

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

INSTITUT DE RECHERCHE EN DROIT
INTERNATIONAL ET EUROPEEN
DE LA SORBONNE
(IREDIES)

LA JUSTICE SOCIALE
SAISIE
PAR LES JUGES EN EUROPE

Sous la direction de
Laurence BURGORGUE LARSEN

CAHIERS EUROPEENS
N°4

Editions PEDONE
2013

DANS LA MÊME COLLECTION

CAHIERS EUROPÉENS

Cahiers européens n°1 :

L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe

sous la direction de Laurence Burgorgue-Larsen, 2011

Cahiers européens n°2 :

*Les interactions normatives, droit de l'Union européenne
et droit international*

sous la direction de Laurence Burgorgue-Larsen, Edouard Dubout,
Alexandre Maitrot de la Motte, Sébastien Touzé, 2012

Cahiers européens n°3 :

*Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union
européenne*

sous la direction de Philippe Maddalon, 2013

Cahiers européens n°4 :

La justice sociale saisie par les juges en Europe

sous la direction de Laurence Burgorgue-Larsen, 2013

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2013

I.S.B.N. 978-2-233-00671-4

L'IDEE DE JUSTICE SOCIALE

ALAIN SUPIOT

Professeur au Collège de France, Institut d'études avancées de Nantes

Dans une conférence prononcée quelques années après la fin de la Guerre, le grand historien des sciences Georges Canguilhem a montré de manière lumineuse pourquoi la notion de « régulation », commune au droit et à la biologie, n'a pas du tout le même sens selon qu'elle concerne un organisme vivant ou une société humaine¹. En médecine, on s'accorde sans peine sur ce qu'est le bien – c'est la santé – et c'est le mal qui pose problème : l'identification des maladies et de leurs causes. En droit, au contraire, on s'accorde sur les maux qu'il faut conjurer – la misère, le mensonge, l'oppression ou la violence – mais c'est la définition de ce qu'est un ordre idéal qui ne va pas de soi. Tandis que la norme de fonctionnement de l'organisme s'identifie à son existence même, une société doit, pour exister et se maintenir, poser en dehors d'elle-même la norme qui la fonde². A la différence de la norme biologique, la norme à laquelle on se réfère pour décider du juste et de l'injuste ne procède donc pas de l'observation des faits. Cette Référence est proclamée et célébrée, mais ne peut être ni expliquée, ni démontrée. C'est la raison pour laquelle la question de la Justice est intraitable, dans les deux sens du terme : elle résiste aussi bien à ceux qui prétendent l'éliminer qu'à ceux qui prétendent la résoudre.

La question de la Justice est inéliminable, car elle est inhérente à l'être humain et se pose donc à toutes les sociétés. La réaction à l'injustice est l'une des observations cliniques réalisées sur ces « enfants sauvages », qui ont grandi en-dehors de tout contact humain et n'ont pas accès au langage. François Truffaut a retracé, dans un film mémorable, l'histoire de l'un de ces enfants (Victor de l'Aveyron) confié à la fin du XVIII^{ème} siècle à un médecin (le Dr. Itard) qui tente de l'humaniser³. C'est pourquoi, comme le note Simone Weil, « il n'est pas au pouvoir d'un homme d'exclure absolument toute espèce de justice des fins qu'il assigne à ses actions. Les nazis eux-mêmes ne l'ont pu. Si c'était possible à des

¹ G. CANGUILHEM, « Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société », *Cahiers de l'Alliance israélite universelle*, n° 92, sept-oct. 1955, p. 64 et s., repris in *Écrits sur la médecine*, Paris, Seuil, 2002, pp. 101-125.

² G. CANGUILHEM, *Écrits sur la médecine*, op. cit., p. 108.

³ F. TRUFFAUT, *L'enfant sauvage*, 1970. Dans l'une des séquences les plus troublantes le médecin inflige volontairement à l'enfant une punition injustifiée, suscitant de sa part une révolte qu'il ne manifestait pas lorsque la punition était fondée.

hommes, eux sans doute l'auraient pu »⁴. La croyance totalitaire selon laquelle, seule la force régirait les rapports entre les hommes, a toujours débouché sur des impasses mortifères, révélant ainsi son irréalisme foncier. La pérennité d'une société dépend de l'inscription de chacun de ses membres dans la chaîne générationnelle, c'est-à-dire de l'attribution à chacun d'une place humainement vivable. Un Etat qui ignore cet impératif de justice généalogique est comme Chronos dévorant ses enfants. « Etre stable » est la définition même de l'Etat, et il ne peut l'être sans prendre cet impératif en charge. Autrement dit, la notion la plus propre à désigner la mission première de l'Etat est celle d'« Etat de justice »⁵. « L'Etat de justice » est celui qui, à travers sa propre mise en scène, pose la Référence à la fois comme pouvoir et comme limite de soi, et remplit ainsi cette « fonction anthropologique de base : limiter le sujet, le marquer, lui éviter qu'il ait à se fonder lui-même pour vivre »⁶.

Inéliminable, la question de la Justice est aussi insoluble, en ce sens qu'elle ne peut recevoir de réponse définitive. Elle ne se réduit pas, en effet, à l'application d'une règle, quelle qu'elle soit. Lieu d'une tension entre monde réel et monde idéal, elle se présente à la fois comme un principe d'action et comme une règle d'interprétation.

Voir dans la justice un principe d'action est déjà le fait de nos textes les plus vénérables. Ainsi le Digeste définit la justice comme « volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû »⁷. C'est la « volonté constante et perpétuelle » qu'il faut souligner ici : la Justice n'est pas un état statique, mais dynamique, elle désigne un but qu'on doit s'efforcer d'approcher sans jamais pouvoir l'atteindre. Cette idée est familière aux autres grandes civilisations, comme le montre par exemple la notion indienne de « *maryādā* », qui désigne la conduite conforme à la loi et à la morale⁸ ; son sens premier est celui d'une cible à atteindre mais à ne pas dépasser, c'est-à-dire d'un même mouvement un but et une limite de l'action⁹. Dans la langue Béti (Cameroun) le mot qui signifie « juste » (« *Sosôô* ») vient du verbe « soussou », qui signifie : sauter, surmonter un obstacle¹⁰. Cette dimension dynamique est particulièrement importante pour notre sujet puisque, à l'époque contemporaine, c'est en matière sociale qu'elle a

⁴ S. WEIL, « L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain », 1943, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 1999, pp. 1179-1180.

⁵ G. DEL VECCHIO, *La justice – La vérité. Essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955, p. 92.

⁶ P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des Etats*, Paris, Fayard, 1992, p. 329.

⁷ *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, Digeste, Ulpian, I, 10.

⁸ A. MONTAUT, « *Tyāg patr de Jainendra Jumar: dire l'indicible, dire l'innommable* », présentation de J. JUMAR, *Un Amour sans mesure*, Paris, Gallimard, 2004, pp. 7-47.

⁹ Ch. MALAMOUD, *Une perspective indienne sur la notion de dignité humaine*, Conférence, IEA de Nantes, avril 2009.

¹⁰ Je dois ces indications au professeur Jean-Godeffroy Bidima, selon lequel « La justice (ainsi définie) est ce qui permet à la société de s'ouvrir un passage dans les intrications du sens. Elle permet aux individus en litige ou en transaction de s'ouvrir un passage les uns vers les autres. Elle permet enfin aux énoncés de laisser passer les potentialités des actes dont ils ne sont que les représentations » (Correspondance avec l'auteur).

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

été réaffirmée avec le plus de force, notamment dans la Déclaration de Philadelphie, aujourd'hui partie intégrante de la Constitution de l'OIT, selon laquelle le « but central de toute politique nationale et internationale » est la réalisation du droit de tous les êtres humains « de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

La justice est aussi un principe d'interprétation, auquel ne peuvent éviter de recourir tous ceux qui ont à connaître ou appliquer le droit. Tout juge rend la justice, alors même qu'il serait réduit à n'être que la bouche qui prononce les paroles de la Loi. C'est pourquoi sont vouées à l'échec les tentatives de bâtir une « science du droit » entièrement purgée de toute considération de justice. On ne peut bâtir une science en éliminant d'entrée de jeu ce qui constitue son objet propre¹¹. Kelsen lui-même considérait que l'interprétation par le juge ne procédait pas de la seule connaissance du droit positif, mais de la « connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux »¹². Il résulte de la loi positive elle-même que les motifs ainsi pris en considération dans le processus d'application du droit font partie intégrante du droit¹³. Si la tâche du savant est d'accéder à l'intelligibilité du phénomène juridique, il ne peut donc pas exclure la *ratio legis*, mais doit au contraire s'efforcer de comprendre et de confronter les différentes conceptions du juste qui animent le système juridique¹⁴. Mais dès lors, ce système ne peut être « expliqué » en recourant au modèle physique d'une pyramide de normes, ou au modèle biologique de l'autopoïèse. Ayant pour objet, non seulement des faits, mais des représentations mentales, il recèle une part d'indétermination et relève donc des sciences de l'interprétation et non des sciences exactes. Cette indétermination est particulièrement grande dans le cas de la justice sociale, dont la réalisation ne peut résulter de la seule application de textes déjà existants, car elle suppose de juger de la distribution des richesses, des places et des opportunités dans une société et à un moment donnés.

L'idée selon laquelle la justice ne concerne pas seulement le règlement des litiges, mais aussi l'organisation d'ensemble de la société, c'est-à-dire la réalisation d'un « Etat de justice », n'a rien de neuf. Contrairement à certaines lectures réductrices d'Aristote, cette idée est déjà présente dans *L'Éthique à Nicomaque*. Ainsi que l'a montré Clarisse Herrens Schmidt, sa théorie de la justice ne s'y réduit pas à la dichotomie justice distributive/justice corrective, mais fait place à une justice de réciprocité proportionnelle qu'il définit en ces

¹¹ Voir en ce sens la démonstration de F. BRUNET, *Normativité et droit*, Thèse non publiée, Paris 1, 2011, non publiée, 524 p.

¹² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. Ch. Eisenmann, p. 460.

¹³ Voir l'art. 23-2 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 (rédac. issue de la loi n° 2009-1523 du 10 déc. 2009) qui subordonne la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au fait que la disposition contestée n'ait pas déjà été « déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision » antérieure de ce Conseil.

