



HAL
open science

Le droit du travail est-il encore vivant ? Les dimensions durkheimiennes de la pensée d'Ehrlich dans une sociologie du salariat contemporain

Claude Didry

► To cite this version:

Claude Didry. Le droit du travail est-il encore vivant ? Les dimensions durkheimiennes de la pensée d'Ehrlich dans une sociologie du salariat contemporain. 2023. halshs-04144341

HAL Id: halshs-04144341

<https://shs.hal.science/halshs-04144341v1>

Preprint submitted on 29 Jun 2023

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.

Le droit du travail est-il encore vivant ?

Les dimensions durkheimiennes de la pensée d'Ehrlich dans une sociologie du salariat contemporain

Claude Didry, CNRS-Centre Maurice Halbwachs

Claude.didry@cnrs.fr

A paraître dans Pierre Brunet et Linxin He (s.d.), *Actualité de la pensée d'Ehrlich pour les méthodes empiriques du droit*

La sociologie du droit d'Ehrlich est couramment associée à un concept de « droit vivant » qui renvoie lui-même à la métaphore de l'« eau vivante », par opposition à l'eau stagnante :

« L'eau que l'on met dans l'étang n'est plus un cours d'eau vivant mais un bassin stagnant, et l'on ne peut mettre que peu d'eau dans l'étang. De plus, si l'on considère que le droit vivant a déjà dépassé et s'est éloigné de chacun de ces codes au moment même où ces derniers ont été promulgués, et qu'il s'en éloigne de plus en plus chaque jour, on ne peut que se rendre compte de l'énorme étendue de ce champ d'activité, toujours non labouré et non labourable, qui est indiqué au chercheur juridique moderne¹. »

Dans le cas du droit du travail, un tel propos suggère une forme de course permanente entre un corpus qui prend la forme d'un « code du travail » en France depuis plus d'un siècle, et le flux de la vie sociale soumis à la dynamique d'innovations tout à la fois techniques et juridiques. Ainsi, le droit du travail peut être dit « vivant », dans la mesure où il se réinvente à la faveur des « révolutions industrielles » qui se succèdent, du charbon et de la vapeur à l'Internet². Dans cette perspective, il est soumis à une activité législative intense qui se manifeste en France par une succession de réformes à un rythme effréné au cours des années 2010.

¹. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles, of the Sociology of Law*, London & New York, Routledge, 2017 [1936 trad; 1913 ed. allemande] p. 488. Les passages cités ont été traduits par l'auteur, et sont référés à la pagination de l'édition anglaise.

². Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail, droit vivant 2023*, Paris, Éditions Liaisons, 2022 [1992].

Mais, à l'inverse de cette vision héraclitienne du droit vivant, n'est-ce pas plutôt la résistance du salariat à ce déferlement législatif qui manifeste la puissance vitale du droit du travail et de la sécurité sociale³ ?

Si, selon Ehrlich, la sociologie du droit entend mettre au jour un « droit vivant », c'est moins par l'identification d'un retard systématique du droit codifié sur les normes en usage dans la vie sociale, que par un regard attentif aux variations situées de ce droit vivant dans les pratiques des acteurs ordinaires. L'enjeu est ici de sortir d'une connaissance du droit centrée sur l'articulation entre proposition légale et décision de justice, en vue d'envisager les normes et les institutions de référence pertinentes dans les activités quotidiennes. Ainsi, loin de se limiter à une pratique monographique inspirée de Le Play, la sociologie ehrlichienne du droit vise, à travers la recherche du droit vivant, l'identification de faits sociaux en suggérant une dimension durkheimienne au moins implicite de la démarche. De plus, la résistance du salariat stable face au déferlement des réformes depuis plus d'une décennie confirme l'objectivité et l'importance de ce fait social – cohérentes avec la place que Durkheim et Ehrlich accordent aux dynamiques du travail dans leur époque –. Or, en se concentrant sur le futur que le législateur néolibéral assigne au travail, c'est-à-dire sur le microentrepreneur, la microtâche, la plateforme et ses algorithmes, la doctrine juridique en droit du travail tend parfois à désertier le droit vivant du salariat dont témoigne la permanence de l'emploi stable et la force des revendications salariales et en matière de conditions de travail – particulièrement depuis le choc de la pandémie –. Cette situation justifie pleinement un appel à une sociologie du droit qui, sur le terrain du travail, envisagerait les pratiques et les institutions qui constituent cette activité sociale essentielle – le travail.

Pour évaluer l'apport de la pensée d'Ehrlich à l'identification d'un salariat vivant, nous reviendrons en premier lieu sur le tableau des codifications issues d'un « droit commun européen », à partir duquel se dessine une communauté de juristes unie par la transmission du *corpus ius civilis* qui lie les anneaux des différentes générations (1). Au-delà d'une description fine des écarts à ce droit codifié à travers la mise au jour de traditions en voie de disparition ou de novations débordant le droit codifié, c'est une science du document que requiert la sociologie du droit pour mettre au jour de grandes régularités sociales (2). Finalement, c'est en insistant sur une autre dimension du « droit vivant », celle d'un « droit des vivants » dont les « documents juridiques » fournissent la trace dans la vie sociale, que l'on peut envisager la

³. Bernard Friot, *Puissance du salariat*, Paris, Point Seuil 2021 [1^{ère} édition 1998, Paris, La Dispute].

vitalité du salariat par sa résistance au déferlement des réformes qui se sont succédées dans les années 2010 (3).

