



HAL
open science

Regard comparatif avec l'expérience syndicale

Jérôme Pélisse

► **To cite this version:**

Jérôme Pélisse. Regard comparatif avec l'expérience syndicale : Du contentieux comme stratégie aux stratégies contentieuses. Danièle Lochak. Défendre la cause des étrangers en justice, Dalloz, pp.85 - 98, 2009, 9782247083695. hal-03169426

HAL Id: hal-03169426

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-03169426>

Submitted on 15 Mar 2021

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

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

Regard comparatif : l'expérience syndicale

Jérôme Pélisse¹

*Maître de conférences en sociologie à l'Université de Reims,
chercheur à l'IDHE-Cachan*

Le Gisti entretient, et a peut-être surtout entretenu, des relations fortes et de proximité avec les syndicats ouvriers. Les premiers grands arrêts Gisti montrent à quel point les syndicats ont été des alliés essentiels dans ces premières années, notamment en s'associant ou même en portant les affaires montées par l'association auprès des juridictions. Certes, c'est aussi parce qu'ils n'ont pas été réellement soutenus par ces syndicats – et notamment leur secteur « migrant », aussi bien à la CGT qu'à la CFDT – que les jeunes énarques à l'initiative de l'association ont fondé le Gisti². Mais dès le début, des contacts ont été pris et des réflexions communes ont été menées sur la manière dont le droit syndical et le droit du travail pouvaient constituer des ressources utiles pour faire reculer le « non-droit » qui caractérisait alors, pour ces fondateurs, la situation des étrangers en France, d'ailleurs toujours considérés, alors, comme des *travailleurs* immigrés.

Il ne s'agit pourtant pas, dans cette contribution, de retracer ces liens, ni même d'évoquer l'activisme, notamment juridique et judiciaire, des syndicats à destination des travailleurs étrangers et immigrés. Si c'est un récit qui structurera le propos, ce n'est pas de cette histoire qu'il s'agit, mais, plus largement, de celle des relations entre le mouvement syndical, le droit et l'institution judiciaire. Il ne sera donc pas

1. Reprenant une contribution publiée en 2007 (J. Pélisse, « Les usages syndicaux du droit et de la justice », in J. Commaille, M. Kaluzynski [dir.], *La fonction politique de la justice*, La Découverte, coll. « Recherche ») les expériences syndicales des usages et rapports au droit et à la justice présentées ici s'appuient sur diverses études proposées par des historiens et des sociologues à propos des transformations du droit du travail, du fonctionnement des prud'hommes, des activités des services juridiques développés par les syndicats, des inspecteurs du travail. Notre thèse de sociologie menée autour de la mise en œuvre des 35 heures entre 1998 et 2004 (*À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, thèse de sociologie, CEE-LATTS-Université Marne-la-Vallée, 2004) constitue également une source de première main.

2. Comme le rappelle un des fondateurs du Gisti : v. L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale du Gisti », *Politix* 2003, n° 62, vol. 16.

question des étrangers, et encore moins du Gisti. Mais il s'agira de s'interroger sur la place du droit et de la justice dans les luttes sociales, en proposant un regard au cœur, on l'espère, des mécanismes sociologiques, juridiques et politiques qui fondent aussi les particularités de l'action du Gisti dans le domaine des étrangers : l'usage du droit et le recours à l'institution judiciaire pour transformer des statuts, améliorer des conditions de travail et de vie, étendre les garanties du droit et promouvoir de nouveaux droits.

L'histoire de ces expériences syndicales du droit et de la justice peut en effet se présenter comme celle d'un passage de la question du recours ou non au droit dans les luttes à celle des stratégies juridiques et judiciaires employées par les syndicats dans ces luttes. C'est ainsi que se structurera ce récit, débouchant finalement sur la question de la juridicisation et/ou judiciarisation qui serait caractéristique de la situation actuelle. En tentant d'y voir plus clair en la matière, on pourra ainsi préciser quelques-uns des intérêts mais aussi quelques-unes des limites qui marquent le recours au droit et à la justice, dont le Gisti, plus encore que les organisations syndicales, a fait l'une de ses armes privilégiées.

I. UN RAPPORT INAUGURAL OU POURQUOI JUSTICE ET DROIT DU TRAVAIL N'ONT PAS TOUJOURS FAIT BON MÉNAGE

Sous ce titre provocateur, se tient une thèse iconoclaste principalement avancée par Alain Cottereau qui étudie depuis plus de vingt ans les archives prud'homales et l'invention du droit du travail.

