

**Droits sociaux et mondes possibles.**

L'exemple du droit européen au congé parental

*in Raisons pratiques*, n°18, pp263-280.

par Jean De Munck et  
Jean-François Orianne

## Introduction

L'approche par les capacités fournit-elle des aperçus nouveaux sur la question difficile de l'effectivité du droit ? En particulier, nous permettrait-elle d'évaluer l'effectivité des droits sociaux, ces droits dits « de seconde génération » qui caractérisent l'État social ? La réponse à ces questions est positive. Utilisée avec imagination, l'approche par les capacités d'Amartya Sen fournit un cadre heuristique fertile pour une enquête sur l'effectivité des droits sociaux, et notamment des droits sociaux européens. Aujourd'hui, la grande désaffection des citoyens à l'égard de l'Union européenne tient à ce que ce niveau politique est désormais perçu comme un cadre destructeur des libertés. Il se fait le véhicule d'une (prétendue) nécessité économique sans ouvrir, pour chaque citoyen, l'éventail de nouveaux mondes possibles. A ses yeux, le mot « Europe » est devenu synonyme de restriction du possible et d'absence de choix. Dans notre méchante conjoncture où le projet européen divorce de la démocratie, l'apparition de droits sociaux européens offre une lueur d'espoir dont il ne faut ni exagérer ni sous-estimer la portée. Leur évaluation appelle un cadre théorique qui permette de rendre compte de la complexité des processus en jeu.

Pour esquisser en quelques traits cette démarche d'évaluation des droits sociaux, nous procéderons en trois étapes.

D'abord, nous dirons quelques mots sur un déplacement théorique qu'appelle la perspective des capacités appliquée au droit (au singulier) qu'il convient dès l'abord de distinguer des droits (au pluriel !). Amartya Sen a, dès les débuts de sa carrière, accordé une place centrale aux droits, thème non « welfariste » qu'il introduit dans la théorie du choix social dans son célèbre article de 1970. Sur le plan de la philosophie politique, pour dépasser le conflit entre déontologisme et conséquentialisme, il a proposé de considérer les droits comme des « buts » (*rights-as-goals*) en eux-mêmes (Sen, 1985). Et dans le texte (2004) traduit dans ce volume, il leur donne une définition *éthique*, en soulignant que la légalisation des droits fondamentaux n'est qu'une des voies possibles de leur accomplissement, à côté de la reconnaissance politique et sociale (par le vote de déclarations par exemple) et du militantisme.

Mais cette théorie des droits (au pluriel) n'a pas (encore) débouché sur une théorie du droit (au singulier). Nous nous proposons donc dans cet article approfondir l'évaluation de la « route de la légalisation » des droits. Comment soumettre un droit « juridicisé » à une évaluation par les capacités ? Un déplacement doit être effectué : loin de se réduire à un catalogue de règles, le droit doit être considéré comme un *espace générateur de mondes possibles valorisés* offerts à la liberté des personnes. Nous précisons comment les droits-capacités se laissent entendre selon deux acceptions qui doivent toujours être croisées pour leur donner toute leur signification : comme *orientations de sens* et comme *ressources*.

Nous essayerons ensuite d'esquisser sur ces deux versants ce que peut être une théorie de l'effectivité des droits-capacités en l'appliquant à un exemple privilégié : la directive européenne adoptée en 1996 qui ouvre, pour tous les citoyens de l'Union, un droit au congé parental. Comme on le sait, l'effectivité d'un droit créé au niveau européen est produite de manière très compliquée puisqu'il appelle des transpositions et des mises en œuvre à des niveaux politiques inférieurs (ceux de la nation, de la région) et à des niveaux de production des normes différents (parlement, concertation sociale, négociation collective). Nous nous en tiendrons, dans ce qui suit, à la mise en œuvre belge de la cette directive. Le premier axe d'analyse consiste d'abord en une herméneutique *de la signification* de ce droit ; le deuxième

axe en une analyse *des accès aux ressources* créés par ce droit. Nous dirons dans chaque cas comment peut être conçu le rapport entre le droit et les capacités des personnes.

Enfin, nous insisterons sur l'importance des facteurs de conversion *contextuels* des droits en accomplissements réels. Nous verrons que l'effectivité d'un droit social européen comme celui qui donne un accès universel au congé parental est une effectivité plutôt fragile qui appelle, pour s'accroître, la mobilisation de nombreuses intermédiations. Si comme il est souhaitable, l'Union européenne veut donner plus de poids à la création de droits sociaux à son niveau, et donc renouer *réellement* avec le projet démocratique, elle doit davantage se soucier de ces conditions d'effectivité des droits qu'elle prétend promouvoir. L'approche par les capacités pourrait, à cet égard, structurer une « base informationnelle » utile aux nécessaires et difficiles renouvellements de son action publique.

### **Le droit comme espace générateur de possibilités**

Pour saisir l'impact de la *Capability Approach* sur nos conceptions de l'effectivité du droit, il nous faut accentuer d'abord l'introduction, dans la théorie même du droit, de la notion de *possibilité*. Celle-ci est certes souvent implicite aux théories du droit, mais n'est pas assez considérée pour elle-même. Dans le droit et dans le discours sur le droit, la catégorie de la possibilité est trop souvent obscurcie, voire écrasée, par la catégorie de l'obligation (ou sa version négative, l'interdiction). La simplification du droit à un catalogue d'obligations et d'interdits est bien sûr la pente naturelle de la pratique juridique : concrètement, on recourt au droit pour savoir ce qu'on *doit* faire et ce qu'on *ne peut pas* faire. La définition de ce qui est permis semble découler logiquement de ces contraintes. Mais justement, le possible ne se réduit pas seulement au permis selon les règles du carré « déontique » – comme disent les logiciens spécialistes de la logique des normes (cf. par exemple Kalinowski, 1972) – qui relie, par des liens purement formels et déductifs, l'obligatoire, l'interdit et le facultatif. Tout ce qui est permis n'est pas possible ! Si le droit est pensé dans l'ordre du possible, son effectivité n'est plus enfermée dans le carré déontique. Aborder les droits comme des libertés positives (et pas seulement comme des libertés négatives), c'est donc accepter de mesurer le rapport très complexe qui met en tension l'espace du permis et l'espace du possible.

