Les réformes du licenciement à l'épreuve des « valeurs »

Réflexions à partir du cas italien

Adalberto Perulli
Professeur à l'Université Ca'Foscari de Venise

La décision à la Cour constitutionnelle italienne du 28 septembre 2018 a conclu à la contrariété de la Constitution Italienne de l'article 3 du décret-loi nº 23/2015, connu sous le nom de Jobs Act. Cet article 3 prévoit qu'en cas de licenciement illégitime (ou injustifié) le salarié peut prétendre à une indemnité forfaitaire dont le montant prédéterminé varie seulement en fonction de son ancienneté. L'importance de cette décision a déjà été soulignée [1]. L'analyse qu'en propose aux lecteurs de langue française A. Perulli fait apparaître l'intérêt et la puissance du raisonnement suivi par le juge constitutionnel italien.

I. Dans un essai de 1960, Carl Schmitt concluait ses « réflexions d'un juriste sur la philosophie des valeurs » en invoquant la nécessité d'une médiation de règles législatives minimales et applicables destinées à empêcher « la terreur de la mise en œuvre immédiate et automatique des valeurs dans le système juridique ». C'était sa façon de réagir à l'attitude de la Cour constitutionnelle allemande qui, après la catastrophe du national-socialisme, s'est engagée à défendre les lois et les droits fondamentaux par la référence à un ordre de valeurs idéal [2]. Ce « crypto-jusnaturalisme », selon la formule de Stefano Rodotà, semblait insupportable à ceux qui, comme Schmitt et son élève Ernst Forsthoff, regardaient avec inquiétude le terme « social » des articles 20 et 28 de la loi fondamentale de Bonn, et prétendaient limiter la logique des valeurs dans ce qui était supposé être sa sphère d'origine, c'est-à-dire dans le domaine de l'économie. C'est en ce domaine, écrit Schmitt, qu'une logique de la valeur trouve sa place, s'inscrivant dans un cadre rationnel de justice commutative, tandis que la logique de la valeur dégénère dès qu'elle quitte la sphère pertinente de l'économique pour convertir en valeurs des biens, intérêts, buts et idées différents de ceux de l'économie.

La critique schmittienne a échoué face à la diffusion des valeurs sociales qui ont caractérisé les démocraties constitutionnelles de l'après-guerre, qui connaissait une formalisation normative des valeurs culturelles, éthiques et morales, ordonnées dans un système et ensuite traduites en concepts juridiques essentiels à leur réalisation. Cependant, au cours des dernières décennies, un processus qualifié de « déconstitutionnalisation » par une rationalité économique puissante a obscurci l'autorité axiologique du droit, et imposé une réduction des droits sociaux dans tous les systèmes juridiques européens [3]. Cette « déconstitutionnalisation » effrayante a fait apparaître une nouvelle « tyrannie des valeurs », cette fois économique, qui a touché de nombreux domaines du droit social, en particulier le droit du licenciement.

Emblématique de cette évolution est la révision des règles sur les licenciements illégitimes introduite en Italie par l'article 3, § 1er, du Jobs Act (décret législatif nº 23/2015) [4], selon un modèle qui a été repris, dans ses traits généraux, par les ordonnances Macron [5].

(1) V. C. Alessi et T. Sachs, « la fin annoncée du plafonnement du licenciement injustifiée : l'Italie montre-t-elle la voie ? », RDT 2018. 802.
(2) C. Schmitt, *La tyrannie des valeurs, in* I. Koch et N. Lenoir (dir.), *Démocratie et espace public : quel pouvoir pour le peuple*, G. Olms/Hildesheim, 2008.
(3) L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, 2013.
(4) A. Perulli, « Le Jobs act et le nouveau « droit de licencier », *in À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'A. Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 735.
(5) A. Perulli, « Les ordonnances Macron et le Jobs Act : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », Dr. soc. 2018. 86.

Cette réforme s'est accompagnée d'un véritable changement de paradigme. Dans le nouveau système, l'indemnisation est prédéterminée et augmente, selon le seul critère de l'ancienneté, d'un montant égal à deux mois du dernier traitement pour chaque année de service, avec un minimum de quatre mois et un maximum de vingt-quatre mois. De plus, grâce à la nouvelle institution de l'offre de conciliation, l'employeur est en droit de proposer au travailleur un montant égal à un mois de salaire pour chaque année de service, avec un minimum de deux mois et un maximum de dix-huit ans, avec paiement au moyen d'un virement bancaire.