A. PRUD'HOMMES ET MOUVEMENT OUVRIER : DES RAPPORTS STRUCTURANTS

Archétype judiciaire pour les syndicats, bien que soutenus par les patrons à leur naissance, les prud'hommes inventés dès 1806 constituent une institution judiciaire originale : paritaires dès 1848, d'accès facile et modique, comportant une phase de conciliation puis de jugement devant des sections professionnelles spécialisées, ils contribuent à résoudre les conflits, discipliner et stabiliser la main-d'œuvre mais aussi réguler la concurrence. Selon N. Olzak, « l'origine historique de l'attachement du mouvement ouvrier à la prud'homie pourrait ainsi se trouver dans le fait que celle-ci a joué un rôle structurant pour celui-là, tout en permettant de développer le modèle d'une autre Justice, en apparaissant comme un élément déstructurant du système judiciaire³ ». De fait, les élections prud'homales et l'apparition de cette figure qu'est le conseiller prud'homme, jugeant en équité plus qu'appliquant le droit, ont contribué à l'émergence et à l'organisation du mouvement ouvrier.

3. N. Olzak, « Les conseils de prud'hommes : un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier ? », *Le Mouvement social* 1987, n° 141, p. 101-120.

Au XIX^e siècle, l'une des fonctions de cette institution singulière est ainsi, comme l'a montré A. Cottereau⁴, de légitimer, ou au contraire, de rendre illégitimes certaines règles patronales ou ouvrières (car ceux-ci parvenaient aussi à instituer des règles – tarifs minimums, horaires de travail, définition des tâches, etc.). C'est tout l'intérêt de la phase de conciliation, largement dominante jusqu'aux années 1950. Défendre son « bon droit » n'avait donc pas qu'une dimension individuelle. « Vider les querelles » et « faire un précédent » à partir d'usages et de coutumes, construisaient de « quasi législations locales » auxquelles se conformaient ouvriers et patrons. De plus, les ouvriers ont développé très tôt des pratiques collectives (jonctions de plaintes individuelles par exemple) qui pouvaient s'avérer payantes⁵. Au final, cette institution a « saturé institutionnellement l'émergence des relations professionnelles en France, influençant profondément les structures de mobilisation des travailleurs [...]. Le langage et les tactiques des premières organisations ouvrières, conditionnés en partie par l'accès à cette juridiction spécifique, ont pris un tournant judiciaire centré sur le respect des obligations contractuelles, la recherche de l'équité et l'application des droits⁶ ».

B. L'INVENTION D'UN DROIT DU TRAVAIL AMBIVALENT

« De la justice, pas du droit ! » C'est ainsi que N. Olzak résume alors l'intérêt des prud'hommes pour les syndicats ouvriers, qui opposent « la primauté du fait – plus tard, à la CFDT, on parlera de “réalités vécues” – à l'abstraction des règles juridiques ». Ce régime particulier de légalité – qu'A. Cottereau désigne comme celui du « bon droit »⁷ – est bousculé par l'invention progressive d'un droit du travail formalisé, inventé par l'État et des juristes qui en font un objet de doctrine, puis une discipline académique à part entière (la législation industrielle puis le droit du travail).

Comme l'a magistralement analysé A. Supiot, le droit du travail rompt en effet sur deux plans avec la doctrine civiliste. La première rupture apparaît avec le principe de protection, inauguré en 1841 avec la loi limitant la durée du travail journalière des enfants. La prolétarianisation et la surexploitation en vigueur dans les industries nouvelles font apparaître les principes juridiques d'égalité et de responsabilité qui règlent les relations de travail « comme de monstrueuses fictions juridiques⁸ », nécessitant l'invention de ces protections légales pour assurer la sécurité physique des travailleurs. Une seconde dimension s'invente ensuite, s'appuyant sur les syndicats, en passant par « les voies du collectif » pour faire pièce à l'asymétrie du contrat

4. A. Cottereau, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales, 1806-1866 », *Le Mouvement social* 1987, n° 141.

5. P. Couton, « A Labor of Law : Courts and the Mobilization of French Workers », *Politics and Society* 2004, vol. 32, n° 3, p. 327-365.

6. *Ibid.*

7. « Droit et “bon droit”, un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail », *Annales ESC* 2002, n° 6.

8. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

de travail et aux apories de la soumission volontaire. Et il n'est pas anodin que la consécration juridique de cette voie, par la loi sur les conventions collectives de 1919, soit suivie l'année suivante de la reconnaissance législative de la pleine et entière capacité du syndicat à agir en justice pour la défense des intérêts de la profession⁹. Se substitue progressivement à un droit reposant sur « l'échange » contractuel et la « négociation » individuelle, un droit protecteur et collectif, résultat de projets réformateurs, de débats doctrinaux et parlementaires souvent forts longs, mais aussi de négociations et de luttes sociales nombreuses.