1. Une sociohistoire du droit commun continental

La sociologie ehrlichienne se présente en premier lieu sous les traits de l'analyse et de la critique du systématisme par lequel les juristes se constituent un monopole sur la production et l'interprétation des cadres juridiques de la société. De manière très éclairante, c'est dans cette orientation qu'Hubert Rottleuthner⁴ interprète l'avant-propos d'ouverture écrit par Ehrlich à Paris en 1912, en suggérant de distinguer le droit vivant ehrlichien d'un pluralisme juridique reposant sur le présupposé de multiples ordres juridiques susceptibles à leur tour d'enfermer la recherche dans une multitude de systématismes.

1.1. Aux sources d'un droit commun continental

Si la sociologie du droit repose selon Ehrlich sur la critique du caractère incomplet d'une science juridique focalisée exclusivement sur des règles légales et des décisions de justice motivées par ces règles, c'est en partant de la dynamique internationale du droit civil continental tel qu'elle se manifeste à la fin du XIXe siècle à travers un maillage de la vie sociale par des codes civils nationaux. La sociologie du droit que le professeur Ehrlich entend fonder à travers son ouvrage de 1913 est ainsi clairement ancrée dans la faculté de droit, en revendiquant une portée théorique et réflexive sur la pratique du droit des juristes comme propédeutique à une ouverture aux développements normatifs portés par les acteurs ordinaires⁵ qui font le droit « vivant ». C'est à partir de la codification des droits nationaux que s'engagent les aménagements opérés par la jurisprudence issue des tribunaux, ainsi que la reconnaissance des usages et des règles coutumières constitutifs du « droit vivant » présenté par Ehrlich comme l'objet central de la sociologie du droit. En amont de ce mouvement, Ehrlich évoque à maintes reprises un « droit commun continental » reposant sur une communauté professionnelle de juristes pris comme autant de maillons liant les générations par la transmission du socle commun que représente le *corpus ius civilis*. Cette transmission de l'héritage du Digeste et des compilations justiniennes prolonge ainsi la coagulation d'une tradition orale qui court sur près

⁴. Hubert Rottleuthner, « La sociologie du droit en Allemagne », *Droit et Société* n°11-12, 1989, p. 97-116.

⁵. Cette ouverture théorique de la sociologie du côté des facultés de droit contraste, à certains égards, avec le retour aux faits sociaux – à considérer comme des choses souligne Durkheim – comme ancrage empirique revendiqué dans un geste d'émancipation à l'égard de l'idéalisme philosophique du côté des facultés de lettres, sur ce partage entre droit et lettres, voir Évelyne Serverin, *Sociologie du droit*, Paris, Repères La Découverte, 2000.

de deux millénaires, en conduisant de la période républicaine à la fin de l'empire byzantin concluant le moyen-âge :

« La science juridique (ou « juristique ») du droit commun continental est le fruit d'une activité intellectuelle internationale ininterrompue qui s'étend sur une période de deux mille ans ou plus. La base était le *corpus iuris civilis*, qui, malgré tous ses défauts, était une grande réussite. Ses racines se trouvent dans la science juridique des pontifes romains à l'époque préhistorique. Depuis lors, d'innombrables générations de juristes y ont consacré un travail créatif, l'élève devenant le successeur de son maître tant dans le développement du droit que dans l'enseignement, chaque génération bénéficiant du travail de son prédécesseur et continuant à construire sur les bases posées par ce dernier. Ainsi, une chaîne ininterrompue de tradition orale unit les professeurs de Constantinople à ceux de Berytus, les compilateurs du code de Justinien à chacun des prudens de la Rome primitive⁶. »

Il en résulte « une terminologie juridique fixe et, par-dessus tout, une langue juridique qui est facilement comprise par tous les juristes, car les juristes de tous les peuples civilisés apprennent le romain à partir de manuels écrits par les juristes de l'école commune continentale. » (p. 480) Les codifications du XIXe siècle prolongent indirectement cette tradition, en mobilisant cette langue juridique commune pour l'élaboration de codes nationaux, *via* le détour que représente l'*Usus modernus Pandectarum* issu de la reprise du droit romain à partir de l'époque moderne (XVI-XVIIe siècles), sous l'impulsion de juristes néerlandais comme Johan Voet ou allemands comme Samuel Stryk. Ainsi, « ce n'est pas le droit romain, mais l'*Usus modernus*, [qui] constitue la base du *Landrecht* prussien, du Code civil français et du Code civil autrichien⁷ »⁸ auxquels il convient d'ajouter le code civil allemand⁹.

