



HAL
open science

Les sources juridiques d'une sociohistoire critique du travail (France XIX-XXe siècle)

Claude Didry

► **To cite this version:**

Claude Didry. Les sources juridiques d'une sociohistoire critique du travail (France XIX-XXe siècle). Antoine Basset *Approches critiques du droit*, A paraître. halshs-03284815

HAL Id: halshs-03284815

<https://shs.hal.science/halshs-03284815v1>

Submitted on 12 Jul 2021

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

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

Les sources juridiques d'une sociohistoire critique du travail

(France XIX-XXe siècle)

Claude Didry (Centre Maurice Halbwachs)

claudedidry@ens.fr

à paraître dans Antoine Basset (s.d.) *Approches critiques du droit*

Il est courant de considérer le droit du travail comme l'expression d'un « droit social » destiné à limiter la misère ouvrière suscitée par le régime salarial accompagnant le développement du capitalisme, en formalisant une relation inégale entre ouvriers et patrons dans un droit limitant l'exploitation de la force de travail. Dans le cas britannique, tel que l'analysent Friedrich Engels¹ puis Karl Polanyi², le fait premier serait celui des *enclosures* libérant une population rurale contrainte par la misère de s'embaucher dans les grandes industries naissantes. C'est alors de la révolte suscitée par l'oppression industrielle pour Engels, ou de la crise de la société de marché pour Polanyi, que naissent les bases d'un droit du travail et d'une protection sociale. En France, la suppression des corporations marque le point de départ d'un salariat conçu à partir du délit de coalition qui prolonge la fin du régime corporatif. Il est couramment admis que la Révolution a mis hors la loi toute mobilisation ouvrière, en donnant crédit à la thèse d'un droit étatique de la subordination, cédant progressivement face au droit de la Société que portent les collectivités ouvrières (en reprenant la perspective du « jeune » Gurvitch³). La sociohistoire du droit du travail documenterait des sources du droit du travail et de la protection sociale tenues, en tant que telles, pour profondément extrajuridiques, voire anti-droit de l'État.

¹ Friedrich Engels, *La situation de la classe laborieuse en Angleterre*, Paris, Éditions sociales, 1960 [1844].

² Karl Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983 [1944].

³ Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée de droit social*, Paris, Vrin, 1932. On peut penser que cette théorie du droit social représente un premier état de la théorie sociologique de Gurvitch, appelé à envisager par la suite une « sociologie juridique » à mesure que le droit étatique intègre les éléments constitutifs d'un État social.

Mais, pour la France, le legs de la Révolution dans le domaine des rapports productifs ne se réduit pas à une libéralisation des activités économiques par répression des atteintes à la concurrence entre ouvriers et entre patrons, avec pour conséquence l'écrasement des masses ouvrières sous la misère suscitée par une exploitation débridée de la force de travail. La dynamique législative de la Révolution et de l'Empire marque d'abord l'avènement d'une « *expérience juridique* » d'un genre nouveau⁴, celle d'une société reposant sur l'état de droit symbolisé par ce droit commun que constitue le « Code civil des Français » promulgué en 1804. En ce sens, elle rompt avec la multiplicité des « confessions juridiques » qui sous l'ancien régime enfermaient les sujets dans des réglementations et des juridictions particulières en fonction de leur appartenance à un ordre (Tiers État, Noblesse, Clergé), à un territoire (Parlements régionaux), à un métier (soumis à la discipline corporative).

Quelles en sont les conséquences pour une sociologie du droit du travail ? Cette expérience juridique d'un droit commun sur le territoire français porte en elle une dimension critique à l'égard d'une sociologie du droit conçue comme une théorie des *sources sociales du droit*, entendant elle-même porter une critique du positivisme juridique. Elle oblige à considérer la *présence* du droit dans la vie sociale, que règle et organise le Code civil dans le cadre de l'état de droit institué par la Révolution. Elle conduit également à envisager le droit du travail comme une construction juridique qui ne part pas d'un néant juridique, mais se greffe sur le droit « déjà-là » que constitue notamment le *louage d'ouvrage* dans le Code civil comme référence originaire des rapports productifs. C'est finalement une critique législative du droit issu de la Révolution, que donne à voir cette élaboration d'un code du travail au début du XXe siècle, en suggérant une sociohistoire – critique dans sa démarche – de la critique législative constituant son objet.

Un retour sur la sociologie durkheimienne permettra de dégager les contours de cette sociologie doublement critique du droit, tant à l'égard d'un positivisme juridique en quête d'un droit « pur » et ainsi abstrait de l'activité législative, qu'à l'égard d'une théorie des sources sociales du droit. Nous verrons alors en quoi l'émergence d'un droit du travail – sous la forme d'un code spécifique – permet de mettre en œuvre ce programme de recherche.

⁴. En nous inspirant de Georges Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

1. Durkheim, ou le tournant juridique de la sociologie.

Dans une vision partagée par les traités de droit du travail, l'origine du droit du travail renvoie à une forme de libéralisme disciplinaire où se déploient la liberté du travail résultant de la suppression des corporations (décret d'Allarde des 7-17 mars 1791), l'interdiction des coalitions (loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791) prolongée par les articles 415 et 416 pénalisant les coalitions, l'autonomie de la volonté rapportée au « contrat de louage de services »⁵ (article 1780), l'inégalité du maître et de l'ouvrier (article 1781 du Code civil et livret ouvrier rétabli par la loi Chaptal de 1803). La conséquence en est une exploitation des ouvriers par les patrons (sous la forme de journées de travail extensives et d'une discipline patronale abusive) qui, payant des salaires insuffisants condamnent les premiers à la misère⁶. Le silence résultant de l'interdiction des coalitions précède la parole que restaure un droit social répondant à des considérations humanitaires et au souci de contenir la révolte ouvrière⁷. Le caractère évident de cette emprise disciplinaire de la Révolution sur le monde ouvrier aboutit à une convergence étonnante d'une doctrine juridique plutôt « progressiste » en droit du travail, avec la lecture réactionnaire (royaliste) de la Révolution.

L'histoire économique (sous la figure de l'industrialisation), sociale (genèse du mouvement ouvrier) et politique (la Troisième République) est alors sollicitée pour expliquer l'émergence de ce droit nouveau. Plus près de nous, dans un mouvement quasiment inverse à celui de la première industrialisation, les évolutions technologiques sont prises comme les facteurs d'un affaiblissement de la *subordination* et vues comme une remise en cause du contrat de travail, en envisageant par exemple des formes intermédiaires entre l'indépendance et le salariat dans sa forme classique⁸.

Face à cette vision très surplombante d'un droit civil et pénal ouvrant la voie au « capitalisme » sous sa forme la plus débridée, assortie d'une mise au pas disciplinaire du monde ouvrier, en attendant l'intervention d'un État philanthropique, la sociologie durkheimienne invite à revenir sur la présence du droit dans la vie sociale. Ainsi, elle part du

⁵. « Le travailleur louant contre un salaire sa force de travail (conception du travail-marchandise) » (Gérard Lyon-Caen et Jean Pélissier, 1990, *Droit du travail*, Quinzième édition, Paris, Dalloz, p. 11).

⁶. Nous avons suivi ici le fil argumentatif de Gérard Lyon-Caen et Jean Pélissier, *Ibid.*.

⁷. Jean-Pierre Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, quatrième édition, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2919.

⁸. Jean-Emmanuel Ray, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Droit social* 1995 n°7-8 juillet-août, p. 438, et Alain Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, n°2 février, 2000, p. 131-145.

caractère crucial du droit dans les interactions sociales les plus courantes, pour envisager le droit comme un réservoir de catégories permettant dépasser les prénotions vulgaires dans l'identification des faits sociaux et l'analyse de l'évolution des institutions sur le long terme.

