart des normes juridiques sont conçues comme des programmes destinés au traitement normatif d'informations extérieures» (162).

Niklas LUHMANN lui-même estime que le droit, en tant que système social,

(161) Dans la mesure où elle analyse le droit comme une source externe de perturbation de l'économie de marché, la théorie économique néoclassique se présente, également, comme une forme de systémisme autopoïétique. Cette discussion se poursuit dans la 2e Partie.

(162) Cf. OST, François. - Entre ordre et désordre, le jeu du droit : discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit. - APD, 1986, Vol. 31, p. 140.

«n'existe que dans la communication ... (ce qui) signifie la synthèse des informations, des messages et des compréhensions (...) Toute signification, même celle de faits purement événementiels, peut en venir à relever de la compétence du droit (...) La pratique du droit exige la connaissance du monde (...) C'est le système juridique qui définit les types d'événements qui ont un tel effet, et il est impossible d'en décider sans la connaissance du système juridique» (163).

Et H. WILLKE découvre des relations inter-systémiques sophistiquées, par lesquelles les systèmes s'influencent les uns les autres : «inter-référence», «modulation», «conditionnement» (164).

Enfin, C. GRZEGORCZYK, bien que concluant à la faiblesse heuristique du concept de système en droit, considère

«qu'il est envisageable, au moins théoriquement, de voir cette instance spécifiquement ordonnatrice et homéostatique de l'organisation juridique, dans la doctrine du droit (...) à condition, bien sûr, que ce rôle (lui) soit reconnu au sein du système (...)» (165).

81. La théorie systémique appliquée au droit ouvre donc bien la voie à une analyse ayant pour objet l'impact réciproque des informations émises par le système juridique et les autres systèmes sociaux. Exigeant, d'évidence, une certaine connaissance des divers systèmes en cause, cette analyse ne saurait être qu'interdisciplinaire. En outre, menée par la doctrine juridique, l'analyse interdisciplinaire contribuerait au fonctionnement du couple *clôture normative - ouverture cognitive*, en triant, sélectionnant et relevant les données exogènes au système juridique pour le compte de sa cohérence et de son développement, de l'auto-production de son propre cadre de référence.

C'est ainsi que la méthodologie interdisciplinaire est active, au sens où nous l'entendons dans le cadre des présents travaux. Les conceptualisations de l'emploi émanant de l'économie et de la sociologie se présentent alors comme autant de données, d'informations exogènes, qu'il appartient au système juridique de traiter, et qui, éventuellement, peuvent l'influencer, voire modifier son programme (lequel inclut, rappelons-le, la production de ses propres fins, dans la conception auto-référentielle).

(163) Cf. LUHMANN, Niklas. - *op. cit.*, p. 169.

(164) Cf. WILLKE, Helmut. - *op. cit.*, pp. 208 et 209.

(165) Cf. GRZEGORCZYK, Christophe. - *Evaluation critique du paradigme systémique ... - op. cit.*, p. 300. A la suite de quelques auteurs, nous sommes favorables à cette reconnaissance : supra, n° 72, et infra, 3e Partie, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1.

B. Méthode d'analyse

82. La méthode d'analyse combine l'étude critique intrinsèque des concepts et processus de conceptualisation (du point de vue du droit principalement), et l'utilisation des concepts comme *réactifs* les uns vis-à-vis des autres.

Chacune des trois disciplines possédant son (ses) propre(s) *paradigme(s)* (166), il convient, naturellement, d'être attentif à leurs modalités de conceptualisation. Plusieurs facteurs pèsent sur la manière de construire un concept. Précisons, d'emblée, que nous ne tenons pas compte des caractéristiques organisationnelles et administratives spécifiques à chacune des communautés scientifiques, non plus que des modes de financement de la recherche ou des habitudes de travail.

Il importe, en revanche, de situer les concepts dans les différents **courants de pensée** qui les produisent, de dégager les **options méthodologiques** (individualisme/holisme, etc.) dont ils procèdent, de repérer les **théories** qu'ils contribuent à élaborer ; lorsque cela apparaît possible, il est, encore, indispensable d'identifier les **positions épistémologiques** (externe/interne, etc.), d'arpenter les **champs d'investigation**, de déterminer les **niveaux d'analyse** (macro-/micro-, etc). Enfin, il ne faut pas négliger les **méthodes** mises en œuvre (mono-/interdisciplinaire, quantitative/qualitative, dia-/synchronique, etc.).

83. En ce qui concerne l'étude de la source de droit retenue, la méthode générale implique, de la jurisprudence, une vision particulière et quelque peu innovatrice, qui en privilégie l'œuvre conceptuelle. Il n'est pas question, on l'aura compris, de réduire la jurisprudence à ce seul rôle, mais seulement de s'y attacher tout spécialement en raison de l'étroite proximité entre règle et concept.

La mise en œuvre de cette méthode suppose une définition liminaire de la *jurisprudence* comme source de droit, tant le terme est polysémique, tant *il fait du bruit* (167). Ce travail de définition comporte nécessairement une réflexion

(166) Le terme est utilisé dans son sens moderne de *matrice disciplinaire*, grille d'évaluations, généralisations, représentations, méthodes et règles de recherche, spécifique à une communauté scientifique. Cf. KUHN, T. - La structure des révolutions scientifiques. - Paris : Flammarion, 1983.

(167) Dans deux sens simultanément, celui de la cybernétique (passé aux sciences de l'information) : émission de signaux parasites perturbant les informations transmises, et celui du langage courant : retentissement, querelle.

théorique visant à spécifier le rôle, particulier, de cette source de droit, particulière, dans les phénomènes concrets de travail et d'emploi.

84. Il reste à adopter une *posture* épistémologique claire et adéquate. En d'autres termes, à opter entre les points de vue interne et externe. Indiquer, en effet, comme nous l'avons fait plus haut (168), que nous nous plaçons dans une perspective juridique dominante ne suffit pas à lever toute ambiguïté : l'avocat, dans sa plaidoirie, se situe dans cette perspective, de même que le philosophe du droit dans sa contemplation du système juridique. Théorie et pratique juridiques se distinguent radicalement quant à leurs *postes d'observation* du droit ; celui du praticien se trouve dans le droit tandis que celui du théoricien dans le droit s'il s'agit de dogmatique, mais hors le droit en cas de *méta-doctrine* (169). Cette seconde position présente le grand intérêt d'une parfaite conformité avec l'exigence bachelardienne de «rupture épistémologique», critère de scientificité : l'objectivation.

Toutefois, elle semble engendrer - au moins - deux inconvénients majeurs.

L'extériorité du théoricien du droit semble bien risquer de lui faire

«manquer la spécificité de son objet et de rien expliquer qui soit réellement juridique», «(mutiler) les phénomènes juridiques en les amputant de la dimension normative qui constitue précisément leur spécificité».

selon les excellentes formules de F. OST et M. van de KERCHOVE (170). Considérant, en accord avec A.J. ARNAUD (171), l'impossibilité épistémologique d'être simultanément «sur la scène et au balcon», les deux auteurs proposent une solution intermédiaire, qui emporte notre adhésion.

(168) *Supra*, n° 50 et s.

(169) *Supra* n° 15.

(170) Cf. OST, F., KERCHOVE, M van de. - De la scène au balcon : d'où vient la science du droit ? - *op. cit.* pp. 72 et 73.

(171) Cf. ARNAUD, A.J. - La valeur heuristique de la distinction interne / externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification. - *Droit et Société*, 1986, n° 2, cité par OST et van de KERCHOVE.

85. F. OST et M. van de KERCHOVE s'inspirent de réflexions du célèbre juriste anglais H.L.A. HART (172) selon qui le point de vue externe se subdivise en deux attitudes.

L'une consiste à observer le droit de l'extérieur sans se référer au point de vue interne des juristes sur le droit. Les deux auteurs la qualifient de «*radicalement externe*» (173). C'est, selon nous, celle qu'adoptent sociologie du droit, analyse économique du droit.

L'autre, en revanche, consiste à observer le droit de l'extérieur en se référant au point de vue interne des juristes sur le droit, les deux auteurs l'appellent «*modérément externe*» (174). F. OST et M. van de KERCHOVE précisent encore que la référence en cause ne signifie pas nécessairement

«adhésion aux thèses, dogmes, principes et valeurs dominants dans le monde juridique» (175) :

à juste titre, nous semble-t-il, sous peine de priver l'observateur de sa faculté de critique, ce qui réintroduirait la confusion quant à son extériorité. Complétant l'image de leur contradicteur, A.J. ARNAUD, ils indiquent que, si l'observateur ne peut effectivement être à la fois sur la scène et au balcon, il se tient en revanche dans la salle équipée de la scène et du balcon, de telle sorte qu'il

«participe toujours de quelque façon à l'observé, tandis que l'intelligence de ce dernier ne manque pas de rejaillir sur l'observateur (...) cette articulation des points de vue externe et interne s'analyse comme une dialectique entre le paradigme de l'explication et celui de l'interprétation» (176).

86. Enfin, discutant les critiques que leur adresse un autre illustre auteur, Michel TROPER (177), ils admettent que la neutralité axiologique de l'observateur externe-modéré constitue une condition nécessaire de scientificité ; ils contestent néanmoins qu'elle soit suffisante. Il y faudrait

(172) Cf. HART, H.L.A. - Le concept de droit. - Bruxelles : 1976, trad. M. van de KERCHOVE.

(173) Cf. OST, F., KERCHOVE M. van de. - *op. cit.*, p. 72, note 20.

(174) *Ibid.*

(175) *Op. cit.*, p. 74.

(176) *Id.*, p.75

(177) Cf. TROPER, Michel. - Tout n'est pas perdu pour le positivisme. - Déviance et société, 1987, Vol. II, n° 2, p. 195 et s., cité par OST et van de KERCHOVE.

«de surcroît la volonté d'expliquer l'objet à l'aide d'une théorie qui se réfère à un ordre de phénomènes plus englobants» (178).

La neutralité axiologique, caractérisant l'extériorité, s'analyse en une abstention d'adhésion aux (ou de contestation des) normes et valeurs du droit dont, par ailleurs, on constate la validité aux yeux des juristes. D'une certaine manière, cette neutralité offre aux juristes un (le ?) moyen de se débarrasser de l'*hypocrisie* que le sociologue pense déceler en eux (179), et, partant, d'en délivrer la société. Une telle neutralité ne concerne que les normes et valeurs internes du droit, sans, cependant, faire obstacle à la formation de jugements en appréciation de ses caractéristiques épistémologiques, telles que son appareil conceptuel et ses méthodes de conceptualisation. Ainsi, l'observateur *externe-moderé* demeure-t-il fondé, par exemple, à critiquer le recours à des fondements conceptuels empruntés à d'autres sciences. En l'occurrence, cette *posture* épistémologique nous permet de mesurer le poids, dans la conceptualisation juridique de l'emploi, du concept économique du marché, à quoi nous consacrons notre 2e Partie.

87. Nous suivons bien F. OST et M. van de KERCHOVE dans leur préoccupation de compléter la neutralité axiologique par une explication *englobante*. Toutefois, nous doutons qu'une «*théorie qui réfère (le droit) à un ordre de phénomènes plus englobants*» (laquelle ne pourrait être qu'une philosophie, ou une théorie générale de la société) soit le seul outil heuristique efficace. Sans doute s'agit-il du meilleur outil ; mais il n'est pas certain qu'il soit disponible. Qui qu'il en soit, une référence théorique aux concepts et valeurs d'autres sciences sociales paraît capable d'expliquer, sinon tout le droit, certains de ses concepts, principes, valeurs et normes.

L'articulation qu'une telle référence organise entre les points de vue interne et externe fonctionne dans les mêmes conditions que le couple fermeture normative-ouverture cognitive de la théorie systémique.

(178) Cf. OST, F., KERCHOVE, M. van de. - *op. cit.*, p. 76, souligné par les auteurs.

(179) Cf. BOURDIEU, Pierre. - Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. - *op. cit.*

DEUXIEME PARTIE :

**CRITIQUE DE LA
CONCEPTUALISATION DE
L'EMPLOI EN TERME DE
MARCHE**

INTRODUCTION

88. Nous avons, sommairement, défini le niveau macro-analytique comme celui où la science construit ses objets et concepts à un degré très élevé de globalité (180).

Le degré le plus élevé est, naturellement, très élevé. L'impossibilité de connaître le degré ultime d'abstraction dont soit capable l'esprit humain exclut de lui réserver le niveau macro-analytique de conceptualisation. Mais il est une autre raison, plus pragmatique, de s'en tenir à une définition aussi imprécise : les auteurs des conceptualisations ne prennent jamais soin d'indiquer rigoureusement le degré où ils situent leurs observations et réflexions.

Une telle indication supposerait, certes, l'existence, ou la construction, d'une échelle ; or, il semble qu'un consensus implicite se soit formé, dans les sciences sociales, sur l'inutilité d'un instrument de la sorte. Plus exactement, on a semblé se satisfaire d'une échelle à deux degrés : micro et macro. Cette représentation dichotomique de la réalité, et de la manière de la penser, se trouve aujourd'hui remise en cause, ainsi qu'en témoignent des efforts croissants pour déterminer un troisième niveau, intermédiaire, dit *méso-analytique*.

Cette évolution épistémologique devrait, en toute logique, conduire les auteurs optant pour l'un ou l'autre des niveaux traditionnels à les définir avec une plus grande précision.

89. Et que dire de la notion de globalité, sinon qu'elle soulève également une considérable difficulté définitionnelle ? A l'heure où la physique nucléaire ne cesse de découvrir des particules toujours plus élémentaires au cœur de la matière, où l'astronomie nous fait entrevoir d'innombrables univers, où les mathématiques semblent - paradoxe ! - perdre tout sens de la mesure en inventant les nombres *fractals*, le global devient bien insaisissable !

Heureusement pour les sciences sociales, l'expansion de l'humanité n'excède pas certaines limites spatio-temporelles aisément mesurables. Le niveau mondial

(180) *Supra*, Introduction générale.

demeure le plus global, en terme d'espace. Et l'on parvient à distinguer, grossièrement, des types de sociétés humaines, situables dans le temps et l'espace. C'est, généralement, au niveau des types de sociétés que se définit la globalité en économie et sociologie (il en va sans doute autrement pour l'histoire) ; elle consiste, d'une certaine manière, à considérer les sociétés étudiées comme autant d'*êtres* singuliers et totaux. Toutefois, la difficulté, à laquelle se heurtent toutes les sciences sociales, de fixer avec certitude le moment de la transition d'un type de société à un autre, illustre suffisamment la grossièreté des classifications en la matière.

Ainsi, ni l'économie ni la sociologie ne permettent aujourd'hui de savoir si la crise, que traversent les sociétés libéral-capitalistes occidentales depuis une vingtaine d'années, sonne, ou non, le glas de leur développement (181).

90. Aussi, pour contourner ces divers obstacles, choisissons-nous de ranger au degré très élevé de globalité, sélectionné à l'usage de cette partie, les analyses effectuées au niveau **national**. Cette option se trouve en conformité avec notre décision de méthode générale limitant le cadre de la recherche à la société française contemporaine. Elle n'interdit pas, bien sûr, de prendre en compte les travaux qui se présentent comme applicable à celle-ci, bien que produits sur la base d'autres expériences nationales ; dans ce cas, il convient, naturellement, de s'interroger sur la validité de l'extension des analyses.

91. Nous nous proposons, dans cette partie, de passer schématiquement en revue les principales conceptualisations globales de l'emploi en économie, sociologie et droit.

Cette revue met en évidence, ce qui ne surprend pas, un caractère monodisciplinaire dominant, bien que plus ou moins marqué et en cours d'évolution. L'économie, longtemps très imperméable aux conceptualisations extérieures, s'ouvre depuis quelques années au droit et à la sociologie. Cette dernière, qui a toujours tenté d'intégrer l'appréhension des faits économiques, se rapproche aujourd'hui plus étroitement de l'économie, mais demeure circonspecte à l'endroit des catégories juridiques. La science du droit, enfin, traditionnellement attentive, en matière de travail, aux réalités destinataires des règles, se borne encore le plus

(181) Cf. BARRERE, Christian, KEBADJIAN, Gérard, WEINSTEIN, Olivier : Lire la crise. - Paris : PUF, 1986, 2e éd.

souvent (malgré quelques exceptions notables) à un emprunt superficiel des concepts économiques et reste méfiante vis-à-vis de la sociologie.

92. S'agissant de la richesse des concepts respectifs, on aperçoit d'importants décalages. De toute évidence, l'économie déploie la plus intense activité conceptuelle, au niveau global, en matière d'emploi, à tel point qu'elle paraît monopoliser le discours. Vient ensuite la sociologie, dont les tentatives de se hisser à ce niveau, tout à fait récentes, sont encore embryonnaires. Le droit (du travail) s'attarde en queue de peloton, semblant se désintéresser de ce niveau de conceptualisation. Toutefois, les rapprochements interdisciplinaires mentionnés ci-dessus tendent à enrichir mutuellement les théorisations, à les dynamiser.

Cette tendance mérite, à nos yeux, un encouragement certain. Nous sommes, en effet, convaincu que les méthodes et processus respectifs de conceptualisation présentent une proximité bien plus étroite que l'on a coutume de l'imaginer, indépendamment de leur inégal développement. Demeurant sommaires et partiels lorsqu'ils se construisent isolément, les concepts d'une discipline gagnent en profondeur et en complexité s'ils s'essaient à prendre en considération ceux des deux autres.

93. La mise en œuvre de notre méthode fait, rapidement, apparaître que les processus de conceptualisation s'organisent dans un espace théorique défini par l'intersection de deux axes : l'un représente la distance du concept de travail à celui d'emploi, l'autre celle qui sépare les concepts de marché et de règle. Au point d'intersection, la conceptualisation confond, d'une part, travail et emploi, d'autre part, règle et marché ; la recherche consiste, ainsi, à situer les processus de conceptualisation dans les quadrants ouverts par l'intersection de ces axes. Elle met en évidence la prédominance de la problématique marché-règle, et, en son sein, une évolution de la conceptualisation classique en terme de marché vers une nouvelle conceptualisation en terme de règle.

94. Adoptant la position méthodologique "externe-moderée" (182), nous étudions, dans cette Partie, le statut théorique central qu'octroient au concept de marché les modes de conceptualisation de l'emploi dans chacune des trois disciplines au niveau macro-analytique : économie (Chapitre 1), sociologie (Chapitre 2), droit (Chapitre 3). En économie, de L. WALRAS à E. MALINVAUD en

(182) V. *supra*, n° 110 et s.

passant par J.M. KEYNES, les phénomènes globaux d'emploi s'analysent comme l'agrégation des rencontres individuelles entre offre et demande de travail, dans une logique marchande. En sociologie du travail, comme du droit de travail, le concept de marché appliqué à l'emploi s'est infiltré jusque dans les analyses du rôle de l'Etat ou des rapports de classes. La doctrine de droit du travail reprend également à son compte la représentation marchande de l'emploi, tous courants, notamment marxistes, confondus.

95. Pourtant, la prégnance du concept de marché paraît bien paradoxale, et de plus en plus difficile à justifier. Si la macro-économie moderne lui reste fidèle, c'est au prix de multiples aménagements de ses hypothèses de base ; et malgré cela, les modèles les plus sophistiqués échouent dans leur projet de prévision et de guidage efficace des politiques d'emploi. Et lorsque la sociologie cherche à se donner l'emploi, et non pas le travail, comme champ d'investigation, elle semble tirer la leçon de cet échec en récusant, d'emblée, la grille d'explication en terme de marché pour y substituer la notion de construction sociale. Il est d'autant plus surprenant de constater la fidélité des juristes du travail au paradigme marchand le plus orthodoxe, qu'une analyse superficielle des principaux courants théoriques suffit à mettre en évidence les impasses et antilogies où il les enferme. Spécialement, l'approche en terme de marché fourvoie le droit, et la théorie juridique, dans une réponse instrumentaliste à la question du "droit à l'emploi" (183) ; or, il ne semble pas que le droit constitutionnel s'oppose à une politique publique d'emploi des plus dirigiste. L'étude de l'impact du concept de marché dans les macro-conceptualisations de l'emploi revêt, ainsi, une dimension critique.

PLAN

Chapitre 1

THEORIE ECONOMIQUE DU MARCHE DE L'EMPLOI

Chapitre 2

VERS UNE SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

Chapitre 3

DROIT DU TRAVAIL, DROIT DU MARCHE DU TRAVAIL

(183) Question soulevée par l'interprétation du Préambule de la Constitution de 1946.

Chapitre 1 :

THEORIE ECONOMIQUE DU MARCHE DE L'EMPLOI

INTRODUCTION

96. Contrairement à une idée reçue, le niveau micro-analytique en science économique précède, historiquement, l'apparition du niveau macro-analytique. Les auteurs dits *classiques*, aux XVIII^e et XIX^e siècles (de l'Écossais Adam SMITH à l'Allemand Karl MARX, en passant par les Anglais David RICARDO et Alfred MARSHALL, pour ne citer que les noms les plus connus) s'attachent essentiellement à l'étude des fondements élémentaires du fonctionnement économique des sociétés. Le mécanisme de l'offre et de la demande, la concurrence, le travail et la force de travail, la valeur (des biens), la rente foncière, etc. : autant de micro-objets sur lesquels se bâtit l'*économie politique* (et sa critique marxienne).

97. Certes, les physiocrates français passent parfois pour avoir dressé des représentations macro-économiques : François QUESNAY, par exemple, publie, en 1758, un ouvrage intitulé *Tableau économique* qui se préoccupe peu des fondements élémentaires de la vie économique. Mais ces écrits ne peuvent que difficilement mériter le qualificatif de scientifiques. Il revient à Karl MARX d'avoir fait franchir un pas décisif à l'économie en matière de formalisation scientifique du fonctionnement global de la société ; cependant, son œuvre repose, comme chacun sait, sur une théorie de la valeur située au même niveau d'analyse que les réflexions de RICARDO.

98. Le plein essor de la macro-économie moderne trouve son origine avec la grande crise de 1929, qui provoque un chômage massif et durable et une remise en cause de la théorie classique de l'équilibre général.

L'économiste anglais John Maynard KEYNES, principal théoricien de cette remise en cause, se voit généralement reconnaître la paternité de la macro-économie moderne (184). Depuis ses travaux, on considère que :

«l'analyse macro-économique étudie comment se déterminent certaines quantités agrégées (la consommation, l'épargne, l'investissement, le volume total de l'emploi, la production nationale, le revenu national, la dépense nationale ...) et divers indices globaux (le taux d'inflation, le taux de chômage ...). Elle s'appuie largement sur les mesures statistiques de ces phénomènes et sur la construction de *modèles* susceptibles de traduire les relations fonctionnelles qui s'établissent entre les agrégats et indices ainsi mesurés. (...) Dans ce schéma, le comportement des agents économiques n'est certes pas ignoré. Mais il fait l'objet non pas d'un calcul rationnel mais d'une appréhension globalisante qui néglige la diversité, la singularité et la rationalité des comportements des différentes unités élémentaires de la vie économique» (185).

99. Bernard GAZIER définit ainsi la *macro-économie du travail* :

« ... les analyses globales du travail qui en spécifient le fonctionnement d'ensemble et les liens avec le reste de l'économie» (186).

Il précise que cette approche, restrictive, se désintéresse d'autres questions macro relatives au travail comme facteur de production : la croissance, le progrès technologique, l'incidence du prix relatif des facteurs de production sur celle-ci, etc., jugées trop indirectes quant à l'explication du marché du travail. Ce point de vue semble suffisamment représentatif dans la discipline pour satisfaire notre propos. On remarquera, incidemment, qu'il y est question de travail, et non d'emploi, distinction sur laquelle nous aurons à revenir.

100. Quoi qu'il en soit, il est établi que la conceptualisation de l'emploi se présente comme jumelle homozygote de celle du chômage (187).

(184) Cf. KEYNES, John Maynard. - Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie (1936). - Paris : Payot, 1968.

(185) Cf. MAILLARD, Didier. - Retour en force de la micro-économie. - Regards sur l'actualité, janvier 1991, p. 4, souligné par l'auteur.

(186) Cf. GAZIER, Bernard. - Economie du travail et de l'emploi. - Paris : Dalloz, 1992, p. 252.

(187) Certains ouvrages s'intitulent, d'ailleurs, *Economie du chômage et de l'emploi*, d'autres *Economie de l'emploi*, ou encore *Le(s) chômage(s)*, et tous traitent simultanément ce double aspect de la question.

Schématiquement, les analyses macro-économiques de l'emploi et du chômage se regroupent en trois grands courants, selon qu'elles privilégient un raisonnement en terme de marché (Section 1), de circuit (Section 2), ou de déséquilibre (Section 3). Leur présentation permet de s'interroger sur l'usage qu'elles font des catégories sociologiques, et, surtout, juridiques (Section 4).

Section 1 :

LES ANALYSES EN TERME DE MARCHÉ

101. Dites néoclassiques parce qu'elles renouvellent, au début du XX^e siècle, les théories classiques des XVIII^e et XIX^e siècles d'Adam SMITH (188), David RICARDO (189) et Alfred MARSHALL (190), certaines analyses transposent au niveau macro-analytiques les axiomes micro-économiques. Le Français Léon WALRAS (191) y procéda dans la plus parfaite orthodoxie, posant le modèle d'un marché du travail en équilibre général (Sous-section 1). Mais rapidement, ce modèle cède la place à celui du marché du travail imparfait (Sous-Section 2).

Sous-section 1 :

LA FICTION DU MARCHÉ PARFAIT

102. Dans la théorie, classique, le *marché* se réduit à la rencontre d'une offre et d'une demande. C'est une simple idée, qui ne prétend pas refléter un lieu ou un espace réels. Offre et demande portent sur des biens. Le *marché du travail* symbolise ainsi la rencontre entre offre de travail et demande de travail (A). La fiction développée par Léon WALRAS consiste à postuler que les marchés sont, par définition, en situation d'équilibre général (B). Dans une telle situation, il ne

(188) Cf. SMITH, Adam. - Recherches sur la grandeur et la richesse des nations (1776). - Paris : Flammarion, 1991, 2 T. - intro. Daniel DIATKINE.

(189) Cf. RICARDO, David. - Principes de l'économie politique et de l'impôt (1817). - Paris : Calmann - Levy, 1970.

(190) Cf. MARSHALL, Alfred. - Principes d'économie politique (1890). - Paris : Giard et Brière, 1909.

(191) Cf. WALRAS, Léon. - Economie politique pure (1900, 4e éd.). - Paris : LGDJ, 1976.

peut y avoir de véritable chômage. L'irréalisme patent de ce modèle explicatif, hors même toute situation de crise, n'a pas manqué d'engendrer une première série d'analyses complémentaires (192).

Il s'agit là, en réalité, des fondements micro-économiques de la macro-économie de l'emploi. Dans la théorie néoclassique orthodoxe, le niveau macro est atteint par une simple sommation, dans le cadre national, de l'ensemble des rencontres individuelles entre offre et demande (193). Cette opération suppose, évidemment, de les considérer comme strictement identiques, ce qui aggrave la fiction de l'analyse.

A. Offre et demande de travail

103. Dans cette optique, le travail s'assimile à un **bien**, susceptible, comme tel, de faire l'objet d'échange marchand. C'est une marchandise comme une autre (194). Ainsi, rien ne distingue le marché du travail des autres marchés. Le travail est un bien *rare*, que les agents peuvent substituer à d'autres biens rares (et réciproquement) : le travailleur, à d'autres utilisations de son temps (loisir), l'employeur, à du capital. Enfin, le travail est *homogène*, c'est-à-dire qu'il n'en existe que d'une seule sorte, chaque unité de travail présentant alors exactement les mêmes caractéristiques que les autres ; en conséquence, il n'y a qu'un marché du travail et les travailleurs sont interchangeable.

104. Les agents économiques élémentaires (travailleur, employeur) sont censés chercher à maximiser leurs propres utilités, leurs propres biens ; la théorie postule que cette maximisation donne lieu à l'élaboration rationnelle, calculatrice, de choix (ou préférences).

La rationalité, en l'occurrence, consiste à mettre en œuvre le principe d'acquisition d'une unité supplémentaire d'un bien lorsque l'accroissement de satisfaction qui en résulte dépasse l'accroissement de gêne occasionné par la perte

(192) Cette seconde série de théories alternatives néoclassiques ne seront pas étudiées, car relevant du niveau micro.

(193) C'est pourquoi il ne s'agit pas d'une véritable macro-économie. Cf. GAZIER, Bernard. - *op. cit.*

(194) Les théories économiques hétérodoxes néoclassiques admettent que cette marchandise est particulière ; les théories hétérodoxes marxistes lui contestent le statut de marchandise. V. *infra*, 3e Partie, Chapitre 1, Section 2.

de l'unité d'un autre bien, échangée contre celle du bien désiré. L'agent raisonne ainsi à *la marge*, d'où l'usage pris d'appeler *marginalisme* le courant de pensée classique responsable de la thèse.

Voyons maintenant, tout aussi brièvement, comment se forment l'offre (1.) et la demande (2.) de travail.

1. L'offre de travail

105. C'est, bien sûr, du travailleur qu'émane l'offre de travail. Le calcul rationnel-maximisateur-marginaliste met en balance deux *biens*, deux *ressources* : le loisir, au sens très général pouvant inclure des occupations laborieuses non rémunérées, et l'argent procuré par le travail rémunéré. Il faut, naturellement, postuler que le travailleur désire ces deux ressources et ne dispose d'aucun autre moyen de se procurer de l'argent qu'en mettant son travail à la disposition d'autrui ; il faut encore présupposer l'existence d'un autre agent, possédant les moyens d'utiliser ce travail et de le rémunérer.

L'agent décide ainsi d'offrir, ou non, du travail. La décision d'offre s'accompagne d'une décision relative à la quantité de travail offerte (mesurée en temps). S'il est parfaitement informé de l'état du marché (taux de salaire proposés, caractéristiques du travail demandé, pouvoir d'achat de l'unité monétaire, etc.), ces décisions sont efficaces, optimales. En dessous d'un certain niveau de salaire minimum, dit *salaire de réservation*, l'offre de travail sera nulle.

L'analyse reste identique, mais se complexifie et devient plus aléatoire, si l'on considère l'agent économique, à travers l'usage qu'il fait de son revenu, non comme un consommateur, mais comme un producteur de biens et services pour son propre compte.

2. La demande de travail

106. L'employeur, quant à lui, raisonne de manière analogue. Il cherche à maximiser son profit, ajustant, également à la marge, la combinaison des facteurs de production (dont le travail) pour adopter la plus efficace en fonction des conditions du marché du produit. Il dispose, lui aussi, d'une information parfaite sur ce marché, et sur celui du travail. Il peut acheter la quantité de travail dont il a

besoin à chaque instant (le travail est un facteur variable de production). La productivité marginale se définit, ici, comme l'accroissement de production consécutif à l'emploi d'une unité supplémentaire d'un facteur de production, sans modifier les quantités employées des autres facteurs. La théorie considère, en outre, que la productivité d'un facteur décroît si on continue d'augmenter sa quantité, au-delà d'un certain seuil, sans modifier la quantité des autres facteurs employés (*loi des rendements décroissants*).

Comme travail et *loisir* pour l'offreur, travail et capital sont imparfaitement substituables pour le demandeur : différentes combinaisons sont possibles, et plusieurs peuvent procurer la même satisfaction (la même utilité, le même profit).

107. Il faut noter qu'à ce stade de l'analyse le terme *emploi* désigne l'usage que fait un agent économique des ressources, ou biens, dont il dispose. En ce qui concerne le travailleur, il s'agit de l'emploi de son temps : au travail ou au loisir. L'entreprise, elle, emploie des facteurs de production. Le recrutement d'un nouveau salarié n'est autre que l'emploi d'une certaine quantité supplémentaire de travail. Le terme d'emploi ne s'applique pas -encore- aux travailleurs.

B. L'équilibre général

108. Les théories classique et néoclassique orthodoxe affirment que tout marché se trouve en situation d'équilibre général, grâce à l'axiome de la *concurrence pure et parfaite*.

La rencontre entre offre et demande collectives (agrégées) détermine, compte-tenu des raisonnements à *la marge* respectifs, un salaire d'équilibre et un emploi d'équilibre ; quantités de travail offertes et demandées s'égalisent, c'est-à-dire que les demandes de travail proposant un salaire inférieur comme les offres à un salaire supérieur sont rejetées hors du marché. L'équilibre est permanent, en ce sens que toute variation du salaire provoque une modification des quantités de travail offertes et demandées ramenant le salaire à son taux d'équilibre. Une élévation du taux de salaire provoque un afflux d'offre et une baisse de demande ; l'excès d'offre conduit à la baisse du taux de salaire, jusqu'à rétablissement de l'égalité des quantités de travail offertes et demandées.

109. Dans ces conditions, toutes les offres et demandes de travail acceptant d'ajuster leurs prétentions salariales aux variations du taux de salaire se rencontrent. Seules se trouvent exclues du marché celles qui -irrationnellement- refusent de s'aligner, c'est-à-dire refusent de jouer le jeu du marché. Du côté de l'offre, le non-emploi (le chômage) résulte donc d'un comportement délibéré. Le modèle explicatif admet, par ailleurs, un chômage consécutif aux inévitables délais de rencontre entre offres et demande, dénommé chômage *frictionnel*. En outre, si l'on suppose une demande intermittente sur certains marchés (pour des raisons d'ordre climatique, par exemple), un chômage *saisonnier* est concevable. Seuls des chocs ou contraintes exogènes au marché expliquent un dysfonctionnement créateur de chômage involontaire (195).

Sous-section 2 :

LES PERTURBATIONS EXTERNES DU MARCHÉ

110. Au début des années 1930, l'économiste anglais Arthur Cecil PIGOU, dans la plus pure tradition classique, désigne l'absence de flexibilité des salaires comme la cause du chômage (196). Ce dysfonctionnement du marché trouve son origine, selon lui, dans l'action de l'Etat (fixation d'un salaire minimum) et des syndicats de salariés (contraignant une partie des entreprises à payer des salaires supérieurs au taux du marché). Ces circonstances, aggravées par l'indemnisation du chômage, brisent la concurrence entre salariés nécessaire à l'ajustement des taux de salaire à leur niveau d'équilibre (197). Les salariés sont eux-mêmes responsables du chômage.

(195) En ce sens, le *marché* fonctionne en système autopoïétique : v. *supra*, n° 77 et s.

(196) Cf. PIGOU, Arthur, Cecil. - The theory of unemployment. - Londres : MacMillan, 1933.

(197) Cf. LE PAGE, Jean-Marie. - Les chômages. - Paris : ESKA, 1987, pp. 21-22, et STANKIEWICZ, François. - Economie du chômage et de l'emploi. - Paris : Cujas, 1984, pp. 11-12.

On sait que ces analyses provocatrices furent relayées en France par Jacques RUEFF (198). Le remède est simple : rétablissement des conditions *naturelles* de la concurrence pure et parfaite entre les salariés.

D'une certaine manière, l'appel de ces auteurs à des phénomènes sociaux pour expliquer les perturbations des mécanismes de marché constitue une rupture avec le point de vue exclusivement micro-analytique de la théorie classique, dans la mesure où celui-ci n'acquiert de pertinence qu'en postulant une concurrence inexpugnable. Il faut donc se résoudre à admettre la spécificité du marché du travail au regard des autres marchés : la concurrence y est imparfaite.

(198) Cf. RUEFF, Jacques. - Les variations du chômage en Angleterre. - Revue Politique et parlementaire, 10 décembre 1925, et L'assurance-chômage, cause du chômage permanent. - Revue d'économie politique, mars-avril 1931.

Section 2 :

LES ANALYSES EN TERME DE CIRCUIT

111. C'est avec John Maynard KEYNES que l'analyse économique passe véritablement au niveau macro-analytique, et c'est avec le chômage consécutif à la crise de 1929, que KEYNES analyse, qu'apparaît une conceptualisation macro-économique de l'emploi. La sociologie du travail n'existant pas encore dans les années 1930, et le droit du travail se limitant à une *législation ouvrière* ou *industrielle* centrée sur les conditions de travail, on comprend comment la conceptualisation macro-économique de l'emploi a pu s'imposer dans les représentations sociales, dès le premier tiers du XX^e siècle. Le succès *culturel*, scientifique et politique de la macro-économie consécutive aux travaux de KEYNES explique sans doute, en bonne partie, la discrétion des sociologues et juristes du travail, qui perdure aujourd'hui encore, en matière de macro-conceptualisation de l'emploi.

112. Il est, évidemment, hors de question de procéder, dans ces pages, à une étude détaillée du keynesianisme. Toutefois, il importe, afin de cerner le concept d'emploi qui en dérive et demeure prégnant soixante ans plus tard, de rappeler, en quelques mots, les fondements des réflexions de KEYNES (Sous-section 1) et l'explication du chômage involontaire qui s'en déduit (Sous-section 2). Les propositions keynesiennes se heurtent rapidement au *monétarisme* de Milton FRIEDMAN.

Sous-section 1 :

DEMANDE EFFECTIVE ET RIGIDITE A LA BAISSSE DES SALAIRES NOMINAUX

113. Alors que la théorie classique se représente l'économie comme une juxtaposition de marchés, certes interdépendants, mais possédant chacun son propre système d'ajustement interne, KEYNES estime qu'il vaut mieux s'intéresser aux grandes relations entre les différents moments du circuit global de production-consommation. Il préfère considérer le salaire comme un revenu (niveau macro) que comme un coût (niveau micro) (199). Ce revenu, commandant la consommation, donc la demande de biens, laquelle à son tour, conditionne le niveau de production, contribue à déterminer la demande de travail. Offre et demande de travail participent de la fixation l'une de l'autre, alors que la théorie classique les construit isolément.

En outre, KEYNES, remarquant que l'entreprise, lorsqu'elle embauche, ignore encore largement le niveau de productivité réel du salarié, en déduit qu'elle établit la quantité de travail à acquérir en fonction d'un niveau de production **souhaité**, et non réel. Pour que la production soit rentable, les produits doivent être vendus. Or, la demande de produits dépend de la fonction de consommation, qui, elle, dépend du revenu, donc de la demande de travail. La demande de biens n'étant pas connue de l'entreprise qui ne connaît pas avec certitude la quantité de travail qu'elle doit demander, l'entreprise en est réduite à déterminer cette dernière en fonction de la demande de biens qu'elle souhaite pour écouler sa production. KEYNES appelle *demande effective* cette demande de bien anticipée.

114. Par ailleurs, KEYNES postule que les salariés sont victimes d'une *illusion monétaire* qui les conduit à prendre en compte, dans leurs calculs d'offre de travail, non pas le salaire *réel*, mais bien le salaire nominal (200) ; ne connaissant pas leur pouvoir d'achat réel, les salariés s'opposent à toute baisse des

(199) Cf. LEPAGE, Jean-Marie. - *op. cit.*, p. 33.

(200) Pour mémoire : salaire réel = salaire nominal plus les charges sociales et taxes, pondéré par le taux d'inflation ; il retrace un pouvoir d'achat réel.

salaires nominaux. La rigidité à la baisse des salaires nominaux est également la conséquence de l'action collective des salariés (de leurs syndicats) (201).

Sous-section 2 :

EFFETS SUR LE NIVEAU DE L'EMPLOI

115. C'est donc, dans l'analyse keynesienne, le niveau de production, déterminé par la demande effective, qui commande le niveau de l'emploi, tandis que la théorie du marché confiait ce rôle au niveau des salaires : le renversement de perspective est radical (mais KEYNES ne remet pas, pour autant, en cause le concept même de marché).

Le niveau d'emploi correspondant à la demande effective de biens n'est donc pas nécessairement le niveau de plein-emploi. Le fonctionnement *normal* de l'économie (cycle production-consommation) peut parfaitement s'accompagner d'un niveau de chômage *involontaire* permanent. En effet, une faiblesse de la demande effective, c'est-à-dire de l'anticipation par les entreprises de la consommation, empêche un certain nombre d'offreurs de travail de trouver acquéreurs, alors même qu'ils offrent leurs services au niveau de salaire ayant cours.

116. Parallèlement, les mécanismes classiques de rééquilibrage du marché ne fonctionnent pas dans le circuit keynesien : une baisse des salaires réels n'engendre pas une diminution du chômage, mais, au contraire, une baisse de la demande effective (les revenus perdant de leur pouvoir d'achat), donc un accroissement du chômage ; lequel engendre une nouvelle baisse des salaires réels, etc.

(201) Cf. GAZIER, Bernard. - *op. cit.*, pp. 253 à 258 ; STANKIEWICZ, François. - *op. cit.*, pp. 13 à 24. V. ég. PLIHON, Dominique. - Les grandes explications macro-économiques du chômage. - Cahiers Français, 1990, n° 246, pp. 20-21, et MAILLARD, Didier. - La fin de la macro-économie traditionnelle ? - Regards sur l'actualité, 1990, sept. oct., pp. 24-25.

La rigidité à la baisse des salaires nominaux apparaît alors, non plus comme une entrave au rétablissement de l'équilibre, mais bien comme un frein à la dégénérescence de la situation (202).

117. En conséquence, KEYNES préconise, pour rétablir le plein emploi, d'agir non pas sur les salaires, mais sur la demande effective, qu'il convient de relancer en soutenant les revenus pour accroître la propension à consommer et en baissant les taux d'intérêt de manière à favoriser l'investissement (203). Autrement dit, KEYNES, en rupture avec la théorie classique du marché, opte résolument pour une intervention de l'Etat, par la mise en œuvre de politiques budgétaires (fiscalité, dépenses publiques, mesures diverses tendant à rétablir *la confiance* dans les milieux d'affaires, etc.).

Sous-section 3 :

LE CHOMAGE *NATUREL*

118. La querelle des années 1960-70 entre keynesiens et monétaristes est trop connue pour que l'on s'y attarde. Qu'il suffise de rappeler que l'opposition portait plus sur les moyens de l'intervention publique que sur son principe, keynesiens suggérant une politique budgétaire et monétaristes une politique de la monnaie, censée, au contraire de la précédente, ne pas aggraver l'inflation. Critiquant vigoureusement la célèbre *courbe de PHILLIPS* (A), Milton FRIEDMAN postule l'existence d'un chômage *naturel* incompressible (B).

(202) Cf. GAZIER, Bernard. - *op. cit.*, p. 257.

(203) Selon KEYNES, un investissement supplémentaire tend à engendrer, avec le temps, une augmentation de revenu supérieure à la part de revenu consacrée au dit investissement : c'est le célèbre *multiplicateur* keynesien.

A. La courbe de PHILLIPS

119. En 1958, l'économiste néo-zélandais A.W. PHILLIPS (204) fait paraître un article qui relance le débat sur l'analyse du chômage. Il établit, sous forme graphique, une courbe démontrant une relation inverse entre les hausses annuelles des salaires nominaux et le chômage. Cette formalisation fut rapidement transposée par la doctrine économique aux rapports entre inflation et chômage. Grossièrement, elle implique qu'une intervention publique parvenant à diminuer le taux de chômage provoque, simultanément, une élévation du taux d'inflation. La courbe se forme à partir d'un point correspondant à un certain taux de chômage associé à une inflation nulle, sorte de *chômage de plein-emploi*. L'expression n'est paradoxale qu'en apparence, puisqu'elle procède d'une représentation qui ne définit pas le plein-emploi comme l'absence totale de chômage.

120. Dans la théorie walrasienne, l'emploi est *plein* par définition, au sens où le marché du travail absorbe, spontanément et sans dommages, la totalité de l'offre ; le chômage frictionnel ne constitue pas une *privation d'emploi*. Le concept de plein-emploi, que développe la macro-analyse keynésienne, diffère du plein-emploi walrasien en ce qu'il s'accompagne de chômage au sens de privation d'emploi. Les entreprises peuvent se trouver en situation de plein emploi, c'est-à-dire employer tout le travail dont elles ont besoin, sans que l'offre de travail soit pleinement employée. Le concept de plein-emploi change donc de signification lorsque l'on passe du point de vue de la demande de travail à celui de l'offre. Le raisonnement s'applique aussi, a fortiori, au concept d'emploi. La conceptualisation macro-économique de l'emploi, héritière de la conceptualisation micro-économique, évolue à l'intérieur d'une double contradiction ; d'une part, entre l'approche marginaliste néoclassique, selon laquelle il n'y a pas lieu de distinguer les deux points de vue puisque demande et offre sont toujours pleinement satisfaites, et l'approche keynésienne selon laquelle chaque point de vue donne lieu à une analyse spécifique (*équilibre de sous-emploi*) ; d'autre part, entre une primauté donnée au point de vue de l'offre, et une prédilection pour le point de vue de la demande.

(204) Cf. PHILLIPS, A.W. - The Relation Between Unemployment and the Rates of Change of Money Wages in the United Kingdom 1862-1957. - *Economica*, 25, novembre 1958, p. 283 et s.

La théorie néoclassique traditionnelle anglo-saxonne conceptualise l'emploi du point de vue de l'offre. L'économie du travail française, notamment depuis les années 1970, du point de vue de la demande (205).

B. Le taux de chômage naturel

121. La relation de PHILLIPS a suscité une abondante littérature, et les critiques de Milton FRIEDMAN ne sont pas parvenues à la chasser complètement des modèles de politique économique.

En quelques mots, cet auteur estime que si l'hypothèse phillipsienne se vérifie sur le court terme, elle perd toute validité à long terme (206). L'analyse, dont il est inutile d'entreprendre, ici, un exposé détaillé, part du point de taux de chômage compatible avec une inflation nulle, dénommé *chômage naturel* par FRIEDMAN car apparaissant en l'absence de toute intervention de l'Etat : c'est le taux de chômage frictionnel irréductible de la théorie néoclassique. A long terme, les salariés finissent par prendre en compte dans leurs revendications salariales l'inflation (résultant des politiques publiques de lutte contre le chômage mises en œuvre dans la période précédente) ; la demande de travail se contracte, et le taux de chômage retrouve le niveau perdu du fait des politiques publiques de la période antérieure. En d'autres termes, une intervention publique de stimulation de la demande effective ne parvient, au prix d'une certaine inflation, à faire baisser le taux de chômage que grâce à une réaction tardive des salariés face à cette inflation. FRIEDMAN condamne ainsi les politiques économiques keynésiennes, pour n'admettre que des politiques monétaires (la demande de monnaie étant supposée peu sensible, contrairement à l'investissement, aux variations du taux d'intérêt).

Signalons, enfin, que l'analyse de FRIEDMAN est contre-battue, à son tour, par d'autres économistes qui, restaurant les postulats classiques de rationalité et d'information parfaite des agents économiques, considèrent que toute intervention de l'Etat est inefficace, car les agents économiques en anticipent, et neutralisent, immédiatement les effets ...

Quoi qu'il en soit, ces développements de la macro-économie du marché du travail, d'une part, confirment l'impossibilité de concevoir l'emploi sans

(205) Cf. GAZIER, Bernard. - *op. cit.*, p. 10.

(206) Cf. FRIEDMAN, Milton. - *The Role of Monetary Policy*. - *American Economic Review*, mars 1968, pp. 1 à 17.

l'appréhender dans sa place au sein du circuit économique global, et, d'autre part, accréditent l'idée d'un chômage incompressible et jettent le doute sur la pertinence d'un concept de plein-emploi (207).

(207) Cf. AGLIETTA, Maurice. - Panorama sur les théories de l'emploi. - Revue Economique, 1978, T. 19, n° 1, p. 80 et s., et BARTOLI, Henri. - Pertinence et actualité du concept de plein-emploi. - BARTOLI, Henri, éd. - Population, travail, chômage. - Paris : Economica, 1982, p. 37 et s.

Section 3 :

LA THEORIE DU DESEQUILIBRE

122. La théorie keynesienne et la relation de PHILLIPS, appréhendant l'emploi comme une grandeur macro-économique à référer aux autres ont suscité, par leur caractère normatif, un engouement pour la construction de modèles économétriques extrêmement sophistiqués aux fins d'orienter les politiques économiques (COPAIN, METRIC à la Direction de la Prévision du Ministère de l'Economie, DMS à l'INSEE, etc.). De multiples critiques ont entraîné leur déclin dans les années 1980 (208), alors qu'un nouveau courant macro-économique apparaissait en France, à l'initiative de Jean-Pascal BENASSY (209) et Edmond MALINVAUD (210) : la théorie du déséquilibre.

Le célèbre rapport de Dominique TADDEI, en 1988, s'inspire largement de leurs analyses (211). Cette théorie, rencontrant peu de succès dans les pays anglo-saxons, conserve une grande influence sur les gouvernements français jusqu'au début des années 1990.

123. Elle s'articule autour de l'hypothèse de la présence simultanée de deux sortes de chômage distinctes, aux origines macro-économiques différentes : chômeurs *keynesien* et *classique*. Elle est plus macro-économique que la théorie keynesienne, qui apparaît comme un cas particulier. La théorie néo-classique walrasienne de l'équilibre des marchés constitue le point de départ de la réflexion, mais une critique sévère de son hypothèse fondamentale du *commissaire-priseur* (c'est-à-dire de l'existence d'un mécanisme de centralisation-diffusion immédiates de l'information relative à l'évolution des prix des biens) conduit les auteurs à

(208) Cf. MAILLARD, D. - La fin de la macro-économie ... - *op. cit.*, p. 30.

(209) Cf. BENASSY, Jean-Pascal. - Théorie néo-keynesienne du déséquilibre dans une économie monétaire. - Cahiers du Séminaire d'Econométrie, 1976, 17.

(210) Cf. MALINVAUD, Edmond. - Réexamen de la théorie du chômage (1977). - Paris : Calmann -Levy, 1980, (trad. de l'anglais); ég. Nouveaux développements de la théorie économique du chômage. - Revue Economique, janvier 1978 ; et Mass Unemployment. - Oxford : Basil Blackwell, 1984, et Essai sur la théorie du chômage. - Paris : Calmann - Levy, 1984.

(211) Cf. TADDEI, Dominique. - Le temps de l'emploi. - Paris : Hachette, 1988.

postuler que l'équilibre n'est jamais réalisé (sauf hasard). En effet, les ajustements de prix se réalisent avec retard (en courte période : c'est l'hypothèse des prix *quasi-fixes*). On considère que le phénomène concerne le marché des biens, et celui du travail (les salaires -réels- sont *fixes* temporairement), et que les échanges (de biens, de travail) sont déterminés par le *côté court* du marché : l'offre, si elle est inférieure à la demande, et réciproquement ; cette dernière hypothèse s'appuie sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui exclut toute contrainte dans les échanges marchands.

124. Il suffit ensuite de prendre en compte l'interdépendance du marché des biens et du marché du travail, pour montrer que deux situations peuvent se produire concomitamment.

D'une part, une insuffisance de la demande de biens entraîne une compression de la demande de travail : c'est le chômage keynesien.

D'autre part, la demande de bien est forte, mais insatisfaite, les entreprises limitant leur production du fait du prix élevé des facteurs de production, des matières premières, des biens intermédiaires, etc.

On parle alors de *barrière de rentabilité* (des salaires réels élevés peuvent former une telle barrière). La limitation de la production s'accompagne d'une restriction de l'emploi : c'est le chômage *classique*, dit ainsi par référence à la théorie classique (212). Le défaut de rentabilité des entreprises peut également provenir de la mauvaise qualité de leurs moyens de production, ou de l'inefficacité de l'organisation du travail, des stratégies de gestion, de l'inadaptation des qualifications, etc. La notion de rentabilité met ainsi en cause, au niveau de l'entreprise, son degré de modernisation et de compétitivité.

125. Ce modèle invite les pouvoirs publics à intervenir tantôt sur la demande de biens, tantôt sur les capacités de production (213), et parfois à combiner les deux types de politique. Il suppose ainsi la capacité à déterminer précisément, à tout moment, la part respective des deux chômeurs, ce qui n'est pas une mince affaire. Mais, surtout, la théorie du chômage mixte suscite trois séries de critiques fondamentales, donnant lieu à divers aménagements.

(212) Outre l'ouvrage de TADDEI précité, tous les manuels d'économie du travail présentent cette théorie. Nous utilisons principalement ceux de GAZIER, STANKIEWICZ, et LE PAGE, déjà cités.

(213) Voir les politiques de *rigueur* des années 1980, visant à rétablir la rentabilité des entreprises par limitation des hausses de salaire.

Premièrement, elle s'applique à une économie nationale *fermée*, négligeant d'intégrer les contraintes de son insertion dans les échanges internationaux. Deuxièmement, elle s'inscrit essentiellement dans une logique de courte période, sans se préoccuper d'une dynamique à long terme. Troisièmement, cette théorie fonctionne à un degré d'agrégation très élevé, qui gomme les spécificités inévitables selon les secteurs, les branches économiques.

126. Il faut, maintenant, s'arrêter quelques instants pour poser quelques éléments de bilan provisoire sur les apports de la macro-économie de l'emploi. C'est, aujourd'hui, un fait avéré que plusieurs dizaines d'années de recherches théoriques, extrêmement sophistiquées, en macro-économie ont échoué à produire une science capable de prédire l'évolution des phénomènes d'emploi, et d'indiquer des moyens économiquement efficaces de lutte contre le chômage. Certes, les différents modèles, et les critiques qu'ils ont suscité, permettent souvent d'éviter la commission de graves erreurs. Mais ils ne garantissent pas qu'il sera toujours possible de les éviter. Ces constats, relatifs à la question de l'emploi, se retrouvent lorsqu'il s'agit d'analyser la crise dans son ensemble (214). Ils sont de nature à semer le doute quant aux modes de conceptualisation macro-économique, et paraissent appeler une sorte de moratoire épistémologique. Or, depuis GRANGER (215), les travaux d'épistémologie de l'économie semblent rares (216).

Par ailleurs, il est évident que l'économie macro-analytique néoclassique ne parvient pas à s'émanciper véritablement de sa matrice micro-analytique, ainsi que nous avons pu le noter précédemment. En témoignage, également, la nécessité qu'elle éprouve, par exemple, de compenser l'abandon de l'hypothèse d'information parfaite par la construction des modèles, tout aussi micro-analytiques, de *job search* et de *contrats implicites*. Ce phénomène n'est sans doute pas étranger au fait que les deux niveaux d'analyse se réclament de l'individualisme méthodologique.

A cet égard, le courant *régulationniste* introduit une rupture certaine, ainsi que nous l'exposerons dans la 3e Partie.

(214) Cf. BARRERE, C., KEBADJIAN, G., WEINSTEIN, O. - *op. cit.*, not. le premier chapitre.

(215) Cf. GRANGER, G.G. - Concept, structure et loi en science économique : essai d'épistémologie comparative. - Paris : PUF, 1955.

(216) S'il faut, du moins, en croire la bibliographie citée par DI RUZZA, Renato. - Eléments d'épistémologie pour économistes. - Grenoble : PUG, 1988. - L'histoire de la pensée économique, l'exposé de l'objet et de la méthode économique, que l'on trouve dans de nombreux manuels, ne sauraient tenir lieu d'épistémologie.

Section 4 :

USAGE PAR L'ECONOMIE MACRO-ANALYTIQUE DES CATEGORIES SOCIOLOGIQUES ET JURIDIQUES

127. La méthode interdisciplinaire d'étude de la conceptualisation de l'emploi, suivie dans ce travail (217), implique une investigation du rapport qu'entretient chacune des trois disciplines avec le point de vue des deux autres. Après avoir défriché, sinon déchiffré, les grands courants de théorie macro-économique de l'emploi, on s'interroge donc sur la manière dont ils prennent, ou non, en compte les connaissances sociologiques et, surtout, juridiques. Il ne s'agit pas, cependant, de faire œuvre exhaustive, mais seulement de démontrer l'intérêt de la méthode en sélectionnant quelques aspects de la question (218).

128. La macro-économie de l'emploi néoclassique, keynesienne et post-keynesienne pourrait entrer en contact avec sociologie (Sous-section 1) et droit (Sous-section 2) sur deux plans : celui de leurs objets respectifs, à savoir les règles (sociales, juridiques), et celui de leurs théories, concepts et catégories d'analyse respectifs.

(217) Un exposé détaillé de cette méthode occupe la Section 2 du Chapitre 3 de la Partie préliminaire : *supra*, n° 53 et s.

(218) Limité, ici, au droit et à la sociologie, l'exercice présenterait, sans doute, un intérêt analogue avec les autres sciences sociales voisines (psychologie sociale, histoire, démographie, linguistique, etc.). Dans tous les cas, il importe de ne pas s'enfermer dans les idées reçues quant aux rapports entre disciplines (impérialisme, isolement, conflits de mitoyenneté, etc.), ni de se laisser entraîner par un œcuménisme volontariste.

Sous-section 1 :

L'INCIDENCE ACCESSOIRE DES FAITS ET CONCEPTS SOCIOLOGIQUES

129. Le paradigme du marché, l'individualisme méthodologique et le normativisme qui animent la macro-économie néoclassique, keynesienne et post-keynesienne constituent de sérieux obstacles à une appréhension intégrative, par elle, des *règles* et *régularités* sociales auxquelles s'intéresse la sociologie.

Contrairement à ce que pourrait laisser croire la transition de la micro à la macro-analyse, ce vocabulaire ne signifie pas que l'on passe de l'étude de cas particuliers individuels à une *science de la société*. Le courant macro-économique en question n'entend pas produire une théorie générale de la société. Paradoxalement, la micro-économie classique et néoclassique traditionnelle s'insère, quant à elle, dans une représentation globale de la société, où la philosophie le dispute à l'idéologie. En ce qui concerne la France, Léon WALRAS est sans doute l'un des derniers penseurs à avoir intégré sa théorie économique dans une vaste vision philosophique de la société. R. DI RUZZA voit, dans la «*Théorie Générale de la Société*», ensemble de cours donnés par WALRAS à Paris en 1867-1868, une philosophie de l'Homme, une philosophie de la connaissance et une philosophie de la pratique scientifique (219). DI RUZZA montre comment cette vision philosophique conduit WALRAS à construire ses objets économiques en *types idéaux*, et sa science exclusivement sur ceux-ci, pour, en une dernière étape, formuler des normes visant à modeler la réalité sociale conformément à la théorie scientifique. (Bien que DI RUZZA ne le fasse pas remarquer, Léon WALRAS, qui publie son *Economie Politique Pure* avant 1900, n'emprunte manifestement pas à Max WEBER, quasiment inconnu en France à cette époque, la notion de *type idéal*).

Le mode très abstrait de conceptualisation qui en découle offrait un terrain particulièrement fertile pour la formalisation mathématique. Cette méthode contribue puissamment à la formation d'une représentation quantitative de l'emploi (220).

(219) Cf. DI RUZZA, Renato. - *op. cit.*, pp. 39 à 46.

(220) Kenneth ARROW et Gérard DEBREU en furent, dans les années 1950, les principaux artisans.

130. Toujours selon DI RUZZA, J.M. KEYNES

«connaissait dans leurs moindres détails les faits économiques et sociaux les plus complexes, et il a écrit de nombreux textes qui peuvent apparaître comme *empiriques* ou *concrets*» (221) ;

toutefois, KEYNES privilégia (pour plusieurs raisons analysées par DI RUZZA) le raisonnement abstrait. Mais il répudie la formalisation mathématique car, selon DI RUZZA, il lui apparaît :

«impossible d'établir des relations rigoureuses pour théoriser un système économique dans lequel les phénomènes psychologiques et conventionnels tiennent une place prédominante» (222).

(Ce qui, d'ailleurs, ne l'empêche pas de concevoir explicitement sa théorie comme un ensemble de principes d'action sur la réalité socio-économique).

Que le keynesianisme soit à l'origine de la vogue des modèles économétriques semble, de ce point de vue, bien paradoxal ! Il est vrai que les limites, rapidement apparues, de leur efficacité, confirment, finalement, la défiance de KEYNES envers la modélisation algébrique.

131. D'un autre côté, la science économique moderne, avec ou sans modèles économétriques, repose en grande partie sur les données fournies par les statistiques. Ces dernières, censées dresser un tableau chiffré de l'état des relations socio-économiques, jouent un double rôle : elles apportent des arguments à la réflexion théorique abstraite, et elles contribuent à l'évaluation des politiques économiques impulsées par la théorie. Sans même entrer dans le délicat débat relatif à l'expérimentation en science économique, on voit que la macro-économie ne dédaigne pas les faits sociaux et même qu'elle s'en nourrit avant de prétendre leur donner forme. Pour autant, le fait social du macro-économiste n'est pas le fait social du sociologue. Au contraire de celui-ci, celui-là «reconstruit la réalité», selon l'expression de DI RUZZA, en la réduisant à une batterie d'indicateurs ad hoc pour la vérification d'hypothèses purement abstraites (223). Lorsque l'on ne parvient pas à repérer, dans la réalité, un indicateur confirmant l'hypothèse, alors on la remet en cause. Mais il est bien rare que la méthode de *reconstruction de la réalité* ne fournisse pas le moindre indicateur

(221) *Ibid.*, p. 47.

(222) *Ibid.*, p. 54.

(223) *Ibid.*, p. 99.

confirmatif ! Ce qui expliquerait, entre autres, que les théories économiques ne soient jamais totalement réfutées (224), mais se construisent les unes sur les autres, la suivante conservant une partie des concepts et hypothèses de la précédente.

132. Personne ne conteste l'irréalisme sociologique de la théorie néoclassique, et la théorie keynesienne n'échappe pas non plus complètement à cette caractéristique. Leurs partisans actuels, eux-mêmes, l'admettent sans hésiter. Cette méthode de raisonnement pose problème, au sein même de la communauté scientifique économique ; aux yeux de ses détracteurs, elle prive ces théories de validité scientifique. Le réalisme constituerait ainsi un critère déterminant de la scientificité du processus de conceptualisation (225). Le consensus intersubjectif, nécessaire à la reconnaissance de la scientificité méthodologique (226), fait défaut, sur ce point, chez les économistes.

Les partisans de la méthode *irréaliste* disposent, cependant, d'un argument de poids. Prétendre que le concept théorique doit être *réaliste* relève d'une vision idéaliste du monde, dans laquelle le réel est immédiatement compréhensible, et livre les clés de son explication dès la connaissance sensible ; en d'autres termes, la démarche idéaliste nie la nécessité de toute connaissance *réfléchie*.

A bien y réfléchir, un tel argument, qui prône une démarche matérialiste dans la connaissance scientifique, paraît incontestable car *postulatoire*. On ne dispose, en effet, d'aucun moyen épistémologique, voire philosophique, d'établir avec certitude le caractère médiat, ou non, de la *connaissabilité* du réel (227). Mais alors, le postulat inverse (l'idéalisme) l'est tout autant.

133. A vrai dire, le débat ne devient pertinent que s'il se déplace, de la méthode de conceptualisation, à la capacité de la théorie d'agir sur la réalité, de transformer le monde. La pratique théorique apparaît, dans cette perspective, comme le seul critère de scientificité de la théorie pratique (l'adjectif excluant, ici la théorie philosophique, qui ne prétend pas transformer le monde). La pertinence théorique des concepts élaborés par la théorie macro-économique d'inspiration néoclassique, et, au premier chef, du concept d'emploi s'apprécie donc, non en

(224) Ni réfutables ? ...

(225) Sur la validité scientifique des concepts, v. *supra*, n° 25 et s.

(226) Sur la notion d'intersubjectivité, v. *supra*, *id.*

(227) Il faudrait, pour cela, résoudre définitivement le dilemme du rôle de l'observateur quant à l'existence, *objective*, de faits *sociaux* (pour ce qui concerne les sciences sociales).

fonction de leur réalisme, mais bien de leur contribution à l'efficacité pratique de la théorie qu'ils contribuent à architecturer. Peu importe que le concept d'emploi ne reflète pas fidèlement les phénomènes réels d'emploi - dès lors qu'il engendre des normes efficientes (228).

En ce sens, le fait pour la théorie néoclassique de modifier ses concepts au motif de leur irréalisme traduit une ambiguïté quant au statut qu'elle leur octroie. En revanche, une telle modification se justifie pleinement au regard de leur incapacité à fonder des principes d'action effectifs, et efficaces. Peu importe, en définitive, le réalisme de la théorie, dès lors qu'on peut démontrer que, dans la réalité, *tout se passe comme si* la théorie était réaliste. Mais cette démonstration exige la preuve de la capacité d'action de la théorie ; elle ne saurait se satisfaire de la fourniture d'indicateurs *sociologiques* censés établir la conformité des faits à la théorie (229).

134. Il est temps, à l'issue de ces quelques réflexions, de laisser la parole aux économistes et sociologues eux-mêmes, à propos des relations théoriques qu'ils entretiennent en matière d'emploi (230) :

«Dans l'ensemble les sociologues font usage de concepts plus intégrateurs (et, par voie de conséquence : plus flous ?) que ceux dont se servent les économistes, davantage préoccupés de donner un contenu opératoire et un caractère mesurable aux notions qu'ils utilisent» (231).

L'économiste F. MICHON et le sociologue D. SEGRESTIN indiquent, ensuite, que la sociologie appréhende plutôt le *travail* en tant qu'«acte productif concret», «activité située», et l'*emploi* comme ensemble de «positions sociales rencontrées sur le marché du travail» (*rapport à l'emploi*) ; alors que l'économiste envisage le *travail* comme «*activité générique, équivalent mesurable et échangeable de l'ensemble des activités concrètes*», et l'*emploi* au sens anglo-saxon d'*employment*, «fruit de la rencontre entre des capacités productives et des opportunités d'occupation». On assiste

(228) En outre, qui, et selon quel critère, peut juger du réalisme d'un concept ? La critique d'irréalisme se réduit, en vérité, à opposer un autre concept, une théorie contraire, cf. DI RUZZA, R. - *op. cit.*, p. 109.

(229) A propos du raisonnement de type *tout se passe comme si*, cf. VAHINGER, Hans. - Die Philosophie des Als-ob. - Leipzig, 1922, 8e éd.

(230) L'état général des relations entre ces deux disciplines fait l'objet d'un exposé dans la Section 2, Chapitre 3, de la Partie préliminaire : *supra*, n° 57 et s.

(231) Cf. MICHON, François, SEGRESTIN, Denis. - Histoire d'une rencontre. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - L'emploi, l'entreprise et la société : débats Economie - Sociologie. - Paris : Economica, 1990, p. 9, souligné par nous.

ainsi à un phénomène d'«*inversion conceptuelle*» de travail à emploi entre les deux disciplines, que de multiples rapprochements à l'occasion du développement, récent, d'approches intermédiaires (232), tendent, heureusement, à réduire (233). Ces remarques concernent principalement, du côté économique, le courant néoclassique et keynesien. De la même manière que l'ensemble de notre propos dans la présente section, elles laissent en réserve un autre courant macro-économique, d'inspiration institutionnelle et keynesiano-marxiste : le régulationnisme ; cette *école* nécessite, en effet, des analyses spéciales que nous abordons plus loin (234).

Sous-section 2 :

LE DROIT : DU CONTEXTE A LA CONTRAINTE

135. Traitant de l'appréhension du droit par l'économie, B. OPPETIT consacre l'intégralité de ses développements, dans l'article déjà cité (235), à l'*analyse économique du droit*, qui œuvre au niveau micro-analytique, mais n'aborde pas la question au plan de la macro-économie. G. FARJAT, quant à lui, présente d'intéressantes réflexions d'ordre macro-analytique en s'interrogeant sur la compatibilité d'un *droit économique* avec un *libéralisme économique* (236). Il les organise autour d'une discussion des thèses de l'économiste autrichien Friedrich von HAYEK (237) (238).

On se souvient de celles-ci : l'ordre juridique anglo-saxon (*common law*) s'est formé spontanément, c'est-à-dire sans l'intervention délibérée d'une volonté consciente, sur un mode analogue à celui de l'économie de marché ; la démocratie, hélas, perturbe cet édifice naturellement harmonieux en imposant

(232) Autour des concepts d'entreprise, de branche, etc.

(233) Toutes citations extraites de MICHON, F., SEGRESTIN, D. - *op. cit.*, *loc. cit.*

(234) *Infra*, 3e Partie, Chapitre 1, Section 2.

(235) Cf. OPPETIT, Bruno. - Droit et économie. - *op. cit.*, pp. 22 à 26.

(236) Cf. FARJAT, Gérard. - La notion de droit économique. - *op. cit.*, pp. 38 à 44.

(237) Cf. HAYEK, Friedrich von. - Droit, Législation et Liberté. - Paris : PUF, 1983.

(238) Sur l'état général des rapports entre économie et droit, voir *supra* Section 2 du Chapitre 3 de la Partie préliminaire, n° 61 et s.

autoritairement des règles de droit tendant à substituer la justice sociale à la justice spontanée du marché. Ce droit détestable est le produit de la liberté d'association, qui favorise la formation de groupements professionnels et syndicaux à l'origine de la réglementation dérégulatrice. Les conflits d'intérêt entre ces groupes, que permet la démocratie, ne trouvent de solution que dans l'établissement d'une dictature.

136. G. FARJAT résume parfaitement le point de vue hayekien en ce qui concerne les rapports de l'économie au droit :

«Le système juridique est réduit à un mécanisme abstrait dont le rôle est au fond d'assurer le fonctionnement correct du marché. Il ne doit pas s'occuper de la vie concrète des sujets de droit, ni même de leur *personnalité* concrète, ni des résultats du marché, ni de son extension éventuellement abusive. L'idée que le droit économique puisse permettre le jeu de contre-pouvoirs au pouvoir de l'argent et poser des limites à un totalitarisme du marché est sans doute plutôt hérétique dans la pensée de HAYEK» (239).

Le point de vue peut sembler particulièrement provocateur. Mais, comme le rappelle fort judicieusement G. FARJAT, il ne s'agit, à tout prendre, que de la modernisation d'un discours dominant des juristes eux-mêmes «*tenu pendant près d'un siècle à la gloire du droit civil classique*». Il s'agit, bien sûr, du XIX^e siècle ; cependant, l'intérêt que suscite aujourd'hui HAYEK pour une fraction, principalement privatiste, de la doctrine juridique, montre que, si le XX^e siècle a suffisamment refroidi ce discours pour le faire entrer en léthargie, il demeure latent dans la tradition intellectuelle ; l'ouragan de la *dérégulation* engendré par la crise dans les années 1980 en a mis en évidence la persistance, et la capacité de récurrence (240) .

137. Cette représentation instrumentale du droit procède, selon René SEVE (241), d'un *modèle protestant*, selon lequel la destination surnaturelle de

(239) Cf. FARJAT, G. - *op. cit.*, p. 44.

(240) Rappelons que HAYEK est habituellement considéré comme un théoricien des circuits économiques (centré sur les stades du circuit de production), et un monétariste vigoureusement hostile aux propositions de KEYNES en matière de politique budgétaire ; sur le monétarisme, voir *supra*, n° 121.

(241) Cf. SEVE, René. - Droit et économie : quatre paradigmes. - APD, 1992, Vol. 37, p. 67.

l'homme n'a que faire d'une «administration publique contraignante» (242) : seule la *tolérance* est requise. L'auteur appelle «*économisme radical*» la conception, qui s'y attache, d'une priorité donnée à la satisfaction des préférences individuelles, le droit n'ayant pour seule fonction que d'assurer la liberté et la sécurité des agents économiques.

Il lui oppose un modèle *machiavélien*, où

«le droit, en tant qu'expression de la volonté de l'Etat, est ordonnateur de l'économie, non dans le but d'assurer la prospérité pour elle-même, ce qui lui conférerait une fonction seulement régulatrice, mais pour atteindre une fin politique supérieure, celle de la grandeur nationale ou d'une meilleure organisation de la société» (243).

On retrouve, avec ces deux *modèles*, l'opposition entre volontarisme et légalisme juridiques ; mais on ne sort pas d'une représentation instrumentale du droit, dont les fins demeurent exogènes dans les deux cas.

138. HAYEK est, à notre connaissance, le courant de *l'analyse économique du droit* (244) mis à part, le seul économiste moderne qui ait consacré un ouvrage au droit. Bien que cet auteur ne puisse passer pour représentatif de l'ensemble de sa discipline, ses thèses risquent de conforter les juristes dans une représentation qu'ils se font fréquemment du traitement que réserverait l'économie à la règle juridique ; à savoir, que cette dernière relève d'une logique fondamentalement extra-économique. Ils restent, généralement, enclins à réduire l'économie classique et néoclassique à la théorie du marché, et à croire qu'elle en évacue, pour les besoins de sa cause, l'idée même du droit ; à tout le moins, qu'elle rejette le droit à l'extérieur du marché, n'y voyant, au pire, qu'une contrainte artificielle, au mieux, qu'un instrument de protection. En réalité (HAYEK lui-même l'admet) le concept même de marché présuppose un cadre juridique établissant, au minimum, un régime de propriété privée, des garanties de liberté, d'égalité et d'autonomie des volontés individuelles, un système de responsabilité, et un jeu de contrats. D'une manière comme d'une autre (245), il faut bien qu'un tel cadre juridique existe pour qu'émerge le marché. C'est pourquoi, à notre avis, la science économique n'instrumentalise pas véritablement

(242) *Ibid.*

(243) *Ibid.*, p. 66.

(244) Sur l'analyse économique du droit, v. *supra* Partie préliminaire, n° 69 et s.

(245) Historiquement et logiquement.

le droit lorsqu'elle en préconise la modification aux fins de rétablir le bon fonctionnement du marché. Bien au contraire, elle reconnaît, par là, que le droit conditionne le marché. Mieux, en reprochant à certaines règles de droit d'entraver le bon fonctionnement du marché, elle admet, implicitement, que le droit ne poursuit pas nécessairement la (seule) fin d'engendrer le marché et d'en garantir le fonctionnement parfait. Elle ne peut que souhaiter qu'il en aille autrement.

139. Ce souhait, néanmoins, conteste la légitimité des (autres) fins du droit. Si elle se veut vraiment *politique*, l'économie doit alors se doter d'une théorie générale du droit. La critique circonstancielle de certaines règles de droit, de certaines institutions juridiques (voir, par exemple, les thèses de PIGOU résumées ci-dessus), du seul point de vue économique accreditte le sentiment (notamment chez les juristes) que la science économique (246) ignore délibérément la légitimité de leurs fins extra-économiques. Le discours économique donne ainsi, souvent, l'impression, soit de présumer que chaque allocataire est déjà convaincu de la supériorité du marché en tant que principe fondateur de l'ensemble des relations sociales, soit de refuser le débat sur cette question. Le juriste, désireux de vérifier cette impression, doit s'investir dans une étude approfondie de la théorie économique pour tenter d'en extraire d'improbables éléments d'une théorie générale du droit, d'une philosophie sociale (247).

A cet égard, il regrette que l'économiste néoclassique ne juge pas nécessaire de re-situer, explicitement, l'Economie politique pure de WALRAS dans son œuvre philosophique, et il sait gré à HAYEK d'avoir pris la peine d'exposer sa conception du rôle du droit, de l'Etat, des principes politiques de la démocratie.

140. Le droit fait, parfois, l'objet de l'attention de l'économie macro-analytique dans une autre perspective : celle de la constitution des catégories économiques. Robert SALAIS, Nicolas BAVEREZ et Bénédicte REYNAUD, étudiant la formation du concept statistique de chômage depuis la fin du XIX^e siècle, se tournent vers l'analyse de la transformation du contrat de louage de service en contrat de travail (248). Ils montrent comment, au tournant du siècle,

(246) Plus exactement : la théorie économique néoclassique.

(247) Et non seulement d'une idéologie juridique.

(248) Cf. SALAIS, Robert, BAVEREZ, Nicolas, REYNAUD, Bénédicte. - L'invention du chômage. - Paris : PUF, 1986, not. pp. 27 à 76.

convergent les constructions statistique du chômeur et juridique du salarié, la première sur la base de l'appartenance à un établissement, la seconde sur celle de la responsabilité (sans faute) de l'employeur (249). Selon la statistique, toute personne travaillant habituellement, *sous la direction ou au service d'autrui dans un établissement occupant au moins deux personnes, mais se trouvant sans place ou sans emploi* au moment de l'enquête était réputée chômer. Cette définition excluait, notamment, les travailleurs à domicile (assimilés à des *isolés*, ni patrons, ni employés), mais ne repèrait pas les chômeurs en fonction d'une (ou plusieurs) causes déterminées de la *suspension de travail*. Elle ne prenait pas en compte la suspension de travail inférieure à huit jours (ce qui semble exclure de la catégorie le chômage frictionnel néoclassique) ni supérieure à un an (on considère que l'intéressé est sorti du marché du travail), et touchant les individus de plus de 65 ans (250). En outre, seules les suspensions de travail *accidentelles*, c'est-à-dire imprévisibles, constituaient du chômage : les travailleurs saisonniers, principalement ne chômaient donc jamais, statistiquement. Une autre approche définit le chômage comme un écart (supérieur) par rapport au taux de chômage total dans une industrie donnée ; selon les auteurs, ce modèle désigne ce qui deviendra ultérieurement la *norme de plein emploi* (251).

141. Or, les réponses des enquêtés (252) étonnèrent les statisticiens : de très nombreux *isolés* se déclaraient sans emploi. R. SALAIS et ses collègues expliquent ce phénomène comme la conséquence simultanée de la

«défaillance du modèle statistique relative à la notion de dépendance à l'égard de l'établissement» et de «l'incertitude des intéressés eux-mêmes quant à leur relation avec l'établissement» (253).

Selon eux, fondé sur la notion de subordination juridique,

(249) *Ibid.*, p. 65.

(250) *Ibid.*, pp. 38 et 39.

(251) *Ibid.*, p. 50 et s.

(252) Les statistiques du chômage utilisent (années 1896 et suivantes) les résultats des recensements de la population.

(253) Cf. SALAIS, R. et autres. - *op. cit.*, p. 61.

«Le nouveau modèle juridique de contrat de travail apportera une contribution décisive dans le mode de perception de la réalité, comme dans la gestion de la relation de travail, car il est l'indispensable base d'une objectivation ultérieure et progressive de la notion d'établissement» (254).

C'est à travers la nouvelle représentation sociale du salarié, et, au-delà, du travail et de l'emploi, dont il procède et qu'il véhicule, que le contrat de travail contribue à modifier le sens de la catégorie statistique et économique de chômage.

142. Plus généralement, ces auteurs estiment que le **droit**, la statistique, les syndicats, etc., «instances de représentation globale» institutionnelles, élaborent des «modèles spécifiques de représentation du travail» qui guident les comportements des agents économiques.

«L'objectivation de ces modèles en une gamme d'objets sociaux (règles de choix, conventions de mesures, (...), contrats, formes institutionnelles (...)) favorise un fonctionnement réglé et routinier des relations entre agents, qui échappe aux vicissitudes d'une renégociation perpétuelle» (255).

Cette approche, qui, d'une certaine manière, se laisse ranger au niveau de la macro-analyse, relève de la problématique, sociologisante, des formes fondamentales des relations inter-individuelles que privilégie le courant de *l'économie des conventions*, dont R. SALAIS deviendra, peu après la publication de *L'invention du chômage*, l'un des animateurs. Elle a, à nos yeux, le mérite insigne de rompre avec le discours économique traditionnel, peu fructueux, en ce qu'elle affronte, et de manière innovante, la question du droit. Par là, elle possède un point commun avec la théorie de la régulation (256).

143. La macro-économie de l'emploi utilise fort peu (KEYNES faisant figure d'exception) la théorie juridique. Certains courants extrémistes récents vont, d'ailleurs, jusqu'à professer un ultra-libéralisme libertarien vouant aux gémonies toute forme d'Etat se mêlant d'autre chose que de poser et de faire respecter quelques libertés (contractuelle, notamment) et droits (de propriété

(254) *Ibid.*, p. 64.

(255) *Ibid.* p. 179, souligné par nous.

(256) Sur la théorie de la régulation : v. *infra*, 3e Partie, Chapitre 1, Section 2.

privée, surtout) fondamentaux (257). L'idéologisme et l'utopisme de ce courant portent un tort considérable à la scientificité de ses analyses, qu'il serait dommageable de valider par la banalisation qu'entraînerait l'acceptation de répondre à leur provocation.

144. Pour conclure cette sous-section, deux remarques s'imposent. En premier lieu, on observe que la conceptualisation de l'emploi par la macro-économie d'inspiration néoclassique et/ou keynesienne intègre nécessairement une série de jugements sur le droit. A l'origine du concept d'emploi, le concept de marché présuppose déjà la représentation d'une configuration particulière du système juridique, soit-elle minimaliste. Il n'y a pas de concept *économiquement pur* de marché dont la définition ne ferait appel qu'à des catégories d'analyse économique, ne serait-ce que parce qu'il repose nécessairement sur un régime de propriété et d'échange juridiquement institué (258). En revanche, il reste possible de concevoir, en amont, l'emploi indépendamment de tout élément juridique de définition : il suffit de s'en tenir au sens premier du terme, à savoir *utilisation, usage*. L'emploi de la force de travail ne désigne alors rien de plus (ni de moins) que l'utilisation de la force de travail, sans préjuger ni de l'identité ou de la qualité de l'utilisateur, ni des modalités (techniques, temporelles, juridiques, etc.) de l'utilisation. En ce sens, l'esclavage, le servage, la subordination - juridique, économique, psychologique -, l'association libre de producteurs égaux en droit et en fait, le travail indépendant pour son propre compte ou celui d'autrui, etc., sont de l'emploi de force de travail, en même temps qu'autant de *modes* spécifiques d'emploi de force de travail. Une théorie économique se restreignant à l'étude de l'emploi de force de travail en économie libérale capitaliste devrait ainsi appréhender, ensemble, tous les *modes* d'emploi susceptibles de s'y rencontrer (ou seulement tous ceux qui s'y rencontrent réellement).

145. Or, et c'est là notre seconde remarque, la macro-économie d'inspiration néoclassique et/ou keynesienne ne prend en compte que le *mode*

(257) Sur le courant libertarien, lire not. - : LEPAGE, Henri. - Pourquoi la propriété. - Paris : Pluriel, 1985, not. les chap. 10 et 11 ; cet auteur est l'un des principaux animateurs du courant des *nouveaux économistes* ; LEMIEUX, Pierre. - Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme. - Paris : PUF, 1983.

(258) En dernière analyse, dans cette perspective, il n'y aurait pas même d'économie *pure* ; l'économie, en tant que réalité sociale et science, ne serait qu'un produit du droit, en tant, respectivement, que règles positives et science : v. *supra* n° 65 et s.

d'emploi de force de travail *pour le compte d'autrui*, dans des conditions de *soumission à l'autorité d'autrui* et de *rémunération (au moins partiellement) monétaire*. La restriction du concept d'emploi ne paraît pas aller jusqu'à la sélection d'une catégorie particulière parmi les *autrui*, ni parmi les diverses variantes juridiques de soumission (subordination juridique, service de l'Etat, etc.). On peut donc considérer que l'emploi macro-économique agrège, sans distinction, l'emploi de force de travail pour le compte de l'ensemble des personnes privées et publiques, bien que le salarié (au sens du droit du travail) au service d'une personne morale de droit privé (préférentiellement, une société au sens juridique) soit généralement présenté comme figure emblématique.

Tel quel, ce concept d'emploi peut sembler à la fois trop étendu, et trop peu. Trop, en ce qu'il assimile salariés et agents publics, directeurs d'entreprises et manutentionnaires sans qualification, stagiaires de formation et préretraités, etc. : la *compréhension* du concept paraît bien faible aux yeux du juriste, qui observe, par ailleurs, l'effet croissant de catégorisation de politiques d'emploi aux *cibles* de plus en plus étroites et nombreuses. Lesquelles politiques d'emploi s'inspirent, comme chacun sait, des théories macro-économiques organisées autour de ce concept unique et d'un haut degré d'abstraction (et, donc, d'extension). Trop peu, car il ignore de nombreux autres modes d'emploi de force de travail : auto-emploi, emploi bénévole pour autrui, emploi pour autrui rémunéré mais hors soumission, etc. Certes, ces modes d'emploi concernent une proportion infime de la population active ; mais un concept ne se préoccupe pas du nombre d'êtres qu'il représente, seulement de leur qualité essentielle. Certes, encore, il se peut que les agents économiques concernés, ne se *sentent* pas employés ; mais la force de travail qu'ils dépensent à l'occasion de leurs activités contribue, objectivement, à produire des richesses, de la valeur, du bien-être, du *lien social*, etc. : elle a un usage, un emploi.

146. C'est, notamment, le cas des activités domestiques ou de loisir, qui procurent incontestablement une utilité aux intéressés : préparer un repas, le consommer, assister à un concert, jouer avec ses enfants, changer le papier-peint, faire une partie de tennis avec des amis, aller à la cueillette des champignons, etc. : autant de dépenses d'énergie en vue de produire des biens ou des services (auto-consommés) afin de maximiser sa satisfaction. Le courant de *l'économie de l'offre* analyse ces activités en production domestique, mise en œuvre par une

combinaison de facteurs de production (259). Le militantisme politique, le bénévolat associatif, la pratique religieuse, etc., s'analysent également en production de biens et services, d'utilité, plus directement socialisée. Si l'on admet que toutes ces activités nécessitent la mise en œuvre d'une force de travail, il faut bien, également, parler d'emploi, et rien ne s'oppose à leur agrégation théorique pour la construction d'un concept macro-économique.

Dans ces conditions, on comprend mal pourquoi la théorie économique restreint le concept d'emploi de la manière indiquée ci-dessus. Il semble n'y avoir que deux moyens de lever la difficulté : considérer que cette restriction procède d'une convention arbitraire, ou que les concepts de *travail* et de force de travail, sur lesquels repose celui d'emploi, font eux-mêmes l'objet d'une définition étroite. Selon la seconde branche de l'alternative, cueillir des champignons ou faire une conférence dans un rassemblement politique ne nécessitent aucune dépense de force de travail. Ce raisonnement devient particulièrement délicat à appliquer à certaines occupations : artistiques, sportives, etc. Le législateur supprime, en droit, la difficulté en instituant des présomptions de salariat. Quoi qu'il en soit, mettre en cause le concept de travail ne résoud pas le problème, mais se borne à le déplacer, et l'on revient à la première branche de l'alternative : réduire le travail à certaines activités procède d'une convention arbitraire. Il faut alors reprendre la question sous l'angle micro-analytique (260).

147. Une troisième remarque, accessoire, d'ordre sémantique, intéresse les rapports du terme *emploi*, en tant que signifiant, au concept d'emploi, le signifié. Le verbe *employer*, dont dérive le substantif *emploi*, est transitif direct ; linguistiquement, il ne signifie quelque chose qu'accompagné d'un complément d'objet direct. Il en va, logiquement, de même pour le substantif, dont le sens demeure extrêmement vague et peu signifiant sans adjonction d'un prédicat. L'emploi *tout court*, c'est, seulement, le fait soit d'être employé, soit d'employer. Encore faut-il savoir (ce) qui emploie et/ou est employé. Or, dans son acception économique, aucun prédicat explicite ne paraît nécessaire : chacun, spécialiste ou profane, semble connaître parfaitement le sujet et/ou l'objet dont s'agit, et il semble n'exister qu'un seul sujet ou objet possible, formant sens.

(259) Cf. BECKER, Gary. - A Theory of the Allocation of Time. - *Economie Journal*, T. 75, sept. 1965, p. 493 et s. - ; LANCASTER, Kevin. - A New Approach to Consumer Theory. - *Journal of Political Economy*, avril 1966.

(260) Tâche qui excède les limites du présent exercice.

