

Nouvelles formes d'emploi et révisions du droit du travail

par *Marcello Pedrazzoli* (*)

Dans le contexte de la tertiarisation de l'économie et du développement des formes d'emploi atypiques, comment envisager l'avenir du droit du travail ? L'opposition fondamentale entre travail salarié et travail indépendant n'est plus opératoire du fait de la multiplication des cas intermédiaires ; il faut raisonner en terme de continuité. Cette tâche est rendue difficile compte tenu du caractère confus des interventions du législateur et du caractère insignifiant des éléments apportés par le juge. Ce dernier est en effet contraint de qualifier le cas d'espèce qui lui est soumis de « salarié » ou d'« indépendant », ce qui entraîne nécessairement un excès ou une absence totale de protection. Un renouvellement fondamental des modes de représentation et de la doctrine du droit du travail est nécessaire. Le grand changement qui peut être envisagé tient au poids accru des acteurs collectifs dans la qualification et la réglementation des formes d'emploi. L'espace méthodologique qui serait ainsi créé, ouvrirait la voie, au travers d'une diversification croissante des règles de protection, à de nouveaux critères d'unification égalitaires.

La relation normale de travail — à temps indéterminé, continu et à temps plein — voit son importance diminuer rapidement dans tous les pays développés. En Italie, ce constat est aussi un point de départ pour ceux qui analysent les changements les plus marquants du droit du travail ces dernières années. Les formes de travail atypiques et leurs cadres juridiques se multiplient, introduisant un point de vue pluraliste dans les schémas normatifs dont on dispose ; le travail indépendant est utilisé pour des prestations autrefois réalisées dans le cadre du travail salarié. Même pour ce dernier, l'impact des nouvelles technologies et de l'informatisation conduit à une diversification des modalités, formes et types de prestations. Ainsi, est remise en question l'idée traditionnelle selon laquelle le concept de salariat ou de dépendance correspond ou doit correspondre à un domaine homogène et compact. Il en est de même de l'idée selon laquelle le droit du travail produit des traitements uniformes, approche qui a conduit à de nombreux effets pervers et qui a paradoxalement créé « une inégalité par l'égalité ».

(*) *Marcello PEDRAZZOLI est professeur de Droit du travail et de Droit du travail comparé dans les Universités de Trente et de Bologne.*

Traduction : Danielle BISTAGNE.

L'importance de la demande de différenciation, vécue difficilement par de nombreux chercheurs, doit pousser au contraire à repenser les modes de représentation dans ce domaine et à envisager de nouvelles perspectives pour le droit. Les leçons de l'expérience, une compréhension plus critique des objectifs de l'égalité sociale, le développement du contenu et des fonctions de l'autonomie collective, le dépassement d'orientations idéologiques désormais obsolètes bouleversent nos repères. Mais les critères et les principes de cette nouvelle vision du monde du travail sont difficiles à fixer. En quittant ce qui existe, aussi dépassé soit-il, on va vers l'incertitude et on risque l'incohérence.

Dans les pages suivantes, on parlera de faits probablement présents dans d'autres pays et porteurs d'une remise en question d'une certaine conception du droit du travail. Ces faits incitent alors à attribuer à ce dernier des fonctions nouvelles et plus complètes.

La base de discussion étant commune, il est intéressant de comparer les représentations et les solutions envisagées dans les différents pays.

Structure de la force de travail et chômage en Italie, quelques données

Examinons tout d'abord certains chiffres se rapportant au phénomène socio-économique et organisationnel que l'on a mis en lumière. En se limitant au cas italien, il faut souligner la prédominance, dans la population active, des employés du tertiaire et des services. Elle s'affirme de manière croissante (55 % en 1985, contre 56 % pour la même année au Japon, 53,5 % en Allemagne Fédérale et 68,4 % aux Etats-Unis) ; tandis que la part des salariés du secteur industriel s'achemine progressivement vers les 30 % et que dans l'agriculture cette part se situe déjà au-dessous des 10 %. Ces changements sont encore plus nets lorsqu'on considère uniquement la force de travail féminine (65 % de celle-ci était employée dans le tertiaire en 1986).

Ajoutons encore que chaque année, plus d'un cinquième des actifs change d'emploi et/ou de poste de travail : soit il se met en quête d'un nouvel emploi, soit l'ayant trouvé, il change d'activité. On peut alors supposer que de nouveaux besoins d'emploi se faisant sentir, on propose de moins en moins de les satisfaire (et on répond de moins en moins) par des emplois continus à temps plein. Ainsi sur les 900 000 emplois créés en Italie dans les années 1980-1986, seuls 356 000 (soit moins de 40 %) l'ont été sur des contrats traditionnels, le reste l'a été sous forme d'emplois atypiques : travailleurs non déclarés, double emploi...