Le Jobs Act a donc procédé à une véritable destruction du régime de réparation instituée à titre de protection sous une forme spécifique, c'est-à-dire la réintégration prévue par l'article 18 du Statut des travailleurs de 1970, dont la Cour de cassation avait souligné à maintes reprises la cohérence à la fois avec les principes généraux du système juridique, et avec le droit du salarié au travail, protégé par les articles 1, 4 et 35 de la Constitution: un droit qui – a déclaré la Cour suprême – en mettant l'accent sur des situations subjectives ayant un contenu personnel et pas uniquement patrimonial, « subirait une expropriation substantielle s'il était réduit en principe au droit à une somme d'argent ».

Il est évident que le dispositif de réparation prévue par le Jobs Act n'est pas cohérent avec les principes du droit civil (protection par équivalent monétaire) et apparaît même en recul par rapport à la théorie de la « rupture efficace du contrat » dans la mesure où l'analyse économique du droit postule, dans les cas de violation efficace, une indemnisation permettant de satisfaire pleinement la partie qui subit la violation. Cette analyse correspond à l'orientation du Comité européen des droits sociaux. Il a jugé que la limite légale maximale d'indemnisation fixée à 24 mois de salaire, prévue par une loi finlandaise, était insuffisante pour réparer le préjudice subi.

Fondamentalement, toute limite maximale excluant la réparation du préjudice subi, ainsi que le caractère insuffisamment dissuasif de l'indemnisation, viole l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Au-delà des multiples questions technico-juridiques soulevées par la réforme, il ne fait aucun doute que le nouveau cadre normatif, dans la mesure où il associe la perte injustifiée de l'emploi au paiement d'une somme modique, fixée et prédéterminée, en raison de la seule ancienneté du travailleur, suscite une interrogation générale sur le rapport entre les valeurs et le système du droit du travail (qui a établi la protection contre le pouvoir arbitraire de l'employeur en tant que poutre maîtresse de son modèle de régulation). Le fondement axiologique de ce système a semblé s'effondrer sous les coups d'une rationalité économique réfractaire au rôle du juge en tant que protagoniste des mécanismes réparateurs, et porteuse d'une logique qui conduit à une véritable « déconstitutionnalisation » des principes de protection du travail, et repose sur un équilibre différent entre les valeurs qui animent le droit du travail. D'un équilibre raisonnable entre le respect du travailleur et de sa dignité d'une part et l'initiative économique privée de l'autre, le système glisse vers une conception purement économique du travail, qui prend une forme « réifiée », traduisible dans une valeur monétaire, calculable *ex ante* et pouvant être associée à l'acte de « séparation » constitué par le licenciement illégitime. C'est comme si, en la matière – si centrale dans la régulation sociale et juridique du travail –, le lien entre la valeur et la dignité disparaissait, et le travail, considéré comme activité disponible à faible coût dans le paradigme économique du marché, perdait sa nature propre de « bien final », qui demande à être concrétisé par une action non instrumentale pour son exploitation économique mais rationnelle par rapport à la valeur.

Dans ce scénario problématique, la Constitution continue d'assurer, à l'instar des dispositions supranationales et internationales (telles la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la Charte sociale européenne), la fonction de garantie des valeurs mises en péril par le Jobs Act, qui, introduisant non seulement une logique de valorisation économique du travail, mais reconnaissant au travailleur licencié illégalement le droit à une indemnité très modeste, prédéterminée dans son minimum et son maximum, non modifiable en fonction des circonstances de l'espèce, a fait disparaître la fonction judiciaire à la fois dans le choix des sanctions applicables et dans la quantification du dommage.

II. La question de l'inconstitutionnalité du Jobs Act a été débattue dans une triple perspective: l'article 3 de la Constitution, en ce qui concerne le montant de l'indemnité, qui n'est ni compensatoire ni dissuasive et oblitère l'office discrétionnaire du juge; l'article 4 et l'article 35 de la Constitution, car le droit au travail est doté d'une contre-valeur monétaire dérisoire et fixe; l'article 117 et l'article 76 de la Constitution, en ce que la sanction semble inadéquate par rapport aux dispositions de sources supranationales telles que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Charte sociale européenne, ce qui recouvrait une violation des conditions dans lesquelles la Constitution prévoit le respect des règlements de l'UE et des conventions supranationales.