Mais, la focalisation sur le droit romain et les codifications qui le prolongent risque de plonger les juristes dans un monde parallèle à celui de la vie sociale. En effet, les activités des juristes reposent en grande partie sur la formulation et la résolution de litiges judiciaires à partir de corpus législatifs relevant eux-mêmes de la langue « morte » que constitue le droit romain. Leur activité devient ainsi autoréférentielle, en écartant toute interrogation théorique sur le concept de droit, pour se cantonner à un « concept pratique » dans l'espace autoréférentiel de la règle de droit et de la décision de justice. Cela explique l'extrême difficulté des organes juridiques, législatifs et juridictionnels, à s'approprier les références autour desquelles s'organise la vie industrielle. Certes, un processus d'intégration du contrat de travail dans la

⁶. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 478.

⁷. L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (abrégé en ABGB) entré en vigueur en 1812, au terme de travaux préparatoires remontant au *Codex Theresianus* de 1766, issu lui-même de travaux initiés par l'impératrice Marie-Thérèse.

⁸. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 483.

⁹. *Bürgerliches Gesetzbuch* adopté par le Reichstag en 1896, entré en vigueur en 1900.

langue du droit légiféré semble s'engager à partir d'un ouvrage fondateur de Philipp Lotmar¹⁰ mentionné dans les premières pages de *Fondation*¹¹. Mais, selon Ehrlich, des problèmes aussi essentiels que ceux des trusts, des cartels et des syndicats continuent d'échapper à toute considération doctrinale.

Quoiqu'il en soit, aux yeux d'Ehrlich, le besoin d'ouverture sur la vie sociale et les innovations que le droit peut en tirer se font jour dans la théorie du droit, notamment à travers des juristes tels que « le Français Gény » :

« Le Français Gény, s'appuyant sur les bases posées par Savigny et Puchta, et développant certaines idées de Jhering, a rétabli la libre recherche scientifique, le droit juridique des fondateurs de l'École historique, dans la position d'honneur qui était la sienne. Ce point de vue est diamétralement opposé à la théorie, qui est aussi la théorie dominante en France, selon laquelle l'État est la seule source de vie¹². »

De manière générale, il est à noter que, dans sa réflexion sur les insuffisances de la pratique juridique de son époque, Ehrlich s'appuie sur un champ très large de références allant au-delà des seuls théoriciens allemands en faisant une place de choix aux juristes français. Ainsi, Eugen Ehrlich mentionne à plusieurs reprises la contribution d'Édouard Lambert à une analyse du poids de la tradition que constitue le droit romain dans la physionomie des systèmes juridiques qui en émanent, à travers son ouvrage de 1903, *La fonction du droit civil comparé*. Paul-Frédéric Girard, à qui Ehrlich dédie son ouvrage, est professeur titulaire de la chaire « Droit romain approfondi et Pandectes » à la faculté de droit de Paris entre les années 1890 et 1920. Il est mentionné sur des points concernant l'histoire du droit romain, allant notamment dans le sens d'une antériorité du droit romain aux recueils issus du règne de Justinien.

1.2. Naissance de l'usage

L'un des enjeux de la sociologie du droit est de passer d'une analyse de la règle dans son code, à une analyse des règles en considération desquelles les acteurs agissent. Il en résulte une réorientation de la recherche, par rapport à une démarche dogmatico-doctrinale fixée sur la justesse de la règle dans le cosmos des normes juridiques, vers des foyers normatifs dans lesquels il faut compter en premier lieu cette multitude de normativités traditionnelles que les codes civils n'ont pas réussi à déraciner. La démarche sociologique s'entend alors comme la mise au jour du droit vivant, comme droit qui domine la vie elle-même, même s'il n'a pas été

¹⁰. Philipp Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, 2 volumes, Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot, 1902.

¹¹. Pour conserver le caractère vivant de la *Grundlegung* perdu dans l'anglais *Fundamental Principles*, nous suggérons comme traduction française du titre de l'ouvrage *princeps* de Ehrlich, *Fondation de la sociologie du droit*.

¹². Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 469-470.

établi par des propositions légales (p. 493) et repris par le juge. De ce point de vue, la démarche sociologique dont se revendique Ehrlich se rapproche de l'anthropologie en trouvant des échos dans les ouvrages et l'école du Français Frédéric Le Play par leur attention aux singularités de communautés locales. En effet,

« La géographie politique, comme l'a créée Ratzel, et comme l'a comprise aujourd'hui Brunhes en France, est en fait de la sociologie avec de la méthode géographique. Le Play, un Français, dans sa *Science sociale*, a basé ses investigations en tout point sur les conditions locales de la vie sociale, et l'école qu'il a fondée poursuit avec zèle l'œuvre qu'il a commencée¹³. »

Mais si la démarche ethnographique d'un Le Play semble adéquate à la mise au jour de coutumes traditionnelles oubliées, c'est plus profondément sur le terrain spécifique des « associations qui font partie de l'ordre juridique » que Ehrlich entend placer sa sociologie du droit :