148. En réalité, la vérité de cette observation triviale n'est qu'apparente. La petite expérience consistant à demander à une trentaine d'étudiants de 3^e cycle en sciences sociales diverses (y compris l'économie) de rédiger en quelques lignes leur définition personnelle de l'emploi fournit, invariablement, un résultat très diversifié ; les réponses coïncidant parfaitement avec le concept macro-économique (261) demeurent exceptionnelles, un ou plusieurs de ses éléments constitutifs étant omis, et certaines s'approchent, parfois, de sa définition la plus étendue (en terme d'emploi des facteurs de production, quelle que soit cette dernière, les modalités - techniques, juridiques ... - de l'emploi et les agents concernés).

Dans la perspective de cette expérience, il serait certainement très fructueux de se livrer à une étude approfondie de l'utilisation du terme *emploi* dans divers types de discours (médiatiques, populaires, politiques, etc.). Nul doute qu'on y détecterait, au-delà d'un consensus superficiel, une grande multiplicité de significations. Au cœur même du discours de la macro-économie scientifique, nous avons pu relever deux degrés d'extension conceptuelle ; certainement, une analyse plus fine, que nous n'avons pas les moyens de mener ici, ne manquerait pas de faire apparaître d'autres degrés, et, surtout, des différences de fond selon les courants théoriques et les options méthodologiques.

149. La science économique est parvenue, peu ou prou, à imposer une représentation principalement économique des phénomènes réels d'emploi : personne ne le conteste. L'habitude, qu'elle a prise, de priver le terme de tout prédicat, a envahi la quasi-totalité des discours. Ce phénomène engendre un double effet : d'une part, on ne sait que grossièrement, approximativement, imprécisément, etc., de quoi l'on parle, et, d'autre part, tout flou qu'il soit (262) , ce sens fonctionne (toujours du fait de l'absence de prédicat) de manière exclusive ; schématiquement, toute activité s'écartant du travail salarié, présenté par la science économique comme figure emblématique, est pensée en d'autres termes que celui d'emploi (263).

(261) Agrégation, théorique, de l'ensemble des rencontres individuelles entre offre et demande de travail rémunéré, pour le compte et sous l'autorité du demandeur.

(262) Ce phénomène ne caractérise pas la seule science économique : sur les concepts flous en droit, v. *supra*, Partie préliminaire, n° 24.

(263) Du fait de cette référence à la figure du salarié, qui, en science économique, n'est qu'un type idéal ou un cas particulier, les représentations communes de l'emploi sont encore plus restrictives que le concept théorique.

150. Les pouvoirs publics eux-mêmes s'y trompent, et paraissent victimes de cette *illusion conceptuelle*, ainsi que certaines politiques d'emploi le montrent. Celle, récente, qui consiste à susciter la création d'*emplois de proximité* (264) en offre une bonne illustration. Son pari repose sur la conviction que certaines occupations, perçues comme gisant hors la *sphère de l'emploi*, pourraient, avantageusement du point de vue de la lutte contre le chômage, y être intégrées au moyen de divers artifices ; des emplois (sous-entendu : au sens juridique de salariat) nouveaux pourraient ainsi être créés. Cette politique consiste à transformer, artificiellement (puisqu'aucun marché ne s'y forme spontanément), certains biens ou services socialement utiles, mais qui échappent à l'échange commercial, en biens ou services marchands ; en d'autres termes, elle revient à créer des marchés de biens ou services, c'est-à-dire à propager la logique du marché dans des domaines de la vie sociale qui l'ignorent traditionnellement, à seule fin de créer des emplois salariés (265). Si l'on adopte le point de vue très extensif d'emploi évoqué précédemment, il faut admettre que l'objectif est hors de portée : cette politique ne saurait *créer* véritablement des emplois, elle se borne à transposer certaines occupations d'un *mode* d'emploi (non marchand) dans un autre (marchand). On ne peut conclure à la création d'emplois qu'en réduisant le concept d'emploi à la définition de l'emploi dans les conditions du salariat.

(264) Voir la politique adoptée par le Conseil des ministres le 3 juillet 1991 (Liaisons Sociales, Documents, V, n° 73-91 du 30 juillet 1991), le 16 et le 30 octobre 1991 (Liaisons Sociales, Législation sociale, H, n° 6649 du 18 mars 1992 et n° 6724 du 26 août 1992 ; Liaisons sociales, Documents, V, n° 106/91 du 21 octobre 1991) et les textes de mise en œuvre - loi de finances pour 1992, loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses mesures d'ordre social, décrets n°s 92-202 et 92-203 du 2 mars 1992 (JO du 04.03.1992), et plusieurs circulaires du ministère des Affaires Sociales, de l'ACOSS et de la CNAVTS ; not. la circulaire interministérielle DE/DSS n° 91-56 du 31.12.1991 relative à la promotion et au développement des **emplois familiaux**.

(265) Certaines voix, auxquelles nous joignons la nôtre, s'élèvent pour reprocher à cette *marchandisation* de services que se rendent mutuellement les individus d'entraîner une régression de la convivialité, de transformer une société de services en société de serviteurs : cf. GORZ, André. - *Métamorphoses du travail...* - *op. cit.* Il serait infiniment dommageable, et, finalement, contraire au but poursuivi par les politiques publiques d'emploi, que «le souci de l'autre, l'épanouissement de l'enfant, l'aide au parent ou voisin, le réconfort offert à l'ami ou l'accompagnement du mourant soient du ressort exclusif de professionnels diplômés des activités relationnelles, fondant leurs emplois et leurs carrières sur les ruines d'une société d'où la solidarité spontanée et le sens du don réciproque auront disparu» (GORZ, André. - *Sortir de la société salariale*. - Partage, n° 87, février 1994, p. 20). Selon cet auteur, le «dépassement de la société salariale» suppose que «la production de société durant le temps libre» l'emporte sur la production de société durant le temps de travail payé. Cf. ég., dans ce sens, CONSTANTINO, Sylvie. - *La réduction du temps de travail : un outil de la modernité*. - Transversales, n° 22, 1994, p. 22, et SUE, Roger. - *Vers une société du temps libre ?* - Paris : PUF, 1982, p. 164.

151. Il ne nous revient pas, dans ces lignes, d'apprécier l'opportunité, la légitimité de ce type de politique. En revanche, on peut douter de la pertinence d'une méthode consistant, pour créer des emplois, à susciter l'extension du marché en matière de travail, sachant par ailleurs que ce marché crée, aussi, du ... chômage. On peut craindre, en l'absence de dispositifs spéciaux de protection du nouveau marché du travail, que le chômage ne recule que pour mieux sauter. Enfin, ce type de politique, en favorisant l'extension de la logique marchande, procède d'une stratégie de régulation économique de la société, préférée à d'autres (juridique, politique (266), sociale, etc.). Elle présuppose, pour parler clair, que toute activité sociale gagne à se laisser réguler par la monnaie, que tout bien ou service a un prix (qu'il est possible, et bénéfique, de révéler). Il demeure, bien entendu, loisible d'opter pour un postulat contraire, et de suivre Gérard FARJAT qui exprime son «scepticisme» quant à la primauté de la régulation par le marché sur la régulation par le droit (267). Le juriste spécialisé en droit du travail reste très sensible, depuis les débats des années 1980, à la question de la *déréglementation* (268).

(266) Politique - dans le sens d'une stratégie tendant à développer, améliorer, les rapports politiques entre habitants de la cité.

(267) Cf. FARJAT, G. - La notion de droit économique. - *op. cit.*, p. 49.

(268) Ce thème fait l'objet de développements spécifiques dans la 3e Partie, Chapitre 1, Section 2, *infra*.

Chapitre 2 :

VERS UNE SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

INTRODUCTION

152. Traditionnellement centrée sur l'analyse de la *situation de travail*, la sociologie du travail a longtemps tenu l'emploi à l'écart de son champ d'investigation. Mais lorsqu'elle s'y intéresse, dans le cadre de recherches relatives à la qualification, à la structuration de la classe ouvrière, aux fonctions sociales du droit du travail, etc., elle n'échappe pas au paradigme du marché. La sociologie du droit du travail, reposant sur la représentation traditionnelle d'une dissociation entre l'Etat et l'économie (de marché), ne parvient pas non plus à poser les bases d'une conceptualisation autonome de l'emploi par la sociologie (Section 1).

153. C'est à partir de la volonté de rompre avec les explications en terme de marché que se constitue la récente sociologie de l'emploi. Elle se propose de traiter les problèmes de l'emploi en terme de rapports sociaux, considérant que le marché du travail s'analyse comme un construit social. Bien qu'elle ne parvienne pas à se débarrasser complètement du marché, cette approche renouvelle incontestablement la conceptualisation sociologique de l'emploi. Elle s'ouvre à une confrontation interdisciplinaire fructueuse avec l'économie du travail institutionnaliste, mais ne s'aventure pas dans l'analyse du rôle du droit dans les rapports entre *mode d'emploi* et *statut du travail*, entre *statut social* et *mode d'emploi* ; aventure qui appelle, manifestement, la compagnie du juriste (Section 2).

Section 1 :

DE LA SOCIOLOGIE DU TRAVAIL ...

154. Les paradigmes classiques de la sociologie du travail font obstacle à une conceptualisation macro-analytique autonome de l'emploi, et cette discipline demeure fortement imprégnée par le concept économique de marché du travail (Sous-section 1). Un courant minoritaire s'efforce d'aborder l'analyse de l'emploi d'un autre point de vue, propre à attirer l'attention du juriste : celui du droit (Sous-section 2).

Sous-section 1 :

LATENCE DU CONCEPT DE MARCHE EN SOCIOLOGIE DU TRAVAIL

155. La *sociologie industrielle*, qui se compose, selon Pierre TRIPIER, des sociologies du travail, de la satisfaction au travail, de la qualification, des professions (269), ne construit pas de concept macro-analytique d'emploi. La *sociologie des organisations*, qui se penche principalement sur l'entreprise, connaît la même situation. Pierre TRIPIER, étudiant la «*matrice disciplinaire*» de la sociologie du travail, y découvre quatre «*pôles paradigmatiques*» en tension perpétuelle ; d'un côté, s'opposent un attrait irrésistible vers l'entreprise conçue comme «*seul travailleur véritable*» sous l'empire de l'économie, et l'individu (le travailleur) aux besoins imprescriptibles tel que la psychologie le pense ; une tension s'organise

(269) Cf. TRIPIER, Pierre. - Du travail à l'emploi : paradigmes, idéologies et interactions. - Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1991.

«entre ces deux interprétations possibles du paradigme libéral : l'une dit la légitimité du droit de l'entrepreneur et organise l'interprétation de l'entreprise en la traitant comme une nation (...). L'autre part de l'irréductibilité des droits de l'individu, tels que la loi naturelle les a prescrits ...» (270).

D'un autre côté, la matrice disciplinaire est «marquée par son origine pragmatique», qui déclenche une seconde tension entre un pôle «consultant» et un pôle «futurologue» (271).

Selon l'auteur, qui présente cette thèse comme centrale dans son ouvrage :

«Le champ de forces organisé par la tension paradigmatique (...) existe uniquement en donnant un privilège épistémologique et méthodologique à la situation de travail (...) en privilégiant l'acte de travail en tant qu'objet premier de connaissance et élément explicatif fondamental» (272).

156. S'il n'est pas indispensable, pour notre propos, de transcrire les explications de Pierre TRIPIER relatives à la manière dont ce double privilège concilie les tensions inter-paradigmatiques de la matrice disciplinaire de la sociologie du travail, il importe de signaler la définition de l'*acte de travail* qu'il affirme y déceler : «intervention conduisant à la transformation de la matière», directe (grâce à un outil) ou indirecte (grâce à une machine) (273) ; l'acte de travail «consiste aussi à intervenir sur une information, que celle-ci soit liée à la transformation de la matière ou non» (274) (production, transmission, transformation de l'information, modification de son support).

Indépendamment des interrogations et perspectives théoriques qu'ouvre cette définition du travail (275), il est clair qu'elle ne se soucie en aucune manière de l'emploi, en tant que concept macro-analytique. Certes, Pierre TRIPIER ne nous présente, manifestement, que les fondements conceptuels micro-analytiques de la sociologie du travail, démarche parfaitement adéquate à la méthode interactionniste qu'il préconise. Mais la thèse de Pierre TRIPIER, qui, à notre

(270) *Id.*, p. 92.

(271) *Ibid.*, pp. 93 à 97.

(272) *Ibid.*, p. 99, souligné par nous.

(273) A titre incident, notons que la distinction, faite par l'auteur, entre interventions directe et indirecte paraît assez mal fondée : qu'est-ce d'autre, en effet, qu'une machine, sinon une espèce -plus ou moins sophistiquée- d'outil ?

(274) *Ibid.*

(275) Le *travail* ne consiste-t-il donc pas, exclusivement, en transformation de la matière ? Quid de la *matière* : l'information n'en est-elle pas ? etc.

connaissance, demeure non réfutée à ce jour, permet de comprendre pourquoi un concept macro-sociologique *pur* d'emploi ne présente guère d'intérêt théorique pour cette discipline :

«il faut et il suffit de connaître l'acte de travail, ses conditions d'existence (gestion et organisation de l'entreprise), la rémunération qu'on en reçoit, pour interpréter l'ensemble des comportements» de l'entreprise et des individus (276).

157. L'analyse sociologique de la satisfaction au travail repose, également, sur le concept d'acte de travail. En revanche, la sociologie se laisse «happer par la catégorie pratique» de qualifications (277) ; selon Pierre TRIPIER le terme *qualifications* induit un paradoxe, une

«symbiose contradictoire, le principe libéral admettant et refusant tout à la fois l'existence de distinctions qui ne doivent rien à la propriété ni au marché» (278) «Cependant, ceux qui croient pouvoir résoudre (ce) paradoxe (...) se trompent lourdement. Comme l'a démontré ROLLE, entre l'ordre sociétal des qualités et l'ordre interne des postes, le marché du travail assure la liaison qui est justement subsumée sous un vocable unique (...) c'est l'étude de ce marché et non quelques mesures arbitraires qui pourront un jour éclairer ce problème si français» (279).

158. Le sociologue recourt, ainsi, au concept de marché du travail pour aborder l'analyse de la qualification. Mais il ne s'agit pas d'un emprunt à l'économie. L'«indécidabilité» de la notion de qualification est surmontée par la construction d'une catégorie d'analyse *ad hoc* :

le «système occupationnel», «ensemble des filières professionnelles susceptibles d'être empruntées par chaque génération de ceux qui ont été socialement structurés de façon similaire» (280).

Dans cette perspective :

(276) Cf. TRIPIER, Pierre - *op. cit.*, *ibid.*

(277) *Ibid.*, p. 129.

(278) *Ibid.*, p. 126.

(279) *Ibid.*, pp. 129-130.

(280) *Ibid.*, pp. 136 - 137, et 164.

«loin d'être une relation individuelle liée à la tâche accomplie, la qualification est le résultat d'un rapport sociétal organisé par la tradition intellectuelle, le système éducatif et les relations collectives d'un pays» (281).

L'auteur introduit également cette catégorie de «système occupationnel» dans la sociologie des professions, afin de rompre avec le dilemme auquel elle se heurte, à savoir : faut-il retenir une classification intellectuelle ou suivre un classement juridique (282) pour identifier les *professions* (283).

159. Ayant démontré que la matrice disciplinaire classique, organisée autour du concept d'acte de travail, ne permet pas à la sociologie industrielle de rendre compte de certains phénomènes (qualifications, professions (284)), Pierre TRIPIER considère que l'étude de l'emploi fournit une démarche alternative satisfaisante, d'où le titre de son livre («Du travail à l'emploi»). Passer du travail à l'emploi, c'est, selon lui, procéder à une «structuration du marché du travail», une «sociologisation», à l'issue de laquelle il

«n'apparaît plus comme la confrontation de multiples individus isolés face à de peu nombreux offreurs d'emplois, mais comme l'organisation, non programmée parfois, de systèmes occupationnels (...) qui se manifestent comme des coalitions actuelles ou potentielles face aux employeurs ou clients de toute nature» (285).

Bien que le sociologue ne développe pas cet aspect, et qu'il n'explique pas le sens du terme emploi, il semble se déduire de ses analyses que la sociologie industrielle peut conceptualiser l'emploi, à condition de modifier sa matrice disciplinaire en s'intéressant, non seulement aux situations de travail, mais encore

(281) *Ibid.*, p. 163.

(282) *Cf.*, à propos de l'encadrement juridique des professions (en France) : ENCLOS, Philippe. - Le droit et les professions : contribution du droit du travail à la dynamique des groupes professionnels. - Colloque de l'Association Internationale de Sociologie (Groupe thématique n° 6 : Genèse et dynamique des groupes professionnels) 19/20 novembre 1992, Paris. - Les actes du colloque, édités par Claude DUBAR et Yvette LUCAS, paraîtront aux Presses Universitaires de Lille au printemps 1994.

(283) *Cf.* TRIPIER, Pierre - *Ibid.*, p. 149.

(284) Et d'autres, sans doute, dont l'auteur ne traite pas.

(285) *Cf.* TRIPIER, Pierre - *op. cit.*, p. 164.

aux genèses, destins, itinéraires des personnes, dans une approche interactionniste (286) du concept de marché du travail.

160. A en croire Sabine ERBES-SEGUIN :

«Beaucoup des analyses récentes montrent que les concepts qui paraissent les plus clairement définis, ceux d'entreprise, de qualification, et quelques autres ne constituent pas des bases réellement solides pour l'analyse, qu'elle soit sociologique, économique ou juridique, mais plutôt des aboutissements, des constructions dont on ne peut tenter qu'après bon nombre de recherches de terrain de définir les contours» (287).

Nous ne sommes pas loin de partager cet avis en ce qui concerne le concept d'emploi : il ne constitue pas une catégorie heuristique pleinement efficiente, car, au-delà des apparences, sa construction manque de clarté et de précision. Et, comme le note la sociologue, cette situation s'explique par le fait que la définition des concepts en cause est un **enjeu social**. Certes, ainsi que nous l'avons noté (288) la précision de ses concepts pose à la sociologie un problème permanent, qui apparaît comme l'une de ses caractéristiques épistémologiques majeures (en quête, depuis ses origines, d'une reconnaissance en tant que science, au même titre que les sciences dites *exactes* ou *pures* - les sciences de la matière et les mathématiques -, cette discipline est obnubilée par la précision et la rigueur formelle qu'elle prête à leurs concepts).

Aussi, convient-il de replacer l'opinion de Sabine ERBES-SEGUIN dans son contexte épistémologique, ce qui conduit à prendre un certain recul pour apprécier l'auto-critique dont elle est porteuse. Mais, en l'occurrence, le propos se révèle particulièrement fructueux : comme nous l'avons déjà souligné, la définition du concept d'emploi soulève une difficulté scientifique considérable pour des raisons non seulement internes aux sciences sociales, mais encore externes : sociales et politiques (289).

(286) Ce que l'auteur appelle, également, «sociologie génétique et dialogique», p. 177. L'interactionnisme, procédant de l'individualisme méthodologique, privilégie le niveau micro-analytique ; pour une présentation critique de l'interactionnisme, cf. LALLEMENT, Michel. - Travail et interaction. - Documents pour l'enseignement économique et social, février 1990, n° 78-79.

(287) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine. - Le travail dans la société. - ROLLE, Pierre, ERBES-SEGUIN, Sabine. - Bilan de la sociologie du travail. - GRENOBLE : PUG, 1988, p. 59.

(288) V. *supra*, Partie préliminaire, n° 23 et s.

(289) V. *supra*, Partie préliminaire.

161. En ce qui concerne les raisons proprement scientifiques, Sabine ERBES-SEGUIN attire l'attention sur le problème «redoutable» des niveaux d'analyses :

«qu'il s'agisse de sociologie ou d'économie, le problème des relations entre *macro* et *micro*-analyse est loin d'être résolu. De nombreux sociologues l'ont délibérément laissé de côté, découpant la réalité sociale en autant d'unités que nécessaire, et analysant seulement les relations à l'intérieur de l'unité choisie (...) Mais il est impossible de se satisfaire d'un côté d'une micro-sociologie qui aurait pour terrain les lieux de travail, atelier ou entreprise, et de l'autre une macro-sociologie qui traiterait des rapports sociaux globaux et notamment des relations à l'État» (290).

Bien sûr, la résolution du dilemme passe par la construction d'un niveau méso-analytique (291). Les réflexions citées nous intéressent, ici, dans la mesure où l'auteur choisit précisément l'analyse de l'emploi pour les illustrer : elle démontre que, si cette analyse doit être menée aux deux niveaux macro et micro, le concept d'emploi ne se laisse enfermer ni dans l'un, ni dans l'autre (292). C'est ainsi qu'elle conclut :

«Il faut plutôt considérer l'emploi comme un point essentiel d'articulation entre le travail, l'État et le système économique, en montrant que des lieux et des temps différents régissent l'organisation de ces rapports. L'emploi est la pierre de touche des relations formation/travail, emploi/qualification/organisation du travail, malgré les cloisonnements académiques et institutionnels qui structurent les champs de recherche» (293).

Cette conclusion, cependant, ne propose pas un concept d'emploi alternatif, mais suggère une approche visant à combiner les niveaux macro- et micro-analytiques.

162. C'est dans le cours même de cette démonstration que cet auteur aborde la question du marché du travail, ce qui n'est pas sans signification, sachant que l'on observe généralement une démarche exactement inverse (en sociologie aussi bien qu'en économie), qui conduit à concevoir l'emploi comme

(290) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - *op. cit.*, p. 61.

(291) Pour une définition sommaire, v. *supra* Introduction générale, n° 11 et s.

(292) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - *op. cit.*, pp. 72 à 82.

(293) *Ibid.*, pp. 81-82.

simple effet du marché du travail. Poser en premier lieu le concept de marché du travail conduit à se satisfaire d'un concept d'emploi secondaire et sommaire ; dans une telle démarche, seul le concept de marché du travail fonctionne sur le mode explicatif, seul, il participe de l'élaboration d'une théorie ; il n'est pas même nécessaire d'ériger en concept la représentation de l'emploi : voilà pourquoi l'emploi, simple notion, ne constitue pas une base pour l'analyse (et ne peut, en aucun cas, constituer une base «réellement solide», pour reprendre les termes de Sabine ERBES-SEGUIN).

«En tout cas, un fait est certain : les marchés du travail se construisent à partir de différences socialement constituées entre types de main-d'œuvre (...)» (294).

163. L'analyse sociologique des classes sociales fournit également une bonne illustration des difficultés à rompre avec le recours au concept économique de marché du travail.

Les travaux sociologiques relatifs à la classe ouvrière, comme, plus généralement, l'analyse sociologique des classes sociales cessent, en France, au cours des années 1970 ; coïncidence ? C'est également à cette époque que les sociologies de l'action deviennent dominantes (295) et que se déclenche la crise la plus grave du capitalisme industriel. Toutefois, la sociologie du travail de pays voisins résiste mieux à ces bouleversements, et c'est vers l'Italie et la Grande-

(294) *Ibid.*, p. 76.

(295) Les théories de l'acteur, qui se présentent parfois comme des sociologies, parfois comme des méthodologies, apparaissent au cours des années 1970 et rencontrent rapidement un immense succès. Elles se réclament d'un individualisme méthodologique *relâché* au regard de celui qui imprègne la théorie économique néoclassique, en ce qu'elle postule l'intentionnalité de l'acteur et l'intelligibilité de ses intentions, mais sans adhérer au dogme de la rationalité pure et parfaite, et en ce qu'elle considère que les formes sociales sont le fruit des interdépendances qui lient les acteurs. Par là, elles ne réduisent pas le schéma explicatif à une articulation de l'individuel au collectif ; mais, repoussant la méthodologie holiste, elles ne réduisent pas l'individuel au collectif. Il n'est pas surprenant que ces approches admettent que l'individu n'agit que dans son intérêt (mais ne cherche pas qu'à maximiser ses biens : il s'efforce plutôt d'optimiser sa satisfaction) ; mais il ne suffit pas que les individus aient un intérêt commun pour qu'ils agissent effectivement ensemble pour le satisfaire.

«On peut donc décrire les sociologies, et plus généralement les sciences sociales, de l'action par une conception du social comme espace d'interdépendance construisant des sens communs chez des acteurs libres - c'est-à-dire dont les actes sont indéterminés a priori, mais intelligibles a posteriori par la nature et la forme des enjeux et par la structure du jeu que définit (nissent) leur(s) espace(s) d'action. Si la société n'est pas extérieure à l'individu, l'analyse de la production du social doit, en particulier, passer par l'étude des processus de composition des actions individuelles en situation et des formes qui en résultent» (PARADEISE, Catherine. - Les théories de l'acteur. - Cahiers français, 1990, n° 247, p. 34).

Bretagne que se tourne le sociologue, lorsqu'il s'efforce de relancer le débat : ainsi faisait Cecilia CASASSUS-MONTERO, en 1981 (296).

Cet auteur relève que l'on trouve «des apports pour l'analyse de la composition de la classe ouvrière» dans certaines recherches italiennes et britanniques sur des marchés locaux du travail. Selon Cecilia CASASSUS-MONTERO, quatre éléments caractérisent ces travaux : une analyse sociologique du marché du travail, une réflexion sur la notion (marxiste) d'*armée de réserve*, une étude du fractionnement du prolétariat, et, enfin, une interrogation sur l'effet de cette fragmentation sur la combativité de la classe ouvrière.

164. Retenons, de cet article, deux choses. D'une part, les définitions du marché du travail, étudié dans la perspective de la sociologie de la classe ouvrière. Des chercheurs anglais y voient un

«terrain dans lequel les individus essaient de réaliser leurs besoins matériels, psycho-sociaux, culturels et personnels dans le cadre des limites perçues de la structure des emplois» (297).

C'est une «réalité objective qui s'impose aux individus déjà modelés par la structure économique et sociale locale» (298).

On reconnaît sans peine l'argument majeur du holisme méthodologique.

Un chercheur italien, qui déclare chercher à éviter les écueils respectifs du marxisme et de la psychologie, appréhende, en revanche, le marché du travail comme

«le lieu où se déterminent les conditions et la forme historique de la soumission et de la soustraction de la force de travail au procès capitaliste d'accumulation» (299).

Le fait que la force de travail reste liée au travailleur après sa vente introduit une contradiction permanente au cœur du marché, lequel ne fonctionne donc jamais

(296) Cf. CASASSUS-MONTERO, Cecilia. - Le marché du travail comme niveau d'analyse de la structure de classes. - ST, 1981, n° 2, p. 230 et s. Depuis cet article, les sommaires de la revue ne font plus guère état d'analyses en termes de classes sociales.

(297) Cf. BLACKBURN, R.M., MANN, M. - *The Working Class in the Labour Market*. - Londres : Mac Millan, 1979, cité par C. CASASSUS-MONTERO.

(298) Cf. CASASSUS-MONTERO, Cecilia - *op. cit.*, p. 231.

(299) Cf. PACI, M. - *Mercato del lavoro e classi sociali in Italia*. - Bologne : Il mulino, 1973, cité par CASASSUS-MONTERO.

en équilibre. Il est inutile d'expliquer à quel point ce type de définition est redevable à l'analyse économique.

165. D'autre part, la lecture faite par Cecilia CASASSUS-MONTERO des travaux relatifs aux questions de l'*armée de réserve* et à la fragmentation du prolétariat indique assez nettement l'influence des théories économiques de la segmentation du marché du travail dans l'explication des divisions structurelles au sein de la classe ouvrière. C'est au regard du marché (dualisme, économies, périphéries ...) que la formation éventuelle de strates au sein du prolétariat est envisagée ; le marché du travail fonctionne, dans ce courant sociologique, comme *analyseur* sinon comme fait générateur, de l'éclatement de la classe ouvrière. Plus exactement, c'est une représentation économique du marché du travail qui remplit cette fonction. Dans ces conditions, la voie vers une conceptualisation macro-sociologique autonome de l'emploi demeure irrémédiablement obstruée (300).

Sous-section 2 :

PERMANENCE DU CONCEPT DE MARCHÉ EN SOCIOLOGIE DU DROIT DU TRAVAIL

166. Lorsque la sociologie du travail cherche à prendre ses distances avec les paradigmes économiques, il lui arrive parfois de se rapprocher du droit. Toutefois,

«En dépit d'une tradition sociologique ancienne de réflexion sur les modes d'intervention du droit dans les sociétés concrètes, la sociologie contemporaine du travail, du moins en France, paraît curieusement muette sur la fonction du droit dans les rapports sociaux de travail» (301).

(300) Pour une vue d'ensemble de la question du marché du travail en sociologie, lire TRIPIER, Pierre. - *Approches sociologiques du marché du travail : essai de sociologie de la sociologie.* - Thèse, Université Paris VII, 1984.

(301) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine. - *Le contrat de travail ou les avatars d'un concept* : ST, 1983, n° 1, p 1. Du même auteur : *Les frontières de la sociologie du travail.* - DURAND, C., DUBOIS, P. et autres. - *Le travail et sa sociologie, essais critiques.* - Paris : L'Harmattan, 1985, p. 84. .

Cet auteur estime que les sociologues du travail considèrent le droit tantôt comme superstructure, tantôt comme «institution autonome dans le fonctionnement de la société». Selon elle, ce n'est

«qu'à travers une réflexion épistémologique sur les concepts (juridiques) que l'on peut tenter d'avancer quelques éléments d'analyse sociologique, c'est-à-dire en entrant sur le propre terrain des juristes» (302) «... Les divergences d'appréciation et de comportement que permettent des concepts juridiques qui ne sont précis qu'en apparence laissent une large place à des recherches sociologiques qui ne sont pourtant encore qu'embryonnaires en ce domaine» (303), d'autant que «la création et la mise en œuvre du droit sont fonction des rapports de force entre groupes sociaux ...» (304).

Dans cette perspective, Sabine ERBES-SEGUIN souhaite une sociologie du travail qui cesse de se référer à la définition de la relation salariale que donne le droit (305). Ses propos confirment la prégnance de cette dernière, alors même que la sociologie multiplie les efforts pour se dégager de l'emprise du concept économique de marché (306).

167. Au niveau macro-analytique, la sociologie juridique de Sabine ERBES-SEGUIN s'attache au rôle de l'Etat, par l'intermédiaire de son activité législative, dans la configuration des relations salariales et du marché de l'emploi. L'attention se focalise sur les fonctions macro-sociales du droit étatique du travail. Mais cette démarche ne produit pas de conceptualisation innovante de l'emploi, notamment parce qu'elle ne remet pas en cause la représentation commune d'une séparation entre les sphères de l'économique et du juridique. Selon cette représentation, l'emploi apparaît essentiellement comme un phénomène économique et premier (307), dont le droit se borne à sanctionner les diverses configurations. Qu'il s'agisse du droit à l'emploi (A), du rôle de l'Etat en matière de relations de travail (B) ou des fonctions sociales du droit du travail

(302) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le contrat de travail ... - *op. cit.*, p. 2.

(303) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Les frontières ... - *op. cit.*, p. 88.

(304) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le travail dans la société. - *op. cit.*, p. 172.

(305) *Ibid.*

(306) Il faudrait, dans le cadre d'une étude du niveau micro-analytique de conceptualisation de l'emploi, s'intéresser aux analyses, par cet auteur, du concept de contrat de travail et de ses «avatars».

(307) Aux deux sens : antérieur, et dominant.

(C), cette approche ouvre la voie à une sociologie du droit du travail et de l'emploi, mais ne parvient pas vraiment à «entrer sur le propre terrain des juristes».

A. Un droit à l'emploi non négociable et ineffectif

168. Dressant, en 1980, un bilan de l'action de l'Etat en matière d'emploi, Sabine ERBES-SEGUIN classait le *droit à l'emploi* dans le domaine des enjeux de société et non dans celui du négociable, à l'inverse du salaire. Elle notait que, dans la période précédente, aucune négociation n'avait pu avoir lieu sur l'emploi, «*droit en contradiction avec la libre décision économique des employeurs*» (308), les seuls acquis ayant porté sur le maintien ponctuel d'emplois dans quelques entreprises en difficulté. Elle estimait que

«L'emploi serait donc un thème butoir ne pouvant faire l'objet, pour des raisons économiques structurelles, que de marchandages ponctuels et limités dans le temps, d'une part, d'une protection matérielle en cas de licenciement, négocié globalement avec l'Etat, de l'autre» (309).

169. Ainsi, loin de satisfaire la revendication, par les salariés, de l'institution d'un droit de l'emploi, l'Etat, au contraire, n'a fait qu'organiser un droit du licenciement (310). D'ailleurs, toujours selon cet auteur, le droit à l'emploi

«ne bénéficie que d'une reconnaissance de principe dans le préambule de la Constitution, car si un tel droit devenait opératoire, il remettrait en question toute l'organisation productive, la notion de rentabilité et l'ordre des priorités économiques» (311).

(308) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Les problèmes d'emploi dans la stratégie économique de l'Etat. - Collectif. - L'emploi. (actes du colloque de Dourdan de 1980) - Paris : Maspero, 1982, p. 130.

(309) *Ibid.*

(310) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le droit du travail et l'emploi : éléments pour une comparaison. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J., dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - *op. cit.*, p. 301 et s.

(311) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le travail dans la société. - *op. cit.*, p. 95. Or, d'une part, l'affirmation est inexacte : on sait qu'en 1982, le Conseil Constitutionnel a donné un contenu à la proclamation du Préambule de 1946 ; et, d'autre part, il n'est pas démontré que le capitalisme ne puisse s'accommoder, comme il l'a fait d'autres droits économiques et sociaux, d'une

D'ailleurs, malgré cette reconnaissance, «il est chaque jour démenti par les licenciements et le chômage de longue durée» (312) ; en outre, la «liberté d'accès à l'emploi» des femmes paraît bien moins assurée que celle des hommes, ce qui autorise l'esquisse d'un «concept sociologique de droit à l'emploi pour les femmes» (313) en trois dimensions : inégalité de fait entre hommes et femmes quant à l'accès à l'emploi (malgré l'égalité en droit), travail de la femme considéré comme un appoint, éventualité d'exclusion des femmes du marché du travail au nom d'une politique nataliste (314).

170. Ainsi, les règles de droit écartées pour cause d'ineffectivité, le concept *sociologique* se construit sur l'observation quasi-exclusive des phénomènes réels d'emploi ; il ne s'agit pas même d'une étude de cette absence d'effectivité qui mettrait pourtant en évidence les rapports entre règles et pratiques sociales, et remettrait sur le métier la notion d'ineffectivité du droit. Ce mode de conceptualisation essentiellement mono-disciplinaire présente les mêmes inconvénients théoriques que le concept exclusivement marchand de la théorie économique : il réduit, arbitrairement, le concept à l'une, seulement, des qualités essentielles du phénomène observé. Cette démarche surprend d'autant plus qu'elle provient d'un auteur s'intéressant à la dimension juridique des faits sociaux. Mais peut-être faut-il y lire un grief contre ce droit inefficace, voire injuste, qui s'avère incapable de réaliser, ou non désireux de poursuivre, certains idéaux. Auquel cas, le concept sociologique procéderait, de toute évidence, non d'un jugement de réalité, mais d'un jugement de valeur (315). En intégrant une réflexion sur le rapport, complexe, qu'entretient la règle de droit avec les faits sociaux, le concept sociologique peut échapper à ce type de critique.

171. Les analyses de Sabine ERBES-SEGUIN laissent, encore, le juriste sur sa faim en ce qui concerne la définition de ce *droit à l'emploi* qu'elles mettent en avant. Elles semblent en traiter à un niveau macro-sociologique, mais glissent sans cesse d'une approche en terme de droit objectif, à l'autre en terme de droit

certaine variété de droit à l'emploi. Sur l'analyse juridique du droit à l'emploi, v. *infra*, n° 212 et s.

(312) *Ibid.*, p. 110.

(313) *Ibid.*

(314) *Ibid.*, pp. 110-112 ; l'auteur s'appuie sur MARUANI, Margaret. - Les syndicats à l'épreuve du féminisme. - Paris : Syros, 1979, et Mais qui a peur du travail des femmes ? - Paris : Syros, 1985.

(315) Sur ce point, v. *supra*, Partie préliminaire, n°s 31-32.

subjectif, et réciproquement, confondant le «*droit d'obtenir un emploi*» constitutionnel, avec le principe, également constitutionnel, d'égalité professionnelle, et les droits individuels éventuellement attribués ou non à telle ou telle catégorie de personnes. Qu'est-ce, exactement, qu'un *droit à* ? Cette confusion, nous semble-t-il, fragilise une analyse sociologique soucieuse de prendre en compte, précisément, la manière dont le droit intervient dans les relations sociales d'emploi.

Enfin, l'analyse sociologique du *droit à l'emploi* ne risque-t-elle pas, accessoirement, de consolider l'ancrage de la définition juridique du salariat dans la conceptualisation sociologique de l'emploi ? La formation d'une sociologie du travail libérée de la définition juridique du salariat, telle que la souhaite Sabine ERBES-SEGUIN (316), implique, certes, une conceptualisation de l'emploi qui ne le réduise pas à sa dimension juridique ; le problème consiste, alors, à détecter les autres dimensions, et, surtout, à repérer les articulations.

B. Le rôle de l'Etat sur le marché du travail

172. Sabine ERBES-SEGUIN expose que

«*La sociologie du travail s'est toujours sentie mal à l'aise dans l'analyse de l'Etat, et une théorie de ses rapports aux relations de travail manque encore presque totalement (...) le rapport à l'Etat est le plus souvent posé de manière implicite, plutôt comme limite ou comme système de protection.*» (317).

Dans une approche de type néoclassique, cela ne constituerait pas un obstacle à une conceptualisation de l'emploi en terme de marché. Mais, précisément, la tradition sociologique française opte, en ce qui concerne l'étude des relations de travail, pour une approche institutionnaliste ; d'où, sans doute, le malaise en question. On peut s'étonner que la sociologie du travail n'y ait pas remédié, dès ses origines, en intégrant à sa problématique les apports de la sociologie de l'Etat : l'auteur ne nous l'explique pas ; sans doute faudrait-il en chercher les raisons dans l'histoire épistémologique des fondements micro-analytiques de sa matrice disciplinaire.

(316) V. *supra*, n° 168.

(317) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le travail dans la société. - *op. cit.*, p. 159.

173. Selon Sabine ERBES-SEGUIN, la «*maîtrise des conditions d'emploi*» est l'un des principaux enjeux actuels de l'intervention de l'Etat dans les rapports sociaux de travail. Deux tendances contradictoires se manifestent simultanément : un renforcement et un désengagement de l'Etat. Le droit du travail est l'instrument privilégié de cette intervention ; la flexibilité de l'outil juridique (thèse empruntée à J. CARBONNIER) autorise une intervention souple et différenciée (318). Trois éléments la caractérisent. Premièrement, l'Etat «*détermine les règles générales de l'ordre social au nom d'une morale sociale fondée sur le respect des droits individuels*» ; deuxièmement, «*il définit les conditions de la négociation collective, en reconnaît légalement les acteurs*» ; troisièmement, s'il tient compte des évolutions économiques, «*il n'intervient pas dans la décision économique, et ce au nom de principes civilistes : la liberté d'entreprendre, la droit de propriété*», avec cette précision que «*c'est de la seule décision dans l'entreprise que l'Etat est exclu*» (319).

L'Etat «*définit les formes de la relation de travail, mais non sa nature*» (320) ; cette dernière est déterminée par la maîtrise de l'emploi et de la rémunération de la force de travail par les entreprises, qui détiennent le pouvoir économique (321). L'Etat se borne, en fin de compte, à mettre la soumission du travail au capital en formes (individuelles et collectives).

Pour l'auteur, l'intervention de l'Etat en matière d'emploi et de chômage

«*contribue ainsi à codifier par la loi, et donc à accroître la reconnaissance sociale, des différenciations internes au marché du travail : les strates multiples qu'il comporte ne sont donc pas au plus le seul effet d'évolutions économiques ou techniques ; un traitement légal et réglementaire différent donne une coloration légale aux différences de fait d'employabilité*» (322).

174. Malgré quelques ambiguïtés de surface, on voit clairement que cette analyse repose sur la prééminence, présumée, du marché du travail, de l'économique. L'Etat, intervenant en aval, se borne à légaliser, codifier, mettre en forme des rapports sociaux dont la genèse lui échappe, car située en un lieu où il refuse d'entrer. L'analyse mêle de manière indistincte une vision libérale de l'Etat (qui abandonne la décision économique à l'entreprise), et une approche,

(318) *Ibid.*, pp. 162-163.

(319) Toutes citations : *ibid.*, p. 171.

(320) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le droit du travail et l'emploi ... - *op. cit.*, p. 302, et Le travail dans la société. - *op. cit.*, p. 170.

(321) *Ibid.*

(322) *Ibid.*, p. 312.

marxisante, en terme de superstructure. En d'autres termes, elle ne s'évade pas du dilemme de la primauté entre le juridique (et, au-delà, le *social*) et l'économique, dilemme dont la stérilité heuristique trouve ici une nouvelle confirmation. Le concept d'emploi, de fait, se trouve renvoyé aux frontières de la sociologie avec l'économie.

175. Le juriste éprouve, d'ailleurs, quelque difficulté à adhérer à l'analyse. Affirmer que l'Etat n'intervient pas dans la décision économique du chef d'entreprise paraît, pour le moins, hâtif et inexact. D'une part, Sabine ERBES-SEGUIN n'explicite pas la notion de décision économique. D'autre part, et surtout, sa thèse repose sur une lecture partielle, superficielle et parfois erronée (323) du droit du travail.

C. Les fonctions sociales du droit du travail

176. La conception du rôle du droit du travail en matière d'emploi défendue par Sabine ERBES-SEGUIN, et qui anime sa conceptualisation macro-analytique de l'emploi, s'élabore sous l'empire d'une approche fonctionnaliste du droit du travail. A concevoir «l'activité législative de l'Etat comme accompagnement d'un phénomène entièrement situé dans la sphère de l'économique», donc à concevoir le droit comme un appendice de l'économie, on passerait «à côté des fonctions effectives du droit du travail» (324).

Pourtant, la thèse de Sabine ERBES-SEGUIN affirme que le droit du travail a une fonction de classification de la main-d'œuvre : «affecter des segments de la force de travail à des classes définies par les types de contrat» de travail (325), «repérer et cataloguer des populations spécifiques à traitement différencié sur le marché du

(323) Partielle, car limitée aux lois de 1973 et 1975 relatives au licenciement ; superficielle, en ce que leur analyse se borne à prétendre qu'elles procèdent d'une logique économique ; erronée, en affirmant que la loi de 1973 attribue à la Direction Départementale du Travail la tâche d'apprécier le motif réel et sérieux des licenciements individuels, et que celle de 1975, ne donne aux inspecteurs du travail que le droit de vérifier la légalité des procédures de licenciement pour motif économique. Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le droit du travail et l'emploi. - *op. cit.*, p. 307. Les mêmes erreurs sont reproduites un an plus tard dans un autre article : ERBES-SEGUIN, Sabine, GILAIN, Claude. - L'Etat et l'emploi. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - L'emploi, l'entreprise et la société. - *op. cit.*, p. 262.

(324) Cf. ERBES-SEGUIN, Sabine - Le droit du travail et l'emploi. - *op. cit.*, p. 260.

(325) *Ibid.*, p. 258.

travail» (326), rendre «évidentes en les codifiant les différences constatées par l'économie entre segments de la population active» (327). Et encore :

«... l'un des effets essentiels de l'intervention légale est de faciliter le traitement différencié des licenciements, et c'est là que la référence à une logique économique prend tout son sens» (328), et «Les classements opérés par l'intervention légale dans la gestion des flux de main-d'œuvre renvoient à des logiques économiques globales d'employabilité ou de rentabilité différentielle, tout en contribuant à constituer socialement des catégories, à faire s'auto-définir, s'auto-classer la population active.» (329).

177. En d'autres termes, le droit du travail a pour fonction de formaliser, d'institutionnaliser des catégories de salariés créées par le marché du travail. Certes, cette fonction d'«*étiquetage*» peut lui être attribuée en toute exclusivité ; il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit que d'une fonction dérivée du fonctionnement de ce marché, et qui a pour effet incontestable de le reconnaître, de le sanctionner, donc de le consolider et de fixer la configuration de l'emploi qu'il suscite.

Sabine ERBES-SEGUN évoque, en conclusion, la «*construction sociale du marché de l'emploi*» (330) que la fonction classificatoire du droit du travail est censée engendrer. Mais, si construction sociale il y a, elle est, en dernière analyse, le fait du marché lui-même, puisque le droit se limite à mettre en évidence des catégorisations produites dans la sphère économique. L'auteur cherche à échapper à cette conséquence de son analyse en indiquant que c'est le souci d'accorder une certaine protection à certaines catégories de salariés qui exige leur identification, leur classification par le droit ; l'argument, cependant, ne restitue pas au droit du travail une fonction autonome de catégorisation.

178. Enfin, la sociologue essaie de sortir du schéma du droit *instrument* de l'économie, en avançant qu'il n'existe pas de système de classification sans référence à un système de normes. Ainsi, même en adoptant la thèse du droit reflet de la structure productive, la classification de la main-d'œuvre exigerait, au-

(326) *Ibid.*, p. 260.

(327) *Ibid.*, p. 265.

(328) *Ibid.*, p. 263.

(329) *Ibid.*, p. 266.

(330) *Ibid.*, p. 267.

delà des catégories d'origine économique, un processus, juridique, de hiérarchisation. Pas plus que le précédent, cet argument ne parvient à rendre raison au droit, qui demeure réduit à l'état de classeur. L'approche fonctionnaliste des institutions sociales renvoie, nécessairement, à la conviction de leur instrumentalisation.

Section 2 :

... A LA SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

179. C'est à la sociologie du travail féminin -sociologie principalement féministe- que l'on doit le projet d'une sociologie de l'emploi. Margaret MARUANI figure parmi les pionniers de la nouvelle discipline, dont elle propose le programme en 1987 (Sous-section 1). D'autres auteurs, dont les travaux correspondaient également à ce programme, reprennent, rapidement, l'idée à leur compte, lui imprimant diverses nuances (Sous-section 2). Le débat autour de ce programme conduit, aussitôt, à envisager une approche interdisciplinaire de la conceptualisation de l'emploi et des recherches empiriques (Sous-section 3). La *construction sociale du marché du travail* devient le nouveau paradigme.

Sous-section 1 :

POUR UNE SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

180. Le titre de ce premier paragraphe est celui de l'article par lequel Margaret MARUANI et André-Clément DECOUFLE exposent, les premiers, la nécessité d'une telle discipline (331).

Remarquant que «l'emploi n'est pas une question sociologiquement construite» (332) mais l'objet central de l'économie, ils remettent en cause «la légitimité de cette ligne de démarcation» (333) et plaident en faveur

(331) Cf. MARUANI, Margaret, DECOUFLE, André-Clément. - Pour une sociologie de l'emploi. - RFAS, 1987, n° 3, pp. 7 à 29. V. ég. MARUANI, Margaret, NICOLE, Chantal. - Du travail à l'emploi : l'enjeu de la mixité. - ST, 1987, n° 2, pp. 237 à 250.

(332) Cf. MARUANI, Margaret, DECOUFLE, A.C. - Pour une sociologie de l'emploi. - *op. cit.*, p. 8.

«d'une approche sociologique qui pose les problèmes d'emploi en terme de rapports sociaux et non plus seulement en termes de marché» (334).

Leur première préoccupation consiste à distinguer nettement travail et emploi, après avoir relevé à la fois une certaine confusion dans leur utilisation et l'imprécision de la notion d'emploi en statistique et économie (335). Il faut citer intégralement leurs définitions :

«Par le terme travail, on peut en effet désigner :

- d'une part, toute activité humaine orientée vers la production de biens et de services utiles, ou du moins considérés comme tels ;

- d'autre part, l'ensemble des conditions d'exercice de cette activité : organisation du travail, conditions de travail, mais aussi représentations du travail et attitudes et comportements à l'égard du travail.

Par le terme d'emploi, on peut par ailleurs désigner :

- d'une part, l'accès à ce que le vocabulaire courant nomme *le marché du travail* ; ses formes, ses modalités et ses résultats (précarité / stabilité, chômage, etc.) ;

- d'autre part, la traduction de l'activité laborieuse en termes de statuts et de rôles sociaux pour un individu comme pour un groupe socio-professionnel clairement identifiable, c'est-à-dire la distribution des gratifications réelles et symboliques qui accompagnent l'exercice d'une activité de travail reconnue comme socialement utile (itinéraire professionnel, rémunération, qualification, avantages associés à l'exercice de l'emploi, représentations collectives dudit emploi, etc.)» (336).

181. Par lui-même, un tel effort de définition traduit une intention d'éclaircissement conceptuel, ainsi qu'une volonté de sortir le concept d'emploi du

(333) *Ibid.*

(334) *Ibid.*

(335) «... pour de nombreux économistes, l'emploi n'est pas en lui-même un concept économique, mais une des illustrations possibles du concept économique de marché et de son corollaire, celui d'équilibre ...» *Ibid.*, p. 14

(336) *Ibid.*, p. 15.

statut épistémologique second et sommaire où l'économie le réduit. Le concept d'emploi occupe ici, le devant de la scène aux côtés du concept de travail.

Intrinsèquement, la définition présente l'intérêt de se dédoubler, pour chacun des termes, de manière à rendre compte, parallèlement, et de la substance des réalités représentées, et des formes et modalités de leur existence.

Par ailleurs, il s'agit de définitions apparemment empiriques, exprimant certaines caractéristiques réelles des phénomènes observés, à la différence des concepts économiques traditionnels, constructions purement intellectuelles qui ne prétendent pas refléter le monde réel.

En outre, elles se gardent, autant que possible, de toute attitude postulatoire, toujours à la différence des concepts économiques, notamment en ce qui concerne l'existence d'un marché de l'emploi (mais, en revanche, elles supposent que l'activité de travail se traduit en statuts et rôles sociaux - ce qui peut sembler trivial, mais demande néanmoins vérification -, et prend déjà parti quant à la possibilité d'identifier des groupes socio-professionnels - mais peut-être cette référence ne vise-t-elle qu'à écarter un éventuel grief d'individualisme -).

182. Il semble, cependant, difficile de considérer les notions de travail et d'emploi ainsi définies comme des concepts théoriques, car Margaret MARUANI et A.C. DECOUFLE ne proposent, dans leur article, aucune théorie à laquelle ils pourraient se rattacher, ou qu'ils construiraient. On ne peut y lire que la délimitation d'un champ d'investigation, voire l'esquisse des objets de recherche d'une future sociologie de l'emploi ; dans la mesure où une telle esquisse procède d'une série de jugements préliminaires relatifs aux caractéristiques des objets en question, elle fournit, néanmoins, un socle à une éventuelle conceptualisation théorique.

183. Certes, la définition n'échappe pas à toute critique. Limitons-nous à quelques exemples particulièrement évidents.

La définition substantielle du travail manque singulièrement de précision lorsqu'elle évoque l'activité «orientée vers» la production, ou les biens et services «utiles». L'activité de création artistique correspond-elle au travail dont il s'agit ?

La définition formelle de l'emploi classe la qualification et la rémunération parmi les «gratifications ... qui accompagnent l'activité de travail», alors que la définition formelle du travail ne les mentionne pas : faut-il comprendre que la rémunération, par exemple, ne s'analyse pas en condition d'exercice du travail ? Par ailleurs, la

faute

rédaction laisse penser que les auteurs n'envisagent l'emploi que rémunéré : dans cette perspective, le travail bénévole ne saurait s'effectuer en situation d'emploi ; et que dire d'un stage de formation professionnelle rémunéré ? si l'activité peut être considérée comme orientée vers la production, il y a emploi. Mais, alors, le même stage non rémunéré cesse d'être un emploi (ou : de l'emploi).

Prenons un autre exemple : quelle est cette chose mystérieuse que les auteurs appellent : «*ce que le vocabulaire courant nomme le marché du travail*», si ce n'est pas ce que le vocabulaire spécialisé nomme le *marché du travail* (337) ?

Ensuite, on ne manque pas d'observer que les termes : salaire, salarié, salariat ne figurent pas dans ce texte, sans aucune indication quant au caractère délibéré, ou non, de cette omission, et, a fortiori, quant aux motifs d'une omission intentionnelle. Cela suscite un vague malaise dans l'esprit du lecteur (338).

Enfin, et surtout s'il est juriste, ledit lecteur ne découvre pas la moindre allusion au droit, sans, non plus, que les auteurs précisent le sens de ce *point aveugle*. Plus que l'absence de référence au droit, c'est, d'ailleurs, le défaut d'explication de cette omission qui trouble le juriste (339).

184. Bref, cette définition, à force de se vouloir spécifiquement, exclusivement sociologique, de se purifier de toute influence économique et (implicitement) juridique, devient excessivement floue. Ou bien, à force de vouloir englober, surplomber l'ensemble des dimensions économiques et (implicitement) juridiques des réalités observées, elle *tord le bâton en sens inverse* et pêche par impérialisme sociologique.

En fait, les ambiguïtés que recèle cette définition semblent provenir d'une confusion structurelle entre deux démarches : l'une tendant à définir travail et emploi et décrivant schématiquement l'ensemble de leurs caractéristiques et composantes réelles de manière à dresser un tableau le plus complet possible (incluant les dimensions marchande, juridique, sociale, morale, psychologique, technologique, situées dans le temps et l'espace) (340), l'autre consistant à définir, non des représentations du réel, mais un programme d'observation scientifique fondé sur la construction du travail et de l'emploi en tant qu'objets de recherche.

(337) D'autant que, selon les auteurs, les sociologues empruntent habituellement ce concept aux économistes.

(338) D'autant que la lecture de l'article dans son ensemble établit que les auteurs visent manifestement l'emploi salarié.

(339) D'autant que d'autres passages de l'article démontrent que les auteurs n'ignorent pas l'incidence du droit du travail.

(340) La possibilité restant ouverte de dresser un tableau incomplet, quitte à justifier la sélection des composantes retenues.

En somme, le statut épistémologique incertain et ambigu de cette définition la prive d'une partie de la valeur heuristique espérée. Cependant, cette faiblesse ne rétroagit pas sur l'effort originel de renouvellement de l'approche sociologique en matière de travail et d'emploi, lequel demeure clairement perceptible : cesser de ne concevoir l'emploi qu'à l'ombre du travail (ou du marché du travail), et l'envisager comme le produit de rapports sociaux.

185. Margaret MARUANI et A.C. DECOUFLE tirent pour première conséquence de leur démarche une distinction entre *rapport au travail* et *rapport à l'emploi* :

«Le rapport au travail, c'est la façon dont les individus vivent leur travail, leur manière de réagir au contenu et aux conditions d'exercice de leur activité professionnelle, de se situer par rapport au réseau de sociabilité constitué autour de leur activité (341).

Le rapport à l'emploi englobe en revanche les problèmes de l'accès à l'emploi et des modalités d'entrée sur le marché du travail. Il recouvre l'ensemble des opinions, des attitudes et des comportements face à la recherche, la cessation ou la reprise d'activité professionnelle» (342).

186. Les auteurs consacrent la suite de leur article à illustrer leur propos en montrant, sur les exemples de l'emploi féminin et du chômage des jeunes, comment une sociologie de l'emploi se centrerait sur les mécanismes sociaux à l'œuvre dans les phénomènes d'emploi, délaissés par la sociologie du travail. L'analyse comparée de l'emploi masculin et de l'emploi féminin établirait, ainsi, que la «flexibilité a un sexe», en démontrant que c'est

«une construction sociale, au sens où il s'agit de l'assignation de catégories de main-d'œuvre à certaines formes d'emploi en fonction du statut social, du sexe et de l'état des rapports de force salariés - syndicats - direction» (343).

Une sociologie de l'emploi féminin élargirait la réflexion, traditionnelle, de la division sexuelle du travail :

(341) Sur la définition du rapport au travail, voir LINHARDT, Danièle. - L'appel de la sirène. - Paris : Le Sycomore, 1981, et : Travail et crise. - Les Temps Modernes, janvier 1984.

(342) *Op. cit.*, pp. 17-18.

(343) *Ibid.*, p. 21.

«La répartition sexuée des formes d'emploi n'est-elle pas aujourd'hui une des lignes de clivage essentielles entre hommes et femmes ? Le statut que procure le fait d'avoir un emploi n'est-il pas au cœur des rapports de pouvoir entre hommes et femmes (...) ?», etc. (344).

187. Dans la suite de ses travaux, Margaret MARUANI fournit des précisions qui annulent les réserves formulées ci-dessus. Elle avance trois hypothèses combinées :

a) «Le mode d'emploi construit le statut du travail», b) «Le statut social induit le mode d'emploi», c) «Le statut de l'emploi contribue à la définition du statut social et des classes sociales» (345).

Résumons-les brièvement.

1. «Le mode d'emploi construit le statut du travail»

188. Le «mode d'emploi» est défini ainsi : «le type de contrat de travail, les modalités d'accès au marché du travail et les conditions d'emploi» (346), ces dernières renvoyant aux politiques de gestion de la main-d'œuvre dans l'entreprise. L'hypothèse centrale se formule de la manière suivante :

«C'est autour des conditions d'emploi et des types de contrats de travail que s'organisent un certain nombre de clivages sociaux fondamentaux dans l'entreprise (...) la plupart des éléments qui, classiquement, définissent le statut du travail (salaires, qualifications, promotions, etc.) dépendent très fortement du statut de l'emploi» (347).

On mesure toute l'hétérodoxie de cette thèse, qui prend l'exact contre-pied des analyses classiques, où le mode d'emploi ne constitue qu'un effet du statut du

(344) *Ibid.*, p. 22.

(345) Cf. MARUANI, Margaret. - La sociologie du travail en quête de l'emploi. - MICHON, F., SEGRESTIN, D. - L'emploi, l'entreprise et la société. - *op. cit.*, pp. 41 à 48.

(346) *Id.*, p. 43. L'auteur utilise également l'expression «statut de l'emploi».

(347) *Ibid.*, p. 44.

travail. L'auteur affirme qu'«à travail égal, le mode d'emploi discrimine» (348) : les bases de calcul de la rémunération de deux salariés ayant exactement les mêmes fonctions, par exemple, ne sont pas identiques si l'un travaille à temps complet et/ou sur contrat à durée indéterminée (CDI), et l'autre à temps partiel et/ou sur contrat à durée déterminée (CDD).

189. Devant un tel exemple, le juriste réagit immédiatement en dénonçant une infraction à la législation du travail, laquelle interdit explicitement toute inégalité de traitement, à travail égal, entre salariés à temps complet et à temps partiel (article L.212-4-2, 10^e alinéa, C. trav.) et entre salariés sur CDI et sur CDD (art. L.122-3-3, 2^e alinéa, C. trav. ; sous réserve des cas de recours au CDD où la loi impose le versement d'une indemnité de précarité). Or, s'il est incontestable que certains employeurs ne respectent pas ces règles, il ne l'est pas moins que d'autres les observent scrupuleusement ; il paraît donc abusif de généraliser l'hypothèse de la discrimination par le mode d'emploi.

190. La sociologie de l'emploi atteint, peut-être ici, l'une de ses limites, relative à la manière dont elle appréhende l'impact du droit sur les rapports sociaux. Certes, il faut porter à son crédit le fait qu'elle le prend en compte (les types de contrat de travail contribuent à distinguer les modes d'emploi). Mais cette prise en compte demeure à la fois sommaire et ambiguë : sommaire, car se satisfaisant de catégories juridiques très générales (*type de contrats de travail*), ambiguë car laissant planer un doute quant à la responsabilité propre des dites catégories dans les discriminations constatées au cours des recherches empiriques.

Le lecteur a l'impression - mais l'impression, seulement - que le fait même, pour un salarié, d'avoir conclu un CDD engendre une discrimination de salaire (ou, à la rigueur, la permet). En d'autres termes, que la seule existence de la catégorie CDD suffit à susciter une discrimination. La sociologue, en effet, ne dit rien d'une éventuelle prohibition par le droit de toute inégalité de traitement, ce qui laisse supposer qu'à ses yeux une telle règle ne saurait empêcher l'apparition de discriminations effectives ; c'est bien ce qui se passe, puisque ses enquêtes sur le terrain révèlent des situations de discrimination, alors même qu'il existe une règle de droit les interdisant. La sociologue semble tenir le raisonnement suivant : que

(348) *Ibid.*, pp. 44-45.

la règle de droit autorise ou non les discriminations ne change rien à l'affaire, donc il n'y a pas lieu de s'inquiéter du droit.

191. Ce raisonnement ne résiste pas à la critique : certes, la règle juridique d'égalité de traitement ne reçoit pas toujours pleine application, ce qui entraîne que, d'une certaine manière, le mode d'emploi segmente la main-d'œuvre. Mais dans les cas d'entière observation de ladite règle, le mode d'emploi (en tout cas, cet élément du mode d'emploi qu'est le type de contrat) ne segmente pas la main-d'œuvre (349). Dès lors, sont simultanément vraies les deux hypothèses contraires : le mode d'emploi discrimine et ne discrimine pas. L'élément *type de contrat de travail* de la catégorie d'analyse *mode d'emploi* perd ainsi toute pertinence. Le type de contrat de travail cesse de pouvoir être considéré, en soi, comme facteur spontané du statut du travail : ce n'est pas parce que le salarié a conclu un CDD qu'il est moins, ou autant (350), payé que son homologue titulaire d'un CDI.

Les deux situations se rencontrant concomitamment, la sociologie de l'emploi n'est pas fondée à en ériger une en modèle dominant sans avoir démontré en quoi l'autre est résiduelle (quantitativement et/ou qualitativement) (351).

En revanche, elle est d'un grand secours au juriste (et au législateur) lorsqu'elle s'interroge, implicitement, sur les raisons pour lesquelles et les cas dans lesquels le principe juridique d'égalité de traitement n'est pas respecté. A cette occasion, elle pourrait, peut-être, découvrir que les modes d'application du droit du travail, et, plus généralement, le rapport au droit qu'entretiennent les acteurs de l'emploi, en tant qu'ils participent de la détermination des conditions contractuelles réelles, des modalités d'accès au marché du travail et des conditions d'emploi,

(349) D'ailleurs, même en l'absence d'une telle règle de droit, il n'est pas dit que l'égalité de traitement ne se rencontrerait jamais.

(350) Il arrive même, plus rarement, que le salaire soit supérieur en cas de CDD ; il est vrai qu'il s'agit toujours d'une discrimination, bien qu'elle contredise la thèse (sous-jacente) de la dégradation du statut lié au CDD.

(351) En l'état actuel des connaissances, rien ne permet d'affirmer que les cas de discrimination salariale en situation de CDD sont plus nombreux que les cas d'égalité. En revanche, le fait semble établi en ce qui concerne le temps partiel. La totalité des travaux relatifs au travail féminin mettent en évidence une discrimination négative en matière de salaire par rapport au travail masculin (à travail égal). Or, en France, la quasi-totalité des emplois à temps partiel sont occupés par des femmes. Parmi une abondante bibliographie, voir not. : MARUANI, Margaret, NICOLE, Chantal. - *Au labour des dames : métiers masculins, emplois féminins*. - Paris : Syros, 1989 ; MARUANI, Margaret, NICOLE-DRANCOURT, C. - *La flexibilité à temps partiel*. - Paris : La documentation française, 1989 ; KERGOAT, D. - *Les femmes et le travail à temps partiel*. - Paris : La documentation française (Document Travail Emploi), 1984.

construisent aussi le statut du travail ; elle pourrait, peut-être, découvrir que ces modes d'application du droit, ce rapport au droit, procèdent, à leur tour, de facteurs sociaux sans rapport avec la sphère économique.

2. «Le statut social induit le mode d'emploi»

192. La grille de distribution des différents modes d'emploi à la population active repose, selon cette deuxième hypothèse, sur les différences de statut social «qui dépassent très largement les attributs professionnels des individus concernés» (352) : âge, sexe, situation familiale, durée de chômage, niveaux et sources de revenus, nationalité, etc. Les économistes connaissent bien ces facteurs, dont ils apprécient le poids en matière d'employabilité des salariés. L'auteur s'appuie sur l'une de ses études qui établit que les entreprises choisissent parfois, en cas de sous-activité temporaire, de placer les hommes en situation de chômage partiel telle que prévue par le Code du travail, et, simultanément, de réduire la durée hebdomadaire de travail des femmes (passage contraint au temps partiel).

Comment expliquer cette différence de traitement, que ne justifie manifestement aucune considération économique, sinon par la mise en œuvre d'une «logique sociale» selon laquelle *qui dit temps partiel, dit emploi de femmes* ? Dans cet exemple, conclut Margaret MARUANI,

«le partage de l'emploi repose sur la *définition sociale* de ce qui distingue emploi masculin et emploi féminin. Ailleurs, il prend appui sur d'autres formes de différenciations sociales. Mais le mécanisme demeure semblable : les politiques d'emploi, qu'elles soient publiques, ou d'entreprise, s'appuient sur des clivages sociaux préexistants qu'elles contribuent à pérenniser, renforcer ou redéfinir» (353).

La sociologue semble penser que c'est toujours le cas, mais cela reste, évidemment, à démontrer.

193. Son hypothèse procède, manifestement, d'une approche holiste : les clivages sociaux, pour influencer les comportements des acteurs, leur préexistent nécessairement. Mais elle admet une rétroaction de ceux-ci sur ceux-là, qui,

(352) *Op. cit.*, p. 46.

(353) *Ibid.*, p. 47, souligné par l'auteur.

cependant, ne va pas jusqu'à supposer que les politiques d'emploi contribuent à créer de nouveaux clivages sociaux.

A la lecture de ces propositions, une question se forme dans l'esprit du juriste : dans quelle mesure le droit (du travail, des politiques d'emploi), qui façonne, lui aussi, lesdites politiques, reflète-t-il les clivages sociaux en question, les reproduit-il ? Il est incontestable qu'en certaines matières le droit s'avance à contre-courant des clivages sociaux existants. On pense ici, entre autres, à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. Il est raisonnable de penser que le droit se trouve parfois à l'origine de l'apparition de clivages sociaux sans antécédent. On évoque, ici, la véritable *balkanisation* de la catégorie des jeunes travailleurs opérée par plus de quinze ans de politiques publiques spéciales, à l'éclatement de la catégorie des chômeurs en multiples segments ne recevant pas les mêmes prestations (354), etc.

3. «Le statut de l'emploi contribue à la définition du statut social»

194. D'une certaine manière, la dernière hypothèse de Margaret MARUANI répond aux questions précédentes. Introduisant la notion d'emploi dans «ce qui construit la stratification sociale» (355) (et donc le concept d'emploi dans la théorie des classes sociales (356)), elle note que le statut social affecte l'accès à l'emploi. Pour l'obtention de ce «droit à l'emploi» (357), «s'affrontent des catégories, des groupes, des classes sociales».

Et, réciproquement, l'inégal droit à l'emploi, l'inégal partage de l'emploi produisent les hiérarchies sociales, les mécanismes de ségrégation, de segmentation, tant il est vrai qu'«avoir un emploi, c'est avoir un travail et un salaire, mais aussi un statut social» (358), une «identité sociale».

195. La sociologie de l'emploi peut être tentée de s'en tenir à la découverte des statuts sociaux et rapports de classe selon cette méthode, ou

(354) Le phénomène assurant, ainsi, la permanence du processus d'*invention du chômage* révélé par les statisticiens. V. supra, n° 142 et s.

(355) *Op. cit.*, p. 48.

(356) Ce que ne fait pas la sociologie des classes sociales classique : v. supra, n° 163 et s.

(357) L'auteur emprunte à LEGOFF, Jacques. - Du silence à la parole. - *op. cit.*, la définition : «droit d'accès à un emploi» (bien problématique !).

(358) Cf. MARUANI, Margaret - La sociologie du Travail ... - *op. cit.*, p. 48.

d'affiner l'analyse des mécanismes par lesquels le mode d'emploi construit ces statuts et décompose-recompose le salariat.

Elle peut aussi, cessant de s'en remettre au juriste sur ce point, et rejoignant de la sorte les préoccupations de celui-ci (qui s'en féliciterait), s'attacher à étudier l'évolution des significations sociales (de la *construction sociale*) du *droit d'obtenir un emploi* que garantit le droit objectif, et des droits subjectifs en matière d'emploi.

Sous-section 2 :

VARIATIONS SUR : POUR UNE SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

196. Depuis 1987, année de parution des articles de Margaret MARUANI en collaboration avec A.C. DECOUFLE et C. NICOLE, la sociologie de l'emploi semble avoir été happée par, d'un côté, son rapprochement avec l'économie du travail français et, de l'autre, l'impérialisme théorique du concept d'entreprise (359).

Toutefois, le projet rencontra rapidement les centres d'intérêt d'autres sociologues. Citons, ici, à titre d'illustration, les noms de Pierre DESMAREZ et Marc MAURICE.

197. Pierre DESMAREZ adhère, globalement, aux objectifs d'une sociologie de l'emploi. Il adopte néanmoins pour point de départ une définition micro-analytique de l'emploi : «*c'est une relation entre un individu porteur d'une formation (...) un poste de travail (...) et une rémunération*» (360). Puis, il passe, aussitôt, à une approche macro-sociologique proche de celle de Margaret MARUANI :

(359) Cf. MARUANI, Margaret - La sociologie de l'emploi : une recherche aux frontières de l'entreprise ? - Les Cahiers du LASTREE, 1987, n° 2.

(360) Cf. DESMAREZ, Pierre. - Marché du travail et sociologie. - MARUANI, Margaret, REYNAUD, Emmanuelle, éd. - France-Allemagne : débats sur l'emploi. - Paris : Syros, 1987, p. 141.

«D'un point de vue sociologique, l'emploi ne se comprend que comme phénomène collectif, c'est-à-dire que comme ensemble hiérarchisé de relations entre des termes eux-mêmes hiérarchisés et classés dans des catégories qui sont elles aussi socialement construites. L'emploi comprend donc aussi bien les conditions d'accès à l'activité professionnelle que les conditions d'exercice de cette activité. (...) Ainsi défini, l'emploi concerne tant l'échange de la force de travail, traditionnellement traité par les économistes que son usage, qui relève, tout aussi traditionnellement, des centres d'intérêt des sociologues ...» (361).

A la différence de Margaret MARUANI, cet auteur ne distingue travail et emploi que pour fondre, en quelque sorte, le travail dans l'emploi.

Il range, a posteriori, dans la sociologie de l'emploi à la fois des recherches macro et meso-analytiques, insistant sur la nécessité méthodologique de saisir les interactions entre les échelons sociétal et local de construction sociale de l'emploi, les médiations qui animent ces interactions (362).

S'agissant des analyses macro-analytiques, P. DESMAREZ estime qu'elles

«ont mis en évidence l'importance de toute une série de variables macro-sociales pour l'organisation nationale du fait salarial» (363),

parmi lesquelles : le droit du travail et de l'emploi, les politiques publiques (de l'emploi, sociales, familiales, fiscales, industrielles), l'organisation des relations professionnelles, celle des relations formation-emploi, les modes de formation du salaire, la gestion de la mobilité professionnelle.

Il rappelle, par ailleurs, que P. ROLLE et P. TRIPIER utilisaient déjà, à la fin des années 1980, la catégorie d'analyse de *construction sociale*, à laquelle Margaret MARUANI confère un rôle majeur, ainsi définie :

«mise en relation d'un ensemble de formations, d'un ensemble de conditions d'utilisation de la force de travail et d'un ensemble de rémunérations» (364).

(361) *Ibid.*

(362) *Ibid.*, p. 146.

(363) *Ibid.*, p. 142.

(364) Cf. ROLLE, P., TRIPIER, P. - Valeur d'échange et valeur d'usage de la force de travail. - Collectif. - La division du travail (actes du colloque de Dourdan I). - Paris : Galilée, 1978.

198. P. DESMAREZ ne suit pas fidèlement la définition que donne C. MARUANI de la sociologie de l'emploi, et penche plutôt pour y voir une sociologie du marché du travail. Les recherches qu'il estime s'en rapprocher

«se caractérisent par une grande diversité d'objets, et surtout par une grande hétérogénéité de perspectives ; on ne peut dire qu'elles sont l'expression d'une sociologie du travail suffisamment cohérente et élaborée pour appréhender la relation d'emploi de manière sociologiquement satisfaisante» (365).

Sans trahir sa pensée, on peut écrire qu'il conclut à l'absence d'un concept dominant et sophistiqué d'emploi (et donc à celle d'une théorie analogue) en sociologie (du travail), sachant qu'il reconnaît l'existence d'avancées qui en ouvrent la voie. Il propose lui-même, à ce titre, que l'on se penche sur les rapports entre la dynamique du salariat et celle des «segments non-salariés du marché du travail» (366), expression apparemment contradictoire dont il ne fournit malheureusement, pas la clef.

199. Le sociologue Marc MAURICE, qui pratique une interdisciplinarité aussi étroite que fructueuse avec l'économie du travail depuis de longues années, ne pouvait rester indifférent à l'idée d'une sociologie de l'emploi. Son optique, très proche des précédentes, se préoccupe en premier lieu de l'héritage économique :

«Comme pour d'autres notions issues de pratiques sociales et d'abord intégrées au champ de l'économique, faire une sociologie de l'emploi nécessite un effort de déconstruction - reconstruction de l'objet», «c'est donc bien le saisir comme un construit social à l'intersection de rapports sociaux multiples, sans le considérer pour autant lui-même comme un objet sociologique particulier» (367).

Cet auteur répond, explicitement, à une question sous-jacente à l'ensemble des travaux de sociologie autour des phénomènes d'emploi, et qui nous paraît la plus essentielle : la sociologie doit-elle appréhender l'emploi comme l'un de ses objets ? Nous avons vu que Margaret MARUANI penche plutôt pour une réponse

(365) Cf. DESMAREZ, P. - *op. cit.*, p. 148.

(366) *Ibid.*, p. 149.

(367) Cf. MAURICE, Marc. - *Réflexions sur les constituants du marché du travail.* - MARUANI, Margaret, REYNAUD, E., éd. - France - Allemagne ... - *op. cit.*, p. 104.

affirmative (368). Marc MAURICE, d'un avis différent, préfère mettre l'accent sur cette particularité qu'a l'emploi d'être engendré par le croisement de plusieurs types de rapports sociaux, en sorte que la seule sociologie, qui ne s'intéresse qu'à certains d'entre eux, ne saurait le saisir dans son intégralité, dans sa plénitude.

200. Cette approche méthodologique matérialise la conviction selon laquelle une construction de l'emploi en tant qu'objet de la sociologie, science sociale particulière, nierait inmanquablement la complexité de ses manifestations réelles. Conviction qui concerne, logiquement, les autres sciences sociales dans les mêmes conditions (bien que l'auteur ne le mentionne pas expressément), et milite pour une construction interdisciplinaire de l'objet emploi.

L'approche ne s'oppose pas, bien entendu, à la sélection, par la sociologie, de plusieurs objets représentant divers aspects de l'architecture de l'emploi, ainsi que Marc MAURICE le précise. En ce sens, la diversité d'objets et l'hétérogénéité de perspectives décelées par Pierre DESMAREZ n'apparaissent pas insatisfaisantes pour une appréhension sociologique élaborée et cohérente de l'emploi, contrairement à son opinion (369).

Cette approche, dont le lecteur aura compris qu'elle recueille, dans ses grandes lignes, notre faveur, paraît de nature à ménager une meilleure place à l'analyse juridique parmi les autres disciplines intervenant dans ce champ.

Sous-section 3 :

AU-DELA DE LA SOCIOLOGIE DE L'EMPLOI

201. Comme il vient d'être dit, la réflexion sur une éventuelle sociologie de l'emploi conduit, dans le même mouvement, à envisager son dépassement, dans une perspective d'interdisciplinarité. L'axiome de la *construction sociale*, simultanément, fonde la sociologie de l'emploi, fixe ses limites et réalise un

(368) V. supra, n°s 230 et s.

(369) V. supra, n° 246.

pontage méthodologique entre les diverses sciences sociales intéressées. Sous cet éclairage, les analyses de certains chercheurs prennent tout leur sens.

202. Synthétisant les analyses de plusieurs auteurs, Margaret MARUANI et E. REYNAUD soulignent que :

«les questions de l'emploi, du partage du travail et de la flexibilité apparaissent comme un ensemble complexe mettant en jeu des mécanismes économiques et juridiques tout autant que des processus sociaux» (370).

Il faut donc élargir le champ d'observation et de réflexion, car la situation de l'emploi est construite par de nombreux acteurs. Evoquant le rôle du droit, les auteurs notent, en particulier, que :

«le juge intervient de manière de plus en plus déterminante bien qu'éclatée pour définir ce qu'est l'emploi et organiser entre eux dans les faits les rapports des différentes catégories de salariés» (371).

Bien plus, l'emploi est un phénomène social central

«au sens où ses évolutions accompagnent ou remettent en cause des régulations ou des mécanismes qui dépassent largement la sphère des activités professionnelles, les marchés du travail et les questions d'ajustement de l'offre et de la demande d'emploi» (372).

Rien ne doit, alors, être négligé pour l'appréhender :

«toutes les disciplines des sciences sociales, de l'histoire, du droit, de la linguistique doivent être conviées à cette tâche» (373),

et ajouterions-nous, invitées à travailler en étroite collaboration.

(370) Cf. MARUANI, Margaret, REYNAUD, E. - L'emploi, construction sociale : constitution d'un champ de recherches. - MARUANI, Margaret, REYNAUD, E., éd. - France - Allemagne ... - *op. cit.*, p. 20.

(371) *Ibid.*, p. 21. L'organisation, par le juge, des rapports entre catégories de salariés doit être comprise, ici, comme un effet de l'organisation, par le juge, des rapports entre salariés et employeurs, lesquels produisent les catégories de salariés.

(372) *Ibid.*

(373) *Ibid.*

203. Dans le même sens, un autre sociologue spécialiste des questions d'emploi, Mateo ALALUF, considère que marché du travail et construction sociale de l'emploi ne sauraient continuer de délimiter les champs respectifs de l'économie et de la sociologie (374). En fait, écrit-il,

«la construction sociale du marché, loin d'être le terrain spécifique des sociologues, semble précisément constituer un objet commun» (375).

Il faut se garder, selon lui, de réifier l'emploi, qui s'analyse plutôt en terme de rapport (social) que d'objet. Fruits des compromis sociaux entre stratégies des catégories d'acteurs (syndicats, patronat, Etat), les configurations de l'emploi et leurs évolutions

«définissent la place, le rôle et les transformations dont les syndicats, les patronats et les pouvoirs publics sont le siège» (376).

204. En un mot, l'évolution la plus récente de la réflexion macro-analytique de la sociologie œuvre à un remaniement en profondeur de la conceptualisation de l'emploi, que l'on pourrait résumer en six propositions :

- l'emploi ne peut être réduit à un sous-produit du concept économique néoclassique de **marché du travail**,
- l'emploi se présente comme un phénomène de société **complexe et central**,
- l'emploi, loin de se réduire à un objet particulier, s'analyse en un **rapport**,
- ce rapport est **social**, en ce qu'il exprime l'articulation entre de multiples modes de réalisation de la société (économique, juridique, linguistique, historique, éthique, etc.),
- l'emploi, rapport social, se conçoit -ex post- comme construit et se **construisant** sous l'effet de la rencontre des stratégies des acteurs (individuels et collectifs), qu'il contribue à produire,

(374) Cf. ALALUF, Mateo. - L'emploi, une relation sociale instable. - MICHON, F., SEGRESTIN, D. - L'emploi, l'entreprise et la société. - *op. cit.*, p. 283.

(375) *Ibid.*

(376) *Ibid.*, pp. 284-285.

- par voie de conséquence, aucune science sociale ne saurait prétendre produire, à elle seule, un concept global d'emploi ; ce qui entraîne que les cinq propositions précédentes définissent, non un concept sociologique d'emploi, mais un cadre théorique général transdisciplinaire propre à articuler les résultats des recherches menées par les diverses sciences sociales concernées, voire, éventuellement, à fournir à ces dernières une approche générale et commune des questions, relatives à l'emploi, qu'elles se posent. En ce sens, ces cinq propositions cessent de relever, à proprement parler, de la sociologie, pour constituer l'ébauche d'un des fondements d'une théorie totale de la société, secret espoir de tout chercheur en sciences sociales.

(377) où celles-ci se trouvent placées du fait de l'exercice (ou du non-exercice) desdits droits, ces travaux se situent clairement dans une perspective micro-analytique, que les auteurs en aient, ou non, conscience.

211. Le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, dont chacun sait que celui de la Constitution française du 4 octobre 1958 le maintient en vigueur, proclame :

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

parmi les «*principes particulièrement nécessaires à notre temps*». La première phrase de l'alinéa suscite, depuis une dizaine d'années (seulement) un débat quant à l'existence d'un *droit à l'emploi*. Parmi les juristes qui y participent, on distingue deux positions, l'une plutôt favorable à sa reconnaissance (Section 1), l'autre préférant parler de *droit au travail* (Section 2) (378).

(377) La notion de *situation juridique de travail* correspond, dans ses grandes lignes, à celle de *situation de travail* définie par les sociologues. V, supra, n° 157.

(378) Faute de pouvoir, ici, analyser ce débat de manière exhaustive et détaillée, nous nous bornerons à schématiser les deux positions en citant quelques-uns de leurs représentants.

Section 1 :

DROIT A L'EMPLOI

212. Certains juristes affirment l'existence positive d'un droit à l'emploi, *droit social* satisfaisant une revendication légitime des salariés sans, pour autant, que l'économie de marché s'en trouve menacée dans ses fondements. La compatibilité s'explique par le fait que la *créance* ouverte par ce droit trouve son débiteur en la personne de l'Etat, posé comme extérieur à la sphère économique, et non en celles des détenteurs privés de capitaux. Ces auteurs n'y voient qu'un droit *objectif*, qui ne contraint pas l'Etat à fournir effectivement un emploi à tout demandeur ; par là, implicitement, ils estiment que le droit n'autorise pas l'Etat à porter atteinte à la liberté d'embauchage, corollaire de la liberté d'entreprise (Sous-section 1). Pourtant, à l'analyser de près, il semble bien que le «*droit d'obtenir un emploi*» mentionné par la Constitution ne prohibe pas, à lui seul, de telles atteintes, malgré l'ambiguïté de l'interprétation qu'en a livrée le Conseil constitutionnel en 1983 (Sous-section 2).

Sous-section 1 :

DROIT A L'EMPLOI ET ORGANISATION JURIDIQUE DU MARCHE DU TRAVAIL

Quelques auteurs centrent leur réflexion sur la définition d'un "droit à l'emploi et au meilleur emploi" (A.), tandis que d'autres s'interrogent sur l'organisation juridique du marché du travail (B.).

A. Le droit à l'emploi et au meilleur emploi

213. Au tournant des années 1970-1980, Jean-Claude JAVILLIER cite le droit à l'emploi parmi les *droits sociaux* consacrés en 1946 (379). Mais il n'en fournit aucune définition, comme si l'expression était suffisamment explicite par elle-même. Certes, tous les auteurs le signalent, l'usage du terme emploi dans son acception globalisatrice se répand dans le discours du droit positif (et, par suite, de sa science) dès le début des années 1960 (380) ; la crise du milieu des années 1970 fait redécouvrir le Préambule de la Constitution de 1946, et l'expression *droit à l'emploi* devient rapidement usuelle. Elle paraît exprimer plutôt une revendication face au chômage qu'un indiscutable droit objectif découvert par la théorie juridique, y compris sous la plume des auteurs. Ecrire que le droit à l'emploi est un droit social constitutionnel depuis 1946 paraît épuiser la question. Jean-Claude JAVILLIER se borne à attirer l'attention sur une éventuelle équivocité de sens (381). La dimension revendicatrice de l'usage de la formule transparaît bien dans l'évocation d'un *droit à l'emploi et au meilleur emploi*, grâce au développement des institutions de formation professionnelle (382). L'auteur utilise, également, les termes *droit au travail* pour désigner le droit à l'emploi, établissant implicitement une relation de synonymie entre travail et emploi (383). Onze ans plus tard, Jean-Claude JAVILLIER intitule la Première Partie de son manuel : *Emploi et travail*, qu'il introduit en évoquant la liberté du travail et le droit à l'emploi, ajoutant :

«Les questions de l'emploi et du travail sont indissolublement liées. Le droit du travail concerne ceux qui ont un emploi, qui travaillent de façon subordonnée (...) En outre, il convient de souligner l'importance et la difficulté d'une nécessaire conciliation entre droit au travail et liberté du travail» (384).

Une problématique est posée, mais l'auteur ne la développe pas ; le plan que suit cette Partie permet d'en savoir plus. Un premier chapitre est consacré au «*Cadre institutionnel*», organisé en deux sections ainsi justifiées :

(379) Cf. JAVILLIER, Jean-Claude. - *Droit du travail*. - Paris : LGDJ, 1981, pp. 17 et 18.

(380) Le Fonds National de l'Emploi est créé par une loi n° 63-1240 du 18.12.1963.

(381) Cf. JAVILLIER, Jean-Claude - *op. cit.*, *loc. cit.*

(382) *Ibid.*, p. 364.

(383) *Ibid.*, pp. 44, 100.

(384) Cf. JAVILLIER, Jean-Claude. - *Droit du travail*. - Paris : LGDJ, 1992, p. 107, souligné par nous.

«Le cadre dans lequel toutes les règles relatives tant à l'emploi qu'au travail sont conçues et mises en œuvre est double. D'une part, toute règle relève – directement ou non – d'une politique de l'emploi et du travail. Tout juriste qui intervient dans ce domaine met en œuvre une politique de l'emploi. C'est en quelque sorte l'approche macro-juridique (Section 1). Mais, à l'interface juridique, le droit de l'emploi implique la définition de concepts : employeur et entreprise. Ce sera le moment de l'analyse micro-juridique (Section 2)» (385).

Il s'agit, à notre connaissance, de la seule tentative d'un juriste du travail d'organiser explicitement la réflexion sur l'emploi dans une approche en termes de niveaux micro- et macro-analytique. Il faut donc s'y attarder pendant quelques lignes.

214. Notons, pour ne plus y revenir ici, (386), que la micro-analyse de Jean-Claude JAVILLIER se centre exclusivement, et de manière unilatérale, sur la définition des concepts d'employeur et d'entreprise, négligeant les concepts de salarié et de relation juridique de travail. Il est vrai que ces derniers sont traités à d'autres endroits de l'ouvrage ; mais le niveau d'analyse n'y est pas précisé.

L'approche macro-juridique concerne, toujours selon ce professeur, «la politique de l'emploi et du travail», les deux éléments relevant d'une «problématique d'ensemble». Cette politique est «mise en œuvre par des techniques juridiques», elle a des composantes très diverses, elle est publique (Etat) et privée (partenaires sociaux). L'analyse semble hésiter entre un niveau macro-analytique de réflexion théorique sur emploi et travail en tant qu'objets scientifiques, et une simple catégorie descriptive des politiques initiées par les acteurs ; il est manifeste que ces dernières ne relèvent pas - sauf exception et dans la période la plus récente - d'une problématique consciente et réfléchie, par les acteurs, des liens entre travail et emploi, ce qui peut entretenir l'hésitation.

Toutefois, dès lors qu'à ce niveau emploi et travail se trouvent théoriquement liés au point d'être confondus, la démarche s'oppose à une conceptualisation spécifique de l'emploi, distincte (ce qui ne signifie pas isolée, ni antinomique) de la conceptualisation du travail. Ainsi s'explique que Jean-Claude JAVILLIER assimile l'un à l'autre droit à l'emploi et droit au travail. Une telle analyse conduit à fondre l'un dans l'autre droit du travail et droit de l'emploi, donc à considérer que ces deux corps de règles obéissent (doivent obéir) à une seule et même logique, une seule et même finalité. Or, s'agissant du droit positif tel qu'il évolue

(385) *Ibid.*, p. 108, souligné par l'auteur.