1.1. « Mais le droit contractuel est là »

Dans un premier état de la sociologie reposant sur la mise au jour d'un corpus de règles intangibles dans les sociétés traditionnelles, comme l'Inde de Maine⁹ ou les « sociétés militaires » de Spencer¹⁰, le développement des sociétés modernes (« industrielles » pour Spencer) paraît conférer une place croissante aux initiatives individuelles au détriment de toute régulation sociale imposant la loi du groupe contre la liberté des individus. Le cœur de la démonstration de Spencer est le *contrat*, par lequel les individus composent leurs relations avec les autres individus en fonction de la recherche de leur bonheur propre, en aboutissant à une forme d'« équilibre » dans les « sociétés industrielles ». Cette démarche se retrouvera plus tardivement, sous une forme pessimiste symétrique de l'optimisme de Spencer, dans la sociodicée que présente Polanyi¹¹. Le point de départ de cette sociodicée est pour lui la société idyllique des Argonautes fondée sur une allocation centralisée des ressources matérielles, le point d'arrivée est le règne du marché « autorégulé » reposant sur le contrat.

La sociologie durkheimienne se présente comme une rupture épistémologique à l'égard de cette tradition sociologique, en s'appuyant sur le droit pris comme « symbole de la solidarité sociale », dans *De la division du travail social*¹² – sa thèse, qu'il soutient et publie en 1893. Écartant le culte monolithique et parfois chauvin de *la* solidarité, Durkheim présente des formes de solidarité spécifiques à chaque société, prises dans la tension entre une solidarité mécanique visant la conformité à un modèle commun et une solidarité organique fondée sur la recherche de la complémentarité entre des individus différents dans un processus de division du travail. Cela le conduit à écarter la restauration d'une solidarité idéale ébranlée par la montée d'un individualisme dissolvant les liens sociaux que vise notamment

⁹. Henry Sumner Maine, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874 [1861].

¹⁰. Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, vol. 3, Paris, Librairie Germer Baillière et Compagnie, 1883 [1879].

¹¹. Karl Polanyi, *La grande transformation*, *op.cit.*

¹². Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1930 [1893].

le solidarisme de Léon Bourgeois¹³, pour envisager la progression de la solidarité organique inhérente à la division du travail au détriment de la solidarité mécanique.

Durkheim prend alors le droit comme le matériau de son enquête en distinguant dans la matière juridique – de manière homothétique à ces deux formes de solidarité – d’une part, un *droit répressif* reposant sur la peine comme souffrance infligée à l’individu fautif par la société, et, d’autre part, un *droit restitutif* visant la continuité des interactions, par la réparation de ce qui les trouble. Par cette distinction, Durkheim entend dépasser la fracture entre droit privé – conçu par la Faculté comme le cœur de la discipline juridique – et droit public centré sur l’État. Celui lui permet alors de montrer la croissance relative du droit restitutif à l’égard du droit répressif, à mesure que se développe la division du travail. Il en résulte également que, loin de disparaître, le droit connaît une croissance générale résultant d’une complexification et d’une diversification du droit restitutif. En cela, le diagnostic d’un effacement de toute régulation dans les sociétés modernes, « industrielle » pour Spencer, se trouve invalidé.

Mais la critique de la théorie spencérienne se fait plus incisive dans le chapitre 7 de *De la division du travail social* intitulé « Solidarité organique et solidarité contractuelle », en visant la place du contrat dans la sociologie de Spencer. Elle part de l’assertion, par Spencer, d’une emprise croissante du contrat éliminant progressivement celle de l’État comme forme résiduelle de la discipline militaire propre aux sociétés primitives. Dans un premier temps, Durkheim met en cause cette thèse en montrant comment la famille perd son caractère contractuel pour devenir un organe social placé sous le contrôle administratif de l’État, ce qu’il a longuement exploré dans son cours sur la famille. Dans un deuxième temps – le plus décisif – c’est le contrat lui-même qui est visé, à travers une exégèse du Code civil qui montre l’exercice d’une « action sociale »¹⁴ au cœur même du contrat (dans sa formation, son exécution et sa dissolution). Dans l’énumération des articles mentionnés par Durkheim, « ce qui montre mieux encore que les contrats donnent naissance à des obligations qui n’ont pas été contractées, c’est qu’ils ”obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes

¹³. Le solidarisme de Léon Bourgeois, et son avatar nationaliste dans la thèse de Jean Izoulet, *La cité moderne et la métaphysique de la sociologie : le suicide des démocraties*, Paris, Alcan, 1894, s’inscrivent ainsi dans la recherche d’une « cure convenable » au mal social. Voir Charles Ogoubyi, *Le solidarisme comme « cure convenable » du mal social (des lendemains de la Révolution à la veille de la Première Guerre mondiale)*, thèse de droit et sciences sociales, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2019.

¹⁴. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 189.

les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (art. 1135). » Cet article du Code introduit une ouverture dans la « texture » du Code¹⁵, justifiant l'intervention d'une instance juridictionnelle. Il en résulte que cette lecture du Code représente une exégèse d'un genre particulier, à l'égard de ce que l'on a coutume de nommer l' « école de l'exégèse »¹⁶ dominante tout au long du XIXe siècle dans l'enseignement du droit en France. Elle conduit au constat d'une *présence* du droit au cœur même du contrat, formulé en ces termes :

Mais le droit contractuel est là qui détermine les conséquences juridiques de nos actes que nous n'avons pas déterminées. Il exprime les conditions normales de l'équilibre, telles qu'elles se sont dégagées d'elles-mêmes et peu à peu de la moyenne des cas. Résumé d'expériences nombreuses et variées, ce que nous ne pouvons prévoir individuellement y est prévu, ce que nous ne pouvons régler y est réglementé, et cette réglementation s'impose à nous, quoiqu'elle ne soit pas notre œuvre, mais celle de la société et de la tradition. Elle nous astreint à des obligations que nous n'avons pas contractées, au sens exact du mot, puisque nous ne les avons pas délibérées, ni même, parfois, connues par avance. Sans doute, l'acte initial est toujours contractuel ; mais il a des suites, même immédiates, qui débordent plus ou moins les cadres du contrat. Nous coopérons parce que nous l'avons voulu, mais notre coopération volontaire nous crée des devoirs que nous n'avons pas voulus¹⁷.

Ainsi, dans l' « action sociale » qui s'exerce à travers le contrat, le droit contractuel constitue « la norme fondamentale » de celui-ci, comme *référence* dans la recherche par le juge (dont la figure demeure le plus souvent implicite dans le propos de Durkheim), de la « réglementation sociale » (usages, morales professionnelles) permettant d'évaluer la normalité de son exécution : « une réglementation est ainsi nécessaire, dont l'étendue ne peut être limitée par avance¹⁸. »

1.2. L'État producteur de représentations collectives

Dans la démonstration de Durkheim, le Code civil apparaît donc comme une référence cruciale pour appréhender l' « action sociale » qui s'exerce via le contrat. Cela indique son importance dans la régulation et l'organisation de la vie sociale, notamment pour notre

¹⁵. Ouverture cadrée par la lettre même du droit, à rapporter à la texture ouverte du droit selon Neil Mac Cormick « La texture ouverte du droit », dans Paul Amselek et Christophe Gregorczyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 109-126.

¹⁶. « Face à ce Code neuf et sacralisé, tous les juristes conviennent de la nécessité d'un travail d'exégèse, c'est-à-dire d'interprétation littérale, comme on le faisait depuis des siècles pour la Bible (le rapprochement est en lui-même évocateur). » (Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé en France*, Paris, PUF, 2012, p. 37).

¹⁷. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 192, souligné par l'auteur.

¹⁸. *Ibid.*, p. 194.

propos en ce qui concerne les activités productives marchandes répondant à la demande de négociants¹⁹.