« Toutes les associations humaines ne sont pas régies par des normes juridiques, mais manifestement, seules les associations qui font partie de l'ordre juridique et dont l'ordre est fondé sur des normes juridiques sont concernées par la sociologie du droit, les autres relevant d'autres branches de la sociologie. Parmi les associations juridiques, il y en a qui sont facilement reconnaissables par des critères externes, c'est-à-dire celles que les juristes appellent *les personnes juridiques, les sociétés, les institutions, les fondations et, en premier lieu, l'État*. Mais même en droit public, il existe de nombreuses associations juridiques qui n'ont pas de personnalité juridique, comme les conseils d'administration, les institutions publiques, le peuple, l'armée, les différentes classes, rangs et professions. On en trouve beaucoup plus dans le droit privé¹⁴. »

Cette réorientation doit beaucoup à Gierke, dont

« C'est le mérite immortel [...] d'avoir découvert cette caractéristique du droit dans les corps qu'il a appelés associations (*Genossenschaften*), et parmi lesquels il a compté l'État, et d'en avoir rendu compte dans une étude détaillée. A l'issue de ses travaux, on peut considérer comme établi que, dans le cadre du concept d'association, *le droit est une organisation, c'est-à-dire une règle qui assigne à chacun des membres de l'association sa position dans la communauté*, qu'elle soit de domination ou de sujétion (*Überordnung, Unterordnung*), et ses devoirs ; et qu'il est aujourd'hui tout à fait impossible de supposer que le droit s'applique, dans ces domaines, uniquement aux controverses qui se développent en dehors de la relation communautaire¹⁵. »

Certes, Ehrlich se trouve particulièrement exposé à la tentation du pluralisme juridique dans le cadre d'un empire marqué par l'entrelacs des législations relevant d'ethnies et de territoires différentes, selon des échelles variées, et avec des allers et retours du pouvoir

¹³. *Ibid.*, p. 505.

¹⁴. *Ibid.*, p. 40, souligné par l'auteur.

¹⁵. *Ibid.*, p. 24, souligné par l'auteur.

impérial dans le gouvernement du « vernaculaire »¹⁶. Mais la lecture de *Fondation* appelle à dépasser la réduction de la sociologie du droit à un empilement d'ordres normatifs plus ou moins embaumés dans des manifestations folkloriques, en envisageant une forme d'*autopoïèse* juridique comme processus dans lequel le droit dont sont faites les associations dites « juridiques » construirait les lieux de ce droit vivant qui anime les acteurs de la vie sociale. Il y a sans doute lieu ici de rapprocher Ehrlich de Durkheim, dans la considération de la loi de ces groupes dont se dégage le droit vivant, même si Durkheim n'est pas allé – comme Ehrlich – jusqu'à rapprocher les groupes professionnels dont il imagine l'organisation dans *De la division du travail social*, de ces associations juridiques – sociétés, entreprises ou syndicats – dont traite fréquemment Ehrlich. De plus, en allant jusqu'à envisager le contrat dans ces institutions associatives, Ehrlich se rapproche de la lecture du contrat que propose Durkheim dans sa thèse quand il écrit :

« Car tout n'est pas contractuel dans le contrat. Les seuls engagements qui méritent ce nom sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n'ont pas d'autre origine que cette libre volonté. Inversement, toute obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel. Or, partout où le contrat existe, il est soumis à une réglementation qui est l'œuvre de la société et non celle des particuliers, et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée¹⁷. »

2. Au-delà de l'anthropologie, le fait social ?

2.1. Une anthropologie de la disparition du droit traditionnel

Au cœur de la sociologie de Ehrlich, se dégage ainsi la fameuse *Zadruga* des « Slaves du Sud » correspondant à une forme d'indivision familiale qui évoque une forme de communisme primitif qui s'est prolongé dans les « sovkhoses » du socialisme yougoslave (Vlajić-Popović (2020)). Ce qui caractérise la *Zadruga* est son caractère inassimilable par le code civil, qui se dégage selon Ehrlich de la conclusion de Bogišić pour qui « les gens savent que les préceptes de la loi ont un contenu tout à fait différent de leur usage coutumier, mais qu'ils ne suivent pas la loi¹⁸. ». Dans le dernier chapitre, il précise : « J'ai pu moi-même établir le fait qu'il y a seulement une moitié de siècle environ, des communautés familiales paysannes

¹⁶. En puisant notre inspiration dans le titre du chapitre de Monica Eppinger, « Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography », dans Marc Hertogh (ed.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, p. 21-48.

¹⁷. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930 [1893], p. 189.

¹⁸. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 371.

isolées existaient parmi les Ruthènes de l'est de la Galice et de Bukowina. Aujourd'hui, je suppose qu'elles ont complètement disparu¹⁹. ».