(386) Puisque nous focalisons cette étude sur le niveau macro-analytique.

depuis une quinzaine d'années, rien, en apparence, n'est moins certain, et l'on dénonce régulièrement des perturbations causées au sein du droit du travail par le droit de l'emploi.

215. Les deux autres chapitres de la première partie de l'ouvrage de Jean-Claude JAVILLIER s'intitulent, respectivement : Emploi et Travail. Leur contenu traduit une présentation du droit positif applicable à l'emploi comme ensemble de règles garantissant le *droit à l'emploi et au meilleur emploi* : une première section présente le droit de la formation professionnelle (initiale, puis continue), une deuxième les règles relatives à «l'accès à l'emploi» (procédures d'embauche, conclusion du contrat de travail, panoplie des contrats de travail), la troisième traite de la «protection de l'emploi» (suspension (387) puis rupture du contrat de travail), la dernière de l'indemnisation du chômage et de la lutte contre le travail clandestin.

L'organisation de ce chapitre crée l'impression que le droit positif adopte, en matière d'accès à et de maintien de l'emploi, le point de vue du demandeur d'emploi, du salarié, qu'il privilégie leurs intérêts. Certes, les développements n'hésitent pas à critiquer la facture, la cohérence ou l'efficacité des règles. Mais, globalement, le discours procède du courant de pensée *protectionniste* et *progressiste* largement présent en doctrine de droit du travail.

Par ailleurs, Jean-Claude JAVILLIER, dans ces pages, présente une politique juridique de l'emploi agissant essentiellement sur la relation élémentaire d'emploi, au niveau micro-juridique, aux fins d'engendrer des effets sur le volume global de l'emploi, au niveau macro-socio-économique. Une telle politique repose, ainsi, sur cette conception macro-analytique de l'emploi qui se réduit à une simple agrégation arithmétique, une simple sommation des relations individuelles

(387) L'étude du régime juridique de la suspension du contrat de travail trouve très logiquement sa place au sein de développements relatifs à la protection de l'emploi, depuis qu'un autre auteur a magistralement démontré que «La suspension du contrat de travail appartient ainsi au dispositif protecteur de l'emploi dont fait partie le droit du licenciement et ne présente d'intérêt que dans cette seule perspective» : cf. LANGLOIS, Philippe. - Contre la suspension du contrat de travail. - D. 1992, Chr., XXIX, p. 141 ; selon cet auteur «il n'y a donc pas suspension en tant que telle, mais protection de l'une des parties au contrat lors de certaines inexécutions de ses obligations contractuelles, protection qui entraîne une suspension corrélative des obligations des deux parties à ce contrat synallagmatique auquel l'autre ne peut pas mettre fin sur le fondement de l'inexécution» (p. 142). Seul le salarié bénéficie de cette protection. Cette analyse combat, avec succès, la théorie traditionnelle de la suspension considérée comme institution *sui generis* visant à faire obstacle à la rupture automatique du contrat du fait de l'inexécution. V. ég. BERAUD, Jean-Marc. - La suspension du contrat de travail. - Paris : Sirey, 1980.

d'emploi. Il est difficile de déterminer, faute de prises de positions explicites de sa part, si l'auteur adhère, lui-même, à cette conceptualisation ; on note, en tout cas, qu'il ne la critique pas.

Enfin, on peut relever que le droit applicable à l'emploi tel que le présente ici le professeur JAVILLIER ne concerne pas les conditions d'emploi, mais exclusivement l'accès à et la perte de l'emploi. En d'autres termes, économiques, ce droit ne régit que la mobilisation de la force de travail, non son usage. Il n'appréhende que la mobilité des travailleurs sur le marché du travail. L'auteur réduit le droit de l'emploi aux règles en question, ce qui implique que le terme emploi ne désigne que le processus *entrée-sortie* (appel - rejet, *input - output*, etc.) de la main-d'œuvre, excluant toute prise en considération des périodes où elle est employée.

216. Le chapitre suivant, consacré au travail, aborde successivement l'exécution du travail (obligations du salarié et sanctions), les conditions de travail (protection de la santé et limitation de la durée du travail), et la rémunération. On trouve, ici, la réglementation relative aux périodes délimitées par l'entrée et la sortie, l'accès à l'emploi et sa perte. Le vocabulaire sert clairement l'analyse : il s'agit de périodes de travail, non d'emploi. Il n'est question ni d'exécution des obligations d'emploi, ni de conditions d'emploi, encore moins de rémunération de l'emploi.

Pour commode qu'elle soit d'un point de vue pédagogique, cette partition rigide entre travail et emploi n'en véhicule pas moins une représentation dichotomique et des règles, et de leur objet, qui ne rend pas compte du lien indissoluble entre les questions du travail et de l'emploi que l'auteur évoque dans l'introduction de cette partie (388). Pourquoi, par exemple, ranger les règles de la durée du travail dans la rubrique : travail, plutôt que sous le titre : emploi ? Les débats de société, resurgis au début de la décennie 1990, à propos de la réduction du temps de travail en tant que moyen de lutte contre le chômage suffisent à démontrer que ces règles touchent simultanément aux deux questions ; ou, en renversant le propos, que ces deux questions sont -nécessairement- complémentaires, ne se posent pas l'une sans l'autre.

217. Jean-Maurice VERDIER apporte une autre contribution remarquable à la thèse du *droit à l'emploi et au meilleur emploi*. Il insère ses

(388) V. *supra*, n° 213.

développements sur le thème dans un chapitre intitulé «L'appartenance à l'entreprise» qui ouvre le Titre II «Les rapports de travail au sein de l'entreprise» d'une Partie affectée aux «Relations de travail dans l'entreprise», du Memento publié en 1986 (389).

Cependant, ce plan n'annonce pas exclusivement une approche micro analytique : le chapitre débute par une section présentant «l'accès à la vie professionnelle et la politique de l'emploi», où l'on trouve les développements relatifs au droit à l'emploi, et se termine par une seconde section centrée sur l'étude, classiquement micro-analytique, du droit du contrat de travail. La distinction entre les deux niveaux d'analyse demeure, ainsi, hésitante ; à la différence de Jean-Claude JAVILLIER, Jean-Maurice VERDIER ne déclare d'ailleurs pas y accorder d'importance (390).

218. Dans cette première section, après avoir cité le Préambule de la Constitution de 1946 et mentionné les Ateliers Nationaux de 1848 (391), il définit ainsi le droit à l'emploi : «moyen concret d'exercice de la liberté du travail» (392). Selon lui, ce droit

«appelle une politique de l'emploi engageant l'Etat et associant les employeurs et les organisations syndicales, sans laquelle il reste théorique» (393).

(389) Cf. VERDIER, Jean-Maurice. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, Memento, 1986.

(390) Dans la 9e édition de son *Memento*, parue en 1993, Jean-Maurice VERDIER procède à une modification de son plan, qui élimine l'ambiguïté consécutive au rangement de l'étude du droit à l'emploi dans une Partie consacrée aux relations de travail dans l'entreprise. Le nouveau plan fait figurer cette étude dans une 2e Partie intitulée «L'emploi et le statut du salarié». Toutefois, l'auteur n'a pas saisi l'occasion pour préciser le niveau d'analyse adopté. Cf. VERDIER, Jean-Maurice - Droit du travail. - Paris : Dalloz, Memento, 1993, 9e éd., pp. 144-145.

(391) La Constitution du 4 novembre 1848 mettait à la charge de l'Etat l'obligation d'employer, lui-même, les personnes sans emploi : «La République ... doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler» (Préambule, VIII), «La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage ... l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ... » (art. 13). C'est sur ce fondement que furent créés les Ateliers Nationaux, expérience aussi brève que peu concluante.

(392) Cf. VERDIER, J.M. - *op. cit.*, p. 190.

(393) *Ibid.*

L'auteur distingue politiques quantitatives, tendant à assurer le plein emploi, et qualitatives, à garantir la sécurité (le maintien) de l'emploi, celles-ci censées corriger, à partir des années 1960, l'insuffisance de celles-là, mises en place dans les années 1930. La distinction semble donc concerner les moyens de ces politiques (action sur les mécanismes globaux ou sur la relation élémentaire d'emploi) plus que leurs fins.

L'auteur présente ce droit à l'emploi comme organisé par une

«réglementation (du marché du travail) protectrice des salariés (placement, lutte contre le chômage, orientation) puis (par) la mise en place d'organismes et de techniques nouveaux par la loi et des accords collectifs» (394).

L'optique est analogue à celle de Jean-Claude JAVILLIER, à un détail près : elle se focalise sur les règles relatives à l'accès à l'emploi, et n'évoque la réglementation du licenciement que dans la perspective de la reconversion et du reclassement. Il s'agit donc d'une conception très réductrice du droit à l'emploi, interprétant littéralement l'expression du Préambule de la Constitution de 1946 : «droit d'obtenir un emploi», y compris après avoir perdu le précédent, mais non : droit de conserver le même emploi. En ce sens, ni Jean-Claude JAVILLIER, ni Jean-Maurice VERDIER ne rangent l'article L.122-12, 2e alinéa, du Code du Travail parmi les dispositions garantissant ce droit constitutionnel à l'emploi.

219. Le «droit au meilleur emploi» de Jean-Maurice VERDIER est identique à celui de Jean-Claude JAVILLIER : il se traduit par la réglementation en matière de formation professionnelle, initiale et continue (395). Curieusement, l'auteur aborde la question de la qualification dans des développements séparés de ceux qu'il consacre au droit à l'emploi et au droit au meilleur emploi (396) ; pourtant, même traitée, comme c'est le cas, sous le seul angle de la classification, elle procède, manifestement, d'une problématique de l'emploi. Enfin, on remarque que Jean-Maurice VERDIER, pas plus que Jean-Claude JAVILLIER ne prend clairement position quant au point de savoir si le droit à l'emploi et au meilleur emploi appartient à la catégorie seule du droit objectif, ou engendre, en sus, des droits subjectifs. Aucun de ces auteurs ne discute sa portée, c'est-à-dire,

(394) *Ibid.*, p. 191, italiques dans le texte, souligné par nous.

(395) *Ibid.*, p. 205 et s

(396) *Ibid.*, p. 218 et s.

la nature de l'obligation qu'il fait peser sur son ou ses débiteurs, ni ne désigne clairement ceux-ci.

En outre, on observe que, la Constitution mise à part, lois et décrets d'un côté et accords collectifs de l'autre constituent, aux yeux de ces auteurs, les seules sources du droit à l'emploi. Ni le contrat individuel, ni les usages, ni même la jurisprudence ne sont présentés comme participant à la construction de ce droit. Ceci s'explique sans doute par la prégnance de la réflexion en terme de *politique* (d'emploi) ; mais il est permis de douter que cette approche épuise la question. La jurisprudence, à tout le moins, nous paraît particulièrement active en la matière (349).

B. L'organisation juridique du marché du travail

220. François GAUDU est un autre partisan de la thèse du droit à l'emploi. Bien qu'ayant adopté, dans sa recherche doctorale, le niveau micro-analytique de conceptualisation de l'emploi (350), il s'exprime également en faveur d'un droit objectif à l'emploi. Il rejoint Jean-Claude JAVILLIER dans le petit cénacle de juristes soucieux de déterminer explicitement le niveau d'analyse où ils se situent, et prend la peine de s'en justifier longuement. Dès les premières pages de sa thèse de doctorat, dans lesquelles il présente une «*approche sémantique de la notion d'emploi*», il note le sens macro-économique qu'elle revêt actuellement (351). Selon cet auteur,

«Il est en définitive possible de regrouper en quatre grandes catégories de sens les différentes significations juridiques du terme d'emploi : sens global, macro-économique : plein emploi / politique de l'emploi / situation de l'emploi ; sens individuel négatif : demandeur d'emploi / travailleur involontairement privé d'emploi ; sens individuel positif : utilisation de la main-d'œuvre / création, titulaire, stabilité, suppression ... de l'emploi ; enfin sens collectif micro-économique : situation de l'emploi dans l'entreprise, contrôle exercé par le comité d'entreprise sur l'emploi ...» (352).

(349) V. *infra*, 3e Partie, Chapitre 2.

(350) Cf. GAUDU, François. - L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique. - Thèse, Université Paris 1, 1986.

(351) *Ibid.*, pp. 7-8, et 22-23.

(352) *Ibid.*, p. 24.

221. Cette typologie met en pleine lumière la prégnance de la signification économique du terme emploi dans le discours juridique. (En ce sens, il est préférable de voir dans ces quatre catégories, incontestables, autant d'usages par le droit de notions économiques, plutôt que de «significations juridiques»). Elle traduit parfaitement la difficulté, pour le juriste, de construire sa (ses) propre(s) signification(s) du terme ; difficulté qui se manifeste jusque dans le vocabulaire désignant les niveaux d'analyse : François GAUDU écrit, de manière tout à fait significative, «macro-économique» et «micro-économique», non *macro- et micro-juridique* (ou *-analytique*).

222. Ses quatre catégories n'en font, en fait, que deux, puisque les trois dernières relèvent du niveau micro-analytique. On peut toutefois s'interroger sur le niveau d'analyse de l'emploi dans l'entreprise. Deux approches se superposent : l'une, de toute évidence micro-analytique, envisage individuellement chaque relation d'emploi entre l'employeur et l'un de ses salariés, tandis que l'autre privilégie la situation globale de l'emploi dans l'entreprise (structure des emplois, volume de l'effectif, etc.). La seconde rompt avec le niveau strictement micro-analytique, et aborde l'emploi comme agrégat ; cependant, elle ne s'assimile pas à une approche strictement macro-analytique, dans la mesure où elle s'applique à une entreprise, et non à l'ensemble des rapports entre la totalité des employeurs et celle de la population active (ou disponible) d'une société (nation). Ainsi, il est impossible de parler de chômage à ce niveau d'analyse (sauf, évidemment, de chômage *partiel, technique*, n'entraînant pas la rupture des relations contractuelles de travail). L'étude de la situation de l'emploi dans l'entreprise ne saurait, dans l'analyse juridique traditionnelle, concerner que les salariés déjà recrutés et les *mouvements de personnel*, se désintéressant totalement de la problématique du plein emploi. Il faudrait, alors, parler de niveau macro-analytique imparfait, ou de niveau méso-analytique (401).

Par ailleurs, François GAUDU montre bien que le caractère individuel ou collectif des agents ou des situations visés ne modifie pas, à lui seul, le niveau d'analyse : il évoque, à juste titre, le «sens collectif micro-économique».

223. Sa typologie, certes, ne prétend pas rendre compte des conceptualisations de l'emploi en droit, mais, en tant qu'étude sémantique, elle

(401) Voir notre définition sommaire du niveau méso-analytique au n° 11 de l'Introduction générale.

constitue le point de départ méthodologique de la définition de son objet de recherche. D'un point de vue épistémologique, cette dernière se propose de construire un concept juridique micro-analytique d'emploi ; elle se donne donc pour champ d'investigation les règles de droit relatives à la situation élémentaire d'emploi (et non ses caractéristiques socio-économiques).

Aussi bien, la construction d'un concept juridique macro-analytique d'emploi doit-elle se donner pour champ d'investigation les règles de droit relatives à la situation globale d'emploi (et non ses caractéristiques socio-économiques).

224. Quel que soit le niveau d'analyse, la première tâche consiste à identifier les règles de droit relatives à la situation d'emploi, qui l'instituent, la modifient, la suppriment ; bref, les règles qui enserrant les acteurs de cette situation dans un réseau de droits et d'obligations *ad hoc*. Certaines sont explicitement désignées par leurs auteurs, ou se laissent repérer sans erreur possible par leur teneur, leur contexte normatif ou leur codification. En revanche, deux problèmes surgissent quant à l'identification d'éventuelles autres règles relatives à l'emploi, propres à être prises en compte par un processus conceptuel. D'une part, convient-il, ou non, de retenir certaines règles ayant pour effet, mais non pour objet, de régir l'emploi ? En d'autres termes, où tracer les frontières du droit de l'emploi ? On se heurte, ici, à une difficulté semblable à celle que soulève la définition du droit économique, que les spécialistes ne parviennent pas à surmonter (402).

D'autre part, faut-il affecter au niveau micro- ou au niveau macro-analytique des règles qui ont pour objet la situation élémentaire d'emploi mais pour finalité (déclarée ou non) une action indirecte sur la situation globale ? Et comment les repérer ?

Ces deux séries de difficiles questions de méthode renvoient la problématique à son point de départ : on ne voit pas comment y répondre avec pertinence autrement qu'en s'appuyant sur une représentation extra-juridique de l'emploi. La science du droit, sinon le droit lui-même, doit ainsi, bon gré, mal gré, utiliser certains concepts et notions élaborés par les autres sciences sociales ; en l'occurrence, les concepts et notions économiques (et sociologiques) s'imposent. Il ne paraît pas possible de théoriser le droit de l'emploi sans conceptualiser l'emploi.

Ainsi, François GAUDU considère-t-il que l'analyse macro-juridique de l'emploi concerne l'étude des techniques juridiques d'intervention de l'Etat sur le **marché**

(402) V. *supra*, n° 65 et s.

du travail, au titre de la politique d'emploi : orientation du marché, placement, incitation à l'embauche, contrôle des mouvements de main-d'œuvre, aides à l'emploi de certaines catégories de travailleurs, politique de l'immigration, etc. (403). Cette approche se réfère aux concepts macro-économiques, d'origine néoclassique, d'emploi et de *plein-emploi* ; elle réduit, d'emblée, la théorie juridique du droit de l'emploi à une pièce d'un ensemble théorique plus vaste placé sous le paradigme de marché (appliqué à l'emploi).

225. La plupart des juristes s'intéressant à l'emploi retiennent une telle approche, sans, pas plus que François GAUDU, prendre en compte les apports considérables des divers courants théoriques économiques *hétérodoxes* qui, soit relâchent les hypothèses fondamentales du marché walrasien, soit, plus radicalement, les récusent (404). Ce désintérêt prive la conceptualisation juridique de l'emploi d'outils heuristiques précieux. De la même manière, on ne peut manquer d'être surpris par le monopole d'influence qu'exerce, dans la réflexion juridique en la matière, la discipline économique, alors que, pour ne citer qu'elle, la sociologie a ouvert, dans le même temps, un champ d'investigation conceptuelle d'une grande richesse (405). Or, les juristes semblent l'ignorer presque totalement ; leur méfiance traditionnelle envers la sociologie ne saurait, à elle seule, expliquer ce cloisonnement imperméable, qui demeure aussi incompréhensible que regrettable. Les efforts de la récente sociologie de l'emploi pour penser ce fait social autrement qu'en terme de marché offrent, en effet, au juriste, sinon une alternative au concept économique néoclassique - il ne serait guère utile de remplacer une référence exclusive à l'économie par une autre à la sociologie -, du moins des pistes de réflexion et catégories d'analyse stimulantes.

226. La théorisation juridique macro-analytique du droit de l'emploi se condamne, si elle se réfère au concept économique de marché du travail, à l'ériger en principe explicatif central de ce droit. Elle s'enferme alors dans une problématique de la nature de l'action de ce droit sur ce marché (le droit positif se

(403) Cf. GAUDU, François - *op. cit.*, p. 34. - L'auteur consacre de longs développements à une présentation critique de ces techniques (pp. 197 à 303). V. également, du même auteur : L'organisation juridique du marché du travail. - DS, 1992, p. 941 et s.

(404) Seules les théories de la segmentation sont parvenues à investir le discours de la doctrine juridique, encore que de manière simpliste et déformée, sous la forme d'une évocation d'un dualisme/du marché du travail. Pour un exemple, cf. JARVILLIER, J.C. - *op. cit.* (1992), pp. 35-36. V. *infra*, 3e Partie, Chapitre 1, Section 1.

(405) V. *supra*, n° 227 et s.

borne-t-il à assurer la sûreté du marché, ou intervient-il dans son fonctionnement ? dans ce dernier cas, se borne-t-il à rétablir ses conditions *naturelles* optimales de fonctionnement, ou en fausse-t-il le jeu ? etc.). Les réponses à cette problématique, on le voit clairement, dépendent directement de la représentation que l'on adopte du fonctionnement *naturel* d'un marché, et spécialement du marché du travail. Il s'agit d'une vision intégralement instrumentale et fonctionnaliste du droit : l'appréciation de la portée des règles dépend de la conception que l'on se fait du marché, le droit s'évalue à l'aune de son intervention sur le marché, le droit a une fonction qui se définit essentiellement par rapport au marché (indifférence, intervention passive et extérieure, intervention active et intérieure), et enfin : la fonction du droit envers le marché est déterminée en dehors du droit (406).

Sans doute sensible aux dangers que recèle cette approche, François GAUDU tente de la renverser, en posant comme point de départ l'hypothèse de l'institution du marché par le droit (407) :

«**Pourtant, la notion de marché est peut-être à l'origine une notion plus juridique qu'économique ... il n'y a pas de marché sans droit ... A l'égard de tout marché licite, le droit doit répondre aux trois questions suivantes : a) qui a accès au marché ? ... b) comment les échanges doivent-ils se réaliser (ou mieux : quelle est l'éthique des transactions ?) ... c) dans quel but le marché fonctionne-t-il ?**» (408).

Il note que le droit (409) n'assigne de but qu'à certains marchés, qui se voient alors affecter une «**fonction d'intérêt général**» qui permet à l'Etat de les «**fausser**». Ainsi du marché du travail, «**finalisé**» par le «**droit à l'emploi**» reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946 (410).

Toutefois, l'auteur ne tire pas toutes les conséquences de son hypothèse, et le reste de l'article se borne à envisager les techniques (juridiques) d'intervention sur le marché du travail, en regard de leur conformité à la mission constitutionnelle de service public, et d'apprécier les dysfonctionnements qu'elles introduisent sur ce marché. Ce faisant, il retrouve la problématique stérile mentionnée ci-dessus.

Surtout, le raisonnement introduit un paradoxe en imaginant un marché mu par l'intérêt général ; au sens propre (néoclassique), le marché se définit précisément

(406) Le cadre général de cette problématique est exposé aux n°s 65 et s., Partie préliminaire.

(407) Cf. GAUDU, François L'organisation juridique du marché du travail. - *op. cit.*, p. 941.

(408) *Ibid.*

(409) Mais il semble qu'il s'agisse plutôt du législateur ...

(410) Cf. GAUDU, François - *op. cit.*, p. 942.

par la poursuite d'intérêts privés. Guidé par l'intérêt général, le système d'emploi cesse d'être un marché.

227. Il semble, cependant, possible de dégager, de son hypothèse de base, une autre représentation juridique du rôle économique du droit.

Affirmer qu'il n'y a pas de marché sans droit reste ambigu : François GAUDU ne retient que l'interprétation littérale, selon laquelle tout marché exige une organisation juridique. Mais la proposition se prête à une autre lecture, où le droit institue le marché ; dès lors, de deux choses l'une : soit le droit se borne à fonder le marché, c'est-à-dire à le rendre possible, licite. Cette hypothèse n'est pas nouvelle, et de nombreux économistes l'admettent (plus ou moins explicitement) : le marché se constitue, juridiquement, sur la base des concepts et régimes juridiques de la propriété et du contrat, nécessaires et suffisants. Le modèle néoclassique s'en tient là, et ne demande à l'Etat de légiférer que pour garantir le droit de propriété, la liberté contractuelle et la défense extérieure du marché. Fondé par le droit, le marché le tient ensuite à l'écart. Cette analyse, qui imprègne le discours juridique, enferme l'analyse du droit dans la logique du marché.

Soit, et il s'agit alors d'une authentique alternative, le droit fonde le marché en ce sens qu'il le rend possible et, tout à la fois, l'organise. Or, dans la théorie néoclassique, il n'y a de marché que s'il s'auto-organise, grâce au mécanisme de la rencontre entre l'offre et la demande. Affirmer que le droit organise le marché devient un non-sens, une antilogie : si le droit organise quelque chose, il ne saurait s'agir, à proprement parler, d'un *marché* (au sens néoclassique). Le juriste se voit ainsi délivré de l'emprise de la logique marchande, et de tout scrupule ou sentiment de culpabilité quant à une éventuelle intervention du droit dans l'organisation des transactions économiques.

L'hypothèse, que l'on vient de mentionner, comporte une variante qui conserve le terme de marché, mais en le dépouillant de sa signification néoclassique ; le marché se comprend comme une organisation, où la rencontre -agrégée et élémentaire- entre offre et demande de travail, dépourvue de toute la spontanéité que lui prête la théorie néoclassique, obéit à des règles (notamment juridiques). Le marché est construit *ex ante*, au lieu d'être constaté *ex post*.

228. Cette représentation alternative pourrait se voir objecter que le droit positif reconnaît explicitement l'existence, au niveau macro-économique, du marché du travail, comme, plus généralement, de l'économie de marché. A cet

effet, on ne manquerait pas de citer la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie, et le droit communautaire qui semble postuler la supériorité de l'économie de marché sur tous autres systèmes (411), et prétend la garantir. L'exégèse du droit du travail (français) extirperait, à titre d'illustration, l'article L.311-7 du Code du Travail, dont le second alinéa dispose que :

«(L'Agence nationale pour l'emploi) a pour mission d'intervenir sur le marché du travail ...».

Pourtant, aucun de ces arguments de texte ne serait dirimant. Sous réserve d'une étude détaillée, qui reste à entreprendre, il paraît impossible d'affirmer que le droit positif des Etats capitalistes-libéraux reconnaît l'existence naturelle, spontanée, antérieure au droit, d'une économie de marché. Les textes révolutionnaires français et déclarations internationales de droits, eux-mêmes, posent des principes politiques et proclament des libertés comme autant de postulats idéologiques. Ils expriment une préférence pour l'économie de marché, mais ne reconnaissent pas sa pré-existence *sui generis*.

229. Lorsque François GAUDU écrit que tout marché reçoit une organisation juridique, qui peut aller jusqu'à lui imposer une fonction particulière (ainsi du marché du travail qui «a pour objet la conclusion de contrats licites» (412) et finalité le droit à l'emploi), il ne devrait plus être question de marché au sens néoclassique. Supposer l'institution et l'organisation juridique des transactions économiques revient à les penser en termes de réglementation, et non de marché (si l'on admet que le concept de marché ne prend véritablement de sens que dans la théorie néoclassique). Par voie de conséquence, l'analyse du droit économique et de l'emploi cesse de devoir se préoccuper des *dysfonctionnements* que les règles juridiques risquent d'introduire dans les échanges économiques ; le juriste cesse de devoir mesurer la manière dont elles les *faussent* -ou non-, de s'inquiéter de leur capacité à rétablir le *bon* fonctionnement du marché, de déterminer si elles assurent ou entravent la *libre concurrence*, etc. En un mot, le concept de marché perd toute pertinence en tant qu'instrument de mesure et clé d'analyse du droit de l'emploi.

(411) Lire, notamment, l'article 3A du traité de Rome^m dans sa rédaction issue du Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 : «Aux fins énoncées à l'article 2, l'action des Etats membres et de la Communauté (est) ... conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.» (Souligné par nous.)

(412) *Ibid.*, p. 943.

Ce n'est pas le raisonnement suivi par François GAUDU, qui ne parvient pas à se dégager du paradigme (néoclassique) du marché, bien que convaincu de l'organisation par le droit des transactions en matière d'emploi. Selon lui, pour assumer sa mission constitutionnelle de recherche du plein-emploi, l'Etat n'a d'autre ressource (juridique) que de fausser le marché du travail, notamment en limitant la concurrence entre salariés (413) (414). Cette analyse ne tire pas les conséquences logiques de l'hypothèse de base.

En outre, elle suppose que, sur le marché du travail, la concurrence joue entre salariés, considérés comme vendeurs (de force de travail) ; mais rien n'interdit de considérer qu'ils sont, simultanément, acheteurs sur le marché de l'emploi, si l'on admet que l'offre de travail se double d'une demande d'emploi, ce qui déclenche une concurrence entre firmes, devenues *vendeuses d'emploi(s)* ... Placer l'analyse du droit de l'emploi sous l'empire du *marché du travail* ou du *marché de l'emploi* revêt une importance majeure. Loin d'être indifférent, le choix engage des problématiques nettement distinctes, et conduit à la formulation d'hypothèses non nécessairement compatibles, voire opposées, quant à savoir si le droit du travail et de l'emploi protège les intérêts des salariés (et demandeurs d'emploi - offreurs de travail) plutôt que ceux des entreprises. Or, à notre connaissance, les juristes ne se soucient guère de cette distinction, négligeant par là une option méthodologique à forte incidence.

(413) *Ibid.*, pp. 942 et 947.

(414) Cette affirmation implique, logiquement, que le fonctionnement libre, c'est-à-dire non *faussé* par le droit, du marché du travail (libre concurrence entre les agents) n'assure **pas** le plein emploi : analyse exactement contraire au postulat de la théorie économique néoclassique ! Les économistes qui admettent que le marché du travail ne réalise pas nécessairement le plein-emploi en trouvent généralement la cause non dans le principe même du marché, mais dans des perturbations exogènes, au premier rang desquelles l'action collective des salariés et l'intervention (juridique) de l'Etat (dont certains reconnaissent la nécessité politique). Considérer que le marché du travail libre n'assure pas le plein emploi n'a aucun sens, dans la mesure où le concept même de marché induit celui de plein-emploi ; un tel contre-sens invalide toute analyse subséquente. L'antilogie apparaît comme le résultat inéluctable d'un raisonnement qui, contradictoirement, affirme que le droit fonde et organise les échanges économiques, d'une part, et qu'il perturbe leur mécanisme naturel, de l'autre. Les deux propositions sont, par définition, antagoniques. Si l'on opte pour la première, il faut renoncer à la seconde, et abandonner toute référence au marché dans l'étude de la portée des règles juridiques sur les échanges économiques.

sauf keyn'

Sous-section 2 :

LE DROIT CONSTITUTIONNEL D'OBTENIR UN EMPLOI

230. A l'instar de Jean-Claude JAVILLIER, Jean-Maurice VERDIER et la quasi-totalité des juristes du travail, François GAUDU trouve le fondement juridique de l'intervention de l'Etat en matière d'emploi dans le «droit d'obtenir un emploi» reconnu par le *bloc de constitutionnalité* (pour emprunter une expression favorite des constitutionnalistes). Le texte, selon lui, reconnaît un «droit à l'emploi» objectif, en attribuant à l'Etat une mission de service public : développer une action tendant à la réalisation du plein-emploi (415).

La célèbre décision du Conseil Constitutionnel en date du 28 mai 1983 (416), rendue en appréciation de constitutionnalité de la loi du 31 mai 1983 ratifiant une ordonnance du 30 mars 1982 (en application de la loi d'habilitation du 6 janvier 1982) qui entendait décourager le cumul d'une pension de retraite avec un emploi salarié par l'imposition d'une «contribution de solidarité», a fixé l'interprétation du «droit d'obtenir un emploi» (417).

Ainsi que François GAUDU (418) le note, comme l'ensemble de la doctrine, le texte constitutionnel de 1946 doit être compris, selon le Conseil Constitutionnel, comme le fondement juridique d'une politique publique obligatoire de l'emploi tendant à favoriser le plein-emploi. La haute juridiction déclare

«Il appartient (à la loi) de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés» :

seule pèse une obligation de moyen sur l'Etat. On en déduit généralement que le «droit d'obtenir un emploi» n'a aucun caractère subjectif.

«S'il est impossible, en agissant sur le marché du travail, de faire en sorte que les salariés trouvent un emploi, l'Etat n'a pas le devoir d'organiser des Ateliers Nationaux, qui occuperaient les chômeurs à des tâches improductives» (419).

(415) Cf. GAUDU, François - L'emploi dans l'entreprise privée ... - *op. cit.*, pp. 20-21 et 209-219, et L'organisation juridique ... - *op. cit.*, pp. 945-946.

(416) J.O. du 1er juin 1983 ; AJDA, 1983, 619, note LE BRIS.

(417) Cf. not. HAMON, Louis, note sous cette décision, DS, 1984, p. 159.

(418) Cf. GAUDU, François - L'emploi dans l'entreprise privée ... - *op. cit.*, pp. 209 à 216.

(419) Cf. GAUDU, François - *op. cit.*, p. 214.

Ceux-ci, en revanche, disposent d'une créance sur l'Etat en matière d'assistance (octroi de moyens de subsistance).

En réalité, la décision du Conseil Constitutionnel est rédigée de telle manière qu'elle n'exclut pas la constitutionnalité d'une politique de création d'emplois par l'Etat lui-même. Certes, bien que la décision ne définit pas le terme d'emploi, il est raisonnable de penser qu'elle a entendu exclure des occupations non-productives, sur le modèle des pseudo-emplois de 1848. En l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle, le «*devoir objectif de l'Etat*» d'œuvrer à la réalisation du plein-emploi, pour reprendre les expressions de François GAUDU, ne permet pas au législateur d'écarter, par principe, l'éventualité de création d'emplois par l'Etat, les collectivités territoriales ou les entreprises et établissements publics. Il reste qu'on ne voit pas comment les intéressés pourraient, sans sortir de la légalité, forcer le Parlement à prendre de telles mesures (420).

231. La décision, précitée, du Conseil Constitutionnel souffre, par ailleurs, d'une imprécision fondamentale, rarement soulignée. Elle assigne à la loi le but de permettre l'exercice du droit d'obtenir un emploi «*au plus grand nombre possible d'intéressés*».

Qui sont ces «*intéressés*»? Manifestement, les individus autorisés par la loi à travailler dans le cadre d'un emploi, et qui souhaitent obtenir un emploi. Or, nous l'avons noté, le Conseil Constitutionnel ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par *emploi*. En outre, cette mission de service public impose-t-elle à l'Etat de recenser les individus «*intéressés*»? Sans doute, dans la mesure où, de leur nombre, peut dépendre la nature des mesures à adopter.

Mais, surtout, cette décision demeure fondamentalement vague et dépourvue de portée déterminée du fait de l'expression : «*le plus grand nombre possible*». Comment vérifier que le nombre de personnes ayant obtenu un emploi grâce à l'Etat est le plus grand possible? L'Etat n'aiderait-il qu'une personne par mois à obtenir un emploi, qu'il pourrait toujours invoquer l'impossibilité de mieux faire, sans risque d'être contredit; aussi bien, la rédaction de la décision du Conseil Constitutionnel autorise-t-elle, malgré les apparences, une politique publique d'emploi minimaliste, voire symbolique. Induire de cette rédaction une obligation, à la charge de l'Etat, de prouver l'impossibilité de faire mieux reste juridiquement concevable : si le Parlement est irresponsable, le Gouvernement ne

(420) En ce sens, cf. GAUDU, François - *ibid.*, p. 213.

l'est pas. De toute façon, il apparaît évidemment impossible de démontrer en fait qu'une politique d'emploi a épuisé, ou non, toutes les possibilités.

232. Par ailleurs, il faut remarquer que le Conseil Constitutionnel n'utilise pas l'expression de *plein-emploi*. Ce n'est, vraisemblablement, pas le fruit du hasard, mais aux fins d'échapper à l'ambiguïté qu'elle véhicule. Au sens économique originel, le *plein emploi des facteurs de production* renvoie à l'utilisation optimale par l'ensemble des firmes de la force de travail offerte. La théorie marginaliste établit que cet optimum, du point de vue des entreprises, ne correspond à l'emploi de toute la force de travail offerte qu'en situation d'information totale et de concurrence pure et parfaite, c'est-à-dire en l'absence de toute intervention extérieure, notamment de l'Etat, sur le marché. Dans cette perspective, le devoir objectif de l'Etat d'assurer au mieux le plein emploi consisterait à ne pas réglementer le marché, voire à le déréglementer.

C'est pourquoi il nous semble préférable de ne pas interpréter la décision du Conseil Constitutionnel comme exposant un devoir de favoriser la réalisation du plein-emploi. Les économistes, eux-mêmes, ne parviennent plus à s'accorder sur un concept de plein-emploi, depuis la remise en cause des hypothèses de base du marché walrasien par divers courants hétérodoxes (y compris au sein même de la tradition néoclassique) (421).

L'exercice par le plus grand nombre possible d'intéressés du droit pour chacun d'obtenir un emploi constitue, ainsi, le but assigné au législateur par le Préambule de la Constitution de 1946. Pour faire bref, il est tentant d'écrire : réalisation du *plein-emploi*, mais à la condition de préciser que ce *plein-emploi* ne renvoie pas à celui de l'économie ; à la condition, en somme, d'indiquer qu'il s'agit de la définition juridique - constitutionnelle du plein-emploi.

233. La décision du Conseil Constitutionnel ne fait pas la moindre référence à l'économie de marché ; certes, elle légitime à l'avance une politique de l'emploi qui n'assurerait pas l'exercice du droit d'obtenir un emploi à tous les intéressés, ce qui peut signifier qu'elle reconnaît que l'emploi échappe en partie à la maîtrise de l'Etat. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'Etat doit s'interdire toute politique dirigiste. En effet, il n'est pas exclu qu'une telle

(421) Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, pp. 262-264 et BARTOLI, Henri. - Pertinence et actualité du concept de plein-emploi. - BARTOLI, Henri, dir. - Population, travail, chômage. - Paris : Economica, 1982.

politique parvienne, mieux qu'une autre *libérale*, à permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés, devenant ainsi parfaitement conforme à la Constitution bien que bouleversant, plus ou moins profondément, l'économie capitaliste. En d'autres termes, le Conseil Constitutionnel ne limite pas les moyens que la loi serait susceptible de mettre en œuvre pour réaliser le but fixé : il affirme clairement que le choix des règles les plus appropriées revient au législateur («il appartient à la loi de poser les règles propres à ...»). Donc, le Conseil Constitutionnel estime qu'en matière d'emploi la Constitution n'enjoint pas au législateur de concevoir obligatoirement son action dans le cadre d'une logique d'économie de marché. Autrement dit, c'est bien la loi qui organise, souverainement, le mécanisme des transactions relatives à l'emploi. Un marché, au sens de l'économie néoclassique, ne se forme que si la loi en décide ainsi, si le législateur estime que ce système assure au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi.

Cette analyse détruit le mythe, que la crise tend à renforcer, de la nécessaire soumission du droit de l'emploi et du droit à l'emploi aux aléas du marché, c'est-à-dire à la décision économique des entreprises. Le marché n'est ni naturel, ni nécessaire, et la Constitution ne lui livre pas la politique publique de l'emploi pieds et poings liés. Contrairement à une opinion que propage un certain ultra-libéralisme politique, critiquer le concept de marché ne constitue pas un blasphème, un crime de lèse-majesté, un délit d'opinion, et militer pour une politique dirigiste n'attente pas à la sûreté de l'Etat. Le droit constitutionnel d'obtenir un emploi, au contraire, pourrait bien fonder, demain, si la situation globale de l'emploi continue de se détériorer, une telle politique. Il ne s'agirait pas, d'ailleurs, d'une véritable innovation. Chacun, en effet, conserve en mémoire l'ordonnance du 24 mai 1945, qui avait institué un régime général d'autorisation administrative préalable à tous recrutements et licenciements. Toutefois, ce texte s'inscrit dans le régime constitutionnel antérieur au 27 octobre 1946, ce qui interdit d'en apprécier la cohérence positive avec le «**droit d'obtenir un emploi**».

En revanche, la loi du 3 janvier 1975 relative aux licenciements économiques, qui ré-activa la règle de l'autorisation préalable de licenciement en cas de motif économique, constitue un remarquable précédent d'interventionnisme en matière de politique publique d'emploi. Atteinte authentique à la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs, une telle règle entraine, manifestement, en contradiction flagrante avec les principes fondamentaux de l'économie de marché. Sa suppression par la loi du 31 décembre 1986 ne fut pas, en outre, motivée par un grief d'inconstitutionnalité, mais bien par des considérations

d'opportunité (lesquelles, certes, procédaient d'une logique de rétablissement du marché).

234. Le Conseil Constitutionnel a inscrit la décision sus-citée sous le titre «Liberté professionnelle», et non «droit à l'emploi» (422), ce qui a beaucoup intrigué les commentateurs. François GAUDU en déduit qu'il convient de distinguer soigneusement «droit d'obtenir un emploi» et «liberté professionnelle», à partir d'une définition de cette dernière comme «liberté d'accès au marché du travail» (423). Selon lui,

«le devoir objectif de l'Etat de chercher à réaliser le plein emploi ne conduit en effet pas nécessairement à ce que les travailleurs puissent accéder librement à tout emploi» (424). *il peut conduire l'Etat à affecter autoritairement certains emplois à certains de ses auteurs ---*

Ce n'est exact que si l'on définit la liberté professionnelle comme liberté de choix d'une profession, et d'exercice de la profession choisie, qui ne saurait dériver du droit d'obtenir un emploi, tel que défini ci-dessus. En revanche, le droit d'obtenir un emploi ne peut, en toute logique, que bénéficier aux individus libres d'accéder au marché du travail ; il est évident, par exemple, que la politique publique de l'emploi ne concerne pas les mineurs de 16 ans (sauf à considérer que l'obligation de scolarité et la protection de l'enfance procèdent d'une politique d'emploi, ce qui serait aussi faux que spécieux).

Cependant, la coexistence de ce droit et de cette liberté soulève une véritable difficulté : la politique publique de l'emploi peut-elle limiter la liberté d'accès au marché du travail ? Aucune liberté n'étant absolue, il va de soi que la loi dispose du pouvoir d'y apporter des limites. En matière de relations de travail, la liberté de grève fournit un exemple de choix (425).

François GAUDU estime que l'Etat ne peut interdire :

(422) Expression que le Conseil Constitutionnel n'utilise d'ailleurs pas.

(423) Cf. GAUDU, François - L'emploi dans l'entreprise privée ... - *op. cit.*, p. 217 et s. ; l'auteur s'inspire, en négatif, de la notion d'interdiction professionnelle du droit allemand.

(424) *Ibid.* p. 217. V. ég., du même auteur : L'influence du droit communautaire sur la politique de l'emploi. - DS, 1993, p. 801 et s.

(425) Parmi les travaux les plus récents sur cette question très débattue, cf. GANZER, Annette. - La licéité de la grève dans les entreprises du secteur privé et dans les services publics. - Thèse, Université NANCY 2, 1993.

(426) Cf. GAUDU, François - *op. cit.*, p. 221.

Mais la Constitution ne précise pas l'étendue de sa garantie, ou, plus exactement, elle ne la limite pas : «chacun» a le droit d'obtenir un emploi. Lorsqu'un Directeur départemental du travail et de l'emploi refuse d'accorder une autorisation de travail à un ressortissant d'un Etat extérieur à la CEE ou non lié par une convention d'établissement avec la France en invoquant, comme il en a le droit, la situation de l'emploi, cette personne se voit bien opposer une interdiction d'accès au marché du travail français. Le droit positif connaît donc des cas d'entrave à cette liberté au motif de la réalisation du plein emploi (427).

235. François GAUDU, quant à lui, dénie ce pouvoir à la loi. Il s'appuie sur une lecture discutable de la décision du Conseil Constitutionnel du 28 mai 1983 :

«c'est seulement pour assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi que le législateur peut poser des règles visant à favoriser l'emploi du plus grand nombre possible» (428).

Cette lecture renverse le sens originel de la décision, en faisant du droit pour chacun d'obtenir un emploi l'objectif de la mission impartie à l'Etat. L'auteur ne craint, d'ailleurs, pas de contredire en cela l'interprétation qu'il en donne précédemment [que confirme l'analyse de texte la plus élémentaire (429)] : le but réside dans l'exercice de ce droit par le plus grand nombre possible d'intéressés (430), ce qui conduit à souligner l'expression «au mieux», et non «pour chacun». En ce sens, le législateur n'est tenu de garantir totalement à chacun la liberté d'accès au marché du travail que dans la mesure où une telle garantie ne s'oppose pas à l'exercice de cette liberté par le plus grand nombre possible. Sinon, il lui appartient de la garantir «au mieux», ce qui implique d'éventuelles limitations. Pourtant, par cette motivation (et une autre, analogue, du 16 janvier 1986 également citée par François GAUDU), le Conseil Constitutionnel refuse au

~~(426) Cf. GAUDU, François - op. cit., p. 221.~~

(427) L'opportunité de ces règles relève d'un autre débat, extra-juridique.

(428) Cf. GAUDU, François - op. cit., *ibid.*, souligné par l'auteur.

(429) Il ne paraît pas possible de lire : «il appartient à la loi de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi, seules capables d'assurer l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés», car il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel de substituer à celle du législateur son appréciation sur l'adéquation des règles aux fins poursuivies, ce qui constituerait une violation du principe de séparation des pouvoirs.

(430) Cf. GAUDU, François- op. cit., pp. 213-214.

législateur la possibilité de dissuader les bénéficiaires d'une pension de retraite d'occuper des emplois salariés en les frappant d'une contribution fiscale très élevée.

Comme on le voit, l'analyse exégétique de la décision du Conseil Constitutionnel du 28 mai 1983 ne permet pas d'affirmer catégoriquement et incontestablement que la Constitution interdit au législateur de réduire, voire supprimer, la liberté d'accès au marché du travail aux fins de favoriser l'obtention d'un emploi par le plus grand nombre possible de demandeurs.

236. Au total, l'interprétation par le Conseil Constitutionnel du «*droit d'obtenir un emploi*» se révèle bien incertaine, du fait de sa rédaction imprécise et polysémique. Elle éclaire fort mal le texte de 1946, et, s'il faut la comprendre comme fournissant le fondement de la politique publique de l'emploi, elle ne permet pas de délimiter avec précision les pouvoirs dont dispose le législateur à ce titre. Dans ces conditions, il semble hasardeux de tirer un «*droit à l'emploi*» du «*droit d'obtenir un emploi*», dans la perspective macro-juridique.

Section 2 :

DROIT AU TRAVAIL

237. Il n'est, sans doute, pas surprenant de constater que les approches en terme de droit au travail s'inscrivent dans le courant de pensée marxiste. On relève la coexistence d'une analyse orthodoxe, fidèle à l'axiome du droit-superstructure, principalement représentée par Gérard LYON-CAEN (Sous-section 1), et d'une variante hétérodoxe développée par A. JEAMMAUD, qui, analysant le droit comme moteur du capitalisme, conclut à l'impossibilité d'un droit effectif à l'emploi (Sous-section 2). Les deux analyses se fondent, chacune à sa manière, sur une relecture de la liberté du travail qui pose le salarié en objet de droits. Un autre courant de pensée, convaincu que le droit ne remplit son rôle que s'il érige les individus en sujets de droit, et non pas seulement en objets, propose de réaliser le droit à l'emploi en libérant véritablement travail et travailleur ; cette

approche subjectiviste est défendue, principalement, par A. SUPIOT (Sous-section 3).

Sous-section 1 :

L'ANALYSE MARXISTE ORTHODOXE

238. Parmi les juristes du travail développant une réflexion macro-analytique relative à l'emploi, Gérard LYON-CAEN occupe une position dominante. Sa théorie de l'appréhension par le droit de la situation de l'emploi au niveau global se lit comme une application locale, en même temps qu'un approfondissement, d'une théorie générale des rapports du droit à l'économie. Elle se caractérise, pour ce qui nous occupe ici, par une approche en termes de droit au travail plutôt que de droit à l'emploi ; il ne s'agit pas d'une simple différence de vocabulaire, mais bien d'une analyse juridique originale. Alors que F. GAUDU construit son droit à l'emploi sur la base du «*droit d'obtenir un emploi*» constitutionnel considéré comme distinct de la liberté professionnelle, et en ne faisant appel qu'incidemment à la liberté du travail, Gérard LYON-CAEN procède de manière presque exactement inverse, privilégiant cette dernière (431). La pensée de Gérard LYON-CAEN, ancrée dans le marxisme, en emprunte le principal outil méthodologique : le matérialisme historique (432). Nul n'ignore que sa mise en œuvre conduisit MARX à distinguer infrastructure et superstructure, rangeant le droit dans la seconde catégorie ; c'est la célèbre théorie du *droit - reflet des rapports de production* (433). L'absence, chez MARX, d'une véritable théorie générale du droit (434), a permis l'éclosion ultérieure de

(431) Il n'est pas surprenant que les principaux travaux, en la matière, de cet éminent professeur suivent le cours de la crise déclenchée au milieu des années 1970.

(432) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - Les fondements historiques et rationnels du droit du travail. - DO, 1951, p. 1 et s.

(433) De rares juristes et spécialistes du marxisme considèrent que la théorie marxienne du droit, loin de se réduire à cette analyse «*négative*», pense le droit comme «*inscrit au cœur même du processus productif*» : MICHEL, Jacques. - Marx et la société juridique. - Paris : Publisud, 1983.

(434) Cf. not. Les diverses contributions aux APD, Vol. XII, 1967, volume consacré à l'analyse marxiste du droit.

divers avatars théoriques quant à la fonction sociale du droit, lesquels ont inspiré plusieurs stratégies politiques et syndicales rivales, de la *légalisation de la classe ouvrière* (435) au *conflit des logiques* (436). Gérard LYON-CAEN reprend à son compte la théorie du reflet :

«Quand on assigne au Droit des finalités abstraites : la justice, la sécurité, ou peut à la rigueur se désintéresser des phénomènes économiques, en n'envisageant que la partie du droit (si elle existe encore) qui est sans contact avec la vie économique. Tout au long de cette étude, le Droit nous est apparu au contraire comme traduisant après-coup les rapports économiques ... Ce n'est qu'une fois le processus économique observé et analysé que les institutions juridiques s'efforcent d'en rendre compte et de la prendre en charge ... le droit n'est que le porte-voix des mouvements de l'économie. C'est pourquoi le Droit économique, ou ce qu'on considère comme tel, n'est pas réellement du droit : il est la traduction du comportement des agents économiques dans le langage adapté à la norme juridique» (437) (438).

Il en découle ensuite logiquement que

«L'ordre qu'impose la loi est l'ordre que rend nécessaire une économie de marché, où personne ne doit être contraint de conserver à son service un salarié dont les travaux ne lui sont plus utiles - où aucun salarié ayant trouvé un meilleur emploi ne saurait être tenu de rester dans les liens d'un précédent contrat. Appelons cet ordre public un ordre public libéral» (439).

239. Le matérialisme de Gérard LYON-CAEN se teinte d'un certain cynisme lorsqu'il amène l'auteur à se représenter le système économique (français actuel) comme une économie de marché authentique, fonctionnant réellement

(435) Cf. EDELMAN, Bernard. - La ^{légalisation} ~~légalisation~~ de la classe ouvrière. - Paris : Bourgois, 1978 ; plus récemment : A bas le droit du travail, vive la concurrence ! - D. 1992, Chr. I, p. 1 et s.

(436) Cf. MURCIER, Jean-Paul. - Le conflit des logiques : le terrain des faits et celui du droit. - AJ. (CFDT), 1979, n° 11, opportunément ré-édité, et actualisé, dans le n° 100, Mai 1993 de la même revue. V. ég. JAVILLIER, Jean-Claude. - Une nouvelle illustration du conflit des logiques. - DS, 1976, p. 265 et s., et Une nouvelle illustration du conflit des logiques : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise. - Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK. - Paris : Dalloz, 1978, p. 101 et s.

(437) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - La concentration du capital et le droit du travail. - DS, 1983, p. 300. Nous avons introduit la question des rapports entre droit et économie dans la Partie préliminaire : v. supra n° 65 et s.

(438) Gérard LYON-CAEN règle, ainsi, en une phrase son sort à la matière de prédilection de G. FARJAT ! V. supra, n° 65 et s.

(439) Cf. LYON-CAEN, Gérard - La bataille truquée de la flexibilité. - DS, 1985, p. 801.

selon les principes dégagés par la Révolution française et théorisés par la science économique néoclassique (440). Cette représentation transparaît nettement dans son analyse du rôle du droit du travail et du droit de l'emploi, laquelle y voit le produit et l'instrument de la domination du capital sur le travail :

«Le droit du travail a toujours été un instrument au service des entreprises ayant besoin de main-d'œuvre. Il a été conçu dans leur intérêt ... Ce n'est pas une idée nouvelle que de minimiser sa fonction dite de protection du salarié ... (qui) a justement fait défaut là où elle redevient indispensable : en matière d'emploi» (441). «notre régime juridique de l'emploi relève toujours du libéralisme orthodoxe» (442).

Selon Gérard LYON-CAEN, non seulement le droit du travail ne perturbe pas le bon fonctionnement de l'économie de marché, comme l'affirme la théorie économique libérale, mais encore il le garantit, par exemple en organisant des conditions optimales de concurrence entre les entreprises (égalisation, lutte contre les abus de position dominante, liberté de contracter, etc.) (443). Sa fonction de protection des salariés, incontestée, n'est, elle-même, qu'un sous-produit de l'assistance qu'offre ce droit au marché.

(440) Cette représentation concerne spécialement le marché du travail : **«Le marché du travail est fondamentalement un libre marché. Si on admet qu'un marché est constitué d'actes juridiques, l'offre et la demande s'y déploient librement et concluent librement des accords. Les entreprises n'embauchent que si elles y ont intérêt et dans les conditions conformes à leurs intérêts»** (cf. LYON-CAEN, Gérard - Le droit au travail. - Collectif. - Les sans-emploi et la loi. - Quimper : Calligrammes, 1988, p. 210). Et encore : **«le marché du travail est régi - soit qu'on en soit resté aux offres et demandes individuelles, soit qu'on soit passé à l'étape des négociations collectives - par le libre choix. Il est structuré en outre par des principes d'organisation constitutionnels et légaux qui laissent intact le libre jeu des protagonistes, des agents économiques ; avec cette orientation complémentaire qu'est l'égalisation des coûts de la main-d'œuvre»** (cf. LYON-CAEN, Gérard - L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence. - DO, 1992, p. 316). Par ces propos, l'auteur ne décrit pas une fiction théorique, mais ce qu'il pense être le marché réel du travail. En une époque où les économistes d'inspiration néoclassiques eux-mêmes abandonnent le mythe du marché du travail walrasien, la représentation de Gérard LYON-CAEN paraît bien archaïque ; en outre, elle ne décrit manifestement plus le fonctionnement réel du *marché du travail* (à supposer qu'il soit encore possible de parler de marché).

Voir également LYON-CAEN, Gérard, PELISSIER, Jean. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1992, 16e éd., pp. 107-108 : **«En économie de marché, ... l'Etat doit adopter une attitude d'abstention ... on admettra ... qu'il puisse ... assurer la transparence du marché. Pour le surplus, l'ajustement doit se faire automatiquement ... Il dépend donc du niveau des salaires ... Ce libre marché est structuré par deux grands principes juridiques de valeur constitutionnelle : le principe d'égalité ... le principe de liberté»** ; égalité entre entreprises d'une part, salariés de l'autre, sur le marché du travail, liberté contractuelle.

(441) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - Le droit et l'emploi. - D, 1982, Chr. XXII, p. 137.

(442) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - La bataille truquée ... - *op. cit.*, p. 802.

(443) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - L'infiltration ... - *op. cit.*, p. 313 et s.

Cette analyse tend, de toute évidence, à contrer les revendications néoclassiques de *déréglementation*, de *flexibilisation du droit* ; elle conseille, en somme, au patronat de ne pas scier la branche qui le supporte.

240. Mais elle s'avère paradoxale ou inachevée. Elle s'efforce de démontrer que le droit du travail ne fausse pas le marché, que l'intervention de l'Etat ne provoque pas les dysfonctionnements où l'économie néoclassique voit la cause du chômage. En outre, l'analyse admet l'exactitude du concept néoclassique de marché pour rendre compte du système économique réel. Or, dans la théorie néoclassique, si le marché échappe aux entraves du droit, il réalise le plein-emploi. L'analyse de Gérard LYON-CAEN est soit paradoxale en ce sens que, logiquement, elle implique l'absence d'un chômage de masse durable, soit inachevée en ce qu'elle laisse l'explication de ce chômage dans l'ombre après s'être bornée à réfuter celle de la théorie libérale.

Certes, on n'attend pas du juriste qu'il explique le chômage. En revanche, il lui appartient de proposer une théorie du droit qui éclaire le rôle des règles juridiques à l'égard du fonctionnement de la société (à moins d'abandonner cette tâche au philosophe ou au sociologue), donc qui entre en cohérence avec les faits exprimant ledit fonctionnement.

Ce n'est pas le cas, comme nous venons de le constater, d'une approche en terme de marché combinée avec l'hypothèse d'un droit du travail au service de ce dernier. La théorie du marché auto-équilibrant implique celle du droit perturbateur, tandis que la théorie du droit serviteur du marché implique celle du marché spontanément déséquilibré (ou de l'absence de marché spontané, ce qui revient au même). Notons toutefois, sans développer l'idée, que les thèses du droit serviteur du marché et du droit reflet du marché ne se réduisent pas nécessairement l'une à l'autre.

241. Quoi qu'il en soit, l'approche de Gérard LYON-CAEN exclut l'admission d'un droit à l'emploi, au sens où F. GAUDU l'entend. Un ordre économique fondé sur la liberté contractuelle entre offre et demande de travail, s'il réalise *naturellement* le plein-emploi, n'a que faire d'une règle juridique qui garantisse ce dernier ; s'il ne le réalise pas malgré les services du droit (du travail), c'est que le droit s'avère impuissant, et faire peser sur l'Etat un devoir objectif d'intervention -juridique- demeurerait, par voie de conséquence, parfaitement vain.

Gérard LYON-CAEN, certes, n'exprime nulle part (à notre connaissance) cette analyse. Toutefois, sa conceptualisation de l'appréhension du problème de l'emploi par le droit évite de recourir à la notion de droit à l'emploi, et s'organise autour d'un couple *liberté du travail - droit au travail*. Il intitule d'ailleurs «Le droit au travail» l'un de ses articles les plus explicites à ce sujet (444). Il commence par critiquer l'usage de la préposition à : parler de droit *de*, c'est rester

«dans la logique du droit romain. Dès que la loi contient une formulation telle que *droit au bail, droit au maintien dans les lieux*, c'est que la politique législative s'écarte de l'individualisme et du libéralisme» (445).

L'interprétation d'une norme posant un *droit à* se heurte alors à la difficulté de tracer la frontière entre la règle de droit et la «*métaphore politique*». Le droit au travail n'y échappe pas, comme tout *droit économique et social*. Or, en économie de marché

«l'étendue du droit au travail est fonction de l'activité économique, elle échappe par nature à la règle juridique (...) (qui) ne saurait instituer un droit de créance en cette matière dont on voit mal qui serait le débiteur» (446).

L'auteur n'ajoute pas, ainsi que l'on pourrait s'y attendre en suivant sa pensée, que, dans ces conditions, le droit au travail se résoud dans la liberté du travail comprise comme liberté d'accéder (ou non) au marché du travail, en tant que fondement juridique nécessaire d'une économie de marché. Certes, il mentionne cette liberté (qui «ne faisait qu'une avec la liberté du commerce et de l'industrie»), mais pour définir le droit au travail comme le droit pour chacun

«de se livrer à l'activité professionnelle de son choix sans qu'aucune interdiction ne puisse lui être opposée» (447).

242. Commentant la célèbre phrase du Préambule de la Constitution de 1946, il écrit que

(444) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - Le droit au travail. - Collectif. - Les sans-emploi et la loi. - Quimper : Calligrammes, 1988, p. 203 et s.

(445) *Ibid.*, p. 203.

(446) *Ibid.*, p. 204.

(447) *Ibid.*, p. 205. *Contra* : GAUDU, J. *supra* p. 188 n° 234

« Littéralement, ce droit d'obtenir un emploi exprime le droit au travail et s'oppose à la liberté du travail » (448).

Le verbe s'opposer convient mal, car l'auteur précise que la liberté du travail est «une promesse d'abstention», alors que le droit au travail est «un pouvoir d'exiger une prestation».

Toutefois, il cesse d'être mal adapté dès lors que l'auteur met en doute, à juste titre, «qu'aucun interdit ne puisse être opposé à une personne désirant travailler» (449), et de citer ceux qui atteignent les étrangers, les femmes (travail de nuit), les jeunes,

« discriminations (...) caractéristiques d'un droit du travail protecteur qui s'est précisément développé contre la liberté absolue du travail » (450).

Nous savons, néanmoins, que la protection des salariés s'analyse, selon Gérard LYON-CAEN, en un sous-produit de l'assistance qu'apporte le droit du travail au marché (451). Il n'y a donc qu'une apparence de contradiction, au sein de ce droit, entre le principe général de liberté du travail et l'existence d'interdictions de travail spéciales, d'autant que, par définition, l'absolutisme est inconcevable en matière de libertés. En prohibant l'emploi des mineurs de 16 ans, le législateur protège leur santé et leur éducation ; ce faisant, il agit également, au-delà, dans l'intérêt bien compris des entreprises en les empêchant de gaspiller la main-d'œuvre, en garantissant des conditions de reproduction de la force de travail, et en égalisant les conditions de concurrence entre elles sur le marché du travail (impossibilité de recruter une main-d'œuvre docile et peu onéreuse) ainsi que sur celui des produits (impossibilité de baisser les prix grâce à l'emploi de travailleurs peu coûteux).

243. L'analyse, faite par Gérard LYON-CAEN, du droit constitutionnel d'obtenir un emploi en terme de liberté du travail n'implique donc pas un droit à l'emploi de nature à interdire à l'Etat d'entraver la liberté du travail. Bien au contraire, l'auteur conclut ainsi son commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel du 23 mai 1983 : elle

(448) *Ibid.*

(449) *Ibid.*

(450) *Ibid.*

(451) *V. supra*, n° 241.

(452) *Cf. LYON-CAEN, Gérard - op. cit.*, p. 208, souligné par l'auteur.

«reflète assez fidèlement l'esprit du Droit français : la restriction du droit au travail de certains est envisagée comme la condition du droit au travail du plus grand nombre. Cette attitude traduit la volonté d'interpréter dans un sens collectif le droit au travail.» (452)

Cette interprétation paraît plus pertinente que celle de F. GAUDU, qui distingue droit à l'emploi et liberté professionnelle, cette dernière faisant obstacle, selon lui, à toute interdiction de travail (453). Pour soutenir cette opinion, F. GAUDU est contraint, d'ailleurs, de passer sous silence les interdictions de travail signalées par Gérard LYON-CAEN ; il n'admet, au mieux, qu'un droit de l'Etat à dissuader certains travailleurs de se porter ou de se maintenir sur le marché du travail (454). Il ne peut pas, pourtant, ne pas mentionner la fameuse ordonnance du 24 mai 1945 instituant une autorisation administrative d'embauche et de licenciement, dont il pense trouver le fondement constitutionnel dans «*le devoir de travailler, bientôt explicitement prévu par le Préambule de 1946*» (455) ; explication, évidemment, peu convaincante.

Il faut donc reconnaître que le *droit à l'emploi* et le *droit au travail* impliquent, l'un comme l'autre, le pouvoir de la loi d'interdire à certaines personnes ou catégories de personnes d'offrir leur force de travail à la vente, en vue de favoriser l'accès du plus grand nombre au marché du travail. Affirmer que le «*droit d'obtenir un emploi*» du Préambule de 1946 ne confère pas, explicitement, de droit subjectif d'accès au marché du travail demeure exact, mais s'en tenir là n'épuise pas l'analyse.

244. Ce débat revêt, indépendamment de son intérêt académique, une grande importance pratique dans une période où le nombre de chômeurs recensés progresse rapidement et inexorablement, en France, sans qu'il soit possible de prévoir où il se stabilisera pour ensuite régresser. Il ne saurait, en effet, être exclu que le législateur (actuel ou futur) soit tenté, voire contraint, d'instituer de nouvelles interdictions de travail ; il n'est pas aberrant d'imaginer que, dans un avenir plus ou moins proche, l'aggravation du chômage provoque une modification profonde des représentations sociales idéologiques, qui, seules,

(453) V. *supra*, n°s 234 et 235.

(454) Cf. GAUDU, F. - L'emploi dans l'entreprise privée ... - *op. cit.*, p. 236. Par ailleurs, son article relatif à l'organisation juridique du marché du travail (*op. cit.*) demeure muet quant à cette technique d'interdiction.

(455) *Ibid.*, p 233. V. ég. : L'organisation juridique ... - *op. cit.*, p. 947.

aujourd'hui, interdisent d'envisager cette solution. D'autres *verrous*, et non des moindres, n'ont-ils pas déjà cédé sous cette pression : ainsi, par exemple, de la conviction générale de l'irréversibilité des droits du travail, ou de la rigidité à la baisse du salaire réel, et même du salaire nominal ?

Pour pessimiste qu'il soit, le jugement de Gérard LYON-CAEN mérite la plus grande considération :

«Le rôle nouveau imparti au Droit du travail est de permettre à l'Etat d'assumer sa mission d'améliorer la situation de l'emploi, ce qui suppose de ne rien faire qui risque de compromettre la prospérité de l'entreprise - et si possible de favoriser sa croissance. Le droit d'obtenir un emploi (ou droit au travail) à forte connotation socialiste, est ainsi devenu l'ultime justification de mesures de sauvetage de l'économie capitaliste. Le droit au travail est le justificatif du repli du Droit du travail» (456).

245. Pour œuvrer au rétablissement du bon fonctionnement de l'économie de marché, gage de plein-emploi, le droit du travail pourrait fort bien en venir soit à libérer au maximum le droit d'embauche et de licenciement, soit, au contraire, à instaurer un régime de police restreignant l'aire du marché (autorisation administrative préalable, interdictions légales, etc.), sans enfreindre la Constitution. Si le succès sur le chômage de l'une comme de l'autre de ces politiques demeure imprévisible, il est, en revanche, à peu près certain qu'elles engendreraient, l'une comme l'autre, une grave détérioration du sort des travailleurs. Une politique d'emploi véritablement conçue dans l'intérêt des travailleurs doit, ainsi, remettre en cause le postulat néoclassique selon lequel seul le marché garantit le plein-emploi ; elle doit rompre avec cette conceptualisation macro-analytique qui présente l'emploi comme l'agrégation des rencontres individuelles entre offre et demande de travail. Enfin, elle doit se débarrasser de la représentation instrumentale du droit, corollaire du concept libéral de marché (y compris sous sa forme, d'inspiration marxiste, de *droit-reflet*).

246. Gérard LYON-CAEN n'est pas le seul juriste à réfléchir en terme de liberté du travail - droit au travail, et non de droit à l'emploi. Sans pouvoir citer, ici, l'ensemble de ces auteurs, il s'impose de mentionner Jean RIVERO et Jean

(456) Cf. LYON-CAEN, Gérard - Le droit au travail. - *op. cit.*, p. 212, souligné par l'auteur.

SAVATIER ; bien qu'ils ne s'inscrivent pas dans le courant marxiste, leur approche témoigne de son influence.

Ces auteurs voient dans la formule du Préambule de 1946, dont l'affirmation proviendrait

d'«une réaction de la conscience sociale devant le phénomène du chômage apparu en même temps que la révolution industrielle» (457),

une reprise de l'idée de la Constitution de 1848, qui affirme le droit au travail.

Ils notent, mais sans commentaire, que le texte de 1946 ne mentionne pas la liberté du travail, et n'interprètent pas l'expression *liberté professionnelle* ; leur définition de la liberté du travail inclut les deux aspects déjà soulignés : liberté de travailler ou non et liberté de choix de la profession (458). Le droit au travail semble constituer, dans leur approche, le moyen d'exercice de la liberté du travail, laquelle «est dérisoire si celui qui veut travailler ne trouve pas à s'employer» (459). De manière un peu sibylline, ils écrivent aussi, sans développer la remarque, que «La difficulté est de concilier droit au travail et liberté du travail» (460). En revanche, on les suit plus aisément lorsqu'ils prennent explicitement position : le chômage étant un

«gaspillage qui révèle une mauvaise organisation sociale»,
«La sauvegarde des droits de la personne et la rationalisation de l'activité économique exigent donc l'intervention des pouvoirs publics pour garantir à tous la possibilité de travailler. Mais cette garantie ne peut être efficace que dans une société où la maîtrise des phénomènes économiques est suffisante. L'affirmation du droit au travail dans une économie libérale, où l'Etat ne dispose pas des moyens d'agir sur les offres d'emploi, est pur romantisme» (461).

Voilà sans doute pourquoi il y a contradiction entre droit au travail et liberté du travail.

(457) Cf. RIVERO, Jean, SAVATIER, Jean. - Droit du travail. - Paris : PUF, 1991, 12e édition, coll. Themis, p. 385.(458) *Ibid.*, p. 384.

(459) *Ibid.*, p. 385.

(460) *Ibid.*

(461) *Ibid.* Rappelons que, dans la théorie économique néoclassique, le plein-emploi est réalisé tant que l'Etat s'abstient d'intervenir ; le droit au travail se trouve, ainsi, instauré *naturellement*, sans qu'il soit besoin de le poser juridiquement. En somme, dans cette analyse, ce n'est pas l'existence d'un droit au travail qui fonde l'intervention de l'Etat, mais l'inverse !

247. J. RIVERO et J. SAVATIER rejoignent les auteurs cités précédemment pour estimer que le droit au travail n'est pas un droit de créance, et implique seulement l'obligation pour l'Etat de mettre en œuvre une politique de l'emploi. Sur ce point, droit à l'emploi et droit au travail sont identiques. En revanche, les auteurs optant pour la seconde notion expriment clairement leur scepticisme quant à l'effectivité d'un tel droit, tandis que ceux qui utilisent la première ne doutent pas de sa positivité. La distance qui sépare les uns des autres s'explique, vraisemblablement, par une différence de conception quant à la capacité du droit (de l'Etat) à intervenir efficacement pour protéger les travailleurs des effets pervers de l'économie de marché. En regard des discours en terme de droit au travail, les partisans du droit à l'emploi passeraient pour normativistes ; en regard des partisans du droit à l'emploi, les analyses en terme de droit au travail passeraient pour strictement positivistes. On retrouve ici, en somme, un débat relatif à la nature des *droits économiques et sociaux*, expression de «*principes particulièrement nécessaires à notre temps*» : droit naturel, ou droit positif ? L'enjeu n'est pas mince : la conception jusnaturaliste du droit à l'emploi justifierait sans doute une politique publique de l'emploi dirigiste, n'hésitant pas à entraver le jeu du marché, tandis que l'approche positiviste du droit au travail, se pliant aux impératifs dictés au système juridique par les exigences du marché, ne tolérerait qu'une intervention non contraignante de l'Etat (incitative - dissuasive), quitte à se lamenter de son inefficacité.

Il n'est pas nécessaire de se livrer à une étude approfondie des politiques publiques d'emploi suivies depuis presque vingt ans pour observer qu'elles s'en tiennent à la méthode d'incitation - dissuasion. On peut en conclure qu'elles ne sont pas animées par une conception jusnaturaliste du droit à l'emploi. Leur échec, manifeste, fait le lit du droit à l'emploi et de la police économique du système d'emploi, nécessaire à sa réalisation.

Sous-section 2 :

UNE APPROCHE MARXISTE HETERODOXE

248. Convaincu que le fonctionnement optimal du marché du travail (observé du point de vue des détenteurs de capitaux) implique la formation d'une «*armée prolétarienne de réserve*», Antoine JEAMMAUD écrivait, dans un article déjà ancien mais historiquement situé (et qui fit, lui-même, date) :

«*Ainsi la consécration d'un authentique droit à l'emploi s'avère-t-elle incompatible avec l'hégémonie du capitalisme*» (462).

Cette opinion découle d'une analyse des fonctions du droit du travail qui, proposant un développement original de la dichotomie marxienne infrastructure - superstructure, refuse de réduire le droit au seul rang de reflet ; au contraire, le droit est perçu, en sus, comme moteur du régime d'accumulation du capital. S'il n'en constitue pas la source, il le fonde, le réalise, le représente, tout en masquant aux yeux des travailleurs le mécanisme d'extorsion de la plus-value :

«*Pas plus qu'il ne les engendre, ainsi que tend à le faire croire le fétichisme juridique ambiant, le droit n'est simplement engendré par les rapports de production, comme pourrait le faire croire un marxisme atteint d'économisme. Mais il les conditionne en ce sens qu'il est un véritable élément constitutif de ces rapports. Sa fonction à leur égard est d'escamotage/constitution*» (463).

Dans cette conception, le travailleur est libre en ce sens que l'abolition de l'esclavage, du servage et des corporations hérités du féodalisme lui restitue la maîtrise de sa force de travail, qu'il peut décider de vendre au capitaliste : liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail, liberté contractuelle. Par

(462) Cf. JEAMMAUD, Antoine. - Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail. - DS, 1968, p. 344. V. ég. du même auteur : Les fonctions du droit du travail. - COLLIN, F., DHOQUOIS, R. et autres. - Le droit capitaliste du travail. - Grenoble : PUG, 1980, p. 192 : «*Au total, parler aujourd'hui d'un droit à l'emploi pour rendre compte du droit positif relève de l'imposture ou bien de l'hérésie juridique*» ! On se prend à regretter que François GAUDU n'ait pas discuté les thèses d'A. JEAMMAUD ...

(463) Cf. JEAMMAUD, A. - Propositions - *op. cit.*, p. 342.

définition, une telle liberté est antinomique d'un droit à l'emploi, d'un droit au travail : accéder au marché du travail, «sphère de la circulation», n'est pas un droit, mais une faculté, que rien ne vient restreindre. Le droit garantit la liberté juridique de vendre, ou non, sa force de travail, et, simultanément, celle de l'acheter, ou non. C'est pourquoi il ne saurait garantir que toute offre de travail sera satisfaite.

A. JEAMMAUD n'étudie pas le fondement juridique et la fonction de la politique publique de l'emploi. Mais son approche le conduirait immanquablement à y voir une gestion par l'Etat de l'armée de réserve pour le compte du capital ; impuissant à contraindre les entreprises à créer des emplois, à recruter, son devoir de favoriser le plein emploi se résoud en une panoplie de mesures tendant à diminuer le coût de la force de travail, à faciliter sa mobilité (entrée - sortie sur le marché du travail), adapter sa qualification.

249. A. JEAMMAUD recourt donc, lui-aussi, à un concept économique de marché du travail. A ses yeux, le système d'emploi fonctionne réellement selon le modèle libéral du marché. Il n'est pas surprenant que le courant marxiste adhère à cette représentation, sur la base de laquelle Karl MARX lui-même construisit sa réflexion.

Cependant, à la différence de Gérard LYON-CAEN, qui s'en tient à la thèse du droit - superstructure, droit-reflet, A. JEAMMAUD estime que le droit participe activement et nécessairement à la constitution et à l'organisation du marché. Il s'éloigne, par là, du concept néoclassique : son marché n'est ni naturel, ni libre ; laissées à elles-mêmes, offre et demande de travail ne se rencontreraient pas, ou mal. Le détenteur de capitaux ne trouverait pas la force de travail dont il a besoin. Contrairement à la thèse néoclassique, qui rejette toute intervention de l'Etat, celle d'A. JEAMMAUD l'appelle. Dans ces conditions, il paraît bien difficile de continuer d'utiliser le terme de marché, dont l'acceptation dominante néoclassique ne peut que nuire à la compréhension de la représentation de cet auteur. Il n'est, d'ailleurs, pas certain que celui-ci échappe lui-même aux pièges que lui tend l'utilisation du mot.

La représentation du système d'emploi comme organisation réglementée, et non comme marché libre, n'est, théoriquement, pas inconcevable ; l'approche juridique des phénomènes d'emploi peut y conduire aisément, comme la lecture d'A. JEAMMAUD le suggère. Une telle représentation se découvrirait sans doute

des affinités avec la thèse de la construction sociale du *marché* soutenue par la sociologie de l'emploi (464).

Sous-section 3 :

UNE CONCEPTION SUBJECTIVISTE DU DROIT AU TRAVAIL

250. Dans un article récent, Alain SUPIOT dénonce, lui-aussi, le droit à l'emploi (465), à l'occasion d'une critique vigoureuse de la notion de *partage du travail*. Récusant la notion de

«travail abstrait, telle qu'elle s'est affirmée au XIX^e siècle, et telle qu'elle continue de dominer la pensée économique» (466),
«unité de compte du marché du travail» (467),

il considère que le problème réside dans la conception de la liberté du travail. Dominée, elle aussi, par le concept de travail abstrait, celle-ci «a fait l'objet jusqu'à présent d'une lecture à la fois formelle et réductrice» (468). Pour ce qui nous concerne, l'auteur illustre ce formalisme ainsi :

«S'agissant de l'accès à un emploi, on lui a préféré la notion de droit au travail ou droit à l'emploi (...) Mais on voit bien que cette notion bute sur l'absence de débiteur identifiable (elle n'a servi en pratique qu'à fonder juridiquement les politiques publiques de l'emploi) (...) En revanche, la liberté du travail semble à ce jour n'avoir pas de rôle positif à jouer face à la question du chômage» (469).

(464) V. *supra*, Chapitre 2, Section 2.

(465) Cf. SUPIOT, Alain. - Le travail, liberté partagée. - DS, 1993, p. 715 et s.

(466) *Ibid.*, p. 716.

(467) *Ibid.*, p. 717.

(468) *Ibid.*

(469) *Ibid.*, p. 718.

L'auteur propose ainsi, afin de «libérer le travail», de redéfinir cette liberté : «elle doit être entendue comme une liberté concrète, et non pas comme un droit à l'emploi» (470). Pour celui qui travaille, elle devrait impliquer, au moins : liberté dans le travail, liberté du «travail désintéressé» (activités familiales, publiques, associatives, culturelles ...), et liberté de changer de travail (à ce titre,

«la conversion professionnelle cesserait alors d'être un simple remède aux situations de crise pour devenir un droit permanent pour les travailleurs» (471).

Pour celui qui souhaite travailler, elle devrait, toujours à lire A. SUPIOT, garantir une véritable liberté de choix entre travail et non-travail (l'auteur, à ce sujet, ne commente, hélas, pas le «devoir de travailler» de 1946), entre travailler pour son propre compte ou pour autrui (absence d'un «contrat de travail indépendant» en droit français), et la possibilité de recevoir les qualifications de son choix (ce qui, à notre sens, n'est plus, à proprement parler, une liberté, mais un *droit à*, une créance) (472)

251. Cette approche, explicitement subjectiviste et individualiste, conçoit le travailleur «comme un sujet, à l'institution duquel l'Etat et les entreprises doivent être subordonnés» (473). A cet égard, il n'est pas surprenant que l'auteur n'envisage à aucun moment la liberté du travail comme une liberté collective ; on s'attend presque à le voir condamner toute forme de corporatisme, de coalition ... mais son discours passe sous silence la dimension collective des rapports de travail. Cependant, A. SUPIOT demeure conscient des risques de cet *ultra-libéralisme* ; le travailleur doit pouvoir, affirme-t-il, jouir de sa liberté «sans sortir de l'appareil de solidarité professionnelle» (474). C'est pourquoi le marché du travail doit être

(470) *Ibid.*, p. 721.

(471) *Ibid.*, p. 720. Nous avons également soutenu cette proposition, en critiquant les affirmations de Jean-Pierre SOISSON quant à la création d'un «véritable droit à la reconversion» par la loi du 2 août 1989 relative au licenciement économique ; les dispositions de ce texte, combinées avec celles de l'Accord National Interprofessionnel du 20 octobre 1986, relatives aux *conventions de conversion* n'octroient ce droit qu'aux salariés dont l'emploi fait l'objet d'un projet de suppression, et qui remplissent trois conditions : avoir moins de 56 ans et 2 mois, justifier d'au moins deux ans d'ancienneté (sauf convention plus favorable, et être physiquement apte au travail. Cf. ENCLOS, Philippe. - Reconversion : à la recherche de problématiques juridiques. - VILLEVAL, Marie-Claire, dir. - Mutations industrielles et reconversion des salariés. - Paris : L'Harmattan, 1992, pp. 297-298.

(472) Cf. SUPIOT, A. - *op. cit.*, pp. 719-720.

(473) *Ibid.*, p.721.

(474) *Ibid.*, p. 722.

régi par les principes d'égalité de traitement et de solidarité. L'auteur expose alors sa conception des rapports entre droit et marché :

«Quant à la solidarité, elle ne doit être conçue ni comme une entrave à la liberté de la concurrence, ni même comme une exception à cette liberté, mais comme un principe constitutif du marché du travail. Il n'y a pas d'un côté le marché, et de l'autre le droit, et encore moins de marché sans droit, car c'est le droit qui institue le marché»

Contrairement aux apparences, le propos manque de clarté. On peut convenir qu'il n'y a pas de marché sans droit au sens où le droit fonde le marché, dans son acception néoclassique, en posant et garantissant un principe de propriété privée et en fournissant la technique contractuelle (ainsi qu'en protégeant les frontières que se donne le marché). Mais ce marché ne tolère pas d'autre intervention du droit, notamment celles qui autoriseraient les corporatismes, sans lesquels aucune solidarité ne saurait voir le jour (à moins de réduire la solidarité à une assistance, par l'Etat, des travailleurs exclus du marché). Dans cette perspective, le droit perturbe ou fausse le marché s'il y introduit la solidarité professionnelle : on ne comprend pas comment elle pourrait ne pas entraver la concurrence (475)

On peut, par ailleurs, postuler que le système capitaliste admet les solidarités professionnelles dans la mesure où elles servent aussi les intérêts du capital (théorie de l'ambivalence du droit du travail soutenue par A. JEAMMAUD). Dans ce cas, globalement, la solidarité contribue à consolider la domination du capital sur le travail, et donc elle ne garantit pas la libération du travail. On ne peut imaginer l'institution d'une solidarité véritablement libératrice, permettant aux travailleurs d'exercer effectivement la liberté du travail redéfinie par A. SUPIOT, compatible avec une économie de marché libérale.

L'obscurité de la thèse d'A. SUPIOT provient, ainsi, principalement, de l'ambiguïté de son concept de marché du travail (et donc de sa représentation des rapports du droit au marché).

Pour terminer et quitte à nous éloigner un peu de notre problématique, il nous semble que A. SUPIOT ne développe pas jusqu'à son terme sa thèse de la

(475) La solidarité que l'auteur appelle de ses vœux est **une**, elle s'étend à tous les travailleurs uniformément, qu'ils occupent ou non un emploi, et à toutes les formes de travail, subordonné ou non. Cela suppose, non seulement la disparition des repliements corporatifs que souhaite A. SUPIOT mais, en amont, celle des groupes sociaux qui les engendrent. Il n'y a plus qu'un groupe social de travailleurs, un seul régime de solidarité dont tous bénéficient. Dans de telles conditions, toute concurrence, soit entre les entreprises, soit entre les travailleurs, disparaît nécessairement !

libération du travail : il conserve, dans son modèle, le concept de travail subordonné. Bien qu'il relève que

«la liberté du travail n'a guère été mobilisée comme principe juridique susceptible de limiter la subordination»,

il ne propose pas l'abolition de cette forme de travail caractérisée par la soumission du travailleur à l'autorité de l'employeur. S'il fallait vraiment libérer le travail, ne faudrait-il pas commencer par là ?

Section 3 :

BILAN ET PERSPECTIVES

252. L'analyse des conceptualisations macro-analytiques de l'emploi en économie, sociologie et droit met en évidence, ce qui n'est pas surprenant, des spécificités méthodologiques disciplinaires qui présentent une certaine complémentarité (1.). Elle permet, surtout, de prendre pleinement conscience de l'impact considérable, en sociologie et en droit, du concept économique de marché, face auquel ces deux disciplines réagissent fort différemment. S'agissant du droit, l'emprunt du concept de marché à l'économie constitue un véritable obstacle épistémologique que la doctrine doit trouver les moyens de surmonter (2.).

Sous-section 1 :

BILAN

253. La complémentarité des méthodes respectives des trois disciplines s'exprime en ceci que chacune apporte des connaissances relatives à l'une des multiples dimensions de ce phénomène complexe qu'est l'emploi. En ce sens, il serait absurde de prétendre que l'une ou l'autre d'entre elles produit la seule explication valable, ou la meilleure explication du phénomène réel.

- L'économie met, principalement, en œuvre une approche quantitative (mathématique et statistique) : l'emploi s'analyse comme l'agrégation des rencontres individuelles entre offre et demande de travail subordonné ; la situation, ou le volume, de l'emploi constitue l'indicateur majeur du fonctionnement du marché du travail. Elle, ou il, se mesure au nombre de chômeurs.

La sociologie privilégie, quant à elle, une approche qualitative : elle perçoit l'emploi comme un rapport social, dont il s'agit de comprendre le sens, une construction sociale dont il faut comprendre l'architecture. La situation de l'emploi signale un certain état des rapports entre groupes sociaux, en même temps qu'elle constitue un enjeu de leurs stratégies.

L'approche du droit - il n'y a pas, ici, tautologie - est normative. L'emploi apparaît comme objet de règles juridiques, dont il convient d'étudier la source, la nature, la positivité, la cohérence, la portée, etc., et qu'il faut préconiser ou déconseiller.

- Le niveau macro-analytique en science économique se constitue autour de la macro-conceptualisation de l'emploi ; ce concept occupe ainsi une place centrale en macro-économie. Mais, paradoxalement, il ne sait rompre avec un fondement micro-analytique.

La sociologie traditionnelle du travail ne développe pas de concept macro-analytique d'emploi ; lorsque la crise finit par conduire certains sociologues à conceptualiser l'emploi, il semble que cela implique la formation d'une sociologie de l'emploi, reposant sur un paradigme différent de celui de la sociologie du travail ; il se caractérise, notamment, par une approche macro-analytique, qui rompt avec le niveau micro-analytique de la situation de travail.

Si le droit positif applicable à l'emploi se donne pour objectif d'améliorer (de manière non-dirigiste) la situation globale de l'emploi, il use assez largement de techniques (micro-interventionnistes) régissant la relation individuelle de travail, sans que l'impact réciproque entre politiques d'emploi et politiques du travail soit néanmoins toujours connu, ni pris en compte. Le droit positif applicable à l'emploi se trouve ainsi, principalement mais pas intégralement, intégré au Code du travail ; le plan thématique (issu de la loi de codification de 1973) de ce dernier apparaît, en la matière, de moins en moins adéquat. La doctrine, qui ne milite pas pour la constitution du droit de l'emploi en branche distincte du droit du travail, et n'en propose pas véritablement de théorie (macro-analytique), se heurte, néanmoins, à une difficulté majeure en ce qui concerne la mise en cohérence des règles juridiques respectivement relatives à l'emploi et au travail.

Par ailleurs, la science du droit ne conceptualise pas directement l'emploi, mais les règles de droit qui s'y appliquent (y compris celles qui instituent des organismes appelés à mettre en œuvre les politiques d'emploi, publiques et privées). Elle s'en remet, sur ce point, quasi-exclusivement à la science économique, ignorant les apports récents de la sociologie.

254. La macro-économie ne conçoit l'emploi que comme le résultat du fonctionnement du marché du travail. L'économie socialiste, dans cette logique, ne comporte pas de système d'emploi, mais un système de placement.

Dans le même temps, la macro-économie admet, d'une part, que le droit fonde le marché (du travail), et, de l'autre, que ce marché concerne exclusivement et intégralement les transactions relatives au travail subordonné. Sur le premier point, la macro-économie pense échapper à la critique en déniaut au droit toute autre fonction que ce fondement, et en situant la source, l'origine du marché en dehors du droit, au profond de la nature humaine. Le droit du travail est réputé perturber le marché. Ce n'est, bien entendu, affaire que de postulat : rien n'interdit de penser, au contraire, que le droit du travail ne réalise rien d'autre que le fondement du marché du travail, en déclinant le droit des obligations, la liberté contractuelle. Un certain marxisme soutient cette opinion. Ce faisant, il apporte sa caution au concept de marché, contribue à propager la représentation marchande des rapports de production et d'échange.

