

LES JURISTES FRANÇAIS ET LA NAISSANCE DU DROIT SOCIAL

Farid LEKEAL*

SOMMAIRE: I. *Introduction.* II. *Le droit social, une realite juridique: les sources.* III. *Le droit social, une creation doctrinale: les debats sur l'objet.* IV. *Conclusion.*

I. INTRODUCTION

Ce n'est pas avant la fin de la Seconde Guerre mondiale que le vocabulaire juridique français commence à se fixer pour désigner le contenu du droit social. La mise en place de la Sécurité sociale par l'ordonnance du 4 octobre 1945 complétée par la loi du 22 mai 1946 y a contribué pour une très large part. A partir de cette époque, les juristes français, et en particuliers les universitaires, considèrent assez unanimement que le droit du travail recouvre l'ensemble des règles juridiques, individuelles et collectives, qui organisent les relations de travail ainsi que les normes touchant à la protection sociale.¹

Avant de s'être imposé comme une réalité juridique au contenu bien déterminé, le droit social a longtemps souffert d'une longue indétermination sémantique qui a sans doute contribué à masquer, aux yeux du grand public, l'intérêt théorique et pratique que cette notion pouvait véhiculer. Les juristes n'ont pourtant pas ménagé leurs efforts de clarification. Tout au contraire, ils se sont employés, pendant de nombreuses décennies, à en étudier les sources, à en interroger les fondements, à en préciser le champ d'application et à en décrypter la logique éventuelle. Cette réflexion est entamée dès la seconde moitié du XIX^e siècle. Elle est postérieure de quelques années à l'adoption des premières lois dites "ouvrières" françaises dont le particula-

* Professeur à l'Université de Lille. Centre d'Histoire Judiciaire UMR 8025.

¹ En ce sens, par exemple, Javillier, J.-C., *Droit du travail*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 24: "Il y a... deux demeures (droit du travail, droit de la sécurité sociale et de l'aide sociale) dans la maison du "droit social".

risme ne tarde pas à interroger les juristes, soit qu'elle les divise, soit qu'au contraire, elles contribuent à créer des affinités de pensée entre eux.

La réflexion engagée par les juristes autour du droit social va ainsi œuvrer au désenclavement intellectuel des facultés de droit. Sans doute parce que la *question sociale* s'impose avec force dans le débat public français de cette époque,² l'expertise technique des juristes constitue un point d'appui indispensable à ceux qui nourrissent l'ambition d'en saisir toutes les dimensions. Il est vrai que ce droit ne fait l'objet d'aucune consécration académique alors que l'adjectif "social" devient d'un usage courant dans la langue juridique. Pourtant, pendant longtemps, aucune unanimité ne se dégage autour de sa signification.³

Le droit social va ainsi longtemps souffrir d'une véritable polysémie que l'adoption de la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants va contribuer à alimenter. Indépendamment de son contenu — qui interdit notamment le travail des enfants de moins de 8 ans—,⁴ l'adoption de cette loi met un terme à un débat qui avait divisé les milieux parlementaires. L'une des nombreuses questions posées à cette occasion était de savoir si le pouvoir législatif pouvait ou non légitimement s'immiscer sur le double terrain, jusqu'alors réservé, de l'autorité patronale et de l'autorité familiale. En répondant par l'affirmative, ce texte ouvre de nouvelles perspectives. Il met un terme à une tradition, datant de la Révolution française, selon laquelle la fixation des règles relatives à la relation de travail relevait de la simple compétence du pouvoir réglementaire et en aucune façon de la majesté du pouvoir législatif.⁵ Jusqu'alors en effet, les normes encadrant l'accomplissement des tâches productives ou le comportement des ouvriers étaient regardées comme de simples questions d'ordre public ressortissant de la police de l'industrie ou de la police du travail, à l'instar de la loi du 22 germinal an XI relative au livret ouvrier.⁶ Cette attitude peut être reliée au fait qu'en France, pendant

² Donzelot, J., *L'invention du social*, Paris, Fayard 1984; David, M., *Les fondements du social. De la IIIe République à l'heure actuelle*, Paris, Anthropos, 1993.

³ Par exemple: Deroin J., *Cours de droit social pour les femmes*, Paris, Plon, 1848.

⁴ L'article 2 dispose: "Les enfants devront, pour être admis, avoir au moins huit ans. De huit à douze ans, ils ne pourront être employés au travail effectif plus de huit heures sur vingt-quatre, divisées par un repos. De douze à seize ans, ils ne pourront être employés au travail effectif plus de douze heures sur vingt-quatre, divisées par des repos. Ce travail ne pourra avoir lieu que de cinq heures du matin à neuf heures du soir. L'âge des enfants sera constaté par un certificat délivré sur papier non timbré et sans frais, par l'officier de l'état civil".