Mais si le Code civil – dans le sillage de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen –, conduit les individus à envisager leurs interactions à la lumière de ce cadre juridique commun aux « Français »²⁰, il ne représente pas un point d’aboutissement indépassable en dépit de sa rationalité formelle exemplaire, caractéristique d’un « droit d’essence révolutionnaire » se revendiquant du « droit naturel formel » selon Max Weber²¹. En effet pour Durkheim, selon une conception proche de la figure du régime parlementaire que constitue la 3^{ème} République, l’État se caractérise en premier lieu par la production de « représentations collectives » – de l’ordre du « fait social » dans *les Règles de la méthode sociologique* –. Durkheim déclare ainsi dans ses *Leçons de sociologie* : « Voilà ce qui définit l’État. C’est un groupe de fonctionnaires sui generis, au sein duquel s’élaborent des représentations et des volitions qui engagent la collectivité, quoiqu’elles ne soient pas l’œuvre de la collectivité²². » Ainsi, l’État constitue l’organe de la pensée sociale, et se définit comme le producteur de ces « représentations » que l’on peut identifier en grande partie à l’activité législative. Cela dessine un programme de recherche proche de la *sociologie politique du droit* proposée par Jacques Commaille²³, en sortant la sociologie d’une position ancillaire qui consisterait à fournir un état des mœurs vu comme extérieur au « Droit », pour préparer un ajustement de la législation guidé par l’activité dogmatico-doctrinale du juriste qui imprègne l’enseignement du droit²⁴. L’enjeu est ici d’appréhender le fonctionnement de la délibération législative, dans laquelle le juriste est susceptible de jouer un rôle plus ou moins explicite, en

¹⁹. En rappelant que les négociants, faisant habituellement des actes de commerce dans leur activité sont par ailleurs également régis par un droit d’exception qui perdure au cours de la Révolution et de l’Empire, le droit commercial, qui s’articule autour du Code de commerce de 1807 et des tribunaux de commerce maintenus par la réforme de 1790.

²⁰. Voir *Le Code civil des Français*, Paris, Imprimerie Nationale, 1804.

²¹. « En tant que produit d’une législation rationnelle, le Code civil – base de la grande majorité des codifications de l’Europe de l’Ouest et du Sud – est devenu le troisième droit universel, à côté du droit anglo-saxon, produit de la pratique juridique, et à côté du droit romain, produit d’une doctrine théorique et littéraire ; on en trouve le fondement dans ses qualités formelles qui en partie postulent en partie simulent des dispositions très claires et très intelligibles. » (Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2013, p. 263).

²². Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, 1950, p. 39.

²³. Jacques Commaille, *L’esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.

²⁴. « L’enseignement du droit, en France peut-être plus qu’ailleurs, est essentiellement formation par et à la *dogmatique juridique* (description raisonnée et ordonnée de la teneur des normes en vigueur ou du statut juridique des actions) et l’*activité doctrinale* (formulation et traitement des « questions de droit », en particulier des questions d’interprétation de ces règles). » (Antoine Jammaud, « Commentaires sur les observations de Denis Ardisson » in dossier « Professionnels et organisations dans le champ juridique », *Droit et Société* 23-24 1993, p. 151).

saisissant les pratiques de recueil et sélection des faits pertinents dans l'observation d'une action orientée vers la législation. Même sous son aspect « exécutif », l'État élabore des représentations sous la forme de circulaires orientant l'action de ses services. En ce sens, la conception durkheimienne de l'État se distingue d'une conception « décisionniste » renvoyant comme dans la science politique ou la théorie économique à l'incarnation par un ou plusieurs individus d'un pouvoir de décision, dont l'exercice est censé transformer par lui-même l'état de la société et opérer ainsi un « choix social » entre différents états possibles de la société. L'État ne se caractérise donc pas – en se distinguant ici de la vision wébérienne – par le monopole de la violence physique légitime, cette dernière étant renvoyée – dans la conception durkheimienne – à des services spécifiques mais distincts de l'État à proprement parler, comme la police, la gendarmerie ou l'armée. Ce que l'on nomme « la politique » dans une pratique démocratique ne se réduit pas à la conquête et à l'exercice du « pouvoir » qui est au cœur de la science politique, mais consiste en premier lieu en une activité de production de la législation. En paraphrasant Jules Ferry²⁵, on peut penser que la fonction de l'État est « d'organiser la société sans dieu et sans roi » en fournissant à ses membres les cadres qui leur permettent de développer et d'organiser leur existence sociale dans toutes ses dimensions.

Ainsi, l'État produit de la législation – selon un rythme régulier attaché au fonctionnement de la Représentation nationale dans le cadre d'une démocratie représentative – avec pour conséquence assumée une complexification des codes qui distingue selon Durkheim les sociétés modernes des sociétés dites « primitives » : « Plus un code est primitif, plus le volume en est petit ; il est, au contraire, d'autant plus considérable qu'il est plus récent. Sur ce point, le doute n'est pas possible. Sans doute, il n'en résulte pas que la sphère de l'activité individuelle devienne plus petite. Il ne faut pas oublier, en effet, que s'il y a plus de vie réglementée, il y a aussi plus de vie en général²⁶. »

Mais dans le cadre d'une démocratie représentative, distinguant un organisme législatif de l'ensemble des membres de la société, cette production législative ne se réduit pas à une expression des revendications de la masse des électeurs, c'est-à-dire des plus pauvres et des plus faibles, dans l'optique, par exemple, de Georges Ripert pour qui –

²⁵. « Mon but, c'est d'organiser l'humanité sans dieu et sans roi » (Jules Ferry, cité par Claude Nicolet, *L'Ideé républicaine en France. Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982, p. 472).

²⁶. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 182.

inaugurant ainsi les diatribes postérieures à l'égard d'une « inflation législative » – la démocratie parlementaire préfigure le socialisme²⁷. En effet, la législation repose sur une délibération alimentée par une base informationnelle dense que procure notamment à l'État des services statistiques²⁸, en suscitant une forme de retour de la connaissance sociologique dans la vie sociale elle-même²⁹. Loin d'enfermer l'individu dans une réglementation bureaucratique, elle tend au contraire à développer la capacité d'action de celui-ci, notamment par son émancipation croissante à l'égard de la tutelle de groupes sociaux communautaires tels que la famille ou le voisinage. À cet égard, les analyses durkheimiennes de l'État rejoignent la conception de pères fondateurs de la République tel que Gambetta quand il déclare :

Est-ce à dire que parce qu'on aurait ouvert des écoles, donné des maîtres et des professeurs, poussé la sélection et le choix des intelligences jusqu'au plus haut degré de l'enseignement scientifique, est-ce à dire que tout serait fini et qu'il faudrait se reposer ? Nullement. Il est toute une série de mesures et d'institutions à organiser, non pas que l'État doive les créer de toutes pièces en se substituant à la liberté individuelle, à l'effort des énergies associées ; mais, Messieurs, quand les individualités sont impuissantes, quand cette collection, cette réunion, cette association de volontés libres et d'efforts individuels avortent, il reste une grande et haute personne sociale, le pays, l'État, qui se doit à lui-même d'intervenir, non pas pour opprimer, mais pour imprimer le mouvement ; non pour se substituer à la volonté des citoyens, mais pour l'encourager, la soutenir, l'aider, la porter pour ainsi dire sur les bras, et amener chaque citoyen à l'épanouissement complet de son intelligence et de sa raison³⁰.

Ce faisant, l'État concentre autour de lui une part croissante de l'activité sociale par la régulation qu'il produit et les services publics qu'il organise sans y prendre part directement en tant que tel : « Une multitude de fonctions qui étaient diffuses se concentrent. Le soin de veiller à l'éducation de la jeunesse, de protéger la santé générale, de présider au fonctionnement de l'assistance publique, d'administrer les voies de communication, rentre peu à peu dans la sphère d'action de l'organe central³¹. » En reprenant une terminologie wébérienne, on peut penser que l'État, sous la forme de la démocratie représentative, opère

²⁷. Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936 ; commenté par Carlos Miguel Herrera, « Georges Ripert en politique », *Droits*, 2017/1, p. 181-199.

²⁸. Pour le domaine du travail, cette attention aux services statistiques trouve un écho dans la création d'un Office du travail en juillet 1891, sans qu'à notre connaissance Durkheim n'en mentionne jamais l'existence dans ses écrits. Sur l'Office du travail, voir *infra*.

²⁹. La démocratie se présente comme « la forme politique par laquelle la société arrive à la plus pure connaissance d'elle-même » (Émile Durkheim *Leçons de sociologie*, *op.cit.* p. 123).

³⁰. Léon Gambetta cité par Claude Nicolet, *L'Idée républicaine en France. Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982, p. 455.