Sur le second point, la macro-économie laisse planer un doute quant à l'extension du concept d'emploi en tant que résultat du fonctionnement du marché du travail : rend-il compte, non seulement de l'emploi dans le cadre du droit privé, mais encore de l'emploi dans le cadre du droit public ? En d'autres termes, le marché du travail se comprend-il comme regroupant l'ensemble des employeurs privés et publics ?

Si l'on considère, conformément au droit administratif, qu'aucun contrat n'est conclu entre une personne morale de droit public et ses fonctionnaires nommés, il faut en déduire l'absence de marché du travail : il s'agit bien d'un système de placement (476). En revanche, on ne saurait contester que les employeurs publics se trouvent en concurrence avec les employeurs privés sur le marché de la main-d'œuvre : chaque demandeur d'emploi est libre de préférer l'un de ceux-ci à l'un de ceux-là, et inversement ; ni que, d'un point de vue strictement économique, un employeur public acquiert la force de travail en contrepartie du paiement d'une rémunération. Le problème est des plus délicat.

Malgré ces difficultés, le concept macro-économique d'emploi repose, nécessairement et solidement, sur celui de marché du travail.

(476) Que les intéressés expriment ou non un accord n'y change rien. Disons que c'est un système faiblement autoritaire de placement : seuls sont placés certains de ceux qui le demandent, et, parfois, dans les emplois qu'ils demandent.

255. La sociologie de l'emploi refuse catégoriquement de conceptualiser l'emploi selon la logique marchande préconisée par la théorie économique néoclassique. Le concept sociologique d'emploi se construit même explicitement en réaction contre cette logique, accusée d'incapacité à rendre compte de la dimension sociale (socialisée et socialisatrice) des phénomènes d'emploi, de rejeter leurs configurations collectives et institutionnelles comme autant de tumeurs malignes.

Pour autant, cette sociologie ne prétend pas dénier toute pertinence à une conceptualisation marchande de l'emploi qui se tiendrait confinée à l'intérieur des frontières de la discipline économique : il s'agit de deux plans d'analyse distincts mais non concurrents, susceptibles de délimiter un champ de connaissances commun. La sociologie de l'emploi n'accepte le brouillage de sa frontière avec l'économie de l'emploi que si celle-ci relâche ses hypothèses néoclassiques en matière de marché.

En revanche, la sociologie de l'emploi, à la différence de certains courants de sociologie du travail, ne se préoccupe guère ni du droit positif, ni de la théorie juridique. Il y a là, sans aucun doute, un point aveugle, une lacune difficilement explicables du point de vue même de sa démarche, très focalisée sur les règles des mécanismes sociaux de l'emploi. Mais peut-être convient-il de n'y voir qu'une faiblesse provisoire.

Sous-section 2 :

PERSPECTIVES

256. Bien qu'elle ne conceptualise pas directement l'emploi, mais les règles juridiques y relatives, la science du droit se trouve, elle aussi, confrontée au concept économique de marché du travail.

Tous les courants de pensée présents en doctrine analysent le système d'emploi en terme de marché du travail ; les courants marxiste, humaniste, catholique social, nous l'avons vu, pour en dénoncer tantôt l'illégitimité (B. EDELMAN, Gérard LYON-CAEN, A. JEAMMAUD ...), tantôt les effets pervers (J. RIVERO,

J. SAVATIER et Gérard COUTURIER (477) ; le courant libéral, pour le glorifier et stigmatiser les dysfonctionnements qu'y apporte le droit du travail (478). Le marché du travail fonctionne comme le principe explicatif ultime de la situation de l'emploi, y compris pour les auteurs qui pensent faire montre d'audace en affirmant que le droit le fonde ou l'institue.

En cela, la théorie du droit du travail présente une étroite similitude avec celle du droit de la concurrence (479) (480). Mais la similitude s'arrête aussitôt. En effet, alors que la doctrine travailliste retient majoritairement une conception proche de la théorie néoclassique (à des fins, partisans, de stigmatisation ou de prône), les spécialistes du droit de la concurrence adoptent un point de vue plus réaliste, plus pragmatique. Y. SERRA rappelle que «la concurrence a vocation à détruire la concurrence» (481), qu'elle peut devenir déloyale, donner lieu à des abus, etc. ; en d'autres termes, s'il n'est pas juridiquement organisé, le marché risque de s'autodétruire. On ne saurait mieux répudier le mythe du libre marché spontané, auto-équilibrant et satisfaisant l'ensemble des offres et demandes, tel que WALRAS et HAYEK l'imaginent (482), et qui continue, appliqué au travail, d'obséder la doctrine travailliste. Le concept de libre concurrence développé par le droit économique (et sa science) n'interdit pas toute intervention de l'Etat ; bien au contraire, la concurrence n'est *libre* que grâce au droit, qui prohibe tout comportement *sauvage* des agents économiques. Le marché résultant de cette

(477) Cf. COUTURIER, Gérard. - Droit du travail. Les relations individuelles de travail. - Paris : PUF, 1990, T. 1, 1ère éd., p. 37 et s.

(478) Cf., not. : TEYSSIE, Bernard. - Droit du travail. - Paris : LITEC, 1992, 2e éd., p. 193 et s. Cet auteur reconnaît - comment faire autrement ? - que l'Etat contribue à l'organisation du marché du travail ; mais il ne voit dans cette contribution que la préoccupation de «connaître, d'aider et de contrôler» son fonctionnement. Il critique ainsi les exonérations de charges sociales, assimilables à des subventions, «ce qui, en son principe, est malsain» (p. 196), se félicite de la suppression du monopole public de placement, «expression d'un mythe : les bienfaits d'une intervention systématique de l'Etat ...» (p. 197), etc. V. également, du même auteur et dans le même sens : L'Etat et l'Emploi (Loi n° 86-797 du 3 juillet 1986). - JCP, 1986, éd. G, I, 3258. De manière générale, le courant libéral ne consacre pratiquement pas de travaux à la question du droit à l'emploi : il va de soi, dans la logique libérale, que l'économie de marché en exclut *ipso facto* le principe, qu'il s'agisse d'un droit objectif ou subjectif. Ce fait explique que l'analyse des réflexions doctrinales en la matière ne trouve à s'alimenter qu'aux autres courants.

(479) Aussi n'est-il pas surprenant qu'on ait pu voir dans le droit du travail un droit de la concurrence sur le marché du travail : cf. LYON-CAEN, Gérard - L'infiltration ... - *op. cit.*, et EDELMAN, B. - A bas le droit du travail ... - *op. cit.* Curieusement, ces analyses sont le fait de spécialistes du droit du travail, et non de droit de la concurrence.

(480) Cf. not. - : SERRA, Yves. - Le droit français de la concurrence. - Paris : Dalloz, 1993, pp. 1, 17 à 20. AZEMA, J. - Le droit français de la concurrence. - Paris : PUF, 1989, 2e éd.

(481) Cf. SERRA, Y. - *op. cit.*, p. 4.

(482) Sur la notion d'ordre spontané développée par HAYEK, v. *supra* Partie préliminaire, n° 68.

concurrence *artificielle*, juridiquement organisée, n'est pas *libre* au sens de l'économie néoclassique, s'il l'est, cependant, au sens juridique. Du point de vue du droit économique, ainsi qu'Y. SERRA l'indique, la concurrence (donc le marché) n'est pas une fin en soi, mais un moyen (certes, que l'on présume le meilleur), d'atteindre certains objectifs économiques et sociaux (483).

Dans cette perspective, il semble bien que la théorie du droit de la concurrence réussisse mieux que la théorie du droit du travail à concevoir le marché comme une véritable construction juridique. Par là, sa démarche la rapproche plus de la sociologie de l'emploi (*construction sociale*) que celle de la doctrine travailliste, aussi paradoxal que cela puisse paraître (484).

257. L'analyse de la conceptualisation, par les juristes du travail, du droit à l'emploi a montré combien leur représentation économiciste du système d'emploi, fondée sur une notion libérale de marché appliquée au travail, perturbe l'effort théorique. Elle entrave la réflexion de multiples manières : la fourvoyant dans diverses impasses, l'enfermant dans des contradictions et paradoxes logiques insolubles, la conduisant à des interprétations instrumentales du droit constitutionnel d'obtenir un emploi. Poussant nous-mêmes cette logique jusqu'à ces limites, nous sommes parvenus à mettre en évidence que cette interprétation, partant de la lecture, par le Conseil Constitutionnel, de la célèbre formule du Préambule de 1946, peut fonder une politique publique de l'emploi strictement respectueuse de la liberté (au sens de l'économie néoclassique) des agents économiques. En imprégnant la théorie juridique, la logique du marché, brandie tel un étendard ou agitée tel un épouvantail, soumet le droit aux exigences du régime d'accumulation du capital et anéantit toute conception attendant du droit du travail une contribution à la libération du travail (au sens d'une suppression de sa soumission au capital).

Or, une théorie érigeant le concept - par définition libéral - de marché en principe d'explication du système d'emploi et du droit y relatif se présente comme une analyse économique du droit, et non comme une analyse juridique de l'économie.

(483) *Ibid.*, p. 5.

(484) Remarquons, cependant, que Gérard LYON-CAEN s'engage, parfois, sur cette voie, lorsque, par exemple, il expose que «*La constitution économique de la France n'est pas fondée sur le pur libéralisme, lequel a été rejeté en 1946 et 1958. Au mieux, elle consacre ce que les Allemands ont appelé d'un terme intraduisible : Sozial markt-wirtschaft, économie de marché à finalité sociale. Autrement dit encore, la recherche du plein emploi est un impératif dicté au législateur par la constitution*» (Le droit au travail. - *op. cit.*, p. 205). Mais il ne poursuit pas en affirmant que ce qu'il est convenu de dénommer marché se réduit à une construction juridique, empêché par sa problématique centrale du droit - superstructure.

En d'autres termes, le concept économique de marché ne constitue pas un outil heuristique efficient pour la théorie du droit du travail et de l'emploi, pour une conceptualisation juridique de l'emploi. Il n'est pas nécessaire de défendre une représentation *progressiste* du droit du travail (485) pour demeurer convaincu que les fins du droit du travail (486) ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts des détenteurs de capital. Autant, comme il apparaît aujourd'hui, il fut préjudiciable à la théorie du droit du travail de ne l'avoir, parfois, expliqué que par les luttes des travailleurs, autant il serait dommageable de ne le comprendre qu'en référence au concept économique de marché.

258. Puisant aux sources de la sociologie du droit, les réflexions d'Alain SUPIOT suggèrent une hypothèse originale quant à la difficulté d'introduire un concept économique abstrait au sein de la théorie juridique. L'auteur nous rappelle que la «*Rechtssoziologie*» weberienne distingue, dans le droit rationnel, deux types de rationalité : matérielle et formelle (487). Les règles relevant de la seconde catégorie se caractérisent, dans leur rapport au réel, par une médiation abstraite, alors que celles qui appartiennent à la première ne possèdent qu'un faible degré d'abstraction par rapport au social (488). A. SUPIOT estime que le droit du travail se compose principalement (et originairement) de règles matérielles, contrairement au droit civil, ce qui expliquerait à la fois le peu de considération que les juristes lui accordent et le «*débat interminable sur son autonomie*» (489). Les concepts du droit du travail

«sont en effet directement issus de la pratique des relations de travail. Ce sont d'abord des faits observés et dénoncés par les enquêtes sur la condition ouvrière qui font irruption dans l'ordre juridique» (490).

Ainsi : «en droit du travail les catégories juridiques sont perçues comme de simples décalques des catégories sociologiques» (491).

(485) Position que l'évolution de ce droit, notamment depuis le début des années 1980 et en matière de temps de travail, rend de plus en plus difficile à soutenir.

(486) Qu'il s'agisse, d'ailleurs, des fins que se donne le droit lui-même : sûreté, sécurité, liberté, justice, etc., ou que lui assigne la démocratie : défense de l'intérêt général, protection de la partie la plus faible, garantie des libertés publiques, etc.

(487) Cf. WEBER, Max. - Sociologie du droit. - trad. et intro. Grosclaude Jacques. - Paris : PUF, 1986, 1ère éd., p. 162 et s.

(488) Cf. SUPIOT, Alain. - Délégation, normalisation et droit du travail. DS, 1984, p. 298.

(489) *Ibid.*

(490) *Ibid.*, souligné par l'auteur.

(491) *Ibid.*, p. 299.

D'où la tentation, en doctrine, d'une dérive sociologiste que l'auteur, se référant à Gérard LYON-CAEN (492), stigmatise sévèrement. Pour matérielles qu'elles soient, les normes de droit du travail n'en demeurent pas moins rationnelles, ce qui suffit à les autonomiser par rapport au social : il est donc impossible de les assimiler aux catégories sociologiques. Elles tiennent cette autonomie de leur juridicité (l'indécision persistante quant au critère de cette juridicité n'altère pas la rationalité spécifique du droit du travail) (493).

259. Cette analyse implique, certes, l'hypothèse d'une rationalité spécifique du droit que l'épistémologie juridique ne parvient pas à démontrer de manière irréfutable (494). Mais ce problème n'obère pas l'intérêt de la thèse weberienne développée par A. SUPIOT, ni son exploitation à l'endroit des catégories économiques. Pour ce qui nous concerne, on ne détourne sans doute pas cette analyse en considérant que le concept économique de marché, dont nul ne songe à nier l'extrême abstraction, accroît la rationalité formelle du droit (du travail) ainsi que celle du discours scientifique sur ce droit, lorsqu'il s'y trouve intégré. Cet accroissement tend à y réduire la part de rationalité matérielle (au sens weberien présenté ci-dessus). Or, si, comme nous le pensons, c'est précisément cette dernière qui confère au droit du travail - au risque d'une déviation sociologiste - l'essentiel de sa vigueur, de sa portée, de son *autonomie* (pour ne pas écrire : de son effectivité), alors il faut admettre que l'importation, *ne varietur*, du concept économique de marché ébranle l'ordonnement du droit du travail. Elle crée, également, un risque de déviation exactement opposé au sociologisme, celui d'économisme (ou de formalisme économiciste). En outre, si l'on veut bien admettre que le formalisme de certains concepts économiques ne le cède en rien à celui de certains concepts du droit civil, emblèmes de l'ordre juridique libéral, il apparaît que l'emprunt, par le droit du travail et sa doctrine, du

(492) Cf. LYON-CAEN, Gérard - A propos de quelques ouvrages de doctrine. - *op. cit.*

(493) Cf. SUPIOT, A. - *op. cit.*, pp. 300 et 305.

(494) Sur la rationalité juridique, v. not. : KALINOWSKI, Georges. - Logique et méthodologie juridique : réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit. - APD, 1978, Vol. 23, p. 59 et s. ; GRZEGORCZYK, Christophe. - La rationalité de la décision juridique. - APD, 1978, Vol. 23, p. 237 et s. ; HABA, Enrique P. - Rationalité et méthode dans le droit. - APD, 1978, Vol. 23, p. 265 et s. ; PERELMAN, Chaïm. - Ethique et droit. - Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 431 et s. ; et, sous l'angle de la logique juridique : DUBOUCHET, Paul. - Sémiotique juridique : introduction à une science du droit. - Paris : PUF, 1990, 1re éd., qui considère que le droit développe une logique autonome.

concept de marché en réduit l'autonomie de la même manière que le *retour aux sources* du droit commun des obligations. et les pare d'un service de cette rationalité formelle censée caractériser la branche noble du droit : le droit civil.

260. L'analyse ne conduit pas, nécessairement, à préconiser l'expulsion de ce concept hors du droit du travail et de sa doctrine, comme Gérard LYON-CAEN préconisait de répudier le concept d'entreprise (495). Cependant, elle s'efforce d'attirer l'attention sur la nécessité de le manier avec une grande prudence, à bon escient. Elle appelle à la construction d'un véritable concept juridique susceptible de rendre compte, non d'une représentation économique en termes de marché, mais bien du système concret d'emploi, au niveau macro-analytique, tel qu'il est appréhendé par le droit du travail et de l'emploi (spécialement).

Un tel concept procéderait essentiellement d'une rationalité matérielle ; ceci ne signifie pas qu'il doive *refléter* la réalité de l'emploi, mais, pour reprendre un mot de C. ATIAS, «la soumettre au régime juridique la plus appropriée» (496), de manière à conférer aux règles de droit afférentes un niveau de généralité approprié. A cet égard, il n'est pas certain qu'un degré très élevé d'abstraction, dont C. ATIAS rappelle la propension à augmenter les pouvoirs du juge (497), soit souhaitable. L'élaboration de ce concept conserverait la possibilité de prendre en compte des éléments de définition économique, à la condition d'en adapter la structure ou le sens au particularisme axiologique du droit du travail, de la même façon que le juge des relations de travail s'empare aujourd'hui des concepts et principes du droit civil (498) : avec circonspection et dans le respect de la fonction protectrice du droit du travail.

261. Ce mode de conceptualisation aurait, à notre sens, l'avantage insigne de dégager la réflexion théorique relative au droit de/à l'emploi des sables mouvants où le mirage du concept économique libéral de marché l'enlise. Reprendre rapidement la discussion relative à l'interprétation du «droit d'obtenir un emploi» permet d'en fournir quelque illustration.

(495) Il est d'ailleurs étonnant, compte tenu des liens unissant les concepts d'entreprise et de marché du travail, que Gérard LYON-CAEN n'ait pas également jeté son anathème sur ce dernier.

(496) Cf. ATIAS, Christian. - Science des légistes, savoir des juristes. - Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 2e éd., p. 68.

(497) *Ibid.*, p. 69.

(498) Sur les rapports entre droit du travail et droit civil, v. not. les contributions au n° 5, Mai 1988, de Droit social, not. PELISSIER, Jean. - Droit civil et contrat individuel de travail.

Ainsi que nous l'avons observé plus haut, l'analyse juridique du sens de la formule du Préambule de 1946, menée en référence au concept de marché du travail, aboutit généralement à exclure toute intervention dirigiste de l'Etat en matière de politique d'emploi. A l'opposé, concevoir le système d'emploi comme une construction - notamment - juridique aurait pour effet de restituer toute leur vigueur aux valeurs du droit du travail, même lorsqu'elles ne coïncident pas avec celles de la *loi de l'offre et de la demande* du modèle économique libéral.

On s'apercevrait alors que, comme le souligne Y. SERRA,

«Si la concurrence est supposée être un facteur de progrès économique, cette présomption n'est cependant pas absolue. Il se peut qu'une pratique anti-concurrentielle se révèle être plus efficace que la concurrence pour assurer le progrès économique...» (499)

Ce qui vaut pour le progrès économique vaut, *a fortiori*, pour le progrès social, et si une pratique *anti-marché* peut favoriser ce progrès, une règle de droit peut, *de lege ferenda*, autoriser, encourager et encore imposer cette pratique.

A titre d'exemple, il redeviendrait alors légitime d'envisager une politique publique d'emploi contraignant certaines entreprises à embaucher certains demandeurs d'emploi, contrôlant *a priori* les politiques d'embauche et de licenciement de certaines entreprises. On se souviendrait qu'aucun texte constitutionnel ne prohibe absolument ce type d'intervention, ne dicte au législateur de reconnaître aux entreprises, en toutes circonstances, une liberté totale en la matière.

262. Le droit positif contient déjà, d'ailleurs, un dispositif d'obligation d'embauche, qui pourrait servir de modèle. Il s'agit de la réglementation relative à l'emploi des travailleurs handicapés physiques et/ou mentaux (500). L'article L.323-1, C. trav. dispose que tout employeur occupant au moins vingt salariés est tenu d'employer des travailleurs handicapés, mutilés de guerre ou assimilés, à raison de six pour cent de l'effectif total. Les entreprises concernées ont la faculté de se libérer de cette obligation en appliquant un accord collectif instituant un programme en faveur des travailleurs handicapés comportant certaines actions listées par la loi (art. L.323-8-1, C. trav.) ou en versant une contribution à un *fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés* créé à

(499) Cf. SERRA, Y. - *op. cit.*, p. 92.

(500) Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987, art. L.323-1 à L. 323-35, C. trav.

cet effet par la loi (art. L.323-8-2, C. trav.), ou encore de se mettre en infraction avec ces dispositions au risque d'amende pénale (art. L.323-8-6, C. trav.).

L'article L.323-9, issu de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 et inchangé par celle du 10 juillet 1987, indique très clairement que

«L'emploi et le reclassement des personnes handicapées constituent un élément de la politique de l'emploi ...»,

la précision réfute à l'avance tout argument qui, pour contester que ce dispositif puisse inspirer des mesures semblables au profit de chômeurs, le présenterait comme une exception au principe du respect du marché du travail fondée sur des préoccupations étrangères au problème de l'emploi. Il est vrai que, *de lege lata*, ces règles ne sauraient être appliquées à d'autres destinataires que les travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés. Toutefois, rien ne s'oppose, en droit, à l'adoption par le législateur de mesures analogues au bénéfice de certaines catégories de demandeurs d'emploi. Il ne serait d'ailleurs pas même nécessaire de sortir de la catégorie juridique des *travailleurs handicapés* : il suffirait, s'il fallait justifier ce type de mesures, de considérer le chômage comme un handicap, ce que de nombreuses études et rapports démontrent depuis de longues années. Handicap social, certes, mais atteignant également ses victimes dans leur corps et leur esprit, engendrant divers troubles physiques et psychologiques invalidant les aptitudes professionnelles et restreignant l'employabilité.

263. La définition, au sens de la loi du 10 juillet 1987, du travailleur handicapé n'exigerait guère de modification pour concerner également les handicaps consécutifs au chômage :

«Est considéré comme travailleur handicapé ... toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales»

(art. L.323-10, C. trav.). Telle quelle, cette définition, qui garde le silence sur les causes du handicap, ne s'oppose d'ailleurs pas à ce qu'un chômeur devenu physiquement ou mentalement incapable, partiellement, de trouver ou conserver

un emploi obtienne un classement par la COTOREP (501) dans l'une des trois catégories de travailleurs handicapés (502). Contrairement à une opinion assez largement répandue, un handicap léger peut suffire pour être classé dans la catégorie A (503). En outre, la loi (et les décrets d'application) abandonnent à la COTOREP le soin de déterminer elle-même ses propres critères (504).

+ handicap « social », déjà pris en compte par le C. trav. (destinataires des CRE et CES, critères de l'ordre des Lts éco...)

264. Il faut encore signaler l'existence d'une obligation légale d'embauche concernant les pères de famille (505), bien qu'elle ne semble guère entrée dans les mœurs, ni que l'administration se préoccupe activement de la faire

(501) COMmission Technique d'Orientation et de REclassement Professionnel, art. L.323-11, C. trav.

(502) Catégories A, B et C en fonction de la gravité du handicap, art. R. 323-22.

(503) Le taux d'invalidité fixé par la COTOREP ne doit pas être confondu avec le taux d'incapacité permanente partielle fixé par la Sécurité Sociale et réservé aux victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

(504) Une loi pourrait, par exemple, déterminer un quota obligatoire de travailleurs handicapés pour cause de chômage dans les effectifs de certaines entreprises, quitte à réserver le dispositif aux chômeurs les plus handicapés en dressant une liste ordonnée de critères (sexe, âge, durée du chômage, niveau de qualification, charges de famille, ancienneté totale de travail, perte involontaire ou non d'emploi, etc.). Il serait sans doute nécessaire soit d'accroître les compétences et les moyens de la COTOREP, soit de créer un organisme spécialisé afin d'attribuer, selon ces critères, un *taux d'employabilité* aux intéressés. Dès lors, l'entreprise participerait indiscutablement au service public de l'emploi. Lorsqu'il lui dénie cette fonction en l'état du droit positif, F. GAUDU (Les conventions d'insertion professionnelle. - RDSS, oct.-déc. 1989, 25 (4), pp. 695-696) oublie, manifestement, les obligations d'emploi des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, et des pères de famille.

Notons, pour être complet, que le Code du travail destine déjà le bénéfice des dispositions relatives à l'emploi des handicapés physiques et mentaux à des handicapés *sociaux* (« personnes reçues dans un des centres d'hébergement et de réadaptation sociale prévus à l'article 185 du Code de la famille et de l'aide sociale ... », art. L.323-35 bis), ainsi qu'à des personnes ne souffrant d'aucun autre handicap, que d'être veuve de guerre non remariée titulaire d'une pension militaire, orphelin de guerre de moins de 21 ans, mère veuve de guerre non remariée ou mère célibataire dont l'enfant est mort en service de guerre, veuve de guerre ayant au moins un enfant à charge issu du mariage avec le soldat décédé, femme d'invalidité interné pour aliénation mentale imputable à un service de guerre, titulaire d'une allocation ou rente d'invalidité attribuée en cas d'accident ou maladie dus au service en tant que sapeur-pompier volontaire (art. L.323-3). Sur l'ensemble de la question de l'insertion des handicapés, lire notamment : LABREGERE, A. - L'insertion des personnes handicapées. - Paris : La Documentation française, 1990 ; EBERSOLD, S. - L'invention du handicap : la normalisation de l'infirme. - Paris : PUF, 1992 ; VILLE, I., RAVAUD, J.F. - Handicap et stigmatisation. - Collectif. - Intégration et exclusion dans la société française contemporaine. - Lille : PUL, 1993, p. 251 et s. ; LE BOZEC, D., GUERGOAT, J.C. - L'emploi des travailleurs handicapés dans les entreprises : 4 années d'application de la loi de 1987. - Premières Synthèses, 1993, n° 23, pp. 1 à 8 ; Liaisons sociales, n° 10220, 19 mai 1988, pp. 117 à 145 ; AUVERGNON, Ph. - L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. - DS, 1991, p. 596 et s.

(505) Art. L.323-36 à L.323-39, C. trav.

respecter, et malgré ses motivations plus liées à la protection de la famille qu'à la réalisation du plein emploi. Il n'est cependant pas certain qu'un père de famille entrant dans son champ d'application (506) dispose d'un authentique droit subjectif d'obtenir un emploi, dont le Code du travail désignerait clairement le débiteur en la personne de l'Etat, représenté par le préfet.

Enfin, on conserve en mémoire l'interdiction faite par le législateur (507) aux salariés en activité de percevoir simultanément une pension de retraite complète au titre de cette activité professionnelle, interdiction qui provoqua la saisine du Conseil Constitutionnel et sa célèbre décision du 28 mai 1983 longuement analysée ci-dessus. Cette dernière confirme, d'une façon éclatante, que la Constitution autorise le législateur, dans le cadre de sa mission en matière de plein-emploi, à intervenir de la manière la plus dirigiste (restriction de la liberté du travail) dans le système d'emploi (508).

265. Il ne paraît plus possible de considérer comme des cas de figures isolés les dispositions en faveur des travailleurs handicapés et des pères de famille, depuis la création, par la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988, d'un «*droit à l'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté*» (art. 1er). Avec raison, Xavier PRETOT note, en effet, que cette loi

«se caractérise par la dimension globale qu'elle confère à la politique de l'insertion, celle-ci couvrant à la fois sans distinction l'ensemble des personnes en difficulté et l'ensemble des difficultés qui s'imposent à celles-ci ...» (509) ;

seules sont exclues de son champ d'application les personnes de moins de vingt-cinq ans (au motif qu'elles bénéficient de multiples dispositifs spécifiques), celles qui ne justifient pas d'une résidence régulière en France, et celles dont le revenu est supérieur au montant fixé par la loi.

Il est vrai qu'en reproduisant, terme à terme, les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 relatives à l'assistance (510), mais non au «*droit d'obtenir un emploi*», l'article 1er de la loi créant le Revenu Minimum d'Insertion ne semble

(506) Ayant au moins 3 enfants à charge au sens de la législation sur les allocations familiales.

(507) Loi n° 83-430 du 31 mai 1983, JO 1^{er} juin 1983.

(508) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - La jurisprudence du Conseil Constitutionnel intéressant le droit du travail. - D. 1989, chr., XLV, p. 290.

(509) Cf. PRETOT, Xavier. - Le droit à l'insertion. - RDSS, oct.-déc. 1989, 25 (4), p. 635.

(510) «*Toute personne qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation de l'économie et de l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*».

pas se réclamer de la politique publique de l'emploi. X. PRETOT va, d'ailleurs, jusqu'à mettre en question le fondement du nouveau droit légal à l'*insertion* sur le droit constitutionnel à des *moyens convenables d'existence* (lequel ne justifierait que le versement d'allocations) (511).

Toutefois, indépendamment même de la signification précise des expressions en cause, le 1er article de la loi se poursuit en affirmant que

«L'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté constitue un impératif national» (512).

Une lecture restrictive de la mention de l'insertion professionnelle conduirait à limiter les obligations de la Nation à octroyer aux intéressés des prestations de formation professionnelle. Cependant, la création, par cette loi, d'un nouveau type de contrat de travail *aidé*, dénommé contrat de retour à l'emploi et (initialement) réservé aux bénéficiaires du RMI, suffit à démontrer que la préoccupation du législateur englobe l'obtention effective d'un emploi (513).

En outre, le «*devoir de travailler*», que le Préambule de 1946 lie indissociablement au «*droit d'obtenir un emploi*», fonde le *contrat d'insertion* que doit signer le bénéficiaire du RMI et par lequel il s'engage, au moins moralement (514), à réaliser par lui-même des efforts d'insertion (notamment professionnelle).

(511) Cf. PRETOT, X. - *op. cit.*, p. 635.

(512) Souligné par nous.

(513) Sans préjuger, ici, de la nature et des caractéristiques de cet *emploi*. Le contrat de retour à l'emploi est, actuellement, régi par les articles L.322-4-2 et s., C. trav. (décrets n° 90-106 et 107 du 30 janvier 1990), 1ère section du Chapitre II *Fonds National de l'Emploi*, Titre II *Emploi*, Livre III *Placement et emploi*. A propos du régime juridique de ces contrats, et, plus largement, de tous les contrats de formation en alternance et d'insertion, v. not. : ENCLOS, Philippe. - Contrats de travail avec formation en alternance : quelle garantie d'emploi ? - RJS, 1990, p. 58 et s. Contrats de formation en alternance : contrôle judiciaire des motifs de licenciement. - BS. FL, 1990, n° 10, p. 457 et s. ; Le contentieux de l'insuffisance professionnelle dans les contrats de formation en alternance. - DS, 1990, p. 896 et s. ; Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée. - DS, 1991, p. 131 et s. ; La requalification judiciaire des Stages d'Initiation à la Vie Professionnelle. - DS, 1991, p. 500 et s. ; Contentieux de la rupture des contrats de formation alternée (démission, accords de rupture, force majeure, motif économique, modification substantielle). - RJS, 1991, p. 487 et s. Lire également LYON-CAEN, Antoine. - Stage et travail. - DS, 1982, p. 164 et s. ; BOUBLI, Bernard. - Les contrats permettant une formation en alternance. - DS, 1982, p. 141 et s. ; POULAIN, Guy. - Stage et précarité d'emploi. - DS, 1982, p. 155 et s. ; SCIBERRAS, Jean-Christophe. - Le stagiaire dans l'œil du cyclone. - DS, 1988, p. 795 et s. ; THERY, Michel. - Les formations professionnelles en alternance. - DS, 1992, p. 391 et s. ; TEYSSIE, Bernard. - Les formations professionnelles alternées (loi n° 80-526 du 12 juillet 1980). - JCP, 1980, éd. CI, 13509 ; FAVENNEC-HERY, Françoise. - SIVP et déclin du contrat de travail. - DS, 1988, p. 51 et s.

(514) Cf. PRETOT, X. - *op. cit.*, p. 640 et s. .

266. Dans ces conditions, il est clair que la philosophie de la loi du 1er décembre 1988 postule l'indissociabilité du droit à des moyens convenables d'existence et du droit d'obtenir un emploi ; cette logique, rompant avec la tradition, apporte, ainsi, une innovation majeure, dont toutes les applications n'ont pas encore été tirées. Le principe de subsidiarité de l'allocation du RMI laisse entendre que l'obtention d'un emploi demeure le moyen prioritaire d'insertion : la Nation ne servira l'allocation que si les efforts d'insertion professionnelle (ceux des intéressés et ceux de l'Etat) ont échoué. En ce sens, le «*droit d'obtenir un emploi*» prend une nouvelle vigueur, les obligations s'alourdissent qu'il met à la charge de l'Etat. Nouveau (?) *droit social*, le droit à l'insertion sociale et professionnelle reste néanmoins à la lisière des droits subjectifs

«Les droits sociaux se caractérisant par l'intervention de la collectivité qu'implique nécessairement leur réalisation concrète, le droit reconnu à chacun se traduisant, en définitive, par l'attribution de prestations en nature ou en espèces ... le droit ne saurait s'exercer que dans la mesure où la loi (le cas échéant sur appel du pouvoir constituant) l'institue et en précise le contenu. Il en résulte ainsi, pour l'intéressé, une situation de caractère *statutaire*, conformément aux principes classiques du droit public, qui ne donne d'ailleurs naissance à de véritables droits individuels que pour autant que les conditions d'ouverture laissent place à une marge d'appréciation au profit de l'autorité...» (515).

Cette analyse, qu'applique X. PRETOT au droit à l'insertion, convient également au *droit à l'emploi* positif.

267. Il semble bien que l'on atteigne, alors, les limites qu'impose au droit la représentation marchande du système d'emploi (et, au-delà, la représentation libérale - au sens économique d'abord, politique, ensuite - de la société). Bridée, la puissance du droit échoue à mettre en mouvement, en la personne des porteurs *libres* de force de travail, de véritables sujets de droit ; elle atteint dès qu'elle en a fait des objets de droits, une *zone rouge* où toute incursion, semble-t-on penser, menace de provoquer un emballement explosif du moteur social. De ce point de vue, nul doute que les exhortations d'Alain SUPIOT à un retour du Sujet paraissent des plus subversives (516) !

(515) *Ibid.*, pp. 636-637.

(516) Cf. les articles précités de cet auteur (adde : Pourquoi un droit du travail ? - DS, 1990, not. pp. 487-488, dont le subjectivisme présente bien des points communs avec celui où Alain

La question reste ouverte, cependant, de déterminer le moment à partir duquel le risque d'emballage devient insupportable ... Si l'on admet que les lois dites *AUROUX* restituaient, sur de rares points, les attributs du Sujet au salarié, le bilan qu'on en tire dix ans après (517) a de quoi rassurer la fraction la plus craintive du patronat : le capitalisme survit à ce type de *citoyenneté*.

268. Dépasser ces limites devient, alors, la tâche prioritaire de la doctrine soucieuse de donner un nouvel élan à la conceptualisation juridique de l'emploi. Il est plus que temps d'imprimer au droit du travail et de l'emploi (de sources professionnelles aussi bien qu'étatiques) l'essor qui lui permettra de repenser des principes fondamentaux nécessaires au nouveau temps, marché ou pas marché. Il est plus qu'urgent que le droit et les juristes se mobilisent réellement autour d'une redéfinition moderne des fonctions du droit, de nature à restituer au peuple la maîtrise des phénomènes économiques dont le tabou mythique du marché tend à les déposséder. Il est plus que crucial, pour le droit et les juristes, de se souvenir que l'économie de marché, en démocratie, n'est qu'un moyen, non une fin, dont le droit n'est pas l'instrument servile, mais le censeur. Il est encore temps de prendre conscience de la responsabilité du droit dans le gigantesque drame de l'exclusion massive et croissante de millions de personnes, véritable *crime de marché* ...

269. Ecartons, explicitement, tout risque de malentendu : il ne s'agit pas, tout au contraire, de faire grief au droit et aux juristes de prendre en compte les caractéristiques des objets de la règle juridique pour la concevoir ou l'expliquer, soient-elles économiques. Estimant, avec A. JEAMMAUD, que la règle de droit fonctionne -notamment- comme *modèle* pour les actions humaines, au double sens de *patron* et d'*étalon* (518), nous sommes convaincus de la nécessité, pour le juriste, de connaître ses objets. Il ne s'agit pas plus de prôner le repliement de la science du droit sur elle-même par un rejet systématique des connaissances en provenance des sciences sociales voisines (519).

TOURAINE inscrit sa sociologie de l'action ; cf. TOURAINE, Alain. - La voix et le regard. - Paris : Ed. du Seuil, 1978 ; Le retour de l'acteur. - Paris : Fayard, 1984.

(517) Cf. COFFINEAU, Michel. - Les lois Auroux, dix ans après. - Rapport présenté à Pierre Bérégovoy, 1er Ministre. - Liaisons sociales, Documents R, n° 29/93 du 1er avril 1993.

(518) Cf. JEAMMAUD, Antoine. - La règle de droit comme modèle. - D, 1990, Chr., XXXIV, p. 199 et s.

(519) Il eût été insensé, de notre part, de mettre en œuvre une démarche interdisciplinaire dans le seul but de la condamner !

Mais, puisque le juriste ne saurait se priver sans dommage de ces dernières, il doit en user rationnellement. En ce sens, et pour ce qui nous concerne, il est déconcertant que les spécialistes du droit du travail et de l'emploi demeurent comme fascinés par le concept libéral de marché appliqué au travail au point de ne pouvoir s'en déprendre lors même qu'il se révèle aussi peu opératoire. On attendrait d'eux qu'ils interpellent l'économie du travail et de l'emploi, qu'ils y cherchent des catégories d'analyse alternatives, ou se tournent vers la sociologie. Ce faisant, leurs efforts seraient récompensés, tant ce concept de marché subit de remise en cause au sein même de sa discipline d'origine. Du simple - mais difficile... - relâchement de ses hypothèses fondamentales à son remplacement par celui d'organisation, le concept standard de marché du travail connaît bien des avatars dont le juriste tirerait maint profit.

Parmi ces approches *hétérodoxes*, et pour s'en tenir au niveau de réflexion macro-analytique, la *théorie de la régulation* développée par l'économie française présente des attraits irrésistibles.

TROISIEME PARTIE :

**POUR UNE CONCEPTUALISATION
DE L'EMPLOI
EN TERME DE REGLES**

INTRODUCTION

270. Alors que les juristes spécialisés en droit du travail demeurent hypnotisés par le concept canonique de marché, sociologues et économistes du travail et de l'emploi tendent à s'en libérer. Au regard de cette émancipation, la posture des juristes commence à paraître bien désuète. Désuétude qui devient d'autant plus paradoxale que sociologues et économistes reviennent du marché leurs cabas débordant d'organisations, d'institutions et de règles. De telle sorte que, depuis une dizaine d'années, ils progressent plus vite que les juristes dans la réflexion sur la part du droit dans la constitution et les transformations du système d'emploi. Certes, les règles et institutions en cause ne se réduisent pas aux normes et dispositifs juridiques, mais englobent l'ensemble de ce qu'il est convenu d'appeler *le social*. Il n'empêche que ces travaux interpellent fortement le droit et sa doctrine, qui ne sauraient les ignorer plus longtemps. Chacun y trouvera son compte : le juriste, des outils pour redynamiser sa représentation de l'emploi, le sociologue et l'économiste, les moyens d'affiner leurs analyses en ce qui concerne institutions et règles juridiques. La prise de conscience de l'impasse théorique où le concept standard de marché du travail a engagé les juristes, d'une part, celle du barrage qu'oppose le défaut d'analyses juridiques approfondies au développement des travaux socio-économiques, d'autre part, préparent le terrain d'une rencontre inéluctable entre ces disciplines.

271. Profondément remise en cause dans ses hypothèses fondamentales par les démentis que lui apporte la réalité des phénomènes d'emploi, la théorie néoclassique multiplie les amendements au point de se renier. Parallèlement, la crise relance le programme de recherche marxiste, qui, rompant avec l'économicisme aussi bien qu'avec le fétichisme juridique, met au point de nouvelles catégories d'analyse. Dans les deux cas, l'évolution se déroule autour du concept de règle. Ces travaux, largement ignorés des juristes, paraissent de nature à stimuler leur réflexion quant à une théorie du droit de l'emploi (520). Il est d'ailleurs assez surprenant que ce vent de remise en cause en socio-économie,

(520) Comme déjà signalé, seule la notion de dualisme du marché du travail a rencontré quelque -lointain- écho en doctrine travailliste.

fortement imprégné d'institutionnalisme et de *social-constructionnisme*, n'ait pas attiré l'attention de ces derniers, experts en matière de normes et d'institutions. Ce fait donne la mesure du regain d'influence, en théorie du droit du travail, des principes civilistes sous l'effet de la crise et de l'idéologie *managériale* (521). On veut trouver là une raison supplémentaire de s'intéresser à la critique socio-économique de l'approche marchande traditionnelle des phénomènes d'emploi.

272. Maintenant l'analyse au niveau macroscopique, nous ne mentionnerons les aménagements de la théorie micro-économique qu'incidemment, en tant que de besoin. Notre attention se concentrera ainsi sur les apports conceptuels du courant hétérodoxe, lequel privilégie un point de vue holiste favorisant l'approche macro-analytique : *segmentation, régulation, rapport salarial, rapport de travail et d'emploi, construit social*. Le premier chapitre prendra soin, conformément à la méthode du point de vue juridique dominant et de la posture modérément externe retenues (522), de mettre en évidence les points de convergence et/ou divergence avec la réflexion juridique. Nous construisons sur la base de travaux antérieurs (523), la notion de *rappports de travail et d'emploi*. S'appuyant sur le concept de *rapport salarial* élaboré par la théorie économique dite *de la régulation*, cette notion propose de réunir les trois points de vue économique, sociologique et juridique. Transversale, elle ne prétend cependant pas se substituer aux concepts respectifs originaires, ni même les fédérer. Plus simplement, elle suggère un point de vue complémentaire. Simultanément, elle s'efforce de rassembler (mais sans les fusionner) les conceptualisations généralement dissociées du travail et de l'emploi, ce qui ouvre des perspectives nouvelles d'investigation quant à leurs liens théoriques. En outre, la notion insiste sur une approche de la matière en terme de **rappports**, afin de rompre les faiblesses de l'analyse habituelle, en terme de **relation** (524). Par ailleurs, elle présente l'avantage de rester pertinente aux trois niveaux de conceptualisation : macro-, micro- et méso-analytique, sa mise au point

(521) L'assimilation, un peu hâtive, de l'échec du socialisme soviétique à une preuve historique et définitive de la supériorité du capitalisme a, sans doute, contribué au retour en force de l'individualisme méthodologique.

(522) Cette méthode est définie dans la Partie préliminaire, *supra* n° 50 et s.

(523) Cf. CLEMENT, Raphaël, ENCLOS, Philippe, GERARD, Dominique, MARRAUD Catherine, ROSE, José. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - Rapport de recherche à la MIRE, responsable scientifique José ROSE. - Groupe de Recherche sur l'Education et l'Emploi (GREE), UA CNRS 1167, et Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail (CERIT), Université NANCY 2, novembre 1990, 3 Volumes.

(524) Sur la distinction, que nous proposons, entre *rapport* et *relation*, v. *infra*, n° 339.

répondant à une préoccupation initiale de réaliser un *pontage* théorique entre les deux premiers.

Enfin, la notion de rapports de travail et d'emploi fonctionne comme véritable programme d'investigation, dont la problématique fondamentale se déroule à partir de la question de leur **cohérence** (525).

273. Dans tous les cas, ce rapprochement interdisciplinaire invite à un retour sur la difficile question du rapport de la règle de droit au fait économique. Nous proposons de reprendre cette discussion, dans un second chapitre, autour de l'une des sources majeures de droit du travail et de l'emploi : la jurisprudence (526). A la lumière de concepts élaborés par la socio-économie institutionnaliste, il semble possible de reconnaître à la jurisprudence un rôle spécifique et déterminant dans les mutations récentes du système d'emploi : elle contribue activement à la décomposition-recomposition des formes institutionnelles des rapports concrets de travail et d'emploi, et, au-delà, à la transformation du rapport salarial dominant. En ce sens, elle se présente comme l'un des principes moteurs de régulation sociale.

Entre les sources de droit, la jurisprudence se pare des plus beaux atours, dès lors qu'elle se définit, organiquement, comme une source complexe (englobant, du justiciable qui décide de saisir le juge à l'acteur qui prend en compte les règles jurisprudentielles pour élaborer sa stratégie, de multiples contributeurs), et, substantiellement, comme le droit émanant de l'activité juridictionnelle du système formé par cet ensemble d'acteurs. L'analyse du rôle de la jurisprudence quant à la constitution - transformation des rapports de travail et d'emploi et de leurs concepts passe, ainsi, par un réexamen des théories de ce phénomène juridique étonnant. Rompant avec le légalisme positiviste qui domine la théorie générale des sources du droit, cet examen suggère d'ériger la jurisprudence en source centrale ; hypothèse qui fera l'objet de développements particuliers au Chapitre 2.

Il ne reste plus, ensuite, qu'à étudier la manière dont le droit jurisprudentiel conçoit les rapports de travail et d'emploi : à proprement parler, en les *modelant*, c'est-à-dire en leur fournissant des modèles.

(525) Sur la notion de cohérence, v. *infra*, n° 344.

(526) Les dimensions de la présente recherche interdisent d'étendre la réflexion à l'ensemble des sources de droit. V. *supra*, Partie préliminaire, n° 44 et s.

PLAN

Chapitre 1

LE RAPPORT SALARIAL, CONCEPT ALTERNATIF

Chapitre 2

CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE A LA DYNAMIQUE
DU RAPPORT SALARIAL

Chapitre 1 :

LE RAPPORT SALARIAL : CONCEPT ALTERNATIF

INTRODUCTION

274. Apparue au milieu des années 1970 comme fruit de travaux engagés plusieurs années avant le premier *choc pétrolier*, la théorie de la régulation et son concept central : le «*rapport salarial*» ont rapidement exercé une influence considérable sur l'orientation des recherches en économie du travail française. Héritier, entre autres, du courant institutionnaliste en provenance des Etats-Unis d'Amérique, ce mode hétérodoxe de conceptualisation macro-analytique de l'emploi se trouve en forte congruence avec cet autre produit de l'institutionnalisme que sont les théories américaines de la segmentation du marché du travail. L'intérêt, pour le juriste, de ces nouveaux développements réside, essentiellement, en ce qu'ils procèdent à une *endogénéisation* de la dimension juridico-institutionnelle au sein du schéma explicatif des phénomènes d'emploi, rompant ainsi avec la représentation orthodoxe du marché du travail, qui, à l'inverse, n'y voit que manifestations exogènes. La doctrine juridique peut en tirer les moyens de se doter d'une grille d'analyse du droit positif alternative à l'approche dichotomique du couple *droit - marché*, qui la contient, trop souvent et depuis trop longtemps, dans des débats sclérosés entre postulats opposés. Faisons-nous, d'emblée, clairement entendre : l'alternative en question ne se réduit pas à imaginer une sorte d'appariement symbiotique, voire de fusion, entre les termes de ce couple, qui permettrait d'en transcender les incompatibilités. Le fonctionnement du marché walrasien, excluant toute intervention juridique, est irrémédiablement irréconciliable avec le droit.

Il s'agit, plutôt, de contester la pertinence (527) même du concept de marché, au profit de celui de règle (notamment juridique), pour rendre compte des phénomènes d'emploi en économie capitaliste. Dans un premier temps, la contestation se prévaudra des apports du courant économique institutionnaliste, et des théories de la segmentation du marché du travail (Section 1).

Dans un second temps, elle exploitera le concept de rapport salarial construit dans le cadre des théories françaises de la régulation, pour proposer une représentation alternative de la part du droit du travail dans la reproduction du rapport social fondamental, à savoir la soumission du travail au capital (Section 2).

(527) Nous avons défini la notion de pertinence appliquée aux concepts dans la Partie préliminaire : v. *supra*, n° 25 et s.

Section 1 :

LES CONCEPTUALISATIONS INSTITUTIONNALISTES DE L'EMPLOI

275. Les courants *institutionnaliste* et *régulationniste* ne doivent pas être confondus, malgré leurs proximités théoriques. Le premier, né outre-atlantique, s'est fait connaître en France par ses travaux relatifs à la segmentation du marché du travail. Parfois évoquée par les juristes du travail, cette thèse mérite d'être mieux connue d'eux. Une première sous-section s'attache aux aspects de l'institutionnalisme propres à susciter leur intérêt.

Une seconde sous-section se concentre sur la conceptualisation de l'emploi mise en œuvre par les théories de la segmentation.

Sous-section 1 :

L'ANALYSE DES *FORCES INSTITUTIONNELLES*

276. Nous empruntons, ici, l'expression «*forces institutionnelles*» à B. GAZIER (528), qui distingue celles-ci des «*forces sociologiques*» :

«*les forces institutionnelles émanent d'agents collectifs, d'organismes structurés agissant selon des règles spécifiques et intervenant sur le marché pour en infléchir le fonctionnement ou les résultats dans une direction jugée par eux souhaitable, les forces sociologiques témoignant d'autres buts ou valeurs socioculturels*» (529).

(528) Cf. GAZIER, Bernard. - Economie du travail et de l'emploi. - *op. cit.*, p. 108.

(529) *Ibid.*

Elles ont en commun de se combiner avec les «forces de marché», et leur découverte engendre des controverses récurrentes quant à leurs effets sur les marchés : organisation nécessaire, ou entrave éliminable. Le juriste du travail est habitué, nous l'avons vu, à ce type de débat, qui ne dépasse pas l'opposition antagonique et infructueuse de postulats contraires.

En réalité, le courant institutionnaliste américain date de la fin du XIX^e siècle ; B. GAZIER cite les noms de VEBLEN, MITCHELL et COMMONS (530). La seconde vague d'économistes et sociologues américains, fondateurs de l'économie du travail sous la bannière étoilée, et qui, seule, nous intéresse ici, forme le courant *néo-institutionnaliste* (apparu dans les années qui suivirent la crise de 1929, ce courant prend toute sa dimension au lendemain de la seconde guerre mondiale).

277. Parmi les noms et travaux les plus cités, figurent ceux de Clark KERR et Lloyd FISCHER. Le premier est passé à la postérité grâce à un article paru en 1954 dont le titre a connu une grande fortune : «la balkanisation des marchés du travail» (531). En substance, et pour ce qui nous intéresse ici, C. KERR s'inscrit en faux contre l'hypothèse néoclassique de base de

(530) *Ibid.*, p. 222. Cf. VEBLEN, T. - The theory of business enterprise (1904). - Clifton, USA : A.M. Kelley Publishers, 1974, rééd. - J.R. COMMONS est, en France, l'un des plus connus ; mais il ne l'est sans doute pas suffisamment, pour que B. GAZIER ne fournisse pas les références de ses principaux ouvrages théoriques : Institutional Economics : its Place in Political Economy. - New York : Macmillan, 1934, rééd. Transaction Publishers, 1990 ; Legal Foundations of Capitalism. - New York : Macmillan, 1924 ; Economics of Collective Action. - University of Wisconsin Press, 1950. V. également BAZZOLI, Laure. - La création négociée et pragmatique des règles : l'apport de l'analyse institutionnaliste de J.R. Commons et l'enjeu d'une action collective régulatrice du rapport salarial. - Lyon : document de travail, E.C.T., janvier 1993 ; et, moins récemment : PIROU, G. - Les nouveaux courants de la théorie économique aux Etats-Unis. - Paris : Montchrestien, 1946, 3^e éd. Selon cet auteur, J.R. COMMONS considère le capitalisme comme un ensemble économique-juridique, dont les institutions juridiques centrales sont la propriété et le contrat, ensembles de droits et devoirs relatifs aux relations et opérations économiques ; elles expriment la domination de la valeur d'usage par la valeur d'échange en économie capitaliste. J.R. COMMONS insiste sur le rôle déterminant de la réglementation, de la propriété collective et des contrats collectifs, qui surplombent les rapports individuels : l'institution l'emporte sur le contrat. Pour plus de détails, lire BAZZOLI, Laure, KIRAT, Thierry, VILLEVAL, Marie-Claire. - Règles, contrats et institutions dans la relation salariale : un retour à l'institutionnalisme ? - Warwick : 4^e Conférence annuelle de la European Association of Labour Economists, 3-6 sept. 1992.

(531) Cf. KERR, Clark. - The Balkanization of Labour Markets. - BAKKE, W. et alii. - Labor Mobility and Economic Opportunity. - Wiley : MIT Press, 1954, p. 92 et s. V. également du même auteur : Labour Market and Wage Determination : the Balkanisation of Labour Market and other essays. - Berkeley : University of California Press, 1977.

l'homogénéité de la force de travail, condition de la libre concurrence entre offreurs ; il montre que la spécialisation des qualifications professionnelles, dans la mesure où elle entrave le passage des travailleurs d'une qualification à l'autre, conduit à la formation de groupes professionnels qui ne se trouvent donc pas en concurrence. L'institutionnalisation de filières professionnelles réaliserait une balkanisation du marché du travail. En revanche, l'embauche de moissonneurs sans qualification (et non syndiqués) par des entreprises agricoles faiblement mécanisées demeure indifférenciée, selon une autre étude historique de L. FISCHER à la même époque (532).

Plus largement, toute organisation, privée ou publique, d'une profession engendre un système d'emploi étranger au marché, caractérisé par une réglementation plus ou moins restrictive de l'accès au marché du travail correspondant. L'accès peut être réservé aux membres du syndicat, avec la caution -sinon l'autorisation- du législateur (*closed shop* anglo-saxon) ou en dépit de la loi relative à la liberté syndicale (quasi-monopole de l'embauche de la CGT du Livre en France) ; mais il l'est également souvent par l'institution étatique de l'exercice de certains métiers en profession juridiquement protégée (Code des Professions au Québec, Taft Hartley Act aux Etats-Unis d'Amérique, etc. ; en France, de multiples dispositifs juridiques coexistent dans un grand désordre, ainsi que nous l'avons montré par ailleurs (533).

278. Les juristes du travail français connaissent mieux le nom de J.T. DUNLOP, père fondateur de l'étude des systèmes de relations professionnelles (534) ; selon ce sociologue institutionnaliste, un système de relations professionnelles consiste en un complexe de règles de nature, d'origine, de forme et d'objets divers qui régissent l'ensemble des conditions de travail et d'emploi : embauche et licenciement, carrière et rémunération, relations sociales et rendement dans l'activité de production, droits et obligations respectifs des

(532) Cf. FISCHER, Lloyd. - The Harvest Labour Market in California. - *Quarterly Journal of Economics*, novembre 1951. Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, pp. 74-75.

(533) Cf. ENCLOS, Ph. - Le droit et les professions ... - *op. cit.* Sur la sociologie américaine des professions, cf. GOODE, W.J. - *Community within a Community : the Professions*. - *American Sociological Review*, 1958, n° 22, ainsi que les travaux de E.C. HUGUES (années 1940 à 1960), H.S. BECKER et A. STRAUSS (années 1950), et JACKSON, J.A., dir. - *Profession and Professionalization*. - Cambridge : University Press, 1970. Rapprocher les thèses de Clark KERR, sur ce point, de la théorie des *systèmes occupationnels* soutenue par Pierre TRIPIER : v. *supra*, 2e Partie, n° 158 et s.

(534) Cf. DUNLOP, J.T. - *Industrial Relations Systems*. - Southern Illinois University Press, Feffer and Simons, 1958.

employeurs et salariés, etc. L'auteur distinguait les «*règles substantives*» régissant directement les comportements, et les «*procédures*» relatives à la création, à la modification et à l'application des premières. Ces catégories d'analyse ont fait florès, sous les appellations modernes de «*règles substantielles*» et «*règles procédurales*», aussi bien en sociologie qu'en économie ou en épistémologie juridique.

La sociologie des systèmes de relations professionnelles, devenue aujourd'hui en France une discipline spécifique synthétisant des connaissances en droit du travail et socio-économie, conteste avec un certain succès l'hypothèse néoclassique de l'ajustement de l'offre et de la demande de travail par les salaires et les temps.

279. Selon une synthèse des travaux néo-institutionnalistes américains réalisée récemment par Martin SEGAL (535), et jugée remarquable par B. GAZIER (536), leur conception du marché du travail se fonde sur la prise en considération d'un double mouvement d'allocation du travail : par le flux d'embauchage-débauchage *externe* et par les filières de mobilité interne. Seul le recrutement *externe*, c'est-à-dire *sur le marché*, obéit au principe de concurrence, et il concerne principalement des emplois peu qualifiés. Ces derniers sont dits «*emplois clés*» (*key jobs*) et supportent des «*taux de salaire clés*» (*key rates*) qui guident la fixation des autres salaires. Mais ceux-ci, fixés dans le cadre interne des entreprises ou des systèmes de relations professionnelles, constituent le produit de divers mécanismes institutionnels (négociation collective, usages, etc.). Abrités du marché, ces taux de salaires regroupés en grilles rigides reçoivent l'appellation de «*profils salariaux*» (*wage contours*).

Cette synthèse permet à B. GAZIER de conclure en écrivant que l'apport majeur du néo-institutionnalisme américain en matière de conceptualisation de l'emploi réside dans une

«*imbrication des relations de marché et des confrontations politico-institutionnelles (...) et, en reprenant un langage américain, nous pouvons dire que le marché du travail se trouve encastré dans une série de structures, entendons par là les régularités institutionnelles, légales, politiques, voire informelles qui organisent le monde du travail*» (537).

(535) Cf. SEGAL, Martin. - Post-Institutionalism in Labor Economics : the Forties and Fifties Revisited. - Industrial and Labor Relations Review, 1986, Vol. 39, n° 3, p. 388 et s.

(536) Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, p. 297.

(537) *Ibid.*, p. 298.

On voit habituellement, dans ces travaux, les prémices des théories du marché interne et de la segmentation.

280. Le juriste, bien sûr, s'interroge sur la définition et le statut du concept d'institution qui structure de tels travaux, présentant la possibilité d'un point de tangence entre ce processus de conceptualisation du travail et de l'emploi et la théorie juridique des institutions développée, à la même époque (538), par les spécialistes français de droit de la fonction publique (539), de philosophie du droit (540), ou, plus tard, par la doctrine de droit du travail (541).

Les membres d'une équipe de recherche lyonnaise d'Economie des Changements Technologiques nous éclairent sur ce point (542).

S'agissant du statut théorique, le concept d'institution dans la pensée de COMMONS consiste à expliquer

«la médiation individuel / collectif, la formation des routines et des systèmes de valeurs, à analyser les formes structurelles du système économique comme modalités de gestion des conflits ... (avec) une volonté de relier la sociologie, le droit, l'éthique et l'économie pour traiter des règles, des structures organisationnelles et des pouvoirs dans la société» (543).

(538) Années 1920-1930.

(539) Cf. BRODERICK, J.A. - La notion d'institution de Maurice HAURIOU dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. - APD, 1968, Vol. XIII, p. 143 et s.

(540) Cf. RENARD, G. - La théorie de l'institution : essai d'ontologie juridique. - Paris : Sirey, 1930.

(541) Cf. not. ROUAST, A., DURAND, P. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1957. - Précis ; DURAND, P., VITU, A. - Traité de droit du travail. - Paris : Dalloz, 1956 ; RIPERT, G. - Les aspects juridiques du capitalisme moderne. - Paris : LGDJ, 1951 ; BRUN, A. - Le lien d'entreprise. - JCP, 1962, Chr. 1719 ; DESPAX, M. - L'entreprise et le droit. - LGDJ, 1957. Certes, les thèses de ces auteurs ne doivent pas être confondues ; mais tous privilégient, chacun à sa manière, une représentation institutionnaliste. Toutefois, à la différence des économistes néo-institutionnalistes américains, le point de vue reste micro-analytique : il ne s'agit que de théoriser la relation individuelle de travail, telle qu'elle se noue dans l'entreprise. Il est intéressant de noter que la contradiction la plus vigoureuse fut apportée à la théorie institutionnaliste du droit du travail par l'un des représentants les plus marquants de la doctrine travailliste marxiste : cf. LYON-CAEN, Gérard. - Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale. - Paris : LGDJ, 1955 ; Défense et illustration du contrat de travail. - APD, 1968, Vol. XIII ; cet auteur, on le sait, tenait, à l'époque, que le contrat de travail demeurait la source principale du rapport de travail, non pas dans une conception positiviste libérale, mais bien dans une perspective matérialiste. Son opinion s'assouplit dans ses écrits ultérieurs (cf. travaux des années 1980 et suivantes, cités par ailleurs).

(542) Cf. BAZZOLI, L., KIRAT, T., VILLEVAL, M.C. - *op. cit.*, note ~~549~~. 530

(543) *Ibid.*, p. 17.

S'agissant de leur nature, COMMONS distingue deux catégories d'institutions : les représentations collectives («institutions de consensus»), qui renvoient aux «similarités des habitudes individuelles, aux *patterns* normatifs de pensée et d'action, à l'homogénéisation des représentations et comportements» (544) ; les institutions organisées, «concrètes», dotées d'«une intentionnalité et (d')une inscription matérielle dans la réalité», qui renvoient à des «*patterns* organisationnels d'action, entités sociales organisées suivant une finalité, (des) organisations formelles du capitalisme» (545).

S'agissant de leurs fonctions fondamentales, COMMONS les conçoit communes : elles

«assurent l'homogénéisation des comportements et définissent un processus social de résolution de problème et d'évaluation lié à la résolution des conflits entre groupes sociaux et intérêts économiques (...) elles produisent ainsi la sécurité des anticipations, (...) la régularité des comportements ...» (546) .

L'auteur adopte une approche évolutionniste du capitalisme, où les conflits constituent le moteur principal de l'adaptation des institutions. Il précise que ces dernières sont artificielles (*man made*), et rendues effectives par les règles qui cristallisent les incitations, les sanctions, etc. Ces règles,

«catégorie organiquement liée à celle d'institution, sont formelles ou informelles, i.e. vont des coutumes aux procédures : elles sont le principe de l'ordre social et représentent des pouvoirs différenciés» (547).

En bref, les institutions représentent «l'action collective dans le contrôle de l'action individuelle» (COMMONS).

281. Dans cette vision, la relation contractuelle de travail se fonde dans une relation institutionnelle. L'emploi ne s'explique plus en terme de marché, mais de règle. Le droit n'apparaît plus ni comme un adjuvant du marché, ni comme une entrave exogène, mais bien comme l'une des matrices des institutions économiques.

(544) *Ibid.*

(545) *Ibid.*

(546) *Ibid.*, p. 18.

(547) *Ibid.*

Ainsi, le néo-institutionnalisme économique ne résout^d pas le dilemme lancinant du rapport droit/marché, ce qui supposerait d'en admettre la pertinence, par réception implicite du concept de marché ; substituant l'institution au marché, et concevant le capitalisme comme un système non pas essentiellement économique, mais juridico-économique, ce courant théorique échappe à la représentation dichotomique droit/économie qu'introduit nécessairement la logique marchande dans la conceptualisation de l'emploi.

Il reste que l'apparition du néo-institutionnalisme américain est, manifestement, liée à l'essor du syndicalisme aux Etats-Unis, dans un contexte idéologique d'Etat minimal (fin du XIX^e siècle - début du XX^e siècle). C'est donc avec la plus grande prudence qu'il convient au juriste français de la fin du XX^e siècle de considérer son apport conceptuel (548).

De la même manière, celui-ci doit se garder de la séduction des théories de la segmentation.

Sous-section 2 :

MARCHE INTERNE ET SEGMENTATION

282. Les juristes du travail français, analysant l'impact, sur l'ordonnancement du droit du travail, de la multiplication des contrats de travail particuliers et autres stages divers depuis le milieu des années 1970, se plaisent fréquemment à emprunter les termes de *segmentation* ou *dualisme* au discours économique. Il s'agit, généralement, d'un argument visant à accroître la force convictive d'analyses montrant le développement, du fait du droit, des formes précaires d'emploi aux marges du contrat de travail à durée indéterminée (CDI), à plein temps et conclu avec un seul employeur (aisément identifiable).

Ces termes semblent, dans la plupart des cas, utilisés pour leur puissance évocatrice, leur capacité à *faire image*, plutôt que dans l'objectif d'une approche pluridisciplinaire des phénomènes illustrés. En témoigne le fait que leur origine économique demeure habituellement passée sous silence (ou ne trouve que

(548) La même précaution s'impose pour confronter ce courant avec les théories juridiques institutionnalistes française des années 1940-1950.

rarement mention des noms et publications des auteurs des théories en question) ; de telle sorte que le lecteur non averti peut y voir des catégories d'analyses juridiques. Cette *appropriation* est, en un sens, à l'honneur des théories économiques, dans la mesure où elle reflète leur succès. Cependant, en un autre sens, elle risque de ne pas leur rendre vraiment raison, voire d'en propager une représentation réductrice ou infidèle, si elle se limite au vocabulaire en négligeant les concepts qu'il désigne.

283. Mais encore, un emprunt superficiel fait passer la théorie juridique à côté de la richesse du concept de segmentation, sans la faire bénéficier des potentialités heuristiques dont il est porteur. A quoi sert-il de décrire le dualisme du marché du travail, que chacun peut observer autour de soi, et de le nommer, sans se préoccuper d'en analyser les causes, le fonctionnement, les effets ? Les théories de la segmentation proposent de telles analyses explicatives, susceptibles d'ouvrir au juriste quelques pistes d'investigation quant à la part du droit dans ces phénomènes. Il suffira, ici, d'en retracer les grandes lignes pour faire apercevoir ces pistes. A cet effet, il faudra s'intéresser à la notion de «marché interne», détour micro-analytique nécessaire (A) avant d'examiner la dimension macro-analytique du concept de segmentation, à partir des notions de «marchés primaire et secondaire» (B) ; après avoir ainsi fait le tour des travaux américains fondateurs et dérivés, on portera l'attention sur leur réception par l'économie française du travail et de l'emploi (C).

A. Le marché interne

284. Comme le souligne Olivier FAVEREAU (549), l'ouvrage fondateur des théories du dualisme traite, en réalité, fort peu de dualisme, mais surtout de marché interne du travail (550). La définition qu'en donnent ses auteurs se lit ainsi :

(549) Cf. FAVEREAU, Olivier. - Evolution récente des modèles et des représentations théoriques du fonctionnement du marché du travail. - Journées d'étude *Structures du marché du travail et politiques d'emploi*, ANPE-CGP-MTEFP, 3/4 Oct. 1985, Paris. - Publié dans *Problèmes économiques*, 1986, n° 1955 ; nous nous référons à la pagination de la communication.

(550) Cf. DÆRINGER, P.B., PIORE, M.J. - *Internal Labor Markets and Man Power Analysis*. - Lexington, Mass., USA : Heath, 1971.

«une unité administrative, où la rémunération et l'allocation du travail sont gouvernées par un ensemble de règles et de procédures administratives. Il doit être distingué du marché externe du travail de la théorie économique conventionnelle où les décisions de rémunération, d'allocation et de formation sont contrôlées directement par des variables économiques. Ces deux marchés sont interconnectés, cependant, et le passage de l'un à l'autre s'effectue à un certain niveau des classifications de postes qui constitue des ports d'entrée-sortie du marché interne. Les autres postes du marché interne sont pourvus par promotion ou transfert des salariés déjà présents. Par conséquent ces emplois sont à l'abri de l'influence des forces concurrentielles sur le marché externe» (551).

Dans cet espace de marché interne, les conditions de travail et d'emploi ne sont pas déterminées par voie de négociation individuelle ; mais d'«administration», au sens anglo-saxon. Si, sur le marché externe, l'affectation de la main-d'œuvre s'effectue en considération du prix et des quantités de travail offerts, conformément au schéma néoclassique, ce sont des règles et la qualité du travail qui la commandent sur le marché interne, dans la tradition institutionnaliste.

285. La nature, la source et les caractéristiques des règles en question sont diverses. Les règles de droit s'articulent avec les règles techniques (comptabilité, méthodes de fabrication, etc.), socio-techniques (organisation du travail, définition des postes, gestion du personnel, etc.), voire éthiques (culture d'entreprise, valeurs de l'entreprise, etc.). Elles s'élaborent dans et hors l'entreprise, par voie de négociation collective, de conflit, de décision unilatérale, de tradition ou de législation. Elles se cristallisent, ou non, dans des institutions plus ou moins structurées, plus ou moins formelles, plus ou moins légales. Quoiqu'il en soit, si la négociation individuelle des contrats de travail ne disparaît pas totalement, elle se déroule dans le cadre défini par cet ensemble de règles, y compris lorsqu'elle porte sur une éventuelle dérogation à l'une d'entre elles. En ce sens, le marché interne n'exclut pas la négociation.

Une fois le salarié recruté, son sort (discipline, promotion, mutations, formation, etc.) se trouve régi par ce complexe administratif. Toutefois, le marché interne ne se localise pas exclusivement dans l'entreprise. DCERINGER et PIORE évoquent, à cet égard, le cas de certaines professions, auxquelles la législation fédérale américaine accorde le droit de s'organiser de manière corporative (les distinguant

(551) *Ibid.*, pp. 1-2, trad. FAVEREAU, Olivier. - Marché interne, marché externe. - Revue économique, 1989, Vol. 40, n° 2, p. 307.

ainsi des «occupations», dont les membres peuvent former des syndicats, qui ne disposent pas d'un monopole de l'embauche). Par extension, la notion française de *branche* se prête également, dans une certaine mesure, à ce type d'analyse.

286. Le juriste du travail français ne manque pas d'être frappé par les nombreuses analogies de ces propositions avec les théories juridiques institutionnalistes de la relation de travail fondées sur l'hypothèse *statutaire*, qui réduisent le contrat individuel de travail à une sorte d'*acte-condition*, voire à un *contrat d'adhésion* (552).

Avec, néanmoins, une différence d'importance : la théorie du marché interne ne s'intéresse aux règles de droit qu'en leur qualité de règles, parmi les autres espèces de règles et au même titre.

C'est là, sans doute, un large point aveugle au cœur de l'hypothèse du marché interne : la spécificité essentielle de la norme de droit, à savoir sa juridicité, se voit gommée par une démarche qui ne considère du droit que sa structure *artificielle*, opposée à la spontanéité de l'échange marchand et à la *naturalité* des rééquilibres automatiques du marché. De ce point de vue, rien ne différencie plus la règle de droit de la règle technique ou socio-technique. Le modèle intègre le droit, mais comme un donné, un *déjà-là* qu'il ne se soucie pas d'expliquer. De sorte que l'impasse est faite sur une problématique à notre sens déterminante : quelle articulation entre les différentes catégories de règles en cause, comment les normes juridiques se combinent-elles aux autres, quels modes respectifs d'action les catégories de règles possèdent-elles, et sont-ils compatibles, leur fonction est-elle homogène, etc.

Il serait, certes, malvenu de faire grief de ne pas approfondir l'analyse du rôle du droit à une théorie économique qui, d'une part, n'est pas censée disposer des outils adéquats, et, de l'autre, a le mérite de hisser le droit au rang des moteurs du

(552) Inspirée des réflexions de Maurice HAURIOU et Léon DUGUIT, la théorie du contrat de travail *acte-condition*, liée à une variante de la théorie juridique institutionnelle de l'entreprise, est développée par SCALLE, Georges. - Précis élémentaire de législation industrielle. - Paris : Sirey, 1927, spé. p. 173, cf. également du même auteur : Le droit ouvrier. - Paris : Colin, 1929. Pour être exact, G. SCALLE considérerait l'acte d'embauchage (et non un contrat de travail), comme l'acte-condition originaire de l'application du statut du salariat. Cette analyse fut, peu ou prou, partagée par Paul DURAND et André VITU (cf. leur Traité de droit du travail, T. II, - Paris : Dalloz, 1947). On peut rapprocher cette théorie de celle, ultérieure, du *contrat d'adhésion bilatéral* défendue par BRUN, A., GALLAND, H. - Droit du travail. - Paris : Sirey, 1958, p. 172-173 : en concluant un contrat de travail, employeur et salarié adhèrent, ensemble, au statut du travail défini en dehors de leurs personnes (notamment au niveau de la négociation collective).

système d'emploi (553). Telle quelle, l'hypothèse du marché interne confère au droit une position suffisamment importante et originale, au regard de la théorie néoclassique, pour appeler la contribution du juriste à sa vérification (554).

287. Tirant toutes les conséquences des réflexions de DÉRINGER et PIORE, François MICHON écrit que *le marché interne* est

«un principe d'allocation et de rémunération des ressources qui, précisément, n'est pas un marché et se substitue au Marché»
(555),

précisant dans une note de pied de page : «En ce sens, c'est à tort, semble-t-il, que l'on conserve le terme de marché» (556). Il rejoint ainsi O. FAVEREAU, qui qualifie les marchés internes d'«organisations anti-marché» par opposition aux marchés financiers dits «organisations de marché» et aux marchés de produits dits «marchés d'organisations» (557).

Voilà ce qu'il fallait démontrer : il existe, en économie du travail et de l'emploi, un puissant courant théorique déniait au concept de marché l'essentiel de sa prétention à rendre compte d'une grande partie des phénomènes réels d'emploi. Dans ces conditions, les juristes ne s'exposeraient à aucune accusation d'hérésie méthodologique s'ils s'aventuraient, à leur tour, à briser le mythe du marché ; la théorie économique orthodoxe, elle-même, reconnaît l'existence réelle des phénomènes que les institutionnalistes dénomment marché interne, et théorise la

(553) Remettant ainsi en cause son propre statut au sein des sciences sociales : s'agit-il encore d'économie, au sens classique ? Sûrement non.

(554) Réservant nos développements au niveau macro-analytique, nous resterons, ici, à l'écart de tels travaux ; qui, semble-t-il, pourraient utilement partir des théories juridiques classiques de la relation de travail (v. note 552). Il conviendrait ainsi, notamment, de confronter la théorie socio-économique du marché interne avec la théorie juridique de l'emploi dans l'entreprise privée de F. GAUDU. S'il paraît difficilement contestable que le droit du travail participe de la construction du marché interne, il resterait à en expliquer les processus et à en dégager les limites ; surtout, il faudrait analyser la combinaison du marché interne avec l'emploi conçu comme un droit individuel et collectif à la poursuite des relations de travail, que F. GAUDU fonde, socio-économiquement, sur une hypothétique nécessité pour l'entreprise de stabiliser et fidéliser la main-d'œuvre, congruente avec les intérêts des travailleurs.

(555) Cf. MICHON, François. - Les théories contemporaines du marché du travail, innovations et récurrences. - Séminaire d'Economie du Travail - URA CNRS 919, Université Paris 1, février 1990, Ronéo., p. 12.

(556) *Ibid.* Du même auteur, lire également : Une lecture des hypothèses du dualisme du marché du travail. - Economies et sociétés, 1983, série AB, n° 13, p. 579 et s.

(557) Cf. FAVEREAU, O. - Marchés internes, marchés externes. - *op. cit.*, pp. 304, 307, 309.

segmentation du marché du travail (558) (courant alors le risque de s'auto-désintégrer (559)).

Au sein de la sociologie, nous l'avons vu (560), se forme également un courant cherchant à penser l'emploi sans se référer à la conception marchande (561). On peut, semble-t-il y situer les travaux de Catherine PARADEISE sur les «marchés du travail fermés» (562) ; selon que les ports d'entrée sur les marchés internes sont plus ou moins nombreux et selon les niveaux de qualifications auxquels ils correspondent, le marché interne sera plus ou moins à l'abri du marché externe.

Les juristes du travail se trouveraient ainsi en excellente compagnie s'ils remettaient en cause leur conceptualisation marchande de l'emploi.

B. Marchés primaire et secondaire

288. C'est, d'une certaine manière, en passant du concept de marché interne à celui de *marchés primaire et secondaire* que l'on franchit la distance entre les niveaux micro et macro. B. GAZIER attire l'attention sur le contresens qui consisterait à confondre marchés interne et primaire ; selon lui, la thèse principale de la théorie de la segmentation réside, précisément, dans l'association

(558) La théorie néoclassique amendée (la «TSE - Théorie Standard Etendue», ainsi que la surnomme O. FAVEREAU, *op. cit.*, p. 274) tente de juxtaposer les règles au marché ; elle «s'appuie sur le critère standard de rationalité individuelle (maximisation de l'espérance subjective d'utilité) pour aborder les phénomènes de coordination organisationnelle (en plus des phénomènes standard de coordination marchande» (*ibid.*, p. 280). Les analyses, se développant au niveau micro-économique, ne retiendront pas notre attention. Il suffit d'indiquer que, selon M.J. PIORE (cité par F. MICHON, *op. cit.*, p. 11), la théorie néoclassique supporte une conception minimale de la segmentation, fondée sur le postulat du dualisme originel entre travail et capital ; elle déploie alors les plus grands efforts et multiplie les théories locales aux fins d'«endogénéiser» les règles, de les «contractualiser» : théories du *capital humain*, de la *discrimination*, des *contrats implicites*, du *salaire d'efficience*, des *jeux*, etc. Une réflexion interdisciplinaire sur les modes microanalytiques de conceptualisation de l'emploi devrait étudier ces théories.

(559) Cf. FAVEREAU, O. - Evolution récente ... - *op. cit.*, p. 11 et s.

(560) V. *supra*, 2e Partie, Chapitre 2, Section 2.

(561) Cf. MARUANI, M., REYNAUD, E. - Sociologie de l'emploi. - *op. cit.*, no. pp. 62 à 70 (sur le concept économique de segmentation), 75-76 (sur les marchés internes), 92 et s. (sur les notions sociologiques de statuts sociaux et statuts d'emploi), etc. On remarque que ces auteurs, bien que postulant la «construction sociale», du marché du travail et récusant l'analyse marchande, conservent le terme de marché et ne développent pas la thèse de l'organisation anti-marché (cf. F. MICHON et O. FAVEREAU, au texte) ; ceci laisse subsister une certaine équivocité dans la démarche, affaiblissant la notion de construction sociale.

(562) Cf. PARADEISE, Catherine. - La marine marchande française : un marché du travail fermé ? - RFS, 1984, T. 25, p. 352 et s.

du concept de marché primaire à celui de marché interne. Schématiquement, le premier s'organise autour du second, et l'alimente par les sas que forment les portes d'entrée aux emplois qui se trouvent à l'abri de la concurrence entre offreurs de travail ; le marché secondaire, quant à lui, concerne l'occupation des emplois non administrés, soumis en permanence à la concurrence (563). Les marchés internes gèrent des stocks, tandis que les marchés primaire et secondaire gèrent des flux de main-d'œuvre (564) ; dans le cas du marché primaire, il s'agit principalement d'un afflux vers les marchés internes, qui attachent durablement les salariés ; dans le cas du marché secondaire, il s'agit d'un mouvement incessant d'afflux-reflux, caractérisant la précarité qui spécifie les emplois concernés.

Marchés primaire et secondaire procèdent d'une double stratification des emplois (selon le niveau de qualification requise, de salaire, l'existence ou non de carrière, les chances de promotion, la qualité des conditions de travail) et des travailleurs (selon le niveau de qualification acquise, l'expérience professionnelle, la syndicalisation et l'attitude face au travail).

La main-d'œuvre *primaire* est très qualifiée, bénéficie d'une forte expérience professionnelle, adhère à un syndicat, s'investit dans son travail et cherche à *progresser* (565). Elle sera recrutée sur les emplois du marché interne : hautement qualifiés, bien rémunérés, offrant des perspectives de carrière et progression hiérarchique, et des conditions de travail agréables, protectrices[§] (566).

289. L'émergence de la segmentation au niveau macro-socio-économique suppose, selon Michael PIORE, d'une part la pérennité de distinctions entre emplois primaires et secondaires et entre travailleurs primaires et secondaires, d'autre part la mise en formes institutionnelles standardisées de ces distinctions ; appliquant son analyse à la France, M. PIORE (567) observe en 1978 que la généralisation de l'usage de certaines formes institutionnelles d'emploi assure le développement d'un véritable marché secondaire : contrats de travail à durée déterminée, intérim, travail intermittent, sous-traitance, etc. En 1979, dans la même problématique, Jean-François GERME et François MICHON font figure d'innovateurs en construisant la notion de Formes Particulières

(563) Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, p. 225.

(564) Cf. FAVEREAU, O. - Marchés internes, marchés externes. - *op. cit.*, p. 309.

(565) Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un modèle américain, ce qui explique, notamment, l'indicateur *syndicalisation*.

(566) Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, p. 225.

(567) Cf. PIORE, M.J. - Dualism in the labor market, a response to uncertainty and flux : the case of France. - *Revue économique*, 1978, Vol. 19, n° 1, p. 26 et s.

d'Emploi (FPE) (568), tandis qu'Hugues PUEL s'exclame : il y a emploi et emploi ! (569). Quinze ans plus tard, ces analyses et notions se sont banalisées au point de passer pour truismes

Il importe tout spécialement, bien que cela relève de l'analyse microscopique, de remarquer que ces travaux économiques accordaient, de manière innovatrice et prémonitoire, une place considérable au droit. La notion de *forme d'emploi* repérait

«l'ensemble des dispositions légales et conventionnelles et des pratiques plus ou moins réglementées donnant forme à la relation entre employeur et salarié» (570).

spécifiant un éventuel écart entre «statut légal» et «statut réel» ; si les catégories juridiques ne décidaient pas seules de la forme de l'emploi, onⁿ reconnaissait qu'elles jouaient parfois un rôle déterminant (571).

290. Certains juristes du travail firent alors écho à la théorie de la segmentation. Gérard LYON-CAEN, notamment, donna une définition remarquable de la «forme d'emploi normale» prévalant, selon lui, avant la généralisation du contrat à durée déterminée (572). Il distingua

«le 1er marché du travail qui donne la stabilité de l'emploi (auquel) ne correspond pas ~~à~~ un 2e marché du travail où la mobilité serait organisée, institutionnalisée» (573).

Ce disant, l'auteur ne se bornait pas à rejoindre l'économie institutionnaliste dans son constat empirique du dualisme (574). En une démarche typiquement juridique,

(568) Cf. GERME, Jean-François, MICHON, François. - Stratégie des entreprises et Formes Particulières d'Emploi. - SET - CNRS, Université Paris 1, 1979, 2 Vol.

(569) Cf. PUEL, Hugues. - Le paradigme de l'emploi. - Analyse, Epistémologie, Histoire économique, PUL, n° 18, p. 133 et s. ; Il y a emploi et emploi. - Travail et Emploi, 1980, n° 4, p. 17 et s.

(570) Cf. GERME, J.F., MICHON, F. - *op. cit.*, Vol. 1.

(571) Cf. PUEL, Hugues. - Emploi typique et représentation du personnel. - DS, 1981, p. 489 et s.

(572) Cf. LYON-CAEN, Gérard. - Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi. - DS, 1980, n° Spécial Sept.-Oct., p. 8 : employeur unique, travail à plein temps, dans un cadre organisé, sur un poste permanent, avec une perspective de carrière liée à l'ancienneté ou à l'évolution de la qualification, une rémunération régulière (mensualisation), une protection sociale, un rapport de force rééquilibré grâce au syndicalisme. Comment mieux caractériser le marché interne de PIORE ?

(573) *Ibid.*, p. 9.

il dénonçait l'absence de «statut de la mobilité» sur le marché secondaire, qui «correspond à un vide juridique» ; il regrettait qu'il n'y eût rien «en échange» de l'abandon du «droit à l'emploi, du plein emploi» et stigmatisait les pouvoirs publics coupables d'avoir favorisé son accroissement, qui «n'ont rien fait pour organiser le 2e marché» (575). G. LYON-CAEN suggérait ensuite toute une panoplie de dispositifs et institutions juridiques de nature à accorder aux travailleurs du marché secondaire un statut équivalent à leurs collègues du marché primaire (de manière, par exemple, à «assurer une meilleure cohérence interne au travail temporaire» (576)). Il préconisait, particulièrement, de faire appel à la négociation collective de branche et d'entreprise pour définir le statut institutionnel de la mobilité (577).

291. On mesure mieux, après avoir étudié la théorie de la segmentation et avec le recul du temps, les conséquences concrètes d'une réglementation juridique reposant sur ce type d'analyse soucieuse de combler un *vide juridique*. Puisque l'objectif que cette dernière fixe au droit ne consiste pas à éliminer le marché secondaire par réintégration des travailleurs concernés dans le marché primaire, doter d'un statut la mobilité, la précarité, l'extériorisation de la main-d'œuvre ne peut signifier qu'une chose : légitimer et légaliser le marché secondaire, fixer, en les enserrant dans un cadre juridique, les formes dégradées et dégradantes d'emploi. En un mot, les institutionnaliser (ce qui n'entre pas en contradiction avec la préoccupation d'en prohiber les manifestations les plus révoltantes). Nul n'ignore, en effet, qu'il est extrêmement difficile pour le droit d'interdire des pratiques et comportements socio-économiques après les avoir autorisés, surtout lorsqu'ils présentent une grande utilité pour un groupe social puissant. Le programme normatif proposé par G. LYON-CAEN dans cet article consistait, objectivement, à réaliser la condition que PIORE posait à l'émergence macro-économique de la segmentation. Treize ans plus tard, il apparaît que ce programme est, largement, mis en œuvre : les pouvoirs publics ont beaucoup fait, depuis 1979, pour organiser le marché secondaire... Certains syndicats de salariés, eux-mêmes, ont participé à cette réalisation, en acceptant de négocier la réglementation des formes particulières d'emploi.

(574) Qu'il étend, d'ailleurs, au secteur public : vacataires, auxiliaires, contractuels, stagiaires, emplois à temps partiel, etc. (*ibid.*).

(575) *Ibid.*

(576) *Ibid.*, p. 12.

(577) *Ibid.*, p. 15.

292. Au niveau macro-analytique, marchés primaire et secondaire forment un ensemble cohérent et se complètent nécessairement l'un l'autre. Le courant économique hétérodoxe ne conçoit la segmentation du marché du travail qu'en congruence avec un certain mode de fonctionnement du système productif, responsable des processus de division du travail. Empiriquement, l'apparition de grandes entreprises (privées ou publiques, monopolistiques ou oligopolistiques) est liée à celle du marché primaire ; leurs sous-traitants (directs ou indirects), de petite ou moyenne taille, induisent et impliquent le marché secondaire. Théoriquement, le couple dissociation-association des deux marchés caractérise un certain régime d'accumulation du capital, historiquement daté.

Cet aspect de la théorie du dualisme reste généralement ignoré des juristes, qui ne retiennent que l'analyse empirique, naturellement adéquate à la rationalité substantielle du droit du travail et de sa science (578) (et fournissant un approvisionnement en imagerie rhétorique ...). C'est d'autant plus regrettable que l'analyse macro-économique des relations entre segmentation du marché du travail et régime d'accumulation du capital propose au juriste une option méthodologique alternative aux deux branches de l'analyse en terme de marché (libérale néoclassique d'une part, marxiste de l'autre, y compris les variantes hétérodoxes qui conservent le paradigme marchand classique : G. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, J.C. JAVILLIER, etc.) (579).

293. La théorisation macro-analytique *segmentationniste* s'enrichit, en effet, avec les travaux du courant radical américain qu'analysait récemment Bénédicte REYNAUD-CRESSENT (580), et dont M. REICH, D.M. GORDON et R.C. EDWARDS (581) sont les représentants les plus cités en la matière. Leur approche met l'accent sur l'analyse historique du développement du système productif et, simultanément, sur les politiques d'emploi des entreprises. Le XX^e siècle se caractériserait par le passage d'un capitalisme concurrentiel à un capitalisme de monopoles, lesquels, immobilisant une énorme quantité de capital, seraient incapables de s'adapter à une demande de plus en plus fluctuante et incertaine. Ces grandes firmes, centrales, reporteraient alors l'instabilité et la

(578) V. *supra*, n° 258.

(579) V. *supra*, 2e Partie, Chapitre 3.

(580) Cf. REYNAUD-CRESSENT, Bénédicte. - Structures industrielles et segmentation du marché du travail : théorie radicale et nouveau structuralisme. Une revue de la pensée économique américaine. - Revue d'Economie Industrielle, 1985, n° 33, p. 16 et s.