⁵ Sueur, P., "La loi du 22 mars 1841, un débat parlementaire: l'enfance protégée ou la liberté offensée", *Histoire du droit social, Mélanges J. Imbert*, Paris, 1989, pp. 493-508.

⁶ Son article 1 dispose: "Tout ouvrier qui voudra travailler dans une ville dans laquelle il existe des manufactures, ou dans laquelle il a été ou sera créé des communautés d'arts et mé-

plusieurs décennies, l'on considère que les bases de la vie en société ont été figées pour longtemps par le Code Napoléon de 1804. Dans ces conditions, estime-t-on, il n'est nul besoin de recourir à la loi. La réglementation en matière de police du travail a donc tout au plus vocation à expliciter, à compléter ou à amender sur certains points de détail le droit commun dont on estime que le Code civil constitue l'incarnation la plus achevée.⁷

De ce point de vue, la loi du 22 mars 1841 peut être considérée comme l'acte de naissance du droit social français qui apparaît alors, comme un droit particulariste au champ d'application limité puisqu'il vise exclusivement une fraction du corps social. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, son contenu va néanmoins s'étoffer au point de susciter l'attention de plus en plus soutenue de la part des juristes français qui vont en accompagner la naissance, dans un premier temps, et la consécration académique, dans un second temps.

II. LE DROIT SOCIAL, UNE REALITE JURIDIQUE: LES SOURCES

Le Code civil de 1804 a longtemps servi de cadre exclusif à la réglementation des relations de travail. Cette relation n'est alors encadrée que par quelques dispositions relevant de la police du travail essentiellement destinée à contrôler les déplacements de la main-d'œuvre. L'édition, dans la seconde moitié du XIXe siècle, de règles destinées à protéger les personnes regardées comme les plus vulnérables, enfants et femmes, contribue à l'édification d'un corpus qui sera progressivement intégré dans la formation universitaire des étudiants en droit.

1. *La difficile délimitation du corpus: Lois ouvrières avant le décret de 1889*

La question de la détermination du corpus du droit social français s'est longtemps heurtée à un certain nombre d'obstacles que les progrès de la recherche historique depuis les années 1990 ont permis de lever.

La première question qui a longtemps divisé l'historiographie est celle de l'héritage des hommes de la Révolution française et, plus particulièrement, des auteurs de la codification napoléonienne. L'évaluation du legs de cette époque a fait l'objet de conflits de représentation qui ont divisé tant les historiens que les juristes. En effet, le Code Napoléon ne compte que trois articles

tiers, sera tenu, lors de son arrivée dans ladite ville, de se faire enregistrer par nom et surnom au greffe du tribunal de police, et sera ledit engagement fait sans frais”.

⁷ En ce sens: Ewald, F., *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 314.

consacrés à la relation de travail —les articles 1779 à 1781— ce qui paraît très peu au regard des 32 articles relatifs au bail à cheptel ou aux 66 articles encadrant le louage de choses.⁸ Ce laconisme du Code a contribué à alimenter, dans l'historiographie, l'idée d'un profond désintéret, voire d'un mépris de ses rédacteurs vis-à-vis des ouvriers.

Ainsi l'article 1779 a-t-il pour objet le louage de services des gens de travail qui est un contrat comme les autres ne faisant pas l'objet de développements particuliers. Il est valide dès lors qu'il n'y a pas vice de consentement. Il figure au registre des contrats spéciaux du droit civil au même titre que la vente ou le louage de choses. Les difficultés éventuelles nées de son exécution sont donc logiquement résolues par les dispositions du Code relatives aux "contrats ou obligations conventionnelles en général" (Livre III, titre III). L'article 1779 est libellé comme suit: "Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un.

2° Celui des voituriers, tant par air que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises.

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés".

L'article 1780 constitue en réalité la seule restriction à la liberté contractuelle des parties. Il énonce qu'on ne peut "*engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée*". Cette prohibition relative à la durée des engagements à vie vise tout simplement à se prémunir contre le retour éventuel du servage.

L'article 1781 dispose enfin que le maître est "*cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires, de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante*". Objet de puissantes récriminations ouvrières jusqu'à son abolition par la loi du 2 août 1868, son champ d'application a fait l'objet d'une étude détaillée qui a permis de mieux saisir la portée précise qu'entendaient donner les rédacteurs du Code à cet article.⁹

Bien que l'historiographie ait considérablement évolué depuis les années 1990 —en particulier sur le sens et la portée de l'article 1779 dont on sait

⁸ En 1901, H. Pascaud, conseiller à la cour d'appel de Chambéry s'exprime en ces termes: "Comment peut-on concevoir, en effet, qu'un contrat intéressant des millions d'hommes qui lui doivent le pain de chaque jour et la satisfaction de leurs besoins essentiels soit aussi insuffisamment réglementé qu'il l'a été par le législateur de 1804?", *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation législative*, Paris, Fontemoing, p. 1.