Le thème de la flexibilité des rapports de travail est étroitement lié à la possibilité de contourner totalement ou partiellement les règles

de protection, à des abus intolérables, à la concurrence entre travailleurs et, pour être tout à fait complet, à des choix qui n'en sont pas, parce qu'ils sont prédéterminés, pour cette flexibilité, dans les secteurs où la main-d'œuvre est en position de faiblesse. Le drame du chômage constitue le revers de cette médaille, il est une composante essentielle du problème traité. Les dernières statistiques annuelles sur ce sujet (fin 1987) indiquent que le chômage est de 12,3 % de la force de travail (2 930 000 sur 23 831 000), soit 527 000 personnes qui ont perdu leur emploi et deux millions de jeunes primo-demandeurs. Les femmes demandeurs d'emploi sont 1 713 000, les hommes 1 217 000.

Il convient enfin d'observer que le phénomène de la tertiarisation est ambivalent. Non seulement, il est lié à la croissance de secteurs traditionnels comme le commerce, le tourisme et les professions libérales, mais encore à la pénétration progressive des services dans le secteur industriel (tertiaire avancé). L'entreprise tend de plus en plus à extérioriser ses fonctions réalisant une sorte de nouvelle décentralisation vers le tertiaire ; ce qui est aussi une imitation des attitudes largement adoptées dans le cadre international et satisfait les aspirations professionnelles des nouvelles classes scolaires qui apparaissent dans le monde du travail.

D'autre part, la tertiarisation est liée à la disparition des débouchés traditionnels des professions que la suprématie du secteur industriel avait stratifiées. Ces professions se sont affaiblies, appauvries ou sont devenues « perdantes ». En ce sens, le mot « tertiaire » est une expression optimiste pour indiquer un espace quasi résiduel du marché du travail, une disponibilité générale pour travailler dans les interstices et selon les opportunités sans qualifications spécifiques. Si l'on se place de ce point de vue, « le tiers monde » aussi est extrêmement tertiarisé !

La récente législation italienne en matière de « flexibilité » de l'emploi

Les interventions ont eu lieu selon deux directions qui, si elles n'ont pas abouti à de nouvelles formes de travail, ont au moins favorisé de nouvelles et intéressantes réglementations de l'emploi ni standard, ni atypique. La première direction est celle qui vise à accroître l'emploi des jeunes. Elle repose sur les contrats de formation-emploi et les modifications apportées à la réglementation de l'apprentissage par les articles 21-22 de la loi n. 56 du 28 février 1987.

Les contrats de formation-emploi, prévus pour la première fois par la loi du 1^{er} juin 1977, n° 285, sont maintenant réglementés par l'art. 3, loi du 19 décembre 1984, n° 863 (1). On peut

(1) ... et, pour des objectifs particuliers, par l'art. 15 de la loi du 28 février 1986, n° 41, et par la loi du 11 avril 1986, n° 113.

résumer leur contenu de la manière suivante : les entreprises privées et les organismes publics économiques, après approbation d'un projet de formation financé par des fonds régionaux ou par le fond social européen, peuvent nommément engager des jeunes entre 15 et 29 ans sur contrat temporaire pour une durée maximum de 24 mois (une durée plus longue est possible dans le cas d'activités liées à la recherche scientifique ou technologique). Ce contrat, où généralement il y a « peu de formation et beaucoup de travail », permet une exonération des charges sociales représentant une économie de 30 % environ du coût brut du travail. On a calculé que, pour un salaire mensuel de 1 100 000 Lires, l'employeur obtient un dégrèvement d'environ 5 millions de Lires par an s'il engage un employé et de 5 700 000 Lires s'il engage un ouvrier.

Cette économie non négligeable a favorisé le succès des contrats formation-emploi. Ils ont concerné 152 992 jeunes (dont 65 076 hommes) en 1985, 299 106 (dont 133 568 hommes) en 1986, 354 663 (dont 153 788 hommes) en 1987. 175 639 jeunes sont concernés, pour les quatre premiers mois de 1988. Si les dernières moyennes mensuelles restent stables, on approchera environ les 500 000 contrats formation-emploi conclus dans l'année. Il faut noter, cependant, de fortes disparités géographiques. Là où le chômage des jeunes est le plus élevé, l'incidence de cette forme d'emploi est malheureusement moindre (par exemple, en 1987, le nombre de jeunes embauchés à ce titre est de 286 099 dans le nord, 70 247 dans le centre et de 31 302 au sud et dans les îles). Pour ce qui est de la distribution par secteurs, toujours en 1987, 2 510 jeunes ont été engagés dans l'agriculture, 227 502 dans l'industrie et 157 816 dans les services (il ne s'agit là que du tertiaire privé, à l'exclusion de la fonction publique).