(581) Cf. REICH, M., GORDON, D.M., EDWARDS, R.C. - Dual labor markets : a theory of labor market segmentation. - American Economic Review, 1973, Vol. 63, n° 2, p. 359 et s.

précarité sur leurs sous-traitants, périphériques. Dans le même temps, les exigences d'une production de masse par les entreprises du *centre* engendreraient une déqualification générale de la main-d'œuvre, homogénéisant ainsi ses revendications ; afin d'entraver l'évolution du rapport de force en faveur des travailleurs, les grandes entreprises mettraient à profit les catégorisations sociales (âge, sexe, nationalité, race, etc.) pour mieux les diviser. Selon les trois auteurs (582), trois phases se seraient succédées depuis la fin du XVIII^e siècle : prolétarianisation de la force de travail au XIX^e siècle, homogénéisation de cette même force de la fin du XIX^e siècle aux années 1930, puis segmentation, liée à la croissance rapide (cette périodisation, cela va sans dire, n'entend rendre compte que de l'évolution des Etats-Unis d'Amérique). O. FAVEREAU schématise ainsi la transition du courant institutionnaliste de PIORE au radicalisme :

«le clivage entre *bons* et *mauvais* emplois cesse d'être le résultat inintentionnel d'actes intentionnels d'adaptation des grandes firmes à l'incertitude de la demande, pour devenir le résultat intentionnel d'actes intentionnels de division de la classe ouvrière par les gros employeurs» (583).

294. Les juristes du travail français s'intéressent, aujourd'hui, aux politiques d'emploi des entreprises (sans doute sous l'effet du mythe de l'entreprise qui a envahi le corps social depuis les années 1980, mais cela importe peu ici). Si la réflexion juridique en terme de segmentation, qui s'ébauchait au début de la décennie 1980, s'est perdue dans les débats autour du thème de la flexibilité au milieu de ladite décennie, ceux-ci présentèrent ainsi l'avantage de maintenir l'attention sur les stratégies d'entreprise. La lecture de la revue *Droit social*, par exemple, atteste de ce souci de la doctrine de mener l'analyse juridique en considération des pratiques de gestion des ressources humaines, des emplois, et des compétences.

Cependant, le problème capital, à notre sens, de la taille des entreprises (effectifs, mais aussi position sur le marché des produits, structure organique et composition du capital, forme juridique, etc.) n'obtient pas encore tout l'intérêt qu'il mérite ; l'intuition, et l'apport des théories de la segmentation, laissent entendre que ce critère détermine, en grande partie, le rapport qu'entretiennent les entreprises au

(582) Cf. GORDON, D.M., EDWARDS, R.C., REICH, M. - *Segmented work, divided workers : The historical transformation of labor in the United States*. - Cambridge, Mass. : Cambridge University Press, 1982.

(583) Cf. FAVEREAU, O. - *Evolution récente...* - *op. cit.*, p. 9.

droit du travail (en tant qu'ensemble de règles au sens du concept de marché interne).

295. Ainsi, depuis les travaux de Corinne SACHS sur les seuils d'effectifs (584), la question ne paraît plus guère intéresser la doctrine. Pourtant, le *souci de ne pas pénaliser les petites entreprises* continue d'animer le législateur (et, il faut le reconnaître, les syndicats de salariés n'y sont pas insensibles). Cette préoccupation connaît des hauts (ex. : sanction du licenciement sans cause réelle ni sérieuse, art. L.122-14-4 et L.122-14-5, C. trav.) et des bas (ex. : cotisation au titre de la formation professionnelle étendue aux entreprises employant moins de dix salariés, L. 952-1 et s., C. trav. - loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991), dont on accueillerait une étude interdisciplinaire avec le plus grand intérêt.

296. Par ailleurs, la théorie du marché interne et du rapport entre taille de l'entreprise et segmentation du marché du travail pourrait fournir une intéressante grille d'analyse critique de l'évolution légale de la notion d'entreprise en droit du travail. A cet égard, les réformes de 1982 relatives à l'*unité économique et sociale* et au *comité de groupe* (585) s'interpréteraient, vraisemblablement, comme renforçant le marché primaire (unité économique et sociale) et étendant le marché interne des entreprises du *centre* (comité de groupe). L'idée du comité d'entreprise *européen*, qui fait son chemin dans la pratique (BULL, THOMSON)

(584) Cf. SACHS, Corinne. - Les seuils d'effectifs en droit du travail. - Thèse, Université R. SCHUMANN, Strasbourg, 1982.

(585) Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative aux institutions représentatives du personnel (unité économique et sociale : art. L.431-1, 6° alinéa, C. trav. ; comité de groupe : art. L.439-1 et s., C. trav.). Sur l'unité économique et sociale, cf. not. : DESPAX, M. - La dissociation d'une unité économique et sociale préexistante : à propos de quelques arrêts récents. - RJS 1990, p. 435 et s., LENOIR, Michel.- Entreprises et unité économique et sociale. - Droit ouvrier, 1986, p. 164 et s., SAVATIER, J. - L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes : jurisprudence récente. - DS, 1986, p. 11 et s.

Sur les critères jurisprudentiels de l'unité économique et sociale, voir Liaisons sociales, Législation, n° 6811, 15 mars 1993.

Sur le problème des comités d'entreprise européens, cf. LE FRIAND, Martine, LYON-CAEN, Antoine. - Le comité d'entreprise et la coopération européenne. - DS, 1989, p. 822 et s. Liaisons sociales, législation sociale, n° 6750 du 29 octobre 1992, C 3 (groupe Bull) ; n° 6745 du 21 octobre 1992, (groupe Thomson) ; Liaisons sociales, Documents, n° 122/91 du 4 décembre 1991, V : Vers une négociation collective communautaire ; Liaisons sociales, Législation sociale, n° 6554 du 26 juillet 1991, C 3 (Elf Aquitaine).

Sur la notion de groupe d'entreprises en droit du travail, cf. FREYRA, La conception sociale du groupe d'entreprises. - Etudes offertes à Jean SAVATIER. - Paris, 1992, p. 201 et s. ; BARTHELEMY, J. et autres. - Le droit des groupes de sociétés. - Paris : Dalloz, 1991.

serait considérée, dans cette perspective, comme tendant à faire franchir les frontières (ou ce qu'il en reste) aux marchés internes des sociétés multinationales. La jurisprudence, on le sait, est à l'origine de ces évolutions législatives, et poursuit, en la matière, une œuvre de consolidation et d'extension des marchés internes au sein des grandes firmes. Depuis 1991, la chambre sociale de la cour de cassation décide que l'appréciation du caractère réel et sérieux d'un motif économique de licenciement doit s'opérer au niveau de l'entreprise ou du groupe, et non seulement de celui de ses établissements ou entreprises où se situe l'emploi concerné (586) ; que la recherche de possibilité de reclassement avant licenciement économique doit, également, se mener au niveau du groupe, et non de l'entreprise où travaille le salarié (587). Et lorsque la jurisprudence décide que l'employeur ne saurait se libérer de son obligation de ré-embauchage d'un salarié licencié pour motif économique en l'affectant sur l'emploi d'un autre salarié en congé, ce dernier n'étant pas disponible au sens de l'art. L.321-14, C. trav. (588), que fait-elle d'autre que verrouiller un *port d'entrée* virtuel sur le marché interne en cause ?

297. En revanche, les juristes du travail ignorent l'approche historique. A cet égard, la science du droit du travail souffre cruellement de l'absence d'une histoire approfondie de l'évolution du droit du travail au regard des transformations socio-économiques et politiques depuis la fin du XIX^e siècle. Un tel travail devient de plus en plus indispensable, à une époque où la doctrine s'épuise à travailler *en temps réel* sur une actualité normative (loi, jurisprudence) sans cesse plus intense, plus urgente. Outre que ce travail historique ne manquerait pas de rétablir de multiples faits et d'éviter la propagation de thèses erronées en fournissant des armes pour les combattre (589), il permettrait de mettre en évidence la part du droit du travail (et de sa doctrine) dans les transformations successives du système d'emploi.

(586) Soc. 17.06.1992 Poirier c/ Mme Lafrechoux, B. 5 n° 403 ; Soc. 10.03.1993 Deguisseau c/ Ets de la Hogue, JS UIMM 1993 p. 177 ; Soc. 17.03.1993 Camilla c/ Ste Paulstra, inédit (CERIT).

(587) Soc. 25.06.1992 Chevalier c/ Sté Phocédis, B. 5 n° 420 ; Soc. 19.11.1992 SGEA c/ Romet, B. 5 n° 562.

(588) Soc. 17.06.1992 Gamex c/ Mme Gueroult et autres, B. 5 n° 404.

(589) Quel fut le rôle exact de Napoléon III dans l'adoption de la loi du 25 mai 1864 ? Quelles sont les conditions exactes de rédaction et promulgation de la Charte du travail ? etc.

C. La théorie économique française de la segmentation

298. Les théories de la segmentation pénètrent l'économie du travail française au début des années 1970, peu de temps avant le premier choc pétrolier. Elles connaissent rapidement un tel succès qu'elles en restructurent le paradigme. A en croire Bernard MERIAUX (590), sous leur impact, l'économie du travail française privilégie une approche du marché du travail par la demande, au contraire de la théorie néoclassique qui se centre sur l'offre (591). Cela ne signifie pas que l'étude du statut de la main-d'œuvre est délaissée, mais que l'offre est une «variable expliquée» plutôt qu'une «variable explicative» (592). Comme exposé ci-dessus, l'explication fait intervenir le droit aux côtés de la socio-économie. Dans cette perspective, les travaux français d'économie du travail ont porté, dès le début des années 1970, une attention privilégiée au droit du travail, sans parvenir, cependant, à forcer l'intérêt des juristes.

Le thème des formes particulières d'emploi, puis celui de la flexibilité conduisirent ainsi de nombreux chercheurs à se familiariser avec la réglementation étatique des contrat de travail *atypiques*, avec les divers dispositifs juridiques d'emploi hors contrat de travail ; ces économistes se penchent sur le contenu de la négociation collective en matière d'emploi, s'intéressent aux modes nouveaux d'élaboration des normes (niveaux de négociation, articulation des sources, etc.) (593).

(590) Cf. MERIAUX, Bernard. - Point de vue sur les recherches françaises en économie du travail. - Revue économique, 1978, Vol. 19, n° 1, p. 120 et s., repris dans MAIRESSE, Jacques, dir. - Emploi et chômage. - Paris : PFNSP, 1982, p. 120 et s.

(591) V. *supra*, 2e Partie, n° 120.

(592) Cf. MICHON, F. - Les théories contemporaines - *op. cit.*, p. 16.

(593) Pendant ce temps, le courant néoclassique multiplie les travaux de microanalyse de la relation de travail, afin d'expliquer comment les agents économiques gèrent l'*incomplétude du contrat de travail*. Pour une revue -critique- de cette littérature, cf. GARNIER, Olivier. - La théorie néoclassique face au contrat de travail : de la *main invisible* à la *poignée de main invisible*. - SALAIS, Robert, THEVENOT, Laurent, éd. - Le travail : marchés, règles, conventions. - Paris : INSEE - Economica, 1986, p. 313 et s. ; ENCLOS, Ph. - Le contrat de travail entre le marteau et l'enclume. - ROSE, José, resp. scient. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - Rapport à la MIRE, GREE-CERIT, Université NANCY 2, novembre 1990, not. pp. 74-77. Ce texte s'appuie sur l'une des synthèses économiques les plus citées des travaux articulés sur la notion d'incomplétude du contrat de travail : REYNAUD, Bénédicte. - Le contrat de travail dans le paradigme standard. - Revue Française d'Economie, 1988, n° 4, p. 157 et s.

Concernant le thème des formes particulières d'emploi, cf., not. les actes du colloque sur L'évolution des formes d'emploi, organisé par la revue Travail Emploi les 3 et 4 novembre 1988 à Paris, publiés par La Documentation française, série Documents Travail, Emploi, 1989.

Au-delà, le courant hétérodoxe en économie française du travail et de l'emploi a développé une représentation macroscopique des phénomènes d'emploi (594) en termes de

«processus d'appel et de rejet de la main-d'œuvre» (595), de «mobilisation-démobilisation» (596), de «pompe aspirante et refoulante» (597) (598).

On retrouve, ici, une conception dérivée de la notion marxiste d'*armée de réserve*, qui imprégnait, récemment encore, les catégories d'analyse de certains juristes du travail (599).

299. Il faut, enfin, réserver quelques lignes à O. FAVEREAU, dont nous avons utilisé les travaux plus haut (600). Il définit le terme *organisation* autour de deux éléments : ensemble de règles, et entité collective (c'est à dire ensemble de règles formant système pour des raisons juridiques - personnalité morale, etc. -, et psychosociales - motivations communes des membres, finalité commune de l'organisation) : une entreprise, un marché interne constituent des organisations. Le juriste ne manque pas de relever la proximité de cette définition avec celle que donnent certaines analyses juridiques de l'entreprise (601) ; une comparaison avec la notion d'«entité économique» avancée par la Chambre sociale de la Cour de cassation à l'occasion du contentieux d'application de l'article L.122-12, 2e alinéa, du Code du travail (602), et un rapprochement avec les définitions de la sociologie

(594) GAMBIER, D., VERNIERES, M. - Le marché du travail. - Paris : Economica, 1982, utilisent l'expression «système d'emploi», qui nous paraît, également, préférable à celle de «marché du travail» pour les raisons exposées au texte (v. *supra*, n° 287). En outre, cette expression présente l'avantage de signaler d'emblée et sans ambiguïté l'approche holiste marquant le discours qui en use.

(595) Cf. GERME, J.F., MICHON, F. - Le fonctionnement des marchés de l'emploi : éléments d'analyse. - Economie et Sociétés, 1975, T. IX, n° 11-12, p. 1759 et s.

(596) Cf. GAUDEMAR, J.P., de. - Mobilité du travail et accumulation du capital. - Paris : Maspero, 1976.

(597) Cf. SALAIS, R. - Une analyse des mécanismes de détermination du chômage. - Economie et Statistique, 1977, n° 93, p. 21 et s.

(598) Tous auteurs cités par MICHON, F. - Les théories contemporaines. - *op. cit.*, p. 16

(599) Cf. COLLIN, F. et autres. - Le droit capitaliste du travail. - *op. cit.*

(600) V. *supra*, n° 287 (avec la note 559), 288, 294.

(601) On reconnaît sans peine les thèses institutionnalistes.

(602) Voir les conclusions de Henri DONTEVILLE sous Cass. ass. plén. 16.3.1990, DS 1990, p. 399 et s.; CJCE 10.2.1988 Tellerup c/ Daddy's Dance Hall, DS 1988, p. 457 et s.; WAGNER, Emmanuel. - Le nouveau champ d'application de l'article L122-12, al. 2. - DO, 1990, pp. 224 à 229 ; La notion de marché et l'application de l'article L 122-12 du Code du

des organisations permettrait sans doute d'ouvrir de nouvelles voies de communication entre les trois disciplines.

Cette notion d'organisation est au cœur de la représentation que O. FAVEREAU propose de l'économie globale ; dans un premier temps, elle fournit le critère de typologie des marchés : organisations de marché (= marchés financiers), marchés d'organisations (= marchés des produits et services), organisations anti-marchés (= marchés du travail) (603). Dans un second temps, il conçoit l'économie globale comme une

«population d'organisations, celles-ci entendues dans l'acception restrictive de (...) marchés internes» (604) ; l'auteur précise que cette population est structurée par un «double jeu de contraintes de reproduction ou de cohérence» (605).

300. L'ensemble de cet édifice théorique repose, on le voit, essentiellement sur le concept de règle : dit autrement, la critique, fondamentale et radicale, du concept standard de marché par le courant institutionnaliste suppose une théorie générale de la règle. L'économie se découvre, ainsi, un nouvel objet, un nouveau programme de recherche. L'économiste, qui monopolisait le discours sur l'emploi au nom de sa science du marché, se donne les moyens de le conserver, alors même qu'il abandonne le concept de marché, en opérant une reconversion spectaculaire en spécialiste de la règle. Une double question surgit aussitôt : *côté pile*, la qualification acquise en matière de marché est-elle transférable dans le domaine de la règle ? à savoir : la conceptualisation de l'emploi (voire de l'économie entière) en terme de règle fait-elle la force, ou la faiblesse des théories économiques institutionnalistes ? Et *côté face*, le juriste, se

travail (à propos de l'affaire des éboueurs de Nîmes. - DO, 1991, p. 77 ; DEPREZ, Jean. - Marchés de service et activités concédées. - RJS, 1990, p. 199 et s.; Un nouveau bilan sur l'article L 122-12, al. 2 du Code du travail. - RJS, 1991, pp. 81-83 ; Les derniers arrêts de la chambre sociale sur l'application de l'article L 122-12, al. 2 du Code du travail en cas de changement du titulaire d'un marché de services. - RJS, 1992, p. 147 et s. ; BLAISE, Henry. - L'article L 122-12 après la tourmente : vers une stabilisation de la jurisprudence ? - DS, 1990, p. 246 et s. ; WAQUET, ^④. La reprise d'un marché de prestation de service entraîne-t-elle l'application de l'article L 122-12, al. 2 ? (rapport Soc. 6.11.1991 Sté SONEVIE c/ FNST-CGT). - DS, 1992, p. 186 et s. ; TOUATI, Jacques. - L'entité économique au sens de l'article L122-12, al. 2 du Code du travail. - Semaine sociale Lamy n°632 du 25 janvier 1993, p. 3 et s. ; Anonyme. - Transfert d'entreprise : les derniers arrêts de la cour de cassation. - CSBP, 1993, n° 51, p. 187 et s.

(603) Cf. le tableau de cette typologie, dans son article de 1989, p. 313.

(604) *Ibid.*, pp. 316-317.

(605) *Ibid.*

présentant traditionnellement comme l'expert ès règle, relèvera-t-il (et comment) ce gant que lui jette l'économiste (606).

L'arrivée récente de la sociologie (sociologie des organisations, théories de l'acteur, interactionnisme, sociologie de l'emploi, etc.) dans le champ des normes complexifie la situation, mais, simultanément, conforte l'hypothèse d'un profond bouleversement paradigmatique transversal aux sciences sociales. Le juriste serait bien inspiré de s'en aviser, sans pour autant s'en inquiéter : il a, certainement, autant à y gagner qu'à y apporter.

301. La présente recherche, s'étant fixée pour objectif de mettre à jour les modes de conceptualisation de l'emploi, passerait outre à ses limites en s'engageant dans une réflexion théorique sur la règle. Les thèses d'O. FAVEREAU échappent donc, dans ce cadre, à la critique du juriste. Mais le rendez-vous est pris..., d'autant plus indispensable que ces thèses s'inscrivent, explicitement, au cœur du «*conventionnalisme*», dit encore «*économie des conventions*», courant ambitionnant d'élaborer une sorte de théorie transdisciplinaire de la société (607). Le développement de ce courant théorique français récent, dont la discussion dépasse notre propos, doit, à notre sens, croiser nécessairement celui de la théorie juridique.

En revanche, l'étude de la conceptualisation de l'emploi conduit à aborder la théorie du «*rapport salarial*» sans transgresser ses limites.

(606) La compétence du juriste quant à la règle de droit suffit-elle à faire de lui un expert quant aux autres règles ? Rien n'est moins certain.

(607) Sur l'«*économie des conventions*», cf. not. Revue économique, 1989, Vol. 40, n° 2, entièrement consacré à ce courant ; THEVENOT, Laurent. - Introduction : pour une analyse des différentes espèces de convention et de leurs économies respectives. - Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi (PUF), 1986, et Les investissements de forme. - idem ; les textes de L. THEVENOT, A. ORLEAN, F. EYMARD-DUVERNAY, O. FAVEREAU et P. PHARO dans la 3e Partie de SALAIS, R., THEVENOT, L. - ed. - Le travail : marchés, règles, conventions. - Paris : INSEE-Economica, 1986 ; CROZET, Yves. - L'économie des conventions : le marché et la rationalité interpellés. - Economie et humanisme, 1990, n° 311 ; lire également, si possible, l'ouvrage hermétique de BOLTANSKY, L., et THEVENOT, L. - Les économies de la grandeur. - Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, 1987, série PROTEE. Pour une analyse critique, cf. not. LHOTEL, Hervé. - Eléments pour une critique de l'économie des conventions. - Cahiers du GREE-URA CNRS 1167, 1990, n° 5, Université NANCY 2, p. 2 et s., et ROSE, José. - Des conventions aux formes institutionnelles : éléments pour un débat. - *ibid.*, p. 34 et s. Certains juristes du travail commencent à s'intéresser à ce courant : JEAMMAUD, A. - Droit et pratiques dans l'entreprise. - Courrier du CNRS, avril 1990, n° 75, p. 29.

Section 2 :

CONFIGURATIONS DU RAPPORT SALARIAL ET DROIT DU TRAVAIL

302. Introduit par quelques économistes français au milieu des années 1970, le concept de *rapport salarial* procède d'une réflexion macro-analytique et diachronique du rapport entre travail et capital en économie capitaliste. Il constitue l'outil théorique central de *l'école de la régulation*, qui se propose de fournir une alternative aux analyses classiques en terme d'équilibre. Il exprime le rapport de soumission du travail au capital, considéré comme *rapport social fondamental* assurant la reproduction du système socio-économique par le soutien qu'il apporte au *régime d'accumulation du capital*. Par son niveau d'abstraction, il surplombe le concept d'emploi dans les diverses acceptions que nous avons rencontrées précédemment. Le rapport salarial se présente comme l'une des *formes institutionnelles* de la régulation du système socio-économique. Ce n'est, en aucune manière, un *agrégat* au sens de la macro-économie traditionnelle : il se pense, d'emblée, au niveau le plus globalisant. Il intéresse le juriste parce que sa définition prend pleinement en compte le rôle du droit, sans toutefois préjuger de son intensité, et en dépassant la dichotomie infrastructure / superstructure. C'est ce qu'une première sous-section s'efforce de mettre en évidence.

303. Cependant, le fait que ce concept ne prenne sens qu'à ce niveau très élevé d'abstraction et de globalisme lui interdit de rendre compte, des multiples formes concrètes que revêt le rapport travail / capital, et, a fortiori, de les décrire. Ces formes sont dites *institutionnelles* en ce sens qu'elles organisent, structurent, *codifient* les rapports sociaux réels. Quelques principes d'action les modèlent, au premier rang desquels figure le droit. Selon les auteurs de la théorie du rapport salarial, la règle juridique joue un rôle de premier plan dans la mise en forme des rapports sociaux concrets qui se nouent à l'occasion de l'activité productive. Dans une recherche précédente, que nous avons menée en étroite collaboration avec des économistes, il a été proposé d'appeler ces derniers les rapports de travail et d'emploi ; reprenant, ici, cette notion, nous nous attachons, dans une seconde

sous-section, à en montrer l'intérêt pour un renouvellement de l'approche et du programme de recherche juridiques en matière d'emploi.

Sous-section 1 :

IL Y A REGULATION ET REGULATION

304. Les théories économiques de la régulation, au contraire des théories économiques de la segmentation, demeurent fort peu connues des juristes (du travail). Cela peut paraître paradoxal, dans la mesure où ces derniers se plaisent, ordinairement, à définir les fins du droit en terme de régulation (A.). Certes, on rencontre parfois, sous leur plume, l'expression *rapport salarial*, mais il ne s'agit généralement que d'une coïncidence de vocabulaire. Or, il semble bien que la théorie du droit du travail puisse trouver avantage à adopter, avec les précautions d'usage, ce concept économique. (B.).

A. Problématique juridique et régulation

305. La problématique juridique de la régulation est une problématique téléologique ; si les juristes s'accordent, généralement, à conclure que le droit se donne (ou se voit donner) pour finalité la régulation des rapports sociaux, il ne s'agit, cependant, que d'un consensus de surface qui recouvre des désaccords fondamentaux. En revanche, les théories économiques de la régulation développent plutôt une problématique praxéologique, et élargissent à un fonds conceptuel commun.

306. Il ne saurait être question de traiter, ici, de manière exhaustive un problème juridique aussi fondamental que celui de la régulation. Il suffit de procéder à un rapide rappel des principaux éléments du débat, en mettant l'accent sur leurs manifestations récentes en droit du travail.

Relevant la polysémie du mot régulation, Danièle LOCHAK estime que le droit est

«un instrument de régulation sociale en ce qu'il contribue à l'adaptation réciproque des comportements et par conséquent au fonctionnement harmonieux de la société globale ou des institutions» (608).

La définition, qui réduit le droit à un instrument, procède d'une représentation individualiste : le (bon) fonctionnement de la société est la conséquence de la (bonne) adaptation réciproque des comportements ; dans cette conception, le droit ne saisit, directement, que les comportements des personnes (609). Par ailleurs, la proposition, évitant l'écueil du fétichisme juridique, prend soin de suggérer que d'autres instruments partagent, avec le droit, cette fonction sociale. Ainsi, cette courte citation nous paraît-elle synthétiser les principales questions qui forment la problématique juridique de la régulation :

- les fins du droit sont-elles exogènes ou endogènes ?
- le droit agit-il directement au niveau micro- ou macrosocial ?
- étant admis que le droit ne régule pas seul, quels sont les autres facteurs de régulation et comment leurs interventions respectives s'articulent-elles ?
- comment, par quels modes d'action, le droit réalise-t-il l'adaptation réciproque des comportements ?

307. Enfin, il est intéressant de noter que la définition de D. LOCHAK ne précise pas le sens de l'expression «fonctionnement harmonieux de la société». De quelle harmonie s'agit-il ? On sait que le substantif harmonie dérive, étymologiquement, d'un verbe grec signifiant *ajuster*, et qu'il s'emploie spécialement pour évoquer l'idée d'accord, de correspondance, d'équilibre, de cohérence agréables entre plusieurs éléments ainsi réunis en un ensemble. La notion d'harmonie sociale, avec sa résonance affective, émotionnelle, se distingue ainsi de celle, rationnelle et intellectuelle, d'ordre social, plus couramment utilisée par le discours juridique pour désigner la fonction du droit.

(608) Cf. LOCHAK, Danièle. - Présentation. - C.U.R.A.P.P. - Les usages sociaux du droit. - Paris : PUF, 1989, p. 2.

(609) Certes, l'auteur laisse ouverte l'hypothèse de comportements de groupes ; mais cela ne remet pas en cause l'option individualiste.

Dans tous les cas, l'idée même que le droit ait une telle fonction d'ajustement des comportements, de mise en cohérence des actions implique, à l'évidence, la conviction que les hommes n'entrent pas spontanément, naturellement, en société. En d'autres termes, la notion de régulation juridique contredit les hypothèses fondatrices de la théorie économique néoclassique. On peut, certes, tenter de résoudre la contradiction en considérant le droit comme une émanation de l'échange économique, ce qui conduit soit, dans une perspective néoclassique, à le *privatiser*, le *contractualiser*, soit, dans une perspective marxiste orthodoxe, à n'y voir qu'une superstructure. Mais aucune de ces tentatives ne résout de manière satisfaisante la question du droit public, de l'Etat (610).

308. Depuis les débats des années 1980 sur le thème de la flexibilité du travail et du droit du travail, la distinction entre réglementation et régulation ne soulève plus guère de difficulté : déréguler n'équivaut pas à déréglementer, mais à substituer certaines règles à d'autres. La déréglementation des relations de travail ne consiste pas en un retour au spontanéisme du marché, mais à écarter le droit *collectif, statutaire* (loi et décret, convention collective de branche) au profit du droit *individuel, contractuel* (contrat individuel de travail, accord d'établissement ou, à la rigueur, d'entreprise), voire *privé - unilatéral* (normes patronales juridiques - règlement intérieur - ou parajuridiques - normes techniques, chartes d'entreprises, etc. -) (611). En somme, si déréglementation ne signifie pas suppression des règles, mais de certaines règles, dérégulation ne signifie pas suppression de toute régulation mais remplacement d'un mode de régulation (règles publiques - collectives) par un autre (règles privées -

(610) Il n'entre pas, bien sûr, dans notre propos de discuter cette question, particulièrement complexe. On trouvera une excellente analyse critique des principales recherches de sociologie politique en la matière dans BOISMENU, Gérard. - L'Etat et l'ordre juridique. - BOISMENU, Gérard, GLEIZAL, Jean-Jacques. - Les mécanismes de régulation sociale. - Montréal, Lyon : Boréal, Presses Universitaires de Lyon, 1988, p. 23 et s. Lire également, sur la question, annexe, des rapports entre droit et politique CHEVALLIER, J. - L'Etat de droit. - Paris : Montchrestien, 1992, et C.U.R.A.P.P. - Droit et politique. - Paris : PUF, 1993, en sus de l'abondante littérature autour du thème de l'Etat-Providence.

(611) Il serait fastidieux de reproduire la bibliographie relative au débat sur la flexibilité, que les juristes du travail conservent, d'ailleurs, parfaitement en mémoire et qui conduirait à copier une grande partie des tables des matières des revues Droit social et Droit ouvrier, entre autres, pour les années 1984-1986. Mention spéciale à SUPIOT, Alain. - Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise. - DS, 1989, p. 195 et s., et BONNECHERE, Michèle. - Les tendances de la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail. - DS, 1990, p. 40 et s. ; cf. également VERICEL, Marc. - Sur le pouvoir normateur de l'employeur. - DS, 1991, p. 120 et s., et SUPIOT, A. - La réglementation patronale de l'entreprise. - DS, 1992, p. 215 et s.

individuelles) ; la dérégulation s'analyse, alors, en un processus de passage de l'hétérorégulation à l'autorégulation.

309. Concluons ce bref mémento avec A. JEAMMAUD, qui relève quatre usages du terme régulation en sciences sociales (612).

Dans l'expression régulation juridique, c'est parfois un synonyme de réglementation :

«soit que l'on évoque alors la présence de règles de droit sur une question déterminée, soit que l'on vise, en amont, la formulation de ces normes ou l'activité complexe à travers laquelle elles sont produites», étant précisé que cette réglementation est «organisatrice ou restrictive, mais non prohibitive» (613).

Il s'agit là du sens général de la problématique de dérégulation évoquée ci-dessus, dans une acception légèrement différente de la nôtre.

Un autre usage, par les spécialistes de science administrative, voit dans la régulation «une modalité ou une espèce de participation de l'Etat à la régulation sociale» (614) (entendue au sens que l'auteur cite en deuxième position, mais que nous exposerons en fin de liste (615)) ; le «droit régulateur» constitue alors une alternative à la gestion ou à la réglementation prescriptive.

Par ailleurs, toujours selon A. JEAMMAUD,

«certains sociologues entendent par *régulation sociale* le mouvement même qui anime nos sociétés»,

fait de régularités, de règles en constant ajustement d'interactions (616). L'auteur cite en référence J.D. REYNAUD, J. COMMAILLE et M. CROZIER (617).

(612) Cf. JEAMMAUD, Antoine. - Normes juridiques et action : note sur le rôle du droit dans la régulation sociale. - Colloque *La régulation, droit et politique*, Centre d'Etude sur la théorie de l'Etat, Université de Montpellier, 1er octobre 1992. Un aspect de cette communication est publié par l'auteur sous le titre : Les règles juridiques et l'action, au Recueil Dalloz, 1993, Chr., LV (cet article ne reproduit pas le passage de la communication que nous utilisons).

(613) *Ibid.*, p. 1.

(614) *Ibid.*, p. 2.

(615) Pour une raison qui s'expliquera d'elle-même.

(616) Cf. JEAMMAUD, A. - *op. cit.*, p. 3.

(617) Que nous avons, nous-même, utilisés plus haut. V. Bibliographie.

310. Enfin, cet auteur manifeste sa préférence pour un dernier sens (placé en deuxième position dans son recensement) :

«action sur un phénomène ou un système - la société, un secteur d'activité au sein d'une formation sociale - et tendant à en assurer le maintien, la reproduction, la correction, le *guidage*, ou à y faire advenir des régularités» (618).

C'est en ce sens que l'on parle de régulation du trafic routier, ou de régulation sociale (619).

A. JEAMMAUD ajoute que les économistes de l'école de la régulation utilisent le terme dans un sens voisin : «L'ordre juridique et l'Etat peuvent alors être envisagés en tant qu'instruments ou opérateurs d'une *intention régulatrice du social*» (620), et le droit en tant qu'objet, lui-même, de régulation (autonome ou hétéronome). Malgré cette référence à l'économie régulationniste, qui situe sa réflexion au niveau macro-analytique, l'auteur consacre l'ensemble de son article à analyser les rapports entre les règles juridiques et les actions des individus (spécialement, les procédés juridiques, sociologiques, psychologiques, par lesquels les règles agissent) ; il adopte, ainsi, et très explicitement, l'individualisme méthodologique en une démarche identique à celle de D. LOCHAK (621).

(618)

(619) A. JEAMMAUD ne manque pas de citer la définition que donne le philosophe G. CANGUILHEM au Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (Paris : LGDJ, 1988, p. 347) : «Processus par lequel le comportement d'un système perçu complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes».

(620) Cf. JEAMMAUD, A. - *op. cit.*, *loc. cit.*

(621) V. *supra*, n° 306. Démarche qui, par ailleurs, peut présenter un certain intérêt heuristique, en nourrissant une microanalyse de la règle (de droit). A titre d'exemple, A. JEAMMAUD, cherchant à démontrer que «les normes juridiques ne font rien par elles-mêmes dans l'ordre des actions» (p. 12), reconnaît qu'«il existe, dans tout système juridique des règles proprement fondamentales (qui présentent, à l'instar de certaines règles d'un jeu, un caractère constitutif ou éidético-constitutif) : elles créent ce système comme tel, au point que, sans elles, aucune relation, situation ou action n'aurait de signification juridique.» (*ibid.*). Concernant le concept de règle éidético-constitutive, à distinguer de celui de règle normative, il se réfère à CONTE, A.G. - L'enjeu des règles. - Droit et société, 1991, n° 17-18, p. 122. Notre intention n'est pas de discuter ce concept, mais de relever qu'on le rencontre également sous la plume d'O. FAVEREAU (ressortissant du courant de l'économie des conventions auquel, d'ailleurs, A. JEAMMAUD s'intéresse beaucoup) lorsqu'il cherche à définir l'organisation comme un système de règles et non de prix : «Dans un ensemble de règles, il faut distinguer entre des règles constitutives qui fondent une nouvelle pratique, laquelle n'existerait pas indépendamment de ces règles, et des règles normatives ou limitatives qui régulent une pratique préexistante» (Marchés internes, marchés externes. - *op. cit.* p. 306). O. FAVEREAU, lui, se réfère directement à la source de CONTE : RAWLS, J. - Two concepts of rules. - Philosophical Review, 1955, n° 1, p. 3 et s. Les montagnes, contrairement au proverbe,

La richesse dont cette démarche se prévaut ne saurait, cependant, impliquer que sa rivale - le holisme - souffre de la plus extrême indigence ; la théorie économique de la régulation fait la démonstration de la vitalité du holisme méthodologique, que l'on a trop tendance à enterrer prématurément.

B. La théorie économique de la régulation

311. Il existe, en réalité, plusieurs théories économiques dites de la régulation. Nous ne nous intéresserons, ici, qu'aux travaux initiés par Robert BOYER, mais il est utile d'y introduire en examinant brièvement les filiations de sa théorie.

Les économistes concernés datent l'origine des travaux sur la régulation aux ouvrages de leurs collègues Michel AGLIETTA (622) et Bernard BILLAUDOT (623), bien que l'on signale également un autre courant, moins homogène, centrant l'attention sur l'analyse de l'Etat ou de la monnaie (624). ces deux auteurs s'inscrivent explicitement dans le courant de pensée marxiste ; ils en relancent la dynamique en cherchant à rompre avec l'approche économiste l'ayant dominé depuis la fin des années 1960 (thèmes, bien connus, de *la révolution scientifique et technique*, de *l'internationalisation du capital...*). Ils mettent l'accent sur «*les conditions d'exploitation de la force de travail à travers l'étude du rapport social fondamental : le rapport capital-travail*» (625) dans les pays industrialisés. Il s'agit de prolonger la réflexion marxienne sur les *rapports de production*, délaissant ainsi l'analyse des *forces productives*, afin d'expliquer la crise du milieu des années 1970 à l'aune des transformations récentes du capitalisme. Les chercheurs du CEPREMAP, parmi lesquels Robert BOYER, et du GRREC (Grenoble), élaborent à cet effet le concept de *régimes d'accumulation du capital*, censés se succéder en longue période et caractériser ces transformations ; la crise actuelle serait, ainsi, le produit des tensions engendrées par la transition entre l'ancien

finissent par se rencontrer ! Sous l'action de quelles forces telluriques, de quelles *intentions régulatrices* ?...

(622) Cf. AGLIETTA, Michel. - La régulation du mode de production capitaliste dans la longue période : Exemple des Etats-Unis. - Thèse, Université Paris 1, 1974 ; Régulation et crises du capitalisme : L'expérience des Etats-Unis. - Paris : Calman-Lévy, 1976, et 1982, 2e éd.

(623) Cf. BILLAUDOT, Bernard. - L'accumulation intensive. - Thèse, Université Paris 1, 1976.

(624) Cf. auteurs cités par MARGILIER, Gilles. - Brève présentation des thèses sur le rapport salarial et la régulation. - Cahiers de l'IREP. - Développement, 1983, n° 4, p. 7 et s.

(625) Cf. MARGILIER, G. - *op. cit.*, p. 9.

régime d'accumulation *intensive* et un nouveau régime d'accumulation *extensive*, causée par l'effondrement interne du premier (626).

Les théories de la régulation adoptent, ainsi, une approche à la fois historique (périodisation des régimes d'accumulation) et macro-analytique, qui les démarque des théories de la segmentation.

312. Le terme de régulation n'implique pas des analyses de type organicistes à l'instar de sa signification en sciences de la vie (biologie, physiologie) ; G. MARGIRIER cite, sur ce point, Alain LIPIETZ, selon qui l'idée de régulation dans l'économie marxiste ne désigne pas la «*stabilité indéfinie*» du système, le «*primat de l'unité sur la lutte*» (627), mais bien le fait que la «*cohésion sociale n'est jamais acquise d'avance, qu'elle est le fruit d'une lutte, que la reproduction du système est toujours menacée*» (628).

Cette régulation diffère donc fortement de la régulation juridique telle que la pensent, ordinairement, les juristes (intervention visant l'adaptation réciproque des comportements individuels qui engendre un ordre social harmonieusement cohérent (629)). Le droit du travail, quoiqu'au cœur du rapport de forces fondamental du capitalisme, reste marqué, lui-même et de manière dominante, par la représentation individualiste et pacificatrice héritée de son ascendance civiliste. Certes, il ne nie pas la dimension conflictuelle dudit rapport, mais tantôt il la réduit à une forme particulière, ponctuelle et subsidiaire, d'établissement du consensus au moment de la construction d'une convention (630) ; tantôt il la qualifie de dysfonctionnement, de pathologie, de dérèglement, s'efforçant alors de pacifier les relations de travail perturbées. Mais, procédant d'un refus de poser le conflit comme le moteur essentiel du rapport social fondamental, donc de l'ériger en principe central de sa régulation juridique, cette pacification produit une opacification des mécanismes sociaux à l'œuvre.

La représentation qui attribue au droit une telle fonction de garantie et rétablissement d'un ordre, d'une cohésion, d'une harmonie spontanés et naturels converge parfaitement avec celle qui attribue au marché des vertus identiques

(626) Cf. BOYER, R., MISTRAL, J. - Accumulation, inflation, crise. - Paris : PUF, 1978 ; GRREC. - Crises et régulation de l'économie capitaliste. - Cahiers de la Faculté des Sciences Economiques de Grenoble, 1981, n° 1.

(627) Cf. LIPIETZ, Alain. - Crise, inflation : Pourquoi ? - Paris : Maspero, 1979, cité par MARGIRIER, G. *op. cit.*, p. 11.

(628) Cf. MARGIRIER. - G. *ibid.*, p. 12.

(629) V. *supra*, n° 305 et s.

(630) *L'économie des conventions* réserve un traitement voisin au conflit capital-travail, proximité de nature à séduire certains juristes du travail.

(631). Il faut, sans doute, voir dans ce fonds philosophico-idéologique commun la cause première de la fascination qu'exerce le concept néoclassique de marché chez les juristes, et, spécialement, en ce qui concerne la conceptualisation de l'emploi par les juristes du travail.

313. Selon F. MICHON, les théories de la régulation sont, également, systémiques (632). R. BOYER indique que leur particularité tient à une inspiration théorique qui part fondamentalement de la tradition marxiste, se nourrit de références keynésiennes et de travaux d'histoire économique, pour renouveler des interrogations des institutionnalistes (633) ; en revanche, il prend explicitement ses distances avec l'acception systémique, adoptée par G. DESTANNE DE BERNIS (634), que lui prête F. MICHON, et avec la définition en terme d'intervention active et consciente de l'Etat et autres organismes collectifs (635).

B. GAZIER trouve justification de la référence à KEYNES dans l'intérêt que porte la théorie de la régulation (dans la version de R. BOYER) au «bouclage» du circuit économique et au contrôle de la demande effective (636). A ses yeux, cette

(631) Cette représentation imprègne, également, la doctrine épistémologique qui attribue à la science juridique la mission de doter le droit d'une cohésion théorique. Le droit doit, dans cette perspective, être lui-même ordonné et harmonieux. La théorie du droit a horreur tout autant du conflit que du vide, et consacre l'essentiel de ses efforts à résoudre l'un et à combler l'autre. Une approche de la régulation juridique s'inspirant des fondements de la théorie économique de la régulation conduirait, au contraire, la théorie du droit à reconnaître pleinement les incohérences et les contradictions internes du droit positif, et à leur octroyer un statut déterminant dans les processus de ses transformations. Une telle approche permettrait de découvrir et d'expliquer les rapports entre conflits sociaux et conflits de normes.

(632) Cf. MICHON, François. - Les formes institutionnelles du travail et de l'emploi. La construction d'une approche historique et comparative internationale. - SET-URA CNRS 919, Université Paris 1, mai 1991, Ronéo., p. 2. Sur le systémisme en théorie générale du droit, v. *supra*, Partie préliminaire, n° 77 et s. Le recours commun, par l'économie et le droit, à l'approche systémique forme un terreau propice à la germination de conceptualisations mutuellement intelligibles, voire complémentaires.

(633) Cf. BOYER, Robert. - La théorie de la régulation : une analyse critique. - Paris : Agalma La Découverte, 1986, p. 21.

(634) Cf. DESTANNE DE BERNIS, Gérard. - Régulation ou équilibre dans l'analyse économique. - LICHNEROWICZ, A., et autres. - L'idée de régulation dans les sciences. - Paris : Maloine-Doin, 1977 ; Une alternative à l'hypothèse de l'équilibre économique général : la régulation de l'économie capitaliste. - GRREC (Groupe de Recherche sur la Régulation de l'Economie Capitaliste). - Crises et régulation. - Grenoble : PUG, 1983. C'est cet auteur qui se réfère à l'article de GANGUILHEM (*supra*, n° 310, note 619) fournissant une définition convenant aussi bien à la biologie qu'à la thermodynamique ou au systémisme.

(635) Cf. BOYER, R. - *op. cit.*, p. 30.

(636) Cf. GAZIER, B. - *op. cit.*, p. 300. A propos de KEYNES, voir *supra*, n° 113 et s.

théorie se présente comme une «version actualisée et affaiblie du marxisme, (car elle) maintient l'analyse du capitalisme comme conflit capital-travail, mais renonce à prévoir la confrontation définitive de deux groupes polarisés.» (637).

typographie

En ce qui concerne la filiation institutionnaliste, R. BOYER souligne de «remarquables convergences» avec les travaux de PIORE, et des radicaux EDWARDS, GORDON et REICH (638).

314. La théorie de la régulation s'enracine, nous l'avons noté, dans le concept marxien de *rappports de production*, développé par R. BOYER à travers celui de «mode de production» qui désigne «toute forme spécifique des rapports de production et d'échanges, c'est-à-dire des relations sociales régissant la production et la reproduction des conditions matérielles requises pour la vie des hommes en société» (639) ; la structure de chaque société est définie par un système complexe de modes de production. Cette analyse synchronique se voit aussitôt complétée par un concept diachronique : le «régime d'accumulation du capital», «ensemble des régularités assurant une progression générale et relativement cohérente de l'accumulation du capital, c'est-à-dire permettant de résorber ou d'étaler dans le temps les distorsions et déséquilibres qui naissent en permanence du processus lui-même» (640).

Est alors appelé «*mode de régulation* tout ensemble de procédures et de comportements individuels et collectifs, qui a la triple propriété de reproduire les rapports sociaux fondamentaux (...), soutenir et piloter le régime d'accumulation en vigueur, et assurer la compatibilité dynamique d'un ensemble de décisions décentralisées (...))» (641).

L'origine des régularités en cause doit être recherchée dans la «codification des rapports sociaux fondamentaux», qui deviennent alors autant de «formes institutionnelles» de régulation (642). On en dénombre cinq : la monnaie, le «rapport salarial», la concurrence, «l'adhésion au régime international» et l'État (643). Elles opèrent selon trois «principes d'action» : «la loi, la règle ou le règlement, définis d'emblée au niveau collectif», le «compromis» et «les systèmes de représentation ou de valeurs» (644).

(637) *Ibid.*

(638) Cf. BOYER, R. - *op. cit.*, p. 32. voir *supra*, n° 293.

(639) A rapprocher du concept de «praxis».

(640) *Ibid.*, p. 46.

(641) *Ibid.*, p. 54.

(642) *Ibid.*, p. 48.

(643) *Ibid.*, pp. 48-53.

(644) *Ibid.*, pp. 55-56.

315. Il faut s'arrêter quelques instants sur ces principes d'action, qui mettent directement en cause le rôle du droit dans cette théorie. R. BOYER reconnaît que, paradoxalement, la question de la manière dont opèrent les formes institutionnelles est centrale si l'on souhaite expliquer la logique, la genèse, la remise en cause du mode de régulation, mais que la réflexion n'en est qu'à ses débuts. La définition des trois principes en constitue le fruit.

Ces principes, délibérément, ne s'organisent pas selon une hiérarchie préétablie et invariable : les diverses configurations que leur articulation revêt contribuent à caractériser les formes institutionnelles, donc les modes de régulation. L'une des hypothèses de base de la théorie consiste, précisément, à nier qu'un acteur - individuel ou collectif - vienne jouer le rôle d'«ingénieur-système» conscient et délibéré, serait-ce l'Etat : «L'enchevêtrement de compromis institutionnalisés, aux conséquences parfois contradictoires, rend impossible une vision strictement fonctionnaliste des interventions publiques (...) l'Etat n'est *a priori* ni la béquille du capital monopoliste, ni le vecteur d'un silencieux mais inéluctable passage au socialisme» (645). Cette analyse, qui marque les limites des références keynésienne et marxienne, vise également, bien qu'implicitement, les sources étatiques de droit, et, par extension, le droit de source étatique lui-même. La loi n'est pas, *a priori* (dans son essence), un instrument, ni du capital, ni du travail ; l'hypothèse renvoie, par-là, dos à dos les théories de la légalisation de la classe ouvrière et du droit ouvrier. En revanche, elle ne conteste pas que la loi puisse, *a posteriori*, servir plutôt l'un ou l'autre des intérêts en présence. En cela, elle rejoint les analyses qui traitent le droit (dans sa substance) comme un enjeu.

316. A lire R. BOYER, *la loi, la règle ou le règlement* constituent le premier principe d'action des formes institutionnelles ; il semble qu'il s'agisse là d'une liste de trois objets distincts, mais l'auteur ne fournit aucune précision permettant de définir les deux derniers et de les distinguer entre eux et du premier. La catégorie qu'ils forment entend, sans doute, représenter le droit étatique : ils ont «pour vocation d'imposer, par la coercition, directe ou symbolique et médiatisée, un certain type de comportement économique aux groupes et individus concernés» (646), bien que la contrainte ne soit pas le seul moyen et que la loi ne soit pas toujours effective. L'économiste reprend à son compte la conception déontique de la règle de droit (prescriptive/prohibitive/permissive) largement

(645) *Ibid.*, p. 59.

(646) *Ibid.*, p. 55.

police

répandue chez les juristes. Or, avec les travaux de Paul AMSELECK (647) et d'Antoine JEAMMAUD (648), une conception rivale s'est développée, qui présente la règle comme un «modèle pour les actions» (conception métrologique) ; si elle n'interdit pas de considérer loi, règle et règlement comme principe d'action des formes institutionnelles du mode de régulation, elle conduit à modifier la définition de sa nature : non plus la coercition, mais la modélisation, la mesure, l'étalonnage. En ce sens, il faut se garder de déduire les régularités de la loi, mais constater les régularités pour, ensuite, les évaluer à l'aune des références fournies par la loi.

317. Le *compromis* ou la *convention* définissent un deuxième principe d'action, très distinct du premier : «ce sont des agents privés ou des groupes qui, partant de leurs intérêts propres, aboutissent à un certain nombre de conventions régissant leurs engagements mutuels». (649).

Il s'agit bien de conventions juridiques : l'auteur donne en exemple l'accord salarial issu de la négociation patronat-syndicat, et évoque la technique d'extension des conventions collectives du travail (pour signaler que ce principe d'action n'est pas exclusif du précédent).

318. Pour autant, et qu'il s'agisse du premier comme du deuxième principe d'action, le propos ne consiste qu'indirectement à octroyer un rôle central au droit, en tant que type particulier de normativité. L'insistance primordiale est mise sur la différenciation entre les deux branches maîtresses du droit : publique et privée, en tant qu'elles procèdent chacune d'un niveau spécifique de réalisation des rapports sociaux. D'une part, un niveau immédiatement collectif, correspondant à l'intérêt général, où l'acteur principal est l'Etat et où sont produites des règles visant les comportements des acteurs du second niveau ; d'autre part, le niveau individualiste, correspondant aux intérêts particuliers, composé des acteurs (individus et groupes) privés, produisant des règles à leur usage.

Pour résumer les principes d'action sans se référer explicitement à leur manifestation dans l'ordre du droit, on pourrait écrire que le premier relève d'une

(647) Cf. AMSELECK, Paul. - Méthode phénoménologique et théorie du droit.- Paris : LGDG, 1964 ; La phénoménologie et le droit. - APD, 1972, Vol. 17, spéc. pp. 205-209 ; Norme et loi. - ADP, 1980, Vol. 25, spéc., pp. 89-95.

(648) Cf. JEAMMAUD, A. - La règle de droit comme modèle. - D, 1990, Chr., XXXIV.

(649) Cf. BOYER, R. - *op. cit.*, p. 56.

chaîne *collectif-étatique-directif*, et le deuxième d'une chaîne *individuel-privé-négoié*. Par voie de conséquence, et en schématisant, dans le couple *droit public - droit privé*, l'économiste privilégie l'opposition public-privé (au risque de perdre de vue qu'il s'agit toujours de droit), alors que le juriste y voit, avant tout, l'unité d'un système normatif (au risque de perdre de vue ses contradictions internes) (650).

319. Il convient, bien sûr, de comprendre la définition de ces deux principes d'action comme idéal-typique : R. BOYER n'ignore pas que leurs frontières sont changeantes, et qu'ils s'interpénètrent constamment. Bien qu'il prenne soin d'éviter de hiérarchiser ces principes, il semble que R. BOYER reconnaisse une certaine primauté au premier : il présente en effet l'Etat comme «*la totalisation, souvent contradictoire, d'un ensemble de compromis institutionnalisés*» (651), et estime que «*le droit, les règlements et les règles, impulsés ou authentifiés par l'Etat ont un rôle souvent déterminant dans la diffusion, et parfois la genèse, des formes institutionnelles essentielles*» (652).

320. La manière dont la théorie de la régulation traite la question du droit diffère donc radicalement de la problématique qu'exposent la doctrine juridique et la théorie économique néoclassique. Alors que celles-ci s'obstinent, vainement, à résoudre l'insoluble dilemme du rapport du droit à un hypothétique marché du travail, celle-là le pose d'emblée comme modalité centrale de l'institutionnalisation («*codification*») des rapports sociaux ; en d'autres termes, il ne s'agit plus seulement d'expliquer le droit, mais, simultanément, d'expliquer par le droit. A tout le moins, le droit, considéré comme l'un des principaux éléments de mise en forme («*information*») des rapports sociaux (et non pas, seulement, de l'éventuel marché), en devient l'un des principes explicatifs. Cette démarche ne s'analyse pas en un simple renversement de perspective, qui envisagerait le droit comme un *déjà-là* dont il serait sans intérêt d'expliquer la présence, sinon sous la

(650) Il n'est pas rare, ainsi, que les économistes distinguent le droit, réduit à la forme canonique de la loi, de la convention, réduite à un échange parfaitement autonome, au grand dam des juristes.

(651) *Ibid.*, p. 53.

(652) *Ibid.* Le rôle en question est détecté, *ex post*, par le chercheur et non concocté *ex ante*, par l'Etat (qui n'est pas un ingénieur-système).

forme d'un postulat prônant sa supériorité sur tout autre principe explicatif (653). En effet, en développant plus avant la conception du droit en germe dans la théorie de la régulation que propose R. BOYER, on se trouve conduit à retenir une approche réaliste, pragmatique et dialectique de la règle juridique : ensemble produit et facteur de production des rapports sociaux concrets, de leur institutionnalisation et cohérence tendancielle.

Le rapport du juridique à l'économique cesse, alors, de se penser en terme d'hétérogénéité et de primauté entre la règle de droit, abstraite, idéale, artificielle, et le marché, concret, réel et naturel. Règle de droit et échange socio-économique entrent dans un rapport de consubstantialité.

Sous-section 2 :

DU RAPPORT SALARIAL AUX RAPPORTS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI

321. La théorie économique de la régulation octroie un statut central au rapport salarial, au sein des trois principales formes institutionnelles du mode de reproduction. L'étude de ses transformations actuelles commande l'analyse de la crise. Cette approche renouvelle profondément le mode de conceptualisation de l'emploi hérité de la théorie standard (A). D'un niveau d'abstraction très élevé, il ne rend pas compte, cependant, des multiples configurations concrètes d'inscription des travailleurs dans le rapport social fondamental. Leur analyse exige la construction d'un concept complémentaire : les rapports de travail et d'emploi (B).

L'étude de ces outils théoriques se donne pour objectif de déterminer leur intérêt au regard du programme général de recherche juridique en matière de droit du travail et de l'emploi, spécialement en ce qui concerne la conceptualisation de l'emploi.

(653) Dans un tel renversement de perspective, le droit occuperait la place que le marché occupe dans la théorie standard. La théorie du marché interne, à la différence de la théorie de la régulation, nous paraît appréhender le droit comme *déjà-là* : v. *supra*, n° 286.

A. La dynamique juridique du rapport salarial

322. Le rapport salarial est, avec la monnaie et la concurrence, l'une des formes institutionnelles principales du mode de régulation. Selon R. BOYER, le concept se lit comme désignant, simultanément,

«au niveau le plus fondamental (...) Le processus de socialisation de l'activité de production propre au capitalisme, c'est-à-dire l'intégration des salariés dans une ère de soumission vis-à-vis du pouvoir et de la logique imposés par les détenteurs des moyens de production», et, au niveau de l'analyse «des formes mêmes selon lesquelles s'exerce cette domination, (...) l'ensemble des conditions qui régissent l'usage et la reproduction de la force de travail» (654).

Le rapport est qualifié de salarial parce que le salariat constitue la forme dominante revêtue par la soumission du travail au capital dans les économies capitalistes modernes (XX^e siècle) occidentales.

Tantôt, R. BOYER fait dériver le rapport salarial des caractéristiques du régime d'accumulation du capital (655), tantôt il le fait intervenir dans leur détermination (656). Quoi qu'il en soit de cette hésitation, il est clair que «fondamentalement, les transformations du rapport salarial sont apparues comme l'un des déterminants majeurs des changements de mode de développement dans la longue durée» (657).

323. L'approche historique du régulationnisme établit une périodisation caractérisée par la succession de divers modes de régulation. Du milieu du XIX^e siècle aux débuts du XX^e siècle (pour ce qui concerne la France) le mode de régulation est qualifié de «concurrentiel», c'est-à-dire qu'il fonctionne au gré du mécanisme des prix et du marché ; la période suivante connaît un mode de régulation dit «monopoliste» ou encore «tayloriste-fordiste», où se développent production-distribution-consommation de masse, gains de productivité, pouvoir d'achat (indexation du salaire, transferts de revenus, ...), intervention de l'Etat, organisation-automatisation du travail, etc. Le mode concurrentiel correspond à une croissance extensive, le mode monopoliste à une croissance intensive.

(655) Cf. BOYER, R. - Les salaires en longue période. - *Economie et Statistique*, 1978, n° 103, p. 27 et s.

(656) Cf. BOYER, R. - La théorie de régulation... - *op. cit.*, p. 54.

(657) *Ibid.*, p. 86.

Depuis le milieu des années 1970 (France), le mode de régulation monopoliste est entré en crise profonde et structurelle. Grossièrement, l'une des questions les plus délicates et les plus cruciales que pose cette crise au courant régulationniste concerne la détection, la description et l'explication du nouveau mode de régulation qui en sortira. R. BOYER, qui développait longuement cette problématique en 1986 et appelait une seconde génération de travaux à s'y consacrer (658) vient d'apporter une contribution supplémentaire à ce programme (659). Nous resterons, dans ces pages, à la lisière des recherches en question, dont la teneur et les résultats ne nous intéressent pas directement (660).

324. A chaque mode de régulation, «une forme institutionnelle spécifique du rapport salarial est associée à une structure économique particulière et à un ensemble de modes d'intervention de la puissance publique» (661). La spécificité dont il s'agit réside dans la combinaison qui articule les composantes du rapport salarial. Selon R. BOYER, celles-ci sont au nombre de cinq :

«type de moyens de production ; formes de la division sociale et technique du travail ; modalité de mobilisation et d'attachement des salariés à l'entreprise ; déterminants du revenu salarial, direct ou indirect ; enfin mode de vie salarié, plus ou moins lié à l'acquisition de marchandises ou à l'utilisation de services collectifs bon marché» (662).

Il est largement admis que plusieurs rapports salariaux peuvent coexister et se concurrencer au sein d'un même mode de régulation, mais qu'alors l'un d'eux domine la configuration globale, les autres s'analysant soit comme survivance de l'ancien mode de régulation, soit comme émergence du suivant. L'hypothèse alimente, parfois, une analyse de la crise en terme de tensions et contradictions entre eux, ou, par ailleurs, rapproche théorie de la régulation et théorie de la segmentation (le marché primaire correspondant à un rapport salarial

(658) *Ibid.*, pp. 60-129.

(659) Cf. BOYER, Robert, DURAND, Jean-Pierre. - L'après-fordisme. - Paris : Syros, 1993.

(660) La richesse initiale et la complexité de ces recherches ne cessent de croître : multiplication des travaux empiriques et réflexions théoriques, des comparaisons internationales (Japon, Allemagne, Suède très sollicités), etc. Cf., par exemple, CORIAT, Benjamin. - Post-fordisme : quelles perspectives pour l'évolution du rapport salarial ? - Problèmes économiques, 30 août 1989, n° 2-138, p. 14 et s.

(661) Cf. MICHON, F. - Les formes institutionnelles ... - *op. cit.*, p. 3.

(662) Cf. BOYER, R. - La théorie de la régulation ... - *op. cit.*, p. 49. Quelques années plus tôt, l'auteur les formulait plus étroitement : «organisation du travail, hiérarchie des qualifications, mobilité de la force de travail, formation et utilisation du revenu salarial», cf. BOYER, R. - Les transformations du rapport social dans la crise. - Collectif. - L'emploi : enjeux économiques et sociaux (colloque de Dourdan, 1980). - Paris : Maspero, 1982, p. 80 et s.

monopoliste, le marché secondaire à un rapport salarial concurrentiel récurrent) (663), ces deux voies d'investigations ne manquant pas de se croiser.

325. Observant la genèse du concept de rapport salarial en économie et son utilisation diversifiée par différents courants d'inspiration marxiste, Bernard DRUGMAN remarquait, il y a une dizaine d'années, qu'il exprime leur objectif commun :

«rendre compte d'abord de la société comme totalité, comme unité se reproduisant - au-delà de l'économique - de manière intégrée à partir de son aspect essentiel (...): sa structuration à partir du travail salarié et des rapports sociaux qui l'organisent» (664).

Selon lui, le concept de rapport salarial est extensif car il désigne l'ensemble des rapports sociaux et formes institutionnelles qui structurent le salariat, y compris la reproduction de la force de travail (travail domestique, modes de vie, le *social* au sens commun). Pour ce qui nous concerne, il absorbe, donc, la conceptualisation de l'emploi telle qu'elle se développe dans les approches habituelles que nous avons examinées précédemment. B. DRUGMAN avance, ensuite, que ce concept ne se limite pas à rendre compte d'un objet économique (le salaire) à travers des catégories économiques. Concept *sociétal*, le rapport salarial «met en question le statut économique de cet objet», et, au-delà, «l'apparente autonomisation de l'économique par rapport au social», ce qui permet «de penser leur articulation en rejetant (...) le principe sur lequel repose le découpage de ces champs sociaux...» (665). On voit immédiatement le parti que le juriste peut tirer de cette approche en ce qui concerne la problématique du rapport du droit à l'économie, et, spécialement, du droit de l'emploi à l'emploi réel : elle lui fait faire l'économie du dilemme *fondement juridique de l'économie (marchande) versus fondement économique (marchand) du droit*, qui procède, en dernier ressort, d'une vision foncièrement individualiste de la société humaine.

(663) Cf. BOYER, R. - Rapport salarial et analyses en termes de régulation : une mise en rapport avec les théories de la segmentation du marché du travail. - *Economie appliquée*, 1980, n° 2, p. 491 et s.

(664) Cf. DRUGMAN, Bernard. - Le concept de rapport salarial : genèse, enjeux et perspectives. - *Cahiers de l'IREP-Développement*, 1983, n° 4, p. 20. V. par ailleurs sa très intéressante thèse : *Etat, capital et salariat*. Thèse, Grenoble, 1979.

(665) Cf. DRUGMAN, B. - Le concept de rapport salarial ... - *op. cit.*, pp. 26-27.

326. Il faut alors, toujours avec B. DRUGMAN, considérer le rapport salarial comme un concept au «carrefour» de différentes disciplines scientifiques ouvrant la voie à une

«*approche anthropologique de la société capitaliste à partir des différentes dimensions du travail salarié qui la structurent, (...) une anthropologie du travail salarié*» (666).

Bien que l'auteur ne la cite pas explicitement, la science du droit est, évidemment, directement impliquée.

Les rapprochements récents entre l'économie et la sociologie autour de l'étude du travail et de l'emploi (667) se laissent, à notre sens, interpréter comme l'embryon d'une telle anthropologie. A plus ou moins long terme, les difficultés de la théorie juridique à rendre compte, de son seul point de vue, de l'évolution du droit du travail et de l'emploi la conduisent inéluctablement à rejoindre le mouvement, sous peine de perdre son statut scientifique et de se réduire à une technique. De telles difficultés ne sont pas imaginaires, mais bien réelles, ainsi qu'en témoignent, entre autres exemples, la fragilité des interprétations jurisprudentielle et doctrinales du *droit d'obtenir un emploi*, (668), les ravages causés à la théorie du droit du travail par le mythe du marché, la notion de flexibilité, la sacralisation de l'entreprise, et, enfin, l'instrumentalisation du droit du travail par les politiques d'emploi publiques et privées.

327. L'idée d'une anthropologie du travail n'est, d'ailleurs, pas totalement étrangère aux juristes (669). Alain SUPIOT la fait sienne, estimant que seule une

(666)

(667) V. *supra*, Partie préliminaire, n° 57 et s.

(668) V. *supra* n° 230 et s.

(669) Les juristes du travail se mentent à eux-mêmes lorsqu'ils se félicitent d'avoir, à la fin des années 1980, opposé avec succès une résistance vigoureuse à l'offensive néo-libérale contre le Code du travail. Certes, ce dernier n'a pas disparu dans les flammes d'un autodafé (*cf.* colloque *Faut-il brûler le code du travail*, Droit social, 1986), certes encore, le droit du travail reste bien vivant (*cf.* le colloque *Le droit du travail, un droit vivant* organisé par l'INTEFP les 24 et 25 mars 1988 à Marcy-l'Etoile, Droit social, 1988). Mais, pour reprendre le titre d'un article de Jean-Jacques DUPEYROUX (*Cf.* Droit social, 1986, p. 823), *la déstabilisation du droit du travail* ne cesse, peu à peu, de s'aggraver. Il est, notamment, admis aujourd'hui que les droits octroyés aux salariés dans un contexte économique de forte croissance et de plein-emploi perdent leur légitimité en période de crise et de sous-emploi. On reste effaré de voir un ministre du travail, en 1993, ne pas craindre pour son poste en demandant au Parlement de voter un texte autorisant les employeurs à procéder à des diminutions du taux de salaire, et de constater que le retrait du projet nécessite un débat ! Comment ne pas penser que la résignation de la doctrine juridique participe du développement de l'état d'esprit général (la fameuse *morosité*...) qui autorise et banalise de tels retours en arrière ?

telle approche permet de traiter, de manière satisfaisante, le problème du partage du travail sans souscrire à la logique douteuse de la réduction du chômage par la réduction du temps de travail (670). Chez cet auteur, l'approche anthropologique du travail (salarié ou non) conduit à sommer le droit de constituer les travailleurs en sujets à part entière, et non en objets de droits.

C'est, au contraire, la critique d'un tel subjectivisme qu'adresse, selon B. DRUGMAN, le concept de rapport salarial à l'économie politique marxiste, et, au-delà, à l'économie politique classique. Il remet en cause

«la conception d'une société reposant sur la division du travail et ainsi sur des individus, sujets économiques indépendants et producteurs-propriétaires-échangistes de marchandises socialisés dans l'échange, bref la vision de la société capitaliste comme société marchande» (671).

Ici, l'approche anthropologique du travail (salarié) conduit à poser le rapport salarial, en lieu et place du rapport marchand, comme fondement de la société capitaliste ; dès lors, le travail salarié se substitue à la marchandise en tant que prémisses de la théorie ; ce qui revient à «redonner tout son sens au concept de capital en le produisant à travers celui de rapport salarial, de travail salarié» (672).

328. La représentation marchande, que récuse B. DRUGMAN, implique que c'est l'offre d'échange d'un bien qui constitue son possesseur en sujet. Seuls les individus producteurs-propriétaires-échangistes ont accès à cette qualité. Eriger le travailleur, dépourvu, par définition, de moyens de production, en sujet exige donc d'analyser sa force de travail en un bien, détachable de sa personne (laquelle est sa seule *possession*) et commercialisable. Dans ces conditions, le droit ne modifierait pas le rapport social fondamental capital-travail (le rapport salarial) en faisant du travailleur le sujet de droit auquel pense A. SUPIOT. Il est même certain que le sujet-travailleur resterait moins sujet que le sujet-capitaliste

(670) Cf. SUPIOT, A. - Le travail, liberté partagée. - *op. Cit.*

(671) Cf. DRUGMAN, B. - *op. cit.*, p. 34.

(672) *Ibid.*, p. 35. Cette analyse s'appuie sur une réfutation micro-analytique très convaincante (mais hors de notre propos) des théories assimilant la force de travail à une marchandise, ordinaire (théorie néoclassique) ou extraordinaire (théorie marxiste). On trouve le détail de cette réfutation dans la thèse de l'auteur : lecture particulièrement stimulante si rapprochée de la théorie juridique de la force de travail de T. REVET (*op. cit.*), lequel adhère à l'hypothèse de la force de travail-marchandise particulière (mais sans aucune référence, même implicite, à MARX). Par ailleurs, on peut se demander si la démarche théorique consistant à produire le concept de capital à travers celui de travail salarié, et non l'inverse, ne retrouve pas la conception classique (RICARDO) de la production empirique du capital par le travail.

tant que l'usage de la force de travail nécessiterait la soumission de la volonté du travailleur, c'est-à-dire tant que ce dernier ne recevrait pas l'intégralité du fruit de la mise en œuvre de sa force de travail. En d'autres termes, ériger véritablement le travailleur en sujet (économique et juridique) au même titre que le détenteur des moyens de production passe par l'abolition du rapport salarial, rapport de soumission du travail au capital. En économie comme en droit, il ne saurait y avoir de sujet qu'insoumis.

329. Ces considérations ne ruinent pas, cependant, le programme de subjectivisation du travailleur (salarie, notamment) qu'appelle A. SUPIOT. Un tel programme, à la seule condition de demeurer tendanciel, c'est-à-dire de ne jamais se réaliser totalement, ne paraît pas, théoriquement, incompatible avec la gestion juridique du rapport salarial. Il se peut, même, que l'émergence d'une nouvelle forme (post-fordiste) de ce dernier se caractérise par un fort accroissement de la subjectivité du travailleur. Ce nouveau rapport salarial se signifierait, principalement (673), par l'octroi de droits subjectifs nouveaux aux salariés. A l'inverse, la réduction ou la suppression de leurs droits (*dé-subjectivisation*) indiquerait le retour à un rapport salarial concurrentiel.

En ce sens, l'observation de l'évolution du droit du travail et de l'emploi (étatique et conventionnel) sous l'angle de la reconnaissance ou non d'un sujet en la personne du salarié livrerait de précieux renseignements quant aux mutations du rapport salarial. Aucun doute, cependant, quant à la nature parfois contradictoire des évolutions en question.

Par exemple, les droits d'expression (L 461-1 et s., C. trav.), de retrait d'une situation de travail dangereuse (L 231-8 et s., C. trav.), de ne plus travailler qu'à temps réduit en cas d'arrivée d'un enfant au foyer (L 122-28-1, C. trav.), de résilier le contrat de travail unilatéralement et sans préavis ni indemnité de rupture de ce fait pour élever son enfant (L 122-28, C. trav.), d'être réintégré dans son précédent emploi ou un emploi similaire à l'issue de divers congés (formation, création d'entreprise, convenances personnelles, etc.) ou de jouir d'une priorité de ré-embauchage, sur simple demande, après avoir été licencié pour motif économique (L 321-14, C. trav.), etc. : ces droits tendent manifestement vers la reconnaissance du sujet. En revanche, le droit d'obtenir un emploi (dans son interprétation dominante actuelle), le droit au congé individuel de formation (soumis à la capacité de financement des organismes paritaires

(673) Principalement, si l'on admet que le droit, à travers la loi et la convention, alimente en énergie les principes d'action du rapport salarial.

collectant les contributions des employeurs dont la loi détermine le montant), le droit à la conversion (réservé à certains salariés licenciés pour motif économique : L 322-3, C. trav. et Accord national interprofessionnel du 20 octobre 1986), le droit à la qualification (L 900-3, C. trav., largement illusoire car dépendant de l'offre privée de formation), etc. : autant de droits qui s'analysent en fait en vocations à bénéficier de prestations, sous certaines conditions, sous réserve de l'agrément - au moins de fait - de l'employeur, sous réserve des possibilités de financement, des aléas du marché des services, etc. Il est, pour le moins, permis de douter que de tels droits contribuent à faire, du travailleur, un sujet. Encore, n'évoquons-nous que des droits : il conviendrait d'analyser également les nombreuses contraintes et restrictions à l'exercice des libertés que contient encore le droit étatique du travail et de l'emploi, ainsi que les *assouplissements* qui s'y introduisent depuis une dizaine d'années.

330. Plus radicale que celle de R. BOYER, la définition que donne Bernard DRUGMAN du rapport salarial refuse de concevoir la force de travail comme une marchandise, même de type particulier ; le rapport salarial perd, en conséquence, la qualification de rapport d'échange : «il est un mode de socialisation des individus spécifique du capitalisme et irréductible à la socialisation marchande» (674), un rapport de domination ; le salaire n'est donc plus un prix, mais «l'expression monétaire d'un rapport social non marchand» (675), ou, métaphoriquement, le prix de la dépendance, de la subordination. S'ouvre ici une remise en cause de la possibilité même d'une théorie économique du salaire, et, partant, une critique radicale des fondements de la conceptualisation économique de l'emploi en terme d'ajustement par le prix du travail. Dans ces conditions, seules les règles, notamment juridiques, peuvent rendre compte de la détermination des salaires (676).

(674) Cf. DRUGMAN, B. - *op. cit.*, p. 41.

(675) *Ibid.*, p. 40.

(676) Cf. les travaux stimulants de REYNAUD, Bénédicte. - Règles et logique des relations salariales. - Economie et statistique, 1986, n° 92, p. 43 et s. ; La transformation des systèmes de rémunération ouvriers : une analyse sectorielle (1978-1986). - Couverture Orange. CEPREMAP, 1989, n° 8912. Les modes de rémunération et le rapport salarial. - Economie et prévision, 1990, n° 92-93, p. 1 et s. ; Quelles règles salariales pour les années 1990 ? - Document de travail, CEPREMAP, 1990 ; Les règles d'équité dans la formation des salaires : des études expérimentales aux formalisations économiques. - Couverture Orange, CEPREMAP, 1991, n° 9111 ; La règle de droit : outil d'analyse de la relation salariale. - Travail et Emploi, 1992, n° 53, p. 4 et s. ; Le salaire, la règle et le marché. - Paris : Christian BOURGOIS, 1992 ; avec NAJMAN, Vladimir : Les formules salariales actuelles : bricolage ou

380. Enfin, la réflexion de B. DRUGMAN aboutit (677) à redéfinir le statut de l'Etat (et donc du droit de source étatique, bien que l'auteur ne le précise pas). Le principe de soumission du travail au capital, à savoir le principe du salariat, ne peut être qu'étatique (678). L'Etat s'inscrit au cœur du processus de production-reproduction du rapport salarial, il lui est immanent (679). Les conséquences de cette hypothèse sont déterminantes, non seulement pour l'analyse économique, mais encore pour l'étude de la régulation juridique du rapport salarial et la conceptualisation juridique de l'emploi (680). Rompant de manière décisive avec le postulat de séparation de l'Etat et de l'économie, l'hypothèse permet de dépasser le dilemme libéralisme versus interventionnisme, et, dit autrement, le dilemme des fondements juridiques de l'économie et vice versa. Elle permet, encore, de dépasser la lancinante dichotomie *privé-public*, *droit privé (convention)-droit public (loi, règlement)* ou bien *droit individuel (contrat)-droit collectif (loi, convention collective)*, ou encore *jusnaturalisme (le droit naturel limite l'action publique et/ou privée)-juspositivisme (le droit posé met en œuvre les volontés publiques et/ou privées)* (681).

fordisme

transformation radicale du ~~fasisme~~ ? - Travail Emploi, 1992, n° 51, p. 86 et s. ; Les règles salariales au concret. - Paris : La Documentation française, 1992, Document Travail Emploi.

(677) Par des voies dont nous économisons ici l'analyse.

(678) Très grossièrement, et au risque de la déformer, l'analyse est la suivante : si le rapport de force au niveau de l'entreprise suffit à obtenir la soumission individuelle des salariés, encore faut-il que l'employeur trouve, à l'extérieur, des travailleurs contraints de vendre leur travail. Or, seul l'Etat dispose des moyens d'organiser cette forme collective de subordination.

(679) Cf. DRUGMAN, B. - *op. cit.*, p. 51.

(680) La suite du présent paragraphe s'appuie sur DRUGMAN, B. - *ibid.*, p. 52.

(681) Concernant le débat relatif à la dichotomie *jusnaturalisme-juspositivisme* et à propos du *droit social*, il faut relire François EWALD, lorsqu'il traite de l'évolution du rapport du droit à la morale à l'occasion du passage, à la fin du XIX^e siècle, du libéralisme au solidarisme (EWALD, F. - *Le mal du siècle*. - SALAIS, R., THEVENOT, L., eds. - *Le travail : marchés, règles, conventions*. - Paris : INSEE-Economica, 1986, p. 345 et s.). Depuis la célèbre loi de 1898 instituant la responsabilité sans faute de l'employeur en cas d'accident du travail, la morale se confondrait dans le droit : «**le droit tend à devenir une leçon de morale, tout ce qui est moral peut et doit être consacré au droit (...) là où il y a un devoir, donner des droits**» ; et l'auteur de citer une série de *droits à* : les droits, en somme, dits économiques et sociaux. Ces droits deviennent nécessaires lorsque l'on prend conscience que le fait d'être en société, et non plus seulement la nature ou la faute d'autrui, engendre des maux, dits alors sociaux : chacun doit jouir de droits sur la société, corrélatifs d'autant de devoirs. Ce sont des «**droits d'assujettis**». Dans le cadre d'une telle analyse, le droit (*social*) ne saurait plus instituer de sujets, au contraire du droit libéral (et *a-moral*) du XIX^e siècle. Si la thèse de la confusion de la morale dans le droit demeure discutable, celle des droits sociaux-droits d'assujettis est confirmée par l'observation du droit positif, à commencer par le droit du travail et de l'emploi. Au regard de cette analyse, les propositions d'A. SUPIOT (v. *supra*, n° 327 et s.) se lisent comme un appel au retour de l'ancienne conception libérale du droit et de la socialité. F. EWALD dénonce le risque majeur de la moralisation du droit en ces termes : «**le droit n'est plus ce qui devrait borner l'activité du gouvernement ; il devient un moyen de gouvernement**».

332. Cependant, l'immanence de l'Etat au cœur de la production du rapport salarial ne doit pas se comprendre comme une suppression pure et simple du dilemme posé par l'articulation de l'individuel et du collectif grâce à l'élimination du premier terme. A la question de savoir si «la relation salariale est(-elle) modelée par des conventions privées ou/et des législations publiques», R. BOYER (682) répond en optant pour une «*approche dualiste combinant tensions et complémentarités entre droit privé et public*» (683). La théorie du rapport salarial, comme ^{on} le voit, se heurte également au problème qui hante la théorie générale du droit depuis toujours : le problème de l'autonomie de la volonté ; toutefois, elle le traite d'une manière peu courante en doctrine juridique (où il semble qu'il faille prendre une position tranchée : pour ou contre l'autonomie de la volonté), en y voyant une unité contradictoire, moteur de régulation. Sans doute l'approche des juristes s'explique-t-elle par l'intention normative de leurs discours, tandis que celle du régulationnisme procède d'un souci primordial d'explication.

333. Enfin, la conception du statut de l'Etat dans la théorie du rapport salarial de B. DRUGMAN permet de comprendre

«la nécessité en même temps que l'immanence des (...) *politiques sociales* à la société capitaliste : la production comme la reproduction du rapport salarial supposent en effet la mise en œuvre permanente, quoique sous des formes différentes dans chaque période, d'institutions étatiques de garantie de cette reproduction» (684).

En d'autres termes, l'Etat ne peut s'abstenir, le voudrait-il, de concevoir et mettre en œuvre des politiques du travail et de l'emploi. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le Préambule de la Constitution de 1946, qui proclame le droit, pour chacun, d'obtenir un emploi et, lorsque cela s'avère impossible, de recevoir des

La théorie de la régulation ne dit pas autre chose (mais autrement) quand elle expose que loi, règlement et convention forment des principes d'action des formes institutionnelles du mode de régulation. Le passage du libéralisme au *socialisme* (du rapport salarial concurrentiel au rapport salarial monopoliste) abolit l'extériorité de l'Etat par rapport à l'économie (au capital). C'est avec l'avènement du droit *social* que s'ouvre une ère de régulation juridique du régime d'accumulation.

(682) Cf. BOYER, R. - La relation salariale entre théorie et histoire. - SALAIS, R., THEVENOT, L., eds. - Le travail : marchés, règles, conventions. - *op. cit.*, p. 299.

(683) *Ibid.*, p. 302.

(684) Cf. DRUGMAN, B. - *op. cit.*, p. 52.

moyens de subsistance (685). L'imprécision, dans le texte constitutionnel, du droit d'obtenir un emploi autorise les politiques d'emploi les plus diverses, ce qui garantit la reproduction du rapport salarial, quelle que soit sa forme (combinaison de ses composantes). A l'extrême, et du seul point de vue juridique, rien ne s'oppose à une interprétation du droit d'obtenir un emploi en terme de créances individuelles sur l'Etat, les entreprises (ou certaines d'entre elles), ou encore les travailleurs eux-mêmes. Il est impossible d'exclure, *a priori*, la survenance d'une mutation du rapport salarial se caractérisant par une résorption *administrée*, et non plus marchande, du chômage. On pourrait même soutenir que les politiques publiques récentes de l'emploi contiennent déjà le gène d'une telle mutation, l'Etat se sentant de plus en plus tenu de fournir effectivement des emplois (mais lesquels !...) à des catégories de plus en plus vastes de chômeurs (plan «900 000 chômeurs de longue durée» sous le ministère de Martine AUBRY, développement des actions d'insertion par l'ANPE, qui outrepassa sa seule mission légale de *placement*, intensification du recours aux *contrats emploi-solidarité*, recentrages périodiques des dispositifs d'insertion professionnelle sur des *publics prioritaires*, etc.). Le fait que des motivations politiques et électoralistes poussent l'Etat à *faire du chiffre* dans la lutte contre le chômage (entre autres motivations), loin de contredire cette hypothèse, lui apporte un argument de poids dès lors que l'on cesse de raisonner en terme d'extériorité du politique par rapport à l'économique.

B. Les rapports de travail et d'emploi : un concept complémentaire

334. Le concept de rapport salarial ne prend et ne fait véritablement sens qu'en tant soit qu'abstraction théorique, soit que catégorie macro-analytique. Telle combinaison de ses cinq composantes définit une forme singulière du rapport salarial caractérisant un mode de régulation. Si l'on admet que certaines crises (telle la crise actuelle) correspondent à des mutations de cette combinaison, on peut alors considérer qu'elles expriment un conflit entre une ancienne forme du rapport salarial, dite *dominante* par R. BOYER, et une nouvelle forme, dite *dominée*, qui tend à la supplanter.

(685) Le Préambule de 1946, en posant le droit d'obtenir un emploi, se borne ainsi, à entériner l'immanence de l'Etat aux rapports de production ; le Constituant de 1946 eût-il omis cette disposition, que l'Etat n'en eût pas moins été contraint de mener une politique de l'emploi.

Philippe MEHAUT et Marie-Claire VILLEVAL appellent ce conflit «processus de décomposition-recomposition du rapport salarial» (686). Ces auteurs pointent, alors, une difficulté théorique majeure : le concept de rapport salarial, ne se pensant qu'en cohérence dans sa fonction de régulation globale, ne permet pas d'étudier «les processus à l'œuvre dans l'émergence et la caractérisation d'une forme non encore dominante du rapport salarial» (687). R. BOYER, lui-même, écrit que si

«un rapport dominant est compatible avec une diversité des statuts de salariés selon les branches, les régions, les nations (...) il serait abusif d'admettre que les caractéristiques observées au niveau global sont la simple reproduction des situations locales homogènes même si à tout moment une forme d'organisation des rapports salariaux tend à dominer ...» (688).

Le passage de la définition abstraite du rapport salarial à ses formes d'existence concrètes ne va pas de soi ; en d'autres termes, si les modalités concrètes d'inscription des salariés dans le rapport capital-travail se laissent comprendre en étant rapportées à la définition du rapport salarial, l'inverse n'est pas vrai : on ne peut déduire de l'analyse macro-économique du rapport salarial ses modalités concrètes d'existence. C'est ce qu'expriment également Ph. MEHAUT et M.C. VILLEVAL lorsqu'ils écrivent qu'il y a, à la fois,

«nécessité de, et difficulté à penser l'unité des composantes du rapport salarial et la complexité de leurs relations internes aux divers niveaux macro-, méso- et micro-économiques (...) Or, les salariés sont inscrits à la fois dans un rapport social fondamental de soumission capital-travail, dans une forme dominante ou dominée du rapport salarial et dans un rapport à un capital singulier (dans une entreprise appartenant à une branche particulière)» (689).

Selon eux, penser le passage entre les formes concrètes du rapport salarial et ce rapport lui-même (démarche indispensable pour l'étude des caractéristiques de la crise) exige la construction d'un concept intermédiaire.

(686) Cf. MEHAUT, Philippe, VILLEVAL, Marie-Claire. - La crise du rapport salarial et les niveaux de sa recomposition. - Cahiers du GREE, 1989, n° 1, Université NANCY 2, p. 1 et s.

(687) *Ibid.*

(688) Cf. BOYER, R. - La transformation... - *op. cit.*, pp. 190 et 192.

(689) Cf. MEHAUT, Ph., VILLEVAL, M.C. - La crise du rapport salarial... - *op. cit.*

335. C'est à ce problème que nous nous sommes, nous-mêmes, heurté, et c'est la solution qui a été retenue, lors d'une précédente recherche sur «*la dynamique des rapports salariaux*» menée en étroite collaboration avec les économistes du GREE (690), dont le résultat principal fut la construction du concept de «*rapports de travail et d'emploi*». Nous reprenons, ici, cette réflexion pour mettre l'accent sur quelques perspectives de renouvellement de la conceptualisation juridique de l'emploi qu'ouvre cette approche. Après une présentation du concept de rapports de travail et d'emploi et le programme général de recherche qu'il déclenche (1.), nous illustrons ces perspectives avec l'exemple du rôle du contrat de travail dans la mise en forme desdits rapports (2.).

1. Structure et dynamique des rapports de travail et d'emploi

336. Afin d'étudier la manière dont interviennent les trois principes d'action qui institutionnalisent un rapport salarial dominant ou ses mutations, on suppose qu'ils opèrent à divers niveaux et dans divers espaces de la réalité socio-économique, où ils mettent en forme des *rapports salariaux intermédiaires* entre le rapport global et la relation de travail et d'emploi élémentaire. Ils se structurent d'une manière analogue à celle du rapport salarial global, c'est-à-dire que l'on y retrouve une combinaison des cinq composantes dégagées par R. BOYER. Toutefois, on ne présume pas une exacte reproduction de cette combinaison, mais, au contraire, une certaine variabilité selon les niveaux et lieux de réalité concernés ; on s'attend même à rencontrer des cas où l'une ou l'autre des composantes fera défaut. Quoi qu'il en soit, on suppose, encore, que leur combinaison joue un rôle régulateur, tendant à assurer leur cohérence interne et la cohérence du niveau de réalité où ils se constituent. Ils forment entre eux un vaste réseau serré, quadrillant l'essentiel du champ social. Bien que procédant tous du rapport social fondamental capital-travail, ils se différencient dans la mesure de l'éloignement de leurs niveaux et lieux de constitution par rapport à l'activité productive (école, ville, famille, ...).

Au sein de cette vaste catégorie, on distingue, notamment, celle des *rapports de travail et d'emploi*, directement liés à l'activité de production.

(690) Cf. ROSE, José, resp. scient., CLEMENT, Raphaël, ENCLOS, Philippe, GERARD, Dominique, MARRAUD, Catherine. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - GREE-URA CNRS 1167 et CERIT, Université NANCY 2, rapport pour la MIRE, novembre 1990, 3 Vol.

337. Au sens strict, ils se définissent exclusivement dans l'accomplissement de cette activité, sur le lieu et durant le temps du travail. Ils regroupent l'ensemble des éléments liés à l'usage de la force de travail (organisation du travail, qualification professionnelle, durée et rythme du travail, etc.) et à sa rémunération directe. En ce sens, ce sont des rapports de travail. Au sens large, ils incluent les conditions d'accès à l'activité productive, et articulent les éléments liés à la mobilisation de la force de travail (embauchage-débauchage, détermination du contrat, statut d'emploi, mobilité, carrière ...) ainsi que certains éléments de rémunération indirecte. Il s'agit des rapports d'emploi. On peut constater que cette approche synthétise les apports de l'économie du travail et de l'emploi, de la sociologie de l'emploi et intègre les catégories juridiques au sein d'une représentation dynamique (combinaison variable des composantes).