¹⁴ Voir en ce sens N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1^{ère} éd., 1965, Roma Bari, GLF editori Laterza, 2011, 219 p.

termes : « C'est parce qu'on retourne en proportion de ce que l'on reçoit que la Cité se maintient »¹⁵. Et Aristote ne se berce pas d'illusions sur la manière de faire advenir cette justice, ainsi qu'en atteste son propos dans *La République* : « En ce qui touche l'égal et le juste, même s'il est difficile de découvrir la vérité à leur sujet, il est cependant plus aisé de l'atteindre que d'y amener par la persuasion ceux qui ont le pouvoir de se tailler la part du lion: car toujours ce sont les plus faibles qui recherchent l'égalité et la justice, alors que la classe dominante n'en prend aucun souci »¹⁶. Ce constat réaliste justifie un interdit fréquemment rappelé jusqu'à l'avènement du capitalisme : celui de la pléonexie, *i.e.* de l'accumulation des richesses entre les mains d'un tout petit nombre¹⁷. Saint Augustin écrit que « Nous ne devons pas souhaiter qu'il y ait des malheureux pour avoir l'occasion d'accomplir des œuvres de miséricorde. Tu donnes du pain à qui a faim, mais mieux vaudrait que nul n'ait faim et que tu n'aies personne à qui donner [...] Parce que toi tu donnes, tu sembles supérieur à celui à qui tu donnes. Souhaite qu'il soit ton égal : en sorte que vous soyez l'un et l'autre sous la dépendance de celui auquel on ne peut rien donner »¹⁸. Par une toute autre entrée – celle du réalisme politique – Sir Francis Bacon arrivait à la même conclusion. Son expérience du gouvernement de l'Angleterre du XVII^{ème} siècle le conduisait à penser que « l'argent est comme le fumier, nuisible sauf à être répandu », si bien qu'en laissant s'entasser les richesses au lieu de les redistribuer, on fait le lit des révoltes et de la violence¹⁹. L'idée de solidarité est déjà présente dans cette manière de penser qui, à la différence du libéralisme économique, n'inscrit pas la pauvreté dans un ordre naturel des choses, que le droit devrait se garder de troubler. C'est à elle qu'à la fin du XIX^{ème} siècle se référeront les premiers auteurs à donner une définition moderne de la justice sociale. C'est le cas par exemple de Fouillée, selon lequel « Il y a une justice de liberté, qui veut que l'on respecte le développement de ma personnalité individuelle ; il y a une justice d'égalité, qui veut que les hommes les plus inégaux par ailleurs soient traités de même pour les actes de même valeur ; mais il y a aussi une justice de solidarité, trop méconnue, qui veut que, faisant partie d'un même tout, réagissant l'un sur l'autre, ne pouvant agir dans la vie sociale sans que mes actions aient une répercussion en autrui, je prenne en considération le bien des autres en même temps que mon bien propre.[...] C'est cette justice de solidarité dont la charité pure était une application encore trop vague, arbitraire, incertaine, et qui, dans nos sociétés modernes, sous le nom de justice sociale, doit aboutir à des obligations précises »²⁰.

¹⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 8, cité et commenté par C. HERRENSCHMIDT, *Les trois écritures. Langue, nombre, code*, Gallimard, 2007, p. 293 et s.

¹⁶ ARISTOTE, *La Politique*, VI, 3, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1982.

¹⁷ M. MAUSS, *Sociologie et Anthropologie*, Paris, PUF, 1991, p.467. Ce concept a été récemment repris et développé par D.-A. DUFOUR, *L'individu qui vient après le libéralisme*, Paris Denoël, 2011.

¹⁸ SAINT AUGUSTIN, *Commentaire sur la première épître de Saint-Jean*, Traité VIII, §.5, Paris, éd. du Cerf, 4^e éd. 1994, introd., trad. et notes par Paul Agaësse.

¹⁹ SIR F. BACON, « Of Seditious and Troubles » in *The Essays or Counsels, Civil and Moral*, 3^{ème} éd., 1625, trad. *Essais de morale et de politique*, Paris, L'Arche, 1999.

²⁰ A. FOUILLÉE, « L'idée de justice sociale d'après les écoles contemporaines », *Revue des Deux Mondes*, vol.LIX, 1899, T.152, pp. 47-75, cité p. 61.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

Si le libéralisme économique a rompu avec l'interdit de la pléonexie et combattu avec constance et détermination l'idée de justice sociale, c'est parce qu'il prête à la cupidité individuelle la vertu de servir l'intérêt général. Cette thèse a des racines religieuses. L'idée d'un plan divin, qui convertirait les vices privés en prospérité publique, a germé dès le XVII^{ème} siècle²¹, avant de s'épanouir au XVIII^{ème} siècle, d'abord sous la forme provocatrice de la fable des abeilles de Mandeville²², puis dans l'œuvre d'Adam Smith, qui pensait pouvoir la tempérer par l'appel aux sentiments moraux. Depuis lors, la Main invisible du Marché occupe dans la théorie économique la place de la Divine Providence²³. Cette foi dans un Ordre spontané résultant du libre jeu des égoïsmes individuels a donné aux Lumières britanniques leur marque distinctive, par opposition aux Lumières allemandes et à l'impératif catégorique kantien²⁴. Théorisée par des « prix Nobel » d'économie, tels Milton Friedman ou Friedrich Hayek, mise en œuvre par les institutions économiques internationales et européennes, elle exerce aujourd'hui sur les esprits une emprise considérable, car elle participe de l'idéal d'« *american way of life* » désormais poursuivi sur tous les continents²⁵. Dans un livre récent, le philosophe Dany-Robert Dufour a montré de manière très convaincante que son triomphe enfantait inévitablement une « Cité perverse » de type sadien²⁶. Comme l'indique le titre du diptyque romanesque le plus connu du divin Marquis – *La nouvelle Justine ou les malheurs de la vertu, suivie de l'Histoire de Juliette sa sœur ou les prospérités du vice*²⁷ – Sade donne en effet à voir la vérité d'un monde qui serait exclusivement soumis au principe de maximisation des utilités individuelles.

Face aux effets délétères de cette idéologie, l'idée de justice sociale a fait l'objet d'une réaffirmation solennelle au lendemain de la seconde guerre mondiale. Déjà en 1919, la Constitution de l'OIT affirmait qu'« il n'est pas de paix durable sans justice sociale ». La Déclaration de Philadelphie (1944), puis la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948) ont repris et développé cette affirmation en dotant la Justice sociale d'une base axiologique, de principes fondamentaux et d'une méthode de réalisation. Une base axiologique avec la dignité humaine qui, transcendant la vieille dichotomie psyché/soma, introduit dans le périmètre des droits fondamentaux le corps humain et ses besoins.

²¹ Voir en ce sens la relecture roborative de Pascal et des auteurs jansénistes par Dany-Robert DUFOUR, in *La Cité perverse : Libéralisme et pornographie*, Paris, Denoël, 2009, p. 58 et suivantes.

²² B. DE MANDEVILLE, *The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits*, 1714, London, Penguin, 2011, 416 p. ; L. DUMONT, *From Mandeville to Marx. The Genesis and Triumph of Economic Ideology*, Univ. of Chicago Press, 1977, 245 p.

²³ Sur cette filiation, voir T. TODOROV, *Le siècle des totalitarismes*, Paris, Laffont, 2010, p. 31.

²⁴ D.-R. DUFOUR, *op. cit.*, pp. 138 et s.

²⁵ Voir l'extraordinaire succès éditorial des livres d'Ayn RAND, dont le message est parfaitement résumé dans le titre de l'un de ses best-sellers, *The Virtue of Selfishness. A New Concept of Egoism*, New York, Signet, 1964. Plus de 25 millions d'exemplaires des livres d'Ayn Rand ont été vendus à ce jour. Avec plus de 7 millions d'exemplaires, *La Grève* est le roman le plus lu aux Etats-Unis après *L'Attrape-cœur* de J.D. SALINGER.

²⁶ D.-R. DUFOUR, *op. cit.*, pp. 138 et s.

²⁷ in *Œuvres complètes du Marquis de Sade*, Paris, éd. Tête de feuille, 1973, tomes 6-9, préfaces de M. BLANCHOT, G. BATAILLE, P. KLOSSOWSKI et M. HEINE.

Des principes fondamentaux qui sont les quatre piliers sur lesquels repose le droit social : le travail décent ; les libertés d'organisation et d'action collectives ; la solidarité ; et la démocratie sociale. Et d'une méthode de réalisation en faisant de la justice sociale « l'objectif fondamental » (la « *perpetua voluntas* ») assigné aux États, objectif dont la réalisation devait servir à évaluer la qualité des règles du commerce et de la finance internationale. De fait, cet objectif a largement inspiré les politiques suivies en Europe jusqu'au tournant des années quatre-vingt, donnant lieu à l'essor du droit du travail, de la sécurité sociale et des services publics.

La justice sociale ainsi définie n'a cessé d'être l'une des cibles favorites des tenants de l'Ordre spontané du Marché. Ainsi Hayek écrit-il que la justice sociale est un « phantasme », inspiré par « une nostalgie nous rattachant aux traditions du groupe humain des origines, mais qui a perdu toute signification dans la Société Ouverte des hommes libres »²⁸. Depuis le tournant néoconservateur des années quatre-vingt, le démantèlement des institutions fondées sur l'idée de justice sociale est devenue la priorité de nombreux dirigeants politiques et économiques, d'abord aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, puis aujourd'hui dans l'Union européenne. Selon M. Draghi, nouveau président de la Banque centrale européenne (BCE) et ancien vice-président international de Goldman Sachs chargé de l'Europe²⁹, la leçon à tirer de la crise ouverte depuis 2008 est que « *Europe's vaunted social model – which places a premium on job security and generous safety nets – is already gone* »³⁰.

Au regard de la longue histoire du droit et des institutions, l'idée de faire disparaître la question de la justice sociale de l'horizon politique est aussi puérile que dangereuse. Lorsqu'elle est niée et bafouée, l'aspiration à la Justice resurgit sous des formes qui sont rarement raisonnées et policées. Depuis la crise financière de 2008, il n'est plus que quelques illuminés pour croire encore sérieusement en l'avenir radieux de la Grande Société Ouverte, promis par les chantes de l'ultralibéralisme. Loin de disparaître, l'idée de justice sociale continue de susciter réformes législatives et débats théoriques, dont l'étude laisse apparaître un double contraste. Contraste entre pays tout d'abord puisque c'est aux Etats-Unis – pays où l'idée de justice sociale a été le moins mise en œuvre – qu'elle a été la plus théorisée³¹. En Europe occidentale au contraire, où l'Etat

²⁸ F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, 1976, trad. de l'anglais par R. AUDOIN, Paris, PUF, 1981, p. 81.

²⁹ Sur les responsabilités de cette banque d'affaires dans le déclenchement de la crise de 2008 et dans le maquillage des comptes de la Grèce, voir M. ROCHE, *La Banque, Comment Goldman Sachs dirige le monde*, Paris, Albin Michel, 2010. Voir le témoignage de l'un de ses anciens cadres : Gerg SMITH, « *Why I Am Leaving Goldman Sachs* », *The New York Times*, 14 mars 2012.

³⁰ « *Europe's Banker Talks Tough. Draghi Says Continent's Social Model Is 'Gone,' Won't Backtrack on Austerity* », Entretien paru dans le Wall Street Journal daté du 24 février 2012.