En revanche, on ne dispose pas de données fiables sur la transformation de ces contrats formation-emploi en contrats stables à durée indéterminée, une fois arrivés à leur terme. Il semble que cette transformation soit fréquente. Elle est liée naturellement à l'appréciation de la prestation par les chefs d'entreprise. Il faut ajouter, par ailleurs, que dans les cas où les contrats formation-emploi s'inscrivent dans un accord collectif, les syndicats négocient au préalable, un certain pourcentage d'engagements définitifs.

Dans le système économique italien, l'emploi d'apprentis demeure très répandu et très important. Récemment, son développement a été encouragé (loi n° 56/1987, art. 21) par les mesures suivantes : demande nominative, prolongation de l'âge jusqu'à 29 ans dans le secteur de l'artisanat, exonération non négligeable des charges sociales, même pour la première année dans le cas d'engagement à durée indéterminée, aucune incidence du nombre d'apprentis dans les cas où la loi ou les contrats collectifs prévoient un nombre limité pour l'application de certaines

règles. Le nombre d'apprentis a diminué au début des années 1980, mais il s'élève néanmoins à plus de 500 000 entre 1984 et 1987 (respectivement : 554 451, 547 023, 543 193). La croissance qu'a connue l'Italie en 1987 permet de supposer que, grâce à la nouvelle réglementation, le nombre d'apprentis augmentera encore dans les prochaines années.

La seconde direction vers laquelle s'est orienté le législateur italien, a concerné la mise au point **d'une nouvelle réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée** qui a entraîné une certaine libéralisation dans ce domaine. En outre, dans les cas où se justifie une réduction d'horaire (qui doit être fixée au plan collectif), des mesures de solidarité entre les travailleurs ont été prévues.

L'art. 5 de la loi n° 863 du 19 décembre 1984, fixe non seulement une série de règles contraignantes pour le temps partiel (listes spéciales de placement, réglementation et durée du contrat sous forme écrite, etc.), mais propose aussi deux options pour le temps partiel : l'une dite horizontale (contrat avec horaire journalier inférieur à l'horaire normal), l'autre dite verticale (contrat fixant au préalable les périodes : semaine, mois, année). Dans un cas comme dans l'autre, il est indispensable qu'il y ait accord entre les parties sous forme écrite, fixant d'une part la réduction d'horaire ou la répartition de la prestation du travail dans le temps et, d'autre part, la réduction correspondante de la rémunération. En cas de modifications de ces modalités, il doit toujours y avoir accord mutuel.

Si un contrat de travail à temps plein est transformé en temps partiel, l'accord des parties doit être validé par le *Bureau Provincial du Travail*. En outre, la loi attribue à la négociation collective nationale ou d'entreprise, une fonction de régulation plus précise en la matière : elle peut déterminer les pourcentages de travailleurs à employer à temps partiel, leurs fonctions, les modalités d'exercice de leur prestation.

Le recours au travail à temps partiel est en augmentation. En 1985, 111 198 (dont 85 549 femmes) travailleurs étaient concernés, 108 687 (dont 76 834 femmes) en 1986, 142 372 (dont 106 273 femmes) en 1987. A ces chiffres qui concernent les nouveaux embauchés, s'ajoutent ceux relatifs à la transformation en temps partiel de contrats à temps plein qui ont concerné 24 805 travailleurs (dont 20 531 femmes) en 1985, 27 433 (dont 22 869 femmes) en 1986, 31 514 (dont 25 708 femmes) en 1987.

Cette même loi n° 863/84 prévoit ce qu'on appelle les « **contrats de solidarité** », qui sont d'origine française. Cette loi est « défensive » (art. 1) ; elle traite en effet d'accords d'entreprises qui prévoient une réduction d'horaire « *pour éviter, totalement ou en partie, une réduction d'effectif ou une déclaration de sureffectif* ». La perte des salaires est compensée à 50 % par la *Cassa Integrazione Guadagni* (Caisse de Chô-

mage Technique). L'art. 2 de la loi prévoit la mise en œuvre de contrats de solidarité lorsque la réduction d'horaire est négociée contre un accroissement du personnel. De fait, ce dispositif n'a connu qu'un faible succès. Néanmoins, si l'on analyse les nouvelles embauches, on constate que la conclusion de ce type de contrat, bien que modeste, n'est pas négligeable. En 1987, sur 568 711 personnes engagées selon les termes de la loi n° 863/84, 6 677 l'ont été sur des contrats de solidarité (1,2 %), 387 828 sur des contrats formation-emploi (68,2 %), 142 692 à temps partiel (25,1 %) et 31 514 par transformation de temps plein en temps partiel (5,5 %).