La recherche précédente excluait de cette définition les rapports construits à distance de l'activité de production, ce qui conduisait à ne pas y intégrer la socialisation de la reproduction de la force de travail : inactivité-chômage, éléments de rémunération indirecte du travail, modes de vie (production domestique, consommation, etc.) (691). Il nous semble, aujourd'hui, possible de les accoler à la définition initiale qui prend, alors, un sens très large. En effet, l'hypothèse d'un lien étroit et réciproque entre les rapports naissant de l'accès à et de l'exercice de l'activité de production, d'une part, et ceux qui se forment en situation de chômage ainsi qu'à travers les relations sociales hors emploi, d'autre part, est largement vérifiée par de nombreux travaux.

338. La définition présente l'avantage de réunir, mais sans nier leur spécificité, accès à l'activité productive et exercice de cette activité. Les trois disciplines concernées connaissent cette distinction : en économie, échange (marchand ou non) puis mise en œuvre de la force de travail, en sociologie accès à l'emploi puis situation de travail, en droit, conclusion puis exécution du contrat de travail. L'hypothèse d'une combinaison des différentes composantes du rapport de travail et d'emploi permet de saisir la relation entre ces deux phases. Dans le concept de rapports de travail et d'emploi, la conjonction de coordination revêt une importance majeure. A cet égard, certaines composantes jouent un rôle déterminant en assurant la conjonction entre travail et emploi : c'est, notamment, le cas du salaire, direct et indirect, ou de la qualification, qui se trouve au carrefour de la mobilité, de la rémunération et de l'organisation du travail.

(691) *Ibid.*, Vol. 1, p. 6.

339. Le choix du terme *rapport* ne résulte pas du hasard, ni de la simple attraction de son utilisation dans l'expression *rapport salarial*, mais du rejet du substantif *relation*, concurrent le plus menaçant. Dans les trois disciplines concernées, on remarque un usage indifférent, rarement justifié, de l'un ou de l'autre de ces mots : relation ou rapport salarial(e), de travail, d'emploi, professionnel(le), etc. Les distinguer soigneusement présente pourtant une importance théorique déterminante ; ainsi, «la théorie de la régulation explore, au titre du rapport salarial, une série de problèmes que l'hétérodoxie néoclassique analyse au titre de la relation salariale» (692).

La notion de relation est, généralement, associée à une approche individualiste, alors que nous cherchons à mettre en évidence une double dimension individuelle-collective. Elle insiste trop sur l'aspect de la stabilité (693), alors qu'il faut concevoir une articulation stabilité-instabilité. Surtout, elle rend fort mal compte du caractère contradictoire, voire conflictuel, de la situation visée, de sa combinaison variable de coopération et d'antagonisme.

Enfin, et c'est l'argument principal, la notion de relation ne s'interroge pas sur les raisons de la présence des acteurs (ou agents), qui apparaissent posés et pré-constitués comme des évidences naturelles ; ils sont *déjà-là*. Bien au contraire, le rapport ne les présuppose pas, mais les construit en permanence, de sorte que l'objet de recherche se centre sur la dynamique constitutive des acteurs dans leurs rapports : ils se définissent l'un par rapport à l'autre. Le lien qui les unit n'est plus un problème, il devient une explication.

340. On considère que les rapports de travail et d'emploi sont à la fois des rapports hommes-travail (organisation du travail, définition des postes et qualifications, constitution de collectifs de travail, etc.) et hommes-hommes (salarié(s)-employeur(s), salarié(s)-salarié(s), hiérarchie-coopération, salarié(s)-client(s), etc.), des rapports individuels (contrat de travail, affectivité, etc.) et collectifs (conventions collectives, conflits, représentation, etc.), des rapports complexes et contradictoires, et se construisant simultanément à différents niveaux de réalité (établissements, entreprise, groupe, branche, localité, région, groupes sociaux - âge, sexe, ethnie, nationalité, etc.).

(692) Cf. BOYER, - La théorie de la régulation... - *op. cit.*, p. 87.

(693) En droit, ainsi qu'en sociologie, on hésite souvent à parler de relation de travail en cas de contrat à durée déterminée ou de mission de travail temporaire. Selon F. GAUDU (*cf.* sa thèse) le droit à l'emploi est un droit à la poursuite du contrat, ou de la relation, de travail.

341. Ces rapports prennent des modalités variées. Ils se concrétisent en partie dans des règles, pratiques et rôles qui fixent le statut du travail et de l'emploi. On attache une grande importance aux formes prises par ces rapports et l'on s'interroge sur leurs principes d'action (règle, convention générale, code, accord tacite, valeurs communes), sur le degré, les divers domaines et les niveaux de leur mise en forme. Selon les cas elles sont, en effet, plus ou moins réglementées, formalisées, rigides, mises en forme, cohérentes, stables, individualisées, communes. De même les règles varient selon leur degré de stabilité, leur caractère plus ou moins commun ou particulier, impératif ou non, catégorisant ou non, leur degré d'homogénéisation (règles collectives ou individualisées) et aussi leur origine (étatique, conventionnelle, contractuelle, traditionnelle, jurisprudentielle). Elles ont des aspects juridiques, sociologiques, économiques et un champ d'application plus ou moins vaste : *codification* individuelle du contrat de travail, *codification* conventionnelle et collective des classifications, règles légales, normes d'entreprises. La classification des emplois dans les nomenclatures et dans les conventions collectives (qui est une forme très *normalisée*) est, à cet égard, un exemple significatif.

342. Cette mise en forme joue un rôle essentiel de catégorisation des emplois et de la main-d'œuvre. Hypothèse est faite que les rapports de travail et d'emploi se différencient et différencient les forces de travail. Même pour un seul niveau intermédiaire, il n'y a pas un rapport unique. Il faut donc étudier les éléments qui unifient, homogénéisent les rapports de travail et d'emploi et les catégorisations qui se constituent selon des critères d'emploi ou de personnes et pour des objectifs à définir (emplois stratégiques, catégorie sociale dominante...). Il y a donc à la fois segmentation et homogénéisation des rapports d'emploi, entre eux et par rapport à la logique d'ensemble du niveau intermédiaire concerné. On est ainsi amené à distinguer des emplois (en fonction des conditions de travail, du statut et du rôle qu'ils attribuent, de l'intégration dans le collectif de travail qu'ils assurent) plus ou moins stables (selon la façon dont se constitue et peut s'interrompre le rapport d'emploi, selon le degré de permanence et d'intensité), plus ou moins protégés et stratégiques pour le niveau étudié.

343. Enfin, les rapports de travail et d'emploi procèdent, au niveau macroanalytique, du mode de régulation qui assure la reproduction des rapports sociaux fondamentaux. On suppose que ce processus se concrétise par des

régulations intermédiaires aux différents niveaux et lieux de constitution des rapports de travail et d'emploi. Ces derniers, dans l'hypothèse d'une crise du mode de régulation, peuvent être nombreux et diversifiés, parfois contradictoires : les rapports sociaux ne se reproduisent pas, eux-mêmes, à l'identique. Les rapports de travail et d'emploi assurent, à leurs niveaux et lieux respectifs, la reproduction des institutions sociales du capitalisme, éventuellement en leur imprimant des transformations plus ou moins profondes (l'entreprise, la branche, le syndicat, etc. figurent au premier rang desdites institutions, mais aussi l'organisation politique et administrative des pouvoirs publics, le système juridictionnel, etc.) Le système, à tous niveaux, se reproduit fondamentalement en se modifiant structurellement. Les mécanismes de changement eux-mêmes, (à savoir, les trois principes d'action) subissent des transformations (par exemple : mutation du système de production de la loi, décentralisation des conventions, modification de la hiérarchie des valeurs). Il convient, ceci posé, de regarder les rapports de travail et d'emploi non seulement en synchronie, mais encore en diachronie ; ce sont, avant tout, des processus, aux rythmes variables, où s'animent aussi bien leurs composantes (dé-combinaison/re-combinaison) que leurs principes d'action (évolution du poids respectif de la loi, de la convention, du système axiologique), les niveaux de réalité concernés (prédominance de certains types d'entreprises, organisation des nouvelles professions, réorganisation de la géographie industrielle, etc.), les interactions entre acteurs et/ou groupes sociaux et leur identité.

344. Dans sa définition, la régulation est considérée comme une mise en cohérence dynamique : on peut parler de mode de régulation lorsque les variables constitutives d'un système s'articulent en un tout cohérent. Cette cohérence se construit à tous les niveaux et dans tous les espaces, cohérences sociétales, locales, ou intermédiaires.

Elle a divers aspects. Cohérence des composantes des rapports salariaux entre elles (construction d'une configuration singulière de ces composantes donnant sens à l'ensemble, rôle déterminant de l'une d'entre elles) et avec l'extérieur (rapport à la concurrence, aux règles existantes). Cohérence des acteurs et des niveaux (rapports entre la branche et les entreprises, acteur ayant un rôle moteur dans la structuration...). Cohérence qui s'établit à chaque niveau, dans chaque organisation, par intégration de l'environnement et structuration des forces internes. En ce sens, il s'agit bien d'une résolution temporaire ou d'un déplacement de contradictions, d'une tentative de réduire les risques

d'éclatement : selon R. BOYER les principes d'action des formes institutionnelles permettent «d'obtenir une codification implicite et une relative homogénéisation des comportements» (694) ; elle introduit une stabilité temporaire dans une organisation qui évolue en permanence. Enfin, il s'agit d'un construit plus ou moins élaboré, plus ou moins conscient, lié ou non à l'action délibérée des acteurs. Il faut lui prêter divers degrés, divers objets : elle peut être formelle (par exemple, toutes les modalités de gestion sont individualisées), finalisée (efficience productive, efficacité dans l'usage du travail), sociale (existence d'un certain consensus), logique (compatibilité entre tous les éléments), économique (assurant la viabilité des entreprises). Dans tous les cas, c'est une dynamique : la cohérence n'est jamais totalement, parfaitement réalisée.

Un des objets de la recherche est donc de spécifier, dans cette juxtaposition de divers modes de régulation les finalités des cohérences, le mouvement de mise en cohérence, les forces qui la favorisent ou l'entravent, le sens de ces forces. Mais, pour autant, il faut se garder d'interpréter toutes les observations au regard du seul critère de cohérence, de même que nous ne supposons pas que toutes les organisations font une recherche explicite de cohérence. C'est ainsi que l'on peut comprendre la façon dont une organisation de branche élabore des classifications, met en place des structures communes de formation ou d'aide à l'exportation, ou encore la manière dont une entreprise élabore une politique précise et formalisée de gestion des ressources humaines qui recherche de *nouvelles cohérences* (par exemple entre individualisation des salaires et travail collectif).

2. La régulation juridique des rapports de travail et d'emploi

345. Notre propos n'est pas de mener une étude *empirique* de la régulation juridique des rapports de travail et d'emploi, mais seulement de mettre en évidence l'intérêt que présente, pour le développement de la théorie juridique du travail et de l'emploi, la problématique dérivant de ce concept. Nous choisissons, à cette fin, d'ébaucher quelques pistes de réflexion pour deux des multiples perspectives d'investigation qui s'offrent : un approfondissement de l'analyse du rôle de la règle de droit (2.1), et plus particulièrement du rôle du contrat de travail (2.2), dans la dynamique des rapports en question.

(694) BOYER, R. - La théorie de la régulation... - *op. cit.*, p. 48.

2.1. La détermination juridique des niveaux de constitution des rapports de travail et d'emploi

346. Les règles de droit mettant en forme les rapports de travail et d'emploi dans les différents espaces de leur définition contribuent à leur cohérence et donc participent à la régulation. Certes, les règles sont un élément possible de régularité, mais elles ne constituent qu'un des principes d'action possibles parmi ceux qui assurent la régulation. Les *formes institutionnelles*, en tant que codifications des rapports sociaux, interviennent en effet, d'après les théoriciens de la régulation, selon trois principes d'action (la loi, la règle et le règlement définis au niveau collectif; la négociation et le compromis; la communauté d'un système de valeurs et de représentations). Il semblerait que plusieurs critères interfèrent dans cette définition: l'opposition entre aspects collectifs et individuels, le caractère plus ou moins juridique des codifications. Sont-ils les plus pertinents, n'y a-t-il pas risque de confusion (le compromis est le résultat de la négociation, les valeurs inspirent les règles, loi et règlement sont des notions proches)? Un travail de différenciation est donc à entreprendre.

Par ailleurs, les règles de droit ne s'identifient pas à la rigidité (695). C'est ce que précise F. STANKIEWICZ, à propos des marchés internes: «*Les règles permanentes ne sont pas forcément rigides et les règles rigides ne sont pas permanentes*» (696). Enfin la règle ne peut se dissocier du contexte et des acteurs. C'est ici que se pose le problème de la forme dominante prise par les règles. Dans l'analyse néoclassique le marché est l'unique forme de régulation au sens où il assure la compatibilité entre des rationalités définies indépendamment les unes des autres (les offreurs et les demandeurs de travail par exemple). Mais les travaux plus récents (notamment ceux des conventionnalistes et plus précisément ceux de O. FAVEREAU) ont insisté sur l'existence d'autres formes de coordination des activités en opposant marché et organisation. Si l'on en croit R. BOYER, ces deux aspects ne s'opposent pas forcément: «*formes d'organisation (privées et publiques) et concurrence via le marché se combinent plus qu'elles ne définissent des*

(695) Cf. le chapitre 3, intitulé *Les juristes, la jurisprudence et la flexibilité: essai de bilan et éléments de perspectives*, rédigé par Catherine MARRAUD, dans le rapport de recherche sur la dynamique des rapports salariaux, *op. cit.*, Vol. 2, p. 41 et s. Le texte montre que, pour la plupart des juristes du travail, le droit n'est pas rigide par nature, mais plutôt flexible, ainsi que Jean CARBONNIER l'avait établi.

(696) STANKIEWICZ, François. - Les stratégies d'entreprises face aux ressources humaines: le temps des révisions. - STANKIEWICZ, F., dir. - Les stratégies d'entreprises face aux ressources humaines: l'après-taylorisme. - Paris: Economica, 1988, p. 32.

principes antagonistes» (697). En tout cas, cette distinction est aujourd'hui très répandue. Ainsi plusieurs économistes évoquent à propos des nouvelles régulations en germe, *l'interaction entre régulations marchandes et non marchandes*, reprennent la distinction *régulation concurrentielle-régulation institutionnelle* à propos des stratégies des entreprises, et considèrent qu'*une confrontation entre deux modes de régulation paraît se dessiner*. Enfin il faut s'interroger, pour chaque rapport de travail et d'emploi, sur le contenu précis et la façon dont s'élaborent ces règles. A cet égard les travaux des conventionnalistes sont d'un usage limité car ils ne se demandent pas d'où viennent les règles, quels sont les rapports concrets qui les élaborent, quels sont les lieux et modalités de leur formation. C'est pourquoi il nous paraît fondamental de centrer la réflexion sur la façon dont se construisent et se transforment les règles, principalement les règles juridiques. Elles varient selon leur degré de stabilité, leur caractère plus ou moins commun ou particulier, impératif ou non, catégorisant ou non, leur degré d'homogénéisation (règles collectives ou individualisées) et aussi leur origine (étatique, conventionnelle, contractuelle, traditionnelle, jurisprudentielle).

347. L'institutionnalisation des rapports de travail et d'emploi se réalise sous l'empire des trois principes d'actions qui mettent, également, en forme institutionnelle le rapport salarial, et dont les deux premiers ressortissent principalement du droit. Le droit opère, donc, à la fois abstraitement, d'un côté, et concrètement, à tous les niveaux de réalisation des rapports sociaux (macro-, méso-, micro-), de l'autre côté. Cette seconde conclusion soulève une question difficile quant à l'objet de la règle de droit. Si l'on admet que toute règle de droit vise, exclusivement, des comportements individuels, il faut en déduire qu'elle n'opère qu'au niveau microscopique, ou, plus exactement, qu'elle n'opère que directement à ce niveau. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien il n'y a de rapports de travail et d'emploi que microscopiques, ou bien il s'en forme également de mésoscopiques sous l'action indirecte de la règle de droit.

348. La première hypothèse n'est pas contraire à l'idée de constitution des rapports de travail et d'emploi à divers niveaux et espaces de réalité (du micro- au macro-) : il suffit de considérer ces niveaux et espaces comme autant de lieux où s'élaborent les micro-rapports. Dans ce cas, la théorie du rapport salarial implique la coexistence de multiples rapports élémentaires de travail et

(697) BOYER, R. - La relation salariale entre théorie et histoire. - *op. cit.*, p. 307.

d'emploi, non seulement microscopiques (logiquement, elle n'est pas exclusive de la première hypothèse), mais encore méso- et macroscopiques. On conçoit sans peine la coexistence, au niveau macro, de rapports salariaux dominant et dominé(s) (698). En revanche, le niveau méso pose problème : le concept de rapport salarial ne permet pas de détecter *ex ante* les rapports de travail et d'emploi intermédiaires, ni les niveaux et espaces où ils se forment ; cette détection ne peut être que le fruit de recherches empiriques, menées à partir d'hypothèses de travail. Il semble acquis, aujourd'hui, que l'entreprise et la branche s'analysent en niveaux-espaces de définition desdits rapports. La recherche dont nous exploitons ici les résultats a contribué à le démontrer. (Sans doute, de tels travaux tendent-ils trop à présupposer l'existence de tels niveaux et espaces, et faudrait-il s'attacher à explorer les mécanismes par lesquels les rapports de travail et d'emploi intermédiaires parviennent, ou non, à institutionnaliser ces niveaux et espaces ; exploration qui permettrait de vérifier l'hypothèse de B. DRUGMAN qui fait dériver le concept de capital, et, donc, le type de régime d'accumulation de celui de rapport salarial, en la transposant aux niveaux intermédiaires).

349. A supposer, ensuite, que la règle de droit n'opère qu'indirectement aux niveaux intermédiaires, il resterait à expliquer le phénomène. S'agit-il d'une simple agrégation arithmétique de nombreux comportements individuels,, décentralisés, atomistiques mais identiques par leur exacte conformité aux prescriptions de la règle ? L'hypothèse se heurte, au moins, à deux objections insurmontables : d'une part, le rapport intermédiaire, que rien ne distinguerait plus du rapport élémentaire qu'une différence d'échelle, deviendrait inconcevable ; d'autre part, rares sont les règles de droit qui n'admettent qu'une seule interprétation et auxquelles on ne puisse se conformer que d'une seule manière précise. Bien au contraire,

«par essence, les règles de droit, lorsqu'elles sont envisagées du point de vue de leur application à une hypothèse particulière déterminée, apparaissent comme imparfaitement formulées. La règle ne fournit jamais, à précisément parler, la solution d'une espèce...» (699).

(698) Bien que la nature, l'intensité et les modalités de cette domination demandent à être explicitées.

(699) Cf. ATIAS, Christian. - Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? - *op. cit.*, pp. 215-216.

Cette «distance essentielle de la règle à la solution (...) (qui) accroît la liberté d'application de la loi» (700) interdit de déduire automatiquement de la loi l'existence de rapports de travail et d'emploi intermédiaires déterminés. Elle interdit même de déduire l'existence de rapports de travail et d'emploi élémentaires déterminés. Au plus (mais ce peut être d'une grande utilité pour l'élaboration d'hypothèses de recherche empirique), permet-elle de présumer l'existence de tels rapports, qu'il restera à vérifier *sur le terrain* en observant la manière dont les acteurs appliquent, ou non, les règles de droit, dont ils en usent. Ainsi, le programme de recherche de l'économie des rapports de travail et d'emploi inclut-il, nécessairement, une casuistique et une sociologie juridiques. Dit autrement, et compte tenu des clivages disciplinaires actuels, l'étude des rapports de travail et d'emploi appelle une méthode interdisciplinaire associant économistes, sociologues et juristes.

350. Enfin, il n'est pas certain que la règle de droit ne vise que des comportements individuels. Au contraire, elle concerne parfois des comportements collectifs, et s'adresse à des groupes, à des organisations ; le droit du travail et de l'emploi, le droit commercial et des sociétés, le droit de la protection sociale (pour ne citer que quelques branches du droit intervenant directement dans la constitution des rapports de travail et d'emploi) contiennent de nombreuses dispositions de ce type. L'exemple de la négociation collective et du paritarisme professionnel est, sans doute, le plus significatif. Des obligations légales de négociation collective ou de mise en place d'un comité au niveau de l'établissement, jusqu'à l'institution, par la loi, d'une Commission nationale de la négociation collective ou de comités de groupe, en passant par l'obligation légale de négociation au niveau de la branche ou la faculté de former des Commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles locales ou départementales, le

(700) *Ibid.*, pp. 218 et 223. De sorte que l'abstraction de la règle de droit interdit d'interpréter sa généralité comme vocation à homogénéiser les comportements de ses destinataires. Le fait qu'une règle juridique soit applicable à de multiples personnes n'implique pas une stricte identité de leurs comportements. Le juriste doit, sur ce point, attirer l'attention de l'économiste et du sociologue, trop souvent enclins à penser que le droit unifie en appliquant à tous les mêmes règles, et divise (catégorise) en appliquant diverses règles à diverses personnes. En réalité, l'application d'une même règle à tous se traduit, parfois, par une hétérogénéité des *statuts*, tandis que l'application de règles différentes à des catégories de personnes différentes constitue souvent (spécialement en droit du travail et de l'emploi) un excellent moyen de réduction des différences (inégalités) entre ces catégories (discriminations légales *positives* en matière d'égalité professionnelle entre sexes). La remarque concerne, au premier chef, la référence au droit dans les travaux en termes de segmentation et de construction sociale du *marché* du travail.

Code du travail regorge de règles institutionnalisant de nombreux niveaux et espaces sociaux de formation de rapports de travail et d'emploi intermédiaires. De ce point de vue, la règle de droit indique au chercheur en socio-économie des lieux où porter son observation desdits rapports. Mais il ne s'agit que de simples présomptions : la règle de droit, contiendrait-elle une prescription des plus coercitive (sanctionnée pénalement), ne saurait garantir la formation réelle de rapports sociaux au niveau appréhendé.

351. Le problème de l'effectivité du droit interdit de penser l'intervention des principes d'action juridiques en termes d'automaticité. Son analyse exige la mise en œuvre d'une démarche prenant en compte le rapport de la règle à l'action (701). Réciproquement, un travail d'évaluation du droit (702) peut permettre de comprendre pourquoi des rapports de travail et d'emploi naissent effectivement, ou n'apparaissent pas, aux niveaux visés par la loi, ou surgissent à des niveaux indifférents, voire prohibés. Dans tous les cas, si la compétence du juriste est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Celles du sociologue, des spécialistes de psychologie sociale, de science politique, des relations professionnelles, etc. doivent également, en tant que de besoin, être mobilisées.

2-2. Contrat de travail, rapport salarial, rapports de travail et d'emploi

2-2-1. Contrat de travail et rapport salarial

a) Généralités

352. Dans le cadre de la théorie du rapport salarial, telle que B. DRUGMAN la développe, ce dernier est un concept abstrait rendant compte du rapport social premier (et non pas seulement, comme chez R. BOYER, l'un des trois rapports sociaux fondamentaux au côté de la monnaie et de la concurrence) : domination du travail par le capital. Dans ce cadre, la question de

(701) Cf. JEAMMAUD, A. - Les règles juridiques et l'action. - *op. cit.*

(702) Cf. JEAMMAUD, Antoine, SERVERIN, Evelyne. - Evaluer le droit. - D, 1992, Chr., LII.

savoir si le rapport salarial existerait sans le contrat de travail (703), n'a aucune pertinence ; ce concept exprime la domination du travail par le capital dans toutes ses dimensions, juridique incluse, quelles qu'en soient les caractéristiques techniques. Un rapport social premier dont la dimension juridique exclurait une telle domination (individuelle et/ou collective) ne serait pas un rapport salarial.

353. En revanche, la question de savoir quel rôle joue le contrat de travail dans la genèse, l'évolution et, éventuellement, la disparition du rapport salarial, en tant que forme institutionnelle première de reproduction du régime d'accumulation présente un grand intérêt. Le fait de regarder le contrat de travail comme caractéristique majeure d'un rapport social nommé rapport salarial n'explique pas ce que la configuration du dernier doit au premier. La périodisation de R. BOYER permet de préciser que le *contrat de louage de services* caractérise un rapport salarial concurrentiel, et que le contrat de travail correspond à un rapport salarial monopoliste (dit encore, parfois, *administré*). *Forme* juridique, le contrat de travail (et, au-delà, l'ensemble du droit dont il procède et qu'il engendre) s'analyse comme l'un des modes d'existence d'un rapport social particulier, n'ayant lui-même aucune espèce d'existence hors ledit rapport ; en ce sens, le contrat de travail est le rapport salarial monopoliste, et réciproquement, à tel point qu'il serait, même, inexact d'écrire que le contrat de travail exprime et régit le rapport salarial monopoliste dans la mesure où cela pourrait évoquer une certaine extériorité. C'est le mode d'existence de ce rapport dans l'ordre normatif propre à toute société humaine, le juridique se définissant comme espèce particulière de normatif. Ainsi, étudier le contrat de travail, en tant que forme juridique dominante (canonique), c'est étudier le rapport salarial. Dès lors que le droit cesse d'être pensé comme relevant d'un autre plan de réalité que celui des rapports sociaux, d'une sorte de quatrième dimension spatio-temporelle, le prétendu problème de sa fonction sociale disparaît pour ne laisser place qu'à la seule interrogation qui vaille : pourquoi tel rapport social, plutôt que tel autre ? En l'occurrence : pourquoi la domination du travail par le capital (704) ? Le droit ne sert pas plus (ou moins) ce rapport social que ce dernier ne le sert : il est le rapport lui-même, l'un ne se peut concevoir que par l'autre.

(703) Ou, en d'autres termes, si le marché du travail préexiste au droit du travail subordonné (et inversement). Sur le problème des rapports entre droit et économie de marché, v. *supra*, Partie préliminaire, n° 65 et s.

(704) A savoir : d'où vient cette domination, a-t-elle une utilité pour la société humaine, et laquelle, quelle est sa légitimité, etc.

354. En ce sens, la question des sources du droit perd tout sens, au profit de celles de la spécificité des normes juridiques, de leur teneur (contenu, articulation) et de leur mode d'élaboration et d'action. Cette approche peut être dite réaliste, par opposition à la représentation formaliste du droit dont relève, notamment, la linguistique juridique (705).

La juridicité exprime la spécificité des règles de droit parmi l'ensemble des règles. Leur teneur est consubstantielle à la configuration du rapport salarial et à celles des rapports de travail et d'emploi. Leur mode d'élaboration et d'action commande leurs validité et effectivité. Ces trois éléments possèdent en commun la caractéristique de n'être pas prédéterminés de manière irréversible, mais, au contraire, celle de pouvoir se redéfinir et s'ajuster sans cesse. La juridicité des règles se discute en permanence (et l'on discute des critères de juridicité eux-mêmes (706)), leur sens et leur articulation fait l'objet d'un débat incessant, leurs modes d'élaboration et d'action varient constamment. Le droit ne saurait être regardé comme le *deus ex machina* du rapport salarial. Loi et convention symbolisent, plutôt, deux modalités sociales de définition interne et de combinaison entre elles des composantes du rapport salarial : publique-collective et privée-individuelle.

355. Dans cette perspective, l'analyse du rôle du contrat de travail dans la détermination et l'évolution des rapports de travail et d'emploi porte aussi bien sur la part de la modalité privée-individuelle que sur les caractéristiques et l'usage d'une technique juridique déterminée. Encore faut-il se garder de penser les deux modalités en question de manière dichotomique : il existe du public-individuel (décisions administratives individuelles) et du privé-collectif (conventions collectives de travail, conventions médicales) ; il semble, plutôt, que le principe d'action soit à rechercher dans leur articulation : la mise en forme institutionnelle du rapport salarial et des rapports de travail et d'emploi s'opère suivant un principe d'action déterminé par une certaine combinaison des trois modalités de constitution du lien social : élaboration de règles publiques-collectives, élaboration de règles privées-individuelles, élaboration de et adhésion à des systèmes de valeurs et représentations. Il faut préciser que la troisième modalité peut être alternative, cumulative ou transversale aux deux premières.

(705) La remarque n'entend pas remettre en cause la pertinence de l'approche du droit en terme de langage.

(706) En d'autres termes, la définition du droit demeure variable.

356. Cette manière de penser la régulation socio-économique, et, partant, de conceptualiser l'emploi, se trouve en congruence avec la problématique générale et fondamentale de la théorie du droit du travail. Le juriste du travail n'éprouve aucune difficulté à y inscrire les grands débats qui agitent sa discipline (concept d'ordre public social, hiérarchie des sources, modes de création des règles, source et limites du pouvoir du chef d'entreprise, exercice individuel de droits collectifs, flexibilité du droit du travail, essor ou déclin du contrat de travail, rapport droit du travail-droit civil, etc., etc.). La théorie socio-économique de la régulation donne tout son sens à la notion de régulation juridique : celle-ci implique moins de se lancer à la recherche des intentions du législateur ou des contractants supposées déterminantes et déterminées *ex ante*, que de détecter, *ex post*, le rôle assuré par tels modes de création, d'application et d'articulation de telles règles de droit dans telles configurations du rapport salarial et des rapports de travail et d'emploi. Il s'agit de cesser de concevoir le droit et/ou les fins que lui assigne l'Etat (et, dans une moindre mesure, les groupes socio-économiques) comme extérieurs-antérieurs aux rapports sociaux, et de leur attribuer une fonction de pilote de la régulation ; il s'agit, plutôt, de les considérer comme rouages internes d'un moteur autorégulateur se pilotant lui-même.

357. Par exemple, la catégorie juridique de contrat de travail ne préexiste pas, ni historiquement ni logiquement, au rapport réel caractérisé par un accord de volontés libres et égales en droit ayant pour objet et effet de soumettre l'une (celle du travailleur) à l'autre (celle du capitaliste). Certes, une fois explicitement admise en tant que telle, elle contribue à donner corps au rapport réel; mais elle se forme dans le mouvement même de l'apparition de ce dernier, dont elle constitue l'une des dimensions. On peut, bien sûr, tenter de montrer que la définition intellectuelle, abstraite du contrat de travail par le législateur à l'orée du XX^e siècle a été décisive pour l'instauration d'un certain type de capitalisme, en affirmant que si le critère de la subordination économique l'avait emporté sur celui de la subordination juridique, la face du monde en eût été changée. Mais, précisément, il ne l'a pas emporté, et c'est bien ce fait qu'il faut expliquer. Sauf à faire intervenir Dieu, un être suprême ou le hasard, donc à nier que les hommes fassent l'histoire, il faut bien en chercher les raisons dans l'état des rapports socio-économiques de l'époque : l'adoption de la subordination juridique comme critère du contrat de travail s'imposait comme la solution la plus adéquate au rapport de forces ; la manière de penser les relations sociales est, évidemment, tributaire et constitutive de leurs manifestations concrètes.

358. On objectera que la soumission du travail au capital aurait pu, et pourrait, s'exercer et s'institutionnaliser en produisant d'autres catégories juridiques que le contrat de travail, correspondant à un autre état des rapports sociaux. Comment ne pas mentionner, à ce titre, les divers *stages* apparus à partir du milieu des années 1970 : *stages pratiques en entreprise, stages de réinsertion en alternance, travaux d'utilité collective, stages d'initiation à la vie professionnelle*, etc. Le fait que leurs finalités officielles n'aient pas consisté en l'organisation d'un nouveau mode juridique de soumission du travail, et que leur succès ait pu sembler artificiel car dû à de multiples aides aux entreprises ne change rien à l'affaire; ces dispositifs ont fait la preuve que, dans une certaine mesure, le contrat de travail n'accompagne pas, ne caractérise pas nécessairement tout régime d'accumulation du capital (et, accessoirement, que tout régime d'accumulation du capital ne se développe pas nécessairement sous forme d'économie de marché), au sein même d'une société de type libéral-démocratique. L'objection s'appuierait, par ailleurs, sur le statut juridique du fonctionnaire pour montrer que le contrat de travail se heurte à la concurrence d'autres techniques de droit en matière d'organisation de la soumission du travail.

359. Sur ce second point, il serait aisé de répondre en faisant valoir que le fonctionnaire n'est pas subordonné à une entreprise à but lucratif, que l'Administration n'a pas pour finalité d'accumuler du capital ; en somme, que le statut de la fonction publique ne concurrence pas le contrat de travail sur son propre terrain, comme en témoigne le critère principal de la qualification d'agent public (participation directe à la mission de service public gérée par l'organisme employeur). Il serait, encore, possible de montrer que c'est le contrat de travail - de droit privé -, qui, au contraire, empiète sur le terrain du statut de la fonction publique, ou, à tout le moins, du contrat de travail de droit public. Mais, si cette argumentation vaut en ce qui concerne les rapports de travail et d'emploi, elle perd toute pertinence au niveau macro-analytique du rapport salarial. Ici, la caractéristique juridique ne peut, sauf à titre de symbole, être réduite au contrat de travail de droit privé ; elle doit englober, à ses côtés, le contrat de travail de droit public et le statut du fonctionnaire. Nous allons y revenir.

360. Quant au premier volet de l'objection, on s'aperçoit sans mal qu'il conduit plutôt à renforcer qu'à contester le point de vue visé. La théorie de la régulation n'exclut pas, en effet, l'éventuelle nécessité du remplacement du contrat de travail de droit privé par une nouvelle institution juridique

d'organisation et de reproduction du rapport social fondamental de domination du travail par le capital. Cette substitution signifierait une recomposition en profondeur du rapport salarial, sa forme traditionnelle battue en brèche par une forme nouvelle. Ainsi s'explique, d'ailleurs, le passage du couple rapport salarial concurrentiel - contrat de louage de services au couple rapport salarial monopoliste - contrat de travail à l'aube du XX^e siècle. Le phénomène de *stratification* des rapports individuels de travail et d'emploi, qui a connu une grande ampleur pendant une dizaine d'années (fin des années 1970 à fin des années 1980), s'analyse comme une phase aiguë du processus de décomposition-recomposition du rapport salarial dominant enclenché en 1975, et non comme une dérive socio-économique aberrante, un dysfonctionnement pathologique. Il ne paraît pas non plus possible de considérer que le retour à la logique du contrat de travail effectué par le législateur à partir de 1989 (transformation d'une partie des stages en contrats de travail) ferme définitivement la parenthèse d'une expérience malheureuse, sans la moindre séquelle. *Contrat emploi-solidarité, contrat d'orientation* et *contrat local d'orientation, contrat d'insertion professionnelle* (loi du 20 décembre 1993), avatars des TUC et SIVP, demeurent largement déroatoires au contrat de travail de droit commun, et de multiples stages subsistent, gérés par les Agences Locales de l'Emploi et financés par le Fonds National de l'Emploi.

Forme institutionnelle du processus de régulation socio-économique, le rapport salarial ne prend sens, selon R. BOYER, qu'au niveau macro-économique et théorique. Le contrat de travail, au contraire, se présente spontanément comme instrument empirique de régulation micro-sociale. Tout semble donc séparer ces deux objets. Toutefois, si l'on accepte de considérer le contrat de travail comme une institution sociale (de nature juridique), il devient possible de le penser en terme de régulation globale.

Il faut alors en premier lieu résoudre l'ambiguïté sémantique que le prédicat *salarial* risque d'entretenir. On se trouve alors en mesure de s'interroger sur le rôle du contrat de travail dans la configuration du rapport salarial.

b) Contrat de travail et rapport *salarial*

361. Traditionnellement, les juristes réservent l'adjectif *salarial* aux rapports individuels établis par la conclusion d'un contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail. C'est ainsi qu'ils désignent parfois ces rapports

par les expressions : *rapport salarial*, *relation salariale*. Le discours du droit définit en effet comme salaire les rémunérations perçues au seul titre d'un contrat de travail, et comme salariés les seuls titulaires d'un tel contrat (707).

Ces définitions excluent donc l'affectation du prédicat *salarial* à toute relation d'emploi non fondée sur un contrat de travail. Ceci concerne au premier chef la catégorie des fonctionnaires, et plus largement celle des agents publics, dont la situation relève du statut de la fonction publique et non du Code du travail.

Mais sous la plume de R. BOYER, l'adjectif *salarial* semble prendre une signification sensiblement différente, et, en tout cas beaucoup plus extensive qu'en droit. Il désigne de manière synthétique et générique, le mode fondamental (quantitativement et qualitativement) de mise en œuvre de la force de travail spécifique à tout société capitaliste : sa location (ou sa vente selon les écoles) par les détenteurs de capitaux. L'expression rapport salarial peut, ainsi, rendre compte indistinctement de l'emploi dans les conditions du droit du travail et du droit administratif. Il importe peu, dans cette perspective, que le détenteur de capital soit une personne de droit privé ou de droit public, que les capitaux soient privés ou publics. Le fonctionnaire se trouve, fondamentalement, vis-à-vis de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public qui l'emploie dans un rapport identique à celui qui lie le salarié à une entreprise privée. Les cinq composantes du rapport salarial décrites par R. BOYER, relatives à la mobilisation, à l'usage et à la reproduction de la force de travail s'appliquent d'ailleurs, ensemble, à l'emploi privé et l'emploi public.

362. Au niveau macro-économique où se situe R. BOYER, rien ne distingue donc ces deux variantes du mode capitaliste de mise en œuvre de la force de travail. Mais, précisément, ce niveau n'est-il pas si élevé qu'il perd une partie de son intérêt théorique ?

Plus précisément, les rapports d'emploi privé et public procèdent-ils du même principe dans toutes les sociétés capitalistes à toutes époques ? En d'autres termes, l'unicité du concept de rapport salarial est-elle toujours pertinente ? R. BOYER semble le postuler.

Ces interrogations renvoient à un débat récurrent chez les juristes relatif à l'hypothétique unicité fondamentale du droit du travail, dont le Code du travail et

(707) L'appellation *salarié* est d'ailleurs insatisfaisante dans la mesure où la rémunération ne constitue pas en droit un critère déterminant du contrat de travail, mais un simple indice. Il serait plus logique d'appeler ce travailleur un *subordonné* puisque la subordination apparaît comme le seul critère nécessaire et suffisant de ce contrat.

le Statut de la Fonction publique ne seraient que des variantes épiphénoménologiques, formelles. Sans entrer dans le détail de cette discussion, il faut signaler qu'au-delà des spécifications internes au droit entre travaillistes et publicistes, la majorité des auteurs reconnaissent pour le moins une étroite proximité, voire une certaine interpénétration entre le droit du travail (au sens strict) et celui de la fonction publique. J.C. JAVILLIER, notamment, affirme à propos des statuts de fonctionnaire : «(...) l'important est de ne jamais perdre de vue qu'il s'agit bien du droit du travail (...)», ce qui justifie une *étude comparée* du droit du travail (droit public et droit privé). Cet auteur considère d'ailleurs les fonctionnaires comme des salariés : «Tantôt, les salariés sont liés à un employeur par un contrat de travail, tantôt ils sont placés dans une situation statutaire parce que reliés à l'Etat ou aux collectivités publiques. Le fonds commun est toujours l'état de subordination (juridique notamment) à l'égard d'un employeur.» (708). Contrat de travail et statut sont de simples techniques juridiques de réalisation de cette subordination.

Ainsi le concept de rapport salarial construit par R. BOYER ne heurte-t-il pas, sur ce point, les représentations dominantes des juristes.

c) Le rôle du contrat de travail dans la configuration du rapport salarial

363. Toujours selon R. BOYER, le rapport salarial revêt une forme dominante spécifique lors de chaque période historique d'une société donnée, correspondant aux caractéristiques socio-économiques déterminantes de la période considérée (sachant par ailleurs que toutes les sociétés contemporaines n'évoluent pas nécessairement au même rythme).

Il est, évidemment, tentant de transposer cette hypothèse en droit du travail, et d'entreprendre une histoire de ce droit en référence à la chronologie des rapports salariaux dominants établie par R. BOYER. Les dimensions d'une telle entreprise en interdisent, ici, la réalisation. On peut, néanmoins, entrevoir l'une des pistes qu'elle pourrait suivre avec profit : celle du *déclin du contrat de travail*.

La théorie du déclin du contrat de travail trouve sa source dans l'hypothèse de l'abandon du dogme de *l'autonomie de la volonté*. Selon ce dernier, hérité de la doctrine libérale de la Révolution française, le contrat (en général) tire sa force

(708) JAVILLIER, J.C. - Traité de droit du travail, *op. cit.*, p. 80, voir également, entre autres nombreux travaux, Yves SAINT-JOURS, - La pénétration du droit du travail dans la fonction publique. - Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK, p. 231.

obligatoire du pouvoir souverain de la volonté des parties, indépendamment voire concurremment à celui du législateur. Cette théorie a fini par céder devant la critique suivante : la règle selon laquelle le contrat fait la loi des parties tire sa propre force de normes nécessairement supérieures (d'ordre législatif). Comme le souligne Jacques GHESTIN : «*A partir des observations de KEELSEN on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner (...) le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste*» (709).

364. La théorie du déclin du contrat, notamment du contrat de travail, s'appuie, par la suite, d'une part sur le processus de standardisation des contrats et l'essor de leur réglementation par d'autres sources de droit, d'autre part sur celui de l'incessante réduction du champ de liberté laissé aux contractants par la loi, la convention collective, voire même le pouvoir normateur attribué par la loi à certaines catégories d'entre eux (par exemple les employeurs, qui élaborent unilatéralement les règlements intérieurs). Bien sûr, si certains auteurs s'efforcent de démontrer la véracité de cette théorie pour mieux en déplorer les effets, d'autres, au contraire, tentent de restituer au contrat une place prééminente dans la régulation des rapports sociaux fondamentaux. Une troisième tendance s'oppose résolument aux deux premières, complémentaires, en prenant fait et cause pour la réglementation législative à l'égard de la partie la plus faible économiquement. Cette polémique est ancienne : elle remonte au début du siècle (710). Elle s'articule sur un phénomène, incontestablement réel, de balancier entre le contrat de travail, d'une part, la loi et la convention collective (voire la jurisprudence), d'autre part en matière de régulation juridique de ce que nous appelons ici le rapport salarial. L'étude historique de ce phénomène, en référence à l'analyse historique des formes de rapport salarial dominant menée par R. BOYER (concurrentielle, tayloriste, fordiste) permettrait sans doute d'apporter un éclairage nouveau sur l'évolution des principes d'action de celles-ci : l'administration, la négociation, etc., et sur le rôle de l'institution *contrat de travail*.

(709) GHESTIN, Jacques. - La notion de contrat. - 1990, Chr. XXVII.

(710) CAMERLYNCK G.H., Le contrat de travail, in *Traité de Droit du travail*, tome 1, Dalloz, 1980.

2-2-2. Le contrat de travail dans la dynamique des rapports de travail et d'emploi

La première question qui surgit concerne la place qu'il s'agit d'accorder au contrat de travail dans la définition même de la notion de rapports de travail et d'emploi (a). Dans un second temps, on s'interroge inévitablement sur le rôle qu'il joue concrètement dans leur construction, leurs transformations réelles (b).

a) Concept de contrat de travail et concept de rapports de travail et d'emploi

365. Certains juristes établissent une relation étroite, voire exclusive, entre contrat de travail et emploi, analysant celui-ci comme un droit ouvert par la conclusion de celui-là (par elle-même et en ce qu'elle déclenche l'application de la réglementation - législative et conventionnelle - du travail) (711). L'approche interdisciplinaire qui est la nôtre conduit à une représentation différente des aspects juridiques de l'emploi. Elle s'oppose, notamment, à toute réduction du rapport de travail et d'emploi au réseau de droits et obligations réciproques institué par le ou sur le fondement du contrat juridique individuel.

Si le contrat de travail de droit commun déclenche bien l'application aux rapports entre cocontractants de l'ensemble des règles légales-conventionnelles, certaines s'appliquent également contre leur volonté (à savoir que le contrat ne peut les écarter). Surtout, certaines régissent des relations entre employeurs et travailleurs en dehors de tout contrat de travail (stages d'initiation à la vie professionnelle), ou même en l'absence de tout contrat de travail (mission de travail temporaire dans l'entreprise utilisatrice). En d'autres termes, le contrat de travail ne constitue pas le support juridique nécessaire et suffisant de tous les rapports de travail et d'emploi (et ceci même si l'on qualifie de contrat de travail l'acte de recrutement d'un fonctionnaire). Il existe encore une catégorie de rapports de travail et d'emploi qui échappe non seulement au contrat de travail, mais à l'ensemble du droit du travail : l'emploi non déclaré, dit *travail au noir*, (tant qu'il n'est pas découvert par les autorités publiques). Enfin le législateur impose, parfois, la

(711) Cf. GAUDU, François. - L'emploi dans l'entreprise privée, essai de théorie juridique, - *op. cit.*

qualification juridique de contrat de travail à des rapports de travail et d'emploi en marge du rapport de soumission du travail au capital.

366. L'intégration du concept de contrat de travail dans celui de rapports de travail et d'emploi soulève une seconde interrogation, liée à la transposition dans celui-ci de l'analyse des composantes du rapport salarial (macro). S'agissant des rapports de travail et d'emploi pourvus - par la volonté des parties ou par disposition de la loi - d'un contrat de travail, ce dernier régit-il toutes leurs composantes et intervient-il dans leur articulation ? Il est possible d'apporter un premier élément de réponse à deux volets de cette question. D'une part et de toute évidence, le contrat de travail affecte les composantes relatives au rapport de travail, c'est-à-dire celles qui définissent le rapport immédiat du travailleur à l'activité productive de l'entreprise : organisation du travail, hiérarchie des qualifications, mobilité professionnelle, formation du revenu direct. Il régit en effet les conditions de mobilisation et d'usage de la force de travail. En revanche, il reste sans effet sur certaines composantes du rapport d'emploi qui ne concernent pas ces deux dimensions mais une partie de la troisième : la reproduction de la force de travail ; plus précisément, le contrat de travail ignore l'utilisation du revenu et la formation du revenu indirect. Non que ces composantes échappent à toutes règles juridiques, bien au contraire ; mais elles émanent d'autres sources (loi, accords collectifs). Bien sûr, ces remarques demanderaient à être affinées, et donc nuancées ; par exemple, il ne fait aucun doute que le contrat de travail continue parfois de régir la situation du travailleur après sa rupture (par exemple par le jeu d'une clause de non-concurrence). Ce point permet de supposer l'indépendance, dans la dimension temporelle, du rapport de travail et d'emploi par rapport à la relation contractuelle, puisqu'il survit à celle-ci (712).

367. D'autre part, la question posée ci-dessus évoque, irrésistiblement, dans le champ théorique du droit du travail, le problème de l'objet du contrat de travail. On admet généralement que cet objet consiste en la fourniture de prestations de travail à titre onéreux. On constate, à cet égard, avec un certain étonnement que le Code du travail ne fournit aucune définition explicite de l'objet

(712) Mais peut-on continuer de qualifier de rapport de travail et/ou d'emploi la relation consécutive au contrat de travail, sachant que le travailleur a cessé toute prestation de travail pour le compte de son ex-employeur ?

du contrat de travail. Tout au plus, lit-on, au détour d'un article, des formules lapidaires telles que «(...) l'emploi qui fait l'objet du contrat...» (art. L 121-1), «(le contrat de travail à durée déterminée) ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise» (art. L 121-1), etc. En revanche, l'objet des contrats de travail particuliers comportant une obligation de formation donne lieu à des définitions fort détaillées (contrat d'apprentissage : L 115-1 et L 117-1 ; contrats de formation en alternance : L 980-1, L 980-2, L 980-6).

Il faut en déduire qu'en principe, le contrat de travail de droit commun a vocation à régir l'ensemble des conditions individuelles de travail et d'emploi ; l'étendue de son champ d'intervention ne connaît que les limites qu'y apporteront les cocontractants eux-mêmes, c'est-à-dire celles de la notion d'emploi qu'ils auront retenue. En réalité, ce champ d'intervention n'est pas illimité : la jurisprudence se charge de le borner ; par exemple, elle déclare nulle la clause octroyant à l'employeur un pouvoir de direction de la vie privée du salarié (interdiction de se marier sous peine de licenciement). Pour parvenir à ce résultat, le juge recourt rarement à un concept d'objet du contrat, plus fréquemment aux libertés individuelles et/ou collectives, aux droits fondamentaux de l'homme, aux principes généraux de droit. Le Code du travail ne permet pas de repérer avec précision la frontière entre le rapport d'emploi et les autres rapports sociaux (713) ; seul s'y risque le juge. Et encore la frontière qu'il trace demeure-t-elle mouvante, incertaine : exemple typique de flexibilité du droit, qui a fortement contribué à l'extension du salariat, et, finalement, au développement de la crise du rapport salarial.

b) La dynamique contractuelle des rapports de travail et d'emploi

368. Les rapports de travail et d'emploi sont présentés ici comme des rapports au plein sens du terme, et non seulement comme des relations. Ce sont

(713) Cette affirmation serait nuancée par une analyse serrée du Code du travail : par exemple, l'article L 122-35 dispose que le règlement intérieur ne peut restreindre les droits de la personne et les libertés publiques que dans certains cas limitatifs. A fortiori en va-t-il de même pour le contrat de travail. Cf. LYON-CAEN, Gérard. - Le droit du travail non-salarié. - Paris : Sirey, 1990, p. 8 : la frontière entre le travail salarié et non-salarié est, elle-même, si vague, que «l'hypothèse, sinon d'un droit commun (droit de l'activité professionnelle), du moins de principes communs aux deux situations n'est pas à exclure» ; hypothèse qu'un autre illustre auteur formait déjà il y a plus de quarante ans : cf. DURAND, Paul. - Naissance d'un droit nouveau : Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle. - DS, 1952, p. 437 et s.

des rapports hommes-travail, et hommes-hommes. En ce sens, le contrat de travail apparaît comme la forme juridique de réglementation des rapports hommes-hommes dans leur dimension individuelle. La forme juridique relative à leur dimension collective réside, bien sûr, dans la loi et les conventions et accords collectifs.

Nous avons également postulé que les rapports de travail et d'emploi se diversifient, selon de nombreux paramètres : le secteur d'activité, la nature de l'entreprise, l'état du marché des produits, la qualité de la force de travail (sexe, âge, qualification, ...). Ils revêtent ainsi de nombreuses formes plus ou moins dissemblables, résultat de la convergence de plusieurs catégories de *règles* : techniques, économiques, sociologiques, juridiques, etc. Dans cette perspective, le contrat de travail s'analyse comme une règle, qui participe directement à la mise en forme des rapports de travail et d'emploi. Sa nature (durée indéterminée ou déterminée, temps plein ou partiel, etc.) contribue, dans une certaine mesure, à les spécifier.

Ce faisant, il détermine leur structure interne, leurs composants, par le jeu des conditions particulières qu'il comporte : en matière de durée, d'intensité, de qualité, de salaire, de lieu, de conditions techniques de travail, etc. Le contrat constitue de la sorte, ex post, un bon analyseur desdits rapports.

369. Au-delà, il contribue au phénomène de catégorisation de la main-d'œuvre. Les travaux économiques relatifs à la segmentation et la sociologie de l'emploi ont mis en évidence le lien entre la formation d'une main-d'œuvre précarisée et le contrat de travail à durée déterminée, ou entre celle d'une main-d'œuvre mal protégée et mal rémunérée et le contrat à temps partiel. Incontestablement, les contrats de formation en alternance participent à la création d'une catégorie nouvelle de *jeunes travailleurs en difficulté d'insertion professionnelle* (tout en favorisant l'insertion en question...) (714). Le contrat de travail, en se démultipliant lui-même, accroît le nombre de *populations* de travailleurs, aggravant ainsi leurs divisions.

Reste que l'on peut y voir une fonction de régulation des conditions de mobilisation et d'usage de la main-d'œuvre ; d'une certaine manière, cette catégorisation procède d'une finalité de reproduction du rapport salarial global. Mais, manifestement, celui-ci ne se reproduit pas à l'identique : une certaine transformation des rapports de travail et d'emploi semble nécessaire, qui exige la

(714) L'expression, aujourd'hui banalisée, de *publics*, voire *public-cible* (sic) traduit bien ce phénomène de catégorisation.

mobilisation de ce puissant instrument institutionnel que représente le contrat de travail.

370. Enfin, il faut prendre en considération la flexibilité intrinsèque du contrat de travail, dont chaque clause peut faire, à tout moment, l'objet d'une modification consensuelle, et même, pour certaines, unilatérale. A l'inverse, la loi va jusqu'à imposer aux cocontractants la poursuite du contrat en cours, aux mêmes conditions, en cas de modification juridique dans la personne de l'employeur (art. L 122-12, 2^e al., C. trav.); du point de vue de la loi, la dimension juridique du rapport de travail et d'emploi, telle que spécifiée par le contrat individuel, demeure inchangée malgré une modification structurelle du capital singulier auquel le salarié est attaché. Du point de vue de l'analyse économique, une telle modification suffit à transfigurer le rapport de travail et d'emploi. Cet exemple illustre bien la richesse des débats entre juristes et économistes ouverts par l'étude de la régulation juridique des rapports de travail et d'emploi.

Chapitre 2 :

CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE A LA DYNAMIQUE DU RAPPORT SALARIAL

INTRODUCTION

371. La démarche méthodologique consistant à mobiliser l'analyse de la jurisprudence au service d'une réflexion sur la conceptualisation juridique de l'emploi comporte, d'emblée, une équivocité quant au niveau où mener la démonstration : celui d'une réflexion théorique sur la notion de jurisprudence, ou celui de la pratique du commentaire d'arrêt.

La première branche de l'alternative considère la jurisprudence en tant que mode - spécifique - de production de normes juridiques ; elle conduit à s'interroger sur sa nature, ses mécanismes et son rôle institutionnel. La seconde s'intéresse aux normes qu'elle produit, dans leur teneur ; elle invite à mesurer leurs effets tantôt sur les rapports concrets de travail et d'emploi, tantôt sur leur représentation. Dans le premier cas, l'analyse exige de dépasser les catégories juridiques et de faire appel à une réflexion de type épistémologique. Dans le second, l'objectif implique la mise au point d'une méthode originale d'analyse de jurisprudence intégrant la notion de rapports de travail et d'emploi.

Chacune de ces deux voies paraît susceptible d'enrichir, simultanément, un aspect de la théorie des rapports salariaux et un élément de connaissance de la jurisprudence. Faute de pouvoir, dans le cadre limité de la présente recherche, suivre l'une ou l'autre, nous consacrerons ce chapitre à la première, tant un retour sur la théorie de la jurisprudence, au regard de la conceptualisation de l'emploi en terme de règle, apparaît comme un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'analyse de jurisprudence.

372. Il convient, avant d'entrer dans le vif du sujet, de rappeler quelques-uns des acquis de nos développements précédents.

En premier lieu, il faut garder à l'esprit les liens profonds qui unissent, depuis toujours, les théories économiques et juridiques en matière d'analyse du salariat. Ils se nouent, évidemment, dans le concept fondateur commun de contrat de travail. Bien que l'économie et le droit civil, puis le droit du travail s'en soient fait et s'en fassent des représentations (idéologiques et scientifiques) spécifiques, les deux sciences s'y rejoignent inéluctablement. Depuis la théorie classique qui s'appuie, notamment, sur une conception libérale pure de ce contrat, jusqu'à la toute récente *économie des conventions* relevant son *incomplétude*, en passant aussi bien par MARX ou, aujourd'hui, la *théorie des contrats implicites* et l'analyse des *formes particulières d'emploi*, les économistes sont souvent conduits à s'intéresser à ce contrat. La notion de rapport salarial n'échappe pas à ce destin, bien qu'elle ne se réduise pas à la dimension contractuelle et individuelle de l'emploi (ni même à l'emploi salarié).

En second lieu, le statut théorique conféré par ses promoteurs à la notion de rapport salarial ouvre d'intéressantes perspectives pour une collaboration des juristes du travail avec les socio-économistes. Le rapport salarial est l'une des formes institutionnelles de la régulation socio-économique d'ensemble dans notre type de société, aux côtés de la concurrence et de la monnaie. Bien que les auteurs de cette approche ne l'analysent pas vraiment, le rôle du droit (et, pour ce qui nous occupe, du droit du travail) y apparaît essentiel. La théorie de la régulation permet au juriste de se dégager du débat stérilisant consistant à décider s'il faut ranger le droit dans la superstructure ou dans l'infrastructure. En outre, elle fournit l'occasion de démontrer que le droit contribue à assurer le passage des rationalités individuelles et limitées à une cohérence tendancielle du système social.

373. Proposant une alternative à la théorie classique de l'équilibre, l'analyse en terme de rapport salarial remet en cause la vision marchande de la construction des rapports sociaux, des rapports d'emploi. Il s'agit bien de rapports, au plein sens du terme, entre travail et capital, rapports contradictoires et dynamiques de confrontation, de subordination, produits de conflits et réducteurs de tensions. Le droit du travail s'y retrouve immédiatement (715).

(715) De rares auteurs utilisent l'expression *rapport de travail*, notamment pour se démarquer des théories juridiques de la *relation de travail*. C'est le cas de JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A. - Droit et direction du personnel. - DS, 1982, p. 56 et s.

Les auteurs de la théorie de la régulation estiment, encore, que les trois formes institutionnelles : rapport salarial, concurrence et monnaie fonctionnent selon trois principes d'action :

«la loi la règle et le règlement définis au niveau collectif»,

«la négociation et le compromis »,

« la communauté d'un système de valeurs et de représentations » (716).

Comment ne pas voir dans cette proposition un appel aux juristes ? Pour notre part, nous sommes incapable d'y résister, d'autant plus que cet aspect demeure largement inexploité dans la théorie de la régulation. Le concept de règle devrait pouvoir rassembler économistes, sociologues et juristes.

374. Pour leur part, les juristes du travail se soucient, depuis toujours, du rapport entre le droit et les faits socio-économiques qu'il est censé régir. Leur réputation au sein de la communauté juridique n'est pas celle de positivistes orthodoxes. On s'y représente, fréquemment, le droit du travail comme une variété disciplinaire matérialiste, pragmatique, face à un droit civil essentiel et abstrait. De ce fait, les juristes du travail figurent parmi les plus polémistes, n'hésitant pas à professer des convictions politico-idéologiques souvent fort partisans, à engager leur science au service direct des acteurs sociaux (associations patronales et entreprises, syndicats de travailleurs) (717). Au-delà de leurs divergences, tous ressentent l'étroite imbrication des dimensions juridique, économique et sociologique des relations de travail et d'emploi. De nombreux auteurs expriment la nécessité pour le juriste du travail d'acquérir une certaine connaissance des mécanismes socio-économiques.

Toutefois, cette affinité ne conduit encore que rarement les juristes du travail à engager des recherches intégrant activement les travaux des économistes.

375. L'approche en terme de rapports de travail et d'emploi, auxquels on prête les mêmes cinq composantes qu'au rapport salarial global, conduit à distinguer, au plan lexical, jurisprudence du travail et jurisprudence de l'emploi. La première concerne l'ensemble des règles relatives aux litiges surgis à l'occasion de la participation directe du salarié à l'activité productive, c'est-à-dire de l'exécution de la prestation de travail (ou, en termes économiques, de l'usage

(716) Cf. BOYER, R. - La théorie de la régulation... - *op. cit.*

(717) LYON-CAEN G. - Idéologies et doctrines en droit du travail. - Annales de l'Institut d'Etudes du Travail et de la Sécurité Sociales, Lyon, 1971.

de la force de travail). Cela regroupe une partie de la jurisprudence rendue dans le cadre de l'article L 511-1, C. trav., certaines jurisprudences civiles (responsabilité civile de grévistes, différends entre certains stagiaires - licitement tenus de travailler - et leurs employeurs privés, contentieux des élections professionnelles, etc.), et une partie de la jurisprudence pénale (droit pénal du travail). + JP adm: RI, AAL ...

La jurisprudence de l'emploi, au sens strict, rassemble, d'une part, la jurisprudence du contrôle administratif des demandeurs d'emploi (ANPE), des obligations d'emploi (travailleurs handicapés et autres bénéficiaires), celles du travail clandestin et du marchandage de main-d'œuvre et, d'autre part, la jurisprudence émanant de différends relatifs à ce que les économistes appellent mobilisation de la force de travail, c'est-à-dire l'embauchage et les modes d'accès au *marché* du travail, le débauchage et les modes d'exclusion dudit *marché*. Qualification juridique du rapport de travail et d'emploi (contrat de travail ou non, à durée déterminée ou non, à temps partiel ou non, etc.), discriminations à l'embauche, respect des règles en matière de recrutement..., contentieux des dispositifs juridiques d'insertion professionnelle sans prestation de travail obligatoire (contrat d'orientation et contrat local d'orientation institués par une loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991, JO du 4 janvier 1992, etc.), contentieux de la reconversion, des diverses priorités de ré-embauchage, etc. Ainsi que la quasi-totalité du contentieux, judiciaire et administratif, de la rupture des rapports de travail et d'emploi pour des motifs étrangers à la personne du salarié, celui de l'élaboration et de la mise en œuvre des plans de reclassement.

Au sens très large, la jurisprudence de l'emploi inclurait, en outre, le contentieux, judiciaire et administratif, en matière de salaire indirect : allocations de chômage, de solidarité, de conversion, prestations sociales (indemnités de sécurité sociale, pensions de vieillesse, allocations familiales de logement, etc.) : en bref la jurisprudence habituellement dite *sociale*.

C'est en ce sens que nous utilisons, ci-après, l'expression *jurisprudence du travail et de l'emploi*.

376. Une première section reprend le débat, bien connu, sur la jurisprudence en tant que source de droit, en l'articulant avec la théorie du rapport salarial, ce qui permet de démontrer que la règle jurisprudentielle constitue le générateur des *principes d'action* de l'institutionnalisation de ce dernier. La seconde section s'attache à en déduire l'intérêt méthodologique de l'analyse de

jurisprudence pour l'étude des rapports de travail et d'emploi et de leur conceptualisation juridico-socio-économique : la règle jurisprudentielle se présente, à la fois, comme reflet, moteur et analyseur desdits rapports.

Section 1 :

THEORIE DU RAPPORT SALARIAL ET THEORIE DE LA JURISPRUDENCE

377. Nous cherchons à montrer en quoi l'approche en terme de rapport salarial intéresse la théorie de la jurisprudence, et inversement.

Il convient, tout d'abord, de mettre en évidence certaines des caractéristiques générales de la jurisprudence en tant que phénomène socio-juridique. Cette approche n'a rien d'inhabituel pour le juriste, qui se penche régulièrement sur la nature des sources de droit.

L'essor récent des banques informatiques de données juridiques, dont certaines se spécialisent dans l'enregistrement de la jurisprudence, modifie profondément son statut de source de droit, accroissant ainsi considérablement son intérêt pratique et théorique. Ce phénomène suffirait à lui seul à justifier une contribution nouvelle à la réflexion traditionnelle sur le rôle du juge. L'apparition dans le champ économique des théories de la régulation et du rapport salarial fournit une raison supplémentaire en mettant, directement quoique sommairement, en cause le rôle du droit (et de sa science) dans la reproduction des rapports sociaux fondamentaux. Mais l'incidence de ces travaux ne consiste pas seulement à relancer ceux des juristes. Elle affecte, également, leur sens et leur méthode, et, au-delà, les représentations scientifiques du champ disciplinaire et des objets qui s'y cultivent. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence en référence au concept de rapport salarial ne semble pas exorbitante des compétences ordinaires du juriste, notamment du *travailleuse*. En revanche, elle exige de sa part la composition d'une attitude originale, l'adoption d'un point de vue nouveau sur cet objet juridique (et sans doute, plus largement, sur le droit du travail dans son ensemble, mais notre propos n'est pas aussi ambitieux).

Il faut donc, dans ce cadre, commencer par dégager une notion de jurisprudence qui rende compte de la nature socio-juridique de ce phénomène (sous-section 1). Il sera possible, ensuite, de caractériser ses utilités générales quant à l'analyse *anthropologique*, pour reprendre le mot de B. DRUGMAN, (cf. supra) des rapports de travail et d'emploi (sous-section 2).

Sous-section 1 :

ELEMENTS DE DEFINITION SOCIO-JURIDIQUE DE LA JURISPRUDENCE

378. «*Jus est ars boni et aequi... iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (ULPIEN, Digeste, 1.1.1. et 1.1.1.0.)

Depuis la conception que se faisait le droit romain de la jurisprudence, la définition juridique de celle-ci a, naturellement, changé profondément. Fournir une définition de la jurisprudence constitue l'un des exercices théoriques favoris des juristes, une sorte de rite.

Le recours à la jurisprudence et à son analyse pour l'étude du concept et de la dynamique des rapports de travail et d'emploi suscite, d'emblée et nécessairement, un retour sur cette notion. La recherche du poids de cette source de droit particulière dans la construction sociale des rapports de travail et d'emploi suppose, en effet, une mise en question de ses définitions spécifiquement juridiques. Leur finalité réside, exclusivement, dans la connaissance du droit pour lui-même (et par lui-même). Mais si le propos consiste à approcher l'objet du droit à travers la jurisprudence, la démarche modifie sensiblement la conception de la jurisprudence. Celle-ci apparaît, alors, comme un fait social, un "facteur institutionnel" de la (trans)formation des rapports de travail et d'emploi. Les définitions juridiques - qui conservent tout leur intérêt intrinsèque - doivent, ainsi, être secondées par une réflexion de type épistémologique.

Cette démarche va nous conduire, à partir d'un rappel des acceptions juridiques (A), à préciser le statut social de la jurisprudence par l'étude de ses modes de formation (B). Ce travail d'enrichissement contribue à mettre en évidence, en identifiant les différentes phases du processus de formation de la jurisprudence et en désignant leurs acteurs, les modes de fonctionnement de ce facteur institutionnel des rapports de travail et d'emploi.

A. Les différentes acceptions juridiques du terme *jurisprudence*

379. Le Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. CORNU (718) ne donne pas moins de six définitions de la jurisprudence :

I. «Ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale, etc.), soit dans l'ensemble du Droit.» Et pourrait-on ajouter pour affiner, par certaine(s) juridiction(s).

II. «Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (not. dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut) ; répertoire des solutions jurisprudentielles ; œuvre des tribunaux.» Et, toujours pour affiner, ensemble de solutions dans une certaine période par certaine(s) juridiction(s).

III. «Personnification de l'action des tribunaux (par opposition à législation ou doctrine)».

IV. «Habitue de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (on parle de jurisprudence constante, fixée), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit.»

V. «Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens. Ex. : jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, jurisprudence des juridictions du fond.»

VI. «Pratique judiciaire : habitude de procéder ou d'opérer de telle ou telle manière (en dehors des questions de droit) dans les mesures d'instruction, les conciliations, les évaluations, etc.»

Ces définitions sont ainsi tantôt matérielles-quantitatives (I et III), tantôt fonctionnelles-qualitatives (IV et V), tantôt organiques (III et VI). Commentant la liste dressée dans cet ouvrage, Philippe JESTAZ la synthétise en indiquant que le terme désigne aujourd'hui «plusieurs objets particuliers auxquels la science du droit peut et doit s'intéresser, c'est-à-dire tantôt un matériau, tantôt un instrument et tantôt un acteur de cette science» (719). Nous reviendrons plus loin sur cette référence à la notion d'acteur, qui nous semble déterminante.

(718) Cf. CORNU, G. - *op. cit.*

(719) Cf. JESTAZ, Philippe. - La jurisprudence, ombre portée du contentieux. - 1989, Chr., XXIII.

380. De nombreux juristes se sont essayés à fournir une définition de la jurisprudence.

Christophe GRZEGORCZYK (720) a recensé les plus connues :

J. BONNECASE : «On désigne par jurisprudence, en opposant ce terme à la doctrine et à la pratique extrajudiciaire, l'état actuel du droit, tel qu'il est reflété par l'ensemble des solutions qui, dans une matière donnée se trouvent consacrées par les décisions des tribunaux» (Introduction à l'étude du droit, 1939, n° 113, p. 152) ; M. PLANIOL, selon qui elle forme une partie intégrante du droit et constitue «... par la forme même des choses un droit coutumier de formation récente dont les solutions doivent être enseignées comme *règles acquises*» (Traité élémentaire du droit civil, 1899) ; F. GENY la conçoit comme «... une chaîne ininterrompue de décisions semblables» (Méthode d'interprétation..., t. II, p. 2), mais, contre PLANIOL, la distingue formellement de la coutume ; A. COSTE-FLORET : «... des décisions judiciaires se dégagent à la longue un véritable corps des règles juridiques» (Les problèmes fondamentaux du droit, chap. IV, p. 104, cité par P. FORIERS dans Règles de droit, Etudes publiées par C. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 12). Les définitions contemporaines vont toujours dans le même sens. Ainsi A. TUNC : «Dans l'Europe continentale, aujourd'hui, jurisprudence s'applique aux règles juridiques que l'on peut dégager des décisions des tribunaux» (art. *Jurisprudence* dans Encyclopaedia Universalis, vol. 9, P. 580), P. FORIERS qui reprend textuellement la définition de BONNECASE, (cité par L. SILANCE dans Règle de droit, op. cit., p. 50) ; H. BATTIFOL dans son exposé introductif au Séminaire de Philosophie du droit de l'Université de Paris II, consacré au concept de *Jurisprudence* : «... les solutions du droit qui résultent d'un corps des décisions judiciaires».

Marianne SALUDEN rapporte la formule de Jean CARBONNIER dans son cours de sociologie juridique (1961-1962) : «La jurisprudence, c'est l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens» (721).

On rencontre, parfois, des acceptions plus spécifiques, dérivant d'un propos théorique particulier ; ainsi, Luigi LOMBARDI VALLAURI, se proposant d'étudier «le phénomène de l'investiture intellectuelle à dire le droit avec l'autorité- considération, l'autorité d'ascendant, qui découle de la connaissance» (722), définit la jurisprudence comme l'ensemble des «juristes, des experts en droit : (...) législateurs,

(720) Cf. GRZEGORCZYK, Christophe. - Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? - APD, 1985, Vol. 30, p. 39, note 7.

(721) Cf. SALUDEN, Marianne. - La jurisprudence, phénomène sociologique, *ibid.*, p. 191.

(722) Cf. LOMBARDI VALLAURI, Luigi. - Jurisprudence. - APD, 1990, Vol. 35, p. 191 et s.

administrateurs publics ou privés, juges, avocats, notaires, consultants, professeurs, écrivains, opérateurs qualifiés»(723).

Plus classiquement, Frédéric ZENATI admet que «le sens principal du mot jurisprudence est donc aujourd'hui : règle de droit d'origine juridictionnelle, précédent» (724) ; toutefois, il pense que «fondamentalement, la jurisprudence n'est pas règle, elle est la matière qui produit la règle», c'est-à-dire le jugement (725) , analysé par la doctrine : «la jurisprudence n'est autre que la doctrine des jugements» (726).

381. Les définitions que nous avons qualifiées de fonctionnelles-qualitatives l'emportent largement, et convergent presque unanimement. Presque toutes reconnaissent dans la jurisprudence une source spécifique de droit. Cette reconnaissance s'explique aujourd'hui, en sus des arguments théoriques, par l'extension du phénomène jurisprudentiel, qui fait un bond prodigieux depuis l'apparition des banques informatiques de données juridiques. Nous reviendrons plus bas sur les implications de ce phénomène en matière de régulation et de dynamique des rapports salariaux.

Quoiqu'il en soit, poser la question de l'existence de règles de droit d'origine juridictionnelle, c'est poser la question du critère de la juridicité. Ce n'est pas, ici, le lieu de rouvrir ce débat. En revanche, il importe tout particulièrement d'indiquer clairement notre position : nous sommes de ceux qui trouvent ce critère dans le jugement. Une norme peut, et doit, être qualifiée de juridique lorsqu'elle sert à juger. Cette définition, qui rompt avec la conception déontique de la règle de droit, regarde celle-ci comme un modèle, au double sens de référence et de mesure, pour les actions humaines. C'est la justiciabilité, c'est-à-dire la discutabilité par une juridiction - organe habilité à rendre la justice - qui confère la juridicité à une règle. Ce critère, incidemment, permet de distinguer nettement la juridicité de la positivité : une règle jurisprudentielle n'est pas *posée*, mais discutée, et les règles posées ne sont juridiques que dans la mesure où elles ont vocation à servir de références juridictionnelles. Aussi, il convient de ne pas confondre contrainte et obligatorité : peu de règles de droit sont assorties d'une

(723) *Ibid.*

(724) Cf. ZENATI, Frédéric. - La jurisprudence. - Paris : Dalloz, 1991. - coll. Méthodes du droit, p. 82.

(725) *Ibid.*, p. 84.

(726) *Ibid.*, p. 106, et tout le Titre III, p. 245 et s.

sanction coercitive, mais toutes sont obligatoires en ce sens qu'elles détiennent une sorte de monopole de modélisation (727).

382. La règle jurisprudentielle occupe, parmi les règles de droit, une position privilégiée, en ce qu'elle donne corps à celles-ci à travers l'interprétation que donne d'elles le juge, et qui leur fait franchir la distance les séparant, nécessairement, des solutions concrètes aux problèmes que soulève leur application (728). Dans cette perspective, la règle jurisprudentielle constitue l'archétype de la règle de droit, et la jurisprudence se présente, non seulement en tant que source éminente de droit, mais encore en tant que source exclusive de juridicité.

Il est temps, maintenant, de revenir brièvement sur la théorie de la régulation exposée par R. BOYER. On se souvient que la mise en forme institutionnelle du rapport salarial s'opère selon trois « principes d'action » : a) la loi, la règle et le règlement définis d'emblée au niveau collectif, b) la négociation, le compromis et la convention, c) et/ou des systèmes de valeurs et représentations. Si l'on admet que les deux premiers se caractérisent, essentiellement, par la formation de normes *justiciables*, donc juridiques, il faut conclure des observations qui précèdent que ces deux principes d'action obéissent, eux-mêmes, à un principe d'action originel : la jurisprudence. En somme, l'institutionnalisation du rapport salarial s'opère selon deux principes d'action : la jurisprudence, et les systèmes axiologiques.

Ces définitions souffrent, néanmoins, d'un défaut d'incomplétude, en faisant abstraction des modes de formation de la jurisprudence, dont l'analyse est de nature à éclairer son rôle et les modalités de son action d'institutionnalisation des rapports de travail et d'emploi.

(727) Nous nous situons, ainsi, dans un courant de pensée marqué par Paul AMSELEK (cf. Bibliographie), A. JEAMMAUD (cf. Bibliographie ; adde JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A. - Droit et direction du personnel. - DS, 1982, spé. p. 62), F. ZENATI (*op. cit.* - pp. 144-145), C. PERELMAN (cf. Bibliographie) ; adde A propos de la règle de droit. - PERELMAN, C. et autres. - La règle de droit. - Bruxelles : Bruylant, 1971), etc.

(728) Cf. ATIAS, C. - Quelle positivité ?... - *op. cit.* spé. p. 223.

B. Les modes de formation de la jurisprudence

383. Nous utiliserons, ici, le terme dans l'acception d'A. TUNC : règle(s) de droit que l'on peut dégager de décision(s) juridictionnelle(s).

Comment s'effectue le passage de décisions de justice individuelles et décentralisées à une norme générale et, dans la plupart des cas, abstraite ? En d'autres termes, quels sont les modes de formation de la jurisprudence (729) ?

Frédéric ZENATI invoque la notion de *précédent* pour expliquer le phénomène jurisprudentiel : une proposition n'est « mise en norme (...) qu'autant qu'elle sert de référence à d'autres jugements » (730) ; elle acquiert, ainsi, les qualités de généralité, d'abstraction et justiciabilité qui caractérisent la règle de droit. Ceci implique que la seule présentation linguistique d'une proposition en termes généraux et abstraits ne suffit pas à lui octroyer le statut de règle jurisprudentielle : encore faut-il qu'elle serve, effectivement, à un autre jugement au moins. En ce sens, l'*arrêt de principe* le plus explicitement et solennellement rédigé ne contient pas encore de règle jurisprudentielle. F. ZENATI semble bien se contredire lorsqu'il soutient, par ailleurs, que « la répétition n'est pas une condition d'existence du précédent » mais seulement « la condition de la prise de conscience » de son existence (731). Affirmer que la décision de justice énonçant, la première, une proposition nouvelle, *fait jurisprudence* à elle seule revient à reconnaître à la juridiction en cause un pouvoir identique à celui que la Constitution attribue au législateur : poser des règles ayant vocation à (i.e. devant obligatoirement) servir de référence de jugement, ce que prohibe le droit positif. Ce n'est que par abus de langage que l'on considère qu'un seul jugement, et de préférence, un seul arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation, contient une règle jurisprudentielle, bien qu'il y ait de fortes chances pour qu'il en soit ainsi ; il faut attendre, pour en décider, que la proposition soit reprise dans un autre jugement. Certes, il se peut que cette dernière développe, dans cette attente, certains effets normatifs, telle qu'une intégration dans les stratégies des acteurs ; il s'agit bien d'une règle, mais, pas encore, d'une règle de droit. Seule, l'utilisation de fait de cette règle à l'occasion d'un autre jugement lui confère la juridicité requise ; cela implique que les juridictions détiennent le pouvoir de décider de la vocation des règles d'origine juridictionnelle à servir de référence de jugement, puisqu'elles demeurent libres

(729) Sur la distinction décision-règle, cf. JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A. - *op. cit.*, spé. p. 57, note 8.

(730) Cf. ZENATI, F. - *op. cit.*, p. 159.

(731) *Ibid.*, p. 167.

de ne pas s'en servir, et, même, de les modifier ou de les supprimer (à la différence des règles d'origine législative).

Certains juristes mettent, à juste titre, en évidence le rôle particulier de la doctrine dans la formation des règles jurisprudentielles (1). Mais d'autres facteurs interviennent, parmi lesquels la publication des décisions de justice, auxquels des travaux de sociologie juridique ont été brillamment consacrés (2).

1. Le rôle de la doctrine

384. La plupart des travaux juridiques relatifs à la notion de jurisprudence insistent sur le rôle de la doctrine (732). C'est d'ailleurs, parfois, l'occasion de définir celle-ci. On situe ce rôle tantôt en amont, tantôt en aval du juge lui-même. Quelques auteurs réconcilient les deux thèses en suggérant une certaine circularité entre jurisprudence et doctrine, ou analysent cette dernière comme partie intégrante de la jurisprudence, distinguent *jurisprudence doctrinale* et *jurisprudence juridictionnelle* ou voient dans la décision de commenter un jugement la dernière phase du processus de formation de la jurisprudence, etc.

Certains auteurs estiment que le juge s'inspire des réflexions de la doctrine. Ainsi V. PETEV, définissant celle-ci comme «la dogmatique juridique, les doctrines méthodologiques et la théorie générale du droit», soutient-il que le juge lui emprunte souvent des solutions pour résoudre certaines difficultés. «La dogmatique juridique décharge de cette manière le juge dans le processus de justification de la solution trouvée» même si cette fonction demeure implicite, «et procure à celle-ci la qualité de rationalité systématique.» (733).

C. GRZEGORCZYK défend la thèse inverse en déclarant que la doctrine joue un rôle «dans l'élaboration et la sélection de ce qui est un *arrêt de principe* ou une *ligne jurisprudentielle constante* (...) du point de vue philosophique (...) c'est au niveau de la doctrine que se situe le principe jurisprudentiel, c'est donc elle la vraie jurisprudence.» Mais sa définition de la doctrine s'écarte de l'acception habituelle : il ne s'agit pas (du travail) des juristes universitaires mais de la méthode qui permet de déterminer ce que signifie un bon jugement, une décision justifiée, un raisonnement correct, peu important qui pratique cette méthode (734).

(732) Nous développons, ici, les thèses ébauchées dans la Partie préliminaire, n° 72.

(733) Cf. PETEV, Valentin. - Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence. - APD, 1985, Vol. 30, p. 185.

(734) Cf. GRZEGORCZYK, C. - *op. cit.*, p. 52.

D'autres auteurs réconcilient les deux analyses précédentes en suggérant une certaine réciprocité d'incidence entre doctrine et jurisprudence, une certaine circularité. Gérard COUTURIER écrit, d'une part, que le juge *consacre* plus souvent qu'il le croit lui-même des analyses doctrinales antérieures, du fait du cheminement des idées plutôt que de l'autorité des auteurs ; d'autre part, il explique que la doctrine exerce deux fonctions vis-à-vis des règles de droit : l'une de connaissance (à savoir découverte et diffusion), l'autre de réception (i.e. de reconnaissance, de validation), les deux concernant particulièrement les règles jurisprudentielles. Ainsi, découvrir, recevoir et faire connaître les solutions, «c'est agir directement sur le processus de l'évolution jurisprudentielle du droit», les avis de la doctrine étant ensuite intégrés dans la jurisprudence ultérieure (735).

385. Jean-Louis VULLIERME exprime une opinion plus radicale encore. Qualifiant d'abord la doctrine de «*jurisprudence académique*», il considère qu'elle est encadrée entre la législation et la «*jurisprudence juridictionnelle*» ; cette dernière expression ne constitue pas, sous sa plume, un pléonasme, car il désigne ensuite la doctrine par la formule «*jurisprudence doctrinale*», retrouvant ainsi la définition que donnait ULPIEN de la jurisprudence. Le droit romain ne réservait pas cette vertu aux seuls prêcheurs, mais à tous les jurisconsultes. Ce détour lui permet d'établir une «circularité qui prend pour centre les deux modalités de la jurisprudence». «La jurisprudence doctrinale», indique-t-il, «se fait réflexion sur la jurisprudence judiciaire qui en est déjà partiellement la résultante». (736).

Les thèses de Philippe JESTAZ font écho à celles de J.L. VULLIERME. Il voit dans la jurisprudence un «droit d'origine jurisprudentielle», une dogmatique constituée de «l'œuvre des tribunaux telle que vue, commentée et transfigurée» par la doctrine ; rejoignant d'une certaine manière C. GRZEGORCZYK, il compose celle-ci non seulement «de ceux qui écrivent sur le droit, mais aussi la corporation de tous ceux, magistrats, avocats, notaires, etc. qui réfléchissent sur le droit». Il en déduit que «sans doctrine, il y aurait une autre jurisprudence, une jurisprudence du bouche à oreille à partir des décisions nues», qui ne serait d'ailleurs pas non plus à l'abri de déformations. P. JESTAZ voit dans la décision de commenter, et de commenter tel jugement plutôt que tel autre, la dernière phase du processus de fabrication de la jurisprudence (737).

(735) Cf. COUTURIER, G. - (Pour) la doctrine. - *op. cit. supra* Partie préliminaire, n° 72.

(736) Cf. VULLIERME, Jean-Louis. - L'autorité politique de la jurisprudence. - APD, 1985, Vol. 30, p. 99.

(737) Cf. JESTAZ, Ph. - *op. cit.*

F. ZENATI fournit une bonne synthèse de ces différentes positions, en soulignant, d'une part, «l'unité organique de la doctrine et de la jurisprudence» (738), celle-là inspirant et servant celle-ci (739), et, d'autre part, l'autonomie de la doctrine

«autorité ou source de droit distincte (...) dont l'activité ne se réduit pas à l'exploitation des précédents (... mais s'étend à) la connaissance de la pratique non contentieuse et surtout la connaissance et l'interprétation de la loi» (740).

Toutefois, la définition de la juridicité que nous adoptons conduit à refuser la qualité de source autonome de droit à la doctrine tant que les règles qu'elle énonce ne servent pas de référence de jugement ; certes, nous lui reconnaissons un pouvoir normatif (741) ; mais il faut lui appliquer le même raisonnement qu'aux juridictions : ses règles ne deviennent juridiques que si elles motivent des jugements.

2. Les apports de la méthode sociologique

386. La démarche sociologique appréhende naturellement la jurisprudence comme un phénomène social. Trois approches sont mises en œuvre, qui apportent chacune un éclairage différent.

L'une se définit comme sociologie judiciaire, et, détachant le judiciaire du jurisprudentiel, propose une analyse quantitative de la production juridictionnelle des tribunaux et cours (742). On travaille alors sur les décisions de justice et non sur les règles, ainsi que sur l'appareil juridictionnel et ses pratiques pour en décrire le fonctionnement. La statistique constitue la méthode privilégiée, exigeant une exhaustivité du matériau juridictionnel. Ces travaux permettent par exemple d'analyser l'encombrement des rôles, de détecter les défauts de fonctionnement interne des tribunaux, de calculer la criminalité connue, d'apprécier le rendement des formations de jugement, les comportements et les

(738) Cf. ZENATI, F. - *op. cit.*, p. 247.

(739) *Ibid.*, p. 253.

(740) *Ibid.*, p. 262.

(741) Cf. en ce sens, ATIAS, C. - *Quelle positivité ?... - op. cit.*, p. 221.

(742) Voir par exemple, BORIES, S. - *A la rencontre du droit vécu : L'étude des masses jurisprudentielles, une dimension nouvelle des phénomènes socio-juridiques*, JCP, 1985, I, 3213.

présentent ainsi un intérêt considérable pour la connaissance et l'amélioration du service public de la justice.

Une autre démarche, de type fonctionnaliste, s'attache à expliquer les mécanismes de résolution des conflits sociaux, parmi lesquels la jurisprudence côtoie le contentieux non juridictionnel (arbitrage, transaction et règlements amiables, etc.). L'entreprise est parfois menée par des juristes, tantôt sous un angle de sociologie théorique (743), tantôt dans une perspective politique (au sens étymologique) (744).

Les sociologues s'y livrent également. Marianne SALUDEN, pour ne citer qu'elle, analyse la jurisprudence, d'une part, au sein du système juridique, comme un mécanisme qui «par la reproduction des pratiques de juger et leur sélection par la voie hiérarchique, assure la formation de règles juridiques». D'autre part, elle la situe au sein de la société et la qualifie alors de «processus de régulation des conduites sociales... facteur de cohésion du groupe par le jeu d'institutions, (...) un procédé de formulation de normes juridiques... et d'acceptation de la décision par les litigeants» (745). M. SALUDEN définit ainsi la jurisprudence comme mode public de règlement des litiges dont elle interroge la finalité, la procédure et l'efficacité.

387. La démarche adoptée par Evelyne SERVERIN (746) s'écarte radicalement des travaux précédents. Elle renouvelle le sujet en envisageant la jurisprudence non plus de l'intérieur, comme les juristes en ont l'habitude ainsi que certains sociologues, mais de l'extérieur. Selon ses propres termes, il s'agit d'analyser la jurisprudence en tant que «pratique juridique», d'étudier les mécanismes du «système jurisprudentiel» (747). En ce sens, les théories de la jurisprudence deviennent elles-mêmes l'un de ces mécanismes. L'auteur s'attache ainsi à examiner divers moyens, conceptuels, juridiques et matériels de production de la jurisprudence, ce qui fait que le système *fonctionne*. Ces principaux moyens résident dans : les théories de la jurisprudence, son

(743) Cf. OST, François. - Quelle jurisprudence, pour quelle société ? - APD, 1985, Vol. 30, p. 9 et s.

(744) Cf., d'une certaine manière, SUPIOT, Alain. - Le juge et le droit du travail. - Thèse, Bordeaux I, 1979, mais surtout CAM, Pierre. - Les prud'hommes : juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail. - Paris, PFNSP, 1981.