Cette histoire présente néanmoins une autre face qui contribue à la disciplinarisation du travail. Car ce qui justifie cette protection légale réside dans la reconnaissance de la *subordination*, transcrite notamment dans des règlements d'atelier. Comme le montre Cottureau, un renversement de jurisprudence de la Cour de cassation, à l'occasion d'une affaire en 1866, consacra ceux-ci comme « des conventions librement formées » et marqua un tournant capital dans l'histoire des prud'hommes¹⁰. Il signifiait la fin de soixante années d'autonomie judiciaire qui se déroulaient avec le consentement des milieux industriels concernés. L'employeur devint alors le seul juge des règles de la relation de travail, en ce qui concerne du moins les règlements intérieurs et les droits de sanction des ouvriers. Ce renversement prépara aussi « la voie à la création du concept de subordination juridique en droit civil [proposé par E. Glasson en 1886], alors que les législateurs et les tribunaux, durant des décennies, avaient opiniâtrement refusé de restaurer une notion qui leur paraissait incompatible avec l'authentique droit civil, car liée à l'ancien pouvoir domestique des supérieurs sur les inférieurs¹¹ ». Après la loi sur la légalisation des syndicats en 1884, qui vise aussi à contrôler les ouvriers ou du moins à cantonner leurs représentants dans des espaces délimités et encadrés¹², celles qui portent sur les licenciements en 1890 et surtout sur les accidents du travail en 1898 généralisent le « schéma d'équité de la servitude, fondé sur l'échange dissymétrique asservissement – protection¹³ ». Et si « ce principe est [aussi] retenu par la jurisprudence pour éviter que trop de travailleurs ne profitent des lois sociales protectrices¹⁴ », il contribue à substituer « à la conception bilatérale du pouvoir comme relation négociée, l'idée de commandement et de gouvernement exclusif de l'entreprise¹⁵ ».

Ce changement de culture normative est donc placé sous le signe d'une *rationnalisation* qui affecte un droit légiféré de plus en plus formel, mais aussi les juridictions

9. C. Didry, *Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20^e siècle*, Éd. de l'EHESS, 2002.

10. A. Cottureau, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail... », préc.

11. A. Cottureau, « Droit et "bon droit"... », préc.

12. D. Barbet, « Retour sur la loi de 1884. La production des frontières du syndical et du politique », *Genèses* 1991, n° 3, p. 5-30.

13. A. Cottureau, préc.

14. O. Tholozan, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

15. A. Cottureau, préc.

du travail, avec la soumission progressive, à la fin du XIX^e siècle, des conseils de prud'hommes au contrôle de la Cour de cassation. En absence de conciliation et d'acceptation du jugement par les deux parties, légalité positive et légalité judiciaire doivent désormais coïncider au détriment des usages et du « bon droit ».

C. LA DIFFICILE ACCEPTATION DU DROIT DU TRAVAIL PAR LES SYNDICATS

Le mouvement ouvrier n'est pas insensible à cette évolution. Au sein des prud'hommes d'abord, et souvent avec l'appui des patrons qui y siégeaient, loin d'être tous favorables à cette logique de subordination qui renforce aussi l'esprit de classe. Une véritable guérilla semble avoir eu lieu durant plusieurs décennies entre prud'hommes et Cour de cassation, autour des règlements d'atelier ou du délai-congé. Mais aussi au sein des premiers syndicats, où l'État – et donc l'un de ses piliers les plus remarquables, le droit – ont été considérés comme au service exclusif du patronat, et à ce titre à détruire par la grève générale. Le discours de la CGT à l'égard de l'inspection du travail est un signe parmi d'autres de cette conception. Elle fait de cette institution d'État un « non lieu », et de l'inspecteur une « figure douteuse », condamnée pour son incompétence technique, sociale et morale, à la différence des conseillers prud'hommes, à qui des projets syndicaux proposeront dans les années 1880 de transférer les missions d'inspection¹⁶.

Le droit du travail est donc ambivalent et ambigu. Mais la méfiance dont il fait l'objet est relative. Le pragmatisme des anarcho-syndicalistes devenus syndicalistes révolutionnaires les pousse à accepter, voire même à revendiquer le développement d'une législation ouvrière. Participer à la production même des lois devient objet d'attention, au sein d'instances (Société d'études législatives, Conseil supérieur du travail, ou, dans les années 1920 et 1930, Conseil national économique), où les savants sont progressivement remplacés par des syndicalistes à qui s'ouvrent de nouveaux répertoires et de nouvelles arènes pour l'action collective¹⁷. L'inspection du travail en est une pour faire appliquer localement le droit et l'évolution est sensible dans le discours de la CGT, qui cherche finalement à syndiquer les inspecteurs eux-mêmes et à en faire les « auxiliaires de l'organisation syndicale¹⁸ ». Si l'État constitue toujours une cible centrale des grévistes, il ne s'agit pas tant de l'abattre que d'en solliciter l'intervention et l'arbitrage.

16. P. Ariès, « Inspection du travail et inspection ouvrière dans le discours de la CGT, de la genèse de l'institution à l'entre-deux-guerres », *Droit et Société* 1996, n° 33.

17. F. Soubiran, « De la société d'études législatives au Conseil national économique : production savante ou production par des acteurs collectifs du droit du travail ? », in J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, op. cit.