Le système italien s'est toujours opposé aux contrats à durée déterminée (cf. les obligations rigoureuses de la loi n° 230 du 18 avril 1962). Cependant, au cours de ces dernières années, de nombreuses règles ont élargi les bases permettant l'utilisation de cette forme d'emploi. Aux activités spécifiques et traditionnelles qui justifient le contrat à durée déterminée — nature saisonnière de l'activité ; remplacement de travailleurs absents avec droit à la conservation du poste ; exécution d'un travail ou d'un service précis à caractère exceptionnel ; travaux en phases successives qui nécessitent des ouvriers de qualifications différentes — se sont ajoutées celles du secteur du spectacle, de la radio et de la télévision ainsi que celles du transport aérien et des services d'aéroport (loi du 25 mars 1986, n° 84).

En outre, deux types d'autorisations permettant des contrats à durée déterminée ont été prévus : l'un sur décision de l'inspecteur du travail (engagements saisonniers pour intensification de l'activité, art. 8 bis de la loi n° 79 du 25 mars 1983), l'autre sur la base d'accords collectifs signés par les syndicats membres des grandes confédérations (art. 23 de la loi n° 56 du 28 février 1987). Cette dernière possibilité donne aux acteurs sociaux institutionnels un pouvoir d'appréciation générale de l'opportunité de recourir au travail à durée déterminée, jusqu'ici jalousement gardé par le législateur lequel l'avait exercé dans des cas précis et limités.

De l'opposition travail salarié, travail indépendant à l'incertitude de la continuité du droit du travail : l'exemple du para-salariat

Si l'on considère la réglementation en tenant compte de toutes ces orientations nouvelles, comment envisager l'avenir de certains problèmes fondamentaux du droit du travail ? Comment se présentera, par exemple, le dilemme profond qui accompagne son histoire et sa raison d'être : celui de l'opposition entre travail indépendant et travail salarié comme catégories distinctes auxquelles on applique ou non, en totalité les protections législatives ?

On peut penser raisonnablement que le pluralisme des systèmes de réglementation du travail (de même nature que le tableau socio-économique que nous avons ébauché) participe pour beaucoup au changement de l'opinion sur ce point. Les raisons logiques et juridiques de la tendance à la dichotomie, plus théoriques que pratiques, perdent de leur force, et c'est plutôt en terme de « continuité » que l'on commence à aborder ce phénomène, en décroissant les types de réglementation. A la liberté intrinsèque laissée à la réglementation du travail indépendant, correspondra, sans doute, une plus grande libéralisation de la réglementation du travail salarié. Elle sera variable selon les cas ou même parfois inexistante. Cette libéralisation sera le fait des acteurs sociaux, ou du législateur lui-même. Ils seront compétents pour reconnaître et caractériser en termes juridiques, les situations du monde du travail qui apparaîtront modifiées par d'innombrables facteurs. L'attention sera de plus en plus portée sur l'harmonisation de la différenciation au sein de cette continuité, sur une nouvelle égalité sociale d'une autre logique présidant aux différentes mesures de protection et non à une opposition, qui, bien qu'historiquement justifiée, s'avère aujourd'hui déplacée face à la nouvelle réalité.

Cette évolution, que nous avons déjà largement exposée dans de précédents travaux, semble se renforcer à la lumière des tendances les plus récentes. Dans la législation même se trouve depuis longtemps un élément qui revêt, dans ce domaine, une importance considérable : la loi n° 533 du 11 août 1973, qui introduit un procès civil différencié en matière de travail, a prévu que seraient assujettis à cette nouvelle procédure (ainsi qu'à la règle concernant la réévaluation automatique et appropriée des créances du travailleur), non seulement les contrats d'agents et de représentants commerciaux non-employeurs, mais aussi « les contrats de collaboration portant sur une prestation de service continue et coordonnée essentiellement personnelle, même s'ils n'ont pas un caractère salarié » (nouvel art. 409, n° 3 du code de procédure civile). Il faut bien comprendre un point de cette loi : même lorsque les contrats de collaboration sont réglementés par la négociation collective — comme dans le cas des agents, des représentants, de diverses catégories de médecins, etc. — on ne peut déroger aux droits ratifiés (nouvel art. 2113 du code civil). Si bien que dans les cas indiqués, une protection collective couvre ces contrats de la même façon que dans le cas d'un travail salarié. La limitation de l'autonomie individuelle et l'application formelle des accords collectifs deviennent, en effet, communes aux deux types de contrats.