(745) SALUDEN, Marianne. - La jurisprudence, phénomène sociologique. - *op. cit.* ; Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique. - Thèse Paris II, 1983.

(746) SERVERIN, Evelyne. - De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique. - Lyon : PUL, 1985.

(747) A propos de l'approche systémique en théorie générale du droit, v. *supra* Partie préliminaire, n° 77 et s.

enseignement, le droit processuel et le double rôle (disciplinaire-jurisprudentiel) de la Cour de cassation, la sélection et la diffusion par la presse (écrite), les banques de données juridiques et le droit de la publicité des décisions de justice. Ils font l'objet d'investigations à la fois diachroniques et synchroniques de la part de l'auteur. L'effort, qui porte particulièrement sur la sélection et la diffusion des décisions de justice, traduit la conception latente de l'auteur : la jurisprudence, c'est l'ensemble des jugements et arrêts publiés (au sens de *rendre public*, incluant les saisies informatisées), en même temps que l'appareil (multiforme) de cette publication. Ce dernier assure ainsi le passage du *contentieux* défini comme l'ensemble des jugements et arrêts, à la *jurisprudence*, c'est-à-dire à l'infime pourcentage du contentieux offert à la connaissance de tous et échappant ainsi à la poussière des archives des tribunaux.

C'est, précisément, un des éléments que l'approche *interne* ne permet pas de saisir : F. ZENATI, par exemple, écrit que «la publication n'est pas, comme on le dit parfois de manière radicale, la condition d'existence de la jurisprudence, elle est – ce qui est beaucoup, il est vrai – la condition de son rayonnement hors du prétoire qui l'a vu naître» (748).

388. A la différence des réflexions des juristes présentées ci-dessus, ces recherches n'accordent, cependant, qu'un rôle mineur au travail doctrinal sur la jurisprudence, à l'analyse juridique de la jurisprudence. E. SERVERIN aborde cette question à deux endroits de son ouvrage. D'une part, dans l'analyse historique de l'apparition du phénomène de la jurisprudence, elle montre en quoi l'annotation des arrêts et les techniques du commentaire ont contribué, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, à la formation d'un système jurisprudentiel. Cette analyse propose de comprendre le commentaire de jurisprudence comme une «*procédure d'observation des conflits d'intérêts privés*», les décisions de justice comme le lieu de cette observation. La démonstration s'arrête avant le ~~XIX~~^{XX}^e siècle, nous privant ainsi d'une étude du rôle de l'analyse d'arrêt dans la période moderne. D'autre part, on retrouve le sujet, très rapidement évoqué en un court paragraphe à la fin d'un chapitre synchronique relatif aux «*procédés techniques de sélection des décisions*». Le commentaire d'arrêt s'y trouve réduit à une simple technique «*d'extraction des règles de la gangue des arrêts*», d'ailleurs «*très largement dominée par la technique du sommaire qui réduit les décisions à un ensemble de propositions juridiques*».

(748) Cf. ZENATI, F. - *op. cit.*, p. 169.

S'il est vrai que les jugements présentés sous forme de sommaire sont infiniment plus nombreux que ceux ayant l'honneur d'un véritable commentaire (note d'arrêt, chronique de jurisprudence, etc.), il n'en reste pas moins que le rôle du commentaire dans la formation de la jurisprudence revêt aujourd'hui une importance bien plus considérable que l'analyse de E. SERVERIN ne le laisse croire. Le seul fait que de nombreux juristes se penchant sur la définition de la jurisprudence y incluent le rôle de la doctrine conduit au moins à ne pas l'évacuer du système de la jurisprudence.

389. Nous adhérons pleinement, sur ce point, à l'opinion développée par Philippe JESTAZ (749). Il commence par poser trois conditions générales à l'apparition d'une jurisprudence (au sens de solution à caractère normatif) : l'existence d'un «*sommet hiérarchique de décision*» au sein de l'appareil juridictionnel, de supports de publication et d'une corporation de juristes dogmaticiens. Il synthétise ensuite le processus de formation de la règle jurisprudentielle en cinq phases successives correspondant à autant de décisions : plaider, se pourvoir en cassation, faire jurisprudence, publier et enfin commenter (et commenter dans un certains sens). Une décision de justice non commentée n'a aucune chance de *faire jurisprudence* ; tout au plus peut-elle être inscrite dans le processus de formation d'une jurisprudence si elle reproduit la solution dégagée avant elle par un autre jugement. Encore faut-il d'ailleurs qu'un observateur intervienne pour mettre en évidence le processus en question. La publication ne peut suffire à transformer une décision de justice en jurisprudence. Affirmer le contraire équivaudrait à soutenir que les milliers de jugements et arrêts dits *d'espèce*, précisément parce qu'ils ne sont pas considérés comme contenant des règles à caractère normatif, deviennent jurisprudence par leur simple insertion dans une revue ou une banque de données.

Aova
réserve
de mobili
sation
par les
justiciars
(infra
no 392
p. 322)

Une annotation, un commentaire ou leur utilisation à titre d'illustration dans un article sont encore nécessaires. La fonction de réception des règles évoquée par G. COUTURIER, même si elle s'exerce de manière irrationnelle et doit être reconnue à tout juriste réfléchissant (et écrivant) sur les décisions de justice (voire même à des non-juristes : syndicats de salariés, associations d'employeurs) comme le suggère Ph. JESTAZ, cette fonction demeure indispensable. E. SERVERIN admet d'ailleurs la prégnance actuelle de cette «*théorie de la fonction jurisprudentielle normative*», dans ses développements réservés au rôle de la Cour de cassation ; mais elle expose la théorie en question comme si elle ne

(749) Cf. JESTAZ, Ph. - *op. cit.*

concernait que la Cour suprême ; or, les pratiques de publication (et saisie informatique) concernent principalement (au plan quantitatif), les juridictions du fond : l'attention qui se porte à leurs décisions, traduit, et contribue à leur insertion au sein du système jurisprudentiel.

390. Ce point nous invite à réfléchir plus avant au rôle déterminant généralement attribué par les observateurs, juristes et sociologues, à la Cour de cassation en matière de création de la jurisprudence. Il ne saurait bien sûr être question de nier son importance. Il convient, cependant, de reconnaître, à cet égard, une certaine autonomie aux juridictions dites inférieures. Il serait aisé de multiplier les exemples de jurisprudences locales, différant les unes des autres et de celles de la Cour de cassation sur de nombreuses questions, sans même évoquer la résistance que certains juges du fond opposent souvent aux orientations de celle-ci. Combien, parmi les difficultés juridiques soulevées par l'ensemble du contentieux, parviennent à la Cour de cassation ? Certainement une faible proportion : quatre millions de décisions judiciaires sont actuellement rendues en France par an.

Par ailleurs, il s'écoule souvent un délai pluriannuel avant qu'une question fréquemment jugée par les juridictions du fond donne lieu à un pourvoi, et au moins un an (parfois trois) avant que la Cour de cassation ne s'en saisisse, et règle définitivement la difficulté en Assemblée plénière. Pendant ce délai, les juges du fond statuent librement.

Enfin, les questions de droit ne forment qu'une partie, et, en droit du travail, une partie minime, du contentieux. La jurisprudence connaît surtout, en termes quantitatifs, de questions factuelles, dont la qualification échappe en principe au contrôle de la Cour de cassation. Ceci se vérifie, magistralement, en matière de relations du travail : la Cour suprême renonce, aujourd'hui, à vérifier l'appréciation et la qualification juridique des faits par les juges du fond dans des domaines où elle avait pris l'habitude d'un tel contrôle : cause réelle et sérieuse, modification du contrat de travail, etc.

Les observateurs des juridictions du fond (notamment conseils de prud'hommes et chambres sociales des cours d'appel) connaissent bien les problèmes de variation et de contradiction entre leurs jurisprudences locales. Les juges du fond bénéficient ainsi d'une autonomie, quant à la définition de leur politique jurisprudentielle, plus proche des caractéristiques de la décentralisation que de celles de la déconcentration, au sens que prête la science administrative à ce vocabulaire. Le rôle majeur des personnes de droit privé (éditeurs,

commentateurs, praticiens du droit, justiciables et groupes professionnels), dans le système jurisprudentiel, spécialement en matière de travail, révèle, d'ailleurs, une intervention inattendue de la *société civile* - pour faire bref - dans la fonction normative censée relever des pouvoirs publics.

391. Nous clôturerons ce survol des définitions et recherches sur la jurisprudence en apportant, à notre tour, un élément supplémentaire, qu'aucun des travaux évoqués ne traite directement. Les cinq phases résumées par Ph. JESTAZ (750) en appellent en effet une sixième : l'utilisation des règles de droit jurisprudentielles. De toute évidence, un jugement, même publié, ne saurait acquérir la qualité de jurisprudence si personne ne s'en sert, s'il reste inutilisé. Ainsi, la décision de faire jurisprudence citée avec beaucoup de pertinence par Ph. JESTAZ et prise en compte par E. SERVERIN court le risque de demeurer dépourvue de tout effet faute pour la règle en puissance d'être mise en œuvre. Ce qu'écrit A. JEAMMAUD au sujet de la règle de droit, à savoir qu'elle ne *fait* rien par elle-même (751), s'applique, logiquement, à la règle jurisprudentielle. Si, d'un point de vue strictement interne au système juridique, la mobilisation d'une règle d'origine juridictionnelle dans d'autres jugements suffit à lui faire acquérir la juridicité, d'un point de vue externe - modéré, sa mobilisation par ses destinataires eux-mêmes apparaît, également, nécessaire. De ce point de vue, l'effectivité apparaît comme un élément constitutif de la juridicité ; mais il ne s'agit pas d'effectivité au sens habituel d'application effective : nous disons qu'une règle est effective dès lors qu'elle sert à orienter ou évaluer des actions, même si elle n'est pas observée, obéie au sens de l'approche déontique (752).

392. Nous voyons deux utilisations principales propres à conférer à une règle prétorienne le rang jurisprudentiel : son intégration dans la théorie juridique par la doctrine et son exploitation (judiciaire ou non) dans la pratique des rapports sociaux. Dans le premier cas, le commentaire suffit. Dans le second, il n'est pas nécessaire. Une décision non commentée peut faire jurisprudence dès lors que les

(750) Cet auteur synthétise le processus de formation de la règle juridictionnelle en cinq phases successives correspondant à autant de décisions : plaider, se pourvoir en cassation, faire jurisprudence, publier et enfin commenter (et commenter dans un certain sens). Cf. JESTAZ, Ph. - *op. cit.*

(751) Cf. JEAMMAUD, A. - Les règles juridiques et l'action. - *op. cit.*

(752) C. ATIAS (Quelle positivité ?... - *op. cit.* pp. 221-222) semble conserver la définition classique de l'effectivité, lorsqu'il suggère que les juristes du XIX^e siècle ont «rapproché la positivité du droit d'une simple effectivité».

1) JP savante, théorique ✓
322 2) JP profane, pratique

plaidiers s'en prévalent, expressément ou non, à l'occasion de procès ultérieurs. Les avocats, bien informés des tendances jurisprudentielles des juridictions où ils officient, intègrent cette connaissance dans leurs stratégies judiciaires, même lorsqu'ils ne citent pas de références dans leurs conclusions et mémoires. Une décision, publiée ou non, parvient aussi à un certain statut jurisprudentiel lorsqu'elle fait l'objet d'une utilisation en dehors de tout procès, et que la règle qui s'en dégage se trouve prise en compte dans la stratégie des acteurs sociaux. Il en va, spécialement, ainsi de la définition par un employeur de sa stratégie de gestion de la main-d'œuvre ou de direction du personnel, élaborée à l'aide de la connaissance, directe ou non, des jurisprudences nationales et régionales par les juristes qui le conseillent (juristes d'entreprises, avocats, conseils juridiques, etc.). Il faut, alors, parler de *jurisprudence pratique*, pour la distinguer de la règle dont la *jurisprudentialité* provient de sa mise en œuvre par une autre juridiction.

393. Ni le commentaire, ni même la publication ne sont alors indispensables. Cette forme *souterraine* de jurisprudence ne le cède en rien à la forme publique habituellement décrite, en ce qu'elle remplit la même fonction : réguler les relations sociales. Sans doute, la jurisprudence souterraine concerne-t-elle essentiellement des questions de fait (jurisprudence *factuelle*), et rarement de droit (jurisprudence *juridique*). Ce n'est pas, cependant, de nature à lui retirer toute valeur, à la priver de toute portée régulatrice. Il se peut, même, que la jurisprudence factuelle, souterraine ou non, acquière une importance égale à la jurisprudence juridique dans certaines matières, telles les relations du travail. En poursuivant notre hypothèse de *souterranéité* dans ses ultimes développements, imaginons le comportement de l'avocat qui, préparant une plaidoirie dans une matière où il jouit d'une compétence particulière, se réfère aux décisions, non publiées, rendues précédemment dans des affaires défendues par lui-même. Comment ne pas apercevoir qu'il se construit sa propre jurisprudence, inaccessible à ses confrères (sauf à collectionner les minutes des espèces où il défend) et, *a fortiori*, à la doctrine universitaire ? La situation ainsi décrite répond également à une autre analyse, en terme d'expérience ; le praticien acquiert une expérience jurisprudentielle personnelle, une mémoire individuelle qu'il exploite et enrichit à l'occasion de son activité professionnelle. Complétée par sa manière, également personnelle, de traiter ce fonds documentaire, elle forme sa qualification (entendue comme capacité à contribuer à la production de nouvelles règles jurisprudentielles). De ce point de vue, la jurisprudence se définit comme une pratique consistant, non seulement à dire le droit, mais encore à *savoir-faire*

le droit. L'analyse se laisse, aisément, transposer à la doctrine universitaire, et à tout acteur du système jurisprudentiel ; ce savoir-faire possède, également, une dimension collective, et non seulement individuelle.

394. L'approche systémique de la jurisprudence proposée par E. SERVERIN présente une proximité épistémologique évidente avec la théorie, elle-même systémique, du rapport salarial et de la régulation.

Mais, intégrant les théories de la jurisprudence au sein du système jurisprudentiel dont il s'agit d'analyser l'anatomie, E. SERVERIN s'interdit de produire elle-même une telle théorie ; elle s'interdit, également, de construire une théorie *externe* du système jurisprudentiel qui rendrait compte de la place qu'il occupe au sein du système juridique, et, plus largement, du système social. Ce système jurisprudentiel semble flotter mystérieusement hors de l'espace-temps, fonctionner sur lui-même et par lui-même, sans que, de son existence, on puisse induire celle d'autre(s) système(s) contextuels. Si l'on détecte un rôle de «régulation des conflits d'intérêts», c'est celui que s'attribue le système lui-même, ou que ses acteurs lui attribuent. *Conception autopoïétique ?*

Cette démarche présuppose que l'étude de l'inscription du système jurisprudentiel au sein du système social global est insusceptible de contribuer à la connaissance de son mode de fonctionnement, lequel peut se comprendre intégralement de *l'intérieur*. La présupposition est exacte, si l'on se propose effectivement de *isolement* comprendre comment fonctionne le système, objectif magistralement atteint par l'auteur, mais elle deviendrait fausse s'il s'agissait d'expliquer pourquoi un tel système existe et fonctionne dans tel sens, pourquoi il se transforme de telle manière et à tels moments. En refermant l'ouvrage de E. SERVERIN, on n'ignore plus rien des arcanes du système jurisprudentiel, mais on ne sait toujours pas à quoi il sert.

La problématique générale de la théorie du rapport salarial ouvre, à cet égard, un vaste champ d'investigation : celui de la découverte et de l'explication des rapports entre le système jurisprudentiel et la constitution-reproduction des rapports sociaux fondamentaux (particulièrement, du rapport de domination du travail par le capital).

Sous-section 2 :

LA JURISPRUDENCE, PRINCIPE D'ACTION DE LA MISE EN FORME DES RAPPORTS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI

395. Bien que faisant une certaine place à la notion de règles, et notamment de règle juridique, les théories de la régulation restent cependant plutôt discrètes quant au rôle du droit. L'étude des travaux sociologiques et juridiques prenant la jurisprudence pour objet éveillent quelques réflexions élémentaires susceptibles d'ouvrir le débat sur ce point. On remarque en premier lieu que, normalisant les comportements individuels des agents socio-économiques, la jurisprudence constitue un mécanisme de régulation sociale : il n'est cependant pas certain qu'il faille alors entendre ce terme au sens que R. BOYER lui prête (A.). En deuxième lieu, on s'aperçoit de l'existence de niveaux intermédiaires de formation tant des rapports salariaux que de la jurisprudence, qui posent dans les deux cas un problème de cohérence (B.).

Troisièmement, si l'on admet que la régulation est un ensemble de mécanismes assurant la reproduction des rapports sociaux fondamentaux, alors l'observation du système social de formation du droit jurisprudentiel présente un certain intérêt ; elle éclaire la question de savoir par qui et comment les règles juridiques sont élaborées. On s'aperçoit ainsi qu'elles constituent le produit de la combinaison de multiples rapports sociaux impliquant de nombreux acteurs, et non pas du seul juge (C.). Ce phénomène interfère certainement, à côté d'autres paramètres, sur la cohérence et le bien-fondé (l'utilité) des règles jurisprudentielles.

Enfin, rapprocher jurisprudence, régulation et économie, c'est, plus largement, s'interroger sur la distinction entre régulation économique par la jurisprudence et régulation de l'économie par la jurisprudence (D.).

A. Jurisprudence, régulation, cohérence

396. Danièle LOCHAK remarque que «le droit est un instrument de régulation sociale en ce qu'il contribue à l'adaptation réciproque des comportements et par conséquent au fonctionnement harmonieux de la société globale ou des

institutions» (753). De son côté, R. BOYER présente la régulation comme un ensemble de «procédures et comportements individuels et collectifs qui contribuent à reproduire les rapports sociaux, à soutenir et piloter le régime d'accumulation, à assurer la compatibilité dynamique d'un ensemble de décisions décentralisées» (754).

Ces définitions convergent au moins sur un point : adaptation réciproque des comportements pour D. LOCHAK, compatibilité dynamique des décisions décentralisées pour R. BOYER, conçues toutes deux comme conditions du fonctionnement (harmonie ou reproduction) du système socio-économique. En d'autres termes, la régulation serait un processus de mise en cohérence des actions (comportements, décisions) entreprises pour leur propre compte (décentralisées) par les agents socio-économiques. Chez R. BOYER, ce processus est nettement finalisé (reproduction des rapports sociaux et économiques), et dynamisé.

Le droit, et notamment la jurisprudence, assure, à nos yeux, le passage des rationalités limitées et autonomes des acteurs à une cohérence tendancielle générale. Contrairement à une opinion fréquente chez les juristes du travail, cette adaptation ou mise en compatibilité n'équivalent pas nécessairement à l'établissement (ou au rétablissement) d'un équilibre commutatif dans la protection des intérêts respectifs de l'employeur et du salarié, d'une égalité juridique entre eux, aux niveaux micro et méso des rapports de travail et d'emploi.

L'impératif de reproduction du système, fondé sur la domination du travail par le capital, implique plutôt le maintien d'un certain déséquilibre, d'une certaine inégalité. Mais, si le déséquilibre favorise nécessairement les intérêts du capital au niveau global, il n'est pas exclu qu'il faille parfois, pour y parvenir au niveau local, à certains moments et/ou dans certains domaines, privilégier les intérêts du salarié au détriment de ceux de l'employeur. C'est, sans doute, la raison pour laquelle la notion juridico-politique de l'ordre public social que la jurisprudence du travail est censée assurer fait l'objet d'un débat intense depuis la fin des années 1970.

397. Pourtant, s'il faut, évidemment, considérer la jurisprudence comme une institution sociale délibérément régulatoire (et sa régulation comme un

(753) Cf. LOCHAK, D. - *op. cit.* Nous avons ébauché la réflexion sur la notion de régulation juridique dans la 2e Section du Chapitre 1, *supra* n° 305 et s.

(754) Cf. BOYER, R. - La théorie de la régulation... - *op. cit.*, *loc. cit.*

processus en partie volontariste) (755), force est d'admettre, d'une part, que la définition jurisprudentielle de la régulation n'apparaît pas clairement et, d'autre part, que la cohérence ne constitue pas la qualité majeure des normes que la jurisprudence produit. Elle paraît plutôt divisée, contradictoire, hétéroclite, erratique, tantôt équivoque ou tantôt univoque, obscure ou lumineuse, ésotérique ou didactique, etc. On détecte souvent mal les logiques qui la guident, et même les raisons du choix de telle ou telle d'entre elles pour résoudre un problème particulier.

Sans remettre en cause la justice des solutions individuelles apportées par chaque décision judiciaire, on peut ainsi s'interroger sur les options socio-économiques de la jurisprudence dans son œuvre de mise en compatibilité des actions décentralisées des agents socio-économiques, de construction d'une cohérence générale finalisée (756).

La jurisprudence (en tant que système au sens d'E. SERVERIN) se prête alors à une analyse en terme de principe d'action de la mise en forme institutionnelle des rapports sociaux fondamentaux. Elle construit, ou a vocation à construire, la plupart des rapports sociaux fondamentaux, ceux de la sphère privée comme de la sphère publique, les rapports économiques comme les rapports politiques, culturels, etc.

Comme nous l'avons indiqué (757), la jurisprudence s'analyse comme le véritable principe d'action, animant à la fois, d'une part, les règles publiques-collectives («loi, règle et règlement définis d'emblée au niveau collectif» selon R. BOYER) et, d'autre part, les règles privées-individuelles (compromis et conventions issus de la négociation privée, id.). Il est possible de faire un pas supplémentaire, en suggérant que la jurisprudence est l'instance centrale de l'articulation entre ces deux modalités d'action régulatrice. La jurisprudence (le système jurisprudentiel) assure la mise en cohérence tendancielle des deux sphères, correspondantes, de production des rapports sociaux concrets. A titre d'illustration, il suffit d'évoquer le rôle déterminant de la jurisprudence du travail dans la solution du problème des rapports entre contrat individuel de travail, d'un côté, convention collective ou usages de l'autre, de la question de la nature - contractuelle ou réglementaire - des conventions et accords collectifs, de celles de la licéité de la renonciation contractuelle par le salarié à des droits qu'il tient de la loi, de la licéité d'accords

(755) Ce qui ne contredit pas la thèse de l'absence d'un ingénieur-système.

(756) Cf. SAINT-JOURS, Yves. - Les options économiques de la jurisprudence sociale. - D, 1987, chr., XXXIII.

(757) V. *supra*, n° 382.

collectifs conclus en contravention aux règles légales de la négociation collective, etc. + largement, articulation entre sources étatiques et professionnelles Elle construit le rapport salarial, (le déconstruit et le reconstruit), dans tous les domaines où elle s'exerce, et pas uniquement dans celui des rapports de travail salarié. La jurisprudence du travail salarié mériterait d'être analysée en rapport avec les autres domaines de jurisprudence, aussi éloignés paraissent-ils des relations entre employeur et salarié. Notons, d'ailleurs, à cet égard, que la jurisprudence du travail semble, actuellement, de plus en plus souvent conduite à statuer sur des litiges mettant en cause des comportements étrangers à la relation de travail elle-même mais retentissant sur elle (relations conjugales, familiales ou sentimentales, convictions et actions politiques, confessionnelles, etc., comportement pénal, race ou nationalité, éducation, mœurs, ressources financières...).

La dispersion du contentieux des rapports de travail et d'emploi nuit à une analyse synthétique du rôle de la jurisprudence dans leurs configurations, et, vraisemblablement, à la cohérence des orientations jurisprudentielles des diverses juridictions compétentes. A cet égard, on ne peut que souhaiter l'institution, au moins minimale, d'un ordre juridictionnel unique (758).

B. Rapports de travail et d'emploi et jurisprudences locales

398. Nous avons, au chapitre précédent, admis que les rapports de travail et d'emploi, formes concrètes d'inscription des travailleurs dans le rapport travail-capital fondamental, se caractérisent par une certaine diversité quant à leur structure et à leurs niveaux et lieux de construction. L'entreprise, la branche, le secteur économique, le *bassin d'emploi*, etc., apparaissent comme autant d'hypothèses solides.

A ces multiples niveaux et lieux, interviennent des forces variées d'institutionnalisation, ou à l'inverse, d'opacification, de désorganisation des rapports en question. Elles se trouvent canalisées, légitimées, favorisées, ou au contraire combattues, par les règles de droit qui, simultanément, surgissent de

(758) Cf., parmi les réflexions les plus récentes, SAINT-JOURS, Yves. - La perspective d'un ordre juridictionnel social : utopie ou prémonition ? - DO, 1993, p. 167 et s. ; Un ordre juridictionnel, pourquoi ? - RFAS, 1993, n° 1, p. 87 et s., ; SUPIOT, Alain. - L'impossible réforme des juridictions sociales. - RFAS, 1993, n° 1, p. 97 et s.

leur confrontation. Parmi elles, les règles jurisprudentielles, comme nous l'avons vu, occupent une place prépondérante.

L'existence de jurisprudences locales (distinctions entre les degrés de juridiction, les juridictions du fond et de cassation, les ordres juridictionnels, les ressorts géographiques ; mais encore, distinctions selon les compétences d'attribution, les thèmes de contentieux, les secteurs économiques, branches et types d'entreprise concernés, les catégories de travailleurs en cause, etc.) et variables dans le temps contribue, structurellement, à entretenir, voire à accroître la diversification des rapports de travail et d'emploi.

399. Multipliant les formes juridiques d'accès à l'emploi depuis bientôt une vingtaine d'années, les politiques publiques de l'emploi engendrent une multiplication de contentieux singuliers, source de jurisprudences particulières qui enracinent, renforcent les catégorisations légales. Simultanément, le développement récent de stratégies d'individualisation par les politiques privées de l'emploi et les modes nouveaux de gestion de la force de travail provoquent des effets analogues. De manière générale, on constate que les règles jurisprudentielles tendent à se décomposer en variantes de plus en plus nombreuses, de plus en plus sélectives, comme si chaque cas individuel exigeait, non seulement une solution spécifique, mais encore la mise au point d'une micro-règle *ad hoc*. D'origine structurelle (système jurisprudentiel) ou conjoncturelle (politiques du travail et de l'emploi), le phénomène se manifeste, notamment, à travers l'attitude de la Cour de cassation ; d'une part, elle s'en remet de plus en plus au «*pouvoir souverain des juges de fond*», dont l'autonomie de jugement retrouvée implique une diversification dans la qualification des faits et l'interprétation de la loi ; d'autre part, elle exige d'eux une analyse de plus en plus fine, circonstanciée et extensive des données des litiges, laquelle ne peut conduire qu'à une sorte de *personnalisation* des règles jurisprudentielles.

400. Accaparée par une mission de mise en cohérence, *a posteriori*, des règles de droit par leur organisation en un système rationnel, la doctrine a pris l'habitude de regarder la variété des normes jurisprudentielles comme un épiphénomène ; elle continue de s'efforcer d'y découvrir de la généralité, de l'abstraction, de la cohésion, de l'homogénéité, etc. La tâche, cependant, devient, manifestement, de plus en plus difficile (759), au point que les travaux de théorie

(759) Cf. JAVILLIER, J.C. - Le droit du travail en *temps réel*. - *op. cit.*

fondamentale s'amenuisent au profit de travaux empiriques détaillant les derniers avatars de l'interprétation jurisprudentielle de telle règle légale dans tels et tels cas de figure (760). Depuis les grands débats de fond des années 1984-1986 autour du thème de la flexibilité, la doctrine semble peiner à se dégager des rets où l'enserme une casuistique renaissante, se laisser à nouveau séduire par les charmes, aujourd'hui flétris, de l'exégèse, de la glose. En cela, la part de l'œuvre doctrinale dans la formation de la jurisprudence tend à se réduire à une contribution d'ordre plutôt technique que théorique, ce qui, en un cercle vicieux, favorise une technicisation de l'activité juridictionnelle, et, au-delà, renforce la représentation instrumentale du droit.

401. Sans doute, faudrait-il mieux reconnaître le particularisme des règles jurisprudentielles pour ce qu'il devient : non un simple ondoisement de surface, mais une véritable lame de fond. Dans une telle perspective, l'effort doctrinal porterait moins sur la mise à jour d'une homogénéité profonde, d'une harmonie sous-jacente irréfragablement présumées, que sur la critique d'une hétérogénéité croissante, d'une cacophonie dissonante. Dit autrement, la doctrine gagnerait, certainement, à rompre radicalement avec la présomption de l'existence d'une *logique* intrinsèque et nécessaire du droit, d'une complétude essentielle du système juridique, d'une unité fondamentale de ses règles, héritage du mythe révolutionnaire de la loi. La mission qu'elle s'assigne ne consisterait plus à découvrir, à mettre à jour, à révéler, etc., la cohérence des règles, mais bien à l'inventer, à la produire, à la construire, etc. (761).

402. Cette démarche ne manquerait pas de pousser les auteurs à rechercher également en dehors du Droit (au sens de *principe ou idéologie juridique*) les sources de l'éclatement du droit jurisprudentiel et les ressources pour son harmonisation, sa cohérence. En dehors du Droit, c'est-à-dire au sein des rapports sociaux et des sciences sociales.

(760) La table des matières de la revue Droit social témoigne clairement de cette tendance : à l'exception, notable, des colloques organisés par J.J. DUPEYROUX, on y trouve de moins en moins, depuis une dizaine d'années, de grands articles théoriques en droit du travail.

(761) On ne relève pas assez, à nos yeux, la tendance croissante à dissocier jurisprudence et doctrine : ainsi, *publier la jurisprudence* se réduit à publier des décisions de justice, *analyser la jurisprudence* à étudier exclusivement les motivations de ces dernières, etc. Le docteur semble perdre conscience de sa participation, *volent non volent*, à la jurisprudence. La conception éditoriale des revues spécialisées y contribue puissamment, en séparant les rubriques *Jurisprudence et Doctrine, Etudes ...*

Penser la jurisprudence dans ses liens avec les rapports de travail et d'emploi, c'est penser qu'elle les meut autant qu'ils la meuvent. Seule, cette vision dialectique du droit jurisprudentiel, qui en articule la source et l'objet, permet de comprendre et d'expliquer le lien nécessaire entre la nature, la substance (sens, portée) des règles jurisprudentielles et les caractéristiques des rapports de travail et d'emploi. Ce lien se tresse au cœur du système jurisprudentiel, qui n'est rien d'autre qu'une forme, une manifestation, des rapports sociaux fondamentaux. Le système jurisprudentiel est structuré, architecturé par les principes mêmes qui structurent, architecturent l'ensemble du système social. Il est intégré dans le système social par tous ses acteurs, et, réciproquement, le système social l'imprègne intégralement. Il est constitué, dans un même mouvement, des rapports sociaux qui constituent le système social. Les deux systèmes existent en parfaite consubstantialité. Les règles jurisprudentielles peuvent, alors, sans paradoxe, être pensées comme producteur-produit des rapports sociaux, parce qu'elles s'élaborent dans le cours même de la formation de ceux-ci ; l'état du droit jurisprudentiel reflète l'état des rapports de travail et d'emploi, et réciproquement ; les rapports de travail et d'emploi se composent-décomposent-recomposent jurisprudentiellement.

403. La démultiplication des rapports de travail et d'emploi se trouve, de la sorte, en corrélation nécessaire avec une tendance de la jurisprudence afférente à démultiplier ses interprétations de la loi (et *vice versa*). Cela ne signifie pas que la règle jurisprudentielle évolue exactement au même rythme que la règle socio-économique, auquel cas elles se trouveraient en permanence réciproquement adéquates. L'observation fait, plutôt, apparaître un rapport incessant de contradictions entre ces deux catégories de règles, dont la gestion se trouve au cœur du moteur des rapports de travail et d'emploi. De telles contradictions proviennent des différences de rythmes de production des règles propres à chaque système, ainsi que de leurs spécificités structurelles. Elles sont complexifiées par le jeu des contradictions internes à chaque système.

Le mouvement actuel de diversification des rapports de travail se développe en s'opposant à une ancienne tendance à l'homogénéisation. De la même manière, la démultiplication des règles jurisprudentielles, principalement imputable à la jurisprudence du fond, se développe par opposition à la tendance de la jurisprudence de cassation à l'unification de l'interprétation des textes.

C. La jurisprudence : une décentralisation de l'activité normative

404. La plupart des auteurs semblent postuler que le pouvoir de jurisprudence est exercé par les juridictions seules. Or, le système jurisprudentiel mobilise plusieurs autres catégories d'acteurs : la doctrine, les éditeurs, les banques informatiques, les organes de la presse d'information. Nous avons déjà noté que les praticiens du droit (avocats, conseils juridiques...) et les groupes professionnels (organisations patronales, syndicats de travailleurs) contribuent activement à la formation de la jurisprudence. Il faut ajouter à cette liste l'Administration elle-même, qui développe sa propre doctrine en interprétation de la loi, approuvant ou critiquant telle ou telle jurisprudence en formation. Encore la liste n'est-elle sans doute pas exhaustive.

A la question : qui exerce le pouvoir jurisprudentiel ? ces indications interdisent de répondre abruptement : le juge. De toute évidence, chacun des acteurs cités partage ce pouvoir. Les juristes l'admettent pour eux-mêmes, comme en attestent les auteurs attribuant un rôle déterminant à la doctrine ; certains, nous l'avons vu, le reconnaissent plus largement pour tous ceux qui réfléchissent (et écrivent, ajoutions-nous) sur le droit. De leur côté, les groupes professionnels le revendiquent, le recherchent, qui déploient tous des stratégies judiciaires tendant à faire évoluer la jurisprudence dans le sens de leurs intérêts respectifs. Sans s'en apercevoir, chaque chef d'entreprise exerce aussi ce pouvoir en intégrant des solutions juridictionnelles dans l'élaboration de ses stratégies de gestion de la main-d'œuvre. Aussi, lorsque la Constitution a séparé le pouvoir juridictionnel des deux autres, elle ne s'est pas bornée à le déléguer au seul juge, troisième *pouvoir public*. En réalité, elle l'a véritablement démocratisé, le remettant entre les mains de ce qu'il est convenu d'appeler *la société civile* pour désigner les acteurs ne disposant juridiquement et directement d'aucun pouvoir public.

Les acteurs sociaux doivent alors être regardés, à travers le système jurisprudentiel qu'ils forment, comme investis d'une fraction - importante, voire déterminante - du pouvoir normatif suprême. Cette approche paraît susceptible de relancer le débat sur les rapports existant entre la loi et la jurisprudence, l'articulation des sources de droit, ainsi que la discussion relative au passage des décisions individuelles et décentralisées des acteurs sociaux à des règles et principes généraux et abstraits.

405. Bien sûr, les règles finalement produites ne correspondent pas nécessairement aux règles souhaitées, puisque les souhaits diffèrent selon les acteurs. Leur teneur, leur sens dépendent des rapports que ceux-ci entretiennent entre eux, de leur force respective. La jurisprudence apparaît sous cet angle comme **produit du rapport des forces entre ses acteurs**. Poursuivant l'hypothèse en termes de rapport salarial, on est inévitablement conduit à boucler le raisonnement en s'interrogeant sur le poids, en retour, des rapports sociaux dans la construction de la jurisprudence. La problématique de recherche du rôle de la jurisprudence dans la dynamique des rapports de travail et d'emploi conduit, dialectiquement, à celle du **rôle des rapports de travail et d'emploi dans la dynamique de la jurisprudence**.

D. De la régulation économique à la régulation de l'économie

406. Nous proposons d'appeler *régulation économique* un mode de régulation par adaptation des règles (de droit, notamment) aux impératifs de nature économique. Il apparaît, aussitôt, que d'autres modes peuvent concourir à la *régulation de l'économie* : ainsi, la *régulation juridique* consisterait à modeler les comportements économiques (de manière autoritaire ou incitative) sur des règles de droit.

En tant qu'institution, la jurisprudence ne peut fonctionner, en dernière analyse, que conformément aux principes fondateurs du système social. Il serait inconcevable (et anticonstitutionnel), par exemple, que la Cour de cassation élabore des normes antirépublicaines, ou qu'elle accorde aux salariés les prérogatives de l'employeur en matière de direction de l'entreprise. La jurisprudence est vouée à la sauvegarde (à la reproduction) des rapports sociaux fondamentaux (la domination du travail par le capital). Mais dans cette limite extrême, elle n'en dispose pas moins d'une autonomie normative considérable ; par ailleurs, cette sauvegarde elle-même peut exiger, parfois, la remise en cause, voire l'abandon de certaines normes ou institutions procédant des rapports fondamentaux ou les soutenant. On multiplierait sans peine les exemples récents de solutions nettement favorables aux intérêts des salariés - y compris dans des matières où la Cour de cassation privilégiait ceux des employeurs une dizaine d'années auparavant. Certes, quelques-unes se bornent à servir des intérêts immédiats ou mineurs des travailleurs sans entrer en contradiction avec une logique supérieure de maintien du rapport fondamental de subordination du

travail au capital. D'autres, en revanche, semblent rompre avec une telle logique en conférant ou garantissant aux salariés des droits ou des protections difficilement compatibles avec elle (762) . Le phénomène est plus sensible au niveau des juridictions du fond, notamment de première instance, qu'à celui de la cassation. Il s'explique naturellement par certaines configurations du rapport de forces entre les acteurs sociaux y compris au sein du système jurisprudentiel, et des juridictions du 1^{er} degré.

407. Par ailleurs, considérant que la jurisprudence pèse à son tour sur les rapports socio-économiques des acteurs en question - ne serait-ce qu'en modifiant leur cadre d'action -, elle contribue elle-même à la dynamique et à l'évolution de ses propres conditions de formation.

En outre, on multiplierait aussi aisément les exemples de jurisprudences apparemment incohérentes, voire aberrantes en terme de reproduction du système socio-économique. On mettrait alors en cause l'efficience du système jurisprudentiel quant à un tel rôle. Les errements de la jurisprudence dans l'interprétation de l'article L 122-12, 2^e alinéa du Code du travail, marquée par plusieurs revirements en une décade, illustrent de manière spectaculaire cette hypothèse. Le problème est de savoir si le système jurisprudentiel réunit toutes les qualités requises pour assurer de manière efficace la régulation globale. Certes, la tâche peut exiger des modifications sensibles de la configuration des formes institutionnelles de régulation, notamment du rapport salarial dominant. On peut, ainsi, attendre de la jurisprudence qu'elle agisse de manière à transformer certains rapports de travail et d'emploi, donc qu'elle opère certains revirements. On peut, en conséquence, chercher à comprendre leur nouvelle configuration. Mais peut-on, pour autant, apprécier leur adéquation (et, donc, celle des règles jurisprudentielles) aux exigences de la reproduction du rapport de domination du travail par le capital ? Il n'est possible de répondre à cette question qu'*a posteriori*.

Toutefois, ce type d'approche conserve un certain intérêt quant à l'analyse critique des orientations jurisprudentielles.

(762) L'un des exemples récents les plus frappants concerne le droit que la Cour de cassation reconnaît au salarié de refuser de se soumettre à une sanction disciplinaire modifiant substantiellement les conditions de travail ou d'emploi : Soc. 21.02.1990 Saint-Michel c/ SEVIP, B.V. n°74, quitte à s'exposer à un licenciement pour faute grave si la sanction était justifiée et proportionnée (Soc 20.05.1992 ADAPEI c/ Mombrun, B.V. n°325, Soc. 05.11.1992 SA Journal La Voix du Nord c/ Segues, Jurisp. Soc. UIMM 1993 p. 5, Soc. 07.12.1993 GOSSAY c/ SA GAP Vie, DS, 1994, p. 212), Cf. MAZEAUD, Antoine.-La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire.-DS, 1991, p. 16 et s.

Là où l'observateur traditionnel se bornait à déterminer si la jurisprudence tendait à protéger plutôt les intérêts des salariés ou plutôt ceux des employeurs, il s'agit, maintenant, de rechercher aussi de quelle manière (et, éventuellement, avec quel succès), elle assure la reproduction du rapport de soumission du travail au capital. En ce sens, il ne serait pas paradoxal de soutenir que la jurisprudence développée par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis une dizaine années œuvre à cette reproduction en étendant et multipliant les droits des salariés, au contraire de la période précédente.

408. De nombreuses règles jurisprudentielles récentes s'analysent, en effet, comme autant de restrictions à l'intensité et à l'extension de la subordination dans les rapports individuels de travail, libérant le salarié d'anciennes sujétions (763). Sauf à prêter à cette jurisprudence un objectif d'abolition progressive du salariat, on ne peut la comprendre, en ce contexte de crise profonde du régime d'accumulation du capital, que comme moyen de préserver la domination qu'exerce ce dernier sur le travail. Certes, la tendance n'est ni homogène, ni linéaire, et, surtout, elle se heurte à un mouvement inverse, d'intensification de la soumission des salariés dans et par les entreprises. Il n'en reste pas moins que la dimension juridique du nouveau rapport salarial se caractérise, en ce qui concerne ses composantes directement liées à l'usage de la force de travail, par un *trend* incontestable de libération de cette dernière (alors que, dans le même temps, les conditions juridiques de mobilisation de la force de travail se dégradent).

409. Cet ensemble de remarques nous incline à remettre en cause l'opinion communément répandue selon laquelle la jurisprudence (surtout celle du travail) est investie d'une fonction, voire d'une mission, d'adaptation du social aux impératifs économiques. Cette représentation d'une fonction du droit consistant à soutenir, à garantir le bon fonctionnement de l'économie permet de rallier le droit ou de le soumettre, en tout cas de le neutraliser et, finalement, de l'évacuer du discours scientifique.

Il est acquis que la jurisprudence se laisse parfois guider par des arguments économiques, voire des logiques économiques, notamment celle du marché ; la jurisprudence du travail y est particulièrement sensible : il suffit d'évoquer le

(763) Cette orientation se dégage, notamment, du recours de plus en plus fréquent, par la Cour de cassation, aux principes fondamentaux du droit commun des obligations (l'article 1134 du Code civil ; v. Partie préliminaire, *supra* n° 41).

contentieux des licenciements pour motif économique. Mais d'autres logiques la commandent également, répondant à d'autres enjeux entrant en concurrence avec celui de la bonne santé économique : la sécurité juridique, l'égalité devant la loi, les charges publiques ou la justice, le respect des droits de l'homme et la garantie des libertés publiques, le maintien d'un certain ordre public, la protection de la famille, etc. S'il fallait attribuer une fonction à la jurisprudence, sans doute la trouverions-nous dans la garantie des valeurs qui fondent l'idéal républicain, laïc et démocratique. Ceci renvoie à un autre débat, plus fondamental, relatif aux rapports entre l'idéologie, la politique, l'économie et le droit.

Il faut se rendre à l'évidence : l'ordonnement juridique français ne confère à la jurisprudence du travail aucune mission de *régulation économique*. Lorsqu'une juridiction doit trancher un litige dans le silence de la loi, elle fait appel aussi bien aux principes généraux de droit, qui transcendent les considérations économiques, qu'à celles-ci. C'est pourquoi il est plus exact de décrire l'œuvre de la jurisprudence comme une *régulation juridique de l'économie*.

Section 2 :

ANALYSE DE JURISPRUDENCE ET ETUDE DES RAPPORTS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI

410. Les quelques éléments de réflexion quant au rapprochement des concepts de jurisprudence, régulation et rapport salarial exposés ci-dessus conduisent, logiquement, à préciser l'intérêt méthodologique de l'analyse de la jurisprudence pour l'étude des rapports salariaux et de leur conceptualisation. Elle apparaît comme un lieu d'observation précieux du fonctionnement réel des rapports salariaux concrets, dont nous dirons qu'elle le *reflète* (Sous-section 1). Simultanément, elle les modèle, les transforme ; regarder le juge comme un *acteur* apporte un éclairage nouveau sur la dynamique des rapports salariaux (Sous-section 2). Enfin, la jurisprudence fonctionne comme un *analyste* de ces derniers, en fournissant par elle-même certaines clés originales (Sous-section 3).

Sous-section 1 :

REFLEXION JURISPRUDENTIELLE DES RAPPORTS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI

La jurisprudence réfléchit les rapports sociaux réels : cette propriété l'érige en lieu d'observation privilégié (A). Aussitôt surgit un problème épistémologique : la jurisprudence n'en renvoie-t-elle pas une image déformée ? (B).

A. Un lieu d'observation des rapports de travail et d'emploi

411. La conception marxiste orthodoxe du droit le range dans la superstructure, aux côtés de l'art et des autres formes de culture, en tant qu'il serait entièrement déterminé par l'économie considérée comme l'infrastructure des rapports sociaux. Il apparaît ainsi comme un simple reflet de l'état du rapport de forces entre les deux classes sociales fondamentales, comme l'un des instruments, dans la société capitaliste, de l'exploitation du travail par le capital (et inversement, dans la société socialiste, de la dictature du prolétariat sur la bourgeoisie) (764). Cette représentation instrumentale, qui bénéficia d'une audience importante parmi les juristes du travail en France, les aida certainement à abandonner aux économistes et sociologues le discours scientifique sur les objets du droit du travail, comme E. VERDIER (765) le signale : *«Une fois édictée, la règle n'échappe-t-elle pas au juriste en tant qu'objet de recherche pour devenir l'apanage du sociologue et de l'économiste, seuls habilités (...) à en comprendre les effets économiques et sociaux ?»* Ceci serait le résultat, selon l'auteur, d'une part du positivisme juridique, d'autre part de la réduction du droit par les marxistes au rang de simple reflet des rapports de production.

La doctrine du droit-reflet n'a pas manqué d'engendrer des conséquences quant à la représentation de la jurisprudence et donc à la stratégie judiciaire développées par le mouvement ouvrier. A. SUPLOT évoque ainsi la place secondaire longtemps attribuée par les syndicats au droit dans leur action militante : *«Le droit ne faisant qu'enregistrer ce que la classe ouvrière a réussi à arracher au patronat, il faudrait se garder d'y voir la cause de transformations sociales dont il n'est que le reflet»* (766). L'auteur ajoute que si cette représentation caractérisa surtout la C.G.T., elle fut largement répandue dans l'ensemble du monde ouvrier, y compris à la C.F.D.T. Faute de méfiance envers les institutions juridiques bourgeoises, elle impliquait l'évitement du juge professionnel et la défense des Conseil de prud'hommes.

Par ailleurs, le recours au judiciaire se vivait comme un expédient, un pis-aller au regard de l'action syndicale directe ; au mieux, il constituait un élément de

(764) Cf. ZENATI, F. - Le droit et l'économie au-delà de Marx. - APD, 1992, Vol. 37, p. 121 et s.

(765) Cf. VERDIER, Eric. - Droit et changement social : du droit du travail à un droit de l'emploi ? - Les conditions sociales du changement technique et de la mutation industrielle, Commissariat Général du Plan, 1984.

(766) Cf. SUPLOT, Alain. - Les juridictions du travail. - CAMERLYNCK, G., dir. - Traité de Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1987, Tome 9.

tactique dans le cadre d'un conflit collectif, ou de sauvegarde des intérêts matériels immédiats des salariés. C'est, néanmoins, à la C.F.D.T. qu'est apparue une analyse nouvelle du combat judiciaire et, partant, une stratégie de transformation de la jurisprudence : «... plus qu'un simple reflet des avantages acquis par les luttes ouvrières, le droit est conçu comme l'un des champs de cette lutte» (767). Le droit, y compris dans sa forme jurisprudentielle, «peut être créateur de libertés au profit des travailleurs», «il est lui-même parcouru par l'antagonisme de classe». Peu à peu, l'intérêt pratique d'une telle conception offensive apparaît aux autres syndicats, qui tendent en fait (sinon politiquement) à élaborer aussi des stratégies juridictionnelles.

412. Ces observations sur l'attitude active qu'adoptent aujourd'hui la quasi-totalité des syndicats vis-à-vis de la jurisprudence du travail et de l'emploi confirment qu'il faut les considérer comme partie prenante du système jurisprudentiel. Leur action contribue puissamment, sinon primordialement, à faire de la jurisprudence un enjeu de la lutte pour la transformation des rapports sociaux.

Mais nous n'utilisons pas ici le terme de *reflet* dans le sens idéologique indiqué précédemment. La jurisprudence reflète les rapports sociaux comme un film cinématographique reflète les faits et gestes des personnages ; elle enregistre les relations qu'entretiennent employeurs et salariés. Chaque jugement ou arrêt renseigne sur certaines caractéristiques de l'entreprise, qualités personnelles des protagonistes, circonstances contextuelles, et relate des faits litigieux. Les ensembles de décisions de justice dressent ainsi des tableaux du monde du travail qui fourmillent d'indications précieuses pour l'observation de la dynamique des rapports de travail et d'emploi. La sociologie judiciaire connaît bien ce phénomène.

A un autre niveau de réflexion, on peut considérer la jurisprudence comme une forme de connaissance, non seulement du droit, mais encore des comportements que le droit entend réglementer. En bref, la jurisprudence renseigne sur l'état du droit et des objets du droit. Reflétant le droit et les faits, elle permet d'apercevoir les règles inspirées par les faits, et de découvrir les faits d'où proviennent les règles. La réflexion sur la nature de la jurisprudence met ainsi, nécessairement, en question les méthodes de son analyse ; en effet, la recherche des règles est indissociable de celle des faits. La qualification juridique des faits est l'un des éléments constitutifs de la règle.

(767) *Ibid.* Tout ce paragraphe s'inspire de cet auteur.

ici, droit =
autres sources
que JP

B. Une réflexion partielle et déformante

413. Le reflet que la jurisprudence renvoie des rapports de travail et d'emploi est celui de l'action qu'elle exerce sur eux. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'un reflet partiel, déformant.

Il s'agit, d'abord, d'un reflet partiel. En admettant même que ces rapports aient tous vocation à entrer dans la sphère juridique, rien n'autorise à affirmer que tous leurs aspects ressortissent de normes juridiques, ni que la jurisprudence les saisit effectivement tous. En d'autres termes, la jurisprudence est-elle parfaitement représentative des rapports de travail et d'emploi ? Certainement non : il ne fait aucun doute que de nombreux aspects concrets des relations entre employeurs et salariés échappent à la connaissance des juges, bien que la jurisprudence du travail en couvre une très vaste surface. Si les rapports salariaux se reproduisaient à l'identique, la jurisprudence tendrait, avec le temps, à les régir intégralement et dans leurs moindres détails. Sachant qu'ils évoluent et se transforment sans cesse, elle ne saurait prétendre à résoudre jamais toutes les contradictions qui les animent. De nouveaux litiges apparaissent sans cesse, et à peine un différend trouve-t-il une solution jurisprudentielle qu'un autre surgit, inattendu. Les solutions jurisprudentielles, elles-mêmes, engendrent de nouvelles difficultés, qui appellent à leur tour leurs propres solutions, etc. Il se crée des contradictions au fur et à mesure que la jurisprudence en résoud. Elle se révèle, d'ailleurs, capable d'évoluer par elle-même, en dehors de toute évolution des circonstances socio-économiques, notamment pour des raisons de pure logique juridique.

Mais encore faut-il, pour qu'il y ait jurisprudence, une décision initiale d'engager une action en justice, première phase du processus. Or, la première instance est rarement engagée à l'occasion du premier litige, de telle sorte qu'un abondant contentieux non judiciaire a, souvent, le temps de se développer autour d'une même difficulté avant que le juge ait l'occasion d'intervenir. Surtout, de nombreux problèmes, factuels ou juridiques, n'atteignent jamais aucune juridiction ; certaines règles légales et conventionnelles ne donnent lieu à aucune jurisprudence, alors qu'il n'est pas vraisemblable qu'elles ne soulèvent aucune difficulté d'application. Ce contentieux se règle par d'autres voies : transactions et compromis individuels, conflits collectifs, intervention des institutions de représentation du personnel, de l'Administration, etc. En outre, une certaine proportion des demandes introduites devant les Conseils de prud'hommes ne dépassent pas l'audience de conciliation, d'autres actions s'éteignent par désistement ou péremption d'instance.

414. Plus profondément, se pose la question de savoir si le contentieux, et plus encore le contentieux judiciaire, représente l'ensemble des rapports sociaux où il surgit, notamment lorsqu'ils ne sont pas conflictuels. Cette interrogation met en cause une certaine conception qui présume naturellement pacifiques lesdits rapports sociaux. Le conflit s'y trouve qualifié de dysfonctionnement, de pathologie. Dès lors, la question n'admettrait qu'une réponse négative, déniait à la jurisprudence la moindre portée sur les relations sociales pacifiques et réduisant son utilité à la résolution des conflits. La mission du juge recevrait une définition simple et séduisante : rétablir la paix.

Une telle représentation tend à nier les contradictions, parfois antagoniques, dont chacun peut cependant constater qu'elles traversent profondément le corps social ; appliquée à la jurisprudence du travail et de l'emploi, elle récuse, essentiellement, les contradictions de classe. Les conflits du travail ne seraient qu'accidentels, car employeurs et salariés auraient des intérêts identiques, communs. Nous nous inscrivons en faux contre cette analyse qui aboutit à masquer la réalité. Le contentieux judiciaire traduit plutôt, à nos yeux, la surrection dans la sphère publique des litiges déclarés qui n'ont pu trouver une solution dans la sphère privée des relations de travail. Il n'est pas contestable que ces derniers ne regroupent qu'une infime partie des innombrables différends apparaissant quotidiennement entre employeurs et salariés. Certes, la plupart restent parfois superficiels, mineurs ; certes encore, ils n'éclatent pas toujours, mais demeurent souvent latents, larvés. L'affrontement, l'opposition d'intérêts ne constituent pas moins le principe de fonctionnement des rapports de travail et d'emploi, de résolution des contradictions qui les animent.

En un mot : l'emploi n'est pas naturellement paisible. L'emploi paisible est un mythe qui renvoie directement à celui du caractère égalitaire du contrat de travail. Non seulement le droit du travail est impuissant à pacifier l'emploi, mais encore il organise et gère lui-même la contradiction fondamentale entre les protagonistes ; et la jurisprudence y prend une part décisive : n'est-ce pas à elle que l'on doit l'invention de la notion de subordination juridique, critère du contrat de travail ? Or, qu'y a-t-il de plus conflictuel que la subordination d'une personne à une autre ?

415. En ce sens, la jurisprudence nous semble parfaitement représentative des rapports de travail dans leur plénitude et dans leur essence. Elle l'est d'autant plus qu'elle participe, directement et de manière déterminante, à leur dynamique.

Il importe, néanmoins, de signaler deux limites à cette représentativité. L'une tient au Code de Procédure Civile, dont l'article 4 dispose que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties, et dont l'article 5 oblige le juge à se prononcer sur tout ce qui est demandé mais seulement sur ce qui est demandé ; dont l'article 7 lui interdit de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat, et enfin dont l'article 12 dispose qu'il ne peut changer la dénomination des faits et actes litigieux ou le fondement juridique de l'action lorsque les parties l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat. Cet ensemble de mesures limite, en partie, le pouvoir juridictionnel ; le procès ne fait état, sauf exceptions, que des éléments souhaités par les plaideurs.

La seconde limite ressortit des représentations que les parties se font, ou cherchent à imposer à des fins de tactique judiciaire, des faits et actes en cause. A travers la relation qu'en font les justiciables devant le juge, les circonstances du litige, ses origines, ses conséquences, voire parfois la nature même de celui-ci se trouvent fréquemment travesties, délibérément ou non. Le souci de la preuve, paradoxalement, n'est pas étranger à ce phénomène : il peut conduire les parties à déformer l'image du réel afin de faire triompher leur point de vue. Et, faute de preuve, le juge écarte des éléments dont la réalité est parfaitement connue des parties. Ce phénomène semble inhérent à tout procès, que la procédure soit plutôt accusatoire, ou plutôt inquisitoire comme dans l'instance prud'homale.

416. Dans le même sens, le juge, lui-même, modifie la vision des choses et comportements. L'idée qu'il se fait des aspects matériels, psychologiques ou sociologiques des rapports concrets de travail fonctionne comme un filtre ; elle l'incline à retenir certains détails rapportés par les justiciables et à en négliger d'autres, selon le degré de vraisemblabilité qu'il leur reconnaît. Cette attitude se manifeste, évidemment, plus systématiquement chez les juges professionnels des Cours d'appel et de cassation, dépourvus de toute expérience des rapports de travail dans l'entreprise privée. Bien que nettement moins marquée chez les conseillers prud'hommes, eux-mêmes simultanément protagonistes desdits rapports et censés connaître personnellement les conditions de travail et d'emploi des plaideurs, elle n'en est pas cependant totalement absente. Le psychologue y verrait, sans doute, une reconstruction fantasmatique du réel.

La technique judiciaire de qualification juridique des faits contient en elle-même l'éventualité de leur déformation à l'occasion de l'opération d'abstraction par laquelle le juge (quel qu'il soit) les range dans une catégorie juridique pré-

?!
voir p.
suivante

construite et parfois mal adaptée à la réalité. L'opération précédant cette qualification, consistant à reconstruire intellectuellement les faits d'après les déclarations souvent divergentes des parties afin de se trouver en mesure de les classer en droit, procède, tout autant, de cette *performativité* du discours judiciaire (768).

Enfin, le juge ne s'embarrasse pas toujours d'une recherche des faits. D'une part, l'article 146 du Nouveau Code de Procédure Civile interdit d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence du plaideur dans l'administration de la preuve, carence laissée à la libre appréciation du juge. D'autre part, la jurisprudence du travail a construit, il y a longtemps déjà, une théorie dite *de l'apparence* par laquelle elle accepte de tenir pour établis des faits ou actes simplement allégués, mais présentant un degré de vraisemblance élevé. Pour conclure sur ce point, souvenons-nous du proverbe selon lequel le juge ne cherche pas la vérité, mais la justice : il se vérifie ici indiscutablement. La jurisprudence nous livre un *reflet* fidèle non pas du réel, mais des représentations que les parties et le juge s'en font. Pour autant, ceci n'invalide pas notre hypothèse d'une jurisprudence-reflet : c'est bien cette réalité représentée qui suscite et fait l'objet des normes jurisprudentielles, lesquelles modèleront la réalité future. Puis, à son tour, cette dernière donnera lieu à des représentations qui nourriront de nouvelles règles jurisprudentielles, et ainsi de suite. De sorte que, si la jurisprudence régule effectivement les rapports sociaux, ce n'est jamais qu'à partir des représentations judiciaires. Cela commande une grande prudence en matière d'évaluation de la régulation jurisprudentielle.

*cert
meux*

(768) Cf. IVAINER, Théodore. - L'interprétation des faits en droit. - Paris : L.G.D.J., 1988. Sur la notion de performativité, v. *supra* Partie préliminaire, n° 32. En ce sens, les opérations de qualification et pré-qualification judiciaires des faits, en tant que jugements de réalité, s'analysent comme mécanisme de la conceptualisation jurisprudentielle.

Sous-section 2 :

L'ACTION JURISPRUDENTIELLE SUR LES RAPPORTS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI

417. Nous synthétiserons et mettrons en forme dans ces paragraphes de multiples éléments, évoqués précédemment, tendant à fonder un second argument quant à l'intérêt méthodologique de l'analyse de la jurisprudence pour l'intelligence des rapports de travail et d'emploi. Il s'agit de l'hypothèse du juge-acteur. Nous resterons, toutefois, à la lisière de la discussion relative à la notion d'acteur en sociologie. L'usage que nous ferons de ce terme est celui du sens commun, sans souci de prendre position par rapport aux débats des spécialistes, et au risque de susciter leurs critiques.

Cet argument pose la jurisprudence comme l'une des forces motrices du changement que l'on constate dans les rapports sociaux (nous avons admis que la régulation ne consiste pas à assurer la reproduction à l'identique des rapports sociaux). Il transpose, au niveau des rapports concrets de travail et d'emploi l'hypothèse selon laquelle la jurisprudence constitue le principe d'action de l'institutionnalisation du rapport salarial au niveau global.

L'exposé de cet argument s'articule en trois phases : préciser l'identité de l'acteur (A.), repérer sur quels rapports il agit (B.), et détecter les moyens par lesquels s'exerce son action (C.).

A. Quel acteur ?

418. La jurisprudence ne saurait être réduite à l'activité du seul juge. Nous l'avons noté : de nombreuses catégories de personnes (physiques et morales) prennent part à son élaboration (des plaideurs aux utilisateurs des jugements et arrêts, en passant par les juges, les organisations professionnelles, les éditeurs, la doctrine). Chacun de ces groupes mérite la dénomination d'acteur collectif, au sens que donne J.D. REYNAUD à l'expression. (769). Chacun poursuit en effet des buts sociaux qui lui sont propres, créant à cet effet sa

(769) Cf. REYNAUD, J.D. - Les règles du jeu..., *op. cit.*

régulation particulière (toujours au sens de J.D. REYNAUD : production de règles, non nécessairement juridiques). Plus précisément, chacun s'efforce d'orienter le sens de la jurisprudence selon ses propres intérêts, et de modifier à son avantage l'économie interne du système jurisprudentiel décrit par E. SERVERIN. La jurisprudence est un enjeu avant de devenir une force. Si le juge occupe, incontestablement, une position centrale parmi ces acteurs collectifs, nous voyons mal quelle sorte d'étude permettrait de savoir lequel occupe, à un moment donné, la position déterminante. Nous sommes réduits à postuler que la réponse à une telle question n'emporte aucune conséquence décisive quant à la nature de l'action jurisprudentielle. Il faut, alors, rejoindre l'opinion de J.D. REYNAUD selon qui les régulations supérieures et générales, y compris les *régulations de contrôle* que sont les règles de droit, proviennent de la rencontre entre divers acteurs collectifs, c'est-à-dire entre divers projets sociaux ; cette rencontre s'effectue tantôt dans le compromis, la transaction, tantôt dans l'épreuve de force. ≠ ?

Il est tentant de réunir, abstraitement, l'ensemble de ces acteurs collectifs pour les constituer en une sorte de super-acteur collectif. La notion d'acteur collectif de J.D. REYNAUD ne semble pas l'autoriser, dans la mesure où elle suppose l'adhésion à un projet social commun ; or, l'élaboration de la jurisprudence ne répond pas à cette condition : elle n'est qu'un résultat, pas une fin. Le projet social du juge lui-même ne se réduit pas à produire de la jurisprudence ; on peut soutenir qu'il consiste à résoudre les conflits d'intérêts, avec ou sans jurisprudence (770).

S'ensuit une alternative : soit renoncer à tout effort d'unification et parler des acteurs jurisprudentiels, soit conserver la notion d'acteur collectif en modifiant sa définition. Seraient, ainsi, réunis les groupes de personnes concourant objectivement à la réalisation d'un produit social unique, d'une régulation synthétique, issue de la rencontre de leurs régulations spécifiques et les transcendant. Au risque de déroger à l'acception commune de la notion d'acteur en sociologie, nous opterons pour cette seconde branche de l'alternative. Elle permet de rendre compte à la fois de la diversité des acteurs mobilisés, et de l'unité où le produit de leurs projets respectifs les rassemble. L'expression : *acteur jurisprudentiel* se lit ainsi comme un singulier collectif.

(770) Cette analyse est congruente avec l'hypothèse de l'absence de tout ingénieur-système, posée par R. BOYER.

B. Quels rapports sociaux ?

419. Les seuls *rappports de travail*, à savoir rapports liant le salarié à l'entreprise à l'occasion de l'activité productive, confrontent déjà le travailleur à de multiples autres acteurs : à d'autres salariés de l'entreprise, aux clients ou fournisseurs de l'entreprise, à des salariés d'autres entreprises (de travail temporaire, ou présentes sur le même site), à des travailleurs non salariés présents dans l'entreprise (consultants, médecins, artisans, sous-traitants, etc.), à des fonctionnaires (inspecteurs du travail, représentants des organismes publics de tutelle, etc.), et parfois même à des personnes étrangères à l'activité de l'entreprise (parents, conjoint ou ami(e) de l'employeur ou des collègues, etc.) mais faisant irruption dans celle-ci. La liste n'est sans doute pas exhaustive. Quoi qu'il en soit, chacun de ces micro-rapports sociaux contribue, manifestement, à définir le rapport concret où s'inscrit chaque travailleur. La jurisprudence en témoigne, qui connaît des litiges qu'ils suscitent.

En renversant cette dernière proposition, on établit la capacité de la jurisprudence (sociale) à indiquer les micro-rapports sociaux qui composent les rapports de travail. Une telle capacité provient ^{notamment} des règles légales d'attribution de compétence aux Conseils de prud'hommes. L'article L 511-1, Code du travail dispose que ceux-ci règlent «les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre les employeurs ou leurs représentants et les salariés qu'ils emploient (...) les différends nés entre les salariés à l'occasion du travail» : la généralité de cette norme prend en compte la complexité des relations axées autour du travail salarié.

420. La jurisprudence du travail et de l'emploi ne se borne d'ailleurs pas à réglementer des rapports dont la légitimité est organisée en dehors d'elle, mais décide parfois de cette légitimité elle-même, consacrant ou prohibant certaines relations, acceptant ou refusant l'immixtion de certaines catégories de personnes dans les rapports entre employeur et salarié(s). Elle est, ainsi, à l'origine de règles selon lesquelles l'employeur ne peut se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise lors d'un entretien préalable au licenciement, un salarié ne peut introduire un tiers dans l'entreprise sans l'accord de l'employeur, le comité d'entreprise peut faire appel à un expert-comptable à l'occasion d'un projet de licenciement économique, un délégué syndical sort de son mandat s'il se met au service des salariés d'une autre entreprise que la sienne, les travailleurs temporaires bénéficient des institutions de représentation du personnel des

entreprises où ils accomplissent leur mission, etc., parfois approuvées par le législateur.

La jurisprudence fait, encore, éclater le caractère traditionnellement bilatéral du rapport de travail en admettant que le même contrat de travail lie un salarié à plusieurs employeurs simultanément, démultipliant ainsi la relation originelle.

Bref : la jurisprudence, avant même de contribuer à la définition du contenu et du fonctionnement des rapports de travail et d'emploi, participe, directement et de manière autonome, à la détermination des acteurs autorisés à entrer en rapport les uns avec les autres. et à celle de la nature de leurs rapports.
impact sur vie privée (concurrence "sur l'oreille" ...)

421. La notion de rapport d'emploi, qui complète celle de rapport de travail dans notre définition des rapports salariaux concrets, se prêterait sans difficulté à une analyse analogue. On y verrait par exemple la jurisprudence valider et régir les rapports entre un salarié en formation et l'organisme de formation extérieur à l'entreprise, ou organiser et sanctionner des relations d'ordre privé entre employeur et salarié (à propos de logement loué à celui-ci par celui-là, de compensation de dettes non nées du travail, etc.). Nous ne développerons pas ce point.

Intéressons-nous, en revanche, à un dernier aspect : la jurisprudence du travail, en favorisant ou interdisant certaines pratiques, en créant ou supprimant des normes juridiques, structure les rapports sociaux et, mieux, les groupes sociaux eux-mêmes. Elle modifie, organise et parfois crée des statuts sociaux : par exemple, ceux de stagiaire d'initiation à la vie professionnelle (à qui elle refusa la qualité de salarié), de conseiller extérieur du salarié lors d'un entretien préalable au licenciement, de salarié auteur d'une demande d'organisation d'élections professionnelles, de travailleur intermittent (avant l'ordonnance du 11-08-86), etc. Législateur et gouvernement s'inspirent fréquemment de cette œuvre pour instituer ou supprimer catégories et statuts sociaux : les exemples abondent en matière de politiques publiques de l'emploi.

C. Quels modes d'action ?

422. Bien sûr, l'acteur jurisprudentiel n'agit pas immédiatement ni *en temps réel* sur les rapports salariaux, comme les employeurs et salariés.

La définition de la jurisprudence comme ensemble de normes juridiques issues des jugements et arrêts appelle ici une précision. D'une part, lorsqu'il crée des règles de droit nouvelles, l'acteur jurisprudentiel contribue directement à la constitution du droit positif ; il agit directement sur le droit, mais non sur les comportements des protagonistes de l'emploi qui restent libres de mobiliser, ou non, lesdites règles.

En revanche, lorsque telle Cour d'appel condamne tel employeur à payer une indemnité au salarié licencié, elle rend une décision qui va modifier directement les rapports entre eux (à la condition que le salarié fasse exécuter l'arrêt), mais elle ne crée pas une règle de droit générale et abstraite.

Les juristes connaissent bien cette distinction entre règle de droit et décision (771), qui fait problème. Il est inutile d'entrer ici de plain pied dans ce débat. Que l'on qualifie ou non de règle de droit la décision judiciaire (contenue dans le dispositif du jugement) ne modifie en rien l'analyse précédente.

C'est bien l'action des règles jurisprudentielles qui nous intéresse, et non celle des décisions de justice. Il ne s'agit pas de nier le rôle de ces dernières dans les relations entre employeurs et salariés ; mais la décision de justice (*la Cour condamne la société X à verser la somme Y au salarié Z à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*) n'est que le résultat de l'application aux faits de l'espèce d'une règle générale (*le vol d'un paquet de bonbons par un employé de supermarché ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement*). Cette règle préexiste au procès (règle légale, réglementaire, conventionnelle, jurisprudentielle, etc.), ou elle est formulée par le juge à l'occasion de ce procès. Elle est exposée dans la *motivation* du jugement ou de l'arrêt, qui précède et fonde la décision individuelle mentionnée dans leur *dispositif*. C'est elle qui constitue une règle jurisprudentielle en puissance, et non la décision. Elle ne devient jurisprudentielle qu'à l'issue du processus dont nous avons suivi plus haut les étapes. La jurisprudence est médiate par essence. Le processus de *médiatisation* exigeant un certain temps, la jurisprudence agit en *différé*. Ce décalage chronologique produit des effets particulièrement pervers lorsque la nouvelle règle jurisprudentielle se révèle contraire à une ancienne sur un même objet ; ce revirement de jurisprudence possède alors une portée rétroactive qui rompt l'égalité entre sujets de droit, perturbe les stratégies des justiciables et instaure une certaine incertitude juridique (772). En ce sens, la jurisprudence *déstabilise* les rapports sociaux.

(771) Cf. JEAMMAUD, A., LYON-CAEN A. - Droit et direction du personnel. - *op. cit.*

(772) Le caractère rétroactif d'un revirement de jurisprudence n'est toutefois pas la conséquence de ce décalage chronologique.

423. Un second aspect des modalités d'action de la jurisprudence enrichit l'étude de l'intérêt méthodologique qu'elle présente pour l'analyse de la dynamique des rapports de travail et d'emploi : sa capacité à saisir et assimiler les valeurs et représentations que la société se crée, considérées par la théorie du rapport salarial comme l'un des *principes d'action* de ce dernier. Que le Conseil de prud'hommes ou la Cour d'appel statue en fait (le salarié X a-t-il commis la faute professionnelle alléguée par son employeur ?) ou en droit (l'avertissement est-il une sanction disciplinaire au sens de la loi ?), il est bien rare que la motivation de la solution ne contienne, explicitement ou non, une référence à une ou des valeurs extra-juridiques. En d'autres termes, le juge ne se borne jamais à régler les différends aux seuls critères des faits de l'espèce ou des textes applicables. Il puise très fréquemment, pour construire son raisonnement et forger sa conviction, dans les valeurs et représentations morales, idéologiques, les opinions et coutumes, les idées et sentiments collectifs, etc., en vigueur à l'époque du jugement soit dans l'ensemble de la société, soit dans certains groupes et rapports sociaux.

Cet appel aux valeurs communes touche toutes les étapes du raisonnement judiciaire. Théodore IVAINER l'a magistralement démontré en ce qui concerne l'interprétation du droit comme celle des faits. Il consacre ainsi pas moins de quatre chapitres de son ouvrage à l'analyse de l'élément axiologique dans le travail judiciaire (773) révélant le rôle capital et indispensable des jugements de valeur émis par le juge tout au long de son discours, parfois à son insu. Il assigne aux systèmes axiologiques un rôle décisif, et non seulement supplétif, à celui du droit positif, et reconnaît aux valeurs une fonction régulatrice plutôt que normative. Le juge est sans cesse conduit à opérer des choix entre systèmes de valeurs multiples et simultanément présents dans le corps social, dont la fonction consiste, précisément, à réguler les choix. L'auteur dresse une typologie des valeurs ainsi disponibles dans la conscience collective, provenant de l'expérience commune : valeurs techniques, socio-sémantiques, psycho-éthiques. La multiplicité des valeurs (rares sont celles qui recueillent un consensus unanime) laisse au juge un pouvoir d'interprétation étendu. Elles entrent dans un rapport de rivalité avec le droit positif.

Cette analyse conduit inévitablement à interroger la vision du monde du juge en tant que personne, donc à fonder une psycho-sociologie de la magistrature.

(773) Cf. IVAINER, Théodore. - L'interprétation des faits en droit. - *op. cit.*

424. Théodore IVAINER s'est, principalement, voire exclusivement, intéressé à l'activité judiciaire, plutôt qu'au système jurisprudentiel. D'autres auteurs, réfléchissant cette fois sur la jurisprudence, relèvent également la part qu'y prend l'axiologie. Pour ne citer que des auteurs dont nous avons déjà présenté les travaux, donnons la parole à C. GRZEGORCZYK. Nous savons qu'il intègre dans sa définition de la jurisprudence la doctrine considérée comme méthode : «la méthode en question n'est pas neutre car juger de ce qui est un *bon jugement* présuppose l'existence de critères extérieurs et supérieurs (...) Les critères dont l'existence est ainsi postulée sont nécessairement des valeurs, et c'est pourquoi nous voyons dans la Wertjurisprudenz allemande l'incarnation moderne de la jurisprudence romaine, fondée sur la vertu, à la fois intellectuelle et morale, de la prudence, qui n'est rien d'autre qu'une dimension de la raison pratique appliquée au droit». Toutefois, cette analyse ne vise que les valeurs juridiques (774). Valentin PETEV, en analysant les structures rationnelles et les implications sociologiques de la jurisprudence, remarque plus radicalement, peut-être,

qu'«en outre, et par essence de sa tâche, le juge est appelé à pénétrer dans le contenu des normes, à établir le sens des dispositions normatives en fonction de leur teneur socio-axiologique (...) le juge fait recours aux valeurs actuellement partagées par la société (...) correspondant aux conceptions politiques et éthiques de l'époque. C'est pour cette raison, et non parce qu'elle répond à une rationalité prétendue absolue, que la décision judiciaire qui est en accord avec ces valeurs sera acceptable et acceptée par les justiciables aussi bien que dans la société en général» (775).

Pourquoi ne pas pousser cette analyse plus avant, en suggérant, d'une part, que chacun des acteurs collectifs du système jurisprudentiel, et non seulement le juge, recourt également à une démarche axiologique, et, d'autre part, que c'est pour cette raison qu'une décision (ou série de décisions) de justice ainsi valorisée (valeuruse ?..) devient jurisprudence ?

425. J. CARBONNIER aborde cette question du point de vue, opposé, de l'utilité potentielle de la sociologie juridique pour le juge. Après avoir constaté

qu'«il est préférable de légiférer en accord avec l'opinion publique plutôt que contre elle, la conséquence s'ensuit : pour interpréter aussi, il est bon d'avoir son accord. C'est seulement à

(774) Cf. GRZEGORCZYK, C. - Jurisprudence : phénomène judiciaire... - *op. Cit.*

(775) Cf. PETEV, V. - Structures rationnelles... - *op. cit.*

cette condition d'être comprise par tout le monde, même par les non-juristes, qu'une interprétation peut garantir aux décisions dont elle est le support une autorité morale étendue».

Et donc, ajouterions-nous, une valeur jurisprudentielle. C'est, selon l'auteur, ce qui justifie le recours à la sociologie juridique pour guider le juge dans son souci de «faire partager sa conviction au peuple» (776).

Il est surprenant qu'E. SERVERIN, lorsqu'elle analyse les procédés de découverte des règles par la jurisprudence ne mentionne jamais la référence aux valeurs. Elle s'en approche pourtant à plusieurs reprises, notamment dans une analyse de «l'application de la loi comme procédure de recherche de solutions à un conflit d'intérêts» où elle expose avec sympathie les thèses de P. AMSELEK et A. JEAMMAUD sur la définition de la règle de droit (777). On sait que ces auteurs, rejetant la définition déontique traditionnelle de la règle de droit (prescriptive, prohibitive ou ^eprmissive), préfèrent considérer celle-ci comme un *modèle idéal* de référence, une représentation du devoir-être, à utiliser comme moyen d'évaluation plutôt que comme *règle de conduite*. Cette approche, aisément transposable, d'ailleurs, de la règle légale à la règle jurisprudentielle, présente une grande affinité avec l'analyse axiologique, dans la mesure où les valeurs fonctionnent, également, comme des modèles, trouvés dans la conscience collective.

426. Transposée dans la problématique de la théorie de la régulation de R. BOYER, cette analyse produit un effet intéressant sur la notion de *principes d'action* de l'institutionnalisation des rapports sociaux. Le troisième principe est celui des «*systèmes de valeurs et de représentations*» intervenant «*en l'absence même de lois ou de conventions privées (...) pour que la routine remplace la spontanéité et la diversité des pulsions et initiatives individuelles*» de manière à «*obtenir une codification implicite et une relative homogénéisation des comportements*» (778). L'auteur cite, à titre d'exemples, les croyances religieuses, les règles de bonne conduite, les anticipations longues (représentations de l'avenir), les représentations du fonctionnement de l'économie : «*ainsi peut s'expliquer qu'un même rapport social dérive, selon le cas, soit de règles juridiques contraignantes, soit d'une communauté implicite des systèmes de représentations*» (779). Certes, les systèmes de valeurs et de représentations interviennent même en l'absence de

(776) Cf. CARBONNIER J. - Sociologie juridique. - op; cit., p. 290.

(777) Cf. SERVERIN, E. - op. cit. - p. 223.

(778) Cf. BOYER, R. - La théorie de la régulation... - op. cit., p. 56.

(779) Ibid.

règles de droit. Certes encore, on peut leur prêter, comme aux règles de droit, une fonction de routinisation, de régularisation, d'homogénéisation, voire d'automatisation relatives des comportements sociaux.

427. En revanche, il devient impossible de suivre l'auteur lorsqu'il écrit qu'un même rapport salarial peut fonctionner sous l'empire du droit ou des valeurs, dans la mesure où le propos introduit une relation d'exclusion entre ces deux principes d'action. Nous venons, précisément, de faire la démonstration de la proposition inverse : le droit, notamment jurisprudentiel, inclut les valeurs (non juridiques). Là où le rapport social *dérive* de règles juridiques, il *dérive* aussi, nécessairement, de valeurs et/ou représentations. En outre, si l'inverse n'est pas toujours vrai, il importe néanmoins de relever que les valeurs et représentations concernent souvent le droit, dans ses fins (la Justice, la Sécurité, etc.) dans son caractère contraignant, dans la teneur de ses règles, etc. La sociologie met en évidence le rôle considérable que jouent, parfois, les représentations du droit dans les rapports sociaux, lesquels peuvent se trouver organisés par de telles imageries (souvent inexactes) aux lieu et place des règles juridiques elles-mêmes (780).

Par ailleurs, on voit mal quels sont les cas où un rapport social procède de règles de droit, et ceux où il procède de valeurs et représentations ; s'agissant des rapports sociaux fondamentaux (rapport salarial, monnaie, concurrence, Etat, relations internationales), il nous semble, plutôt, que tous se trouvent régis, simultanément, par du droit et des valeurs. S'agissant, spécialement, du rapport salarial, chacune de ses cinq composantes nous paraît dans la même situation. Il faut changer de niveau d'analyse, et se pencher sur les rapports sociaux concrets (spécialement, les rapports de travail et d'emploi) pour rencontrer des cas où le droit ne les appréhende pas ; encore, considère-t-on, parfois, que le nombre de ces occurrences va constamment en diminuant, sous l'effet d'un mouvement général de juridicisation des rapports sociaux.

(780) Cf. PHARO, Patrick. - Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil. -, et DULONG, Renaud. - *On a pas le droit* : Sur les formes d'appropriation du droit dans les interactions ordinaires. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J. - Normes juridiques et régulation sociale. - *op. cit.*, p. 243 et s., et p. 257 et s. ; KELLERHALS, Jean, MODAK, Marianne, PERRIN, Jean-François. - Transactions interindividuelles, cohésion de groupe et normes de justice. - BLANC, Maurice, éd. - Pour une sociologie de la transaction sociale. - Paris : L'Harmattan, 1992, p. 187 et s.

428. Pour terminer sur ce point, nous dirons que la capacité du droit, principalement jurisprudentiel, à se nourrir des valeurs et représentations, lui confère le rang de principe d'action central, synthétique, de la mise en forme institutionnelle des rapports sociaux. Particulièrement, la jurisprudence concentre en elle les trois principes d'action, par sa vocation à mettre en cohérence les deux premiers (loi, convention) et sa capacité à intégrer le troisième (valeurs et représentations).

Sous-section 3 :

LA JURISPRUDENCE : UN "ANALYSEUR"

Reflet, acteur, la jurisprudence fonctionne également comme un *analyseur* des rapports de travail et d'emploi et des règles qui les organisent. Nous entendons par là tout à la fois qu'elle les analyse, et constitue un outil pour leur analyse, ce second aspect dérivant du premier.

A. La jurisprudence, analyseur des rapports de travail et d'emploi

429. Différentes caractéristiques de la jurisprudence du travail et de l'emploi évoquées précédemment révèlent son rôle d'analyseur des rapports de travail et d'emploi. Nous ne retiendrons ici que les plus intéressantes pour notre démonstration. L'hypothèse est qu'avant même de concerner les règles, l'analyse jurisprudentielle touche les rapports salariaux réels, tels qu'ils se manifestent concrètement, quotidiennement, dans les relations qui se nouent entre le salarié d'une part, son employeur, ses supérieurs, ses collègues, les clients et fournisseurs de l'entreprise d'autre part, et par ailleurs dans son comportement au travail. Le phénomène jurisprudentiel implique leur analyse, au moins, lors de trois étapes de la formation de la jurisprudence : la présentation des faits par les parties, la qualification juridique de ceux-ci par le juge du fond, le commentaire doctrinal, auxquelles on peut ajouter le traitement informatique.

1. La présentation des faits par les parties

430. Nous avons étudié plus haut le *travestissement* du réel auquel se livrent les parties au procès. Il importe maintenant de préciser que cette opération, qui répond à un objectif rationnel de tactique judiciaire, tend à présenter au juge non pas seulement les faits eux-mêmes dans leur nudité, mais encore et surtout une interprétation de ces derniers. Il s'agit évidemment de peser sur celle du juge. Pour posséder quelque force de conviction, l'interprétation des faits par les parties doit être logique, raisonnée. Elle s'inspire naturellement, chaque fois que possible, des techniques du juge lui-même, qu'elle tente d'orienter vers la solution précise recherchée. C'est une véritable analyse. Le juge se trouve ainsi conduit, dans sa propre analyse, à critiquer celle des parties.

Le phénomène apparaît nettement devant la Cour d'appel, la réalité des faits y étant souvent considérée comme établie en première instance devant le Conseil de prud'hommes : il est rare qu'une Cour d'appel ordonne une mesure d'instruction. On y discute essentiellement les analyses qu'en font les plaideurs. Ces dernières présentent donc un intérêt considérable pour l'observateur des rapports de travail et d'emploi en ce qui concerne les représentations que s'en font les protagonistes. Elles renferment, en effet, des modèles positifs ou négatifs de comportements élaborés par les intéressés eux-mêmes : l'analyse du comportement reproché à l'autre partie procède d'une démarche d'abstraction tendant à construire, à partir des faits, un acte ou un comportement type (insuffisance professionnelle, rétrogradation, etc.), affecté ensuite d'un jugement de valeur (insuffisance professionnelle fautive, rétrogradation abusive, etc.). De tels modèles, qui évoluent avec les circonstances socio-économiques, fournissent des indications précieuses sur la dynamique des rapports de travail et d'emploi.

2. L'interprétation des faits par le juge

431. L'interprétation des faits, tels qu'exposés par les parties, à laquelle le juge se livre dans la première étape de son travail de qualification juridique est déterminante quant à l'analyse des rapports de travail et d'emploi, puisqu'elle prime sur celle des plaideurs. Le juge peut ainsi valider l'interprétation de

l'employeur ou du salarié, mais il reste libre de donner une troisième version, sur le fondement des seuls arguments des parties ou, écartant ceux-ci, d'après les résultats d'une mesure d'instruction. La méthode judiciaire (dont s'inspirent les justiciables dans leur propre exposé) consiste à re-constituer les faits pour en extraire une caractérisation générale et abstraite à laquelle il deviendra possible d'affecter une qualification juridique. Exemple : *l'insuffisance professionnelle excédant l'inexpérience inévitable chez tout salarié débutant* - caractérisation générale et abstraite - *constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement* - qualification juridique -. A travers l'opération d'interprétation des faits en droit, le juge élabore ainsi de véritables *concepts factuels*, qui expriment sous une forme condensée autant d'aspects concrets des rapports de travail et d'emploi. Cette méthode permet d'appréhender les faits les plus complexes, de rendre compte d'une manière extrêmement fine et nuancée des moindres détails et particularités des situations, actes et comportements concrets. Elle ne connaît aucune limite : les juges ne cessent de construire de nouveaux concepts factuels au fur et à mesure que change la réalité, ceux qui deviennent obsolètes tombant peu à peu en désuétude. Ils servent au juge de clés d'analyse pour les affaires analogues ultérieures, et constituent, regroupés, de précieuses grilles et catégories facilitant son travail d'interprétation.

Ils présentent également un intérêt considérable pour la sociologie juridique et d'autres disciplines voisines, dont notamment la psychologie, lorsqu'elles s'intéressent aux relations qu'entretiennent employeurs et salariés. En cela, ces concepts factuels deviennent autant d'outils d'analyse, d'indicateurs (781).

3. L'analyse doctrinale des faits

432. De manière générale, le commentaire de jurisprudence considère les faits comme dûment établis à l'issue du procès. Tout au plus le commentateur essaie-t-il de deviner ce que des faits plus ou moins différents auraient provoqué sur la teneur de la solution, ou d'étendre cette solution à des circonstances litigieuses voisines. Cette réflexion conduit parfois l'auteur à construire lui-même des concepts factuels ; mais ces derniers, à la différence des constructions jurisprudentielles, relèvent de l'imaginaire et de l'hypothétique. Cette

(781) Sur ces questions, voir MARRAUD, C., dir. - Exploitations régionales d'un système de traitement informatisé du contentieux des relations de travail, rapport de recherche au MRT, Université de Nancy II, mars 1988, spéc. Chapitre III.

caractéristique ne les empêche cependant pas de contribuer à la formation de jurisprudence dans le cadre général du rôle de la doctrine tel que décrit plus haut.