18. P. Ariès, préc.

II. UNE RELATION CONJUGALE? LES ÉTAPES D'UN SYNDICALISME JURIDIQUE

En retraçant rapidement les étapes d'un syndicalisme juridique qui s'institutionnalise après la Seconde Guerre mondiale, on peut en effet souligner comment se substituent à la question du recours ou non au droit dans la lutte syndicale des interrogations stratégiques quant au type de luttes juridiques et de contentieux qu'ils peuvent mener. Non pas que l'ambivalence du droit du travail ne soit pas constamment soulignée par les syndicalistes. Des débats permanents ont ainsi lieu à propos de ce que produit le déplacement d'un conflit sur le terrain judiciaire¹⁹. La division du travail et la coupure entre profanes et professionnels du droit posent question, voire créent des tensions, selon les types d'investissement – militants ou savants – dont le droit du travail fait l'objet²⁰. Le responsable du secteur juridique de la CGT ne rappelle-t-il pas, aujourd'hui encore, les préventions encore vivaces qui feraient du droit « un palliatif à l'action syndicale », ou du militant juriste un acteur compromis « avec l'ordre établi puisqu'il s'efforce d'en comprendre et d'en utiliser les règles » ?²¹ Il n'en reste pas moins que les prud'hommes et le registre du et des droits saturent institutionnellement les formes syndicales, comme l'incarne l'histoire, esquissée par L. Willemez, des « tournants juridiques » des deux principaux syndicats français²².

À la fin des années 1940 et dans les années 1950, au moment où le droit du travail se consolide à travers des revues, des cours et une législation qui, à la suite du Front populaire voire du corporatisme vichyssois, développe les voies du collectif (loi créant les comités d'entreprise en 1945, visant à développer la négociation des conventions collectives en 1950, etc.), l'action juridique des syndicats s'institutionnalise. Principalement à travers la diffusion d'une presse juridique à la CGT, dans une logique de défense individuelle et collective, et dans une optique plus réformatrice à la CFTC, notamment au sein du groupe prônant la déconfessionnalisation du syndicat. Après avoir créé un service juridique confédéral en 1951, intégré dans le secteur revendicatif en 1959, le syndicat chrétien envisage lors de son congrès en 1963 de « mener des luttes juridiques, c'est-à-dire des actions destinées à promouvoir un changement du droit, se déroulant sur le terrain même du droit, et s'appuyant sur une recherche proprement juridique ».

Un second tournant a lieu dans les années 1970, dans la ligne de ces préconisations, au moment même où le droit du travail étend ses garanties et où les représen-

19. F. Soubiran, *Le recours à la justice dans les conflits du travail : histoire d'un détour (l'exemple de l'automobile)*, multig., CESDIP, 1987.

20. H. Michel et L. Willemez, « Investissements savants et investissements militants du droit du travail : syndicalistes et avocats travaillistes dans la défense des salariés », in P. Hamman, J.-M. Méon, B. Verrier (dir.), *Discours savant, discours militant : mélange des genres*, L'Harmattan, 2002.

21. P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », *Le Peuple* juin 2006, n° 1631.

22. L. Willemez, « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés Contemporaines* 2003, n° 52.

tants syndicaux obtiennent enfin une reconnaissance légale dans les entreprises. Alors que les confédérations syndicales (y compris la CGT) signent avec le patronat plusieurs grands accords interprofessionnels ou sectoriels, la CFDT s'investit sur le terrain judiciaire et plus spécialement devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, jugée plus progressiste que la chambre sociale. Il s'agit de défendre ses délégués syndicaux, encore très souvent licenciés abusivement, et de faire appliquer les droits des travailleurs, mais aussi de faire surgir des droits nouveaux. La pénalisation du droit du travail qui s'ensuit, appuyée par des « juges rouges » et une Cour plutôt favorable aux propositions jurisprudentielles des syndicats, offre une série de victoires, qui accompagnent aussi celle, partielle mais bien réelle, que les syndicats obtiennent lors de la réforme des prud'hommes, menacés dans les années 1970 et consacrés en 1979²³. L'augmentation importante des demandes devant cette juridiction à la fin des années 1970 et les stratégies jurisprudentielles visant à faire préciser les conditions individuelles et collectives de licenciement montrent une fois de plus l'investissement constant des syndicats dans une stratégie judiciaire, en particulier « dans les temps où la droite est au pouvoir » pour reprendre le titre d'un article paru en 1978 dans la toute nouvelle revue juridique de la CFDT²⁴. Car ces années sont aussi celles d'une politisation du droit et d'un usage offensif des registres juridiques et des enceintes judiciaires par de nombreux mouvements sociaux... dont le Gisti est un exemple²⁵.