Après avoir rappelé l'extrême densité du cœur de ce qu'on appelle « le para-salariat », on ne dispose pas pour autant de bases de référence pouvant servir de guide à la reconstruction d'un droit du travail moderne. Dans le cas de l'Italie, par exemple, l'attitude du législateur n'est pas vraiment un modèle de cohérence. Lorsqu'il est

intervenir dans le domaine de la prestation de travail sportif (loi n° 91 du 23 mars 1981), il a fait une distinction entre contrat de travail sportif salarié et indépendant sur la base d'éléments purement quantitatifs. Il a décidé qu'en-dessous d'une certaine limite d'intensité et de fréquence (dans les entraînements demandés, dans la participation aux manifestations), le travailleur sportif devient... indépendant, même si qualitativement il n'est pas différent d'un salarié. Pour ce qui est des médecins, le législateur est intervenu plusieurs fois de manière tout aussi désinvolte, semant une grande confusion. Enfin, il y a quelques mois, à la suite d'un cas judiciaire retentissant, un projet de loi a été proposé qui attribue un caractère indépendant au travail des coursiers.

Pourtant des cas, comme ceux du visiteur médical, du releveur des compteurs de gaz, d'eau et d'électricité, de l'employé des bureaux de PMU, de l'animateur des villages vacances et du coursier, apparaîtront continuellement. Ils seront toujours traités de manière différente, voire opposée, par les juges, surtout dans un système où la règle du précédent n'est pas en vigueur. Le doute subsistera donc tant que la Cour Suprême de Cassation n'aura pas l'occasion d'intervenir sur chacun de ces cas, exprimant sans équivoque la manière de le qualifier. Mais le problème n'est pas là.

Que ce doute soit levé définitivement par la Cour de Cassation, la décision aura souvent des conséquences négatives par excès ou par défaut, en un mot, elle sera « *extrémiste* ». En effet, si on qualifie une situation incertaine de travail salarié, on lui appliquera rétroactivement des garanties excessives parce qu'uniformes pour tous les salariés. Si on qualifie la situation de travail indépendant, inversement aucune protection ne sera accordée (sauf, parfois, la reconnaissance de la compétence du juge du travail, ce qui représente un avantage certain, compte tenu de la longueur du procès civil normal). Cette dernière décision serait excessive : en raison même de la difficulté de qualifier la situation, la nécessité d'une protection, même limitée, devra être reconnue.

En résumé, le juge, attendu ce qu'on lui demande, ne peut répondre que par « *oui ou non* », « *blanc ou noir* ». Son appréciation entraîne alors des effets tout aussi manichéens. Dans le processus judiciaire, il n'est pas prévu de répondre « *ni oui, ni non* » ou bien « *gris* » et de prendre ainsi en compte les nombreuses nuances qui caractérisent certaines situations. L'intervention du juge est aussi inévitablement pauvre en indications sur la manière de conduire dogmatiquement le droit du travail. En effet, on enregistre des changements et des évolutions dans les critères d'identification du travail salarié ou dans la jurisprudence qui s'en prévaut. Ces évolutions portent par exemple, sur la portée différente du pouvoir de direction, sur la valeur à attribuer à la qualification ou au désir de qualification, etc. Il

n'est pas scandaleux en soi que les coursiers soient considérés par les juges comme des travailleurs indépendants ou bien des salariés : il s'agit toujours néanmoins, d'un cas discutable. Il est scandaleux et injuste de les qualifier de travailleurs salariés et par conséquent d'appliquer à leur prestation toutes les réglementations qui s'appliquent à la forme normale du travail salarié ; ou bien, inversement, de qualifier les coursiers de travailleurs indépendants et par conséquent de les laisser sans assurance adéquate contre les accidents du travail (grâce à laquelle on reconnaîtrait au moins que, dans l'exercice de leur prestation, ils risquent continuellement des accidents de circulation en ville) ou sans autres protections à établir après un examen attentif.

L'opinion largement répandue est que des situations de travail différentes exigent des mesures de protection différentes. Cette différenciation dans la protection ne peut être mise en œuvre si l'on continue à imputer grossièrement des effets opposés selon que l'une ou l'autre des deux qualifications l'emporte. Les situations qui se présentent ultérieurement et de manière plus subtile dans les diverses sous-catégories de cas et dans les contextes les plus diversifiés, ne peuvent être prises en exemple si l'on s'en tient exclusivement au dilemme que le juge aura tranché.

Les nouveaux horizons de la doctrine : la contribution du passé...

L'horizon du droit du travail est plus vaste que celui que le juge a devant lui. Des situations particulières, nouvelles, attendent d'être classées ou sont sur le point d'acquiescer une importance juridique ; des cas déjà qualifiés par la personne compétente, attendent d'être réglés ; enfin, diverses règles introduites par les autorités compétentes doivent être appliquées aux différents cas. La perspective s'élargit alors rendant la synthèse difficile sur des domaines divers et impliquant des autorités différentes, comme le juge, le législateur et les acteurs collectifs.