Il ne faut certes pas sous-estimer l'importance de la catégorie d'obligation pour la définition d'un droit. Un droit (au sens d'un *entitlement*) présente toujours, sur une face, une structure d'obligation. Le droit d'une personne fait peser un devoir sur une autre personne : le droit du locataire est le devoir du propriétaire, le droit de l'épouse est le devoir de l'époux, le droit de l'enfant le devoir du parent etc. Le plus souvent, c'est en ces termes dyadiques que la disposition d'un droit est invoquée. En réalité, cette relation dyadique est dépendante d'une relation triadique. C'est que si un client a bien un droit à l'égard du vendeur, il appartient non seulement au vendeur, mais aussi à l'autorité compétente, de faire respecter ce droit. L'État est donc le troisième partenaire de la structure d'obligation qui caractérise un droit. On a souvent noté, à ce propos, que les droits sociaux, de par leur nature ouverte et mal délimitée, ne pouvaient prétendre à un vrai statut de « droits » puisque les obligations correspondantes semblent toujours contextuées et donc très variables, aléatoires, floues. Le raisonnement juridique aime les concepts aux arêtes tranchées, qui permettent de répondre par oui ou non à la question de savoir si une obligation existe et si elle existe, de savoir par des critères clairs et distincts sur qui repose une obligation et en quoi elle consiste. Du flou des droits sociaux, certains voudraient déduire leur inexistence. Mais comme on le voit dans le texte traduit dans ce volume, Sen (2004) ne tombe pas dans ce piège : une obligation « imparfaite » reste une

obligation, même si son contenu appelle des délibérations plus amples qu'une obligation « parfaite » dont les limites tombent sous le sens. Par exemple, le droit au logement, le droit à l'éducation, le droit à la liberté d'expression engendrent des obligations qui pèsent sur tous les Etats et toutes les personnes, en vue de doter tous les citoyens des possibilités d'état et d'action qui leur sont liés.

Même si le droit (droit social compris) a toujours structure d'obligation, Lawrence Friedman soulignait en 1971 (à l'époque des revendications des *Civil Rights* aux Etats-Unis), que « le droit contient plus qu'un ensemble de commandements. En plus, il y a des règles qui autorisent l'action mais ne la requièrent pas – des règles qui fournissent des facilités à l'exercice de l'initiative individuelle. Elles aussi, elles sont importantes » (1971, p. 190). Le droit conféré à une personne constitue une possibilité. Elle peut – ou non – activer ce droit. Disons-le dans le vocabulaire de Sen : de la ressource du droit, on ne peut déduire l'usage. Un droit peut « exister » au sens où il est proclamé de manière valide dans un système juridique sans que pour autant il ne produise automatiquement des effets judiciaires (par exemple, il pourrait n'être jamais invoqué devant un tribunal). On ne doit pas immédiatement déduire de cette situation qu'il n'est pas *appliqué* puisque « ...quand une personne décide de mener une action judiciaire, il ne s'agit pas de l'exécution d'une norme. On ne peut pas plus soutenir que le fait de ne pas utiliser l'instrument judiciaire est une déviance » (Friedman, 1971, p. 191). Cependant, on pourrait dire d'un tel droit sous-utilisé qu'il n'est pas *effectif*. Cela signifie que ce droit ne structure pas l'espace des possibles des citoyens. En ce sens, l'effectivité du droit ne se laisse donc pas réduire à l'application d'une norme.

Cette intuition importante rejoint, à n'en pas douter, les théories les plus novatrices de la sociologie du droit. Ainsi, commentant l'importance d'une approche du droit d'inspiration wébérienne, Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin soulignent l'intérêt de traiter le droit comme une orientation endogène de l'activité sociale et non comme une norme exogène. « Sous cet angle, « l'ordre juridique » est envisagé ... non comme un ensemble d'impératifs mais comme un ensemble de ressources » (1995, p. 164). Dans ce cas, le droit est conçu comme une « orientation » qui s'inscrit dans l'activité des personnes. On peut ou non activer un droit, s'en servir, l'inscrire dans un cours d'action. Prendre le droit sous l'angle de l'accès à des mondes possibles, c'est le traiter comme un espace générateur d'activités multiples, a priori indéductibles du texte de la loi. Pour prendre une comparaison dans le champ de la linguistique, le droit ressemble alors à une grammaire chomskienne : il est un ensemble de règles susceptible de générer une infinité de performances aux contenus imprévisibles. L'analyse de la mise en œuvre du droit appelle donc une enquête sur les usages du droit et les capacités des personnes.

## **Deux acceptions des droits-capacités**

Mais le droit comme orientation de sens et le droit comme ressource ne désignent pas exactement la même réalité. On doit distinguer entre ces deux aspects du droit. La seconde est aussi bien décrite par la notion d'instrument ; la première en revanche ne se saisit pas dans l'ordre de l'instrumentation (l'être-sous-la-main dont on dispose à sa guise) mais dans l'ordre de la signification.