Au regard de cette évanescence d'un droit « vernaculaire », il y a lieu de penser que le droit mis au jour par l'anthropologie juridique est moins vivant que « survivant » avant que de disparaître sous la modernité. C'est dans ce sens que Durkheim mentionne la *Zadruga* dans *De la division du travail social*, comme survivance relevant d'une forme de quasi-pathologie sociale par les entraves qu'elle oppose au développement de la division du travail et des différenciations sociales en résultant : « Chez les Slaves, la *Zadruga* s'accroît souvent dans de telles proportions que la misère y est grande ; cependant, comme l'esprit domestique est très fort, on continue généralement à vivre ensemble, au lieu d'aller entreprendre au dehors des professions spéciales comme celles de marin et de marchand²⁰. »

Sous la plume de Rosa Luxemburg, la *Zadruga* slave²¹ se trouve également associée au « communisme des tribus » qui caractérise la propriété des terres en Algérie²². Dans le tableau qu'en donne Luxemburg, c'est la résistance de ce communisme qui est étonnante sous les coups de boutoir du colonisateur, avec une accélération à partir de la III^e République « régime bourgeois franchement proclamé [qui] trouva le courage et le cynisme d'aller droit au but et de prendre les choses par l'autre bout sans s'embarrasser des tergiversations que le Second Empire avait jugées nécessaires²³. »

2.2. Le droit commercial terre d'élection du droit vivant ?

Si la *Zadruga* indique une forme de droit traditionnel dont la vie tient à ce que ce droit déjoue exceptionnellement et pour un temps la référence au droit commun en matière de propriété et d'héritage, les dynamiques qui animent le droit commercial traduisent une vie beaucoup plus intense dans ce domaine juridique. Il faut y voir, selon Ehrlich, une forme accomplie de « droit vivant » reposant sur une libération permanente à l'égard de la pesanteur mortifère de toute codification. Certes, si l'on suit l'enseignement postérieur de Georges Ripert, le code de commerce promulgué en 1807 en France plonge ses racines dans l'ordonnance

¹⁹. *Ibid.* p. 499.

²⁰. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, *op.cit.*, p. 269.

²¹. Mentionnée dans Rosa Luxemburg, « L'expropriation des terres et la pénétration des terres et la pénétration capitaliste en Afrique. », traduction des chapitres 27 et 28 (La lutte contre l'économie naturelle et la lutte contre l'économie agraire) de *Die Akkumulation des Kapitals* (paru en 1913), *Présence Africaine*, n°13-1 1952, p. 138.

²². *Ibid.*, p. 146.

²³. *Ibid.*, p. 143.

Savary de 1673, c'est-à-dire une des premières codifications engagées par Colbert. Mais justement,

« Le droit commercial est la seule branche du droit dont la science juridique ne se fonde pas seulement accessoirement, mais entièrement, sur l'usage réel. Ce dernier a été officiellement reçu dans la science juridique sous la forme de la coutume commerciale et de l'"usage". L'organisation de la grande propriété foncière et de la fabrique, voire de la banque, est restée jusqu'à ce jour pour le juriste un livre scellé de sept sceaux, mais l'organisation de la maison de commerce, il la connaît, dans ses grandes lignes du moins, par le Code de commerce²⁴. »

Loin de cet effacement des usages annoncé par la codification du droit civil en matière, notamment, d'héritage, le droit commercial tend à les imposer par « L'organisation gigantesque de la production des marchandises qui se met en place sous nos yeux dans les trusts et les cartels, toutes les réalisations modernes du commerce, les nombreuses inventions nouvelles, font naître à chaque instant de nouvelles configurations et ouvrent au juriste de nouveaux champs de travail²⁵. » Les usages du commerce, loin de toute tradition, trouvent leur origine dans une innovation permanente portée par les commerçants en comblant ainsi les éventuelles lacunes du droit codifié, voire en le dépassant dans le cas allemand

Ce mécanisme de dépassement permanent du droit légal par les innovations juridiques des acteurs identifié par Ehrlich dans le domaine du droit commercial conserve une actualité certaine dans la France actuelle, en suggérant un modèle explicatif à l'inflation juridique caractérisant le code monétaire et financier passant d'une dizaine d'articles en 2003 à près de 5000 vingt ans plus tard. Cette inflation tient moins ici à une activité législative débridée par la démocratie parlementaire, qu'à la créativité des places de marché dont témoigne le renouvellement constant des produits financiers élaborés par les sociétés de placement.

2.3. Le droit vivant dans les « documents juridiques », pris comme base d'une connaissance des faits sociaux

Dans la recherche de ce droit vivant à laquelle invite plus spécifiquement le droit commercial, par le dynamisme dont y témoignent les acteurs économiques, la démarche engagée par Ehrlich trouve un point d'appui substantiel : le « *document juridique* ». Ce « document juridique » est une pièce importante dans les décisions de justice, en faisant l'objet d'un examen de leur « justesse » pour en établir la recevabilité dans l'affaire soumise à la justice. Mais il fournit également la base d'une connaissance du droit vivant, par les éclairages que le sociologue peut en tirer sur les relations et les pratiques des acteurs sociaux. On peut

²⁴. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 492.