De toute évidence, ce tableau d'ensemble et les distinctions nécessaires ne sont pas du tout pris en compte si l'on se pose uniquement la question de savoir quel est le processus logique le plus satisfaisant pour arriver à distinguer le travail indépendant et le travail salarié. Récemment s'est posée, à ce sujet, la question de savoir s'il valait mieux recourir à la méthode par syllogisme (intuition particulière sur un concept) ou bien par typologie (rapprochement d'un type). Cette question est présentée comme ayant une portée générale alors qu'elle est partielle et dénuée de sens. Sans s'attarder ici sur ce problème intéressant, disons simplement que le choix de l'une ou l'autre méthode peut, à l'extrême rigueur, résoudre une petite partie du problème, mais certainement pas le véritable problème d'ensemble qui est le suivant : en droit

du travail et plus particulièrement en droit du contrat de travail salarié, il n'existe pas de raisonnements structurés sur la manière de classer les règles en fonction des variations des éléments constitutifs (variations qui sont saisies à la fois par le législateur et par l'autonomie collective).

C'est pourquoi se fait sentir la nécessité de construire un concept scientifique, une théorie générale du droit du travail qui ne peut partir que de l'analyse et de la reconstitution de son objet d'appréciation fondamentale, c'est-à-dire du cas d'espèce selon lequel le domaine en question s'auto-différencie et s'auto-contrôle. Cette construction nécessite des précautions particulières parce qu'elle se présente comme une réponse à des interrogations différentes de celles qui, jusqu'à présent, se posaient en la matière ; elle suppose des informations plus complètes et conduit à des conséquences plus articulées.

On ne peut, par exemple, déduire de l'article 2094 du Code Civil qui définit le contrat de travail salarié dans l'entreprise un tel supra-concept scientifique. Lorsqu'on prétend tirer de cette règle — dont l'application est bien entendu fondamentale — les choix les plus importants d'orientation du système du droit du travail, on ne tient pas compte du fait que son rôle, dans le Code, est de distinguer entre travail salarié à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise (cf. en accord avec l'article 2239 du Code Civil). Par nature donc, elle n'a qu'un pouvoir classificatoire. Il faut donc ajouter que l'article 2094 a été rédigé dans un contexte corporatif qui admet donc la protection extérieure d'un sujet incapable de veiller à ses propres intérêts ; protection assurée non seulement par la loi mais aussi par des contrats collectifs ayant la même valeur que la loi, car stipulés par des personnes morales représentant nécessairement les travailleurs et les employeurs. Il faut enfin considérer que la situation prise en compte dans l'article 2094 visait les contrats de travail de l'industrie manufacturière qui était prédominante socialement et historiquement. Doit-on continuer à croire que la théorie du droit du travail doit encore maintenant se référer essentiellement à la généralisation inadéquate qui a été faite dans l'article 2094 du Code Civil ?

Du reste, afin d'arriver à un supra-concept, du moins implicitement, il y a ceux qui, utilisant un raisonnement par typologies, reconnaissent qu'il existe une dynamique entre type et sous-type à l'intérieur du contrat de travail et ceux qui, par un raisonnement forcé, adoptent un modèle normatif des contrats de travail salarié. Mais il s'agit de deux manières de poser le problème qui, toutes deux, interdisent de le résoudre. Pour ce qui est de la première, et pour les raisons complexes dont on a parlé, le fait de recourir à la méthode par typologie, dans un contexte où le contrat de travail apparaît déjà comme un sous-type qui ne peut pas être ultérieurement subdivisé ou décomposé, est fondamentalement incohérent.

Quant à la seconde manière de poser le problème, la reconnaissance d'un modèle normatif, elle est fondée sur un tri des plus importantes tutelles protectrices rencontrées dans les divers cas de rapport de travail. Ceci conduit à reconstituer un modèle non-historique du travailleur, inexistant ou quasi inexistant dans la réalité et pour lequel toutes ces tutelles s'additionneraient. Après quoi, on en déduit, inévitablement, que toutes les catégories réelles s'écartent du modèle imaginé artificiellement. Mais c'est là où le problème se pose : est-on sûr que le modèle central qui envahit tout le droit du travail reste, dans la société tertiarisée actuelle de la révolution technologique, l'ouvrier de la législation du XIX^e siècle devenu, par la suite, le travailleur bénéficiant de la plus grande protection dans la législation ? Il est certain que cette façon de voir les choses conduit à l'aveuglement total.