Selon la juridiction qui est à l'origine de la saisine de la Cour constitutionnelle, l'octroi d'une indemnité modeste, prédéterminée et croissante selon la seule ancienneté de service, non seulement n'aurait pas un caractère réellement compensatoire, mais violerait le principe d'égalité entre les anciens et les nouveaux salariés, en altérant le nécessaire équilibre raisonnablement requis des intérêts. En outre, la disposition relative à l'indemnisation, considérée comme sanction, n'aurait pas une cohérence suffisante pour la rendre dissuasive, mais inciterait plutôt un comportement opportuniste de l'em-

ployeur qui maximiserait, en les cumulant indûment, les avantages économiques découlant d'incitations publiques au recrutement (allégement fiscal pendant 36 mois prévu par la loi nº 190/2014) et celles découlant du « permis » législatif de licencier à des coûts très bas.

Selon la juridiction, le versement de l'indemnité en cause « ne constitue pas une réparation suffisante pour les travailleurs embauchés après le 7 mars 2015 et licenciés injustement et constitue une violation du principe d'égalité ». À l'appui d'une telle analyse, le juge invoque le critère de la mise en balance des intérêts opposés affectés qui est imposée par le principe de la raisonnabilité. La motivation s'enrichit d'une pluralité d'arguments au centre desquels se cache l'image évocatrice d'un législateur qui, au lieu d'obliger l'employeur à se comporter de manière vertueuse et socialement responsable, encourage les pratiques déloyales de dumping social et de *free-riding*, lui offrant un régime du licenciement illégitime qui se traduit par un « gain » plutôt que par une sanction comportant des éléments de dissuasion. En utilisant la théorie des jeux, on pourrait dire que le mécanisme de réparation non seulement ne contraint pas l'employeur à faire un choix dicté par des préférences « morales », mais suggère au contraire une stratégie rationnelle d'« abus d'autorité » (guidée par un comportement opportuniste) de *l'homo economicus*.

Les différentes critiques mentionnées par la décision de renvoi ont été examinées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt nº 194/2018. La Cour a immédiatement abordé la première des questions soulevées, selon lequel l'article 3, § 1er, violerait le principe d'égalité, car il traite les travailleurs différemment selon qu'ils sont embauchés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi (qui s'applique uniquement à ceux embauchés après le 7 mars 2015), déclarant la question sans fondement. Le raisonnement de la Cour repose sur deux postulats, étroitement liés du point de vue logique et systématique : le premier concerne l'affirmation selon laquelle l'« écoulement du temps » peut constituer un élément valable de diversification des situations juridiques, puisqu'il est laissé à la discrétion du législateur de délimiter la sphère temporelle d'application des normes. Le second postulat concerne la justification téléologique de la norme, c'est-à-dire le « but » poursuivi par le législateur « de renforcer les possibilités d'entrée dans le monde du travail de ceux qui cherchent un emploi » (L. nº 183/2014, art. 1, § 7,). En substance, la différence de traitement apparaît à la Cour comme étant justifiée dans la mesure où la modulation temporelle introduite apparaît cohérente avec la finalité poursuivie par la loi et donc respectueuse du canon de la raisonnabilité. Bien que l'exigence du caractère raisonnable exige à son tour un contrôle de cohérence du droit, c'est-à-dire une vérification de l'adéquation des moyens aux fins poursuivies par le législateur, la Cour déclare qu'elle n'est pas compétente pour « procéder à une évaluation des résultats que la politique l'emploi poursuivi par le législateur peut avoir atteint ».

La question, posée en ces termes, est très délicate, car elle porte à la fois sur la pertinence de la référence aux précédents sur « l'écoulement du temps » et sur le respect du canon du raisonnable, c'est-à-dire la congruence entre les moyens adoptés (la réduction des protections) et les objectifs divisés (l'augmentation de l'emploi).