Selon une première acception (1) de type substantiel, un droit est un *titre moral* donné à des citoyens d'accomplir certaines finalités (se loger, se nourrir, participer à la vie publique, choisir son conjoint etc.). Il s'agit d'une orientation du sens de l'action (au sens wébérien),

validée non seulement légalement mais moralement par le monde institutionnel auquel il appartient. Selon une deuxième acception (2), de type procédural, un droit est un *instrument légal*, qui, dans un ensemble institutionnel, donne une possibilité d'action valide appelant le concours des autorités compétentes, c'est-à-dire du pouvoir exécutif (gouvernement, administration) et du pouvoir judiciaire. Si la première acception se traduit comme une capacité – individuelle et collective – à donner un sens à l'action, la deuxième se décline plutôt comme une capacité à disposer et utiliser des ressources spécifiques pour réaliser une vie possible et désirable.

Ces deux acceptions appellent des analyses spécifiques. En un sens, la première acception du droit est la plus forte et la plus exigeante. Elle lie le droit à la signification et à la valeur. La réalisation du droit est, dans cette dimension, une tâche infinie. Elle n'appelle pas seulement la conformité du comportement des agents à des règles externes ; elle suppose que le sens du droit – c'est-à-dire la référence aux valeurs qu'il porte – soit inscrit dans l'activité sociale. Il en découle des conséquences importantes pour les capacités des citoyens d'une part, et pour l'activité des professionnels du droit d'autre part. Ces capacités ont à voir avec les possibilités interprétatives disponibles aux acteurs. La deuxième acception des droits – cette fois pris comme des ressources permettant d'avoir accès à d'autres ressources – présente elle aussi une importance considérable pour les capacités des personnes. Il faut dans ce cas centrer l'analyse sur le contexte et les opportunités qu'il offre de convertir un droit en capacités.

Sous ces deux angles, le problème d'une approche des droits par les capacités se résume de la façon suivante : comment mesurer le champ des possibilités réelles qui sont ouvertes aux libertés individuelles par les institutions du droit ? Comment penser l'apport des instruments légaux aux libertés positives proclamées par les droits ? Ce type d'évaluation revient à aborder l'action publique du point de vue du destinataire et non du point de vue interne au système politique et juridique. De ce point de vue, c'est ultimement la *liberté réelle* des personnes qui est le tribunal ultime de l'action publique démocratique. L'efficacité économique au sens strict n'est pas écartée de cette grille d'évaluation, mais elle n'intervient que comme un moyen, à mesurer relativement à d'autres moyens et à des finalités substantielles. L'efficacité des institutions appelle donc une mesure *externe* à celles qu'elles produisent de manière endogène. Toute la difficulté du maniement des indicateurs de performance tient dans cette exigence puisqu'il apparaît vite qu'à l'aune des capacités, les indicateurs que construisent les institutions deviennent rapidement auto-référentiels, comme le souligne Robert Salais dans ce volume.

Pour développer plus amplement cette perspective, prenons un exemple concret et singulier : la directive *Parental Leave* (directive 96/34/CE) adoptée le 3 juin 1996 par le Conseil européen qui prévoit de « *prescriptions minimales sur le congé parental et l'absence du travail pour raison de force majeure, en tant que moyen important de concilier la vie professionnelle et familiale, et de promouvoir l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes* ». Le congé parental y est défini comme un droit individuel accordé de manière non transférable aux hommes et aux femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins 3 mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans (clause 2). Il s'agit là d'un des rares droits sociaux consacrés par l'Union européenne, à côté des droits à l'information et la consultation des travailleurs, des dispositions relatives au télé-travail, au contrat à temps partiel et à durée déterminée.

## Le droit comme orientation du sens

Amartya Sen n'a jamais voulu négliger les valeurs liées aux droits – c'est sur le point cardinal qui le distingue nettement du libéralisme. Le droit n'est pas *seulement* un espace neutre offrant aux individus la possibilité de faire ou ne pas faire, d'être ou ne pas être. Il constitue aussi la proclamation publique d'un sens, c'est-à-dire d'une espace de possibilités *valorisées*. Si le discours des droits a acquis, depuis les premières formulations du droit naturel moderne, une telle place dans nos sociétés démocratiques, c'est parce qu'ils valent comme une proposition de sens pour les individus qui les habitent. La proclamation du droit à la liberté de parole n'est pas seulement la garantie publique d'une performance qu'on peut ou non accomplir. Elle est l'affirmation de la valeur centrale de la citoyenneté dans les sociétés démocratiques. Elle est la consécration institutionnelle d'une certaine idée de la Cité. Si on ne se représentait les droits *que* comme des opportunités, on manquerait la dimension de finalité qui se dévoile dans leur proclamation même. On réduirait les droits à n'être que des libertés négatives (ne pas être empêché).

Les valeurs apparaissent dans le discours d'explicitation et de justification des droits. Ainsi, en adoptant le texte de la directive *Parental Leave*, l'Union européenne propose des schèmes de connaissance et de valorisation du monde social. Ils concernent les rapports de travail, les rapports de genre, les rapports familiaux. La catégorie de *Parental Leave* prend en effet son sens dans un discours très général, à haute ambition morale et politique, que révèlent les « considérants » de la directive. Ces « considérants » ne sont pas encore des règles, des prescriptions, mais bien les idées, des projections, qui fondent et orientent la réglementation qui va suivre. On aurait tort de considérer qu'ils sont sans effet juridique : ils rendent intelligible le *contenu* des dispositions auxquelles ils renvoient.