⁹ Castaldo, A., "L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil", *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1977, pp. 211-237.

désormais qu'elle est beaucoup plus limitée qu'on ne l'imaginait—,¹⁰ cette pauvreté du Code a longtemps servi à étayer l'idée selon laquelle ses rédacteurs se seraient délibérément abstenus d'encadrer la relation de travail pour mieux laisser prospérer l'économie libérale et, par là, servir les intérêts des plus puissants.¹¹ Cette attitude, très largement partagée, a contribué à alimenter en France l'idée que les hommes de la Révolution et du Consulat (1789-1804) auraient volontairement ignoré les ouvriers pour mieux les réduire au silence. Dans cette perspective, il aurait fallu attendre plusieurs décennies, avec la loi de 1841, pour que leurs intérêts commencent à être pris en compte. Cette loi constituerait ainsi l'acte de naissance du droit social français.

Cette hypothèse a été depuis lors fortement contestée. La relecture du bilan de la Révolution française opérée par l'historien du droit Jacques Bouveresse invite en effet à considérer que les hommes de la Révolution française et les rédacteurs du Code civil auraient au contraire consacré un véritable droit du travail en faveur des petits travailleurs indépendants propriétaires de leur outil de travail. L'idéal commun à ces hommes aurait donc été de protéger les travailleurs en les incitant à accéder à l'indépendance et à l'autonomie professionnelle. La condition première en aurait été l'accession généralisée des Français à la propriété privée afin de leur permettre de devenir possesseurs de leurs outils de travail et donc de devenir leurs propres patrons.¹² Dans cette hypothèse, le droit du travail aurait donc pris naissance au sein même des assemblées révolutionnaires. La diffusion de la petite propriété en aurait constitué le meilleur vecteur. Ce morcellement de la propriété privée aurait ainsi formé le premier édifice du nouveau droit social français inauguré par la Révolution.

La délimitation du périmètre historique du droit social français butte sur un autre problème d'ordre terminologique qui rend difficile la définition d'une échelle pertinente de comparaison à l'échelon international. En effet, le périmètre de ce droit diffère sensiblement selon la terminologie privilégiée. Or, cette dernière n'a cessé d'évoluer dans le temps notamment en fonction de la

¹⁰ Cottureau, A., "Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)", *Annales. Histoire et Sciences Sociales*, 2002-6, pp. 1521-1557.

¹¹ Par exemple: Camerlynck, G.-H., *Traité de droit du travail. Le contrat de travail*, tome 1, Paris, Dalloz, 1968, p. 10.

¹² Aubin, G. et Bouveresse, J., *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Puf, 1995, p. 41 et s; Bouveresse, J., "Y avait-il un droit du travail avant le droit du travail?", dans Dauchy, S. et al. (dir.), *Histoire, Justice et Travail*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2005, pp. 203-213.

finalité première que ses commentateurs entendaient mettre en avant: *législation industrielle* ou *droit industriel*, d'une part, *législation ouvrière* ou *droit ouvrier*, d'autre part.¹³

Le premier qualificatif renvoie à une posture de neutralité axiologique tendant à embrasser l'ensemble des règles entourant les activités productives, des normes techniques encadrant la fabrication des produits jusqu'aux règles entourant leur commercialisation, telles que la réglementation des brevets d'invention ou de la propriété industrielle. La seconde dénomination, plus tardive, vise à éclairer — soit pour en souligner les mérites, soit pour en dénigrer les traits—, le caractère particulariste d'un droit en rupture avec le principe de l'égalité des citoyens tenu pour un acquis de la Révolution française.

La réflexion engagée à la fin du XIXe siècle autour de la rénovation des programmes universitaires dispensés au sein des Facultés de droit va apporter quelques éléments de clarification à laquelle les juristes de tous horizons, ont apporté une contribution décisive.