Du premier point de vue, il est important de noter que la distinction faite par la loi ne concerne pas le même cas à des moments différents du temps, mais la même situation juridique qui est traitée de manière différente en raison de la date de conclusion du contrat de travail, à savoir – comme l'a déclaré la juridiction de renvoi – sur la base d'une « donnée accidentelle et extrinsèque à chaque relation qui ne permet aucunement de différencier une relation d'une autre avec le même niveau de chaque profil substantiel ». On se trouve donc en dehors d'une succession normale de lois dans le temps qui régissent le même cas, l'actuelle abrogeant la précédente, mais en présence de l'existence simultanée de règles relatives à des cas semblables les uns aux autres. En outre, la diversité des réglementations à des moments différents suppose des différences effectives concernant les situations réglementées, ce qui permet notamment de justifier la différenciation des traitements sur la base d'éléments objectifs, tels que, par exemple, la taille de l'entreprise ou la qualification des travailleurs, comme dans le cas des cadres, alors qu'il est clair que la simple date de stipulation du contrat de travail ne peut justifier une telle inégalité de traitement. Cette nécessité de motifs objectifs justifiant la différenciation découle de l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle en matière de licenciement, dans laquelle la Cour Constitutionnelle a répété à plusieurs reprises que « lorsque les motifs, le calendrier et les procédures de licenciement sont envisagés, pour se conformer à la Constitution, la loi doit respecter la nécessité d'égalité de traitement pour des situations semblables et ne peut faire de différence que pour des raisons justifiées » (arrêt 176/1986). Il en résulte que, la protection moindre des travailleurs employés en vertu du « contrat à protection croissante » n'est pas justifiée par la considération qu'ils ont été embauchés avant ou après le 7 mars par le même employeur.

La question concernant l'exigence du caractère « raisonnable » au regard de la justification de la norme, c'est-à-dire le « but de l'emploi », est encore plus problématique [6]. Selon la Cour, le régime temporel d'application du Jobs Act s'avère « cohérent » avec cet objectif. Puisque l'introduction de protections moindres mais calculables en cas de licenciement illégitime tend à encourager le recrutement par des contrats à durée indéterminée, il apparaît « cohérent », selon le juge constitutionnel de

(6) Sur l'évolution de droit du travail comme instrument de politique publique de l'emploi et sur la vérification de l'aptitude d'un dispositif à atteindre les objectifs qui lui sont fixés, v. T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », RDT 2016. 749.

limiter l'application de ces protections à des travailleurs dont le « recrutement » aurait pu être favorisé (c'est-à-dire embauchés par « contrat à protection croissante »).

La Cour s'est évidemment bornée à un contrôle modeste du caractère raisonnable limitée à la première étape du contrôle de proportionnalité qui consiste en une simple « cohérence », entendue comme l'absence de contradiction dans le discours législatif. La cohérence concerne, en fait, les relations entre les parties du discours, et vise à établir des liens logiques (et non causals) entre les énoncés d'un acte législatif, sans remettre en question les choix législatifs et, surtout, sans laisser de place à une argumentation dans laquelle la congruence, l'adéquation et la proportion des dispositions contestées sont évaluées par rapport à leur raison d'être, avec notamment la vérification que les choix faits par le législateur présentent une compatibilité harmonieuse avec les options de valeurs constitutionnellement pertinentes. En l'occurrence, considérer comme légitime une norme, présentée de manière téléologique comme tendant à accroître l'emploi, qui affecte de manière significative la protection du licenciement sans prolonger le contrôle du caractère raisonnable des dispositions par les étapes ultérieures qu'il appelle, semble effacer précisément la nécessité de vérifier la rationalité instrumentale que la Cour elle-même, rappelant le canon du raisonnable, évoque implicitement.

En bref, la loi, pour être jugée constitutionnellement légitime, doit respecter le « canon de la raisonnabilité », ce canon ne doit pas être limité à sa dimension simplement « logico-discursive » et doit inviter à s'intéresser aux rapports de causalité entre moyens instrumentaux et fins et au-delà, à la proportionnalité et à la mise en balance des intérêts. Le jugement d'efficacité instrumentale de la loi n'est certainement pas absent du contrôle de la raisonnabilité de la loi. Il faut rappeler que la Cour constitutionnelle a expressément établi que la cohérence entre les moyens et les fins constitue un chef de vérification de la raisonnabilité (arrêt n° 239/1998) qui intéresse également l'excès de pouvoir législatif (arrêt n° 146/1996). Dans cette perspective, l'axe de la raisonnabilité implique l'utilisation de données extra-normatives, telles que des connaissances technico-scientifiques, des modèles statistiques et des informations factuelles, qui peuvent être utilisées pour évaluer la « pertinence », en ce qu'elle est jugement de l'adéquation de la loi à la réalisation de l'objectif poursuivi, et la « congruence » qui demande d'évaluer si la loi est dans une relation logique avec le *telos* (but) qui la justifie.

Dans l'affaire examinée, qui concernait fondamentalement la rationalité d'une règle qui « parie » sur la croissance de l'emploi par un changement profond des protections du licenciement illégitime, ces deux éléments de la décision (pertinence et congruence) auraient dû être mobilisés par la Cour. En effet, si on peut admettre sur le plan purement *logique* que l'objectif d'emploi justifie une détérioration de la protection des travailleurs en quête d'un emploi, on ne peut admettre *a priori*, sur le plan *causal*, que ces mesures peuvent réaliser le but recherché. Au moins, ces mesures, afin de respecter le principe du raisonnable, devraient pouvoir être évaluées dans leur *efficacité*. Selon un processus encore plus exigeant et plus complet de contrôle du caractère raisonnable, la loi en question devrait être soumise à un test de proportionnalité plus détaillé, afin d'en apprécier tous les aspects et de vérifier si, entre les différentes mesures possibles pouvant être utilisées pour atteindre l'objectif de croissance de l'emploi, elle est la moins restrictive des droits atteints, et établit des charges proportionnées à la poursuite de l'objectif.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne offre un exemple de cette manière d'appliquer l'exigence raisonnable de la proportionnalité. Dans l'affaire *Mangold*, abordant la question de la légitimité, au regard du système juridique européen, de la réglementation allemande ayant pour but de favoriser l'intégration professionnelle des travailleurs âgés au chômage, la Cour de justice a vérifié si les mesures mises en œuvre pour réaliser cet objectif légitime étaient appropriées et nécessaires à cette fin. Selon la Cour, bien que les États membres disposent d'une grande marge d'appréciation dans le choix des mesures à prendre pour atteindre les objectifs de leur politique sociale et de leur politique de l'emploi, une législation, qui retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère de recours licite à un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché [7]. Une telle législation nationale ne saurait donc être justifiée au titre de l'article 6, § 1er, de la directive 2000/78 [8].

Si l'article 3 § 1er, du Jobs Act avait été examiné à la lumière de ces canons de la rationalité instrumentale, apparaîtrait manifeste le caractère déraisonnable d'une disposition qui ne trouve aucune justification rationnelle dans l'ordre du discours scientifique et empirique, puisqu'aucune corrélation positive entre la protection

(7) V. en ce sens CJUE 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-479/99, pt 39.
(8) CJCE 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold c. Helm*, AJDA 2006. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2006. 557, note O. Leclerc ; *ibid.* 2007. 465, obs. F. Meyer ; RDT 2006. 31, obs. M. Schmitt ; *ibid.* 133, obs. S. Robin-Olivier.

de l'emploi et la croissance de l'emploi n'a jamais été validée dans la littérature économique. Au contraire, en examinant les statistiques publiques sur les tendances de l'emploi, il est clair que le « contrat à protection croissante » n'a pas produit les effets attendus sur l'emploi. Tout juste a-t-on pu observer le feu de paille allumé par les réductions de contribution qui ont artificiellement augmenté le recrutement par contrat à durée déterminée. En fait, les contrats à durée déterminée ont été utilisés de manière continue et prédominante, ce qui remet en question l'objectif même de la loi et la rationalité de la réforme. La déclaration de la Cour selon laquelle il n'appartiendrait pas à celle-ci de se livrer à des évaluations des résultats attendus par la politique de l'emploi menée par le législateur semble contradictoire. Si la Cour ne s'était pas limitée à un contrôle de simple cohérence et avait décidé de passer à un niveau plus exigeant, le contrôle de rationalité aurait donné un résultat négatif à la fois en termes de congruence et de pertinence causale et au regard de l'exigence de proportionnalité. En vérité, la loi ne crée pas un juste équilibre entre le droit au travail et les intérêts de l'entreprise ni entre la protection de la stabilité de l'emploi et les intérêts de l'emploi en tant qu'« objectif d'intérêt général » qui justifie la réduction des protections.

Sur son chemin de crête, la Cour constitutionnelle n'a toutefois pas rejoint le Conseil constitutionnel français, qui a suscité des critiques lorsqu'il a affirmé à propos du système d'indemnisation prédéterminée établi par la loi, que renforcer la sécurité juridique et favoriser l'emploi, en éliminant les obstacles au recrutement, constitue l'un des objectifs d'intérêt général justifiant la réduction de la protection des licenciements illégitimes.

III. Si le Conseil constitutionnel français n'a pas hésité à consacrer la « sécurisation » du licenciement par l'institution d'une indemnité plafonnée qui, au nom de la sécurité juridique, soustrait le coût du licenciement à un contrôle juridictionnel exigeant, la Cour constitutionnelle italienne a adopté une posture différente, qui prend ses distances avec les postulats de l'analyse économique dont est pénétrée la formule de l'article 3 § 1er, lorsqu'il prévoit une protection contre les licenciements injustifiés, au contenu rigide et prédéterminé. Ce choix législatif semble répréhensible à de nombreux égards, ce à quoi la Cour, abordant sa légitimité constitutionnelle pour violation des articles 3, 4, § 1er, 35, § 1er, de la Constitution, et 76 et 117, § 1er, ensemble l'article 24 de la Charte sociale européenne, consacre de belles pages à connotation axiologique dense.

Tout d'abord, le mécanisme de quantification, qui ne peut pas être gradué en fonction de paramètres autres que l'ancienneté, fait de l'indemnisation une forme de « liquidation judiciaire forfaitaire et normalisée », qui ne peut être augmentée, conformément au souhait du législateur de « prédéterminer pleinement les conséquences du licenciement illégitime », selon la condition posée par la loi d'habilitation de prévoir une indemnité pécuniaire « certaine » [9]. Selon la Cour, ce modèle de protection méconnaît « le principe d'égalité, en termes de consécration injustifiée de situations différentes [troisième type de violation de l'article 3 de la Constitution invoqué par renvoi à la Cour] » (point 11 de l'arrêt) [10]. En fait, poursuit la Cour, il est notoire que le préjudice causé par le licenciement injustifié dépend d'une série de facteurs, dont l'ancienneté dans le travail, tels que le nombre de salariés, la taille de l'entreprise, le comportement et les conditions des parties… Dans cette perspective, « dans le cadre d'un système équilibré de garanties, équilibré avec les valeurs de l'entreprise », le pouvoir d'appréciation du juge répond « à la nécessité de personnaliser le dommage subi par le travailleur, ce qu'impose le principe d'égalité », alors que la mise en place d'une mesure de compensation uniforme, « indépendante des particularités et de la diversité des cas de licenciement ordonnés par l'employeur, aboutit à une reconnaissance indue de situations pouvant être – selon l'expérience concrète – différentes ».

Le deuxième motif de l'illégitimité constitutionnelle de l'article 3 § 1er, du Jobs Act concerne la contrariété de la norme au principe du caractère raisonnable, considéré au regard de l'aptitude du montant quantifié de l'indemnité d'assurer une réparation appropriée du dommage réel subi par un travailleur en raison du licenciement, et de la dissuasion adéquate de l'employeur de procéder à des licenciements illégitimes (quatrième type de violation de l'article 3 de la Constitution soumis à la Cour). Contrairement à l'hypothèse précédente, dans laquelle la violation du principe d'égalité découle de la simple application du schéma logique de l'homogénéité/hétérogénéité des situations comparées, la Cour procède à un raisonnement plus complexe sensible à une logique axiologique, qui inspire le principe de proportionnalité dans ses déclinaisons de congruence, de pertinence, d'adéquation, grâce auxquelles le juge constitutionnel vérifie si la mesure est correctement calibrée par rapport au double objectif d'une réglementation du licenciement illégitime qui consiste d'une part en son aptitude à réparer de manière adéquate le dommage infligé (fonction réparatrice-compensatrice du préjudice subi), d'autre part en sa capacité de dissuasion vis-à-vis de l'employeur. La Cour se réfère également à l'exigence d'équilibre, en affirmant que l'article 3 « ne réalise pas une composition adéquate des intérêts en jeu, la liberté de

(9) On peut retrouver le même ratio en droit français dans l'imposition d'un barème obligatoire, qui comprend des montants minimaux et maximaux d'indemnisation par année d'ancienneté (C. trav., art. L. 1235-3).

(10) L'attention du lecteur français doit être attirée sur le point suivant : contrairement à la conception du principe d'égalité en France, la Cour constitutionnelle italienne estime que l'égalité exige non seulement de traiter des situations identiques de la même manière, mais également de traiter différemment des situations différentes.

l'organisation de l'entreprise d'une part et la protection du travailleur injustement licencié de l'autre ». Comme on peut le constater, l'équilibre s'effectue selon les deux axes de valeurs sur lesquels se fonde le droit du travail. La liberté d'organisation de l'entreprise, expression de la liberté d'initiative économique privée n'est pas exercée dans le respect de l'existence de proportionnalité, dans la mesure où le droit du travailleur à la protection effective est excessivement réduit, au point d'être « incompatible avec le principe de raisonnabilité ». Comme nous l'avons vu, dans son examen de la légitimité constitutionnelle de la loi en termes de différence de traitement due à « l'écoulement du temps », la Cour s'est contentée d'appliquer le critère le plus simple du raisonnable, à savoir la cohérence avec le but recherché. Dans ce passage argumentatif de l'arrêt, au contraire ce principe est pleinement déployé, dans tous les composants possibles du caractère raisonnable, pour juger la protection rigide et inadéquate. La Cour développe ici un raisonnement exemplaire qui, du contrôle de la raisonnabilité à la technique de l'équilibre, suit une ligne de discussion visant à embrasser la rationalité praxéologique qui intègre les valeurs de justice sociale inscrites dans les normes qui protègent le travail en tant que moyen de réaliser le développement complet de la personnalité humaine. Après de sombres années, un air nouveau souffle de ces passages herméneutiques dotés d'une richesse axiologique que seul l'horizon des valeurs sociales, au sens fort du terme, parvient à évoquer, et que le nihilisme juridique de *Law & Economics* a pu polluer.

Le droit au travail (article 4 de la Constitution) et la protection du travail sous toutes ses formes et applications (article 35 de la Constitution) sont non seulement des expressions de la liberté individuelle et de l'autodétermination du sujet, mais également le fondement de la « liberté sociale » dont aujourd'hui, face à une économisation croissante de la société, on ressent un besoin important [11]. Avec une argumentation de nature non interprétative, mais faisant appel à des jugements de valeur qui engendrent la règle de décision fondée sur la pondération de principes constitutionnels concurrents, la Cour nous donne, dans la partie la plus importante de l'arrêt, le résultat pratique de son jugement, qui restaure un mécanisme d'évaluation de l'indemnité donnant au juge un pouvoir destinée à « garantir une modulation calibrée de l'indemnité due, dans les limites minimale et maximale ». Mais ce qui est le plus important à souligner, c'est la densité axiologique qu'exprime et promeut la Cour, avec un *modus procedendi* qui fait penser que *les valeurs* sont la véritable frontière – mobile, mais inévitable – du droit du travail. Les principes de la Constitution ne permettent pas au juge constitutionnel d'appliquer des règles de décision selon les schémas du syllogisme judiciaire. C'est pourquoi le discours se développe sur l'axe des valeurs substantielles à travers une opération d'équilibrage qui ne part de l'identification des biens et des valeurs constitutionnelles à concilier (droit au travail au sens de l'article 4 de la Constitution, protection de l'article 35 de la Constitution) pour parvenir à un arrangement juste et raisonnable des intérêts en jeu. La question de la légitimité a été posée par la juridiction de renvoi en rappelant précisément les règles constitutionnelles de protection dans lesquelles le travail est « évalué » en tant qu'instrument de réalisation de la personne et d'émancipation sociale et économique, tandis que la loi sur l'emploi réduisait la valeur du travail à une somme d'argent prédéterminée et modeste, de manière à générer une « restauration presque *de facto* de la liberté absolue de licenciement ». Entre les lignes de la motivation du juge constitutionnel italien émerge une vision clairement anthropologique du droit du travail, qui est sans aucun doute la matrice du « discours » constitutionnel sur le travail. Il est vrai que ces valeurs, et ces mêmes droits, sont aujourd'hui soumis à un processus de révision critique, mobilisé par les franges les plus puissantes de ce moteur de changement, qui met en avant des valeurs, et prend le nom de mondialisation économique et de la domination d'une logique du « marché mondial » qui en découle. Pourtant, l'architrave constitutionnelle qui soutient la valeur du travail n'a pas changé. Et confirmant le support axiologique sur lequel le droit du travail s'est développé et vit toujours, des Chartes supranationales et internationales ont complété les Constitutions des États nationaux, et proposé, à une échelle métaconstitutionnelle, les contours d'une société qui s'autocontraigne dans les moments de rationalité « pour éviter de mourir de ses propres mains dans les moments de folie » [12].