Dans ce discours, on peut discerner quatre composantes qui forment comme des noyaux sémantiques à partir desquels rayonnent des significations multiples. D'abord, de manière explicite, les institutions lient le droit au congé parental à une meilleure articulation entre vie familiale et vie professionnelle (considérants n°3 et 5 de la directive). Il ne s'agit donc pas d'affirmer sans nuance la valeur-travail, mais de la relativiser dans ce qui s'esquisse comme une conception pluraliste des sphères de la vie. En second lieu, la dimension « gender » constitue, de toute évidence, un deuxième axe symbolique de ce droit : la lutte contre les discriminations de genre (considérants n°3 et 17 de la directive) est au centre du dispositif. Il s'agit bien de congé parental, et non pas seulement maternel. Il s'agit d'une prise en considération de potentiels besoins spécifiques liés à l'égalité des hommes et des femmes sur le marché du travail. Troisième noyau sémantique : loin de se limiter à la sphère *hors* du travail, et à l'égalité *face* au travail, le droit au congé parental est justifié par un discours *sur* le travail. Il promeut le développement de nouveaux modes flexibles d'organisation du travail et du temps – pour favoriser la compétitivité de l'économie (considérants n°5, 6 et 12 de la directive). Cette quête de flexibilité s'associe à un souci de sécurisation des travailleurs en congé parental : la directive préconise le maintien des prestations en nature versées au titre de l'assurance-maladie pendant la durée minimale du congé ainsi que le maintien des droits aux prestations de la sécurité sociale (considérants n°10 et 11 de la directive). Enfin, la mise en œuvre de la directive produit également un effet symbolique sur le partage du temps de travail dans son rapport avec l'emploi. Bien que la directive n'encourage pas explicitement le remplacement systématique des travailleurs en congé parental par des travailleurs temporaires, la problématique du remplacement est évoquée dans l'accord-cadre : la difficulté à trouver un remplaçant constitue, dans le chef de l'employeur, une raison justifiable, liée au fonctionnement de l'entreprise, de reporter l'exercice du droit au congé parental. Les modes

flexibles d'organisation du travail et du temps produisent, de manière systémique, de la flexibilité, – en ce compris la déformalisation des catégories d'emploi et de chômage, dans la mesure où l'allocation d'interruption de carrière professionnelle est du ressort de l'assurance-chômage (nous reviendrons sur ce point).

En structurant l'espace des opportunités, le droit suggère donc *en même temps* des manières nouvelles d'interpréter le monde ; et des raisons publiquement recevables d'opter pour ces opportunités. Les institutions juridiques proposent aux acteurs des comportements *et* des raisons d'agir, elles mettent au travail les catégories interprétatives des acteurs qui doivent composer avec les significations véhiculées par le droit. Cette efficacité symbolique est la première dimension à prendre en compte quand on évoque la mise en œuvre du droit. Dans ce registre, un droit n'a pas besoin d'être sanctionné pour être efficace. Au contraire, pourrait-on dire, puisque l'absence de recours judiciaires peut très bien signifier l'efficacité remarquablement haute d'un droit dont les violations sont plutôt rares (tout comme il peut signifier au contraire la non-efficacité symbolique totale d'un droit). Il est tout aussi exclu de mesurer cette efficacité symbolique par des indicateurs quantitatifs. L'effet de sens est non-mesurable, mais, contrairement à ce qu'avance le paralogisme positiviste en vogue dans le *New Public Management* (*seul le mesurable est réel*), il n'en est pas moins efficace. Il se pourrait bien qu'en matière d'efficacité juridique, le réel le plus fondamental soit, justement, ce non-mesurable de l'effet de sens. C'est pourquoi Sen a raison de considérer, dans son ébauche de théorie des droits humains (dans ce volume), que la reconnaissance des droits est la première des trois voies de leur efficacité.

L'impact symbolique des droits sur la culture d'une société représente donc la première des dimensions à analyser. Cette idée est familière aux sociologues. On l'évoque d'habitude par le concept de « socialisation juridique ». Bourdieu l'a reprise à son compte en évoquant la violence symbolique de l'État (et du droit qui l'exprime). A travers le droit (notamment), l'État, dit Bourdieu « est en mesure d'imposer et d'inculquer de manière universelle, à l'échelle d'un certain ressort territorial, des structures cognitives et évaluatives identiques ou semblables » (1994, p. 124). Les professionnels du droit joueraient dans ce processus de domination un rôle très important puisque pour comprendre l'efficacité symbolique de l'État, il faut « s'attacher tout particulièrement à la structure du champ juridique, porter au jour les intérêts génériques du corps des détenteurs de cette forme particulière de capital culturel, prédisposé à fonctionner comme capital symbolique, qu'est la compétence juridique » (1994, p. 130). La socialisation juridique ne serait donc que l'intériorisation, par les personnes, des structures objectives de la domination étatique.

On a, dans ces remarques de Bourdieu, un exemple parfait des mauvaises conséquences qui découlent de la réduction du droit à des commandements. Les *raisons* du droit sont alors, par contagion, elles-mêmes traitées comme des inculcations, des prisons de la pensée, une violence du pouvoir. Du coup, les raisons cessent d'être des raisons, il ne reste plus que des « nominations » et la capacité de choisir est renversée en *habitus*.

Le problème de l'analyse de Bourdieu est qu'elle sous-estime l'équivoque et la multiplicité des significations du droit, de même que l'importance des délibérations publiques sur les normes. Même s'ils le voulaient, l'État et les juristes qui sont à sa solde (prétendue) auraient beaucoup de mal à unifier et limiter la pluralité possible des interprétations du droit. La ressource ne commande pas l'usage, le texte ne commande pas l'interprétation, le droit n'assigne pas le sens social à résidence étatique.

Du côté d'une *Capability approach*, l'efficacité symbolique d'un droit ne dépend pas de la capacité des individus d'intérioriser ses normes, ni de les manipuler. Elle dépend plutôt de la capacité des individus à inscrire les valeurs proposées par le droit dans le tissu de raisons qui commandent leurs choix de vie. Cela n'est pas une affaire de dressage par la violence symbolique mais de construction d'un discours sensé. En d'autres termes, le droit au congé parental devient un droit effectif s'il s'accorde, dans le monde vécu des personnes, avec des exigences internes aux *idéaux de réalisation de soi* qui habitent ce monde et y paraissent publiquement recevables. Cette rencontre entre institution juridique et discours culturels n'est nullement automatique et échappe largement à la maîtrise de l'État.

C'est bien sur ce plan d'abord que l'appréciation du droit au congé parental doit porter. Est-il vraiment attesté que les significations que le droit au congé parental donne au travail flexible sont des significations partagées et partageables par les personnes ? On peut noter l'existence de puissantes contre-tendances contextuelles. Tout un registre de discours assimile la flexibilité à l'efficacité économique, à l'excellence professionnelle, à la *work ethics*, non à la réalisation plurielle de soi. On peut par ailleurs se demander si les travailleurs masculins ont vraiment la capacité de donner un sens publiquement recevable dans leur monde à leur préférence pour la famille plutôt que pour le travail. Prendre un congé parental ne va-t-il pas être interprété par l'employeur et les collaborateurs comme un signe de désintérêt pour le travail professionnel ? Comme un manquement aux conceptions partagées de la virilité ? Si le droit au congé parental tombe dans un monde culturel où la division des tâches reste foncièrement machiste et où l'éthique du travail écrase toutes les autres sphères de rapports sociaux, il risque de ne pas du tout remplir ses objectifs et de renforcer les inégalités.

Les statistiques belges du congé parental indiquent en effet cette réalité : la majorité de ses usages reste massivement féminine. La part relative des hommes en congé parental est de 5,5 % en 2000. Elle passe à 17, 2 % en 2005, ce qui témoigne d'une augmentation intéressante, quoiqu'on se trouve encore loin de la parité. Le droit au congé parental n'a pas encore suffi à modifier l'environnement culturel et normatif qui encadre la parentalité.

Tout cela suggère qu'une des conditions de l'effectivité du droit au congé parental réside dans un travail culturel et politique sur la mise en cohérence des significations d'un droit et de la culture des personnes. Faute de cette cohérence, les personnes manquent des capacités réelles de les mettre en œuvre. Il se pourrait bien que les citoyens (tant du côté des employeurs que des employés) donnent intentionnellement aux opportunités ouvertes par le droit un sens absolument non prévu par celui-ci. Retenons donc cette dimension capitale des capacités : un droit devient effectif si l'ensemble des significations qu'il valorise s'inscrit sans incohérence dans la capacité d'une personne à se réaliser, c'est-à-dire à donner un sens à sa vie (ou, comme dit Sen, choisir un « projet de vie »).

### **Les droits comme accès institutionnalisé à des ressources**

Prenons à présent le droit non comme une orientation du sens mais comme un instrument légal. On réduit souvent à ce type d'approche l'efficacité des droits. Cette réduction vient d'une théorie internaliste du droit, celle que valorise le juriste positiviste. Du coup, on débouche sur une version purement juridique de la capacité des personnes. Cette notion constitue une composante indispensable d'une théorie globale de la capacité des personnes. Mais elle doit être encadrée par une appréciation des finalités, c'est-à-dire des raisons et du sens des droits (ci-dessus) ; et par une considération des facteurs de conversion non

directement juridiques de mise en œuvre des droits (ci-dessous). Moyennant le respect de ce triptyque, elle a toute sa place dans une approche des droits par les capacités.

Le droit constitue une ressource d'accès à des ressources. Trois types de ressources sont rendues accessibles par le droit : des ressources statutaires ; des ressources monétaires ; des ressources judiciaires. Avec un droit comme le droit au congé parental vient donc tout un « équipement » qui conditionne fortement les capacités des personnes à en faire usage.

Avant d'aborder chacune de ces ressources, précisons pour le lecteur non familier du système belge que dans notre pays, la directive européenne *Parental Leave* a fait l'objet d'une transposition complexe garantie par une convention collective d'une part, agréée au niveau national, et par des arrêtés royaux d'exécution d'autre part<sup>1</sup>. Dans ce processus de traduction, on a eu affaire à une remarquable intersection de deux institutions, l'une ancienne – l'interruption de carrière, l'autre nouvelle – le congé parental. L'interruption de carrière est une disposition datant de 1985<sup>2</sup>. Elle fut une mesure d'assouplissement du contrat de travail liée à la lutte contre le chômage et la montée progressive de l'exigence d'individualisation des carrières. Le congé parental s'inscrit dans le nouveau chapitre post-fordiste de la flexibilité. Les deux institutions fusionnent dans le droit belge, notamment sur un point crucial : concernant la rémunération, le congé parental est assimilé à l'interruption de carrière.

Des dispositions très précises en fixent les conditions d'exercice : l'âge de l'enfant né du bénéficiaire ne peut excéder 4 ans, celui de l'enfant handicapé 8 ans, celui de l'enfant adopté 8 ans (4 années après la date d'adoption) ; le bénéficiaire doit avoir travaillé pendant 12 des 15 mois précédant la notification écrite. Elles déterminent la durée maximale (3 mois) et les modalités du congé parental (à temps plein ou temps partiel), selon les secteurs. Trois formules sont retenues : le congé parental à temps plein pendant trois mois maximal, le congé à mi-temps pendant 6 mois maximal, le 4/5 de temps pendant 15 mois maximum. Elles fixent de manière concrète des protections spéciales du travailleur contre le licenciement. Elles déterminent les droits sociaux et le statut du travailleur en congé parental. Chose remarquable : le contrat de travail se poursuit pendant le congé, bien que son exécution soit suspendue, notamment en ce qui concerne l'acquisition de nouveaux droits liés à la rémunération.

Dans ce régime, les ressources allouées aux personnes sont d'abord *monétaires*. Etant assimilée à une interruption de carrière, le droit au congé parental donne accès à une petite allocation nationale qui ne remplace pas le salaire mais est quand même significative.

---

<sup>1</sup> La mise en œuvre de la directive 96/34/CE s'est opérée, en Belgique, par une double voie conventionnelle et légale : d'une part, l'élaboration de la Convention collective de travail n°64 du Conseil National du Travail instituant un droit au congé parental (29/04/1997) ; d'autre part, l'Arrêté Royal du 29 octobre 1997 relatif à l'introduction d'un droit au congé parental dans le cadre d'une interruption de la carrière professionnelle (applicable au secteur privé), les Arrêtés Royaux du 07/05/1999, 26/05/1999 et du 04/06/1999 (applicables au secteur public), l'Arrêté Royal du 04/06/1999 (applicable au secteur de l'enseignement), et l'Arrêté Royal du 10/06/2002 (applicable aux membres du personnel statutaire et contractuel des entreprises publiques autonomes).

<sup>2</sup> Arrêté royal du 22 janvier 1985 applicable au secteur public et au secteur privé.

*Montant de l'allocation forfaitaire versée par l'ONEM en cas de congé parental  
(2000-2005)*

|                            | Interruption<br>complète | Réduction à 1/2 temps |          | Réduction à 1/5 temps |          |
|----------------------------|--------------------------|-----------------------|----------|-----------------------|----------|
|                            |                          | - 50 ans              | + 50 ans | - 50 ans              | + 50 ans |
| Montants<br>mensuels bruts | 671,52                   | 335,75                | 569,52   | 113,9<br>ou 153,17*   | 227,81   |
| Montants<br>mensuels nets  | 603,50                   | 278,17                | 471,85   | 94,37<br>ou 126,91*   | 188,75   |

\* uniquement pour les travailleurs isolés (sauf statutaires de l'enseignement et des autorités fédérales)

Sur le plan *statutaire*, deux effets méritent d'être signalés. Le premier effet porte sur le concept même de contrat de travail. En suspendant l'exécution du contrat sans l'interrompre, le congé parental pourrait conduire à une forme de contrat d'activité (Boissonnat, 1995, p. 278-304) assurant la continuité d'un statut d'emploi par-delà la variation des occupations. Une de ses conséquences remarquables résulterait donc de sa capacité à faire série avec d'autres mesures (par exemple, en Belgique, l'interruption de carrière, disposition ouverte bien avant le congé parental) pour dessiner une règle nouvelle dans l'espace institutionnel. On pourrait peut-être parler de règle émergente, plus inductive que déductive, réfléchissante plutôt que déterminante, qui rendrait compte d'un des mécanismes majeurs de l'innovation juridique. Une telle interprétation réfléchissante de la mesure pourrait donner de vraies capacités nouvelles au travailleur. Le deuxième effet porte sur l'espace de la sécurité sociale. Ici encore, on peut constater l'étrange emboîtement entre deux institutions *a priori* bien distinctes : la sécurité sociale et le contrat de travail. Ce sont en effet les caisses d'allocation de chômage (de l'Office national de l'emploi) qui prennent en charge le versement des allocations d'interruption de carrière mobilisées par le congé parental ! Voilà donc le budget d'assurance-chômage mobilisé pour financer la flexibilisation du contrat de travail, non son interruption. Comme toujours, un cas peut faire école, et le processus pourrait se généraliser : la capacité des travailleurs de jouir d'allocations non directement liées au travail effectif ouvre peut-être la porte à des « droits de tirage » assurant la gestion des transitions (comme disent les spécialistes des « marchés transitionnels », cfr. Gazier, 2005).

Enfin, troisièmement, le droit au congé parental est assorti d'un droit de recours *judiciaire*. On peut dire qu'il s'agit là de la seule ressource directement créée par la directive européenne elle-même (qui ne prévoit aucune des ressources monétaires et statutaires dont nous venons de parler et qui n'apparaissent que dans le cadre de sa transposition en droit belge). Ce droit de recours a été utilisé à plusieurs reprises<sup>3</sup>. La jurisprudence des Cours et tribunaux a permis de préciser les contours de la version belge du droit au congé parental.

Ces ressources monétaires, statutaires et judiciaires sont donc rendues disponibles par le régime belge de transposition de la directive et par la directive elle-même. Mais ces ressources ne constituent que des usages possibles du droit au congé parental. Leur conversion en accomplissements réels dépend de nombreux facteurs.

<sup>3</sup> 2<sup>ème</sup> chambre du Tribunal du Travail de Bruxelles, le 17/12/2001 (n°JS60084\_1), 4<sup>ème</sup> chambre de la Cour du Travail de Bruxelles, le 16/11/2004 (n°JS1670\_1), 8<sup>ème</sup> chambre de la Cour du Travail de Liège (section de Liège), le 18/03/2004 (n°JS60789\_1).

Il faut que les personnes aient d'abord *conscience* de ces droits. Cela suppose plus que l'existence de textes de loi : l'information doit être diffusée, répétée, mise en œuvre dans des cas exemplaires bien connus du public. Au cours de ses enquêtes, le sociologue constate souvent que des personnes – et même des entreprises, voire des secteurs économiques tout entiers – n'ont aucune conscience des ressources mises à leur disposition. Il faut aussi que des *supports* à la revendication des droits soient disponibles : dans l'appareil judiciaire, se pose la question cruciale de l'accès, matériel et symbolique, à la justice ; dans le domaine de l'action publique, se pose celui de l'existence des relais collectifs, politiques, associatifs, médiatiques, à une revendication des droits. Sur ce plan, les dispositifs intermédiaires sont cruciaux pour l'effectivité du droit. Il faut enfin que la revendication des droits ne mette pas trop en péril la situation des personnes qui s'en réclament. Une revendication de droits peut en effet déboucher sur un conflit. Un conflit peut être très coûteux, matériellement, socialement, psychologiquement. La réalisation des droits ne dépend pas seulement du droit ; l'inventaire des ressources ne suffit pas à rendre compte de l'efficacité des droits. Il nous faut donc nous tourner vers les facteurs de conversion contextuels.