4. Le traitement informatique de la jurisprudence

433. Le traitement des concepts factuels jurisprudentiels soulève, enfin, et nous désirons attirer particulièrement l'attention sur ce point, des difficultés particulières à l'occasion du classement des jugements et arrêts en vue de leur publication et/ou analyse de jurisprudence. Ces problèmes deviennent cruciaux lorsque le système de classement est informatisé (782), et ils touchent au premier chef les jurisprudences fortement factuelles dont celle du travail constitue un exemple typique. Sans entrer dans le détail de ces difficultés, indiquons que, si les catégories juridiques légales, réglementaires ou conventionnelles fournissent relativement aisément des grilles de classement de la jurisprudence, l'infinie richesse des catégories factuelles qu'elle engendre paraît irréductible à toute systématisation informatique. En effet, la quasi-totalité des programmes optent pour la méthode dite des *mots-clés*, et tendent aujourd'hui, pour des raisons de commodité d'interrogation et de convivialité, à privilégier le *langage naturel*. La polysémie et l'équivocité sémantique des mots présentent déjà de nombreux inconvénients, suscitant tantôt un *bruit* fortement perturbateur, tantôt un *silence* paradoxal qui entravent la recherche ou l'analyse d'informations fines ; or, contrairement aux apparences, le discours judiciaire - notamment factuel -, trahit une diversité, une hétérogénéité désarmantes à cet égard. Mais encore, comme nous l'avons vu ci-dessus, plus les concepts factuels auxquels il recourt s'affinent, plus leur expression linguistique se complexifie : les formulations deviennent de longues périphrases soigneusement agencées, où les mots prennent un sens spécifique. Les systèmes informatiques visés précédemment se révèlent impuissants à rendre compte de cette richesse. Ce phénomène apparaît incontestablement comme un obstacle majeur au libre développement de la jurisprudence, comme l'une des principales limites du progrès énorme apporté par l'informatique au droit et à sa science. Par voie de conséquence, il gêne tout aussi fortement la connaissance des rapports de travail et d'emploi dont les concepts factuels jurisprudentiels sont potentiellement porteurs (783).

(782) Ainsi que nous le relevons dès l'Introduction générale (n° 16), le développement des banques informatiques de données juridiques contribue fortement à l'évolution du mode jurisprudentiel de création du droit.

(783) Sur cette question et d'autres relatives à l'impact de l'informatique sur le droit, lire notamment les Actes du colloque *Apports de l'informatique à la connaissance du droit*, Annales de l'IRETIJ, Montpellier, 1989.

434. Le système de traitement de la jurisprudence du travail mis au point au CERIT à l'initiative et sous la direction de Catherine MARRAUD tente, avec un succès certain, de remédier à ces difficultés en adoptant une technique de classement fondée, précisément, sur les concepts factuels (et juridiques) utilisés ou créés par les juges. Chacun fait en premier lieu l'objet d'une identification par les méthodes habituelles d'analyse de jurisprudence, et se trouve ensuite affecté d'une cote alphanumérique qui en permet l'insertion dans un fichier à structure arborescente (dont l'extension, théoriquement illimitée, suit ainsi fidèlement l'évolution de la jurisprudence). L'exploitation du fichier, par exemple en vue de la réalisation d'une chronique de jurisprudence ou d'une aide à la décision, fonctionne également à l'aide des cotes alphanumériques, regroupées dans un thesaurus qui mentionne en clair les concepts auxquels elles correspondent. En interrogeant la machine par ces cotes, on obtient ainsi tous les arrêts recherchés, et rien qu'eux : le bruit se trouve considérablement réduit, et le silence est signifiant (784).

Cette méthode permet de rendre compte avec une grande fidélité des moindres nuances des concepts factuels et juridiques en cause. En cela, le traitement informatique de la jurisprudence met clairement en évidence les qualités d'analyseur des rapports de travail et d'emploi de celle-ci.

Certes, l'analyse des jugements et arrêts sur lesquels repose ce traitement demeure empreinte d'un certain subjectivisme dû à la personnalité des analystes. Mais ce travers est fortement réduit par le caractère collectif de la définition des orientations et critères d'analyse par l'ensemble de l'équipe de recherche, et par les contraintes issues du système lui-même.

Enfin, ce traitement ne se réduit pas à un simple enregistrement, neutre en lui-même, de données trouvées déjà constituées dans les décisions de justice. Il implique au contraire un travail important de détection et de mise en forme des concepts que les juges ne prennent pas la peine de toujours expliciter clairement. Ce travail - qui participe de la formation de la jurisprudence telle que nous l'avons définie - ajoute une valeur notable à la fonction d'analyseur de la jurisprudence.

(784) Cf. MARRAUD, C. - *Pour un accès efficace au contentieux de la relation de travail : un exemple de transfert d'une information judiciaire.* - Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'appel de Versailles, n° 7, décembre 1987, p. 171 et s.

Ainsi conçue, une telle fonction convainc sans mal de l'intérêt méthodologique que présentent la jurisprudence et son analyse pour une approche interdisciplinaire de la dynamique des rapports de travail et d'emploi.

B. La jurisprudence, analyseur des règles relatives aux rapports de travail et d'emploi

435. Au sein de son activité de création normative, la jurisprudence exerce une fonction, rarement étudiée pour elle-même bien que toujours sous-entendue, de mise à l'épreuve des règles. En d'autres termes (785), le juge apprécie la performance des normes. En effet, la démarche judiciaire est double : d'une part, qualifier juridiquement les faits, d'autre part choisir et y appliquer une règle. Le juge confronte ainsi les faits au droit, et le droit aux faits ; la recherche d'une exacte et réciproque adéquation vaut donc appréciation de la performance des règles juridiques, c'est-à-dire de leur capacité à appréhender correctement les faits. L'examen de la jurisprudence sociale ne manque pas d'exemples révélant les difficultés d'application causées par de nombreuses règles de droit équivoques, imprécises, inadaptées, lacunaires. Dans ces cas, les juges restent parfois désorientés et leurs décisions manquent de rigueur juridique ; ils peuvent également choisir d'éviter l'application de telles règles en les contournant et en leur préférant d'autres normes plus *sûres*, plus aisées à mettre en œuvre ; ils n'hésitent pas même, quelquefois, à interpréter ces *mauvaises* normes dans un sens très éloigné, voire opposé, à l'esprit ayant présidé à leur création. La correction ou l'abandon de certaines normes difficiles à pratiquer, la création de normes nouvelles apparaissent sous cet angle comme l'aboutissement d'un processus d'évaluation de la parfaite adéquation de certaines d'entre elles, alors solidement maintenues par la jurisprudence. L'observation de ce processus, à savoir l'aspect juridique de la motivation des jugements et arrêts, offre donc un intérêt particulier en ce qui concerne la connaissance des règles censées encadrer les rapports de travail et d'emploi.

Egalement, appréciation de la pertinence juridique des règles :
face aux autres règles de droit, aux règles extra-jur.

436. Il importe encore de relever que l'appréciation de performance en cause touche les normes d'origines non seulement légale, réglementaire, conventionnelle ou coutumière mais encore les règles posées par la jurisprudence elle-même. Cette appréciation outrepassé, parfois, les caractéristiques juridiques

(785) En l'occurrence, ceux de C. MARRAUD, *op. cit.*, p. 51.

des règles pour atteindre, de manière implicite, leur opportunité économique, sociale, morale. Le juge fait, alors, véritablement œuvre de doctrine, ce qui ne manque pas d'engendrer une polémique chez les juristes. En dernier lieu, il faut remarquer que l'analyse jurisprudentielle de performance des règles s'étend, bien au-delà du droit, à de nombreuses autres catégories de normes extrajuridiques auxquelles le juge est confronté : traditionnelles, relatives aux mœurs, éthiques, déontologiques, etc. (786). Le recours du juge aux valeurs non spécifiquement juridiques présentes dans le corps social répond, à travers leur mise en œuvre, à ce même processus d'évaluation de performance.

Il serait évidemment utile de démontrer qu'un autre acteur du système jurisprudentiel procède à une telle analyse : la doctrine. Mais il paraît possible de réaliser l'économie de cette démonstration : c'est, précisément, dans ce rôle que la doctrine se fait le mieux connaître.

(786) Le juge refuse, en revanche, de se prononcer sur certaines autres catégories de règles : par exemple, les règles techniques et professionnelles, sauf à désigner un expert dont il suivra fidèlement les conclusions.

CONCLUSION GENERALE

1. Comme indiqué dans l'introduction générale, les travaux dont on vient de lire le compte-rendu s'inscrivent dans un vaste programme de recherche, dont ils constituent la première étape. Il s'agissait, initialement, d'une part, de construire les fondations du programme dans son ensemble, à quoi nous avons consacré une partie préliminaire ; et, d'autre part, d'en bâtir le premier étage, ce qui occupe les deuxième et troisième parties. Au terme de cette première phase, une double question se pose, de savoir si ce premier étage est habitable, voire confortable, et si les fondations peuvent en supporter d'autres.

2. Le projet de consacrer une recherche doctorale à une réflexion relative aux modes de conceptualisation de l'emploi risquait de passer pour une tentative malhabile et peu honorable d'éluder les difficultés de l'élaboration d'une théorie de l'emploi. Sa réalisation montre, au contraire, à quel point le recul épistémologique constitue, aujourd'hui, un préalable indispensable à cette tâche. Simultanément, elle fait apparaître des difficultés propres, qui ne le cèdent en rien à celles de la théorisation... L'approche interdisciplinaire que nous avons retenue n'est pas la moindre ; cependant, s'il eût été plus simple de s'en tenir à l'analyse des seuls modes de conceptualisation juridique, cette méthode n'aurait, sans doute, pas permis aussi aisément de critiquer le recours général de la doctrine juridique à un concept économique, ni de proposer d'y substituer un autre, aux vertus plus fédératives.

3. Le choix de comparer, à ceux de la science du droit, les modes de conceptualisation de l'emploi de la sociologie et de l'économie s'expose à une critique d'hétérodoxie, tant la tradition juridique la plus classique se méfie des disciplines voisines, allant parfois jusqu'à contester leur scientificité. Seuls les spécialistes de droit économique, ainsi que les juristes faisant œuvre de sociologie du droit, osent (ou daignent, selon un autre point de vue) s'intéresser à ces dernières ; encore font-ils, de ce fait, figure de marginaux, voire de déserteurs. On préfère, à l'Université, intituler un cours : droit de la concurrence, droit des affaires, plutôt que : droit économique (sauf exceptions, dont la plus notable concerne la préparation à la profession d'avocat), et le *jurissociologue* est

réputé passé à l'ennemi ! C'est oublier, trop rapidement, les liens académiques historiques entre l'économie et le droit, d'un côté, et l'apport considérable des juristes à la sociologie, ainsi que celui de la sociologie au droit (notamment en matière de travail et d'emploi), de l'autre. En ce sens, la méthode interdisciplinaire ne déroge pas à un cloisonnement de toujours et en tous lieux : elle s'inspire, au contraire, de la très ancienne tradition encyclopédique française.

4. Les résultats qu'elle procure attestent, amplement, de sa pertinence. L'un des principaux produits de notre recherche réside, en effet, en la découverte d'un paradoxe majeur : alors qu'un puissant courant se développe actuellement, tant en économie qu'en sociologie (françaises, pour le moins), dans le sens d'une remise en cause, parfois radicale, du concept de marché en tant que catégorie analytique centrale, la doctrine juridique (française), dans toutes ses tendances, y demeure profondément attachée. Mieux : elle reste généralement sourde et aveugle à l'appel des socio-économistes critiques, qui voient dans la règle, spécialité des juristes, la catégorie alternative au marché.

En matière de théorisation du travail et de l'emploi, les frontières disciplinaires deviennent d'autant plus archaïques, insupportables et difficiles à justifier que le chômage ne cesse de progresser.

Les travaux qui précèdent démontrent la faisabilité d'un dialogue conceptuel entre le droit et les autres sciences sociales. Il ne s'agit pas, pour autant, de militer pour la suppression des spécialisations : l'exercice auquel nous nous sommes livré aurait, considérablement, gagné en qualité s'il avait été entrepris par un auteur collectif composé d'un membre, au moins, de chaque discipline concernée.

Face à la complexité croissante des phénomènes d'emploi, leur conceptualisation doit se complexifier, elle-même, si elle ambitionne de fournir des outils efficaces aux politiques publiques et privées. A défaut, elle risque bien de se compliquer au point de perdre tout sens pratique. Edgar MORIN pourrait bien avoir raison... De ce point de vue, la présente thèse ne refuserait pas la qualification de plaidoyer.

5. Certes, la démarche interdisciplinaire se heurte, c'est bien connu, à des clivages sémantiques et à des spécificités théoriques particulièrement ardues. Mais aucune ne nous semble insurmontable, au sens où il demeure toujours possible, à force de familiarisation et d'explication, de comprendre des concepts que l'on n'utilise pas soi-même, de détecter les *faux-amis* linguistiques et conceptuels. Nous ne prétendons pas - ce n'était pas notre ambition - avoir résolu

tous ces problèmes. Certains ont reçu un éclairage, telle par exemple, la définition respective et réciproque des termes *travail* et *emploi*. Nous appuyant sur les apports de la sociologie de l'emploi, de la théorie économique du rapport salarial et du droit du travail, nous avons proposé le concept de *rapports de travail et d'emploi* pour rendre compte de la complexité dynamique des phénomènes désignés.

Bien sûr, cette proposition est provisoire ; elle appelle la critique, notamment en ce qui concerne son statut théorique, qui demeure relativement imprécis. S'agit-il d'un véritable concept, d'une catégorie d'analyse ou d'une simple notion empirique ?

6. Par ailleurs, récusant les représentations ordinairement fonctionnalistes du droit du travail et de l'emploi, sa confrontation avec la théorie économique du rapport salarial a permis de proposer, de la régulation juridique, une vision alternative aux stériles oppositions de type infrastructure/superstructure, spontanéité/artifice, interventionnisme/abstentionnisme, etc. Les développements récents de la critique de l'économie politique classique et marxiste ouvrent au juriste des voies nouvelles en ce qui concerne l'analyse du rôle du droit dans la reproduction du rapport social fondamental : la soumission du travail au capital. L'invitant à cesser de penser l'Etat comme une sphère distincte de celle du système économique, le droit comme un monde idéal et intemporel extérieur à celui des rapports sociaux réels, l'approche en terme de rapport salarial le conduit à regarder la règle de droit comme consubstantielle au processus de constitution-déconstitution-reconstitution desdits rapports. Elle se présente comme le moyen, autoproduit, de leur institutionnalisation. Dans cette perspective, la question n'est plus de savoir si le droit du travail en vigueur s'analyse comme un ensemble de droits irréductibles arrachés par les luttes ouvrières à la bourgeoisie capitaliste, ou, au contraire, un système normatif coercitif imposé par celle-ci à la classe ouvrière pour la maintenir dans une situation d'exploitation et *légaliser* sa révolte. La problématique du rôle du droit se fonde dans celle de la dynamique du rapport de subordination du travail par le capital, dont il s'agit d'analyser, globalement, les diverses manifestations (économiques, sociales, axiologiques, techniques, politiques, ...). Excluant la conception déontique du droit qui suppose un donneur d'ordres suprême, aussi bien que le postulat de l'existence d'un *ingénieur-système*, cette approche envisage le droit comme modélisation du rapport social fondamental, tendant à assurer sa reproduction. La question centrale devient, alors celle de l'adéquation du modèle, c'est-à-dire de la cohérence de la règle de

droit avec l'état des rapports sociaux ainsi qu'avec les autres règles (économiques, sociales, éthiques, techniques, ...), et, corollairement, celle de la mobilisation des règles par les acteurs.

7. Les règles institutionnalisent, à travers la modélisation qu'elles fournissent et la mobilisation qui en est faite, les configurations (coexistantes et successives) du rapport salarial et des rapports de travail et d'emploi. Simultanément, elles trouvent leur source dans ces derniers. Elles opèrent (surgissent et agissent) selon deux modalités fondamentales : publique-collective, privée-individuelle. Parmi les règles de droit contribuant à ce processus, les règles jurisprudentielles occupent une place déterminante. Une définition socio-juridique et systémique de la jurisprudence met en évidence la contribution de l'ensemble des acteurs des rapports sociaux à la formation de ce genre de normes juridiques, en vigueur sans avoir été posées. En outre, comme nous l'avons établi, la règle jurisprudentielle assure, seule, la mise en cohérence des deux modalités d'opération du droit susdites. Cela permet d'analyser la règle jurisprudentielle comme la norme juridique essentielle, le système jurisprudentiel comme la source fondamentale de droit. En ce sens, le critère de la juridicité réside dans la justiciabilité des règles, c'est-à-dire dans le fait qu'elles servent de référence de jugement aux organes habilités à trancher les litiges, lesquels expriment les contradictions animant la dynamique des rapports sociaux.

8. De telles conclusions n'ambitionnent pas d'éteindre la discussion. Elles posent, néanmoins, des bases solides pour sa réorientation* Il reste, en particulier, à étudier les rapports qu'entretient la norme juridique, et, spécialement, jurisprudentielle, avec les autres catégories de règles (économiques - s'il en existe -, sociales, techniques, morales), et à analyser son rôle dans la formation des régularités qui caractérisent les rapports sociaux. La question du pouvoir normatif de l'employeur, qui tracasse beaucoup les juristes du travail, mériterait d'être reprise dans une telle perspective.

* Nous sommes, d'ailleurs, déjà engagé dans la poursuite de tels travaux, à l'occasion de notre participation à un contrat de recherche, intitulé *Normes et marché du travail* entre le ministère de l'Education nationale et le SET-METIS (URA CNRS 919, Université Paris 1) sous la direction de Michel LALLEMENT et François MICHON (appel d'offre DS 7 *Genèse de la norme*) ; cette recherche regroupe des sociologues, économistes et juristes, et nous avons la responsabilité de l'un des cinq sous-groupes, qui s'attache au thème *contrat de travail et formes d'emploi*.

9. Il reste, surtout, à explorer les deux niveaux d'analyse micro et méso que nous avons, délibérément, laissés de côté. A plusieurs reprises, la nécessité de compléter ou de prolonger l'étude du niveau macroanalytique de conceptualisation de l'emploi par celle du niveau micro s'est manifestée au cours de nos travaux. Les théories macro-économiques, d'origine keynésienne, qui conçoivent l'emploi en terme de marché et d'agrégat reposent sur une analyse micro-économique de la relation salariale, qu'il nous a fallu évoquer. Parallèlement, nous avons relevé que la règle de droit vise, directement, surtout les micro-rapports de travail et d'emploi, y compris lorsqu'elle poursuit un objectif macro-socioéconomique ; en cela, elle paraît procéder de la même représentation individualiste-agrégationniste que l'économie néoclassique. *L'agent économique est un sujet de droit.* Les théories de l'action sociologiques l'appellent *acteur social*. La *relation salariale* économique est une *relation juridique de travail* en même temps qu'une *interaction sociale*. En outre, micro-économie, interactionnisme sociologique et subjectivisme juridique optent tous trois pour l'individualisme méthodologique. Autant de facteurs favorables à une recherche interdisciplinaire relative aux fondements micro-analytiques des conceptualisations macroscopiques de l'emploi.

10. Comme nous l'avons - rapidement - suggéré, l'investigation pourrait, judicieusement, s'organiser autour de la notion d'incomplétude du contrat de travail élaborée par l'économie hétérodoxe. L'hypothèse de base consiste à soutenir que le fruit du travail salarié n'existant pas encore au moment de la conclusion du contrat de travail, ce dernier ne peut spécifier intégralement les termes de l'échange ; en conséquence, le contrat ne suffit pas à garantir à l'employeur le niveau et la qualité de productivité demandée au salarié, ni à celui-ci le taux de salaire (ou la garantie d'emploi) requis(e) de l'employeur. Cette problématique renvoie, notamment, à une interrogation sur l'objet du contrat : elle postule que la force de travail est une marchandise (phase de conclusion du contrat), mais une marchandise particulière (phase d'exécution du contrat). Elle déclenche des réflexions sur les moyens de compenser ou gérer l'incomplétude, sachant qu'un contrat de travail contingent complet est impossible : convention implicite, règles salariales (salaire d'effcience), rôle des règles hétéronomes (loi, convention collective, ...).

11. A elle seule, la notion d'incomplétude du contrat de travail fournirait une clé originale de lecture de la jurisprudence du travail et de l'emploi. Par exemple, lorsque le droit jurisprudentiel met à la charge de l'employeur l'obligation de tenter de reclasser, avant de le licencier, le salarié occupant un emploi dont la suppression est envisagée, au motif que, les conventions devant être exécutées de bonne foi, (article 1134, al. 3, Code civil), le salarié peut légitimement espérer la poursuite du contrat de travail, une telle règle jurisprudentielle paraît étonnamment proche de la théorie du contrat implicite. Second exemple : la jurisprudence relative à la modification par l'employeur des conditions de travail qui, en dernière analyse, se heurte à la contradiction essentielle du contrat de travail (égalité dans la conclusion, inégalité dans l'exécution), ne réglemente-t-elle pas le pouvoir normatif exercé par l'employeur pour *compléter* le contrat (explicite) de travail ? N'est-ce pas, précisément, dans l'incomplétude de ce dernier qu'il convient de rechercher le fondement du pouvoir de direction que la jurisprudence reconnaît au chef d'entreprise ? On imagine, aisément, à partir de ces deux seuls exemples, la richesse de la problématique.

12. Enfin, l'étude du niveau méso-analytique de conceptualisation de l'emploi s'annonce tout aussi fructueuse. Elle se pencherait sur l'élaboration de concepts intermédiaires correspondant à l'analyse des différents niveaux, lieux et modes de composition-décomposition des rapports salariaux intermédiaires (rapports de travail et d'emploi intermédiaires). Nous avons été amenés à en désigner, incidemment, quelques-uns : l'entreprise, le groupe, la branche. Très certainement, l'entreprise se présente, actuellement, comme un concept intermédiaire central dans chacune des trois disciplines, pour la théorisation de l'emploi. Comment ne pas voir le pas de géant que permettrait d'accomplir la mise en chantier d'un vaste programme de recherche véritablement interdisciplinaire en la matière ? *Laboratoire secret de la production, institution, organisation, entité économique poursuivant son activité dans des conditions identiques*, etc. : il est urgent de faire, au moins, le point sur les différentes approches, représentations et problématiques.

13. L'étude du niveau méso-analytique offrirait, également, l'occasion de faire avancer la réflexion sur le passage du micro au macro, et réciproquement. Ce problème connaît plusieurs déclinaisons : comment relier, au plan théorique,

abstraction conceptuelle et description du réel, au plan empirique, le global et l'élémentaire, au plan méthodologique, holisme et individualisme, etc. Il hante la quasi-totalité des sciences sociales : d'une certaine manière, l'interactionnisme, le conventionnalisme se présentent comme des tentatives de résolution sur le plan méthodologique (*hol-individualisme* ou *individu-holisme*, ...). Toutefois, de telles affaires semblent, généralement, épargner la doctrine juridique. Cette caractéristique épistémologique, qui retient rarement l'attention, pourrait bien être liée à la conception (juridique) de la règle de droit. L'hypothèse consisterait à supposer que la règle de droit (représentée, dans notre approche, par la règle jurisprudentielle) exclut, d'emblée, toute représentation dichotomique de l'idéal et du réel, du collectif et de l'individuel, etc. Cela n'équivaudrait pas à nier la dualité (multiplicité) de niveaux de réalité, la spécificité respective de l'idéal et du réel, du formel et du substantiel, du collectif et de l'individuel, etc. Mais cela signifierait que la règle de droit appréhende, immédiatement et directement, ces couples dans le rapport (synallagmatique) entre leurs termes ; qu'elle ignore le problème du passage du micro au macro, car elle exprime le rapport nécessaire entre micro et macro (entre idéal et réel, collectif et individuel, formel et substantiel, ...). Elle exprime, en même temps qu'elle réalise, un rapport entre différents états du monde.

14. Enfin, il conviendrait d'étudier, également, le rôle des autres sources de droit que la jurisprudence dans le processus de conceptualisation juridique de l'emploi. Les textes légaux et réglementaires en matière de politiques publiques d'emploi se prêteraient particulièrement bien à cet exercice. Par exemple, la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993, dite *loi quinquennale pour l'emploi*, constituerait, à elle seule, une source prolifique d'indications sur les conceptualisations gouvernementale et parlementaires de l'emploi. La préoccupation, qui en commande nombre de dispositions, *d'allègement du coût du travail* procède, de toute évidence, de la classique représentation marchande ; sans être nouvelle, elle passe, aujourd'hui, explicitement au premier plan. Par ailleurs, l'architecture même de la loi traduit, manifestement, l'absence d'une véritable réflexion théorique sur le concept d'emploi : pourquoi distinguer les mesures *d'insertion professionnelle des jeunes* (Chapitre 3 du Titre 3) des *aides à l'accès à l'emploi* (Chapitre 2 du Titre premier) ? *Les incitations à l'aménagement (...) de la durée du travail* (Chapitre 1, Titre 2) des *mesures d'aide à la création et au maintien de l'emploi* (Chapitre 1, Titre premier) ? En quoi la réforme des institutions représentatives du personnel (Chapitre 3, Titre premier) constitue-t-

elle un ensemble de *dispositions relatives à l'emploi* (intitulé du Titre premier) ? etc. Quant au fond, l'analyse de cette loi ne manquerait pas, sans doute, de mettre en évidence les aberrations auxquelles cette absence de réflexion théorique peut conduire les politiques publiques d'emploi. Limitons-nous à l'exemple du nouveau *contrat d'insertion professionnelle* (article 62 de la loi), qui offre aux employeurs la possibilité de rémunérer tout jeune de moins de 26 ans, quelque soit son niveau de formation, à un niveau inférieur au SMIC ; il ne s'agit pas seulement de la généralisation d'un *SMIC-jeunes* : plus profondément, cette réforme procède de la conviction qu'il vaut mieux avoir un pseudo-emploi mal rémunéré (voire, dans le prolongement logique de cette opinion, non rémunéré) qu'être au chômage. Explicite incitation à une extension considérable du *marché secondaire* du travail décrit par les théories de la segmentation, cette disposition ne prend même plus la peine de se justifier par l'octroi aux jeunes travailleurs d'une formation professionnelle (facultative dans le cadre du nouveau contrat). De sorte que l'amputation de la rémunération ne se justifie plus que par le seul fait d'être embauché : en d'autres termes, l'article 62 de la loi du 20 décembre 1993 détermine le prix de l'obtention d'un emploi ; dorénavant, jusqu'à 26 ans, il faudra payer pour ne pas être au chômage. Curieux droit à l'insertion professionnelle ! Curieuse conception du «*droit à l'emploi*» !..

ABREVIATIONS

I. Lieux de publication

AJ	: Action Juridique (CFDT)
AJDA	: Actualité Juridique de Droit Administratif
APD	: Archives de Philosophie du Droit (Sirey)
ARSS	: Actes de la Recherche en Sciences Sociales
BS.FL	: Bulletin Social (Francis Lefebvre édés.)
C.trav.	: Code du travail
D	: Dalloz périodique
DO	: Droit ouvrier
DS	: Droit social
JCP	: Jurisclasseur périodique (Semaine Juridique)
JO	: Journal Officiel
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
PFNSP	: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques
PUF	: Presses Universitaires de France
PUG	: Presses Universitaires de Grenoble
PUL	: Presses Universitaires de Lille
PUL	: Presses Universitaires de Lyon
RDSS	: Revue de Droit Sanitaire et Social
RFAS	: Revue Française des Affaires Sociales
RFS	: Revue Française de Sociologie
RIDE	: Revue Internationale de Droit Economique
RIEJ	: Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques
RJS	: Revue de Jurisprudence Sociale (Francis Lefebvre édés.)
RRJ	: Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif (Presses Universitaires d'Aix-Marseille)
SSL	: Semaine Sociale Lamy
ST	: Sociologie du travail

II. Institutions, organismes

ANPE	: Agence Nationale pour l'Emploi
BIT	: Bureau International du Travail
C. app.	: Cour d'appel
C. cass.	: Cour de cassation
CC	: Conseil Constitutionnel

CE	: Conseil d'Etat
CEE	: Communauté Economique Européenne
Civ.	: Chambre civile de la Cour de Cassation
CP'H	: Conseil de Prud'hommes
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de Cassation
EUA	: Etats-Unis d'Amérique
FNE	: Fonds National pour l'Emploi
GB	: Royaume-Uni de Grande Bretagne
INED	: Institut National d'Etudes Démographiques
MRT	: Ministère de la Recherche et de la Technologie
MTEFP	: Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle
OIT	: Organisation Internationale du Travail
Soc.	: Chambre sociale de la Cour de Cassation
TA	: Tribunal Administratif
TC	: Tribunal des Conflits

III. Abréviations usuelles

cf.	: confer
chr.	: chronique
dir.	: sous la direction de
éd.	: éditeur/édition
ég.	: également
et s.	: et suivantes
i.e.	: c'est-à-dire
ibid.	: ibidem
id.	: idem
intro.	: introduction
loc. cit.	: passage cité précédemment
not.	: notamment
op. cit.	: ouvrage cité précédemment
p. (pp.)	: page (pages)
par ex.	: par exemple
préf.	: préface
spéc.	: spécialement
T.	: Tome
trad.	: traduction
v.	: voir
Vol.	: Volume

BIBLIOGRAPHIE

I

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

- ATIAS, Christian. - Epistémologie juridique. - Paris : PUF, 1985.
- ATIAS, Christian. - Science des légistes, savoir des juristes. - Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991.
- BACHELARD, G. - La formation de l'esprit scientifique. - Paris : Vrin, 1970.
- BENKO, Georges. - Géographie des technopôles. - Paris : Masson, 1991.
- BONIN, Hubert. - Histoire économique de la France depuis 1880. - Paris : Masson, 1988.
- BOUDON, R., LAZARSFELD, P., dir. - Le vocabulaire des sciences sociales. - Paris : Mouton, 1965.
- BOUTHOU, Gaston. - Traité de sociologie. Les structures sociologiques. - Paris : Payot, 1968, T. 1.
- BOUVIER-AJAM, M. - Histoire du travail en France. - Paris : LGDG, 1981.
- BRON, Jean. - Histoire du mouvement ouvrier français. - Paris : Editions ouvrières, 1973, 3 tomes.
- BRUN, A. GALLAND, H. - Droit du travail. - Paris, Sirey, 1958.
- CAMERLYNCK, Georges-Henri. - Le contrat de travail. - CAMERLYNCK, G.-H., dir. - Traité de droit du travail. - Paris : Dalloz, 1980, T.1.
- CARBONNIER, Jean. - Sociologie juridique. - Paris : PUF, 1978.
- CARBONNIER, Jean. - Flexible droit. - Paris : LGDJ, 1992, 7^e éd.
- CORNU, Gérard, dir. - Vocabulaire juridique. - Paris : PUF, 1987. - Association Henri Capitant.
- CORNU, Gérard. - Linguistique juridique. - Paris : Domat-Montchrestien, 1990.
- COUTURIER, Gérard. - Droit du travail. Les relations individuelles de travail. - Paris : PUF, 1990, T. 1, 1^{ère} éd.
- DESPAX, M. - L'entreprise et le droit. - Paris : LGDJ, 1957.
- DOLLEANS, E. DEHOVE, G. - Histoire du travail en France. - Paris : Domat-Montchrestien, 1953.
- DUNLOP, J.T. - Industrial Relations Systems. - Southern Illinois University Press, Feffer and Simons, 1958.
- DURAND, P., VITU, A. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1956.

- DURKHEIM, Emile. - Cours de Science Sociale : leçon d'ouverture. - L'Année Sociologique, 1899, Préface du n° II. - Collectif. - La science sociale et l'action. - Paris : PUF, 1970.
- GAMBIER, D., VERNIERES, M. - Le marché du travail. - Paris : Economica, 1982.
- GAZIER, Bernard. - Economie du travail et de l'emploi. - Paris : Dalloz, 1992, 2^e éd. - Précis.
- GRAWITZ, Madeleine. - Méthodes des sciences sociales. - Paris : Dalloz, 1984, 6^e éd.
- GUILLAUME, Pierre. - Histoire sociale de la France au XX^e siècle. - Paris : Masson, 1993.
- GUILLEVIC, Christian. - Psychologie du travail. - Paris : Nathan Université, 1991.
- GURVITCH, Georges. - L'idée du droit social : notion et histoire du droit social. - Paris : Sirey, 1937.
- HART, H.L.A. - Le concept de droit. - Bruxelles : 1976. - trad. M. van de Kerchove.
- HAYEK, Friedrich von. - Droit, Législation et Liberté. - Paris : PUF, 1983.
- JAVILLIER, Jean-Claude. - Droit du travail. - Paris : LGDJ, 1981, 2^e éd, et 1992, 3^e éd.
- KELSEN, Hans. - Théorie pure du droit. - Paris : Dalloz, 1962. - trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd.
- KEYNES, John Maynard. - Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie (1936). - Paris : Payot, 1968.
- KUHN, T. - La structure des révolutions scientifiques. - Paris : Flammarion, 1983.
- LEFRANC, Georges. - Histoire du mouvement ouvrier en France des origines à nos jours. - Paris : Editions Montaigne, 1946.
- LEVY-LEBOYER, Claude, SPERIANDIO, Jean-Claude. - Traité de psychologie du travail. - Paris : P.U.F., 1987.
- LYON-CAEN, Gérard. - Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale. - Paris : LGDJ, 1955.
- LYON-CAEN, Gérard, PELISSIER, Jean. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1992, 16^e éd. - Précis.
- MARSHALL, Alfred. - Principes d'économie politique (1890). - Paris : Giard et Brière, 1909.
- MENDRAS, Henri. - Eléments de sociologie. - Paris : Armand Colin, 1967.

- NIVEAU, Maurice. - Histoire des faits économiques contemporains. - Paris : PUF, 1992, 8^e éd. - Thémis.
- PIGOU, Arthur Cecil. - The theory of unemployment. - Londres : MacMillan, 1933.
- POSNER, R. - Economic Analysis of Law. - Boston : Little Brown and Co., 1977, 2^e éd.
- RICARDO, David. - Principes de l'économie politique et de l'impôt (1817). - Paris : Calmann-Levy, 1970.
- RICHARD, J-F., GIGHLIONE, R. et autres. - Cours de psychologie. - Paris : Dunod, 1992.
- RIPERT, Georges. - Les aspects juridiques du capitalisme moderne. - Paris : LGDJ, 1951.
- RIVERO, Jean, SAVATIER, Jean. - Droit du travail. - Paris : PUF, 1991, 12^e éd. - Thémis.
- ROUAST, A., DURAND, P. - Droit du travail. - Paris : Dalloz, 1957, - Précis.
- SCELLE, Georges. - Précis élémentaire de législation industrielle. - Paris : Sirey, 1927.
- SCELLE, Georges. - Le droit ouvrier. - Paris : Colin, 1929.
- SMITH, Adam. - Recherches sur la grandeur et la richesse des nations (1776). - Paris : Flammarion, 1991, 2 tomes. - Intro. Daniel DIATKINE.
- STANKIEWICZ, François. - Economie du chômage et de l'emploi. - Paris : CUJAS, 1984.
- SUPIOT, Alain. - Les juridictions du travail. - CAMERLYNCK, G.-H., dir. - Traité de droit du travail. - Paris : Dalloz, 1987, T.9.
- TAPINOS, Georges. - Eléments de démographie. - Paris : Armand Colin, 1985.
- TEYSSIE, Bernard. - Droit du travail. - Paris : Litec, 1992, 2^e éd.
- TIMBAL, P.C., CASTALDO, A. - Histoire des institutions publiques et des faits sociaux. - Paris : Dalloz, 1990, 8^e éd. - Précis.
- VERDIER, Jean-Maurice. - Droit du travail. Paris : Dalloz, 1986. - Memento, et 1993, 9^e éd.
- WALRAS, Léon. - Economie politique pure (1900, 4^e éd.). - Paris : LGDJ, 1976.
- WEBER, Max. - Sociologie du droit. - trad. et intro. GROSCLAUDE, Jacques. - Paris : PUF, 1986, 1^{ère} éd.

II

OUVRAGES SPECIAUX, THESES, RAPPORTS

- AGLIETTA, Michel. - La régulation du mode de production capitaliste dans la longue période : Exemple des Etats-Unis. - Thèse, Université Paris 1, 1974.
- AGLIETTA, Michel. - Régulation et crises du capitalisme : l'expérience des Etats-Unis. - Paris : Calmann-Levy, 1976 et 1982, 2^e éd.
- AMSELEK, Paul. - Méthode phénoménologique et théorie du droit. - Paris : LGDJ, 1964.
- AUSTIN, J. - How to do things with words. - Londres : Oxford University Press, 1962. - trad. : Quand dire, c'est faire. - Paris : Seuil, 1972.
- AZEMA, J. - Le droit français de la concurrence. - Paris : PUF, 1989, 2^e éd.
- BARRERE, Christian, KEBADJIAN, Gérard, WEINSTEIN, Olivier. - Lire la crise. - Paris : PUF, 1986, 2^e éd.
- BARTOLI, Henri, dir. - Population, travail, chômage. - Paris : Economica, 1982.
- BEAUD, Dominique, DAUDEL, Sylvain. - Stratégie d'entreprise et communication. - Paris : Dunod, 1992.
- BERAUD, Jean-Marc. - La suspension du contrat de travail. - Paris : Sirey, 1980.
- BILLAUDOT, Bernard. - L'accumulation intensive. - Thèse, Université Paris 1, 1976.
- BOLTANSKY, Luc, THEVENOT, Laurent. - Les économies de la grandeur. - Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, 1987, série PROTEE.
- BOYER, R., MISTRAL, J. - Accumulation, inflation, crise. - Paris : PUF, 1978.
- BOYER, Robert. - La théorie de la régulation : une analyse critique. - Paris : Agalma-La Découverte, 1987.
- BOYER, Robert, DURAND, Jean-Pierre. - L'après-fordisme. - Paris : Syros, 1993.
- C.U.R.A.P.P. - Droit et politique. - Paris : PUF, 1993.
- CAM, Pierre. - Les prud'hommes : juges ou arbitres ? - Paris : PFNSP, 1981.
- CASSOU, B., et autres. - Les risques du travail : pour ne pas perdre sa vie à la gagner. - Paris : La Découverte, 1985.
- HAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991.
- CHEVALLIER, J. - L'Etat de droit. - Paris : Montchrestien, 1992.
- CLEMENT, Raphaël, ENCLOS, Philippe, GERARD, Dominique, MARRAUD, Catherine, ROSE, José. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - Rapport de recherche à la MIRE, ROSE, J., resp. scient. -

- Groupe de Recherche sur l'Education et l'Emploi (GREE) - UA CNRS 1167, Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail (CERIT), Université Nancy 2, novembre 1990, 3 vol.
- COFFINEAU, Michel. - Les lois Auroux dix ans après. Rapport à Pierre Bérégovoy, 1^{er} ministre. - Liaisons sociales, Documents, R, n° 29/93 du 1^{er} avril 1993.
- Collectif. - L'évolution des formes d'emploi, actes du Colloque de la revue Travail Emploi, 3-4 novembre 1988, Paris. - Paris : La Documentation française, 1989, série Documents Travail Emploi.
- COMMONS, J-R. - Legal Foundations of Capitalism. - New York : MacMillan, 1924.
- COMMONS, J-R. - Institutional Economics : its Place in Political Economy. - New York : MacMillan, 1934, et Transaction Publishers, 1990.
- COMMONS, J-R. - Economics of Collective Action. - University of Wisconsin Press, 1950.
- CROZIER, Michel, FRIEDBERG, Ehrard. - L'acteur et le système. - Paris : Seuil, 1981, 2^e éd.
- DAVID, Marcel, - Les travailleurs et le sens de leur histoire. - Paris : CUJAS, 1967.
- DEFFAINS, Bruno. - L'analyse économique de la responsabilité civile du producteur en cas d'accidents provoqués par son produit. - Thèse, Université Nancy 2, 1992.
- DENIS, Michel. - Image et cognition. - Paris : PUF, 1989.
- DI RUZZA, Renato. - Eléments d'épistémologie pour économistes. - Grenoble : PUG, 1988.
- DØERINGER, P.B., PIORE, M-J. - Internal Labor Markets and Manpower Analysis. - Lexington, Mass. : Heath, 1971.
- DRUGMAN, Bernard. - Etat, capital et salariat. - Thèse, Université de Grenoble, 1979.
- DUBOUCHET, Paul. - Sémiotique juridique : introduction à une science du droit. - Paris : PUF, 1990, 1^{ère} éd.
- EBERSOLD, S. - L'invention du handicap : la normalisation de l'infirmes. - Paris : PUF, 1992.
- EDELMAN, Bernard. - La légalisation de la classe ouvrière. - Paris : Bourgois, 1978.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - Bilan de la sociologie du travail. Le travail dans la société. - Grenoble : PUG, 1988.

- FEYERABEND, Paul. - Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance. - Paris : Seuil, 1979. - Trad. B. Jurdant et A. Schlumberger.
- FISCHER, Gustave-Nicolas. - Psychologie des espaces de travail. - Paris : Armand Colin, 1989.
- GANZER, Annette. - La licéité de la grève dans les entreprises du secteur privé et dans les services publics. - Thèse, Université Nancy 2, 1993.
- GAUDEMAR, J-P. de. - Mobilité du travail et accumulation du capital. - Paris : Maspero, 1976.
- GAUDU, François. - L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique. - Thèse. - Université Paris 1, 1986.
- GONDRAUD, François. - L'information, dans les entreprises et les organisations. - Paris : Les Editions d'Organisation, 1990.
- GORZ, André. - Métamorphoses du travail : quête de sens. - Paris : Galilée, 1988.
- G.R.E.E.C. - Crise et régulation. - Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1983.
- GRANGER, G.G. - Concept, structure et loi en science économique : essai d'épistémologie comparative. - Paris : PUF, 1955.
- HABERMAS, Jürgen. - La technique et la science comme "idéologie". - Paris : Gallimard, 1973, XLIX. - Trad. et préf. J.-R. Ladmiral.
- IVAINER, Théodore. - L'interprétation des faits en droit. - Paris : LGDJ, 1988. - Bibliothèque de Philosophie du Droit
- JACKSON, J-A, dir. - Profession and Professionalization. - Cambridge : Cambridge University Press, 1970.
- JODELET, Denise, et autres. - Les représentations sociales. - Paris : PUF, 1993, 3^e éd.
- KERGOAT, D. - Les femmes et le travail à temps partiel. - Paris : La Documentation française, 1984.
- LABREGERE, A. - L'insertion des personnes handicapées. - Paris : La Documentation française, 1990.
- LAVILLE, A. - L'ergonomie. - Paris : PUF, 1990, 4^e éd. - Que sais-je ?
- LE GOFF, Jacques. - Du silence à la parole. - Paris : Calligrammes, 1989.
- LE GOFF, Jacques. - Le mythe de l'entreprise : critique de l'idéologie managériale. - Paris : La Découverte, 1992.
- LE PAGE, Henri. - Pourquoi la propriété ? - Paris : Pluriel, 1985.
- LE PAGE, Jean-Marie. - Les chômages. - Paris : Eska, 1987.
- LEMIEUX, Pierre. - Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme. - Paris : PUF, 1983.
- LINHARDT, Danièle. - L'appel de la sirène. - Paris : Le Sycomore, 1981.

- LIPIETZ, Alain. - Crise, inflation : Pourquoi ? - Paris : Maspero, 1979.
- LYON-CAEN, Gérard. - Le droit du travail non-salarié. - Paris : Sirey, 1990.
- MALINVAUD, Edmond. - Ré-examen de la théorie du chômage (1977). - Paris : Calmann-Levy, 1980.
- MALINVAUD, Edmond. - Essai sur la théorie du chômage. - Paris : Calmann-Levy, 1984.
- MALINVAUD, Edmond. - Mass Unemployment. - Oxford : Basic Blackwell, 1984.
- MARCHAND, Olivier, THELOT, Claude. - Deux siècles de travail en France. - Paris : INSEE, 1991. - Etudes.
- MARRAUD, Catherine, dir. - Exploitations régionales d'un système de traitement informatisé du contentieux des relations de travail. - Rapport au MRT, Université Nancy 2, mars 1988, Ronéo.
- MARUANI, Margaret. - Les syndicats à l'épreuve du féminisme. - Paris : Syros, 1979.
- MARUANI, Margaret. - Mais qui a peur du travail des femmes ? - Paris : Syros, 1985.
- MARUANI, Margaret, NICOLE, Chantal. - Au labour des dames : métiers masculins, emplois féminins. - Paris : Syros, 1989.
- MARUANI, Margaret, NICOLE-DRANCOURT, Chantal. - La flexibilité à temps partiel. - Paris : La Documentation française, 1989.
- MERENNE-SCHOUMAKER, Bernadette. - La localisation des industries. - Paris : Nathan Université, 1991.
- MICHEL, Jacques. - Marx et la société juridique. - Paris : Publisud, 1983.
- MICHON, François, SEGRESTIN, Denis, dir. - L'emploi, l'entreprise et la société : débats Economie-Sociologie. - Paris : Economica, 1990.
- MONTMOLLIN, C. de. - L'ergonomie. - Paris : La Découverte, 1986. - Repères.
- MUCCHIELLI, Alex. - Communication interne et management de crise. - Paris : Les Editions d'Organisation, 1993.
- PERELMAN, Chaïm. - Ethique et droit. - Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990.
- PIROU, G. - Les nouveaux courants de la théorie économique aux Etats-Unis. - Paris : Montchrestien, 1946, 3^e éd.
- REICH, M., GORDON, D-M., EDWARDS, R-C. - Segmentation work, divided workers : The historical transformation of Labor in the United States. - Cambridge, Mass. : Cambridge University Press, 1982.
- RENARD, G. - La théorie de l'institution : essai d'ontologie juridique. - Paris : Sirey, 1930.

- REYNAUD, Bénédicte. - Le modèle hiérarchique : une méthode d'analyse des relations salariales. - Thèse, Université Paris X-Nanterre, 1987.
- REYNAUD, Bénédicte. - Le salaire, la règle et le marché. - Paris : Christian Bourgois, 1992.
- REYNAUD, Bénédicte, NAJMAN, Vladimir. - Les règles salariales au concret. - Paris : La Documentation française, 1992, Document Travail Emploi.
- REYNAUD, Jean-Daniel. - Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale. - Paris :
- ROBERT, P., FAUJERON, C. - La justice et son public : les représentations sociales du système pénal. Paris : Masson, 1978.
- ROLLE, Pierre. - Bilan de la sociologie du travail : travail et salariat. - Grenoble : PUG, 1988.
- SACHS, Corinne. - Les seuils d'effectifs en droit du travail. Thèse, Université R. Schumann, Strasbourg, 1982.
- SALAIS, Robert, BAVEREZ, Nicolas, REYNAUD, Bénédicte. - L'invention du chômage. - Paris : PUF, 1986.
- SALAIS, Robert, THEVENOT, Laurent, éd. - Le travail, marchés, règles, conventions. - Paris : Economica-INSEE, 1986.
- SCHMIDT, Géraldine. - Théorie et pratique des styles de management : une comparaison inter-nationale. - Thèse, Université Nancy 2, 1993.
- SERRA, Yves. - Le droit français de la concurrence. - Paris : Dalloz, 1993.
- SERVERIN, Evelyne. - De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique. - Lyon : PUL, 1985.
- SULLEROT, Evelyne. - La démographie de la France. - Paris : La Documentation Française, 1978.
- SUPIOT, Alain. - Le juge et le droit du travail. - Thèse, Université de Bordeaux I, 1979.
- TADDEI, Dominique. - Le temps de l'emploi. - Paris : Hachette, 1988.
- TANGUY, Lucie, dir. - L'introuvable relation formation-emploi. - Paris : La Documentation française, 1986.
- TOURAINÉ, Alain. - La voix et le regard. - Paris : Seuil, 1978.
- TOURAINÉ, Alain. - Le retour de l'acteur. - Paris : Fayard, 1984.
- TRAPIER, Pierre. - Approches sociologiques du marché du travail : essai de sociologie de la sociologie (du travail). - Thèse, Université de Paris VII, 1984.
- TRAPIER, Pierre. - Du travail à l'emploi : paradigmes, idéologies et interactions. - Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1991.
- VAIHINGER, Hans. - Die Philosophie des Als-Ob. - Leipzig, 1922, 8^e éd.

VEBLÉN, T. - *The Theory of Business Enterprise* (1904). - Clifton : A.M. Kelley Publishers, 1974.

ZENATI, Frédéric. - *La jurisprudence*. - Paris : Dalloz, 1991. - *Méthodes du droit*.

III

ARTICLES, CHRONIQUES, COMMUNICATIONS, NOTES

ACKERMAN, Bruce A. - Deux sortes de recherche en «droit et économie». - *RRJ*, 1987-2, p. 429 et s.

AGLIETTA, Michel. - Panorama sur les théories de l'emploi. - *Revue Economique*, 1978, T. 19, n° 1, p. 80 et s.

ALALUF, Mateo. - L'emploi, une relation sociale instable. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - *L'emploi, l'entreprise et la société*. - Paris : *Economica*, 1990, p. 279 et s.

AMSELEK, Paul. - La phénoménologie et le droit. - *APD*, 1972, Vol. 17, p. 185 et s.

AMSELEK, Paul. - Norme et loi. - *APD*, 1980, Vol. 25, p. 4 et s.

ANONYME. - Transfert d'entreprise : les derniers arrêts de la Cour de cassation. - *CSBP*, 1993, n° 51, p. 187 et s.

ANSART, Pierre. - Toute connaissance du social est-elle idéologique ? - DUVIGNAUD, J. et autres. - *Sociologie de la connaissance*. - Paris : Payot, 1979, p. 48 et s.

ARMENGAUD, Françoise. - La pertinence : réflexion juridique et conception dialogique. - *APD*, 1984, Vol. 29, p. 155 et s.

ARNAUD, André-Jean. - Sociologie et droit : rapports savants, rapports politiques. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - *Normes juridiques et régulation sociale*. - Paris : LGDJ, 1991, p. 81 et s.

ATIAS, Christian. - Quelle positivité, Quelle notion de droit ? - *APD*, 1982, Vol. 27, p. 209.

ATIAS, Christian. - La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face. - *RRJ*, 1987-2, p. 477 et s.

ATIAS, C., LINOTTE, D. - Le mythe de l'adaptation du droit au fait. - *D*, 1977, *Chr.*, p. 251 et s.

AUVERGNON, Philippe. - L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. - DS, 1991, p. 596 et s.

BARTOLI, Henri. - Pertinence et actualité du concept de plein-emploi. - BARTOLI, Henri, éd. - Population, travail, chômage. - Paris : Economica, 1982, p. 37 et s.

- BAZZOLI, Laure. - La création négociée et pragmatique des règles : l'apport de l'analyse institutionnaliste de J-R. Commons et l'enjeu d'une action collective régulatrice du rapport salarial. - Lyon : Document de travail E.C.T., janvier 1993.
- BAZZOLI, Laure, KIRAT, Thierry, VILLEVAL, Marie-Claire. - Règles, contrats et institutions dans la relation salariale : un retour à l'institutionnalisme ? - Warwick : 4^e Conférence annuelle de la European Association of Labour Economists, 3-6 septembre 1992.
- BECKER, Gary. - A theory of the Allocation of Time. - Economic Journal. T. 75, sept. 1965, p. 493 et s.
- BELLEY, Jean-Guy. - Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. MacNeil. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, p. 103 et s.
- BENASSY, Jean-Pascal. - Théorie neo-keynésienne du déséquilibre dans une économie monétaire. - Cahiers du Séminaire d'Econométrie, 1976, 17.
- BLAISE, Henry. - L'article L122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? - DS, 1990, p. 246 et s.
- BOISMENU, Gérard. - L'Etat et l'ordre juridique. - BOISMENU, Gérard, GLEIZAL, Jean-Jacques. - les mécanismes de régulation sociale. - Montréal, Lyon : Boréal, Presses Universitaires de Lyon, 1988, p. 1 et s.
- BONNECHERE, Michèle. - Les tendances de la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail. - DS, 1990, p. 40 et s.
- BORIES, S. - A la rencontre du droit vécu : l'étude des masses jurisprudentielles, une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires. - JCP, 1985, I, 3213.
- BOUBLI, Bernard. - Les contrats permettant une formation en alternance. - DS, 1982, p. 141 et s.
- BOURDIEU, Pierre. - La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique. - ARSS, 1986, n° 64, p. 3 et s.
- BOURDIEU, Pierre. - Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, pp. 95 à 99.
- BOYER, Robert. - Les salaires en longue période. - Economie et Statistique, 1978, n° 103, p. 27 et s.
- BOYER, Robert. - Rapport salarial et analyses en terme de régulation : une mise en rapport avec les théories de la segmentation du marché du travail. - Economie appliquée, 1980, n° 2, p. 491 et s.

- BOYER, Robert. - Les transformations du rapport salarial dans la crise : une interprétation de ses aspects sociaux et économiques. - Critiques de l'économie politique, 1981, n° 15-16, p. 189 et s.
- BOYER, Robert. - Les transformations du rapport salarial dans la crise. - Collectif. - L'emploi : enjeux économiques et sociaux (colloque de Dourdan, 1980). - Paris : Maspero, 1982, p. 80 et s.
- BOYER, Robert. - La relation salariale entre théorie et histoire. - SALAIS, R., THEVENOT, L., éd. - Le travail : marchés, règles, conventions. - Paris : INSEE-Economica, 1986, p. 295 et s.
- BRODERICK, J-A. - La notion d'institution de Maurice HAURIOU dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. - APD, 1968, Vol. 13, p. 143 et s.
- BRUN, A. - Le lien d'entreprise. - JCP, 1962, Chr., 1719.
- CANGUILHEM, G. - Régulation. - Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. - Paris : LGDJ, 1988, p. 347.
- CARTIER, M. - Introduction. - Collectif. - Le travail et ses représentations. - Paris : Ed. des Archives Contemporaines, 1984.
- CASASSUS-MONTERO, Cecilia. - Le marché du travail comme niveau d'analyse de la structure de classes. - ST, 1981, n° 2, p. 230 et s.
- CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT DE L'UNIVERSITE PARIS II. - La science de la législation. - Paris : PUF, 1988.
- CHAMPAUD, Claude. - Contribution à la définition du droit économique. - D, 1967, Chr., p. 215 et s.
- CONTE, A.G. - L'enjeu des règles. - Droit et société, 1991, n° 17-18, p. 120 et s.
- CORIAT, Benjamin. - Post-fordisme : quelles perspectives pour l'évolution du rapport salarial ? - Problèmes économiques, 1989, n° 2-138, p. 14 et s.
- COUTURIER, Gérard. - (Pour) la doctrine. - Collectif. - Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen. - Paris : Dalloz, 1989, p. 221 et s.
- CROZET, Yves. - L'économie des conventions : le marché et la rationalité interpellés. - Economie et Humanisme, 1990, n° 311.
- DEPREZ, Jean. - Marchés de service et activités concédées. - RJS, 1990, p. 199 et s.
- DEPREZ, Jean. - Un nouveau bilan sur l'article L 122-12, al. 2 du Code du travail. - RJS, 1991, p. 71 et s.
- DEPREZ, Jean. - Les derniers arrêts de la chambre sociale sur l'application de l'article L 122-12, al. 2 du Code du travail en cas de changement de titulaire d'un marché de service. - RJS, 1992, p. 147 et s.

- DESMAREZ, Pierre. - Marché du travail et sociologie. - MARUANI, M., REYNAUD, E. éd. - France-Allemagne : débats sur l'emploi. - Paris : Syros, 1987, p. 140 et s.
- DESTANNE DE BERNIS, Gérard. - Régulation ou équilibre dans l'analyse économique. - LICHNEROWICZ, A., et autres. - L'idée de régulation dans les sciences sociales. - Paris : Maloine-Doin, 1977.
- DONTEMVILLE, Henri. - L'article L 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. - Conclusions Cass. ass. plén. 16 mars 1990. - DS, 1990, p. 399 et s.
- DRUGMAN, Bernard. - Le concept de rapport salarial : genèse, enjeux et perspectives. - Cahiers de l'IREP-Développement, Grenoble, 1983, n° 4, p. 17 et s.
- DULONG, Renaud. - "On n'a pas le droit..." : sur les formes d'appropriation du droit dans les interactions ordinaires. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, p. 257 et s.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques. - La déstabilisation du droit du travail. - DS, 1986, p. 823 et s.
- DURAND, Paul. - Naissance d'un droit nouveau : Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle. - DS, 1952, p. 437 et s.
- DURAND, Paul. - la connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne. - D, 1956, Chr., p. 73 et s.
- EDELMAN, Bernard. - A bas le droit du travail, vive la concurrence ! - D, 1992, Chr., I, p. 1 et s.
- ENCLOS Philippe. - Le contrat de travail entre le marteau et l'enclume. - CLEMENT, Raphaël, et alii. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - Rapport à la MIRE, novembre 1990, GREE et CERIT, Université Nancy 2, Vol. 2, p. 65 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Contrats de travail avec formation en alternance : quelle garantie d'emploi ? - RJS, 1990, p. 58 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Contrats de formation en alternance : contrôle judiciaire des motifs de licenciement. - BS.FL, 1990, p. 457 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Le contentieux de l'insuffisance professionnelle dans les contrats de formation en alternance. - DS, 1990, p. 896 et s.
- ENCLOS, Philippe. - La requalification judiciaire des stages d'initiation à la vie professionnelle. - DS, 1991, p. 500 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée. - DS, 1991, p. 131 et s.

- ENCLOS, Philippe. - Contentieux de la rupture des contrats de formation alternée (démission, accord de rupture, force majeure, motif économique, modification substantielle). - RJS, 1991, p. 487 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Reconversion : à la recherche de problématiques juridiques. - VILLEVAL, Marie-Claire, dir. - Mutations industrielles et reconversion des salariés. - Paris : L'Harmattan, 1992, p. 292 et s.
- ENCLOS, Philippe. - Le droit et les professions : contribution du droit du travail à la dynamique des groupes professionnels. - (Colloque de l'Association Internationale de Sociologie, 19/20-11-1992, Paris). - Lille : PUL, 1993.
- ENCLOS, Philippe. - Le procès de la transaction. - (Congrès de l'Association Internationale des Sociologues de Langue Française, 6/10 juillet 1992, Lyon). - BLANC, Maurice, éd. - Paris : L'Harmattan, 1994.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - Les problèmes d'emploi dans la stratégie économique de l'Etat. - Collectif. - L'emploi (actes du colloque de Dourdan, 1980). - Paris : Maspero, 1982, p. 122 et s.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - Le contrat de travail ou les avatars d'un concept. - ST, 1983, n° 1, p. 1 et s.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - Les frontières de la sociologie du travail. - DURAND, C., DUBOIS, P. et autres. - Le travail et sa sociologie, essais critiques. - Paris : L'Harmattan, 1985, p. 69 et s.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - Le droit du travail et l'emploi : éléments pour une comparaison. - CHAZEL, F., COMMAILLE, J., dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, p. 301 et s.
- ERBES-SEGUIN, Sabine. - L'Etat et l'emploi. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - L'emploi, l'entreprise et la société. - Paris : Economica, 1990, p. 257 et s.
- EWALD, François. - Le droit du droit. - APD, 1986, Vol 31, p. 245 et s.
- EWALD, François. - Le mal du siècle. - SALAIS, R., THEVENOT, L., éd. - Le travail : marchés, règles, conventions. - Paris : INSEE-Economica, 1986, p. 345 et s.
- FARJAT, Gérard. - L'importance d'une analyse substantielle en droit économique. - RIDE, 1986, n° 0, p. 43 et s.
- FARJAT, Gérard. - La notion de droit économique. - APD, 1992, Vol. 37, p. 27 et s.
- FAVENNEC-HERY, Françoise. - SIVP et déclin du contrat de travail. - DS, 1988, p. 511 et s.

- FAVEREAU, Olivier. - Evolution récente des modèles et des représentations théoriques du fonctionnement du marché du travail. - Journées d'Etude "Structures du marché du travail et politiques d'emploi", ANPE-CGP-MTEFP, 3-4 octobre 1985, Paris. - Problèmes économiques, 1986, n° 1955.
- FAVEREAU, Olivier. - Marchés internes, marchés externes. - Revue Economique, 1989, Vol. 40, n° 2, p. 273 et s.
- FISCHER, Lloyd. - The Harvest Labour Market in California. - Quaterly Journal of Economics, november 1951.
- FREYRA. - La conception sociale du groupe d'entreprises. - Etudes offertes à Jean SAVATIER. - Paris, 1992.
- FRIEDMAN, Milton. - The Role of Monetary Policy. - American economic Review, mars 1968, pp. 1 à 17.
- G.R.E.E.C. - Crises et régulation de l'économie capitaliste. - Cahiers de la Faculté des Sciences Economiques de Grenoble, 1981, n° 1.
- GARNIER, Olivier. - La théorie néoclassique face au contrat de travail : de la "main invisible" à la "poignée de main invisible". - SALAIS, R., THEVENOT, L. éd. - Le travail : marchés, règles, conventions. - Paris : INSEE-Economica, 1986, p. 313 et s.
- GAUDU, François. - Les conventions d'insertion professionnelle. - RDSS, 1989, 25 (4), p. 679 et s.
- GAUDU, François. - L'organisation juridique du marché du travail. - DS, 1992, p. 941 et s.
- GAUDU, François. - L'influence du droit communautaire sur la politique de l'emploi. - DS, 1993, p. 801 et s.
- GERME, Jean-François, MICHON, François. - Le fonctionnement des marchés de l'emploi : éléments d'analyse. - Economie et sociétés, 1975, T. IX, n° 11-12, p. 1759 et s.
- GERME, Jean-François, MICHON, François, - Stratégies des entreprises et Formes Particulières d'Emploi. - Séminaire d'Economie du Travail, URA CNRS 919, Université Paris 1, 1979, 2 volumes, Ronéo.
- GHESTIN, Jacques. - La notion de contrat. - D, 1990, Chr., XXVII.
- GOODE, W-J - Community within a Community : the Professions. - American Sociological Review, 1958, n° 22.
- GRZEGORCZYK, Christophe. - Le rôle du performatif dans le langage du droit. - APD, 1974, Vol. 19, p. 229 et s.
- GRZEGORCZYK, Christophe. - La rationalité de la décision juridique. - APD, 1978, Vol. 23, p. 237 et s.

- GRZEGORCZYK, Christophe. - Le jugement juridique en tant que jugement pratique. - APD, 1983, Vol. 28, p. 323 et s.
- GRZEGORCZYK, Christophe. - Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? - APD, 1985, Vol. 30, p. 35 et s.
- GRZEGORCZYK, Christophe. - Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit. - APD, 1986, Vol. 31, p. 281.
- HABA, Enrique P. - Rationalité et méthode dans le droit. - APD, 1978, Vol. 23, p. 265 et s.
- HABA, Enrique P. - Sciences du droit : quelle «science» ? Le droit en tant que science : une question de méthodes. - APD, 1991, Vol. 36, p. 165 et s.
- HAMON, Léo. - Emploi, démocratisation du secteur public et Sécurité sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. - DS, 1984, p. 159 et s.
- JAVILLIER, Jean-Claude. - Une illustration du conflit des logiques. - DS, 1976, p. 265 et s.
- JAVILLIER, Jean-Claude. - Une nouvelle illustration du conflit des logiques : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise. - Collectif. - Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK. - Paris : Dalloz, 1978, p. 101 et s.
- JAVILLIER, Jean-Claude. - Le droit du travail en "temps réel" ? - SSL, 18-11-1991, n° 575, p. 3.
- JEAMMAUD, Antoine. - Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail. - DS, 1968, p. 337 et s.
- JEAMMAUD, Antoine. - Les fonctions du droit du travail. - COLLIN, F. et autres. - Le droit capitaliste du travail. - Grenoble : PUG, 1980, p. 151 et s.
- JEAMMAUD, Antoine. - Droit et pratiques dans l'entreprise. - Courrier du CNRS, avril 1990, n° 75, pp. 28-29.
- JEAMMAUD, Antoine. - La règle de droit comme modèle. - D, 1990, Chr., XXXIV.
- JEAMMAUD, Antoine. - Normes juridiques et action : note sur le rôle du droit dans la régulation sociale. - Colloque "La régulation, droit et politique", Centre d'Etude sur la Théorie de l'Etat, Université de Montpellier, 1^{er} octobre 1992.
- JEAMMAUD, Antoine. - Les règles juridiques et l'action. - D, 1993, Chr., LV.
- JEAMMAUD, Antoine, LYON-CAEN, Antoine. - Droit et direction du personnel. - DS, 1982, p. 56 et s.
- JEAMMAUD, Antoine, SERVERIN, Evelyne. - Evaluer le droit. - D, 1992, Chr., LII.

- JESTAZ, Philippe. - La jurisprudence, ombre portée du contentieux. - D, 1989, Chr., XXIII. 14
- KALINOWSKI, Georges. - Logique et méthodologie juridique : réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit. - APD, 1978, Vol. 23, p. 59 et s.
- KALINOWSKI, Georges. - Obligations, permissions et normes : réflexions sur le fondement métaphysique du droit. - APD, 1981, Vol. 26, p. 331 et s.
- KALINOWSKI, Georges. - Des divers sens du terme "jugement". - APD, 1983, Vol. 28, p. 295 et s.
- KELLERHALS, Jean, MODAK, Marianne, PERRIN, Jean-François. - Transactions interindividuelles, cohésion de groupe et normes de justice. - Blanc, Maurice, éd. - Pour une sociologie de la transaction sociale. - Paris : L'Harmattan, 1992, p. 167 et s.
- KERR, Clark. - The Balkanization of Labour Markets. - BAKKE, W., and others. - Labor Mobility and Economic Opportunity. - Wiley : MIT Press, 1954, p. 92 et s.
- KERR, Clark. - Labour Market and Wage Determination : the Balkanization of Labour Market and others essays. - Berkeley : University of California Press, 1977.
- LABRUSSE, Henri. - Le mot travail : un acheminement poétique. - Collectif. - Analyses et réflexions sur le travail. - Paris : Ed. Marketing, 1978.
- LADRIERE, Paul. - Le conflit entre rationalité cognitive-instrumentale et rationalité morale-pratique dans la sociologie du droit de Max Weber. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, pp. 265 à 271.
- LALLEMENT, Michel. - Travail et interaction. - Documents pour l'enseignement économique et social, février 1990, n° 78-79.
- LALLEMENT, Michel. - Pensée économique et normes sociales. - Sciences Humaines, 1991, n° 6, p. 27.
- LANCASTER, Kevin. - A New Approach to Consumer Theory. - Journal of Political Economy, avril 1966.
- LANGLOIS, Philippe. - Contre la suspension du contrat de travail. D, 1992, Chr., XXIX.
- LASCOUMES, Pierre. - Le droit comme science sociale : la place de E. Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914). - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, pp. 39 à 49.

- LE BOZEC, D., GUERGOAT, J-C. - L'emploi des travailleurs handicapés dans les entreprises : 4 années d'application de la loi de 1987. - Premières synthèses, 1993, n° 23, p. 1 et s.
- LE BRIS, note sous CC 28 mai 1983, 619.
- LE FRIAND, Martine, LYON-CAEN, Antoine. - Le comité d'entreprise et la coopération européenne. - DS, 1989, p. 822 et s.
- LEMMENICIER, Bertrand. - Indemnités de licenciement : assurance tous risques, réparation d'un préjudice ou impôt sur la liberté de contracter ? - RRJ, 1987-2, p. 597 et s.
- LEVY, Michel-Louis. - Chômage. - Dictionnaire d'histoire économique. - Paris : Hatier, 1987, 3^e éd., p. 56 et s.
- LHOTEL, Hervé. - Eléments pour une critique de l'économie des conventions. - Cahiers du GREE, 1990, n° 5, Université Nancy 2.
- LINHARDT, Danièle. - Travail et crise. - Les Temps modernes, janvier 1984.
- LOCHAK, Danièle. - Présentation. - C.U.R.A.P.P. - Les usages sociaux du droit. - Paris : PUF, 1989, p. 1 et s.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi. - Jurisprudence. - APD, 1990, Vol. 35, p. 191 et s.
- LUHMANN, Niklas. - L'unité du système juridique. - APD, 1986, Vol. 31, p. 163 et s.
- LYON-CAEN, Antoine. - Stage et travail. - DS, 1982, p. 164 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Les fondements historiques et rationnels du droit du travail. - DO, 1951, p. 1 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Défense et illustration du contrat de travail. - APD, 1968, Vol. XIII, p. 57 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Idéologies et doctrines en droit du travail. - Annales de l'Institut d'Etudes du travail et de la Sécurité Sociale de Lyon, 1971.
- LYON-CAEN, Gérard. - A propos de quelques ouvrages de doctrine. - DS, 1978, p. 292 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi. - DS, 1980, n° spécial sept.-oct., p. 8 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Le droit et l'emploi. - D, 1982, Chr., XXII.
- LYON-CAEN, Gérard. - La concentration du capital et le droit du travail. - DS, 1983, p. 287 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - La bataille truquée de la flexibilité. - DS, 1985, p. 801 et s.
- LYON-CAEN, Gérard. - Le droit au travail. - Collectif. - Les sans-emploi et la loi. - Quimper : Calligrammes, 1988, p. 203 et s.

LYON-CAEN, Gérard. - La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail. - D, 1989, Chr., XLV.

LYON-CAEN, Gérard. - L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence. - DO, 1992, p. 313 et s.

MACKAAY, Ejan. - La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit. - RIDE, 1987, n° 1, p. 43 et s.

MACKAAY, Ejan. - Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? - RRJ, 1987-2, p. 419 et s.

MAILLARD, Didier. - La fin de la macro-économie traditionnelle ? - Regards sur l'actualité, sept.-oct. 1990, p. 21 et s.

MAILLARD, Didier. - Retour en force de la micro-économie. - Regards sur l'actualité, janvier 1991, p. 4 et s.

MALINVAUD, Edmond. - Nouveaux développements de la théorie économique du chômage. - Revue Economique, janvier 1978, T. 19, n° 1.

MARGILIER, Gilles. - Brève présentation des thèses sur le rapport salarial et la régulation. - Cahiers de l'IREP- Développement, Grenoble, 1983, n° 4, p. 7 et s.

MARRAUD, Catherine. - Pour un accès efficace au contentieux de la relation de travail : un exemple de transfert d'une information judiciaire. - Revue trimestrielle du ressort de la cour d'appel de Versailles, 1987, n° 7, p. 171 et s.

MARRAUD, Catherine. - Les juristes, la jurisprudence et la flexibilité : essai de bilan et éléments de perspective. - CLEMENT, Raphaël, et autres. - La dynamique des rapports salariaux : lieux, règles, sens. - Rapport à la MIRE, novembre 1990, GREE et CERIT, Université Nancy 2, Vol. 2, p. 41 et s.

MARTIN, Raymond. - Loi économique et règle de droit. - D, 1990, Chr., p. 259 et s.

MARUANI, Margaret. - La sociologie de l'emploi : une recherche aux frontières de l'entreprise ? - Les Cahiers du LASTREE, 1987, n° 2.

MARUANI, Margaret. - La sociologie du travail en quête de l'emploi. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - L'emploi, l'entreprise et la société. - Paris : Economica, 1990, p. 41 et s.

MARUANI, Margaret, DECOUFLE, André-Clément. - Pour une sociologie de l'emploi. - RFAS, 1987, n° 3, p. 7 et s.

MARUANI, Margaret, NICOLE, Chantal. - Du travail à l'emploi : l'enjeu de la mixité. - ST, 1987, n° 2, p. 237 et s.

- MARUANI, Margaret, REYNAUD Emmanuelle. - L'emploi, construction sociale : constitution d'un champ de recherches. - MARUANI, M., REYNAUD, E., éd. - France-Allemagne : débats sur l'emploi. - Paris : Syros, 1987, p. 17 et s.
- MAURICE, Marc. - Réflexions sur les constituants du marché du travail. - MARUANI, M., REYNAUD, E., éd. - France-Allemagne : débats sur l'emploi. - Paris : Syros, 1987, p. 102 et s.
- MEHAUT, Philippe, VILLEVAL, Marie-Claire. - La crise du rapport salarial et les niveaux de sa recomposition. - Cahiers du GREE, 1989, n° 1, Université Nancy 2.
- MERIAUX, Bernard. - Point de vue sur les recherches françaises en économie du travail. - Revue Economique, 1978, Vol. 19, n° 1, p. 120 et s. ; rééd. : MAIRESSE, Jacques, dir. - Emploi et chômage. - Paris : PFNSP, 1982, p. 120 et s.
- MICHON, François. - Une lecture des hypothèses du dualisme du marché du travail. - Economie et sociétés, 1983, série AB, n° 13, p. 579 et s.
- MICHON, François. - Les théories contemporaines du marché du travail : innovations et récurrences. - Séminaire d'Economie du Travail, URA CNRS 919, Université Paris 1, février 1990, Ronéo.
- MICHON, François. - Les formes institutionnelles du travail et de l'emploi : la construction d'une approche historique et comparative internationale. - Séminaire d'Economie du Travail, URA CNRS 919, Université Paris 1, mai 1991, Ronéo.
- MICHON, François, SEGRESTIN, Denis. - Histoire d'une rencontre. - MICHON, F., SEGRESTIN, D., dir. - L'emploi, l'entreprise, et la société. - Paris : Economica, 1990, p. 1 et s.
- MURCIER, Jean-Paul. - Le conflit des logiques : le terrain des faits et celui du droit. - Action Juridique CFDT, 1979, n° 11, et 1993, n° 100.
- OPPETIT, Bruno. - Droit et économie. - APD, 1992, Vol. 37, p. 17 et s.
- OST, François. - Quelle jurisprudence, pour quelle société ? - APD, 1985, Vol. 30, p. 9 et s.
- OST, François. - Entre ordre et désordre, le jeu du droit : discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit. - APD, 1986, Vol 31, p. 133 et s.
- OST, François, KERCHOVE, Michel van de. - De la scène au balcon : d'où vient la science du droit ? - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, p. 67 et s.

- PARADEISE, Catherine. - La marine marchande française : un marché du travail fermé ? - RFS, 1984, T. 25, p. 352 et s.
- PARADEISE, Catherine. - Les théories de l'acteur. - Les Cahiers français, 1990, n° 247, p. 31 et s.
- PELISSIER, Jean. - Droit civil et contrat individuel de travail. - DS, 1988, p. 387 et s.
- PERELMAN, Chaïm. - A propos de la règle de droit. - PERELMAN, C. et autres. - La règle de droit. - Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles, 1971.
- PERRIN, Jean-François. - Duguit et la "Science du droit". - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, pp. 87 à 94.
- PETEV, Valentin. - Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence. - APD, 1985, Vol. 30, p. 181 et s.
- PHARO, Patrick. - Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil. - CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques, dir. - Normes juridiques et régulation sociale. - Paris : LGDJ, 1991, p. 243 et s.
- PHILLIPS, A.W. - The Relation Between Unemployment and the Rates of Change of Money Wages in the United Kingdom (1826-1957). - *Economica*, 25, novembre 1958, p. 283 et s.
- PIORE, M-J. - Dualism in the Labor Market, a response to uncertainty and flux : the case of France. - *Revue Economique*, 1978, Vol. 19, n° 1, p. 26 et s.
- PLIHON, Dominique. - Les grandes explications macro-économiques du chômage. - Les Cahiers français, 1990, n° 246, p. 20 et s.
- POULAIN, Guy. - Stage et précarité d'emploi. - DS, 1982, p. 155 et s.
- PRETOT, Xavier. - Le droit à l'insertion. - RDSS, 1989, 25 (4), p. 633 et s.
- PUEL, Hugues. - Le paradigme de l'emploi. - *Analyse, Epistémologie, Histoire Economique* (Presses Universitaires de Lyon), 1979, n° 18, p. 133 et s.
- PUEL, Hugues. - Il y a emploi et emploi. - *Travail et Emploi*, 1980, n° 4, p. 17 et s.
- PUEL, Hugues. - Emploi typique et représentation du travail. DS, 1981, p. 489 et s.
- RAWLS, J. - Two concepts of rules. - *Philosophical Review*, 1955, n° 1, p. 3 et s.
- REICH, M., GORDON, D-M., EDWARDS, R-C. - Dual labor markets : a theory of labor market segmentation. - *American Economic Review*, 1973, Vol. 63, n° 2, p. 359 et s.
- REYNAUD, Bénédicte. - Règles et logique des relations salariales. - *Economie et Statistique*, 1986, n° 92, p. 43 et s.

- REYNAUD, Bénédicte. - Le contrat de travail dans le paradigme standard. - Revue française d'Economie, 1988, n° 4, p. 157 et s.
- REYNAUD, Bénédicte. - La transformation des systèmes de rémunération ouvriers : une analyse sectorielle (1978-1986). - Couverture Orange, CEPREMAP, 1989, n° 8912.
- REYNAUD, Bénédicte. - Quelles règles salariales pour les années 1990 ? - Document de travail, CEPREMAP, 1990.
- REYNAUD, Bénédicte. - Les modes de rémunération et le rapport salarial. - Economie et Prévision, 1990, n° 92-93, p. 1 et s.
- REYNAUD, Bénédicte. - Les règles d'équité dans la formation des salaires : des études expérimentales aux formalisations économiques. - Couverture Orange, CEPREMAP, 1991, n° 9111.
- REYNAUD-CRESSANT, Bénédicte. - Structures industrielles et segmentation du marché du travail, théorie radicale et nouveau structuralisme : Une revue de la pensée économique américaine. - Revue d'Economie Industrielle, 1985, n° 33, p. 16 et s.
- REYNAUD, Bénédicte, NAJMAN, Vladimir. - Les formules salariales actuelles : bricolage ou transformation radicale du fordisme ? - Travail Emploi, 1992, n° 51, p. 86 et s.
- REYNAUD, Jean-Daniel. - Conflit et négociation sociale : esquisse d'une théorie de la régulation conjointe. - RFS, 1972, n° 2.
- REYNAUD, Jean-Daniel. - La régulation dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome. - RFS, 1988, n° 1.
- ROLLE, Pierre, TRIPIER, Pierre. - Valeur d'échange et valeur d'usage de la force de travail. - Collectif. - La division du travail (actes du colloque de Dourdan, 1978). - Paris : Galilée, 1978.
- ROSE, José. - Des conventions aux formes institutionnelles : éléments pour un débat. - Cahiers du GREE, 1990, n° 5, Université Nancy 2.
- RUEFF, Jacques. - Les variations du chômage en Angleterre. - Revue politique et parlementaire, 10-12-1925.
- RUEFF, Jacques. - L'assurance-chômage, cause du chômage permanent. - Revue d'économie politique, mars-avril 1931.
- SAINT-JOURS, Yves. - La pénétration du droit du travail dans la fonction publique. - Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK. - Paris : Dalloz, 1978, p. 231 et s.
- SAINT-JOURS, Yves. - Les options économiques de la jurisprudence. - D, 1987, Chr., XXXIII.

- SAINT-JOURS, Yves. - La perspective d'un ordre juridictionnel social : utopie ou prémonition ? - DO, 1993, p. 167 et s.
- SAINT-JOURS, Yves. - Un ordre juridictionnel social : pourquoi ? - RFAS, 1993, n° 1, p. 87 et s.
- SALAIS, Robert. - Une analyse des mécanismes de détermination du chômage. - Economie et Statistique, 1977, n° 93, p. 21 et s.
- SALUDEN, Marianne. - La jurisprudence, phénomène sociologique. - APD, 1985, Vol. 30, p. 191 et s.
- SCIBERRAS, Jean-Christophe. - Le stagiaire dans l'œil du cyclone. - DS, 1988, p. 795 et s.
- SEGAL, Martin. - Post-institutionalism in Labor Economics : the Forties and Fifties Revisited. - Industrial and Labor Relations Review, 1946, Vol. 39, n° 3, p. 388 et s.
- SERVAIS, O., SOURD, T. - Rapport salarial et théorie de la segmentation du marché du travail. - Cahiers de l'IREP-Développement, Grenoble, 1983, n° 4, p. 119 et s.
- SEUROT, François. - La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence. - RRJ, 1987-2, p. 583 et s.
- SEVE, René. - Droit et économie : quatre paradigmes. - APD, 1992, Vol. 37, p. 65 et s.
- STANKIEWICZ, François. - Les stratégies d'entreprises face aux ressources humaines : le temps des révisions. - STANKIEWICZ, François, dir. - Les stratégies d'entreprises face aux ressources humaines : l'après-taylorisme. - Paris : Economica, 1988.
- SUPIOT, Alain. - Délégation, normalisation et droit du travail. - DS, 1984, p. 296 et s.
- SUPIOT, Alain. - Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise. - DS, 1989, p. 195 et s.
- SUPIOT, Alain. - Pourquoi un droit du travail ? - DS, 1990, p. 485 et s.
- SUPIOT, Alain. - La réglementation patronale de l'entreprise. - DS, 1992, p. 215 et s.
- SUPIOT, Alain. - L'impossible réforme des juridictions sociales. - RFAS, 1993, n° 1, p. 97 et s.
- SUPIOT, Alain. - Le travail, liberté partagée. - DS, 1993, p. 175 et s.
- TEUBNER, Günther. - Legal autopoiesis and Legal Evolution. - Collectif. - Autopoiesis in law and society. - Berlin, New York : de Gruyter, 1987.
- TEYSSIE, Bernard. - Les formations professionnelles alternées. - JCP, 1980, éd. CI, 13509.

- TEYSSIE, Bernard. - L'Etat et l'emploi (loi n° 86-797 du 3 juillet 1986). - JCP, 1986, éd. G, I, 3258.
- THERY, Michel. - Les formations professionnelles en alternance. - DS, 1992, p. 391 et s.
- THEVENOT, Laurent. - Introduction : pour une analyse des différentes espèces de convention et de leurs économies respectives. - Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, 1986.
- THEVENOT, Laurent. - Les investissements de forme. - Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, 1986.
- THEVENOT, Laurent, et autres. - L'économie des conventions. - Revue Economique, 1989, Vol. 40, n° 2.
- TORTAJADA, Ramon. - La qualification : concept empirique. - TANGUY, Lucie, dir. - L'introuvable relation formation-emploi. - Paris : La Documentation française, 1986
- TOUATI, Jacques. - L'entité économique au sens de l'article L 122-12 du Code du travail. - SSL, n° 632, 25-1-1993, p. 3 et s.
- TROPER, Michel. - Tout n'est pas perdu pour le positivisme. - Déviance et société, 1987, Vol. II, n° 2, p. 195 et s.
- URSEL, Laurent d'. - L'analyse économique du droit des contrats. - RIEJ, 1985, n° 14, p. 45 et s.
- VERDIER, Eric. - Droit et changement social : du droit du travail à un droit de l'emploi ? - COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN. - Les conditions sociales du changement technique et de la mutation industrielle. - Paris : CGP, 1984.
- VERICEL, Marc. - Sur le pouvoir normateur de l'employeur. - DS, 1991, p. 120 et s.
- VILLE, I., RAVAUD, J-F. - Handicap et stigmatisation. - Collectif. - Intégration et exclusion dans la société française contemporaine. - Lille : PUL, 1993, p. 251 et s.
- VULLIERME, Jean-Louis. - L'autorité politique de la jurisprudence. - APD, 1985, Vol. 30, p. 95 et s.
- WAGNER, Emmanuel. - Le nouveau champ d'application de l'article L 122-12, al. 2. - DO, 1990, p. 217 et s.
- WAGNER, Emmanuel. - La notion de marché et l'application de l'article L 122-12 du Code du travail (à propos de l'affaire des éboueurs de Nîmes). - DO, 1991, p. 77 et s.

- WAQUET, Philippe. - La reprise d'un marché de prestation de service entraîne-t-elle l'application de l'article L 122-12 ? - Rapport Cass. soc. 6 novembre 1992. - DS, 1992, p. 186 et s.
- WILLKE, Helmut. - Diriger la société par le droit ? - APD, 1986, Vol 31, p. 189 et s.
- ZENATI, Frédéric. - Le droit et l'économie au-delà de Marx. - APD, 1992, Vol. 37, p. 121 et s.

TABLE DES MATIERES

(les numéros renvoient aux paragraphes)

INTRODUCTION GENERALE

PARTIE PRELIMINAIRE :

COMMENT NE PAS FAIRE UNE THEORIE JURIDIQUE DE L'EMPLOI

INTRODUCTION	1
Chapitre 1 : LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI	5
Section 1 : La situation de l'emploi, champ d'investigation	6
Section 2 : La conceptualisation de l'emploi, objet de recherche	12
Chapitre 2 : PROBLEMATIQUE GENERALE	20
Section 1 : La notion de conceptualisation	21
Sous-section 1 : Éléments de définition de la notion de concept	22
Sous-section 2 : La validité des concepts	25
Sous-section 3 : Concept, jugement, norme	29
A. Concept et jugement	31
B. Concept et normativité	33
Section 2 : Sources de conceptualisation	37
Sous-section 1 : Sources disciplinaires	38
Sous-section 2 : Sources juridiques	40
A. Branches du droit	41
B. Sources de droit	44
Chapitre 3 : METHODE GENERALE	49
Section 1 : Un point de vue juridique dominant... ..	50
Section 2 : ...Enrichi par une approche interdisciplinaire	53
Sous-section 1 : Définition générale de l'inter-disciplinarité	54
Sous-section 2 : État des relations droit - sociologie économie	56
A. Sociologie, économie, socio-économie	57
B. Sociologie et droit	61
C. Économie et droit	65
1. Généralités sur la primauté entre droit et économie	65
2. L'analyse "substantielle" du droit économique	67
3. L'analyse économique du droit	69

Sous-section 3 : Méthodologie interdisciplinaire pour l'étude juridique de la conceptualisation de l'emploi	71
A. Une confrontation active de modes de conceptualisation	72
1. Singularité de la doctrine juridique	72
2. Un dialogue conceptuel	73
2.1. Droit du travail et de l'emploi cherche cadre de référence désespérément	74
2.2. Théorie des systèmes et auto-production du cadre de référence	77
B. Méthode d'analyse	82

2^e PARTIE : CRITIQUE DE LA CONCEPTUALISATION DE L'EMPLOI EN TERME DE MARCHE

INTRODUCTION	88
Chapitre 1 : THEORIE ECONOMIQUE DU MARCHE DE L'EMPLOI	
Introduction	96
Section 1 : Les analyses en terme de marché	101
Sous-section 1 : La fiction du marché parfait	102
A. Offre et demande de travail	103
1. L'offre de travail	105
2. La demande de travail	106
B. L'équilibre général	108
Sous-section 2 : Les perturbations externes du marché	110
Section 2 : Les analyses en terme de circuit	111
Sous-section 1 : Demande effective et rigidité à la baisse des salaires nominaux	113
Sous-section 2 : Effets sur le niveau de l'emploi	115
Sous-section 3 : Le chômage naturel	118
A. La courbe de Phillips	119
B. Le taux de chômage naturel	121
Section 3 : La théorie du déséquilibre	122
Section 4 : Usage par l'économie macro-analytique des catégories sociologiques et juridiques	127
Sous-section 1 : L'incidence accessoire des faits et concepts sociologiques	129
Sous-section 2 : Le droit : du contexte à la contrainte	135

Sous-section 2 : La jurisprudence, principe d'action de la mise en forme des rapports de travail et d'emploi	395
A. Jurisprudence, régulation, cohérence	396
B. Rapports de travail et d'emploi et jurisprudences locales	398
C. La jurisprudence : une décentralisation de l'activité normative	404
D. De la régulation économique à la régulation de l'économie	406
Section 2 : Analyse de jurisprudence et étude des rapports de travail et d'emploi	410
Sous-section 1 : La réflexion jurisprudentielle des rapports de travail et d'emploi	411
A. Un lieu d'observation des rapports de travail et d'emploi	411
B. Une réflexion partielle et déformante	413
Sous-section 2 : L'action jurisprudentielle sur les rapports de travail et d'emploi	417
A. Quel acteur ?	418
B. Quels rapports ?	419
C. Quels modes d'action ?	422
Sous-section 3 : La jurisprudence : un analyseur	429
A. La jurisprudence, analyseur des rapports de travail et d'emploi	429
1. La présentation des faits par les parties	430
2. L'interprétation des faits par le juge	431
3. L'analyse doctrinale des faits	432
4. Le traitement informatique de la jurisprudence	433
B. La jurisprudence, analyseur des règles relatives aux rapports de travail et d'emploi	435

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES