

**Cour du travail de LIEGE**

-----

**MERCURIALE DE RENTREE**

Rédigée et prononcée par

**Jean-Jacques HAUZEUR**  
Substitut général près la  
cour du travail de Liège

**« Surveiller et punir en droit social d'ordre public »**

4 septembre 2012

L'idée de cet exposé est née d'un colloque organisé à l'Université catholique de Louvain sur l'évolution de la notion de sanction dans l'ensemble de notre système juridique. Il résultait des interventions de nombreux professeurs et chercheurs un consensus quant à une mutation importante du dispositif de surveillance et de punition inhérent à l'existence de toute société. Cependant, il n'en demeurerait pas moins extrêmement difficile de déterminer le fil conducteur de cette évolution, de formuler des lois simples afin d'explicitier le changement constaté dans la manière d'assurer le respect des normes. D'une part, le système juridique semble traversé par des mécanismes évolutifs communs, d'autre part, il semble très ardu de préciser véritablement la cohérence de cette évolution.

Le constat scientifique de ces changements correspond bien entendu à une intuition commune. Tous, professionnels ou profanes, nous sommes conscients de l'importance de cette mutation. La morale de l'autorité s'épuise, l'individualisme délégitime les allégeances collectives, l'accélération du temps juridique cause une prolifération de normes de plus en plus rapidement obsolètes, la complexité croissante de nos systèmes rend de plus en plus difficile la mise en œuvre de mécanismes de régulation simples et efficaces, la mondialisation favorise la multiplication de formes nouvelles de criminalité organisée.

Il n'est donc pas étonnant que ces changements se manifestent en particulier dans nos matières. Le droit social est un ensemble de normes qui est au cœur du contrat social. Ainsi, le droit de la sécurité sociale lie de manière indissoluble la sécurité de la société et son ordre de protection sociale.

D'où cet exercice évidemment de dimensions bien modestes, afin de réfléchir à la manière dont peuvent se concilier les tendances contradictoires qui sont toujours à l'œuvre dans une société, en particulier dans une période de changement important. On s'y essaiera à propos des

matières d'ordre public du droit social : lorsque les conceptions et la gestion de l'ordre public changent dans tout ou partie du système juridique, le sens de ce changement s'inscrit évidemment dans la logique du changement social global.

Le thème général de cette mercuriale explique qu'il vous sera infligé une part de réflexion sur le droit pénal qui pourrait sembler disproportionnée devant la présente Cour.

Que l'explication en ressorte du thème général : il s'agit ici de quelques réflexions sur le dispositif consistant à « *surveiller et punir* » dans le droit social d'ordre public dans son ensemble, et ce faisant, sur la manière dont notre système juridique conçoit désormais les notions de norme et de sanction.

Cependant, et alors que l'on évoquera l'importance de ce qu'on a appelé le droit négocié comme éventuel modèle dominant en devenir de notre système juridique, le dispositif de production des normes dans le cadre des relations collectives de travail ne sera pas évoqué ici.

Il me semble en effet qu'il s'agit d'une question qui présente trop de liens concrets avec l'histoire des relations industrielles dans un contexte socio-économique déterminé pour que la réflexion ne mérite pas un débat qui lui serait spécifiquement consacré.

Quelles sont les matières qui constituent le droit social d'ordre public ?

D'une part, en vertu de l'article 138 du code judiciaire, l'auditorat et l'auditorat général du travail exercent l'action publique en ce qui concerne l'ensemble des dispositions de droit pénal social. D'autre part, l'article 764, 10°, indique les dispositions légales imposant la communication des demandes au ministère public en matière sociale. Ce qui relie ces deux catégories de dispositions qui fondent la compétence des parquets du

travail, c'est qu'elles sont d'ordre public. Le droit pénal social, parce qu'il est de la nature même du droit pénal d'être d'ordre public, les matières obligatoirement communiquées au ministère public, parce qu'il s'agit en réalité de la partie du droit public consacrée à la sécurité sociale.

Nous considérerons que l'ensemble de ces matières forme à tout le moins pour notre propos le droit social d'ordre public.

Quel est le thème qui découle de ce caractère commun d'ordre public des normes de droit pénal social et des normes du droit de la sécurité sociale ?

Certes, l'ensemble du droit social est constitué des normes protectrices des travailleurs et de ceux qui ont perdu leur emploi du fait des risques liés à la société industrielle. C'est un droit de protection du travail.

Les normes qui le constituent ne sont cependant pas seulement protectrices des travailleurs. En ce qui concerne le droit pénal social, il est principalement – mais pas uniquement – constitué de normes protégeant le travailleur à l'égard d'un employeur qui ne les respecterait pas. Pas uniquement puisqu'il existe – par exemple – des normes assorties de sanctions pénales visant des demandeurs d'allocations sociales qui feraient des déclarations leur permettant d'en bénéficier indûment.

Quant au droit de la sécurité sociale, il comporte des sanctions de droit administratif qui visent les travailleurs qui n'ont pas le comportement requis afin de bénéficier de l'intervention de la société sous forme d'allocations sociales.

Somme toute, l'ensemble des normes de droit social d'ordre public a pour objectif de réprimer la fraude sociale au sens large de comportements qui ne respecteraient pas les exigences de notre ordre de protection sociale.

A ce point de vue, on note une convergence des conceptions relatives aux sanctions pénales d'une part, aux sanctions administratives de l'autre.

C'est ici que le lien avec le passé récent sera établi, puisque la mercuriale de l'année dernière a été consacrée à la mise en œuvre du principe « *non bis in idem* » par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt **Zolothoukine**.

On rappellera brièvement de quoi il s'agit. Pour faire simple, la cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une même personne ne pouvait être poursuivie qu'une seule fois pour les mêmes faits. En l'espèce, le sieur ZOLOTHOUKINE, ayant fait l'objet à la fois de poursuites pénales et de poursuites qualifiées d'administratives par les autorités russes pour des faits considérés par la cour européenne comme suffisamment semblables pour que le terme « *idem* » les qualifie adéquatement, les autorités russes s'étaient rendues coupables d'une violation du principe « *non bis in idem* » incompatible avec l'article 4 du protocole n°7 à la convention dès lors que les poursuites « administratives » ou « disciplinaires » introduites contre le sieur ZOLOTHOUKINE pouvaient être assimilées à des sanctions pénales.

Cet arrêt était évidemment important dans nos matières. Ainsi, à l'époque, et donc avant l'entrée en vigueur du code pénal social, un chômeur qui avait fait à l'ONEm une déclaration lui permettant de bénéficier indûment d'allocations de chômage était passible tout à la fois de poursuites pénales sur le pied de l'article 175 de l'arrêté royal sur le chômage du 25 novembre 1991 et de suspensions de ses allocations de chômage sur la base des articles 153 à 155 du même arrêté royal.

Un tel cumul de sanctions ne semble plus possible depuis l'arrêt ZOLOTHOUKINE.

Sur le plan des principes et de la définition des concepts, cette évolution était évidemment de nature à perturber les esprits, car elle remettait en question des conceptions qui semblaient acquises de longue date.

Tant il paraissait évident somme toute que si le législateur avait baptisé certaines sanctions de pénales, d'autres d'administratives ou d'autres encore de disciplinaires, c'est que la distinction était justifiée en raison de la nature même des sanctions, ce qui autorisait des traitements autonomes et des sanctions cumulatives des mêmes faits.

Il était cependant apparu avec le temps que la distinction entre la nature des sanctions était davantage fondée sur un argument d'autorité que sur une démonstration rationnelle. Puisque je dis que ceci est pénal ou que ceci est administratif et que dès lors, les faits qui sont punis ne sont pas de même nature et peuvent faire l'objet de poursuites tant sur le plan pénal que sur le plan administratif, c'est que c'est comme ça.

Cependant, il faut convenir en sens inverse qu'il fut un temps où l'on concevait plus clairement ce qui était de la nature du pénal, par rapport à ce qui n'en était pas.

Pourquoi certains comportements sont-ils sanctionnés spécifiquement sur le plan pénal ? Qu'est-ce qui fait leur particularité pour qu'ils méritent la stigmatisation de l'emprisonnement, de l'amende et du casier judiciaire ? Les réponses, bien sûr, n'ont jamais été univoques. Point n'est besoin d'être un pénologue averti pour se douter que le fondement conceptuel de ce qui mérite une peine (d'emprisonnement ou d'amende), inscrite au tableau de déshonneur du casier judiciaire, a pu faire l'objet d'explications diverses.

Quelles que soient les écoles pénologiques, il apparaissait naguère que méritaient l'infamie et la sévérité de la sanction pénale des

comportements qui causaient un trouble particulier à la société, une forme d'effroi justifiant une réaction particulière des autorités.

Or, depuis quelques décennies, peut-être depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, l'effroi n'est plus ce qu'il était, ce qui ne signifie évidemment pas que la peur, qui inspire le besoin de sécurité et de protection, et justifie l'existence et l'intervention de l'Etat, ait pour autant disparu.

Je vois de cela quatre manifestations exemplaires.

La première, paradoxalement, se caractérise par ce que les juristes italiens ont qualifié de « *panpenalismo* », ce qu'on peut traduire par le « *tout-pénal* ». Dans nos systèmes juridiques, un nombre croissant de normes ont été assorties de sanctions pénales, et par la force des choses, à propos de comportements qui ne causaient pas nécessairement l'effroi au sens traditionnel, celui qu'inspirent le meurtre, le viol, l'escroquerie ou le vol.

Il s'en est ensuivi une inflation de normes pénales et par conséquent une démonétisation de la notion traditionnelle d'effroi.

Trop d'impôt tue l'impôt, trop de droit tue le droit, trop d'information tue l'information, trop de monnaie crée l'inflation, trop de pénal fait perdre son sens à la souffrance espérée de la peine. Beaucoup de normes assorties de sanctions pénales, en particulier dans le domaine du droit pénal social, n'étaient pas appliquées par les juges, ou avec beaucoup d'indulgence, parce qu'ils ne ressentaient sans doute pas l'effroi qu'eût dû leur inspirer le masque inquiétant de l'idée de peine sertie dans la norme.

Ce fut au point que feu Jean GOL, non sans humour, a pu dire déjà au début des années 80, à propos certes du droit pénal économique, mais selon un raisonnement évidemment transposable en droit pénal social,

qu'il existait somme toute un moyen très simple de mettre fin à la criminalité économique, c'était de dépenaliser le droit économique.

Que le sens de la notion de peine ait changé, un deuxième indice intéressant me semble ressortir de l'article 5 du code pénal introduit par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Voici que contre tous les principes de bon sens juridique communément admis jusqu'alors, se traduisant comme souvent par un adage latin : « *societas non delinquere potest* », « *une société ne peut délinquer* », contre cette conviction aussi évidente que le fut pendant des siècles le mouvement du soleil autour de la terre, un être de fiction est désormais appelé, le cas échéant à subir une peine, bien qu'on ne puisse lui imputer que fictivement un dol qui sera nécessairement le fait des personnes physiques par lesquelles il agit. Comme cet être abstrait qu'est une entreprise ne peut la vivre dans sa chair, la peine d'emprisonnement lui sera épargnée. Quant à l'amende pénale qui lui est infligée, elle se distinguera sans doute d'une amende administrative par le fait qu'elle sera inscrite au casier judiciaire des personnes morales, ce qui est de nature à porter atteinte à sa crédibilité sociale.

La responsabilité pénale des personnes morales est un des indices de la révolution copernicienne effectuée en matière de savoirs de la peine. Elle joue évidemment un rôle important dans le droit pénal de l'entreprise, auquel ressortit le droit pénal social.

Un troisième indice intéressant de cette révolution me semble résider dans l'action civile de l'auditeur du travail. Celui-ci peut poursuivre pénalement les employeurs qui commettraient des infractions en matière de paiement des rémunérations. Cependant, depuis 2006, en vertu de l'article 138bis § 2 du code judiciaire, il a également la possibilité, « *pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, ...(d') intenter une action auprès du tribunal*



*du travail (et non du tribunal correctionnel) afin de faire constater les infractions aux dites lois et aux dits règlements ».*

Dans ce cas déterminé, le législateur permet ainsi à l'auditeur du travail de mesurer le degré de gravité d'une infraction pénale en vue de lui donner soit une suite pénale, soit une suite civile.

La quatrième cause ou manifestation majeure de l'évolution des mentalités concernant la fonction régaliennne du « *surveiller et punir* » présente un caractère fondamentalement sociétal. Elle apparaît dans le succès croissant depuis la fin de la deuxième guerre mondiale du paradigme de la communication.

Car « *surveiller et punir* », bien entendu, a pour objectif d'éradiquer la violence, qui cause l'effroi.

Le paradigme de la communication prend une place croissante dans le fonctionnement de nos systèmes socio-politiques depuis deux siècles, en fait, parallèlement au déclin de son contraire, l'excommunication, puisque « excommunier », c'était interdire la communion, certes, mais également, par voie de conséquence, toute communication avec l'excommunié.

Cependant, ainsi que l'explique le spécialiste de la communication Philippe BRETON <sup>1</sup>, c'est surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale que le paradigme de la communication a connu un succès exponentiel et que les recherches scientifiques en la matière sont devenues très actives. Pourquoi ? Selon lui, parce que l'angoisse de l'apocalypse causée par les massacres de masse des deux guerres mondiales aurait engendré une volonté déterminée des esprits les plus éclairés d'éradiquer la violence de nos sociétés.

---

<sup>1</sup> Ph. BRETON, *L'utopie de la communication*, Paris, La Découverte, 1992.

Le meilleur moyen d'éradiquer la violence, c'était bien entendu de l'anticiper, et ce par la communication. Plus spécifiquement dans le domaine des relations collectives et individuelles de travail, les grandes entreprises ont su user des savoirs et des savoirs-faire de la science de la communication pour désamorcer le conflit social plutôt que de devoir le résoudre dans un rapport de forces générateur de violence.

Certes, la communication peut aussi engendrer de nouvelles formes de souffrance. Rien n'est parfait.

Ce qui nous importe, c'est que l'importance du paradigme de la communication dans nos sociétés se traduise apparemment par une mutation du modèle juridique socialement dominant. L'on passerait du modèle traditionnel du droit imposé, apanage obsolète des sociétés traditionnelles, patriarcales et autoritaires, à celui du droit négocié, idéal en gestation des sociétés modernes, individualistes et féminines.

Cette mutation se traduirait même dans le domaine pénal, pourtant innégociable quasiment par nature et par définition. On y reviendra.

Sociétés individualistes ? Comme toute branche du droit, le droit social d'ordre public doit tenir compte de cette évolution sociale qui nous semble à tous incontestable.

Sociétés individualistes ?

Il s'agit presque d'un oxymoron, ce qu'on appelait dans le temps – je n'entends plus jamais cette expression – « *des termes qui jurent d'être accouplés* ». C'est sans doute la raison pour laquelle Margaret THATCHER avait coutume de dire : « *Une société, ça n'existe pas ! Il n'y a que des individus !* ». Mais la liaison de termes apparemment contradictoires peut évidemment avoir un sens. Ainsi, dans le titre d'un essai de Boris CYRULNIK, « *Un merveilleux malheur* », qui signifie qu'il est possible de

« *rebondir* » après un traumatisme si l'on est équipé pour lui donner du sens.

Sociétés individualistes, un oxymoron ? Lorsqu'on évoque l'individualisme, ce peut être pour l'exalter, parce qu'il est la doctrine de l'épanouissement de chacun en tant qu'être humain, ou pour le craindre, l'un n'excluant pas l'autre, parce qu'il est porteur du risque de la décomposition de la société dans laquelle vivent les individus.

En vérité, l'individualisme peut permettre l'épanouissement de l'individu tout en étant créateur de lien social. C'est ce qu'a démontré notamment le philosophe Miguel BENASSAYAG<sup>2</sup>. En somme, l'individualisme, ce n'est pas nécessairement le laxisme, l'anarchie, la chienlit, comme on ne dit plus depuis de GAULLE, cela peut être créateur du lien qui fonde le contrat social, pour autant que le système social génère un mode de production de l'individu qui soit fondateur de lien.

Il va de soi que ce besoin de lien social est particulièrement évident dans nos matières. On conçoit mal que l'on puisse construire un système de protection sociale des individus en faisant l'économie de tout sentiment de solidarité, d'appartenance à la communauté qui apporte la protection.

On examinera de plus près cette idée à propos du contrat d'activation des chômeurs ou du contrat d'intégration sociale conclu entre les CPAS et les demandeurs de Revenu d'Intégration Sociale. La figure du contrat, qui suppose la liberté des parties, mais qui, une fois conclu, en devient la loi, selon les termes de l'article 1134 du code civil, est un bel exemple à mon sens d'une stratégie de production de l'individu qui crée du lien social. L'individu bénéficiera de la sollicitude publique s'il prend l'engagement d'acquiescer son autonomie en vue de réaliser son épanouissement en réalisant un certain nombre de démarches de recherche d'emploi ou d'intégration sociale dûment formalisés par une convention qui fait loi.

---

<sup>2</sup> M. BENASSAYAG, *Le mythe de l'individu*, Paris, La Découverte, 1998.

## Sociétés féminines ?

Rassurez-vous. Aucun désir de polémique ni risque de dérapage. On vient en effet de parler de la sollicitude publique à propos des allocations de remplacement octroyées aux individus dans le besoin. Cette notion est particulièrement importante dans ce que le professeur à l'Université de Liège Didier VRANCKEN a appelé dans un essai récent *Le Nouvel Ordre protectionnel*, ouvrage consacré à la sociologie de l'aide sociale au sens large. Le sous-titre de cet essai est particulièrement éclairant de la mutation que le professeur Didier VRANCKEN décèle dans la constitution du « nouvel ordre protectionnel ». Ce sous-titre est le suivant : « *De la protection sociale à la sollicitude publique* ». <sup>3</sup>

De la protection sociale, parce qu'il s'agissait du mot d'ordre social de la société industrielle. Les individus étaient protégés contre les risques liés au travail dans la société industrielle fondée sur l'idéal du plein emploi. L'individu était indemnisé par des allocations de remplacement en cas de réalisation de ces risques. Dans la société dite post-industrielle, caractérisée par un chômage de masse et de plus en plus de longue durée, cette notion de protection sociale est devenue quelque peu obsolète. La notion de sollicitude publique se substitue à elle, lentement mais sûrement. Or, la notion de sollicitude, ce n'est pas seulement un mot commode, c'est un mot-clé, au sens profond, développé par l'ouvrage dont je vous parle. Ce concept a un contenu tangible en termes de pratiques d'accompagnement des demandeurs d'aide, et il a une traduction dans le vocabulaire du féminisme anglo-saxon dont il serait d'ailleurs issu. On connaît en effet la notion de « *care* », qui serait une vertu féminine, la capacité d'empathie, le souci d'autrui, notion qui n'est pas inconnue dans le discours politique européen, puisqu'une dirigeante politique aussi importante que Martine AUBRY, suscitant d'ailleurs la

---

<sup>3</sup> D. VRANCKEN, *Le nouvel ordre protectionnel De la protection sociale à la sollicitude publique*, Lyon, Parangon/Vs, 2010.

polémique, avait en 2010 proposé le « *care* » comme fondement éthique de nos politiques sociales, considérant la société du « *care* » comme une société d'émancipation. Cependant, nous le savons tous, la sollicitude dite féminine n'est pas synonyme de laxisme, de déresponsabilisation, elle peut impliquer à juste titre l'exigence en retour d'un effort du bénéficiaire de la sollicitude. En somme, comme nous les hommes en avons certainement tous l'expérience en tant que compagnons de nos compagnes, le « *care* » bien compris, c'est « *la main de fer dans le gant de velours* ». Ce sens concret du « *care* » ressort tout à la fois de la sociologie de l'aide sociale au sens large, des pratiques des facilitateurs de l'Onem et de la jurisprudence des cours du travail et de la Cour de cassation dans le cadre des conventions d'activation des allocations de chômage. On en trouve évidemment une belle illustration dans les conventions ou les pratiques d'accompagnement conclues entre les CPAS et les demandeurs de revenu d'intégration ou d'aide sociale.

De là à dire que nos sociétés post-industrielles seraient fondées sur un mode féminin de production de l'individu, le pas ne doit sans doute pas être franchi. Mais un pas, en vérité, c'est deux demi-pas...

En tout état de cause, le philosophe Michel FOUCAULT avait bien anticipé la philosophie actuelle de l'aide sociale dans son cours donné au Collège de France en 1978-1979 :

*« Le nouvel art gouvernemental va se présenter comme gestionnaire de la liberté, non pas au sens de l'impératif : « sois libre » . Ce n'est pas le « sois libre » que formule le libéralisme. Le libéralisme formule ceci, simplement : je vais te produire de quoi être libre.*

*Et vous trouvez dans tous les textes néolibéraux cette même thèse que le gouvernement dans un régime libéral est un gouvernement actif, est un gouvernement vigilant, est un gouvernement intervenant ».*

Il semble en effet davantage cohérent de négocier avec « *l'individu libre* » que l'on « *produit* » que de lui imposer unilatéralement les décisions de l'autorité. C'est ce qui explique l'omniprésence de l'idée selon laquelle l'évolution sociale se traduirait par une substitution du paradigme du droit négocié à celui du droit imposé. C'est ce que formule François OST, professeur aux Facultés Universitaires Saint-Louis, dans le premier article d'un ouvrage intitulé « *Droit négocié, droit imposé ?* » placé sous sa codirection :

*« Le point de départ de ces réflexions est le fait empirique de l'omniprésence actuelle de ce qu'il est convenu d'appeler le « droit négocié » : loi négociée, tant lors de sa conception que lors de sa mise en œuvre, et multiples formes de règlements négociés des différends ». Ce phénomène, on l'a souvent observé, accompagne le déclin des institutions traditionnelles d'autorité et la crise des régulations fonctionnant « à la distance, à la hiérarchie et au secret ». Tout se passe alors comme si « la norme n'était pas extérieure aux sociétés » : c'est dans les relations qui se nouent entre les acteurs, dans leur « jeu » qu'il s'agit de la trouver. Dans ces conditions, la règle devient mobile et fluctuante « fluctuat nec mergitur : encore du latin : « il flotte, il est battu par les flots, mais ne sombre point », tandis que le contrat social, unique, fondateur et solennel, fait place à la négociation permanente de multiples contrats sectoriels et provisoires ».<sup>4</sup>*

Cependant, François OST ajoute, évidemment à juste titre :

*« C'est que, s'il faut prendre l'exacte mesure du phénomène de « droit négocié », il ne s'agit pas non plus de céder aux effets de mode, voire à l'engouement du « tout conventionnel ». Une vigilance sociologique minimale nous enjoint de débusquer la permanence des rapports*

---

<sup>4</sup> F. OST, « *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites* » in « *Droit négocié, droit imposé ?* » Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, sous la direction de Ph. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE 1996, p..18.

*d'autorité sous les formes renouvelées du discours de la « communication » et de la pratique de la « négociation ».*<sup>5</sup>

Le titre de la contribution de François OST était significatif des tensions qui traversent et articulent les notions apparemment contradictoires de droit imposé et de droit négocié, d'autorité et d'individualisme, d'hétéronomie et d'autonomie :

*« Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites ».*<sup>6</sup>

Non, je ne viens pas de vous lire l'article 1134 du code civil. Cela ressemble à du Canada dry, mais ce n'est pas du Canada dry, puisque l'article 1134 du code civil, ainsi évidemment que vous le savez, s'exprime comme suit :

*« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».*

Comme le dit par conséquent François OST :

*« Mis en résonance avec l'article 1134 du Code civil, le titre de cette étude en indique le dessein : suggérer l'inextricable enchevêtrement de la loi et du contrat et, plus largement, penser la dialectique de l'autonomie et de l'hétéronomie dans la régulation du social, sinon même dans la constitution du lien social ».*<sup>7</sup>

Ce qui nous importe évidemment, c'est le constat de cet enchevêtrement profond, et non d'une quelconque étanchéité entre des idées chimiquement pures d'autorité et de négociation.

---

<sup>5</sup> F. OST, op. cit., p.19.

<sup>6</sup> F. OST, op. cit., p.17.

<sup>7</sup> F. OST, op. cit., p.18.

Prenons dans nos matières un exemple significatif de l'idée qui vient d'être développée, celui des sanctions applicables aux chômeurs de longue durée.

Les articles 59bis à sexies de l'arrêté royal du 25.11.1991 (modifié par l'arrêté royal du 20 juillet 2012) prévoient les modalités de la procédure d'activation des allocations de chômage. Notre propos n'est pas d'examiner cette procédure dans le détail. Ce qui importe, c'est de constater que lorsque le Directeur régional de l'ONEm (et non du FOREm, organisme naturel d'accompagnement) considère qu'un chômeur n'a pas fait suffisamment d'efforts pendant une période excessivement longue de chômage, un « facilitateur » sera désigné afin de conclure avec le chômeur une convention dite d'activation des allocations de chômage qui prévoira un certain nombre de démarches que le chômeur devra effectuer dans le cadre d'un suivi ponctué d'évaluations.

Le chômeur est devant l'alternative : soit il accepte de conclure la convention, soit il refuse, et ce alors qu'aucun recours, à tout le moins de recours praticable, ne lui est ouvert pour contester à tout le moins immédiatement le constat du directeur de l'ONEm.

Si le chômeur accepte de conclure une convention d'accompagnement, il sera tenu de respecter de manière stricte les engagements auxquels il a souscrit dans le cadre de celle-ci.

En effet, il semble bien, malgré les tentatives d'aménagement de certaines juridictions du travail, que la position de principe sur le pouvoir du juge d'évaluer le respect « *contractuel* » de l'engagement du chômeur soit toujours celle indiquée par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 juin 2008.

La Cour suprême a déduit de l'article 59 quater, § 5, alinéa 1<sup>er</sup> et alinéa 2 que « *dès que le chômeur a signé le contrat et s'est ainsi engagé à le*



*respecter, il ne peut plus affirmer qu'il avait fourni des efforts suffisants pour s'insérer dans le marché de l'emploi ou que les engagements proposés dans le contrat étaient inadéquats ou inadaptés ».*

D'autre part, la Cour de cassation a également considéré qu' « *une fois le contrat conclu, le juge ne peut plus apprécier si les actions reprises dans ce dernier étaient inadéquates ou inadaptées* ». <sup>8</sup>

Quel que soit donc par ailleurs le pouvoir de pleine juridiction qui permet souvent au juge de modérer des sanctions prises par l'administratif actif, en l'espèce le directeur régional de l'ONEM, le juge ne pourra plus in casu apprécier ni si le chômeur se trouvait effectivement dans la situation donnant lieu à la conclusion de la convention d'accompagnement, ni si les actions reprises dans les conventions d'accompagnement étaient adaptées ou adéquates pour évaluer ses efforts d'insertion sur le marché de l'emploi.

En outre, en cas de non-respect de ses engagements ou de refus de conclure une convention d'accompagnement, le chômeur tombera sous le coup de l'article 59 sexies § 6 de l'arrêté royal, c'est-à-dire d'une mesure d'exclusion pure et simple des allocations de chômage que le juge ne pourra en principe pas non plus moduler.

Le pouvoir de réformation du juge ne pourra donc plus s'exercer qu'à la marge.

Bien entendu, le débat n'est probablement pas terminé quant à la nature juridique de la convention d'activation, la nature des sanctions qui découlent de son non-respect, la constitutionnalité de l'exclusion pure et simple des allocations de chômage ou la possibilité d'une application du principe de proportionnalité en raison du caractère éventuellement pénal de la mesure.

---

<sup>8</sup> Cass., 9 juin 2008, J.T.T., 2008, p. 446.

En tout état de cause cependant, cet exemple démontre à quel point est fondé le constat de l'absence d'étanchéité entre les notions de droit imposé et de droit négocié, de sanction unilatérale par l'autorité et de sanction découlant d'un contrat faisant la loi des parties. La production d'une norme « *négociée* » peut évidemment avoir des effets plus contraignants qu'une norme « *imposée* »

En ce qui concerne la demande de RIS (Revenu d'Intégration Sociale), on notera que la loi du 26 mai 2002 prévoit que celui-ci peut également être subordonné à la conclusion soit d'un contrat de travail soit d'une convention d'accompagnement entre le CPAS et le demandeur et nommée « projet individualisé d'intégration sociale ».

La possibilité de subordonner le revenu d'intégration sociale à une démarche de réinsertion individualisée prenant le cas échéant une forme conventionnelle démontre encore que « l'individualisme » peut être producteur de lien social.

Lorsqu'une telle convention est conclue dans le cadre de la loi du 26 mai 2002, elle tombe également sous le coup de l'article 1134 du code civil selon lequel les conventions légalement formées font la loi des parties, même si, encore une fois, on ne peut nier qu'il existe des rapports de force entre les parties, susceptibles d'avoir une influence sur le consentement de la « *partie faible* ».

Les modalités de conclusion de cette convention et les obligations imposées au CPAS afin de permettre la réinsertion sociale des demandeurs situent manifestement la figure juridique de la convention d'accompagnement conclue dans le cadre de la loi du 26 mai 2002 dans une perspective beaucoup moins rigide que celle de l'article 59 quater de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 sur le chômage.

L'analyse du contentieux lié à l'exécution d'une convention d'accompagnement nous amènerait cependant à des développements disproportionnés.

Il se peut également que le CPAS refuse l'aide pour une raison non liée à la disposition au travail du demandeur d'aide et sans examiner celle-ci.

Or, la législation sur le RIS est d'ordre public. Notons-le, car cela n'est pas nécessairement favorable au demandeur d'aide.

En effet, ce caractère d'ordre public présent dans les matières faisant l'objet du présent exposé, est susceptible, en cas de recours introduit devant les juridictions du travail, de contraindre le demandeur d'aide à démontrer sa disposition au travail pendant toute la période litigieuse depuis la décision de refus du CPAS, alors que celui-ci n'a par hypothèse pas examiné la dite disposition.

De plus, le demandeur d'aide sera évidemment amené à prouver qu'il respecte son engagement. La charge administrative que cela impose en termes de « traçabilité » risque comme souvent de prendre le pas sur le projet émancipateur lui-même.

Ce qui nous amène à constater qu'il y a nécessairement de l'inspection sociale dans le travail d'accompagnement des assistants sociaux appelés « travailleurs sociaux ». Cela se manifeste en particulier par les pouvoirs d'enquête, notamment de visite à domicile et de contrôle des ressources, qui leur sont attribués par la loi du 26 mai 2002 et l'arrêté royal du 11 juillet 2002. En vertu de l'article 19 de la loi du 26 mai 2002, le centre public d'aide sociale procède à une enquête sociale par l'intermédiaire de travailleurs sociaux répondant à des conditions de qualification déterminées par le Roi. En vertu de l'article 6 § 1<sup>er</sup> 4<sup>o</sup> de l'arrêté royal du 11 juillet 2002, les demandeurs d'aide doivent – notamment – donner au centre « *l'autorisation de vérifier tous renseignements et déclarations*

*auprès des organismes financiers, des institutions de sécurité sociale et des administrations publiques, et notamment auprès des services des contributions directes ».*

Ce qui nous amène ensuite, toujours dans la logique d'absence de frontière nette entre les dispositifs de pression sociale relevant soit de la contrainte unilatérale, soit de la négociation, à constater en sens inverse qu'il y a manifestement du travail social dans l'inspection sociale.

Nous voici dans le champ pénal. Un changement important s'y est produit dans un passé qui demeure récent, avec l'entrée en vigueur du code pénal social, avec ses allées empreintes d'ordre et d'harmonie, là où auparavant nous devions errer dans le maquis labyrinthique d'une « cour aux miracles » légistique. Madame la professeure Fabienne KEFER s'était employée certes, avec patience et rigueur, au fil des ans, à en décoder les irritants sortilèges juridiques, et elle était donc la plus qualifiée pour diriger le projet du Versailles du droit pénal social.

Le code pénal social n'a cependant pas pour seul objectif de mettre de l'ordre dans les dispositions législatives en vigueur. Il consacre également les principes qui permettent la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance et de répression plus diversifié et efficace.

Il semble utile toutefois, avant d'aborder les missions des différents intervenants dans l'ensemble de ce que nous avons appelé le « *dispositif de surveillance et de punition* », de poser la question de fond, préalable à une interrogation concernant spécifiquement le droit pénal social : le droit pénal en général n'est-il pas par nature réfractaire à la notion de négociation ?

En quels termes le problème est-il posé par Françoise TULKENS et Michel van de KERCHOVE, respectivement professeurs à l'Université Catholique de Louvain et aux Facultés Universitaires Saint-Louis, dans leur article

intitulé « *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée* » ?

Soit dit en passant, on remarque d'emblée l'introduction dans notre réflexion de concepts supplémentaires, ceux de justice participative et de justice consensuelle.

Ainsi que les auteurs l'indiquent eux-mêmes à ce sujet, « *le titre de cette contribution traduit d'emblée, et sans détour, les interrogations multiples que le sujet suscite. Une première réaction au thème général de cet ouvrage consacré au droit négocié pourrait être de le juger sans pertinence pour la matière pénale* ». Car, et c'est important de le souligner : « *Dans la représentation traditionnelle du droit pénal, celui-ci paraît en effet bien étranger à toute forme de concertation, de concession ou de compromis. Ainsi, le caractère unilatéral de l'édition de la norme pénale traduirait en quelque sorte sa transcendance : elle s'impose comme un donné en tant qu'elle défend des valeurs sociales fondamentales...* ». <sup>9</sup>

Or donc, de même qu'il y a apparemment de l'inspection sociale dans le travail social, de même il y a dans l'inspection sociale des éléments qui ressemblent étonnamment à du travail social.

Ces éléments se situent dans les pouvoirs de médiation des inspections sociales.

Comme l'a souligné judicieusement Jean-Claude HEIRMAN, directeur général de l'inspection sociale et du Service d'information et de Recherche sociale, « *parmi les délinquants, ceux qui ne respectent pas leurs obligations en droit social sont certainement ceux qui bénéficient de la plus grande mansuétude de la part du grand public. Certains milieux*

---

<sup>9</sup> F. TULKENS, M. van de KERCHOVE, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée* p. 529 in « *Droit négocié, droit imposé* » op cit

*économiques ou professionnels, voire la presse ou la télévision, ne se sont pas privés de les représenter sous des dehors sympathiques, confrontés à des inspecteurs acariâtres, inquisiteurs et tatillons ».<sup>10</sup>*

Pourtant, telle n'est pas la mission légale qui est dévolue à ceux-ci, précisément afin de tenir compte de cette réaction possible du public. Pour être aussi succinct que possible, rappelons que l'article 21 du code pénal social précise que les inspecteurs sociaux ont le droit :

- soit de donner des renseignements ou des conseils
- de donner des avertissements
- de fixer au contrevenant un délai destiné à lui permettre de se mettre en règle
- de dresser un procès-verbal (transmis aux autorités judiciaires, le plus souvent évidemment aux auditorats du travail)

Comme le formule très adéquatement Jean-Claude HEIRMAN, « *un inspecteur social a pour mission de visiter régulièrement les entreprises et d'enquêter sur la façon dont les dispositions légales sont effectivement appliquées. Lorsqu'il constate des infractions à la réglementation, il peut décider que le meilleur moyen d'imposer le respect de la loi est de dresser procès-verbal, ou bien il peut persuader l'employeur responsable de s'acquitter volontairement de ses obligations en lui donnant des conseils, en l'aidant à bien comprendre les prescriptions de la loi et en lui recommandant des moyens permettant de les appliquer ».*<sup>11</sup>

Il me semble que cette description de ces aspects des missions des inspecteurs sociaux ressemble étrangement à du « travail social ».

---

<sup>10</sup> J.-C. HEIRMAN, *Le rôle de médiation des inspecteurs sociaux en droit pénal social*, Orientations, 2012/4, p.25.

<sup>11</sup> J.-C. HEIRMAN, op. cit., p.20.

Bien entendu, cette faculté de ne pas réprimer est nécessairement compensée par les larges pouvoirs qui sont également reconnus aux inspecteurs sociaux par le code pénal social afin d'assurer la surveillance des entreprises. Dans la dialectique du « *surveiller et punir* », toute modération de l'un des deux termes de la dialectique entraîne mécaniquement une polarisation des stratégies sur l'autre.

Le ministère public dispose également d'un pouvoir accru de transaction depuis la loi du 14 avril 2011. Sous réserve de quelques particularités propres précisément au droit pénal économique et au droit pénal social, ce pouvoir de transaction accru concerne le ministère public dans l'ensemble des matières qui sont de sa compétence.

La notion de transaction évoque évidemment celle de contrat. Bien entendu, il ne peut s'agir ici du contrat au sens civil. La transaction, comme on le sait, permet l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme suite à une « négociation » entre l'auteur d'une infraction et le ministère public. La particularité des nouvelles dispositions légales est de permettre au ministère public de transiger alors que l'action publique est déjà engagée.

Bien entendu, il existe dans la transaction pénale notamment des éléments de contrainte qui sont théoriquement étrangers à la notion de contrat. On a vu cependant à propos des contrats d'adhésion et en particulier des conventions d'accompagnement des chômeurs ou des demandeurs de RIS que la notion de liberté consensuelle peut être relativisée tout en laissant subsister la figure juridique du contrat.

Sans vouloir créer de fausses fenêtres pour la symétrie, posons la question : et si la convention d'accompagnement des chômeurs, puisqu'on l'a évoquée dans la première partie de cet exposé, s'apparentait à une transaction au sens pénal ?

Après tout, lorsque le facilitateur de l'ONEm « propose » ou « impose » une convention d'accompagnement au chômeur, c'est parce qu'il estime que celui-ci n'a pas fait suffisamment d'efforts de recherche d'emploi pendant une période anormalement longue.

Si le chômeur refuse, il sera automatiquement sanctionné sur pied des articles 59sexies § 5 et 70 de l'arrêté royal du 25. novembre 1991.

Dès lors, n'y a-t-il pas dans la convention d'accompagnement comme une manière ou une possibilité d'éteindre les « poursuites administratives », ou à tout le moins une volonté du législateur de privilégier une forme de transaction à une procédure unilatérale de sanction lorsqu'un demandeur d'emploi n'accomplit pas suffisamment d'efforts pendant une période anormalement longue ? Ceci bien entendu sans préjudice de la volonté politique de favoriser des démarches actives du chômeur en vue de se réinsérer sur le marché du travail.

La convention d'accompagnement des chômeurs serait de ce fait une forme de transaction administrative, combinée avec une idée de médiation.

Refermons la parenthèse.

Pour en revenir à la possibilité de transiger en cas d'infraction aux dispositions du droit pénal social, on notera également, bien entendu, qu'on se rapproche ici du modèle d'une justice négociée, avec les risques d'inégalité de traitement entre les justiciables que cela peut comporter, même si, à moins que ce ne soit puisque, la procédure de transaction est subordonnée au paiement préalable du montant des cotisations éludées. Risque de justice à deux vitesses, au cas où échapperaient le cas échéant aux poursuites les justiciables qui seraient le plus en situation, précisément, de négocier.



Il est même envisagé d'installer un magistrat spécialisé dans ces procédures de transaction. Osera-t-on dire qu'à l'image historique du « magistrat intransigeant » se substitue la figure moderne du « magistrat transigeant » ?

Alternativité des poursuites.

Le Code pénal social consacre également en son article 72, la possibilité de poursuites alternatives, c'est-à-dire, sur la base d'un choix, qui constitue la prérogative de l'auditorat du travail, soit de privilégier la voie des poursuites administratives par le service des amendes administratives du SPF Emploi, soit celle des poursuites pénales par la saisine du pouvoir judiciaire.

Cette possibilité destinée à assurer de manière pragmatique l'effectivité du droit pénal social correspond également à la notion de « *flexicurité* », ce néologisme barbare inventé dans les politiques de l'emploi et qui désigne la volonté de concilier flexibilité et sécurité, autre élément important du nouveau paradigme juridique.

L'on rejoint également ici la réflexion menée à propos du principe « *non bis in idem* ». L'arrêt ZOLOTHOUKINE n'interdit pas que le législateur prévoie simultanément des sanctions pénales et des sanctions administratives pour les mêmes faits. Il n'interdit qu'une pluralité des poursuites. Ce qui est mis en œuvre somme toute, c'est le principe « *via electa, via una* ». On a la possibilité de décider sur quelle base légale on poursuit, mais une fois que l'on s'est engagé dans cette voie, il n'est pas possible de poursuivre également dans une autre.

Flexibilité, puisqu'on a le choix de la voie des poursuites ; sécurité, tant pour le justiciable, qui ne pourra être poursuivi deux fois, que pour l'autorité, en termes d'effectivité de la norme.

Que ressort-il de ce bref trajet en territoire de droit pénal social ? Quelle réflexion peut-on se faire quant à l'évolution de la dialectique du droit imposé et du droit négocié ?

Il y a dans l'article de Jean-Claude HEIRMAN une réflexion simple et profonde que l'on peut rapprocher de développements inclus dans la contribution précitée de Françoise TULKENS et Michel van de KERCHOVE. En somme, dit Jean-Claude HEIRMAN, « *l'inspection du travail a pour premier but d'assurer **le respect librement consenti de la loi en aidant les employeurs et les travailleurs à comprendre ce qu'elle impose et en leur donnant d'utiles conseils pratiques quant aux meilleurs moyens de s'acquitter de leurs obligations*** »<sup>12</sup> étant entendu que l'inspection sociale doit disposer des menaces de sanctions adéquates afin d'assurer l'effectivité des normes prescrites.

C'est cette idée qui peu ou prou, se retrouve dans l'ensemble des matières d'ordre public de droit social que nous avons rapidement examinées. Elle est formulée comme suit par Françoise TULKENS et Michel van de KERKHOVE dans la suite de l'introduction de leur réflexion déjà évoquée :

*« Dans le procès pénal sur lequel nous nous centrons, ce qui nous a surtout frappés en tentant d'y repérer les traces ou les marques de ce qu'on appelle, un peu rapidement à notre avis, le droit négocié ou les procédures négociées, c'est moins un modèle unique qu'un modèle pluriel, c'est moins un modèle pur qu'un modèle mixte. Comme pour donner cours à l'hypothèse de la justice négociée, on l'oppose traditionnellement à ce qui devrait être son contraire, à savoir la justice imposée. Or, aucun de ces modèles ne nous semble véritablement rendre compte des situations que l'on rencontre dans le procès pénal et qui sont plus nuancées, plus complexes. Entre les deux formes extrêmes de la justice*

---

<sup>12</sup> J.-C. HEIRMAN op cit p. 19

*imposée et de la justice négociée, il y a tout un dégradé de tons qui passe, notamment, par les formes plus subtiles de la justice participative ou de la justice consensuelle. La justice imposée fait une large place à la participation, tandis que la prétendue justice négociée n'est souvent rien d'autre qu'une forme de justice consensuelle. A contrario, la mise en évidence de cette pluralité de modèles tend à révéler la place limitée qu'occupe, en définitive, le droit négocié proprement dit »<sup>13</sup>.*

Justice consensuelle, justice participative, tels sont peut-être les mots-clé du nouveau paradigme juridique qui se met en place, et de manière peut-être plus pertinente encore dans nos matières que dans d'autres, puisqu'il s'agit d'amener aussi bien les débiteurs de cotisations sociales que les bénéficiaires d'allocations sociales à comprendre la nécessité d'assurer la viabilité de nos systèmes de solidarité.

Ces mots-clé se situent à l'intersection, ce qui ne signifie pas à mi-chemin, des notions de droit imposé et de droit négocié, qui se manifestent également sous des formes diverses dans le système pluriel évoqué par les auteurs cités.

On ne peut cependant terminer cette brève réflexion sur l'évolution du paradigme juridique dans les matières de droit social d'ordre public sans évoquer le rôle des juridictions constitutionnelles dans le fonctionnement du contrat social dans son ensemble, à savoir la Cour constitutionnelle belge, mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne.

Le rôle des juridictions constitutionnelles est important et complexe.

Il est important premièrement, parce qu'il s'agit de questions juridiques fondamentales sur le plan éthique et politique.

---

<sup>13</sup> F. TULKENS, M. Van de KERKHOVE, op cit , p.530.

Deuxièmement, parce que l'application des normes constitutionnelles sensu lato et des principes généraux de droit en vue de résoudre des problèmes concrets présente également l'intérêt de jouer un rôle régulateur de systèmes de normes soumis à l'accélération du temps juridique et à la complexification de nos sociétés.

Troisièmement, bien entendu, parce que l'Etat accepte de soumettre les normes qu'il édicte au contrôle d'instances juridictionnelles.

Mettons en exergue dans le contrôle des juridictions constitutionnelles le principe de proportionnalité, qui nous semble au cœur de la mutation de la notion de norme et donc de sanction. Il a d'ailleurs fait l'objet d'un examen extrêmement approfondi de Sébastien VAN DROOGHENBROECK intitulé « **La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme** ». Le sujet a semblé suffisamment sérieux pour engager l'auteur dans un ouvrage de plus de 750 pages. Mais le sous-titre est particulièrement intéressant : « **prendre l'idée simple au sérieux** ». <sup>14</sup>

Il est évident que les bonnes idées simples doivent être prises au sérieux : l'étrange et complexe univers de treize milliards d'années-lumière de rayon dans lequel nous vivons ne peut sans doute fonctionner que parce qu'il est sous-tendu par quelques lois simples qui en constituent les arcanes. Il est clair que les bonnes idées simples peuvent jouer efficacement un rôle régulateur des problèmes complexes. Certes, la proportionnalité a toujours été au cœur de nos matières. L'idée est mise en œuvre par le juge pénal lorsqu'il tient compte de chaque situation particulière pour infliger une peine qui se situe entre un maximum et un minimum ; elle l'est également par le juge du travail lorsqu'il use de son pouvoir de pleine juridiction afin de modérer la sanction administrative prise par le Directeur régional de l'Onem. Mais dans ces cas, le juge ne

---

<sup>14</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

refuse pas d'appliquer la norme telle quelle, il la module en fonction des situations particulières. Par contre, on peut parler de mutation lorsque c'est la norme juridique elle-même, soit précisément un instrument de mesure de la valeur des comportements, qui fait l'objet d'un examen de proportionnalité. C'est cet examen qui a lieu chaque fois que le juge refuse d'appliquer une norme telle quelle parce qu'il estime, sur la base de critères déterminés, que cette norme n'est pas « raisonnable ». Cela signifie que la dévalorisation des normes juridiques en tant qu'instruments de mesure de la valeur des comportements, en raison, à tout le moins partiellement, de leur multiplication inflationniste, aboutit à les soumettre à une mesure de leur propre valeur par référence à un principe fondamental de droit, en l'espèce le principe de proportionnalité, considéré comme une valeur-refuge stable précisément en raison de sa « simplicité ».

Rôle fondamental donc des juridictions constitutionnelles, mais également innovant quant à la mise en œuvre de principes démocratiques fondamentaux, tel le principe d'égalité.

Convenons que les Constitutions nationales au sens traditionnel du terme déterminent d'une part les règles du fonctionnement des institutions, d'autre part, précisent les libertés fondamentales. A cet égard, elles concrétisent précisément l'idéal de liberté qui anime nos sociétés.

La cour européenne des droits de l'homme joue un rôle particulièrement essentiel à cet égard en ce qu'elle assure le respect d'un texte évidemment fondateur de l'ordre juridique contemporain, à savoir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On vient de souligner l'importance du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Cependant, il me semble également nécessaire de noter le rôle spécifique joué par la Cour constitutionnelle belge par exemple afin de garantir la

mise en œuvre du principe d'égalité. Produire de l'égalité, c'est évidemment créer du lien social. L'idée innovante, c'est que l'intérêt général exige qu'une instance juridictionnelle soumette les normes produites par la somme des intérêts particuliers à un contrôle de conformité aux Chartes fondamentales que les Etats s'engagent à respecter. La discussion de la conformité ou non d'une norme au principe d'égalité ou de non-discrimination se fera dans le cadre d'une argumentation rationnelle génératrice de la transparence qui est au cœur du modèle de la communication.

C'est qu'on n'a abordé jusqu'à présent la question de la mutation du contrat social que de manière partielle sur le plan de la mise en œuvre de nos valeurs fondamentales, à savoir la liberté, l'égalité et la solidarité, ce dernier mot s'étant substitué à celui de fraternité en raison du caractère relativement abstrait et impersonnel de ces interfaces de solidarité que sont les systèmes de sécurité sociale.

Indiquer que l'individualisme peut produire du lien social, c'est en effet établir une relation dialectique entre le principe de liberté, qui fonde l'individualisme, et le principe de solidarité, puisqu'il est question de produire du lien social.

Reste à mettre en exergue également la mise en œuvre du principe d'égalité dans l'ensemble du contrat social, qui justifie la mise en place des dispositifs du « surveiller et punir » que nous avons succinctement analysés.

En ce qui concerne la Cour constitutionnelle belge, la notion d'égalité de traitement, qui interdit les discriminations injustifiées entre des catégories de justiciables se trouvant dans des situations comparables, est particulièrement importante. Le contrôle de la proportionnalité de la différence de traitement interviendra systématiquement dans l'analyse de constitutionnalité. L'existence de discriminations injustifiées n'est jamais

supportable. Il va de soi que de telles discriminations sont particulièrement incompatibles avec le projet de justice sociale qui doit sous-tendre tout système de solidarité sociale.

Refuser des discriminations injustifiées, c'est bien entendu garantir l'égalité des citoyens devant la loi. Ce qu'il faut sans doute souligner dès lors, c'est la manière désormais individualiste de notre société de garantir l'égalité. L'émancipation collective des travailleurs semblait au cœur du projet égalitaire de la société industrielle, tandis que la société post-industrielle promeut la valeur d'égalité dans le cadre de l'émancipation individuelle des citoyens. Le rôle des juridictions constitutionnelles afin de garantir l'égalité de traitement de citoyens placés dans des situations analogues me semble particulièrement significatif à cet égard, puisque c'est généralement par le biais de recours individuels devant une instance compétente, dans le cadre du colloque singulier d'un justiciable et d'une juridiction gardienne des valeurs sociétales, que l'égalité sera le cas échéant restaurée. Dans les matières du droit du travail, il existe sans doute une corrélation entre les évolutions respectives et futures de ces juridictions d'une part, et du modèle de production des normes dans le cadre des relations collectives de travail d'autre part.

On l'a dit, le rôle des juridictions constitutionnelles, nationales ou supranationales est fondamental. Encore une fois, en raison de l'importance des intérêts protégés, qui se trouvent au cœur du contrat social qui fonde la société post-industrielle. Mais également à mon sens parce que les principes généraux du droit constituent des instruments régulateurs de l'évolution globale du système juridique.

Ainsi qu'on l'a souligné en introduction, nos systèmes juridiques se caractérisent par une inflation de normes produite par ce que l'on a appelé « l'accélération du temps juridique », notion qui a également fait l'objet d'un examen très intéressant dans le cadre d'un ouvrage éponyme placé

sous la direction de Philippe GERARD, François OST, Michel van de KERCHOVE.<sup>15</sup>

L'accélération du temps juridique, ce n'est évidemment rien d'autre que la production d'un nombre croissant de normes remises de plus en plus rapidement en question par les fluctuations des rapports de force entre groupes sociaux au sein de ce que l'on a appelé le paradigme du droit négocié.

Il existe évidemment un lien indissoluble entre l'idée du droit négocié et l'accélération du temps juridique.

Ecarter des normes discriminatoires, c'est bien entendu imposer le respect du principe d'égalité fondamental dans nos sociétés, mais c'est également introduire de l'ordre dans un système juridique qui sinon pourrait produire des normes selon les lois aveugles de purs rapports de force en évolution rapide et permanente. Dans une certaine mesure, c'est apporter une limite au déploiement de l'idée de droit négocié.

La jurisprudence constitutionnelle a donc un intérêt moral et philosophique, mais aussi pédagogique et légistique, les deux étant liés.

Quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle introduit également dans le paradigme juridique une temporalité complètement inversée par rapport à l'idée que dans ce monde, « *tout change tout le temps et beaucoup trop vite* ».

Même si la mise en œuvre de cette temporalité a évidemment des effets très concrets et parfois très dérangeants pour les Etats signataires de la convention, sa réalisation est sans doute surtout de l'ordre du symbolique,

---

<sup>15</sup> Ph. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 931-2000.



ce qui ne signifie évidemment pas, que du contraire, qu'elle ne joue aucun rôle dans la construction de l'imaginaire collectif.

Qu'est-ce à dire ?

Prenons le bien connu arrêt SALDUZ, qui ne concerne évidemment pas que les matières de droit pénal commun, mais également et entre autre le droit pénal économique ou le droit pénal social.

Selon l'interprétation donnée à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt SALDUZ, tout justiciable a droit à l'assistance d'un avocat dès sa première audition par la police lorsqu'il est privé de liberté.

Cet arrêt a évidemment des implications concrètes très importantes, puisqu'il oblige les Etats signataires à mettre leur législation en accord avec l'arrêt de la Cour européenne. Ce qui est intéressant sur le plan de la temporalité juridique, c'est que l'obligation indiquée par la Cour est censée exister depuis l'entrée en vigueur de la convention européenne le 3 septembre 1953, et cela même si la Cour européenne a rendu auparavant des arrêts successifs portant éventuellement des interprétations contradictoires. Concrètement, cela permet notamment d'invalidier des procédures pénales engagées avant l'arrêt de la Cour, ce qui est évidemment un autre effet très concret de celui-ci.

Mais la conception de la temporalité de ces arrêts me semble aussi avoir un intérêt symbolique. Sur le plan de la temporalité juridique, ce caractère « *incrée* » de la convention permet à la Cour européenne de réaliser un équilibre entre les besoins découlant de l'évolution de la société et l'affirmation symboliquement forte de l'intemporalité des droits humains.

A ce stade, une brève conclusion. Certes, nos sociétés sont soumises à des changements de plus en plus rapides générateurs de tensions et de complexité croissante. Il semble cependant qu'elles aient mis en place des

dispositifs complexes et des mécanismes régulateurs, faisant intervenir des acteurs plus nombreux, dans le respect cependant de garanties des droits individuels et du principe d'égalité, afin si possible d'atteindre sinon un éventuel idéal de justice négociée, du moins de justice consensuelle, en usant notamment des ressources des savoirs de la communication. Dans le dispositif global du « *surveiller et punir* », l'accent est sans doute mis davantage qu'auparavant sur le « *surveiller* » plutôt que sur le « *punir* », sur la menace de sanction plutôt que sur la sanction elle-même, avec sans doute les risques que cela peut présenter, mais il semble grosso modo que les dispositifs mis en place soient viables et que l'évolution du système global ne soit pas dénuée de cohérence.

Cependant, il faut noter que cette évolution semble se traduire par un poids croissant des administrations dans les processus d'application des normes, et par un recul corrélatif du pouvoir judiciaire, moins bien équipé pour « *surveiller et anticiper* » que le pouvoir exécutif. Il serait sans doute préjudiciable que la notion de « *justice négociée* » ou de « *justice consensuelle* » implique de facto un recul de l'Etat de droit en raison des moyens de pression par menace de sanction dont disposeraient des services d'inspection ou de police au sens large.

Il faut également constater que le progrès que représentent sans doute la mondialisation, l'innovation technologique, le développement des moyens de communication, qui permettent une circulation de plus en plus rapide des capitaux, des marchandises, des hommes et des informations, a sans doute permis également l'apparition de nouvelles formes de criminalité organisée qui mettent gravement en danger nos sociétés. Qu'il s'agisse de traite des êtres humains ou de montages transnationaux complexes d'entreprises permettant d'échapper à l'impôt ou les cotisations sociales, des organisations criminelles se sont mises en place qui sont susceptibles de porter des coups très durs à nos systèmes de solidarité sociale, au point sans doute de réintroduire, ou d'introduire pour la première fois, dans les

consciences, la notion ancienne d'effroi à propos du droit pénal économique ou du droit pénal social.

De cette criminalité organisée, il ne faut évidemment attendre aucune forme d'allégeance permettant d'atteindre à la justice consensuelle ou participative évoquée. D'autre part, il est à craindre, étant donné les difficultés extrêmes auxquels peuvent se heurter les enquêteurs dans le cadre de la criminalité financière et sociale organisée, a fortiori internationale, que certains principes de la convention européenne des droits de l'homme, tels celui du droit à un procès dans un délai raisonnable, conformément à l'article 6.4 qui garantit un procès équitable, ne présentent souvent des effets pervers favorables aux formes de délinquance les plus graves en matière financière ou sociale.

De manière générale, différentes catégories sociales sont d'ailleurs susceptibles d'abuser des ressources de notre système de solidarité sociale. Il est parfois difficile d'imaginer les montants obtenus indûment de celui-ci dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une « criminalité en col blanc ». Ces montants sont de nature à justifier une réaction sociale destinée également à éviter que cette forme de fraude contribue à mettre gravement en péril la viabilité des systèmes de protection sociale et donc à créer des situations génératrices d'effroi.

En tout état de cause, le paradigme de la communication ayant manifestement ses limites, des moyens importants doivent évidemment être mis en œuvre afin de lutter de manière plus traditionnellement répressive, dans un cadre d'enquête cependant extrêmement complexe, contre les formes nouvelles de criminalité organisée, afin que l'histoire représentée par Ken LOACH dans le film, « *It is a free world* », « *Ceci est un monde libre* », que je vous invite à voir si ce n'est déjà fait, ne devienne pas notre sinistre réalité dominante.