³¹ Débats très autocentrés, ainsi qu'on peut le voir dans la synthèse de Will Kymlicka, dont la bibliographie exclusivement anglo-américaine est en-deçà des promesses du titre : W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy : an Introduction*, Oxford University Press, 1990 ; trad. fr. par M. SAINT-UPERY, *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, 2^e éd. 2003, 363 p.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

social a été le plus développé, c'est plutôt son financement et son efficacité qui font aujourd'hui question³², tandis que dans les pays émergents, la justice sociale n'apparaît ni comme objet théorique, ni comme expérience institutionnelle, mais plutôt comme promesse d'avenir. Contraste entre disciplines également, puisque les théories de la Justice sociale développées durant cette période ont été essentiellement le fait de philosophes et d'économistes. A quelques remarquables exceptions près³³, les juristes – surtout en Europe continentale – semblent avoir intériorisé le tabou positiviste qui leur interdit de dire ou de penser quoi que ce soit sur les questions de justice.

La nouveauté essentielle des débats contemporains sur la justice sociale est de ne plus – ou plus seulement – définir cette dernière en termes de juste répartition des biens, mais en termes de juste reconnaissance des personnes. Ainsi focalisés sur la dichotomie de l'avoir et de l'être, ces débats ont en revanche maintenu dans l'ombre une troisième dimension de la justice sociale – celle de l'agir – pourtant présente dans la Déclaration de Philadelphie qui compte au nombre des droits fondamentaux des travailleurs celui d'avoir « la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer au bien-être commun » (art. III-b). La période contemporaine a ainsi été marquée par une régression de l'idée de justice distributive ; une exacerbation corrélative de l'idée de justice recognitive ; et un refoulement persistant de l'idée de juste réalisation de soi, pourtant seule à même de dépasser l'opposition de l'avoir et de l'être.

I. AVOIR : LA JUSTE RÉPARTITION DES BIENS

Jusqu'à une période récente, la question de la juste distribution des richesses n'a guère été posée que dans des cadres sociaux ou territoriaux limités. Relevant de la responsabilité des Etats, la réalisation de la justice sociale a été une affaire essentiellement nationale, tandis que son avènement à l'échelle du monde est demeuré un idéal de type religieux. Tout juste s'est-on efforcé – sans grand succès – à l'issue de la seconde guerre mondiale, de concevoir un cadre international propre à promouvoir la coopération des Etats dans leurs efforts

³² Voir parmi une abondante bibliographie : P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1981, 184 p. ; H. KAELBLE & GUNTER SCHMIDT (Hg.), *Das Europäische Sozialmodell. Auf dem Weg zum transnationalen Sozialstaat*, Berlin, Sigma, 2004, 455 p. ; O. DE SCHUTTER & S. DEAKIN (eds.), *Social Rights and Market Forces*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 351 p. ; A. LEFEBVRE & D. MEDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?* Paris, Seuil, 2006, 156 p. ; M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz, 2006, 461 p.

³³ Voir le « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », élaboré par un groupe de 17 juristes de divers pays d'Europe occidentale. Paru d'abord dans le *European Law Journal*, vol. n° 10, 2004 ; il a fait l'objet d'une traduction française publiée dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, pp. 713-734. Voir également M.J. HESSELINK, *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice ?*, Munich, Sellier, 2008, 87 p. Et concernant le droit international public : E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, 306 p.

respectifs de mise en œuvre des droits sociaux³⁴. Au plan juridique, l'Etat social n'est donc pas une figure homogène mais se présente comme un kaléidoscope de modèles nationaux, ancrés chacun dans une histoire et une culture particulières. Une théorie de la justice sociale digne de ce nom supposerait de partir de cette diversité pour en abstraire les traits communs et en comprendre les différences. Ce n'est pas cette voie qui a été généralement empruntée par les théories contemporaines de la justice sociale. La plupart d'entre elles procèdent d'une démarche normative, consistant à poser des principes de justice à vocation universelle, sans se référer à l'expérience contemporaine de l'Etat social.

A. L'Etat social

Au XIX^{ème} siècle, l'essor de la société industrielle, le positivisme scientifique, le démantèlement des solidarités traditionnelles et la montée de la « question sociale » ont conduit à nier la transcendance de l'Etat et à voir en lui un simple instrument de pouvoir qu'il fallait conquérir ou faire déperir. Au XX^{ème} siècle, une première réponse à cette crise de légitimité a été celle des régimes totalitaires. Ils ont théorisé et systématisé cette instrumentalisation, faisant de l'Etat un simple outil de mise en œuvre par un Parti unique des lois pseudo-scientifiques censées régir les sociétés humaines (celles de la biologie raciale ou du « socialisme scientifique »). La réponse des pays démocratiques a consisté au contraire à restaurer la légitimité de l'Etat en lui confiant la charge du bien-être de ses citoyens et en ajoutant à la démocratie une dimension nouvelle – économique et sociale. Au lieu de se présenter aux hommes comme une puissance qui les domine, l'Etat s'est fait le serviteur de leur bien-être. Le développement des services publics, la généralisation de la sécurité sociale, la protection des droits et libertés collectives des travailleurs, lui ont donné le visage de ce que l'article premier de notre Constitution nomme la République sociale, et qui est appelé dans d'autres contextes « *Welfare-State* », « *Sozialstaat* » ou « Etat providence ». Toutes ces formulations s'inscrivent dans la notion générique d'Etat social, et désignent le dernier avatar de l'Etat dans son histoire multiséculaire.

Ainsi que Marcel Gauchet en a récemment fait la remarque³⁵, l'attention légitimement portée à la place des totalitarismes dans l'histoire du XX^{ème} siècle tend à nous masquer l'originalité de cette réponse démocratique au défi

³⁴ E. JOUANNET, *Droit international libéral-providence : Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 352 p. ; concernant le projet avorté d'Organisation Internationale du Commerce ; cf. R. PLAISANT, *L'organisation internationale du commerce*, Pedone, 1950, 61 p. ; J.-C. GRAZ, *Aux sources de l'OMC, la Charte de La Havane 1941-1950*, Genève, Droz, 1999, 367 p. ; C. WILCOX, *A Charter for World Trade New York ?*, New York, Macmillan, 1949, 333 p. ; W.A. BROWN Jr., *The United States and the Restoration of World Trade: An Analysis and Appraisal of the ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade*, Washington, The Brookings Institution, 1950 ; M. LOFTI M'RINI, *De La Havane à Doha. Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en voie de développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Presses univ. Laval, 2005, 517 p.

³⁵ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie III. A l'épreuve des totalitarismes 1914-1974*, Paris, Gallimard, 2010, pp. 555 et s.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

totalitaire. L'Etat social a permis d'échapper au faux dilemme de l'individualisme ou de l'étatisme radical, de métaboliser les conflits sociaux et de concilier liberté individuelle et sécurité collective. Grande invention juridique du XX^{ème} siècle, le droit social a été la source de catégories juridiques nouvelles, qui ont essaimé dans toutes les autres branches du droit. Ne reposant pas sur une vision *a priori* de la justice, il permet au contraire de convertir les rapports de force en rapports de droit. Sa position tierce au regard des divisions canoniques (entre droit public et droit privé, droit des personnes et droit des biens), explique tout à la fois sa redoutable complexité technique et son grand intérêt théorique. L'Etat social n'est pas une figure uniforme, et donne au contraire à voir la diversité des cultures nationales où il a pris racine. Mais il est possible de dégager les quatre piliers sur lesquels il a partout reposé.

Le premier est le statut conféré au travail. Inséré dans tout contrat de travail, ce statut rend soutenable la fiction du travail marchandise, inhérente au capitalisme. Il protège la personne du salarié des risques physiques et économiques que lui font courir sa réification sur le marché du travail, et scelle ainsi l'échange de dépendance contre de la sécurité qui est à la base de ce que le Traité de l'Union Européenne, s'inspirant de la doctrine ordolibérale allemande, appelle l'économie sociale de marché (« *Soziale Marktwirtschaft* »)³⁶. D'abord théorisé en Allemagne au tournant des XIX^{ème}-XX^{ème} siècles, le droit du travail a pris des visages bien différents d'un pays européen à l'autre. Mais visant à régler les termes de l'échange salarial, il comporte toujours à des degrés divers trois éléments essentiels : une protection de l'intégrité physique (et aujourd'hui mentale) contre les risques encourus au travail ; un minimum de sécurité économique contre le risque de chômage (protection de l'emploi) et contre la pauvreté (minima légaux ou conventionnels de salaires) ; et enfin – trait caractéristique de l'Etat social démocratique – la liberté d'organisation et d'action syndicale.

Le deuxième pilier de l'Etat social est l'institution d'un système de sécurité sociale. Le mot est d'origine américaine, mais l'invention est anglaise puisque c'est au Royaume-Uni que la sécurité sociale a été conçue pour la première fois de manière cohérente et systématique, dès 1942, par le célèbre rapport Beveridge. A la différence des assurances sociales de l'avant-guerre, ce système instaure une solidarité nationale qui bénéficie à l'ensemble de la population. Il complète la citoyenneté politique par une citoyenneté sociale, qui impose à tous le devoir de contribuer à son financement et le droit de bénéficier de prestations lorsqu'ils doivent faire face à un certain nombre de risques d'altération de leurs revenus. La liste de ces risques varie d'un pays à l'autre, mais y figurent le plus souvent la maladie, les accidents du travail, la maternité, la vieillesse, les charges de famille et le chômage. La mise sur pied d'un tel système, qui fait encore l'objet de violentes controverses aux Etats-Unis³⁷, est aujourd'hui l'une des priorités de nombreux pays dits émergents, dont l'Inde et la Chine.

³⁶ Art. 3§3, TUE (version consolidée 2010).

³⁷ Sur les actions actuellement pendantes devant la Cour suprême sur la légalité de l'instauration d'une couverture maladie universelle, voir le site de la Cour : <http://www.supremecourt.gov/docket/PPACA.aspx>.

Le troisième pilier de l'Etat social est l'institution de services publics. C'est en France que cette notion a d'abord vu le jour et qu'elle a connu les plus remarquables développements. Ils ont pour objet de procurer à tous les citoyens un égal accès à un certain nombre de services jugés fondamentaux, dont l'Etat garantit la qualité et la continuité. Ici encore le périmètre de ces services varie considérablement d'un pays à l'autre et d'une période à l'autre. Leur noyau dur inclut l'instruction publique, la santé publique, les voies et transports publics. Peut s'y ajouter la distribution d'un certain nombre de biens fondamentaux au nombre desquels on compte généralement l'eau et l'énergie. Les frontières de cet ensemble sont mouvantes, certains services pouvant passer du public au privé (par exemple : téléphonie, banque, transport aérien) tandis que le besoin d'une intervention publique se fait sentir pour d'autres (logement). A ces variations de périmètre s'ajoute celle des formes d'intervention de la puissance publique (Etat ou collectivités locales), qui peuvent, soit gérer directement ces services, soit les concéder ou encore les contrôler ou les encadrer via des autorités de régulation créées à cet effet. L'un des traits les plus remarquables du système français a été justement sa capacité à combiner ces diverses formules et à inventer des formes juridiques hybridant le privé et le public, comme les SPIC ou les EPIC.