... les hypothèses et perspectives du présent

En guise de conclusion, le droit du travail est arrivé à un degré de complexité tel qu'il exige un renouvellement fondamental de ses modes de représentation et de sa doctrine. Une réflexion sur la réalité actuelle peut y aider si l'on considère que dans la reconstitution même des modèles de travail, l'autonomie collective, c'est-à-dire le contre-pouvoir organisé des travailleurs prend une importance déterminante. C'est ce que l'on peut retenir surtout du fait que l'on donne aux acteurs collectifs un pouvoir toujours plus grand de qualifier les situations nouvelles et les nouvelles formes d'emploi et de les régler, en dérogation même à la loi. De plus, une analyse approfondie montre que la prise en charge ou non par la négociation collective de la qualification et de la réglementation des rapports pourrait précisément constituer la nouvelle grande discrimination qui parcourrait entièrement le droit du travail actuel, aussi bien dans sa forme salariée qu'indépendante. Ce n'est pas un hasard si, dans ce qu'on appelle le para-salariat en Italie, qui est un cas particulier du travail indépendant, on distingue systématiquement les rapports de collaboration continue qui sont couverts par la négociation collective, de ceux qui ne le sont pas. Cette distinction a pour conséquence très importante que, pour les premiers, la loi donne aux accords collectifs un caractère impératif.

Si l'on admet que la dimension collective et le contre-pouvoir qui lui est lié, s'expriment au niveau de la définition du type et de la réglementation des nouvelles formes de travail, on attribue à l'autonomie collective une valeur bien supérieure à celle qu'elle a eue jusqu'à présent dans un droit du travail justement compartimenté où le rapport individuel se distingue des tutelles collectives et où est constamment en crise la liaison entre ces deux éléments en apparence opposés. Même si l'on abandonne l'idée désormais indéfendable de la centralité du travail normal ou d'un modèle basé sur le maximum de

tutelles, on n'épuise pas le modèle de protection, on en déplace simplement la base. Le nouveau droit du travail reste toujours, cependant, un secteur où le travailleur *capite deminitus* est finalement devenu adulte : il fait pression par la force de son organisation collective reconnue juridiquement et réalise ainsi sa liberté et son émancipation dans l'autonomie, en dehors de tout paternalisme même caché.

A ce sujet, il faut observer que le débat, dans ce domaine, fait souvent référence à l'histoire. Mais cette dernière est souvent relue *ad usum delphini*. On en tire des arguments qu'on peut souvent retourner pour démontrer exactement le contraire et parfois ils apparaissent comme le fruit d'analogies mécaniques faites dans des contextes totalement transformés. Il ne nous sert à rien de continuer à être influencés par ce qui a été certainement une aspiration historique du droit du travail, c'est-à-dire l'uniformité de traitement pour tous. Beaucoup d'eau est passée sous le pont depuis que SINZHEIMER, découvrant dans la diversité des employeurs la cause de la disparité des règlements, proposait l'unification. L'espoir d'éliminer cette diversité et donc d'uniformiser les traitements du travail n'existe heureusement plus. On ne peut pas, d'un coup de baguette magique, faire taire les différences de valeur, de pouvoir politique, de richesse, de capacité de rendement qui existent dans les innombrables secteurs de l'économie. En abandonnant cette illusion le droit du travail est devenu, lui aussi, laïque : il se fonde sur le doute, sur la relativité des solutions et sur la révocabilité des cas.

*
**

Dans ce nouveau contexte, le droit du travail doit se redonner un sens à partir de données beaucoup plus complexes que par le passé. Il doit réfléchir aux caractéristiques des problèmes plus généraux qui se présentent et orienter les solutions proposées, en prenant conscience que la

matière est faite de certitude et d'incertitude, de ce qui est déjà confirmé et de ce qui ne l'est pas, de la nouveauté qui, désormais, dépasse l'ancien si ce n'est par la quantité, du moins par la qualité. Afin de maîtriser tout cela, il faut aussi s'orienter vers une prestation intellectuelle déterminée ; prestation que j'appelle *théorie générale du cas d'espèce du droit du travail*, car elle fait abstraction de chacun des cas d'espèces concrets existants ou possibles et les inclut à nouveau tous ; elle ne s'intéresse pas à l'application de règles données pour un seul cas d'espèce, mais elle propose un classement des règles au sein des différents cas d'espèces, présents ou futurs, clairs ou obscurs. Cette théorie est non-idéologique, car elle doit pouvoir lire la gamme de toutes les variations des caractéristiques du monde du travail, repenser systématiquement tous les cas (ou toutes les catégories de cas) d'utilisation de la force du travail et tenir compte de toutes les conceptions précédentes sans se soucier d'être politiquement d'un côté ou de l'autre.