### **Les facteurs de conversion non-juridiques des droits**

Si on prend un point de vue de survol sur les usages du congé parental en Belgique, l'attention est immanquablement attirée par un étonnant contraste : l'usage du congé parental est significativement plus restreint en Wallonie et à Bruxelles qu'en Flandre. En 2005, 72% des personnes en congé parental résident en Flandre, 22,4 % en Wallonie et 5,6 % dans la capitale. Signalons toutefois une certaine tendance à la baisse de cette disproportion depuis l'année 2000. Et sur les 27352 unités physiques estimées en moyenne annuelle en Belgique pour 2005, 58,4% sont des femmes résidant en Flandre. Notons cependant que la part relative des hommes en congé parental est (et a toujours été) la plus importante en Flandre, soit 18,9% en 2005.

**Congé parental :  
ventilation par année et par Région (%)**

|      | <b>Région<br/>bruxelloise</b> | <b>Flandre</b> | <b>Wallonie</b> | <b>Total</b> |
|------|-------------------------------|----------------|-----------------|--------------|
| 2000 | 4,5                           | 75,3           | 23,7            | 100,0        |
| 2001 | 5,0                           | 73,0           | 21,9            | 100,0        |
| 2002 | 5,8                           | 72,4           | 21,8            | 100,0        |
| 2003 | 5,6                           | 72,4           | 22,0            | 100,0        |
| 2004 | 5,7                           | 72,0           | 22,3            | 100,0        |
| 2005 | 5,6                           | 72,0           | 22,4            | 100,0        |

Source : ONEM (unités physiques en moyenne annuelle)

Comment expliquer une telle disparité régionale dans un régime national homogène? On peut faire des hypothèses sur les facteurs qui habilitent les flamand(e)s à convertir leurs droits en congé parental effectif plus facilement que les wallons et les bruxellois. Trois types de facteurs semblent tout à fait importants.

1) *la famille comme facteur de conversion* : En ce qui concerne la structure de la population active, on notera que la Flandre concentre 58,1% des ménages avec enfants. On notera également que la Région bruxelloise se caractérise par une surreprésentation de mères seules, particulièrement de mères seules avec 2 enfants ou plus. Un rapport statistique note qu' « alors que les ménages bruxellois ne représentent que 11% des ménages belges, 13% de toutes les mères seules résident en Région bruxelloise. Pour ce qui concerne les femmes seules avec 3 enfants ou plus, ce taux s'élève à 15%. Près de 10% des pères seuls résident dans la Région bruxelloise. Près d'un tiers des mères de la Région bruxelloise sont seules (29% par rapport à 14,4% dans la région flamande et 21,8% dans la Région wallonne). 5,7% des pères bruxellois sont seuls (par rapport à 3,6% en Flandre et 4,7% en Wallonie). » (OBMTQ, 2004 :15). La composition des ménages, en Région wallonne, semble se situer à un niveau intermédiaire entre la Flandre et Bruxelles. On peut supposer que la famille unie flamande constitue un facteur de conversion favorable au congé parental maternel puisqu'elle permet une continuité du revenu inatteignable par les familles monoparentales.

2) *le marché du travail comme facteur de conversion* : les taux de chômage sont les plus élevés à Bruxelles, les taux d'activité les plus bas en Wallonie, les taux d'emploi les plus élevés en Flandre. La concurrence sur le marché du travail n'est donc pas homogène sur l'ensemble du territoire belge. Le risque de perdre son emploi est sensiblement plus élevé à Bruxelles et en Wallonie qu'en Flandre, ce qui peut expliquer une frilosité à l'égard d'une interruption de carrière, même temporaire.

Taux d'emploi, taux d'activité et taux de chômage selon le sexe et la région de résidence (année 2004)

|                     | Région bruxelloise |      |      | Flandre |      |      | Wallonie |      |      | Belgique |      |      |
|---------------------|--------------------|------|------|---------|------|------|----------|------|------|----------|------|------|
|                     | H                  | F    | T    | H       | F    | T    | H        | F    | T    | H        | F    | T    |
| Taux d'activité *   | 72,1               | 56,7 | 64,3 | 75,1    | 60,7 | 68,0 | 70,8     | 54,4 | 62,6 | 73,4     | 58,2 | 65,9 |
| Taux d'emploi **    | 60,3               | 47,9 | 54,1 | 71,6    | 56,7 | 64,3 | 63,2     | 46,9 | 55,1 | 67,9     | 52,7 | 60,3 |
| Taux de chômage *** | 16,3               | 15,4 | 15,9 | 4,6     | 6,6  | 5,4  | 10,7     | 13,8 | 12,1 | 7,6      | 9,6  | 8,5  |

Source : INS-EFT

\*Taux d'activité : population active/population totale

\*\*Taux d'emploi : population ayant un emploi/population totale

\*\*\*Taux de chômage : chômeurs BIT/population active

3) *L'allocation régionale comme ressource supplémentaire*: il convient également de mentionner l'allocation complémentaire d'une centaine d'euros versée par le gouvernement de la Communauté flamande à ceux qui optent pour le congé parental (à la condition qu'ils soient belges et résident en Flandre). Ni les wallons ni les bruxellois ne bénéficient d'avantages équivalents.