Le quatrième et dernier pilier de l'Etat social est ce qu'on appelle, dans la terminologie française, la démocratie sociale et qui englobe divers droits et libertés consacrés en droit international ou en droit constitutionnel : liberté syndicale, liberté d'association, droit de participation, liberté d'action collective. La mise en œuvre de ces droits et libertés a pris elle aussi des formes extrêmement différentes selon les pays, mais elle consiste toujours à instaurer une représentation qualitative de différents groupes d'intérêts, auxquels la représentation de type quantitatif instituée dans la sphère politique ne permet pas de donner une voix propre. Sur cette base commune ont pu fleurir aussi bien la « *Mitbestimmung* » allemande, que les différents systèmes de « *collective bargaining* » anglais, américain ou nordiques, ou encore, dans le cas français, la pratique de la loi négociée ou la gestion paritaire de la sécurité sociale. De ce pilier il faut surtout retenir cette chose essentielle que la justice sociale n'est pas une norme imposée d'en haut, mais qu'elle procède du libre jeu de la représentation collective des intérêts qu'elle met en jeu. Cet enseignement essentiel de la pratique juridique n'a guère été pris en compte, nous allons le voir, par les théories de la justice.

B. Les théories de la justice redistributive

Il est frappant de constater que ces théories ont surtout fleuri aux Etats-Unis, pays qui a été le berceau de l'idée de « *Welfare State* », mais où l'Etat social est demeuré embryonnaire et soulève aujourd'hui encore les réactions d'hostilité politique les plus violentes. Ces divisions se retrouvent dans le foisonnement de théories de la justice qui ont été avancées depuis 40 ans, d'abord pour critiquer, puis pour défendre l'idée de justice sociale.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

Pour combattre l'idée de justice sociale, deux raisons ont été avancées, celles-ci se combinant souvent chez les mêmes auteurs. Une raison philosophique tout d'abord, qui est la foi dans l'absolue souveraineté de l'individu. Elle est au cœur de la doctrine dite libertarienne, qui condamne tout empiètement de l'Etat ou de la collectivité sur les droits des individus et promeut une sorte d'anarcho-capitalisme à l'échelle de la planète³⁸. Une raison économique ensuite, qui est la croyance selon laquelle les forces du marché engendrent un « ordre spontané », qui se régule lui-même et réalise la plus grande justice possible. Cette croyance est partagée par les tenants des théories néoclassiques et par les auteurs de l'Ecole autrichienne, notwithstanding leurs divergences doctrinales sur la rationalité de l'acteur économique. Tous s'accordent donc pour condamner toute intervention de l'Etat dans le domaine de la répartition des richesses. Cet ordre spontané dépendrait seulement du respect de ce que Hume appelait les « trois lois fondamentales de la nature, celles de la stabilité de possession, de son transfert par consentement et d'exécution des promesses »³⁹. Autrement dit trois règles de droit privé : la liberté contractuelle, le droit de propriété et la responsabilité pour faute. Faire régner la justice supposerait donc, dans l'ordre des lois positives, de donner au droit privé, qui exprimerait des lois naturelles, la primauté sur le droit public. Comme jadis la loi humaine au regard de la loi divine, le droit public serait un simple « droit d'organisation », un mal nécessaire qui doit « renforcer » et non entraver l'action de la Main invisible du Marché⁴⁰. Selon l'un des plus influents prophètes de cette utopie ultralibérale, « les seuls liens qui maintiennent l'ensemble d'une Grande Société sont purement économiques (...) ce sont les réseaux d'argent qui soudent la grande Société [et] le grand idéal de l'unité du genre humain dépend en dernière analyse des relations entre des éléments régis par l'impulsion vers la meilleure satisfaction possible de leurs besoins matériels »⁴¹. Cette promesse d'une Grande Société participe de la philosophie de l'histoire propre à l'Occident, qui est la transposition sécularisée de l'eschatologie du Salut⁴². Le marxisme n'était qu'une version concurrente de cette vision eschatologique. C'est pourquoi l'implosion de l'URSS, alors même qu'elle illustrait l'inanité de la croyance dans les lois de l'histoire, a été interprétée au contraire comme le signe du triomphe universel et définitif des forces du marché, et même pour les plus

³⁸ Voir notamment R. NOZIK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, trad. A. d'AUZAC DE LAMARTINE, *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, PUF, 1988, 442 p.

³⁹ D. HUME, *Treatise, Works, II*, p. 293, cité par F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, 1976, trad. de l'anglais par R. AUDOIN, PUF, 1981, p. 48.

⁴⁰ F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 1 *Règles et ordre*, 1973, trad. de l'anglais par R. AUDOIN, PUF, 1980, p. 162. L'idée selon laquelle le droit est un mal nécessaire est particulièrement ancrée dans la culture protestante. Voir J. CARBONNIER, *Toute loi est en soi un mal*, in *Essais sur les lois*, Paris, éd. du répertoire Defrenois, 1979, pp. 281-298.

⁴¹ F.-A. HAYEK, *Le mirage de la justice sociale, op. cit.*, p. 135.

⁴² K. LÖWITH, *Weltgeschichte und Heilsgeschehen. Die theologischen Voraussetzungen der Geschichtsphilosophie*, 1983, trad. fr. par M. C. CHALLIOL-GILLET, S. HURSTEL et J. F. KERVEGAN, *Histoire et Salut. Les présupposés théologiques de la philosophie de l'histoire*, Paris, Gallimard, 2001, 285 p.

enthousiastes, comme « la fin de l'histoire »⁴³. L'influence de ces thèses a été considérable et ce sont elles qui continuent d'inspirer la ligne politique suivie par les principaux dirigeants politiques et économiques des pays occidentaux.

Face à ces doctrines déniaient toute pertinence à l'idée de justice sociale, de nombreux auteurs se sont efforcés d'asseoir cette dernière sur une base théorique solide. Mais ils l'ont fait le plus souvent en se plaçant sur le terrain même où se plaçaient leurs adversaires, c'est-à-dire selon une méthode conséquentialiste consistant à faire dépendre la légitimité d'une règle de l'utilité escomptée de son application. La plus grande victoire des adversaires de la justice sociale est en réalité d'être parvenus à banaliser ce recours au calcul d'utilité et à disqualifier par là même l'idée d'impératif catégorique attaché à la dignité humaine⁴⁴. Sur ce terrain du calcul d'utilité, c'est bien sûr l'idée de contrat social qui a été mobilisée pour fonder en raison les devoirs réciproques des individus. Cette idée, qui n'a rien de neuf puisqu'elle remonte à Hobbes et Rousseau, a ainsi fait l'objet à la fin du XX^{ème} siècle de reformulations, dont la plus fameuse est la Théorie de la justice de John Rawls⁴⁵. Cette œuvre est si célèbre et a suscité tant de commentaires qu'on hésite à la résumer. On remarquera seulement que Rawls ignore les théories politiques qui, un siècle avant lui, avaient réactivé cette idée de contrat social pour repenser la justice dans le contexte du monde industriel. Ce fut le cas en France de Proudhon, écrivant qu'« il faut supprimer tout ce qui reste de droit divin dans le gouvernement de la société et rebâtir l'édifice sur l'idée humaine de CONTRAT »⁴⁶, ou dans un autre registre de Léon Bourgeois, qui fondait la solidarité sur un quasi-contrat « qui n'est autre chose qu'un contrat rétroactivement consenti »⁴⁷, et dont l'influence fut considérable sur les politiques sociales de la III^{ème} République⁴⁸. Rawls ressuscite quant à lui la fiction d'une « position originelle » dans laquelle un individu abstrait, opérant sous un « voile d'ignorance », calculerait les règles de répartition des biens qui lui seraient en toutes circonstances les moins défavorables. De ce calcul, il déduit deux principes : un principe de liberté en vertu duquel toute personne a droit à

⁴³ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, Harper Perennial, 1993.

⁴⁴ On ne s'étonne donc même plus de voir l'OIT avancer les cinq raisons suivantes pour justifier le droit des travailleurs à se nourrir convenablement : l'amélioration du moral des employés et de la productivité ; la diminution du nombre d'accidents et de jours de congés maladie ; la réduction des coûts à long terme de la protection sociale ; la promotion de la réputation de l'entreprise et l'augmentation des recettes fiscales et du PIB. Voir CH. WANKEK, *Food at Work. Workplaces Solutions for Malnutrition, Obesity and Chronic Diseases*, Genève, ILO, 2005, 448 p.

⁴⁵ J. RAWLS, *A Theory of justice*, Harvard University Press, 1971, trad. fr. par C. AUDARD, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, 667 p.

⁴⁶ PROUDHON, *Idee générale de la révolution au XIX^e siècle*, 1851. Voir S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 121 et s.

⁴⁷ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 1^{ère} éd., Paris, Colin, 1912, rééd. Villeneuve d'Ascq, Septentrion, 1998, p. 48.

⁴⁸ Sur cette influence voir F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, spéc. p. 349 et s. Le solidarisme a aussi inspiré ces dernières années de stimulantes analyses en droit des contrats : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz et Juris-classeur, 1999, p. 603 et s. ; CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 441 et s.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

l'ensemble le plus étendu de libertés individuelles, compatible avec le même ensemble de libertés pour tous ; et un principe de différence, en vertu duquel les inégalités sociales sont légitimes à la double condition de fonctionner au bénéfice du plus grand nombre et d'être attachées à des dispositions ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité des chances.

La raison du succès de la théorie de Rawls est de donner à l'économisme un visage humain en autorisant une certaine dose de redistribution des richesses, sans remettre en cause l'anthropologie de *l'homo œconomicus* égoïste et calculateur. Déconnectée de l'analyse du droit positif et vide de toute interrogation sur les fondements dogmatiques du juste et de l'injuste dans une société donnée, elle se présente comme un « jeu logiciel plaqué sur la réalité humaine, politique, sociale et accessoirement subjective »⁴⁹. La même chose pourrait être dite des nombreux travaux qui se sont situés dans le sillage de la théorie de Rawls, pour en critiquer ou en améliorer certains aspects. Ils participent de la même démarche logicienne et procédurale, ignorante de la diversité des expériences historiques de mise en œuvre de l'idée de justice sociale⁵⁰.