³¹. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 200.

un dépassement de la complétude rationnelle du droit³² selon une logique de différenciation de corpus juridiques organisant les sphères sociales auxquelles participent les individus. Cette différenciation peut être appréhendée comme une extension de la division du travail social distinguant des sphères de la vie sociale complémentaires, par exemple entre les sphères du travail, de l'école (réservée aux plus jeunes) ou de la famille et des loisirs (temps échappant à la durée réglementée du travail). Elle n'est pas exempte de contradictions, comme celle que Durkheim identifie entre l'égalité des parties dans le contrat et le déséquilibre que suscite la permanence de l'héritage³³, dans la forme pathologique de la « division du travail contrainte »³⁴. Cette différenciation est manifeste dans la justice :

L'organe même de la justice, qui est très simple dans le principe, va de plus en plus en se différenciant ; des tribunaux différents se forment, des magistratures distinctes se constituent, le rôle respectif des uns et des autres se détermine ainsi que leurs rapports. Une multitude de fonctions qui étaient diffuses se concentrent³⁵.

On peut penser qu'il en va de même dans le corpus législatif et réglementaire, à travers la constitution de codes spécifiques comme pour le commerce, l'agriculture ou le travail³⁶.

1.3. Le droit et la reconnaissance du travail comme fait social

Si la règle de droit représente dans *Les Règles de la méthode sociologique* la forme la plus consolidée de ces « manières d'agir, de penser, de sentir »³⁷ qui caractérise l'objet même de la sociologie, le droit ne semble pas pouvoir être considéré en lui-même comme un fait social. Il se caractérise par sa dimension *symbolique*, comme symbole de la solidarité sociale dans *De la division du travail social*, forme épurée d'une symbolisation collective dans *Les*

³². En sortant du culte voué à ce moment de rationalité formelle que constitue le Code civil.

³³. Sur l'attachement de Durkheim à la réforme que constituerait l'abolition de l'héritage, voir Mélanie Plouviez, *Normes et normativités dans la sociologie d'Emile Durkheim*, Thèse, Université de Paris 1, 2010.

³⁴. Dans sa *Sociologie du droit*, Weber envisage la revendication d'un formalisme allégé par les usagers du droit commercial à laquelle répond une reconnaissance du droit social pour les travailleurs.

³⁵. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 200.

³⁶. « De même que nous avons un code de commerce pour les commerçants et un code rural pour les agriculteurs, nous demandons que les rapports des travailleurs et des employeurs soient déterminés par un code du travail » (Arthur Groussier, et les députés socialistes, « Proposition de loi sur le code du travail », *Journal Officiel de la République Française*, Documents Parlementaires, Chambre, séance du 13 juin 1898, p. 1420).

³⁷. « Le système de signes dont je me sers pour exprimer ma pensée, le système de monnaies que j'emploie pour payer mes dettes, les instruments de crédit que j'utilise dans mes relations commerciales, les pratiques suivies dans ma profession, etc., etc., fonctionnent indépendamment des usages que j'en fais. [...] Voilà donc des manières d'agir, de penser et de sentir qui présentent cette remarquable propriété qu'elles existent en dehors des consciences individuelles. » (Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1930, p. 4).

*Formes élémentaires de la vie religieuse*³⁸ et se présente ainsi plutôt comme la langue permettant l'expression du fait social tant pour le sociologue qui peut ainsi s'en saisir, que pour les acteurs eux-mêmes. De ce point de vue,

En soulignant l'importance de la sphère symbolique et du domaine des valeurs et des idéaux comme éléments constitutifs de la réalité sociale et en renonçant à l'unitarisme de la sociologie au profit de sa différenciation en plusieurs disciplines, Durkheim a puissamment contribué à la réintégration du droit dans le champ de recherche de la sociologie. On peut même dire que la sociologie de Durkheim, surtout à son début, a une certaine tendance « jurisante » ; en effet, il voyait le critère essentiel du social dans la « contrainte », l'impérativité sanctionnée, caractéristique de la préférence du droit, en soulignant, dans la morale même, surtout la discipline et la régularité ; en même temps il considérait le droit comme « symbole visible » de toute « solidarité sociale », l'unique point de repère pour l'étudier et il proclamait que « le nombre de relations sociales est nécessairement proportionnel à celui des règles juridiques qui les déterminent » et que « la vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étendent en même temps et dans le même rapport, toutes les variétés essentielles de la solidarité se trouvant (nécessairement reflétées) dans le droit³⁹.

Dans la méthode promue par Durkheim, le droit « informe » donc ces faits sociaux – tel que le suicide – que Durkheim présente comme des « courants sociaux », en fournissant des catégories pour les identifier. Mais la règle juridique représente avant tout un outil pour une observation de ces faits sociaux « cristallisés » que Durkheim qualifie d'*institutions* comme dans le cas, par exemple, de la famille, de l'État⁴⁰. De telles institutions requièrent une démarche historique dans le temps long, en suivant une démarche dite « génétique » et retenue pour sa portée explicative :

Pour rendre compte d'une institution sociale, appartenant à une espèce déterminée, on comparera les formes différentes qu'elle présente, non seulement chez les peuples de cette espèce, mais dans toutes les espèces antérieures. S'agit-il, par exemple, de l'organisation domestique ? On constituera d'abord le type le plus rudimentaire qui ait jamais existé, pour suivre ensuite pas à pas la manière dont il s'est progressivement compliqué. Cette méthode, que l'on pourrait appeler génétique, donnerait d'un seul coup l'analyse et la synthèse du phénomène. Car, d'une part, elle nous montrerait à l'état dissocié les éléments qui le

³⁸. « Nous parlons une langue que nous n'avons pas faite ; nous nous servons d'instruments que nous n'avons pas inventés nous invoquons des droits que nous n'avons pas institués un trésor de connaissances est transmis à chaque génération qu'elle n'a pas elle-même amassé, etc. » (Émile Durkheim, *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930, p. 303).

³⁹. Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, Éditions Mouton, 1940, p. 16. L'intérêt marqué pour Durkheim témoigne, me semble-t-il, d'une ouverture dans la pensée de Gurvitch, à une dialectique entre les valeurs portées par la Société et le droit de l'État qui tend à dépasser la contradiction entre le droit de la Société et le droit de l'État constatée dans *L'idée de droit social et le temps présent*, op.cit.

⁴⁰. « On peut en effet, sans dénaturer le sens de cette expression, appeler *institution*, toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité ; la sociologie peut alors être définie : la science des institutions, de leur genèse et de leur fonctionnement. » (Émile Durkheim, Préface de la seconde édition, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, p. 91).

composent, par cela seul qu'elle nous les ferait voir se surajoutant successivement les uns aux autres et, en même temps, grâce à ce large champ de comparaison, elle serait beaucoup mieux en état de déterminer les conditions dont dépendent leur formation et leur association. *Par conséquent, on ne peut expliquer un fait social de quelque complexité qu'à condition d'en suivre le développement intégral à travers toutes les espèces sociales*⁴¹.

Cette explication génétique applicable à des institutions telle que la famille prend cependant une forme différente dans le cas de l'Université et de l'enseignement secondaire, où l'enjeu pour Durkheim⁴² est de saisir l'émergence historique d'une forme spécifique de socialisation soumise à de nombreuses transformations. Dans le domaine du travail, il faut également intégrer une dynamique d'émergence suggérée dès *De la division du travail social*. En effet, les premières formations sociales – sous la figure des « sociétés segmentaires » – envisagées par Durkheim ne font aucune place au travail, avant que ne se s'opère progressivement une reconnaissance sociale de cette sphère d'activité à mesure que s'affirme la division du travail. Il en va de même dans *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, où le travail apparaît comme une activité radicalement profane et rejetée en dehors des grandes effervescences sociales qui caractérisent la vie religieuse des sociétés premières. Or, cette dynamique de reconnaissance sociale et institutionnelle du travail dans la sociologie durkheimienne demeure fréquemment occultée, Durkheim insistant sur la continuité des groupes professionnels dans le cas français et le caractère malheureux de la suppression des corporations par la Révolution.