En liant l'entreprise à un droit dans lequel les exigences de justification institutionnalisées dans les procédures judiciaires restent ouvertes au discours moral, la Cour rappelle l'importance des articles 4 et 35 de la Constitution et consacre des principes méthodologiques (en premier lieu, la proportionnalité) qui imposent, dans la confrontation des choix de valeurs, un équilibre tel que le droit le plus vigoureux ne finisse pas par supprimer le droit perdant. Il en résulte que l'atteinte à un droit ou à un intérêt garanti par la Constitution ne doit pas être excessive, que l'étendue de son sacrifice doit être constitutionnellement acceptable, et dans tous les cas ne peut en supprimer le contenu essentiel. C'est dire que le faible montant de la compensation standardisée et inadéquate prévue à l'article 3, § 1er, résulte d'un choix législatif manifestement insuffisant pour protéger le licenciement illégal par un juste équilibre entre les intérêts opposés de l'entreprise et du « travail », ce qui entraîne une dévaluation déraisonnable de ce dernier en faveur du premier. Dans cette perspective, la Cour

(11) V. A. Honnett, *Ce que social veut dire*, Gallimard, 2013.
(12) J. Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press.

déclare que le principe constitutionnel de la protection du travail ne peut être menacé par une disposition normative qui, en réduisant la protection du licenciement illégitime, conduit inévitablement, par étapes successives, à l'affaiblissement général de la position juridique subjective du travailleur, depuis les principes fondamentaux de la liberté syndicale, politique et religieuse, jusqu'à la renonciation à une partie de ses droits, par peur du licenciement. En somme le non-respect des précautions normatives imposées par le droit constitutionnel au travail et le non-respect du principe de proportionnalité n'affectent pas seulement la réglementation en matière de licenciement mais se réfractent, comme dans un jeu de miroirs, tout au long du régime de la relation travail, en attaquant l'efficacité concrète des droits du travail sanctionnés par le législateur constitutionnel et ordinaire.

Dans ce raisonnement axiologique, la référence à l'intégration entre sources nationales et internationales ne pouvait pas ne pas apparaître. Partant des principes constitutionnels de la protection du travail, la Cour débouche en effet sur l'article 24 de la Charte sociale européenne, dans une perspective « à plusieurs niveaux » des protections du travail rendues possibles grâce au « pont » représenté par l'article 76 de la Constitution, aux termes duquel l'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au gouvernement qu'avec la détermination de principes et critères directeurs pour un temps limité et pour des objectifs définis, et par l'article 117 § 1er de la Constitution, qui oblige le législateur au respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux. De ce point de vue, l'article 3 § 1er, a été jugé comme une norme contraire à l'article 24 de la Charte sociale et, partant, illégitime au sens des articles 11 et 117, alinéa 1er, de la Constitution., dans la mesure où elle viole le droit des travailleurs licenciés sans motif valable de recevoir « une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée ». Cette disposition exprime le principe d'efficacité de la protection, selon lequel la sanction pour perte injuste du droit au travail doit être adéquate, avoir une efficacité dissuasive et offrir également une réparation intégrale au travailleur. Le Comité de l'OIT, comme le rappelle le recueil de ses avis publié sous le titre *La protection contre le licenciement injustifié*, en interprétant l'article 10 de la Convention no 158 de 1982 – norme qui a inspiré l'article 24 de la Charte sociale – a eu l'occasion d'affirmer que, lorsque le recours préférable à la réintégration est remplacé par des formes de compensation, ces derniers doivent être « suffisants ». Pour sa part, le Comité européen des droits sociaux – dont la Cour reconnaît l'autorité même s'il produit des décisions non contraignantes pour les juridictions nationales – a déclaré que l'indemnité était raisonnable si elle garantissait une réparation valable du préjudice concret subi par le travailleur licencié injustement et s'il est de nature à dissuader l'employeur d'exercer sa faculté de rompre le contrat de manière injustifiable. Dans l'affaire *Finnish Society*, expressément évoquée par la Cour, l'application d'un plafond analogue à celui de l'article 3 § 1er, a été jugée comme une violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne dans la mesure où le travailleur injustement licencié peut ne pas recevoir une indemnisation suffisante pour réparer le préjudice subi, alors que d'autres recours, tels que celui prévu en cas de non-discrimination, ne constituent pas une alternative ouverte aux victimes d'un licenciement injustifié non lié à des facteurs discriminatoires.

Cette décision historique de la Cour ouvre donc un nouveau chapitre de l'évolution du droit du travail. « Pénélope devenue juriste », nous montre que si le droit du travail est une « technique réversible » [13], les valeurs fondamentales du système ne peuvent pas être facilement effacées, et que les valeurs, dans leur dimension juridique constitutionnelle et supranationale, continuent de constituer un élément indissociable du droit du travail et de sa pratique.

(13) V. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995.