Parmi les rares auteurs qui se sont, au contraire, efforcés de penser la justice redistributive à partir de ses pratiques au lieu de théoriser dans le vide, il faut mentionner Michael Walzer. Sa théorie des « sphères de justice » invite à ne pas mettre dans le même sac tous les biens distribués dans une société donnée, mais à distinguer au contraire différents types de biens (économiques, mais aussi symboliques, affectifs, politiques, etc.), relevant de critères de distribution différents⁵¹. L'une des caractéristiques des systèmes totalitaires est en effet de prétendre ramener toute la vie humaine à un unique principe, son dernier avatar étant le projet de Marché total qui étend la logique du calcul économique à tous les aspects de la vie humaine, y compris à l'usage de la parole. Faisant largement appel à la sociologie et à l'histoire, et puisant dans la diversité des cultures, la thèse de Walzer ne se présente pas comme une théorie close sur elle-même, mais bien plutôt comme une méthode d'investigation, attentive à contextualiser la question de la justice sociale. Bien qu'elle fasse une faible place au droit et aux institutions, elle parvient, par une autre voie, à des conclusions proches de celles qui peuvent être tirées de l'analyse juridique comparée des différentes formes d'Etat social en Europe. Enfin, l'idée de pluralité des sphères de justice permet à Walzer de ne pas limiter la justice sociale à la répartition des richesses, mais de tenir compte également des revendications à une juste reconnaissance des personnes.

⁴⁹ P. LEGENDRE, *Les enfants du Texte*, op. cit., p. 347.

⁵⁰ Voir not. R. DWORKIN, qui, pour tenir compte des handicaps, ajoute à la théorie de Rawls un marché des assurances configuré sous voile d'ignorance et censé assurer une réelle « égalité des ressources » : « What is Equality ? Philosophy and Public Affairs » 10/3-4, 1981, pp.185-246 et 283-345 ; trad. par J.-F. SPITZ, in *Vertu souveraine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 356 p. ; voir aussi B. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, Yale Univ. Press, 1980, 392 p.

⁵¹ M. WALZER, *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, trad. par P. ENGEL, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997, 476 p., se référant à la notion de justification et non de justice, la distinction de différentes « cités » ou « économies de la grandeur » opérée par L. BOLTANSKY et L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991, 48 p.

II. ETRE : LA JUSTE RECONNAISSANCE DES PERSONNES

Les Etats providence – et les théories de la justice sociale qui lui sont liées – n’ont nullement rompu avec l’ordre démocratique né des Lumières, ordre dans lequel les hommes sont envisagés comme des êtres abstraits, armés des mêmes droits, indépendamment de toute considération d’appartenance ethnique ou religieuse⁵². Ils ne s’en distinguent que par la prise en compte des inégalités de fortune, qu’ils visent à limiter ou corriger. Mais il s’agit, ce faisant, non de rompre avec l’idéal d’une société formée de citoyens libres et égaux, mais bien au contraire de l’approfondir, en complétant la citoyenneté politique par une citoyenneté sociale⁵³.

Dans l’ordre civil et politique, cet idéal a été durant longtemps bafoué par le statut minoré accordé aux femmes et aux « indigènes » des pays colonisés. C’est seulement à partir du milieu du XX^{ème} siècle, c’est-à-dire au moment même où la justice sociale s’affirmait comme principe normatif à l’échelle internationale, que les luttes pour la décolonisation et l’égalité des sexes ont progressivement conduit à étendre le principe d’égalité formelle à tous les êtres humains. Aussi n’est-il pas surprenant que la citoyenneté sociale ait elle-même été conçue en des termes universels et abstraits. Les droits économiques, sociaux et culturels consacrés au lendemain de la seconde guerre mondiale, l’ont été « sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d’opinion politique ou de toute autre opinion, d’origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »⁵⁴.

Cet énoncé dogmatique, au sens le plus fort et le plus consciemment normatif du terme, procède d’un choix de valeur et non d’une observation des faits. C’est lui, et non les données de la sociologie ou de la biologie, qui fonde l’interdit des discriminations, et il doit être défendu et affirmé comme tel. Mais dans la vie réelle, le sexe, la langue, la religion ou la nationalité ne sont pas seulement des sources possibles de discriminations. Ils sont aussi des éléments constitutifs de l’identité des personnes. Cette identité se construit dans un jeu de miroirs avec autrui et suppose d’être reconnue pour exister pleinement⁵⁵. Il ne suffit donc pas de pourvoir aux besoins matériels de l’être humain pour respecter leur dignité, il faut aussi satisfaire ce besoin de reconnaissance. Dans les sociétés traditionnelles, cette reconnaissance est inhérente à l’existence d’un ordre

⁵² On connaît la célèbre formule de Stanislas de Clermont-Tonnerre, justifiant en 1789 l’abolition de toute discrimination à l’égard des Juifs : « Il faut tout refuser aux Juifs comme nation et tout accorder aux Juifs comme individus. Il faut qu’ils ne fassent dans l’Etat ni un corps politique ni un ordre. Il faut qu’ils soient individuellement citoyens ».

⁵³ Le concept de citoyenneté sociale est dû à T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, 1950, 154 p. Sur sa continuité avec les idéaux de la Révolution française, voir J. JAURES, « Discours à la jeunesse », 1903, in *L’esprit du socialisme*, Paris, Gonthier, 1964, pp. 55 et s.

⁵⁴ Art. 2, DUDH, 1948.

⁵⁵ P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004, 387 p. ; P. LEGENDRE, *Dieu au miroir. Étude sur l’institution des images*, Paris Fayard, 1994, pp. 60 et s.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

hiérarchique, qui reconnaît à chacun une place, fut-elle subordonnée⁵⁶. Il n'en va pas de même dans les sociétés formellement égalitaires où la reconnaissance peut devenir, à l'instar de la distribution des richesses, l'enjeu d'une lutte de tous contre tous. Le maintien d'une telle société dépend dès lors d'une juste reconnaissance des personnes, qui a suscité à la fois de nouvelles théories de la justice sociale et de nouvelles pratiques juridiques.

A. Les théories de la juste reconnaissance

Ces théories sont trop nombreuses pour s'engager ici dans un inventaire qui serait aussi vain que fastidieux. Il faut surtout souligner qu'elles sont le lieu d'une tension entre deux interprétations de ce qu'implique la reconnaissance : une interprétation multiculturaliste, qui prône un droit à la différence pour les « minorités » culturelles dans une société donnée ; et une interprétation libertarienne, qui fait de l'identité l'objet d'un choix toujours révoquant à la disposition des individus.

Les théories de la reconnaissance de type multiculturaliste, ont en commun de considérer qu'hormis un noyau de droits fondamentaux qui doit être reconnu par tous sur un territoire donné, un large champ devrait être laissé au libre exercice de droits dérivant de l'appartenance culturelle de chacun. Ces théories critiquent l'universalisme abstrait de l'égalité des droits et devoirs, lequel ne serait trop souvent que le masque de la domination d'une culture sur toutes les autres. Elles ont été développées notamment par des auteurs comme Charles Taylor, qui se sont efforcés de définir des procédures permettant de découvrir le point d'équilibre entre, d'une part la fragmentation de la société entre communautés étrangères les unes aux autres, d'autre part sa diversification sur la base de valeurs communes reconnues par tous⁵⁷. On peut en rapprocher la notion de « lutte pour la reconnaissance » mise en avant par Axel Honneth⁵⁸. Cette lutte se déploierait dans trois sphères distinctes : celle de l'amour, qui touche aux liens affectifs unissant une personne à un groupe restreint ; celle du droit, où l'individu est reconnu comme un sujet universel ; et celle de l'estime sociale qui procède de l'insertion dans une culture donnée, et résulte notamment de l'expérience du travail.

Ces théories dénoncent à juste titre l'illusion abstractiviste, consistant à réduire l'être humain à un sujet rationnel et autosuffisant. Mais d'un point de vue juridique, elles s'exposent à deux critiques. En premier lieu elles méconnaissent

⁵⁶ La hiérarchie étant un « principe de gradation des éléments d'un ensemble par référence à l'ensemble » (Voir L. DUMONT, *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, 1966, p. 92), tout élément de cet ensemble est nécessairement reconnu par tous les autres.

⁵⁷ Ch. TAYLOR, *Multiculturalism and « the Politics of recognition »*, Princeton University Press, 1992, trad. *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994, 142 p. ; et Flammarion, 2009, 144 p. ; avec les commentaires d'A. GUTMANN, S. ROCKFELLER, M. WALZER et S. WOLF.

⁵⁸ A. HONNETH, *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, 1^{ère} éd. 1992, 2^{ème} éd. 2003, trad. par P. RUSH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 2000, 240 p.

la dimension ternaire des processus de reconnaissance. Celui-ci ne se réduit pas au rapport réciproque de l'un à l'autre, mais suppose aussi que l'un et l'autre soient référés à un même Tiers, à un grand Autre, qui les institue comme sujets. Évoqué sur le mode religieux par Augustin lorsqu'il écrit que pour être égaux il faut « que vous soyez l'un et l'autre sous la dépendance de celui auquel on ne peut rien donner »⁵⁹, la nécessité logique de cette Référence tierce est un enseignement aussi bien du droit que de la linguistique⁶⁰. La méconnaissance condamne le « dialogue entre civilisations » à dégénérer en pugilat. Réduite à un duel entre « eux » et « nous », la quête de reconnaissance se fait insatiable. Source d'une conscience malheureuse, elle nourrit ce que Paul Ricœur appelle « un sentiment inguérissable de victimisation »⁶¹. La seconde critique qui peut être adressée à ces théories de la reconnaissance est d'user de la notion de culture comme d'une boîte noire qui, d'un côté masque des situations hétérogènes⁶², et de l'autre impose aux individus une marque communautaire. Une telle assignation communautaire est incompatible avec l'idée que « le choix libre que l'homme fait de soi-même s'identifie absolument avec ce qu'on appelle sa destinée »⁶³.

La question se pose dès lors de savoir comment éviter ces risques d'assignation culturelle tout en reconnaissant la diversité des identités. C'est pour y répondre qu'ont été développées des théories de la justice sociale faisant, non seulement de la destinée, mais de l'identité elle-même, le produit d'un libre choix de soi-même, dans le but explicite d'engager ainsi une dynamique de déconstruction générale des identités. Il faut, écrit ainsi Nancy Fraser, « désinstitutionnaliser les modèles de valeurs culturelles, qui sont un obstacle à la parité de participation, et les remplacer par des modèles qui la nourrissent »⁶⁴. S'efforçant de repenser en même temps justice redistributive et justice recognitive, cet auteur critique tous les dispositifs qui se bornent à corriger des inégalités sans remettre en cause ce qui les génère. A ces remèdes correctifs, qui figent la différenciation, il faudrait préférer des remèdes transformateurs qui la déstabilisent, ouvrant ainsi un champ de possibilités nouvelles. Par exemple il ne faudrait pas affirmer une identité féminine ou homosexuelle, mais déconstruire les identités masculine ou

⁵⁹ SAINT AUGUSTIN, *Commentaire sur la première épître de Saint-Jean*, Traité VIII, §5, Paris, Cerf, 4^e éd. 1994, introd., trad. et notes par Paul Agaësse.