²⁵. *Ibid.*, p. 493.

penser que par une accumulation de documents de même nature, c'est un regard élargi sur les pratiques juridiques et sociales qui peut être envisagé en faisant apparaître les facteurs de variations que constituent « les localités, les classes, les rangs, les origines, les croyances » (p. 496). Pour cela, c'est une innovation scientifique de grande ampleur qui est requise, en sortant des investigations monographiques chères à Le Play, pour aller vers une démarche de « statistique juridique » :

« Il semble probable que nous devons accomplir une fonction de statistique juridique au moyen des dispositifs empruntés à la science des documents. Cela ne sera pas possible sans de nouvelles méthodes, et ce ne sera certainement pas une tâche facile que de concevoir de telles méthodes. Mais que de beaux résultats s'offrent au juriste à cet égard, surtout s'il parvient à mettre à nu les facteurs historiques, économiques ou sociaux de cette diversité²⁶. »

Dans cette démarche sociologique, la statistique peut donc s'avérer très importante pour dégager véritablement des pratiques sociales et des formes de collectivités caractéristiques d'un « droit vivant ». Ainsi, même si Ehrlich ne mentionne jamais Durkheim, en s'en tenant à des références aux membres de l'école le playsienne, la démarche statistique qu'il envisage rend pertinent un rapprochement avec la méthodologie durkheimienne en ce qu'elle établit comme objet pour la sociologie, le fait social. Cette notion de « fait social » se trouve ainsi évoquée dans le chapitre 5 « Les faits du droit », dans un passage à forte tonalité durkheimienne :

« Un fait isolé dans la société n'est pas un *fait social* ; il ne peut pas donner lieu à des normes sociales et reste inaperçu de la société. Il ne peut être considéré comme un élément constitutif de l'ordre social tant qu'il n'est pas devenu un phénomène courant. Lorsqu'un groupe d'êtres humains d'un certain type, disons une forme particulière de vie familiale, une nouvelle église, une nouvelle tendance politique, une relation d'assujettissement, une forme de possession, un contenu de contrat, devient un phénomène important et permanent en raison de son occurrence commune, alors, et pas seulement à ce moment-là, la société doit en prendre connaissance²⁷. »

3. Les enjeux d'une sociologie ehrlichienne du droit du travail actuel

Pour Ehrlich, le droit du travail s'inscrit classiquement dans la recherche du droit vivant, impliquant d'aller au-delà du droit étatique issu de la législation et de la jurisprudence pour plonger dans la dynamique industrielle dont se nourrissent également selon lui, les innovations du droit commercial et des sociétés. Mais dans le contexte du déferlement de réformes néolibérales qui caractérise la France aujourd'hui, la surprise vient moins du changement social que de la permanence du salariat constatée à travers les enquêtes de la statistique publique, la vie tient moins à une évolution trépidante qu'à la résistance du fait social.

²⁶. *Ibid.*

²⁷. *Ibid.*, p. 120, terme souligné par l'auteur.

3.1. Le droit du travail dans la sociologie du droit d'Ehrlich

Les contrats « entre employeurs et travailleurs » paraissent relever de ces faits qui prennent une véritable consistance juridique à partir de l'ouvrage fondateur de Lotmar mentionné par Ehrlich dès les premières pages de son ouvrage. En effet, l'ouvrage de Lotmar contribue à établir la catégorie de contrat de travail, en regroupant tout un ensemble de contrats dont les « contrats innommés » de sociétés telles que les compagnies de chemins de fer. Le contrat de travail prend alors toute sa portée dans l'univers de l'établissement industriel, dont il contribue – avec le droit des sociétés commerciales – à dessiner les contours en y attachant la collectivité des travailleurs par leurs contrats avec un employeur :

« La société anonyme avec son conseil d'administration et son conseil de surveillance, ses membres et l'assemblée de ses membres, avec une armée de dirigeants et d'employés, avec son droit de propriété, ses relations d'usufruit et de location ordinaire dans les usines, les machines, les sources d'énergie, les matières premières et les marchandises – tous ces éléments constituent *l'ordre économique de l'établissement manufacturier*, qui se reflète dans le contrat d'association, dans une multitude de relations juridiques impliquant des droits réels, dans les innombrables relations contractuelles avec les employeurs et les travailleurs, avec les bailleurs ordinaires et les bailleurs usufruitiers²⁸. »

Mais à partir de ces bases légales qui demeurent vagues, en l'absence de législation spécifique sur le travail, c'est à travers la convention collective que se dessine un droit vivant dans le travail selon Ehrlich. En effet, la convention collective est un accord entre des employeurs et des syndicats, dont la portée ne tient pas à sa justiciabilité devant les institutions judiciaires, mais à la grève et au refus fréquent des syndiqués de travailler avec des non-syndiqués. Ainsi, elle se situe dans la dynamique de monopolisation des rapports économiques et sociaux qui se manifeste dans le cas des trusts et des ententes tout autant que dans celui des syndicats²⁹. Elle repose sur l'action de syndicats qui, notamment dans le cas anglais, refusent toute reconnaissance de la part de l'État selon Ehrlich et se fondent sur ce que l'on pourrait nommer, en reprenant une formule du syndicalisme français « l'action directe ».