La démarche durkheimienne mérite donc d'être explicitée – voire redressée – sur ce point, en revenant sur la division du travail anémique⁴³, qui tient davantage à une réglementation insuffisante – voire néfaste – pour rendre sensible la solidarité censée résulter de la division du travail qu'à une absence de droit – comme le montre la présence du droit contractuel –. Cela conduit à penser que le droit contractuel peut être une source de dispersion sociale, par la multiplication des transactions contractuelles qui en résultent et l'opacité qui en résulte :

Puisqu'un corps de règles est la forme définie que prennent avec le temps les rapports qui s'établissent spontanément entre les fonctions sociales, on peut dire *a priori* que l'état d'anomie est impossible partout où les organes solidaires sont en contact suffisant et suffisamment prolongé. [...] Mais si, au contraire, *quelque milieu opaque est interposé*, il n'y a plus que les excitations d'une certaine intensité qui puissent se communiquer d'un organe à

⁴¹ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, p. 169.

⁴² Émile Durkheim, *L'évolution pédagogique en France*, Paris, Ferdinand Alcan (PUF), 1938.

⁴³ Émile Durkheim, « La division du travail anémique » *De la division du travail social*, *op.cit.*, livre 3, chapitre premier, p. 343-366.

l'autre. Les relations, étant rares, ne se répètent pas assez pour se déterminer ; c'est à chaque fois nouvelle de nouveaux tâtonnements. Les lignes de passage suivies par les ondes de mouvement ne peuvent pas se creuser, parce que ces ondes elles-mêmes sont trop intermittentes⁴⁴.

Certes, Durkheim semble focalisé sur l'extension nationale, voire mondiale des marchés conduisant à un éloignement croissant des producteurs et des consommateurs, et sur la croissance des établissements industriels éloignant l'ouvrier du patron. Il ne retient dans le Code civil que le seul « louage de service », en déplorant le peu de place que le Code lui accorde – faisant écho aux propos tenus en 1886 par le juriste Ernest Glasson⁴⁵ –.

Il paraît toutefois possible d'envisager l'anomie comme le résultat d'une dispersion des activités productives dans des formes de sous-traitance en cascade, aboutissant pour les ouvriers à un repli sur leur tâche, à un désintérêt pour les autres opérations requises dans la réalisation du produit et à la difficulté d'identifier un entrepreneur général comme l'architecte dans la construction. Au-delà du seul louage de service, le louage d'ouvrage déterminé par les articles 1779 à 1799 du Code civil (dont le louage de service de l'article 1780 n'est qu'un élément) apparaît alors comme une source potentielle de dispersion de la production en une multitude d' « ouvrages » sans que les ouvriers n'en aient conscience ou n'y prêtent attention.

Face à cette situation « pathologique », la promulgation d'un code du travail à partir de 1910 se présente comme une manière de « normer » la division du travail en contribuant par ce code à la formation du « corps de règles » appelé à se dégager d'une coopération durable au sein d'un groupe professionnel⁴⁶.

2. Le contrat de travail dans l'évolution des rapports productifs en France (XIX-XXe siècle)

En suivant *cum grano salis* les enseignements de Durkheim et en le paraphrasant, il convient de souligner que « tout n'est pas contractuel dans le contrat de travail » dans la

⁴⁴. *Ibid.*, p. 360, souligné par l'auteur.

⁴⁵. Ernest Glasson, « Le Code civil et la question ouvrière », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 1er semestre, t. 25, pp. 843-895. Alain Cottureau présente cette intervention comme un « coup de force dogmatique », en effaçant le louage d'ouvrage derrière le louage de service dans sa lecture du Code civil (Alain Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57-6, 2002, p. 1521-1557, p. 1524).

⁴⁶. « Au point de vue législatif, les principes généraux du contrat de travail, de la rétribution des salariés, de la salubrité industrielle, de tout ce qui concerne le travail des enfants, des femmes, etc., ont besoin d'être diversifiés selon les industries, et l'État est incapable de cette diversification. » (Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, *op.cit.*, p. 34).

mesure où « le salariat est une forme de rapport juridique entre des sujets de droit. Il suppose une « vision juridique du monde » et *la présence de règles de droit* qui la rendent possible, puis la construisent en fixant des rôles d'employeur et de salarié⁴⁷. » Le travail s'opère alors dans un « rapport d'emploi liant tout salarié à un employeur [qui] est *réputé naître d'un contrat* »⁴⁸. Cette dimension contractuelle qui couvre la formation, l'exécution et la dissolution du contrat constitue un fait historique et social (dont témoigne la place du contrat de travail dans les emplois de la population active), contrastant par exemple avec l'acte unilatéral de nomination d'un fonctionnaire.

Le contrat de travail ne fait véritablement son entrée dans la langue du droit de la République Française, que depuis l'adoption du livre premier du Code du travail en 1910 au terme d'une activité législative de longue haleine. Il n'est donc pas donné avec l'émergence du « capitalisme », entendue comme moteur purement économique du développement d'une production marchande, c'est-à-dire faisant l'objet d'une transaction commerciale, par opposition à une production de subsistance dans un cadre principalement familial. Mais la France du XIXe siècle n'est ni un désert judiciaire (avec un maillage du territoire par la justice de paix et la présence de conseils de prud'hommes dans certaines villes), ni un désert juridique, le Code civil prévoyant un contrat de « louage d'ouvrage » par lequel « une personne s'engage à faire quelque chose pour une autre personne, moyennant un prix convenu » (art. 1710). Cette référence contractuelle correspond à une autre forme possible de « rapport juridique entre des sujets de droits » qui conduit à « souligner ce qu'un rapport logé au cœur de ce que la pensée moderne nomme « économie » peut avoir de fondamentalement « juridique » »⁴⁹, en interrogeant la réalité sociale des rapports de production avant le contrat de travail et ce qu'il en advient avec celui-ci.

2.1. Un capitalisme traditionnel

Si la création de « groupements professionnels » se dégage comme horizon de *De la division du travail social*⁵⁰, l'insistance de Durkheim sur la permanence des corporations

⁴⁷. Antoine Jeammaud, Martine Le Friant, Antoine Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *Recueil Dalloz*, Chronique, 1998 (p. 359-368), p. 359, souligné par l'auteur.

⁴⁸. *Ibid.* p. 361.

⁴⁹. *Ibid.*, p. 359.

⁵⁰. Voir notamment « Quelques remarques sur les groupements professionnels », préface à la deuxième édition de *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. I-XLIV.

présente le risque de conforter une historiographie centrée sur la représentation d'un ordre social et économique quasi-immobile du Moyen-Âge à la Révolution. Dans la perspective « cosmopolitique » de Weber, cet ordre corporatif paraît beaucoup moins stable en suggérant l'importance du commerce dans lequel ces corporations – quand elles existent – se situent⁵¹. Au-delà des foires médiévales et de la création de villes franches par concession féodale, le développement du commerce accompagne l'affirmation d'un État centralisé par la guerre intérieure et extérieure depuis Colbert. Il en résulte en premier lieu un processus de « restructuration » des corporations lié à l'intégration des activités productives, dans la réalisation de « marchandises » ou « manufactures » destinées au négoce. Cela conduit en second lieu à une diffusion des opérations productives dans les campagnes, dont la régularité et la qualité se trouvent soumises au contrôle des institutions urbaines que constituent les corporations et à la surveillance d' « inspecteurs des Manufactures »⁵². Weber envisage ainsi dans le cas de la France, une forme de « sous-traitance commanditée » associant des artisans urbains et des paysans œuvrant pendant les périodes agricoles creuses.

De manière générale, Weber fait de cette diffusion de la production marchande, du domicile des artisans urbains à celui des paysans des campagnes voisines, la caractéristique d'un *capitalisme traditionnel* où des commerçants centralisent un enchaînement des ouvrages réalisés en vue d'arriver à la marchandise. Dans *L'Éthique protestante*, ce capitalisme qui précède la modernité de l'usine portée par l'éthique protestante de chefs d'entreprise charismatiques, est évoqué à travers la production de paysans qui

se rendaient dans la ville où résidaient les marchands-entrepreneurs, apportant les tissus qu'ils avaient réalisés à partir d'une matière première qu'ils produisaient eux-mêmes en totalité ou (dans le cas du lin) en grande partie et, après vérification minutieuse et souvent officielle de la qualité, ils en obtenaient le prix courant⁵³.

La France est pour lui une forme typique de ce capitalisme, autour de la production d'armement et de luxe suscitée par l'État et la Cour, rencontrant une paysannerie familiale précocement attachée à sa terre, ce que la Révolution conforte par son droit. La société

⁵¹. Max Weber, *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, traduction C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1991 [1923].

⁵². Philippe Minard, *La fortune du colbertisme, État et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, 1998. Le terme manufacture désigne alors le produit, plutôt que les rares établissements de grande taille qui marquent les esprits par leurs dimensions plus que par leur nombre.

⁵³. Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, traduction J.-P. Grossein, Paris, Gallimard, 2003 [1905], p. 47.

française apparaît ainsi comme durablement rurale, ce que conforte et sur quoi se fonde le développement de ce capitalisme traditionnel.

2.2. *Ouvrage et marchandage*

Comme le montre Alain Cottureau⁵⁴, la suppression des corporations ne se ramène pas à la répression du délit de coalition créé par le code pénal de 1810, après le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier de 1791. Elle est engagée dès l'abolition des privilèges par la nuit du 4 août et les décrets qui s'ensuivirent, en se poursuivant avec la réforme de la justice qui crée en 1790 la justice de paix. Dans le domaine professionnel, il en résulte une forme de jurisprudence autour du « vrai louage » revendiqué par des ouvriers en quête d'indépendance, rejetant tout à la fois la subordination des corporations – que symbolise le « délit de désertion »⁵⁵ – et la domesticité. Comme dans l'Angleterre que décrit E.P. Thompson⁵⁶, les ouvriers sont fréquemment assimilables aux artisans et trouvent dans le louage d'ouvrage que consacre l'article 1710 du Code civil la référence des contrats par lesquels ils s'engagent à réaliser un ouvrage pour un « entrepreneur ». Dans cet édifice que précisent vingt articles, (1779 à 1799), le louage des domestiques et ouvriers (art. 1780) indique que « l'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée », faisant écho à l'article 1799 qui proclame que « les ouvriers sont entrepreneurs en la partie qu'il traite ». Il en résulte une assimilation des rapports productifs à un *louage*, c'est-à-dire un contrat reconnaissant une liberté de rupture unilatérale précisée par l'article 1780 dont l'exercice par les ouvriers, dans les métiers parisiens du bâtiment, prend la forme d'un retour en Place de Grève, donnant par métonymie le substantif « grève » dans la première moitié du XIXe siècle.

Ainsi, dans les relations qui se nouent entre des négociants, fabricants (comme dans la soierie lyonnaise) ou entrepreneurs (dans le bâtiment), ce cadre juridique du louage d'ouvrage qualifie la *commande* d'un ouvrage, donnant lieu fréquemment à de nouveaux louages d'ouvrage initiés par des ouvriers-entrepreneurs (chefs d'atelier ou *canuts* dans la soierie

⁵⁴. Alain Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Art.cit.*

⁵⁵. Le délit de désertion pénalise la rupture unilatérale de l'engagement avec un maître, par un compagnon.

⁵⁶. Edward Palmer Thompson, *La formation de la classe ouvrière anglaise*, Paris, Le Seuil (coll. Points), 2012 [1963].

lyonnaise) que l'on désigne sous le terme de *marchandage*⁵⁷. Autour de ce cadre, se joue la détermination collective de tarifs fixant le prix de l'ouvrage pris comme référence dans la rémunération effective du preneur d'ouvrage au terme d'une évaluation de la qualité de celui-ci par des contremaîtres au service des négociants (en particulier dans la soierie lyonnaise). Ainsi, loin d'un univers où l'écrasement ouvrier par des entrepreneurs tout puissants donne une impression de calme, le louage d'ouvrage est la base d'un champ de tensions sociales sur les tarifs et la rémunération des ouvriers principaux.

Au terme des deux révolutions ouvrières de 1830 et 1848, l'abolition du marchandage décrétée par la Commission du Luxembourg le 2 mars 1848 qui s'accompagne d'une limitation de la durée du travail à 10 heures quotidiennes se trouve alors paralysée par l'invalidation du décret en matière du temps de travail. Loin de marquer un reflux du marchandage, la révolution de 1848 n'ouvre qu'à l'expérience d'une République sociale éphémère sans remettre en cause une pratique du marchandage qui s'insinue jusque dans les premières installations industrielles de grande ampleur (mines, sidérurgie). Les positions ouvrières sont ici complexes, oscillant entre un attachement à cette pratique dont témoigne le faible engagement des ouvriers dans les affrontements de juin 1848⁵⁸, son aménagement sous une forme coopérative⁵⁹, et la lutte contre la représentation de la partie ouvrière par ceux que l'on qualifie de marchands dans les conseils de prud'hommes⁶⁰. La situation devient alors particulièrement critique à la fin du XIXe siècle, comme par exemple dans la rubanerie stéphanoise où les chefs d'atelier revendiquent un tarif face aux négociants et où les ouvriers de ces chefs d'atelier revendiquent une limitation de la durée du travail. La crise du

⁵⁷. Le marchandage « suppose [au moins] l'existence de deux contrats de louage à façon distincts : le premier qui intervient entre le fabricant ou l'entrepreneur général et le marchandeur ; le deuxième, entre le marchandeur et les ouvriers qu'il emploie. [...] Le marchandeur est réputé ouvrier à l'égard de l'entrepreneur général ou du fabricant ; il fait office de maître vis-à-vis de ses propres ouvriers. (François-Étienne Mollot, *Le Contrat de louage, d'ouvrage et d'industrie, expliqué aux ouvriers et à ceux qui les emploient selon les lois, règlements et usages, et la jurisprudence des conseils de prud'hommes*, Paris, Napoléon Chaix et Cie éditeurs, 1846, p. 106.)

⁵⁸. Gérard Noiriel, *Une histoire populaire de la France, de la guerre de Cent ans à nos jours*, Marseille, Agone, p. 319.

⁵⁹. Le marchandage « n'est pas vraiment loin des formes qui impliquent de véritables associations ouvrières, où le sous-traitant apparaît comme le délégué ou le mandataire d'une équipe ouvrière, souvent familiale. Certes, la différence entre les "dictatures" et les "petites républiques" peut être réduite tant l'assiette réelle dépend des rapports au sein du groupe ouvrier. » (Alain Dewerpe, *Le monde du travail en France, 1850-1950*, Paris, A. Colin, 1989, p. 50).

⁶⁰. Norbert Olszak, « Les conseils de prud'hommes : un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier? », *Le Mouvement social*, no 141, octobre décembre 1987, p. 101-119.

marchandage prend une forme plus aiguë dans le bâtiment, où la faillite fréquente du marchandeur prive ses ouvriers de toute rémunération.

2.3. *Le code du travail comme critique républicaine du droit révolutionnaire*

La mise au jour d'un monde ouvrier révolutionnaire, tant par son engagement dans la suppression des corporations et le rejet de la domesticité au cours de la Révolution française⁶¹, que par le souci de défendre des tarifs collectifs pour fixer le prix de l'ouvrage⁶², implique de revoir en profondeur la théorie de la « question sociale » que sous-tend une histoire sociale classique reprise par la doctrine en droit du travail. En mettant l'accent sur la misère ouvrière résultant d'une « industrialisation » surestimant le poids de la mécanisation dans les activités productives, les enquêtes de « philanthropes » qui s'engagent dans les années 1830 et 1840 conduisent à envisager les soulèvements ouvriers comme des émeutes de la faim et le monde ouvrier comme une nouvelle barbarie menaçant la civilisation. Or, les soulèvements ouvriers tels que les trois Glorieuses de 1830, la révolte des canuts en 1831 et, plus encore ceux de février 1848 et de la Commune de mars 1871 ne sont pas de simples émeutes de la faim. Ils sont le fait d'un milieu populaire urbain, plutôt parisien, qui entend approfondir la reconnaissance d'une souveraineté populaire en renouant avec l'héritage républicain et la Commune révolutionnaire des sans-culottes parisiens qui, en 1792, a précédé l'abolition de la royauté et l'institution de la République entre les 21 et 22 septembre. De ce point de vue, le Code civil se présente comme un droit commun des Français, pouvant apparaître comme un droit « populaire », par rapport au groupe des « commerçants » que distingue le Code de commerce de 1808 : en matière de classes sociales, le processus initié par la Révolution est moins une *exclusion* des ouvriers par la misère, qu'une *distinction* de la bourgeoisie marchande par un droit spécial.

Ainsi, les soulèvements parisiens de 1848 (qui mène à la Deuxième République) et de 1871 (qui se revendique de la Commune révolutionnaire de Paris) ne visent donc pas le démantèlement du Code civil, mais le retour à l'expérience républicaine de 1792 dont témoigne notamment l'établissement du suffrage universel (masculin). Il en résulte que

⁶¹. Alain Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Art.cit.*

⁶². William H. Sewell, *Gens de métier et révolutions. Le langage du travail de l'ancien régime à 1848*, Paris, Aubier, 1983.

l'enjeu juridique de ces soulèvements n'est pas la remise des droits révolutionnaires, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au Code civil de 1804, mais leur développement. En ce sens, la perspective d'un « droit au travail » avancée brièvement en 1848, que prolonge l'élaboration d'un code du travail dans le cadre des institutions de la Troisième République à partir des années 1890, correspond moins à une remise en cause de l'héritage révolutionnaire, qu'à une critique de la doctrine juridique de l' « exégèse » fixée sur la lettre du Code civil pris comme la « Bible » d'un droit naturel.

Ce qui se joue alors, dans la France de la Belle Époque, avec l'élaboration d'un code du travail, c'est une *découverte du travail* comme champ d'une codification de lois qui se sont accumulées tout au long du XIXe siècle, à partir d'une « idée du travail » désignant une réalité sociale informée elle-même par des cadres juridiques (avec, en premier lieu, le louage d'ouvrage) de plus en plus contradictoires. Cette élaboration d'un code du travail engage finalement un processus de *conversion* du regard des acteurs eux-mêmes sur leur activité productive, que suggère Pierre Bourdieu à partir de sa sociologie de l'Algérie :

Contre la vision anhistorique de la science économique, il faut donc reconstruire d'un côté la genèse des dispositions économiques de l'agent économique, et tout spécialement de ses goûts, de ses besoins, de ses propensions ou de ses aptitudes (au calcul, à l'épargne ou *au travail* lui-même), et, d'un autre côté, la genèse du champ économique lui-même [...]. L'observation des conversions forcées, souvent très coûteuses et très douloureuses, que les nouveaux venus à l'économie proprement économique doivent opérer sous la pression de la nécessité *permet sans doute de se faire une idée approchée de ce qui s'est passé aux origines du capitalisme*, où les dispositions s'inventèrent en même temps que s'instituait peu à peu le champ dans lequel elles s'accomplissaient⁶³.

Ce retour « aux origines du capitalisme » que propose Bourdieu suggère l'existence d'un capitalisme traditionnel, en conduisant à envisager la transition vers un capitalisme moderne dans laquelle s'opère le dépassement d'une situation d'*anomie* caractérisant pour Durkheim la difficulté de saisir une division du travail obscurcie par la multiplication des intermédiaires que suscite le régime du marchandage. Ainsi, dans la France des années 1890, le travail prend une dimension institutionnelle nouvelle à travers la création en 1891 d'un Conseil Supérieur du Travail et celle d'un Office du Travail⁶⁴ – rattachés au ministère du commerce et de l'industrie –, en charge respectivement d'une activité de législation et d'une

⁶³. Pierre Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Le Seuil, 2000., p. 16-17, souligné par l'auteur.

⁶⁴. Isabelle Moret-Lespinet, *L'Office du travail (1891-1914). La République et la réforme sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007 ; Jean Luciani (dir.), *Histoire de l'Office du travail*, Paris, Syros, 1992.

activité d'enquête sur le travail. C'est dans ce contexte que le député Groussier propose, au nom du groupe socialiste, un projet de « code du travail » qu'il soumet à la Chambre en 1898. Ce projet est prolongé, après l'arrivée du socialiste Millerand au ministère du Commerce et de l'Industrie et sous son impulsion, par la création d'une commission de codification des lois ouvrières et de prévoyance sociale en 1901 qui rend son rapport en 1904. Son ambition paraît réduite par rapport au projet de Groussier, en visant le regroupement des lois existantes en matière de travail ce qui a conduit à n'y voir qu'une « compilation » dont sort le code adopté à partir de 1910.

Mais cette codification que redouble l'élaboration d'un projet de loi sur le contrat de travail par les juristes de la Société d'Études Législatives, entre 1905 et 1908, suppose — de manière plus ou moins implicite — une signification du travail auquel s'attachent ces différents projets. Dans le projet Groussier de 1898 et celui de la Société d'études législatives en 1906, c'est une vision large du travail et du contrat de travail qui s'affirme explicitement, en dépassant la frontière entre travail intellectuel et travail manuel pour arriver à une vision du travail comme contribution à la réalisation de marchandises. Elle s'accompagne d'une remise en cause du louage d'ouvrage, explicite dans le cas du projet de la Société d'Études Législatives qui entend réformer le Code civil à l'occasion de son centenaire par une loi remplaçant le louage d'ouvrage par le contrat de travail. La vision est moins nette dans le Code dont le premier livre est adopté par le Sénat en 1910, après l'adoption du code par la Chambre en 1905. Mais le député Charles Benoist dans son rapport à la Chambre en 1905, parle d'un « travail en soi » pour désigner le champ de la codification en en identifiant les linéaments dans l'œuvre législative de la Deuxième République. De plus, le louage d'ouvrage se trouve clairement démantelé dans le titre 2 « Du contrat de travail », en trois chapitres distinguant le « louage d'industrie ou marché d'ouvrage » (renvoyant aux articles 1787 à 1799 du Code civil) – relégué au chapitre 3, du « louage de services » présenté dans le chapitre 1. Certes, cette architecture est à la source d'une assimilation fréquente par la suite entre *contrat de travail* et *louages de services*. Mais elle clarifie en un sens l'intention du législateur qui, dans loi du 28 décembre 1890, avait renommé ainsi l'article 1780 du Code civil initialement intitulé « du louage des domestiques et ouvriers », en en faisant un contrat destiné à l'ensemble des travailleurs (employés, ingénieurs, journalistes, artistes etc.) pour prévoir un droit d'action en dommages-intérêts en cas de rupture brutale.

Avec le premier livre du code du travail, le contrat de travail se trouve consacré dans la langue du droit, tout en restant proche du « louage de services », ce qui indique pourtant un changement profond de perspectives, « une vision juridique du monde » renouvelée, conduisant tant le législateur, que les juristes et les justiciables eux-mêmes à partir du *travail* considéré comme l'activité d'un individu – le travailleur – destinée à un autre individu – l'employeur. Cette « vision juridique » change les « rôles » que fixe la législation dans les rapports productifs marchands, cessant de partir de l'entrepreneur et de la *commande* qu'il adresse à un ouvrier (preneur d'ouvrage), pour se tourner vers le *travail* qu'accomplit le travailleur et identifier à partir de ce constat un employeur éventuel. En ce sens, elle traduit une rupture à l'égard du louage d'ouvrage fixé par le Code civil. Mais, elle maintient la relation avec ce Code, en visant le *contrat* de travail et en se rattachant donc au droit contractuel dont le Code civil établit les principes généraux, comme la bonne foi (article 1134) ou la valeur des obligations (article 1135). Parler de « droit branche »⁶⁵ pour appréhender le droit du travail, c'est alors désigner une opération qui relève davantage – dans la langue de l'Horticulture – de la *taille* (mise à l'écart du louage d'ouvrage) et de la *greffe* (du contrat de travail) que de la pousse spontanée d'une branche spéciale à partir d'un article du Code civil. Son objet est moins de remédier au fait « extra-juridique » de la misère ouvrière, que de résoudre l'anomie accompagnant le louage d'ouvrage, dans la visée d'une organisation renouvelée des activités productives.