⁶⁰ La condition de la mobilisation et de l'appropriation de la langue « est, chez le locuteur, le besoin de référer par le discours, et chez l'autre, la possibilité de co-référer identiquement, dans le consensus pragmatique qui fait de chaque locuteur un co-locuteur. La référence est partie intégrante de l'énonciation » (E. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, t. 2, Paris, Gallimard, 1974, p. 82). Voir sur ce point D.-R. DUFOUR, *Les mystères de la trinité*, Paris, Gallimard, 1990, spéc. la deuxième partie « La trinité et la langue », pp. 73 et s.

⁶¹ P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, op. cit., p. 318.

⁶² P. ANDERSON « Le multiculturalisme », in A. SUPIOT, *Tisser le lien social*, Paris, éd. MSH, 2004, pp. 105-116, qui rappelle que le multiculturalisme au sens propre a été d'abord théorisé en Europe pour les besoins de l'Empire austro-hongrois et que c'est à l'Union européenne dans son ensemble qu'il pourrait être appliqué avec un minimum de rigueur.

⁶³ J.-P. SARTRE, *Baudelaire*, Paris, Gallimard, 1963, p. 245.

⁶⁴ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005, 179 p. ; traduction française d'un recueil d'articles en langue anglaise, établie et présentée par E. FERRARESE, cité pp. 80-81.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

hétérosexuelle, pour « créer un champ sexuel de différences multiples, dépolarisées, fluides et mouvantes »⁶⁵. Cette entreprise de déstabilisation des identités a inspiré en France certains juristes qui préconisent « un droit international de la déconstruction culturelle, où seraient abolies toutes les dichotomies et les différenciations pour un réseau souple de références culturelles flexibles »⁶⁶.

Ce programme de déconstruction culturelle procède de la critique post-moderne de l'identité, selon laquelle « JE est un mot d'ordre »⁶⁷, et dont le premier mot d'ordre est de « déraciner le verbe être »⁶⁸. Visant à déstabiliser toutes les identités, ce mot d'ordre participe de la croyance en un individu capable à tout instant de se fonder lui-même. Il conduit à soumettre l'état des personnes au principe d'absolue souveraineté individuelle, à en faire un état flexible. Cette flexibilisation de l'état civil des personnes est le pendant de la flexibilisation de leur état professionnel, telle qu'elle a été promue depuis trente ans en droit du travail. C'est pourquoi ceux qui défendent les thèses libertariennes en matière de répartition des richesses y adhèrent, contrairement aux néoconservateurs. Prenant la raison humaine pour un acquis, et non pour une construction institutionnelle toujours fragile, toutes ces thèses demeurent aveugles à l'impératif structural d'un Etat de justice, garant de la créance généalogique⁶⁹. Pour le dire dans les termes de Castoriadis « l'institution de la société, qui est indissociablement aussi l'institution de l'individu social, est imposition à la psyché d'une organisation qui lui est essentiellement hétérogène »⁷⁰.

B. La pratique de la justice reconnaîtive

Dans tous les pays occidentaux, les « luttes pour la reconnaissance » ont conduit depuis une trentaine d'années à d'importantes évolutions législatives et jurisprudentielles. Ces évolutions ont toutes été placées sous la bannière de la non-discrimination. Mais derrière cet étendard, on retrouve la même diversité d'interprétations que celle qui préside aux débats théoriques sur la justice reconnaîtive.

Un premier type de dispositions vise à interdire la prise en considération de l'appartenance réelle ou supposée d'un individu à une catégorie de la population. Ces dispositions concourent à la justice reconnaîtive dans la mesure où elles répriment les manifestations de dépréciation auxquelles expose cette appartenance. L'une des plus complètes en ce sens est l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines

⁶⁵ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, op. cit., p. 32.

⁶⁶ E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 296.

⁶⁷ G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie 2. Mille plateaux*, Paris, Minuit, 1980, p.107.

⁶⁸ G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux*, op. cit., p. 36.

⁶⁹ P. LEGENDRE, *Les enfants du Texte*, op. cit., p. 352.

⁷⁰ C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 434.

ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Preuve de l'essor du principe de non-discrimination ainsi entendu : cette liste des discriminations prohibées en droit du travail français a été allongée à onze reprises entre 1985 et 2008⁷¹, c'est-à-dire durant une période marquée par un accroissement considérable de l'emploi précaire, du chômage et des inégalités de statut et de rémunération des salariés. Les progrès de la justice reconnaîtive sont ainsi allés de pair avec une régression de la justice distributive. Cet essor du principe de non-discrimination a été accompagné de règles procédurales visant à alléger le poids de la charge de la preuve pesant sur les victimes. Des institutions ad hoc ont aussi été créées pour veiller à son respect (hier la HALDE, aujourd'hui le Défenseur des droits). Ponctuellement, la mise en œuvre de ce principe a servi à justifier des mesures dites de « discrimination positive », consistant à promouvoir l'égalisation des conditions en avantageant, durant une période transitoire, des personnes victimes de discriminations négatives⁷².

Un deuxième type de dispositions vise à faciliter l'expression d'une appartenance culturelle sur l'espace public ou dans les lieux de travail. Le « droit à la différence » est alors invoqué par diverses minorités (ethniques, sexuelles, religieuses) qui excipent de leur qualité de victimes pour se voir attribuer un statut particulier et restreindre le champ de la loi s'imposant à tous les habitants d'un même territoire⁷³. L'un des pays qui est allé le plus loin dans cette voie est le Canada, qui a développé une politique dite d'« accommodements raisonnables », concernant principalement les minorités religieuses. Le lien entre débats théoriques et politiques législatives est ici évident puisque l'un des principaux partisans de l'interprétation multiculturaliste de la justice reconnaîtive, le philosophe Charles Taylor, a été l'un des deux membres de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, constituée en 2007 pour faire des recommandations au gouvernement du Québec sur ces pratiques. Le sort réservé au multiculturalisme dépend en réalité beaucoup des cultures juridiques où l'on cherche à l'implanter. Attaché au *jus soli* et à l'égalité de traitement des citoyens résidant sur son territoire, la France s'y est montrée extrêmement rétive, comme l'a montré encore récemment le large consensus politique autour de l'interdiction de la

⁷¹ C. trav. art. L.1132-1 qui interdit de discriminer un travailleur « en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

⁷² C. trav. art. L.5212-1 et suivantes (handicapés) ; L.1142-4 et suivantes (femmes). Le recours à cette technique a été encadré par le juge européen (CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 ; 6 juillet 2000, *Anderson*, C-407/98).

⁷³ A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, 217 p.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

dissimulation du visage dans l'espace public⁷⁴. Dans les pays comme l'Allemagne, dominés encore par l'idée de *jus sanguinis*, le multiculturalisme est accueilli avec plus de faveur, mais sur un mode communautaire qui vise à la cohabitation de communautés différentes sur un même territoire. La situation est différente dans le monde anglo-américain où le multiculturalisme est interprété sur un mode plus contractuel que communautaire et s'inscrit dans la perspective générale de l'organisation d'un « marché des religions »⁷⁵. Le point commun cependant est le retour, avec le multiculturalisme, du principe de la personnalité des lois, la loi applicable à une personne dépendant de la communauté dont elle se réclame⁷⁶.

Un troisième type de dispositions vise à flexibiliser l'état des personnes en les autorisant à choisir leur identité. Elles concernent principalement la différence des sexes, réinterprétée comme différence de genres à la libre disposition des individus. Un premier pas en ce sens a été la reconnaissance du transsexualisme comme d'un droit de l'homme et l'abolition de l'indisponibilité de l'état civil⁷⁷. Puis, au nom de l'égalité entre couples homosexuels et hétérosexuels, plusieurs pays ont permis qu'un enfant soit déclaré l'enfant de deux personnes de même sexe. Conformément aux prévisions (et aux vœux) des théories de la désinstitution culturelle, cette consécration de l'homoparenté entraîne mécaniquement une déstabilisation des catégories de père et de mère. Ainsi le code civil du Québec, qui institue l'homoparenté féminine, prévoit-il qu'une femme puisse occuper la fonction de père de l'enfant⁷⁸. La législation espagnole est plus radicale, puisque les enfants ainsi inscrits dans une filiation purement féminine (ou masculine, l'homoparenté étant étendue aux hommes), n'ont plus juridiquement de père ni de mère, mais deux « *progenitores* », A et B⁷⁹. La loi métamorphose ainsi une impossibilité (celle d'une procréation homosexuelle) en droit. Toutefois l'interdit ne disparaît pas de ce type de montage. Il se déplace sur la tête de l'enfant, auquel on interdit de prétendre qu'il serait l'enfant d'un homme et d'une femme⁸⁰.

⁷⁴ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁷⁵ L. MAYALI, *Le façonnage juridique du marché des religions aux Etats-Unis*, Paris, Mille et une nuits, 2002, 176 p. ; N. ROBERT, *Le statut juridique de la religion aux Etats-Unis et en France*, Th., Université Paris I, 2006, 884 p.

⁷⁶ Le premier magistrat d'Angleterre et du pays de Galles, Lord Chief Justice Phillips, a ainsi invoqué la liberté reconnue aux parties de soumettre leurs conventions à une autre loi que la loi anglaise, pour défendre l'idée que la compétence pouvait être donnée dans son pays à des tribunaux islamiques ou rabbiniques, *The Guardian*, 4 juillet 2008.

⁷⁷ Cass. Ass. Plén. 11 déc. 1992, *Bulletin civil*, n° 13, 1992. En écartant le principe de l'indisponibilité de l'état civil, la Cour de cassation est allée au-delà de ce qu'exigeait la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH, 25 mars 1992, *Botella c/France*, *Recueil Dalloz*, J, 101, 1993, note MARGUENAUD) en fait de protection de la vie privée du transsexuel.

⁷⁸ C. civ. Québec, art. 539-1 : « Lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant ».

⁷⁹ Código Civil, art. 160. Voir R. BOUSTA, « Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption des couples homosexuels », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 73, 1/2008, pp. 199-210.

⁸⁰ C. civ. Québec, art. 538.2 « L'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu ». Sur les effets

Ces réformes se fondent sur une réinterprétation du principe d'égalité, désormais entendu sur le mode de l'indifférenciation des termes égaux. En arithmétique on peut déduire de $a=b$ que $(a+c) = (b+c)$; mais en droit on ne peut déduire de l'égalité du fils et du père que le fils ait le même droit que son père d'épouser sa mère. Il en va de même du principe d'égalité entre hommes et femmes. Le sens de ce précieux principe est subverti et son universalité menacée, lorsqu'on prétend s'en servir pour abolir la différence entre hommes et femmes ou entre père et mère. Les mathématiciens ont eux-mêmes établi depuis longtemps que ne pas distinguer les domaines de signification d'une fonction propositionnelle, est le propre des interprétations sophistiques⁸¹. Appliquer le principe d'égalité à des sujets déliés de toute appartenance à un ensemble de sujets, est au mieux un paralogisme et au pire un sophisme. Il est vrai que les pièges de l'autoréférence sont inévitables lorsqu'on prétend émanciper l'homme et la société de toute Référence hétéronome.