Cependant, cette analyse de la convention collective comme expression d'un droit vivant échappant au droit positif de l'État tient probablement à ce que, dans l'état des connaissances d'Ehrlich, aucune législation nationale ne pouvait alors véritablement être recensée. On pourrait faire reproche à Ehrlich d'ignorer le projet de loi que les membres de la Société d'études législatives élaboraient alors en France sur le « contrat de travail », en y

²⁸. Eugen Ehrlich *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 45.

²⁹. *Ibid.*, p. 392.

logeant un ensemble important de dispositions sur la convention collective au cours des années 1905-1908³⁰. C'est à l'inverse une connaissance exceptionnelle du droit français qui ressort de *Fondation*, avec le grand intérêt qu'il porte à la loi française de 1907 sur la libre disposition du salaire de la femme mariée. Le commentaire de Tissier dans les débats de la Société d'Études Législatives en 1901 qui mène à l'élaboration de cette loi attire plus particulièrement l'attention d'Ehrlich, qui va jusqu'à le citer en français : « Celui qui, sur le rôle de la femme mariée dans la famille en France, sur ses droits et ses pouvoirs concernant les intérêts pécuniaires du ménage, ne connaît que les textes de notre loi en a une idée certainement fautive, et on peut affirmer que ces textes ne sont plus en harmonie avec notre manière de penser, ni avec notre manière de vivre³¹. » Le débat législatif qui s'engage alors se fonde sur un cas d'école pour la conception de la sociologie du droit que prône Ehrlich, en mettant au jour les évolutions du statut féminin aux confins de la famille et donc du Code civil et du travail salarié très faiblement formalisable à travers le droit positif de l'époque.

Finalement, la démarche d'Ehrlich, tout en visant à une analyse de la réalité dans ses dimensions les plus quotidiennes et les plus concrètes, ne se détourne pas de toute visée réformatrice. Son auteur assume les chantiers législatifs que la sociologie du droit ne manque pas de dévoiler, en refusant de dissocier science, prévision et engagement :

« Le sociologue qui, sur la base de ses connaissances scientifiques, s'efforce de dresser un tableau de l'ordre social tel qu'il se présente dans le futur et d'un système juridique qui, dans le présent, doit être adapté à l'avenir, n'est donc nullement engagé dans une démarche non scientifique. La tentative de **Marx** de démontrer la nécessité du socialisme en montrant que le développement social requiert de conduire au socialisme n'est pas non plus non scientifique, du moins pas plus que les prévisions du météorologue pour guider les cultivateurs, ou les écrits des géologues sur l'avenir de l'or pour ceux qui sont engagés dans la direction de la politique monétaire³². »

3.2. Du droit vivant à la danse macabre des réformes du droit du travail ?

Loin de la longue gestation du droit du travail en France au cours de la première moitié du XXe siècle, la production législative en la matière a connu une forte accélération au lendemain de la crise financière de 2008. La motivation de cette poussée réformatrice n'est plus le souci d'une adaptation de la législation étatique à de nouvelles institutions ayant émergé de changements sociaux tels que le développement de la grande entreprise et, dans son sillage, la

³⁰. Claude Didry, *Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du XXe siècle*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2002.

³¹. Tissier, cité dans Eugen Ehrlich *Fundamental Principles*, *op.cit.*, p. 395-396.

³². *Ibid.*, p. 204.

convention collective. La dynamique législative répond en priorité au souci de réduire les déficits publics, en visant à limiter au minimum le nombre de chômeurs par une flexibilité accrue de l'emploi³³.

Sans entrer ici dans une présentation détaillée des réformes qui ont touché la France, on peut voir dans les accords dits « de maintien de l'emploi » établis par loi du 25 juin 2013 « de sécurisation de l'emploi » la marque d'une continuité avec les « accords de compétitivité » envisagés par la Présidence Sarkozy en février 2012. Le contrat de travail est alors soumis aux modifications décidées par des accords de ce type, sous la forme d'une baisse des rémunérations ou d'une hausse de la durée du travail en contrepartie d'engagements de maintien de l'emploi par l'employeur. Le barème fixant une série d'indemnités prédéterminées se substituant au dédommagement du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse décidé par un juge, marque un point d'aboutissement atteint par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 « relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail ».

Mais en surjouant la thèse d'un effacement du salariat stable avancée, à partir des années 1990, par le rapport Boissonnat³⁴, le législateur a entendu finalement ouvrir une nouvelle page pour le travail en le plaçant sous le signe de l'autoentrepreneuriat, statut créé par la loi du 25 juin 2008. Les lois vont s'enchaîner pour accompagner le développement du transport de personnes par l'intermédiaire de plateformes ayant recours à des prestataires de service indépendants. On peut citer la loi Macron du 6 août 2015, véritable charte du travail libéralisé qui renomme les autoentrepreneurs « micro-entrepreneurs », la loi Grandguillaume du 29 décembre 2016 « relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes », la loi El Khomri du 8 août 2016 « relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels » avec l'article 60 consacré à « la responsabilité sociale des plateformes » et la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019. Finalement, la censure de la disposition renforçant la présomption de non-salariat liée aux « chartes sociales » de plateforme dans la loi LOM par le Conseil constitutionnel, puis les arrêts de 2018 et mars 2020 de la Cour de cassation indiquent le refus des hautes juridictions de suivre le législateur sur le terrain d'une non-

³³. Sur les orientations austéritaire et libérale impulsées par les institutions européennes que révèle la similarité des réformes du droit du travail dans les États-membres de l'Union, voir Sylvaine Laulom (ed.), *Collective Bargaining Developments in Times of Crisis*, Bulletin of Comparative Labour Relations 99, Alphen aan den Rijn, Wolter Luwers, 2018.