Les années 1980 et 1990 sont marquées par une double évolution, liée d'abord à l'arrivée de gouvernements de gauche et aux alternances politiques qui ont pour conséquence un « *stop and go* » législatif qui rend de plus en plus complexe le droit du travail. Alors que les syndicats espéraient beaucoup de la loi (notamment des lois Auroux en 1982) pour faire avancer les revendications des salariés – en termes de citoyenneté et de démocratie dans le travail et pas seulement de progrès social ou économique –, mais sont déçus par les réalisations, certains d'entre eux, et en particulier la CFDT, se tournent dans les années 1990 vers une stratégie de création autonome du droit, *via* la négociation collective. Il ne s'agit plus de légiférer, et moins de judiciariser les rapports sociaux que de les juridiciser par une pratique renouvelée de la négociation collective. Celle-ci est accompagnée par l'État qui ne cesse de vouloir développer, depuis les mêmes lois Auroux de 1982, un dialogue social créateur de normes, en « libérant » de plus en plus la négociation *via* la multiplication des dérogations permettant de contourner le principe de faveur²⁶. L'architecture des lois de réduction du temps de travail en 1998 et 2000 est un symbole

23. J.-P. Bonaffé-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Le mouvement social* 1987, n° 141 ; H. Michel et L. Willemez (dir.), *Les prud'hommes en politique : actualité d'une justice bicentenaire*, Éd. du croquant, 2008.

24. Cité par L. Willemez, « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés Contemporaines* 2003, n° 52.

25. L. Israël, préc.

26. Le principe de faveur désigne la hiérarchie juridique des normes du travail qui, à partir de la loi conçue comme un minimum, fait primer l'intérêt des salariés à mesure que les textes de niveau inférieur (décret, conventions collectives, accords d'entreprise) la complètent ou la déclinent.

de cette évolution, et leur mise en œuvre, bien plus négociée qu'imposée, un accélérateur puissant de la juridicisation de l'action syndicale au quotidien²⁷.

Les transformations du rapport à l'État et de l'action publique elle-même, qui recourt de plus en plus au dialogue social et à une négociation centrée sur les règles, incitent donc aussi, sinon imposent aux syndicats de se saisir du droit. Les règles de représentativité n'ayant pas évolué, les nouvelles organisations sont tout autant entraînées sur ce terrain juridique et judiciaire, ne serait-ce que pour contrer la concurrence syndicale ou faire reconnaître leur existence, au point de sophistication leurs usages du droit et d'en devenir des virtuoses, à l'image de certains syndicats comme SUD²⁸. « Le discours juridique tend à devenir une des manières légitime de faire de la politique, au même titre que d'autres discours d'experts », et c'est aussi pour cela que les syndicalistes se voient obligés de « faire du juridique » selon H. Michel et L. Willemez²⁹. Mais « faire du juridique » conduit-il à judiciariser les relations de travail ? Cette question conduit à examiner quelques usages contemporains du droit et de la justice du travail... et leurs limites.

III. JUDICIARISATION OU JURIDICISATION DES RELATIONS DE TRAVAIL ?

En effet, la judiciarisation des relations de travail – entendue comme un recours accru au tribunal – est un processus clairement contredit par les statistiques. Il n'en reste pas moins que les syndicats ont sophistiqué leurs usages du droit et des enceintes judiciaires, non sans limites ou paradoxes.

A. JUDICIARISATION ? UN PHÉNOMÈNE NON CONFIRMÉ ET UN DISCOURS INTÉRESSÉ

Comme le démontrent les travaux de E. Serverin et B. Munoz-Perez, entre 1993 et 2007, le nombre de conciliations mais aussi et surtout de demandes aux prud'hommes ont baissé significativement, de presque 12 % au fond à 22,8 % en référé³⁰. Certes, les procédures s'allongent en raison de la hausse des taux d'appel dont sont frappées les décisions prud'homales. Mais la propension au procès prud'homal décline significativement³¹. N'assisterait-on pas cependant à une aug-

27. J. Péglise, *À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, thèse de sociologie, CEE-LATTS-Université Marne-la-Vallée, 2004.

28. J.-M. Denis, « Les syndicalistes de SUD-PTT : des entrepreneurs de morale ? », *Sociologie du travail* 2003, n° 3, vol. 45.

29. H. Michel et L. Willemez, « Investissements savants et investissements militants du droit du travail... », préc.

30. B. Munoz-Perez et E. Serverin, « Le droit du travail en perspective contentieuse de 1993 à 2003 », Rapport du ministère de la Justice, 2005, actualisé en 2008.

31. Sur l'usage des statistiques en sociologie du droit, v. J. Mélot et J. Péglise, « Prendre la mesure du droit : enjeux de l'observation statistique pour la sociologie juridique », *Droit et Société* 2008,

mentation des procédures collectives initiées par les syndicats ? En effet, au-delà de leur présomption de représentativité récemment réformée, le cadre juridique confère aux syndicats une place exceptionnelle dans l'ordre judiciaire³². Les possibilités d'agir collectivement dans l'intérêt du syndicat, dans celui de la profession ou même à la place des salariés sont autant de voies d'actions judiciaires possibles. Mais ces contentieux collectifs, s'ils ont augmenté depuis les années 1970 (d'environ 200 affaires par an à 4 000 aujourd'hui), restent peu utilisés. Et si les syndicats ont acquis une maîtrise certaine des règles qui concernent leurs prérogatives (droit syndical, procédures concernant les plans sociaux ou contestant la légalité des accords collectifs), d'autres contentieux sont encore rares (requalification de CDD en CDI par exemple), ou quasi absents (discrimination ou même action en exécution pour faire appliquer des accords), malgré un arsenal juridique conséquent³³.

La dénonciation d'une judiciarisation des relations de travail n'est donc pas un discours neutre. Les gestionnaires de la justice y ont intérêt pour diminuer la masse des contentieux qu'ils ont à examiner, comme de récentes dispositions y visent dans le domaine du travail³⁴. Cette dénonciation appuie tout un discours économique qui oppose réglementation et accord, droit et incitation ou incertitude intrinsèque de la justice et rationalité économique des entreprises³⁵. Le rapport de Virville publié en 2004 ne vise-t-il pas d'abord à « sécuriser » les décisions des employeurs devant les tribunaux, et la « séparation à l'amiable » négociée par certains partenaires sociaux en 2008 à diminuer la possibilité de saisie des prud'hommes ? Plutôt qu'une augmentation des contentieux, la critique d'une judiciarisation des relations sociales viserait ainsi l'intervention croissante et néfaste des juges sur les normes économiques, à travers la jurisprudence qu'ils contribuent à produire et ses conséquences sur les régulations politiques et sociales. Nul doute que cette source de droit est plus importante aujourd'hui qu'hier, sous l'impulsion en particulier de Philippe Waquet, membre puis doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation entre 1988 et 2002. Mais c'est aussi que les syndicats ont sophistiqué leurs usages du droit et de la justice, tout en cherchant, par des voies contrastées sinon opposées, à re-politiser la légalité et à populariser la recherche de la justice.

n° 69-70. En matière de recours judiciaires ou administratifs par les étrangers, les chiffres ne sont pas connus. Mais, *a contrario*, il est possible qu'ils se soient accrus depuis une quinzaine d'années, en raison notamment de l'action du Gisti mais aussi et surtout d'autres associations de soutien.

32. F. Guiomard, « Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique », *Mouvements* 2003, n° 29.

33. L'arsenal ne suffit pas, ni même son activation par des demandeurs : bien des procès-verbaux dressés par des inspecteurs du travail, comme des plaintes, même soutenues par la Halde, sont classés sans suite.

34. Depuis 2001 une procédure permet à la Cour de cassation de ne pas examiner, sans avoir à motiver sa décision, les pourvois qu'elle estime insuffisamment fondés ; un décret publié le 20 août 2004 impose aussi qu'un pourvoi en cassation dans une affaire prud'homale soit déposé par un avocat au Conseil. Depuis 2004, le nombre de pourvoi a baissé de 40 %, passant de 9 500 à 5 600 environ.

35. A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme : questions de fonctions et de fonctionnement », Working Paper CSDLE Massimo d'Antona, INT 41, 2005.

B. DE QUELQUES USAGES ACTUELS DU DROIT ET DE LA JUSTICE PAR LES SYNDICATS

Certains domaines du droit du travail ont ainsi connu une complexification et une technicisation poussées. Le temps de travail en est peut-être un exemple extrême, tant son régime juridique résulte aujourd'hui d'interventions législatives nombreuses – qui plus est incitant constamment les partenaires sociaux à négocier des dérogations au Code du travail –, de normes issues de la jurisprudence, et de la multiplication des sources de droit (directives de l'Union européenne, jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais aussi et surtout accords de branche ou d'entreprise). Cette sur-réglementation a pourtant paradoxalement contribué à une dérégulation pratique du temps de travail attestée par les inspecteurs du travail chargés de contrôler l'application du droit. Elle a aussi multiplié les contradictions entre les règles et ouvert une sophistication inégalée des usages du droit devant la justice, qu'il s'agisse de contester une partie ou l'autre de la réforme des 35 heures (notamment les forfaits jours instaurés par la loi Aubry II, devant les instances européennes), de relancer l'action contre le régime particulier des équivalences³⁶ ou d'obtenir, avec un certain succès, l'annulation entière ou partielle d'accords RTT³⁷.

L'usage du tribunal comme lieu et forme renouvelés, voire substitutives, de confrontation peut aussi avoir pour objectif de transformer l'image du syndicalisme. Ainsi, à la CGT, la lutte contre les discriminations syndicales ces dernières années passe par un usage novateur du référé, mais contribue aussi à une évolution culturelle du militantisme, qui fait « passer d'une vue "martyrologique", selon laquelle l'entrave à la carrière est une conséquence scandaleuse mais normale de l'engagement syndical, à l'exigence de pouvoir mener de pair une vie professionnelle épanouissante et une activité militante³⁸ ». Du côté de ce syndicat, le développement de l'expertise et l'usage très technique et parfois tous azimuts des textes – qui est un jeu *avec* et pas seulement *dans* la forme du droit³⁹ – semblent aller de pair avec une volonté de populariser et de collectiviser l'action judiciaire comme ressource possible permettant de prolonger ou de mener sur un autre terrain les luttes du travail. En témoignent l'affaire des chômeurs « recalculés » en 2004, qui voit, après des manifestations peu mobilisatrices, l'investissement d'associations, de comités des chômeurs et du service juridique de la CGT, 123 tribunaux de grande instance saisis en trois mois de milliers de demandes, ou celle du CNE (contrat nouvelle

36. V., P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », *Le Peuple* juin 2006, n° 1631.

37. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné...*, *op. cit.*

38. En réalité, la répression n'était probablement pas vécue comme « normale » ; par contre, sa dénonciation permettait de cultiver une image de pugnacité nécessaire et contrainte associée à l'action syndicale.

39. P. Lascoumes et J.-P. Le Bouhris, « Des "passe-droits" aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société* 1996, n° 32 ; V. Roussel, « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et Société* 2004, n° 56-57.

embauche), qui a donné lieu à des contestations judiciaires largement médiatisées par les syndicats⁴⁰.

Cet usage simultanément sophistiqué et populaire du droit et de la justice, appuyé d'abord sur la loi et les règles étatiques, se distingue de la stratégie de la CFDT, davantage tournée vers le juridique et la production de normes conventionnelles. Il s'agit aussi de politiser les relations de travail, mais à travers la négociation collective⁴¹. En associant aux 35 heures un objectif affiché de syndicalisation et en encourageant ses équipes à négocier et à signer des accords, la CFDT a visé par exemple autant à étendre les garanties collectives et les droits, mais dans un souci plus institutionnel et moins conflictuel qu'à la CGT. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle use moins du tribunal. Mais elle le fera peut-être sur un registre plus procédural et moins pour des problèmes d'application ou de non-respect du droit étatique, vus comme autant de moyens de négocier.

C. UNE JUDICIARISATION ÉGALEMENT SUBIE, ET NON SANS RISQUES

Ces stratégies contrastées ne sont pas sans conséquences, ni sans risques sur le type de droit revendiqué ou l'action syndicale elle-même. En faisant feu de tout bois, la CGT légitime par exemple des conceptions juridiques dont elle était très loin, comme dans l'affaire des recalculés. Demander par voie judiciaire des comptes à l'Unedic induit en effet « une conception contractuelle des relations entre l'Unedic et les demandeurs d'emploi, alors que nous défendions – et défendons toujours – la nature assurantielle des prestations chômage » explique le responsable de son service juridique. « L'idée était à ce point iconoclaste, poursuit-il, que nombre d'excellents avocats, proches de nous, déconseillèrent formellement d'y donner suite. Nous avons cependant décidé d'y aller [...] [assumant] une pluralité d'approches juridiques et [contribuant] à lancer une mobilisation qui a finalement fait passer au second plan l'action judiciaire⁴². » De même, en plaçant les droits de la personne devant les tribunaux pour faire annuler une clause contractuelle de mobilité, en faisant appel au contrat de travail ou en s'appuyant sur le principe civiliste de loyauté de la négociation pour contrer un accord dérogatoire aggravant les conditions de travail, la CGT use de normes et d'une approche individualisantes qu'elle a toujours considérées avec méfiance comme favorables au patronat. Ces usages du tribunal ne sont

40. Alors que le CNE visait à déjudiciariser les ruptures, les syndicats ont pesé aux prud'hommes pour entourer ce contrat d'une insécurité juridique dissuasive pour les employeurs. Mais cette stratégie n'a été qu'un demi-succès : le risque des contentieux était très faible, même si le risque juridique ouvert par ces contentieux était élevé (F. Guiomard et E. Serverin, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT* 2007. 502). De fait, les syndicats ont fait tomber ce contrat par une contestation judiciaire s'appuyant sur les normes internationales, bien plus que par des contentieux massifs.

41. L'idée de politisation renvoie ici moins à l'expression conflictuelle d'intérêts divergents qu'à l'idée d'espace et de bien commun entre salariés et employeurs, atteint par des compromis qui permettraient aux salariés d'intervenir dans la gestion des entreprises, de leur emploi et de leur travail.

42. P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », préc.

donc pas sans risque, même s'ils témoignent d'une inventivité renouvelée qui se manifeste aussi juridiquement dans son projet d'un nouveau statut du travail salarié, aujourd'hui repris par de nombreux acteurs du champ politique.

Du côté de la CFDT, s'engager à produire des droits par la négociation collective n'est pas non plus sans conséquences. L'institutionnalisation pourrait conduire à reléguer à l'arrière-plan des stratégies de rupture, et les actions judiciaires en exécution ne semblent pas plus avoir augmenté que le travail avec des avocats. L'établissement de normes décentralisées conduit en outre à un éclatement guère propice aux revendications interprofessionnelles ou même collectives. Elle ne garantit pas non plus leur application, et peut même en complexifier à l'extrême le contrôle, comme dans le cas du temps de travail⁴³.