2.4. Ce qu'il advient du droit du travail dans la vie sociale

Le droit du travail élaboré par les institutions de la République sous la forme d'un code, constitue une référence éclairant à partir du travail, la relation nouée entre celui qui travaille et celui à qui est destiné ce travail. Cette référence prend dans la vie sociale des individus une prégnance plus ou moins forte, en fonction des conditions dans lesquelles intervient la qualification d'un rapport social en contrat de travail et des dispositions légales qui s'y attachent. Il est ainsi supposé par les juristes de la Société d'Études Législatives, que le contrat de travail relève de l'évidence pour les acteurs dans le cadre d'un établissement industriel ce qui est, par ailleurs, cohérent avec la définition statistique du chômage comme absence de

⁶⁵. Entendue comme « un sous-ensemble de règles identifiable au sein du droit de la République Française » (Antoine Jeammaud, Martine Le Friant, Antoine Lyon-Caen, *art. cit.*, p. 359).

place adoptée dans les recensements à partir du début du XXe siècle⁶⁶. Ainsi, la mise en œuvre de réglementations telle que la limitation de la journée de travail à huit heures par la loi du 23 avril 1919 se ramène à une adaptation de la règle au niveau de ce *lieu du travail* que constitue l'établissement. Il en résulte que le travail se définit comme une activité individuelle, identifiée, dans l'existence des individus, par un temps et un lieu spécifiques.

De manière générale, le développement d'une législation sociale, destinée notamment à procurer un revenu de remplacement au travailleur dans l'incapacité de travailler, requiert la catégorie juridique de *contrat de travail* pour déterminer la cotisation sociale et un éventuel revenu de remplacement. Ainsi, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail ne représente pas la mise à la charge de l'employeur du *risque* assurantiel vu par François Ewald⁶⁷ comme la base d'un *État-providence*. En effet, elle reconnaît la responsabilité sans faute du *chef d'entreprise* dans un établissement industriel (défini par l'usage de machines à vapeur) à qui s'offre la possibilité de prendre une assurance privée facultative. Mais elle se fonde sur le contrat de travail pour assimiler le chef d'entreprise au directeur de l'établissement, en obligeant à envisager le rattachement à un établissement pour les nombreux ouvriers à domicile ou œuvrant sur des chantiers. Son extension aux activités agricoles en 1914 requiert, dans le cas des bûcherons, l'identification de contrats de travail individuels, en lieu et place d'un louage d'ouvrage collectif, entre bûcherons et marchands de bois qui s'opère à travers le critère de la « dépendance économique »⁶⁸. La législation sur les assurances sociales de 1930 introduit une rupture à l'égard de cette logique libérale de l'assurance privée, à travers l'institution de la *cotisation sociale*. C'est alors face à la menace de socialisation du revenu salarial en résultant, que le critère de la *subordination juridique* est invoqué par la Cour de cassation en 1931 dans le contentieux sur l'assujettissement à la cotisation porté par des travailleurs et des employeurs en vue de maintenir les cadres et les travailleurs à domicile en dehors de ce mécanisme.

La création de la sécurité sociale à partir de 1945 conduit, par son œuvre d'unification des caisses et des risques sociaux, à une systématisation de la socialisation des salaires, en liant cotisation sociale et revenu de remplacement. Elle repose sur une identification large du contrat de travail intervenue notamment, au moment du Front Populaire, à travers le souci

⁶⁶. Robert Salais, Nicolas Baverez et Bénédicte Reynaud, *L'invention du chômage*, Paris, PUF, 1986.

⁶⁷. François Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset & Fasquelle, 1986.

⁶⁸. Voir Claude Didry, *L'Institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, Paris, La Dispute, 2016.

d'étendre le bénéfice de la semaine de 40 heures et des conventions collectives de branche aux travailleurs à domicile. En ce sens, elle marque l'institution d'un *État social* indissociable – dans son régime général – du salariat⁶⁹. Elle entretient également une dynamique de salarisation, avec l'action d'URSSAFF portant l'intérêt à un recouvrement de la cotisation sociale. Ces organismes contribuent à un élargissement substantiel du critère de la subordination juridique – sans aller jusqu'au critère de la dépendance économique – par leur activité judiciaire, avec notamment l'arrêt Hebdo Presse de 1973, conduisant à une assimilation de la subordination juridique à l'appartenance à un service organisé.

Finalement, le droit du travail apparaît comme un moteur de l'industrialisation que connaît la France à partir de la première décennie du XXe siècle et qui s'accélère sous l'effet de la Première Guerre en se prolongeant dans l'entre-deux-guerres. En effet, il permet de fixer les traits d'une organisation du travail : un travailleur contractant avec un employeur, et entrant ainsi dans une collectivité de travailleurs aux qualifications diversifiées. De plus, le développement d'une protection sociale fondée sur la cotisation sociale attachée à un emploi conduit à trancher la situation juridique ambiguë des travailleurs à domicile, ou occasionnels pour établir leur rattachement au régime général. En ce sens, le droit du travail et de la sécurité sociale contribue à étendre l'emprise du salariat comme régime juridique où la régularité du revenu fonde, dans les termes de Bourdieu, un *habitus économique* entendu comme la capacité pour les salariés de se projeter rationnellement dans l'avenir.

Conclusion : la portée critique d'une sociohistoire de la critique du droit comme régulation sociale

Face à la conception d'un droit social où le droit du travail trouve sa source dans les dynamiques économiques (par exemple la « révolution industrielle ») et sociales (actions collectives), la sociologie durkheimienne invite à l'inverse à saisir la portée structurante du droit dans la vie sociale. En effet, elle se caractérise par la découverte du droit dans les interactions, avec le constat notamment de la présence du droit contractuel au cœur des contrats. Le droit comme expression d'une régulation sociale se trouve dès lors intégré dans les faits sociaux que la sociologie se donne pour objet, en dégagant la part juridique de la réalité sociale et en saisissant cette part juridique comme un moyen d'appréhender cette

⁶⁹. Bernard Friot, *Puissance du salariat*, Paris, La Dispute, 2012.

réalité. L'État se présente alors moins comme une force coercitive, que comme l'instance de production du droit à travers des fonctions législative et juridictionnelle reposant sur la connaissance de la vie sociale. Il en résulte une analyse de la démocratie reposant moins sur un concept philosophique *a priori*, que sur une analyse du fonctionnement de l'État fondé lui-même sur une pratique de délibération publique informée par la connaissance de faits sociaux structurés eux-mêmes par le droit.

Ce qui se joue alors dans la reconnaissance d'un droit du travail est le processus d'une autopoïèse⁷⁰ sociale et *politique* du droit, comme structure informant les pratiques des acteurs économiques et sociaux. Cette autopoïèse consiste en une critique politique (portée par des députés socialistes, républicains et proches du catholicisme social) du droit révolutionnaire assumé dans son inachèvement, ce qui conduit à y voir une critique dans le sens d'un examen réflexif de la régulation existante visant moins à sa remise en cause, qu'à son aménagement.

La sociohistoire de cette autopoïèse critique du droit (entendu comme cadre de la vie sociale) engagée par notre texte conduit alors à une autre critique, plus contemporaine, de la doctrine en droit du travail. Aveugle aux dimensions sociopolitiquement causales d'une activité législative se revendiquant elle-même d'une adaptation du droit à des évolutions économiques et sociales vues comme extérieures au droit, la majeure partie de la doctrine en droit du travail entretient, au nom d'une illusion de scientificité conçue comme refus de prendre politiquement parti, l'idéologie d'un marché autorégulé pourtant réfutée de longue date par la sociologie durkheimienne. Pour autant, une doctrine critique visant à mettre au jour les contradictions des dynamiques juridiques actuelles⁷¹ contribue à entretenir la fibre de ce mouvement de « critique du droit » qui a traversé la doctrine dans les années 1970, non sans entretenir une parenté avec les apports des *Critical Legal Studies*⁷².

⁷⁰. Par un détournement assumé du concept proposé par Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 11/12, 1989, p. 53-66.

⁷¹. Antoine Jeammaud, « Le régime des travailleurs de plateformes, une œuvre tripartite », *Le Droit ouvrier*, n°861, avril 2020, p. 181-206.

⁷². David Trubek, « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism », *Stanford Law Review*, vol. 36, n°1/2, janvier 1984, p. 575-622.