³⁴. Jean Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, Paris, Odile Jacob/La Documentation française, 1995.

requalification de la prestation de service du livreur ou du chauffeurs indépendants en contrat de travail³⁵.

3.3. La vie du salariat

Face à la multiplication de prophéties annonçant la disparition de l'emploi stable, voire celle du salariat dans son ensemble, qui justifient une réforme permanente du droit du travail, le flux normatif résultant des réformes témoigne moins d'un droit vivant, que du renouvellement du cercle autoréférentiel diagnostiqué par Ehrlich dans une époque dominée par la codification du droit civil. En effet, la forme courante que constitue, pour la connaissance et l'enseignement du droit, l'articulation entre proposition légale et décision de justice se trouve soumise à cette accélération des réformes réaménageant en permanence le code du travail. Mais, il en résulte une course de la Doctrine au commentaire de la dernière loi ou du dernier arrêt de la Cour de cassation qui renforce son caractère autoréférentiel. Le temps manque au juriste pour une observation de la réalité sociale, en revenant aux cadres juridiques de la vie quotidienne des travailleurs et des employeurs qui constituent le droit vivant.

Dans la perspective de cette forme d'observation sociale ouverte par Ehrlich, l'Enquête-Emploi de l'INSEE représente aujourd'hui un outil très intéressant pour mettre au jour les dynamiques du salariat dans la vie sociale, indépendant de tout préjugé sur la tendance de son évolution. Il en ressort une stabilité relative de la part des salariés en CDI (et fonctionnaires) dans la population active au cours des dernières années, autour de 70 % (68,5 % en 2021), qui s'accompagne d'une croissance des effectifs en CDI de 2,280 millions de personnes entre 1982 et 2020³⁶, dans une population active elle-même en croissance. De plus, la stabilité de l'ancienneté moyenne des salariés dans l'entreprise – entre 11 et 12 ans entre 2003 et 2019 – jointe à une ancienneté croissante avec l'âge (atteignant plus de 25 ans d'ancienneté moyenne pour la classe d'âge des 60 ans) confirme l'importance de l'emploi stable en France aujourd'hui. Au vu de réformes justifiées par la prétendue dégradation du statut d'emploi des salariés désignée par le terme de « précarisation » et une croissance soi-disant inexorable des non-salariés imposée par une « ubérisation », la stabilité de la part de l'emploi stable dans la population active contredit le diagnostic de précarisation (entendue comme croissance des

³⁵. Antoine Jammaud, « Le régime des travailleurs des plateformes, une œuvre tripartite », *Le Droit Ouvrier* 861, avril 2020, p. 181-206.

³⁶. Traitement des données réalisé par Marion Plault, à partir d'une actualisation des résultats de sa thèse, *Métamorphoses et permanences des parcours professionnels en France (1968-2018). Pour une approche cohortale et sexuée des évolutions de l'emploi*, Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay préparée à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2018.

emplois à durée limitée (CDD et intérim)) et celui de la « désalarisation » avancés aujourd'hui pour justifier la récurrence des réformes du droit du travail et du microentrepreneuriat. De plus, le salariat stable continue de croître en effectifs en conférant à ce fait social le caractère d'un droit véritablement vivant.

Conclusion

Loin d'une lecture classiquement pluraliste du droit vivant, c'est par une critique du caractère stérilisant du droit codifié que s'ouvre la sociologie ehrlichienne du droit. Il ne s'agit pas ici de cerner les transformations du droit en les rapportant, par exemple, à un droit de la société ayant à se confronter au droit de l'État, mais de concevoir le droit vivant comme l'ensemble des cadres de référence de la vie quotidienne pour les acteurs dans leur vie sociale et économique. Dans une perspective que l'on peut rapprocher de la démarche durkheimienne, le droit vivant désigne un processus ouvert que vient alimenter le droit légiféré, pour autant qu'il devienne une référence commune pour les acteurs sociaux ordinaires. Ainsi, la sociologie du droit que propose Ehrlich conduit à considérer la puissance vitale du salariat à travers le poids que prend aujourd'hui, dans la vie sociale, l'institution du contrat de travail à durée indéterminée. Elle suggère préalablement de mettre de côté les prénotions que constituent les prophéties dogmatico-doctrinales d'une précarisation de l'emploi et d'une ubérisation du travail, tout en critiquant la fermeture que porte en lui le systématisme d'une « constitutionnalisation du droit du travail » ramenant celui-ci à quelques formules fondamentales. Finalement, saisir le fait social que constitue le salariat conduit à envisager le droit vivant du travail comme un droit ouvert au vent de l'Histoire.