Ces risques ne doivent pas enfin conduire à méconnaître que les employeurs ne sont pas les derniers à se saisir du droit ou de la justice. En prônant une négociation collective ouverte et « libérée », véritable cheval de Troie pour transformer le droit du travail en « technique d'organisation de l'entreprise⁴⁴ » passant avant sa dimension protectrice, il s'agit de réduire la place du réglementaire au profit du contractuel. La transformation des relations professionnelles qui en est attendue, à l'image du projet de « refondation sociale » lancée en 2001 ou de ce qui s'est passé à l'occasion de la mise en œuvre des 35 heures, constitue alors une véritable « reconquête patronale des règles⁴⁵ ». Mais il peut s'agir aussi de criminaliser l'action syndicale, et les exemples ne manquent pas de ces attaques, parfois appuyées par les parquets, contre des militants ou des mouvements de grève que l'on demande au juge de qualifier d'illégaux.

*
* *

Le détour par cette analyse historique et sociologique des relations entre droit, institution judiciaire et syndicat, où il n'a pas été question du droit des étrangers – ni de l'usage du premier, ni des soutiens aux seconds –, entend ne pas être qu'exotique dans cet ouvrage. Certes, les échelles historiques ou l'ancrage dans un mouvement social (qui existe bien autour de la condition des étrangers mais sans commune mesure avec celui qui a existé et existe dans le monde du travail autour du syndicalisme) sont bien différents. Mais un regard comparatif entre l'histoire et le positionnement du Gisti et l'expérience syndicale en matière de droit, de justice et de stratégies contentieuses, y compris en plongeant dans ses racines au XIX^e siècle, rappelle quelques évidences.

43. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné*, *op. cit.*

44. J. Barthélémy, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Éd. Liaisons sociales, 2003.

45. L'expression est de C. Morel (v. *La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Les Éditions d'Organisation, 1981). Sur ce processus analysé aussi comme une « managerialization du droit » qui consiste à mettre les règles de droit au service du management et des valeurs d'efficacité, de compétitivité ou de rationalité, v. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné...*, *op. cit.*

Celle qui découple droit et justice, qui montre que le registre juridique et l'arme judiciaire ne sont pas toujours les meilleurs moyens d'obtenir justice par exemple. Les manifestations, grèves de la faim, occupations d'églises, et, plus récemment, grève avec occupations des lieux de travail, ne constituent-ils pas des armes efficaces dans la lutte pour l'obtention de droits, ici sous forme de « papiers » ?

L'analyse brièvement exposée des expériences syndicales montre aussi que la juridicisation des relations, autrement dit l'extension du droit comme référence pratique pour les actions, n'est pas le garant de leur judiciarisation, autrement dit de la possibilité, en cas de conflit, d'injustice, d'iniquité, de recourir à un tiers.

Enfin, l'usage stratégique du droit et des arènes judiciaires, mené au nom du droit, n'est pas sans risque, ambivalence ou paradoxe dans le domaine du droit du travail comme dans celui des étrangers. L'un de ceux que révèle l'histoire du Gisti et du droit des étrangers en France, et que l'on retrouve dans le domaine des luttes syndicales et du droit du travail, tient manifestement à ce qu'est le droit, simultanément ressource, contrainte et cadre pour l'action. La dialectique mise en évidence par Liora Israël à propos du Gisti⁴⁶ – celle qui montre comment la contestation du droit des étrangers est allée de pair et a contribué paradoxalement à l'édification de ce droit spécifique, y compris dans ses aspects répressifs – n'est en effet pas sans écho lorsqu'on examine les actions et relations des syndicats au droit et à l'institution judiciaire. Ces jeux devenus très techniques, similaires en droit des étrangers et en droit du travail, entre recours judiciaires, constitution de jurisprudences et nouvelles réglementations prenant la forme de lois, décrets, règlements, circulaires (ou, en droit du travail, accords de branche et d'entreprise), impliquent une inventivité et un renouvellement permanents des techniques juridiques et judiciaires. Et même si l'expertise est loin d'être l'apanage de l'État ou du patronat, c'est un véritable travail de Sisyphe qui s'engage alors entre des acteurs aux ressources inégales, sans pour autant qu'il puisse garantir l'extension des droits, l'amélioration de la condition juridique des salariés ou des étrangers, ou la possibilité de faire appel à un tiers.

C'est pourquoi ce travail nécessaire – celui qui consiste à mobiliser le droit pour le faire appliquer, sinon pour l'améliorer – est indissociable d'un travail politique. Le Gisti en est bien conscient et l'a engagé, par exemple avec fracas en 1997 autour du mot d'ordre de la liberté de circulation. Tout comme il l'engage au jour le jour dans ses actions, qui ne sont pas que des actions en justice, mais aussi des permanences, des publications, ou la participation à des réseaux associatifs et européens qui visent, en réalité, à peser sur les conditions politiques d'exercice *du* et *des* droits.

46. L. Israël, préc.