L'utopie d'une flexibilité généralisée des êtres humains dessine un univers juridique dans lequel la volonté individuelle devient la source ultime de la règle de droit. Chaque individu est considéré comme un « mini-Etat »⁸² qui se fonde lui-même et dont le sort dépend des liens de domination ou d'allégeance qu'il noue avec tous les autres. C'est dans ce contexte que les questions d'identité sont devenues le lieu par excellence du débat politique, faisant passer au second plan les questions de justice distributive. Ayant fait siens les objectifs de la Grande Société Ouverte, qui sape les bases économiques et territoriales de l'Etat social, la Gauche cherche son salut dans une surenchère de revendications « sociétales » et promeut la flexibilisation des identités et le démantèlement de toutes les figures de l'autorité. Œuvrant à la flexibilisation des identités professionnelles et à la précarisation de l'emploi, la Droite cherche quant à elle son salut politique dans une surenchère dans la défense des « identités nationales ». Il n'y a là que les deux faces d'une même médaille, dont le prix est payé par les plus faibles (la mère isolée, le travailleur musulman...) qui se voient priver à la fois d'une juste part des richesses et d'une juste reconnaissance de ce qu'ils sont. De ce qu'ils sont et aussi de ce qu'ils font car s'il est exact, comme le souligne à juste titre Michael Sandel, que les cadres institutionnels d'une citoyenneté partagée sont à repenser et reconstruire⁸³, cela ne peut se faire sans prendre en considération une troisième dimension de la justice : non pas seulement celle de l'avoir ou de l'être, mais celle de l'agir.

cliniques de ce déni de réalité légalement imposé à l'enfant, voir J.-P. WINTER, *Homoparenté*, Paris, Albin Michel 2010, 217 p.

⁸¹ C'est l'objet de la théorie des types exposée par B. RUSSEL dans un article de 1908, puis développée avec WHITEHEAD dans ses *Principia Mathematica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1910, 491 p.

⁸² « Le peuple allemand a éclaté en autant de mini-Etats [...] qu'il y a d'individus » ; Voix intérieure d'un chauffeur, in *Der Himmel über Berlin*, (*Les Ailes du désir*), film de Wim Wenders, 1987.

⁸³ « A politics of the common good would take as one of its primary goals the reconstruction of the infrastructure of civic life », M.-J. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do ?*, London, Penguin, 2009, p. 267. Selon Sandel, dépouiller la justice de tout contenu substantiel pour la réduire à une question de procédure, ne peut conduire qu'au foisonnement des fondamentalismes, *op. cit.*, p.243.

III. AGIR : LA JUSTE DIVISION DU TRAVAIL

La scène juridique ne se laisse pas réduire à la dichotomie des personnes et des choses, mais fait aussi place à l'action⁸⁴. Le propre de l'action humaine est de prendre racine dans des représentations mentales qui se réalisent dans le travail. Le travail, au sens le plus large du terme, désigne cette part de l'activité humaine qui, à la différence du jeu, n'est pas à elle-même sa propre fin car elle vise à faire œuvre utile, c'est-à-dire à produire des biens et services propres à satisfaire les besoins matériels et les besoins symboliques des hommes. Cette production suppose une collaboration entre les hommes qui, à des degrés divers selon les âges et les civilisations, dépendent tous du travail d'autrui. La division du travail entre les sexes, les générations et les groupes sociaux a de tous temps constitué l'une des bases de l'organisation des sociétés⁸⁵. Car le travail n'est pas seulement le moyen de créer des richesses, il est aussi le lieu où l'être humain peut espérer découvrir son identité, aux autres et à lui-même⁸⁶. La question de la justice ne peut donc être limitée à la répartition de richesses déjà produites, ou à la reconnaissance d'identités déjà affirmées. Elle implique la possibilité pour chacun de réaliser ce qu'il est dans ce qu'il fait, de forger sa personne dans l'épreuve du travail. Un ordre doit pour être juste donner cette possibilité à tout être humain. Or l'une des caractéristiques de l'Etat social moderne est d'avoir exclu cette question de la juste division du travail du champ politique. Prendre conscience de cette exclusion permettrait de renouveler l'idée de justice sociale en la faisant échapper à l'opposition de l'économique et de l'identitaire.

A. L'exclusion du travail du périmètre de la justice sociale⁸⁷

Le droit, la science et l'art marchent d'un même pas dans une civilisation donnée, car ils sont autant d'expressions de l'imaginaire qui anime cette civilisation. Se représentant l'univers comme une horlogerie, l'Occident moderne s'est progressivement passé de la figure du Grand horloger et de l'âme immortelle dont il aurait doté l'être humain. Il a ainsi été amené à concevoir ce dernier sur le modèle de la machine. Machine à jouer pour les philosophes libertins du XVIII^{ème} siècle⁸⁸, devenue machine à produire à partir de la fin du XIX^{ème} avec la mise en œuvre de « l'organisation scientifique du travail ». Selon le mot célèbre de Taylor, cette organisation scientifique a eu pour premier principe d'interdire aux ouvriers de penser (d'autres étant payés pour cela), afin que leur travail puisse se fondre entièrement dans celui des machines. Le monde

⁸⁴ « *Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* » (Les droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions), *Gaius Institutes*, I, 8.

⁸⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, Paris, PUF, 1978, 416 p.

⁸⁶ « L'intelligence humaine, observe ainsi Proudhon, fait son début dans la spontanéité de son industrie, et c'est en se contemplant elle-même dans son œuvre qu'elle se trouve », *Justice – Le travail*, in *Œuvres choisies*, Paris, Gallimard, 1967, p. 254.

⁸⁷ Ce paragraphe résume une analyse développée in « Fragments d'une politique législative du travail », *Droit Social*, 2011, p.1151.

⁸⁸ J.-O. DE LA METTRIE, *L'homme machine*, 1748, Paris, Gallimard, 1999, 283 p.

industriel a ainsi reposé sur une division du travail entre ceux qui sont payés pour penser et ceux à qui on interdit de penser. Le travail proprement humain, celui qui consiste à « avoir son idée dans le creux de la main »⁸⁹, est ainsi devenu le privilège de quelques-uns. Cette injustice fondamentale a été dénoncée par des philosophes ayant fait l'expérience de l'usine, comme Simone Weil⁹⁰, ou par des artistes comme Chaplin⁹¹ ou Fritz Lang⁹², qui ont montré ce que signifiait la relégation d'une partie de l'humanité dans un travail inhumain. On aurait donc pu penser que la réparation de cette injustice fondamentale serait au centre des revendications de justice sociale.

Or il n'en a rien été. Partageant le même imaginaire industriel et une même foi dans les vertus de l'organisation scientifique du travail, les tenants du socialisme comme ceux du capitalisme ont considéré le taylorisme comme un progrès et l'asservissement des ouvriers aux machines comme un mal nécessaire. Dès lors c'est seulement l'exploitation économique, et non l'oppression morale, qui ont constitué la matière de la justice sociale. Elle a eu pour objet une répartition plus équitable des richesses produites (augmentation des salaires et réduction de la durée du travail) et la reconnaissance d'un statut salarial (sécurité physique et sociale, libertés collectives), mais jamais le travail lui-même car on imaginait que l'organisation de ce dernier relevait exclusivement de la science et de la technique. Ce choix politique d'exclure le travail du champ politique continue de peser lourdement sur les orientations de la Gauche politique et syndicale⁹³. Ainsi réduit au périmètre de l'avoir et de l'être, le droit social n'est qu'un instrument d'accompagnement des formes industrielles de la réification du travail. Il en a facilité le déploiement en rendant soutenable la fiction qui permet de traiter le travail comme une chose en circulation sur un marché, mais il est incapable de répondre aux formes nouvelles de réification du travail engendrées par le progrès technique.

Avec la révolution numérique, c'est un nouvel imaginaire qui domine nos sociétés : celui de la cybernétique. Le monde est perçu comme un vaste système d'informations, qui transcende la distinction des personnes, des animaux et des choses. L'objet fétiche, sur le modèle duquel ce monde est conçu, n'est plus l'horloge et son jeu de forces mécaniques, mais l'ordinateur et sa puissance algorithmique. Un tel monde est peuplé, non pas d'êtres subordonnés à des forces qui dictent leurs mouvements, mais d'êtres programmés, capables de rétroagir aux signaux (de préférence chiffrés) qu'ils reçoivent. Dominé par la génétique et l'informatique, et non plus par la physique, cet imaginaire

⁸⁹ PROUDHON, *Majorats littéraires*, cité in *Œuvres choisies*, Paris, Gallimard, 1967, p. 252 p.

⁹⁰ S. WEIL, *La condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 1951, 383 p., Voir R. CHEVANIÉ, *Simone Weil. Une philosophie du travail*, Paris, Le Cerf, 2001, 723 p. ; N. TAIBI, *La philosophie au travail : L'expérience ouvrière de Simone Weil*, Paris, L'Harmattan, 2009, 267 p. ; A. SUPIOT, « Simone Weil, juriste du travail », *Cahiers Simone Weil*, t. XXXIII, n° 1, mars 2010, pp. 3-43.

⁹¹ *Les Temps Modernes*, 1936.

⁹² *Metropolis*, 1927.

⁹³ B. TRENTIN, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Milan, Feltrinelli, 1997, 270 p. ; trad. fr. *La Cité du travail*, Paris, Fayard, 2012, coll. « Poids et mesures du monde », préf. Jacques DELORS.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

cybernétique a profondément transformé les modes d'organisation des entreprises. Des travailleurs, ces dernières exigent moins l'obéissance que la réactivité. On ne demande plus aux salariés de ne pas user de leurs facultés mentales, mais de les mettre au service d'un système sur la conception duquel ils n'ont aucune prise. L'outil informatique, qui pourrait être un instrument de libération de la pensée, est ainsi utilisé massivement comme un moyen de son asservissement. Il y a là un enfoncement dans la réification du travail, qui ne se limite pas aux tâches d'exécution, mais concerne tout autant, et même davantage que ceux qui travaillent sur des choses, ceux qui travaillent sur des signes, y compris les chercheurs.