## Dépasser la conception magique du droit

Une conception magique des droits - et du droit en général - prévaut en matière d'action publique : il suffirait qu'une loi existe pour que le réel s'en trouve, automatiquement, transformé. A cette conception se rattache une conception « platonicienne » de l'action politique : la politique consiste à faire les lois. La production de normes suffirait donc à faire une politique européenne. Et se rattache aussi une certaine vision du contrôle d'effectivité : la seule chose qui importe, dans cette perspective, est la transposition du droit européen en lois nationales. La Commission et les juges européens ne doivent veiller qu'à la bonne mise en œuvre de ce travail légistique dans les Etats membres. Tout le reste n'est qu'affaire de subsidiarité.

Une approche par les capacités démontre l'imposture de cette conception magique du droit. Un tel point de vue « internaliste » sur le système juridique est très inadéquat pour rendre compte de l'effectivité d'un droit. Si la promotion des droits devient vraiment une orientation politique de l'Union européenne, si les droits sont considérés comme des « buts » (Sen, 1985), il faut bien plus qu'un contrôle de la transposition législative des droits.

Il faudrait d'abord prendre en compte les multiples intermédiations du droit (De Munck, 2006). Au plan symbolique, le droit au *Parental Leave* ouvre un espace d'interprétation qui peut sans conteste s'avérer fertile et franchement progressiste. Il pourrait participer à la reconfiguration du sens du travail et de la famille. C'est peut-être à ce titre qu'il pourrait être, finalement, le plus novateur : il ouvre de nouveaux mondes possibles à l'imagination des Européens car il élargit l'éventail des choix de vie publiquement reconnus. Mais cela suppose un immense travail culturel d'interprétation, tant dans la sphère juridique *stricto sensu* que dans le monde vécu des européens. Ce travail passe nécessairement par des délibérations et des communications mettant en jeu syndicats, organismes, municipalités, etc. Ce sont les intermédiaires politiques, juridiques, associatifs et administratifs qui détiennent la clef des interprétations et réinterprétations statutaires d'une mesure comme le congé parental.

Ce qui est vrai pour le droit comme valeur, est aussi vrai pour le droit comme ressource. Même dans un régime aussi « social » que le régime belge, les ressources offertes par le droit sont insuffisantes à égaliser les capacités à jouir d'un droit comme le droit au congé parental. L'usage effectif de ces ressources suppose en réalité un maillage étroit assurant à tous les citoyens un accès à ces ressources. C'est dire que l'implication de la société civile organisée dans la politique européenne est une des conditions de l'effectivité des droits qu'elle proclame.

Il faudrait en second lieu oser mettre en cause le sacro-saint principe de subsidiarité. Il constitue désormais un obstacle à une politique européenne des droits. On a vu combien, par exemple, l'existence d'une allocation est déterminante dans l'usage du droit au congé parental par les personnes ; et, du coup, à l'intérieur même d'un système national belge, combien elle contribue aux inégalités dans ce domaine. Que penser alors des inégalités de jouissance du droit au congé parental au niveau de l'Europe tout entière ? La création d'un Fonds européen du congé parental, qui donnerait une allocation de remplacement significative à tous les Européen(ne)s qui opteraient pour son usage, serait une vraie mesure d'égalisation et un geste fort de création de capacités sur le marché du travail. Sans être suffisante, cette mesure aurait au moins le mérite de contribuer significativement à la lutte contre les inégalités des Européens et à ouvrir le choix des mondes possibles au cours de leurs existences. La production d'une directive « non-équipée » d'un tel dispositif a été un premier pas, mais elle deviendra un cache-misère social si un second pas n'est pas fait dans cette direction. Alors le projet européen, embourbé aujourd'hui dans le discours de la nécessité et de la réduction des possibles, pourra redevenir un projet d'ouverture de nouveaux mondes possibles, c'est-à-dire un projet de liberté.

## Bibliographie

Bourdieu P.

1994 *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil (Points-essais)

De Munck J.

2006 "Vers un nouveau paradigme du droit", in F. Eymard-Duvernay (ed.), *L'économie des conventions. Méthodes et résultats*, Paris, La découverte, p. 249-264

France. Commissariat Général Du Plan, Mabit R. & Boissonnat J.

1995 *Le travail dans vingt ans*, Paris, O. Jacob

Friedman L. M.

1971, "The Idea of Right as a Social and Legal Concept", *Journal of Social Issues* 27, n°2, p. 189-198

Gazier B.

2005, "Marchés transitionnels du travail et restructurations : vers une gestion collective des transitions", *revue de l'IREs* n°47, p. 301-317

Kalinowski G.

1972 *La logique des normes*, Paris, Presses universitaires de France

Lascoumes P. & Serverin E.

1995 "Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques", in P. Lascoumes (ed.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J. (droit et société), p. 155-177

Luhmann N.

1981 "Communications about law in interaction systems", in K. D. Knorr-Cetina (ed.), *Advances in social theory and methodology. Toward an integration of micro- and macro-sociologies.*, Boston London, Routledge, p. 234-256

Observatoire bruxellois du marché du travail et des qualifications

2004 *La situation des femmes sur le marché du travail bruxellois*, ORBEM

Sen A. K.

1970, "The Impossibility of a Paretian-liberal", *Journal of Political Economy* 78, p. 152-157

Sen A.

1985 "Rights as Goals", in S. Guest & A. Milne (ed.), *Equality and Discrimination : Essays in Freedom and justice*, Stuttgart, Steiner-Verlag-Wiesbaden-GmbH

Sen A. K.

2004, "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy and Public Affairs* 32, n°4, p. 315-356; article traduit en français dans ce volume de *Raisons pratiques*.