Le point de vue dualiste qui est proposé permet d'éliminer la contradiction qui bloque le droit du travail. En effet, l'objet de la théorie générale est distinct de celui de la théorie doctrinale car les interrogations analytiques auxquelles on répond sont logiquement différentes. La contradiction résulte de ce que l'on considère que le travail salarié est unique et multiple à la fois et qu'il se situe sur le même plan d'analyse. Il est, en effet, unique au plan théorique et scientifique (sur-organisé et plus abstrait), mais multiple au plan de l'application de la doctrine (sous-organisé et plus concret). En maintenant ces deux dimensions et en raccordant leurs tensions réciproques, on ouvre l'espace méthodologique vers une attitude plus neutre : celle qui, dans l'analyse des nouveaux phénomènes du travail, des nouvelles figures plus ou moins typiques, de la diversification croissante des règles de protection, permet, finalement, de repérer des critères d'unification égalitaire (mais non l'égalitarisme irrationnel qui conduit à des effets pervers) qui serviront de guide à la différenciation sociale. ■

ABONNEZ-VOUS
A
TRAVAIL ET EMPLOI
Vous trouverez
le bulletin
d'abonnement
page 107

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Les données statistiques dans la première partie de cet article ont été tirées et élaborées par nos soins à partir des ouvrages suivants :

XX^e XXI^e (1986 et 1987) *rapports CENSIS* « sur la situation sociale du pays », édités par Angeli, Milan, respectivement 1987, p. 255 et suiv. et 1988, p. 233 et suiv.

« Relazione sulla politica occupazionale nel prossimo decennio » dans *Rapport sur la politique de l'emploi dans la prochaine décennie*, présenté par le Ministre du Travail et de la Sécurité Sociale et communiqué au Président du Sénat le 30 septembre 1987 (v. Sénat, X législature, n° 471-15 Annexe) ; Ministère du Travail et de la Sécurité Sociale, « Lavoro e politiche dell'occupazione in Italia » dans *Travail et politiques de l'emploi en Italie*, Rapport 1987 par R. BRUNETTA et M. DA CO, Ist Poligrafico dello Stato dans *Institut polygraphique d'État* 1987, p. 187 et suiv.

Diverses données trimestrielles de l'ISTAT (Institut des statistiques) ; diverses notes d'information sur le marché du travail publiées par le Ministère du Travail et de la Sécurité Sociale.

Pour les débats les plus récents sur la « théorie du travail salarié », voir :

M. PEDRAZZOLI, « Prestazione d'opera e parasubordinazione (Riflessioni sulla portata sistematica dell'art 409, n° 3, c.p.c.) » dans *Riv. Ital. Dir. del Lav.* 1984, 1, p. 506 et suiv.

G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di Lavoro*, Zanichelli Bologne 1984 (et l'édition de 1987), p. 19 et suiv.

P. ICHINO, « Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro », 2, dans *Il rapporto di lavoro subordinato* UTET, Turin 1985, p. 15 et suiv.

M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione, poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè 1985.

F. CARINCI, « Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro : il rapporto individuale » dans *Giornale Dir. del Lav. e Rel. Ind.* 1985, p. 203 et suiv.

L. MENGONI, « La questione della subordinazione », deux récents essais dans *Riv. Ital. Dir. del Lav.*, 1986, I, p. 5 et suiv.

R. DE LUCA-TAMAJO, « Il tempo nel rapporto di lavoro », dans *Giornale Dir. del Lav. e Rel. Ind.* 1986, p. 433 et suiv.

M.V. BALLESTRERO, « L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato », dans *Lav. e Dir.* 1987, p. 41 et suiv.

M. D'ANCONA, « I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione », dans *Riv. Crit. di Dir. Priv.* 1988 (1), p. 195 et suiv.

Les interventions de U. ROMAGNOLI, M. D'ANCONA, R. DE LUCA-TAMAJO sur le thème « Lavoro e lavori », dans *Lav. e Dir.* 1988 (3), p. 401 et suiv.

Les rapports du Congrès qui s'est tenu à Trente du 11 au 13 février 1988, sur le thème « Lavoro subordinato et dintorni : comparizioni e prospettive », seront prochainement publiés dans une nouvelle version.

Sur les rapports atypiques et les nouveautés en matière de législation, voir :

En particulier les études de R. DE LUCA-TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, E. GHERA, Santoro PASSARELLI, F. MIANI CANEVARI, T. TREU, G. PERONE, M. GRANDI, A. D'ARMANT FRANÇOIS dans *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Annuaire INPDAL, Giuffrè 1986, les études de M. ROCELLA, G. LOY et P. ICHINO, dans *Il diritto del lavoro dopo l'emergenza*, Giuffrè 1988.

Les études de M. D'ANTONA, A. MARESCA, R. PESSI, A. ALAIMO, G. ARRIGO dans *Il diritto del lavoro sugli anni 80 : (2) occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Ediz. Scientifiche, Naples 1988.