De même que le modèle taylorien s'était diffusé dans la sphère institutionnelle (sous la forme d'une conception mécanique de la normativité, dont Kelsen est la plus brillante illustration) ; le modèle cybernétique se répand aujourd'hui dans l'organisation de l'Etat (*New Public Management*) et substitue progressivement la gouvernance par les nombres au gouvernement par les lois. Ce n'est plus seulement l'acte de travail qui est renvoyé à la « pure technique », mais tout le droit des contrats, et même le droit tout entier, enfin purgé de toute considération de justice⁹⁴. Les apôtres de cette technicisation de l'agir humain ne parlent plus par exemple de réformer le droit du travail, mais de réformer les marchés du travail⁹⁵. Ce glissement terminologique montre que c'est aujourd'hui l'ensemble des relations de travail, et non pas seulement son exécution qu'il s'agit de faire sortir du champ du droit et de la justice sociale pour le confier à ce macro-ordinateur de la vie économique que serait le marché autorégulé. Cette évolution est lourde de dangers pour les salariés, dont la santé mentale, et non plus seulement physique, est aujourd'hui menacée. Elle l'est aussi pour les entreprises dont la capacité d'entreprendre est ruinée par l'exigence de réactivité en temps réel aux signaux court-termistes des marchés financiers. Elle l'est enfin pour la démocratie elle-même, puisque les systèmes d'autorégulation visent à éliminer le tracas et les incertitudes des délibérations collectives au profit de mécanismes de correction automatique des politiques publiques⁹⁶. La réaction à ces dangers ne se traduit actuellement que par la résurgence (légitime) de la revendication d'une plus juste répartition des richesses et par une exacerbation (inquiétante) des revendications identitaires. Mais sur aucun de ces terrains il n'est possible de poser correctement la question d'une juste division du travail, qui rende aux hommes leur capacité d'agir.

⁹⁴ Voir, décrivant et critiquant cette évolution, le « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *op. cit.*

⁹⁵ Ce mot d'ordre est martelé par l'OCDE, le FMI, la Banque européenne et la Commission européenne avec un entrain stakhanoviste qui n'a rien à envier à la défunte propagande soviétique.

⁹⁶ Le Traité pour la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (signé le 2 mars 2012 par 25 gouvernements de la zone euro) est une bonne illustration de ce rêve de pilotage automatique des affaires publiques. Il prévoit des objectifs chiffrés de rétablissement des équilibres budgétaires, assortis d'un « mécanisme de correction (...) déclenché automatiquement si des écarts importants sont constatés par rapport à l'objectif à moyen terme ou à la trajectoire d'ajustement propre à permettre sa réalisation », art. 3 a.e.

B. Les conditions d'une juste division du travail

La question d'une juste division du travail n'a pas fait l'objet de théories d'ensemble, du type de celles consacrées à la reconnaissance des personnes ou à la répartition des biens. Cela ne veut pas dire qu'elle ait été ignorée. Platon en traite par exemple lorsqu'il fait reposer l'essence de la justice sur « l'accomplissement de sa propre tâche », c'est-à-dire sur la mise en œuvre des aptitudes appartenant naturellement à chaque partie de l'âme et à chaque classe sociale⁹⁷. Dans les sociétés traditionnelles, la division du travail a généralement été pensée sur le mode de l'assignation d'un statut professionnel qui s'impose aux personnes et les situe dans un ordre corporatif hiérarchisé⁹⁸. Ceci a été spécialement vrai dans les systèmes de castes où les statuts religieux et professionnels sont étroitement liés. Ainsi, dans le système traditionnel de l'Inde, l'homme qui exerce les fonctions professionnelles attribuées à sa caste se conforme à son dharma et travaille donc à son salut en même temps qu'au maintien de l'ordre cosmique⁹⁹. Dans ce système la justice s'exprime dans le jeu des réincarnations, puisque le parfait accomplissement de sa tâche, aussi humble ou dégradante soit-elle, est le signe d'un perfectionnement de soi et contient la promesse d'une réincarnation dans un sort plus enviable. Le propre de ces systèmes hiérarchiques est que, sans nier complètement la réalisation de soi dans le travail, ils l'enferment dans des limites très étroites. Ils sont incompatibles avec un ordre juridique dans lequel les hommes étant libres et égaux, « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; et où la loi étant la même pour tous, « tous les Citoyens [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »¹⁰⁰.

C'est au travers de cette notion de capacité que certains auteurs contemporains se sont efforcés de concevoir une théorie de la Justice qui fasse place, sinon à la question du travail, du moins à celle des conditions de l'agir humain. La tentative la plus aboutie en ce sens est celle d'Amartya Sen¹⁰¹. Critiquant « l'institutionnalisme transcendantal » des théories contractualistes de la justice

⁹⁷ PLATON, *République*, IV, 10, 433 a, cité par G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 19. Voir PLATON, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard-Pléiade, 1950, t.1, p. 998, trad. L. ROBIN « Le fait de faire la tâche qui est la nôtre et de ne point être un touche-à-tout est justice ».

⁹⁸ Voir la célèbre typologie établie par G. Dumézil, distinguant derrière la figure des prêtres, des guerriers et des producteurs, les trois « fonctions hiérarchisées de souveraineté magique et juridique, de force physique et principalement guerrière, d'abondance tranquille et féconde » ; G. DUMEZIL, *L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens*, 1968, in *Mythe et épopée*, Paris, Gallimard-Quarto, 1995, p. 47.

⁹⁹ R. LINGAT, *Les sources du Droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris-La Haye, Mouton, 1967, pp. 45 et s. Voir dans le même sens, H. ZIMMER *Philosophies of India*, trad. M.-R. RENOU, *Les philosophies de l'Inde*, Paris, Payot, 1997, p.133 : « Le dharma est la justice idéale rendue vivante, tout homme, tout objet sans son dharma est une absurdité. Il y a des métiers purs et impurs, mais tous participent au Pouvoir Sacré. C'est pourquoi la « vertu » est coextensive à la perfection dans le rôle qu'on joue ».

¹⁰⁰ *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, art. 6.

¹⁰¹ A. SEN, *The Idea of Justice*, London, Penguin, 2009, trad. P. CHEMLA et E. LAURENT, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010, 568 p.

L'IDÉE DE JUSTICE SOCIALE

(en particulier celles de Rawls et Dworkin), Sen a développé une approche par les capacités¹⁰², qui s'intéresse aux possibilités concrètes que les personnes ont de réaliser leurs objectifs. Au lieu d'imposer d'en haut une règle abstraite de juste répartition des biens, cette approche conduit au contraire à faire de la définition du juste le résultat toujours provisoire de raisonnements publics associant les personnes concernées, dans un processus de démocratie participative. Amartya Sen enracine sa réflexion dans un mixte d'antique philosophie politique indienne et d'économie politique anglo-saxonne. Mais son approche par les capacités réanime, sans qu'il paraisse s'en rendre compte, des notions qui furent au centre des débats sur la justice sociale dans l'Europe continentale de la première moitié du XIX^{ème} siècle. La notion de capacité était déjà au cœur de la pensée de Saint-Simon. La société industrielle que ce dernier appelait de ses vœux devait substituer à la compétition des pouvoirs une « association des capacités », seule apte à réaliser « le plus haut degré d'égalité qui soit possible et désirable »¹⁰³. Fonder la recherche de la justice sur des processus démocratiques qui donnent une voix à ceux qui expérimentent l'injustice était déjà l'idée défendue par Proudhon, selon lequel « L'édification de la justice [est] la plus grande affaire du genre humain, la plus magistrale des sciences, œuvre de la spontanéité collective bien plus que du génie des législateurs, et qui n'aura jamais de fin »¹⁰⁴.

Comme celle de Walzer, l'œuvre d'Amartya Sen est une contribution significative à l'idée de la justice. Elle ne prétend pas en découvrir le contenu dans le ciel des idées, mais propose une méthode pour la mettre en œuvre, qui donne une place centrale, non seulement à la répartition des biens et à la reconnaissance des personnes, mais aussi à l'action des hommes et au raisonnement public. En revanche elle laisse dans l'ombre la question du travail proprement dit. Le souci premier d'Amartya Sen étant de réfléchir aux moyens de combattre les injustices dont souffrent les classes défavorisées des pays dits « en développement », il ignore les questions nées du changement technique et des formes contemporaines de l'oppression.

L'analyse juridique est l'un des moyens de comprendre la manière dont ces questions peuvent ou ne peuvent pas être abordées dans la pratique. Elle ne doit pas se cantonner pour ce faire au seul droit du travail. Ce ne sont pas seulement les salariés dont la capacité d'agir et de maîtriser leur destin est menacée, mais

¹⁰² La notion de « *Capabilities* » utilisée par Sen est parfois traduite par le néologisme « capacité » (notamment dans *L'idée de justice*, précité). On s'en tiendra ici au français « capacité » qui, comme le latin « *capacitas* » est susceptible d'englober aussi bien les capacités de droit que les capacités de fait, c'est-à-dire aussi bien l'habilitation que l'aptitude à accomplir une action. La loi française emploie depuis quelques années ce sens large, en recourant notamment à la notion de « capacité professionnelle » (C. trav. art. L.6315-1). Voir S. DEAKIN & A. SUPLOT (eds.), *Capacitas : Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 171 p. ; S. GODELAIN, *La capacité dans les contrats*, Paris, LGDJ, 2007, 591 p.

¹⁰³ C.-H. DE SAINT-SIMON, *L'Organisateur*, in *Œuvres*, t. 2, pp. 151-152. Voir P. MUSSO, *La religion du monde industriel. Analyse de la pensée de Saint-Simon*, Paris, éd. de l'Aube, 2006, pp. 188-195.

¹⁰⁴ J. PROUDHON, *Programme de philosophie populaire*, I, p. 224, cité et commenté par S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, op. cit., p. 26.

ALAIN SUPLOT

aussi les entreprises et les Etats. Tous sont pris dans les rets de la gouvernance par les nombres, et tous sont le théâtre de luttes visant à rendre aux hommes la possibilité de penser et d'agir et non pas seulement de calculer et de réagir.

TABLE DES MATIERES

COMMUNICATION INTRODUCTIVE

L'idée de justice sociale <i>Alain Supiot</i>	5
--	---

I.

LA JUSTICE SOCIALE SAISIE PAR LES COURS EUROPÉENNES

La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice <i>Daniel Sarmiento</i>	33
La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle <i>Carole Nivard</i>	61

II.

LA JUSTICE SOCIALE SAISIE PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES

Le Meta-principe de l'Etat social dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande <i>Luc Heuschling</i>	83
La justice sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français <i>Pierre Yves Gahdoun</i>	105
La justice sociale dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole <i>Luis Jimena Quesada</i>	113
Justice sociale et Cour constitutionnelle italienne <i>Franck Laffaille</i>	123
La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour suprême du Royaume Uni <i>Brice Dickson</i>	163

CONCLUSIONS

Les paradoxes de la justice sociale <i>Laurence Burgogue-Larsen</i>	189
--	-----