2. *La promotion pédagogique des contenus: Les premiers manuels de législation industrielle 1894 -1895*

Les réformes des études de droit engagées dans les deux dernières décennies du XIXe siècle vont permettre de mieux cerner le périmètre du droit social. Les autorités ministérielles sont alors soucieuses d'adapter le programme de formation dispensé par les facultés de droit qui jusqu'alors s'adressait essentiellement à des jeunes gens destinés à embrasser une carrière judiciaire ou voués à intégrer l'administration française. Or, le besoin de personnels dotés de nouvelles qualifications en vue d'intégrer les services juridiques des grandes entreprises ou de servir dans les territoires coloniaux impose un réaménagement des programmes de formation. Il s'agit désormais de former à des métiers dont la pratique exige la maîtrise des nouvelles normes juridiques dont le poids s'est densifié au cours de la seconde moitié du siècle. La

¹³ Sur ce point, notamment: Lekéal, F., “Les origines de l'enseignement de la législation industrielle: enjeux autour de la création d'un champ disciplinaire”, dans *Construction d'une Histoire du droit du travail, Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, Université d'Aix-Marseille II, n° 9, mars 2001, pp. 21-41. Hakim, N., “Premiers traités de législation industrielle et jurisprudence: les ressources d'une influence doctrinale au Palais”, dans Le Crom, J.-P., *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, pp. 29-39. Deroussin, D., “Le droit ouvrier et les pratiques ouvrières: regards privatistes (IIIe République)”, dans Chambost, A.-S. et Mage, A. (dir.), *La réception du droit du travail par les milieux professionnels et intellectuels*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 117-131.

réglementation des conditions de travail constitue précisément —aux côtés de la législation coloniale—, l'un de ces nouveaux volets de formation.

Le décret du 24 juillet 1889 tente de répondre à ces besoins en introduisant la législation industrielle au titre des nouveaux enseignements optionnels proposés dans les programmes de licence. Bien qu'aucune directive officielle n'en détermine les contenus, les cours publiés permettent d'apprécier la substance de cette *législation industrielle* que les juristes continuent de désigner sous d'autres appellations telles que législation du travail, législation ouvrière ou encore législation sociale.

De fait, ces enseignements nouveaux intègrent généralement l'étude de l'ensemble des lois édictées dans ce domaine depuis 1841. Les unes consacrent de nouvelles libertés individuelles ou collectives octroyées au monde du travail telles que le droit de coalition concédé par le Second Empire, dans un périmètre encore restreint, par la loi du 25 mai 1864 ou le droit d'association professionnelle, sanctionné par un des textes emblématiques de la IIIe République, la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884. Les autres tendent à encadrer l'accomplissement des tâches productives en imposant certaines limites à la liberté contractuelle des parties, en particulier à celle des employeurs. Ces règles —dont certaines sont d'initiative ouvrière—, ont généralement fait l'objet de très longs débats parlementaires parfois étalés sur plusieurs années en raison notamment des résistances de la seconde Chambre du Parlement français, le Sénat, traditionnellement plus conservateur.

L'adoption d'un certain nombre de normes doit également à l'attention portée aux expériences conduites en la matière au-delà des frontières. Dans un contexte où le comparatisme s'impose à la fois comme une exigence académique intrinsèquement liée à l'enseignement et à l'étude de la législation industrielle¹⁴ et comme un élément structurant de la politique sociale des Etats, l'adoption de certaines lois ouvrières doit, pour une bonne part, au souci de ménager le prestige international de la France dans un domaine où nombre d'élus considèrent que son abstention pourrait contribuer à l'éroder. Les débats parlementaires engagés autour de la protection des personnes considérées comme les plus vulnérables —les enfants, les filles mineures et les femmes—, illustrent tout particulièrement cette sensibilité qui s'exprime publiquement à de nombreuses reprises et dont rendent compte par ailleurs les enquêtes sur les conditions de travail dans les principaux pays industriels

¹⁴ Les premiers traités de législation industrielle, à l'instar de celui du professeur lyonnais Paul Pic, consacrent des développements spécifiques relatifs à la législation et au droit comparé. Pic, P., *Traité élémentaire de législation industrielle, Première partie: législation du travail industriel*, Paris, Rousseau, 1894, p. 251 et s.; 389 et s.; 488 et s.

diligentées par le ministère des affaires étrangères français à partir de la décennie 1890.

Prenez garde, Messieurs! —exhorte ainsi le 7 juillet 1890 le rapporteur du projet après avoir fait état des réformes sociales engagées tant en Suisse qu'en Allemagne—, en assistant impassiblement à ce spectacle que je viens de rappeler, nous nous laissons devancer par l'Europe tout entière. Quant à moi, je crois qu'il est temps que nous fassions quelque chose".¹⁵

“La France, fait encore valoir l'année suivante le sénateur Chesnelong, à propos de la question du repos dominical, fut toujours le pays des initiatives généreuses, elle ne saurait rester en arrière”.¹⁶

Dans leur ensemble, ces lois dont l'étude est intégrée dans les programmes universitaires sont ordonnées autour d'un même impératif de protection: protection dispensée aux personnes considérées comme les plus vulnérables, femmes, enfants et filles mineures en 1841, 1874¹⁷ et 1892;¹⁸ garantie de la paix sociale par le recours à la conciliation et à l'arbitrage facultatif des conflits du travail avec la loi du 27 décembre 1892;¹⁹ préservation des corps des travailleurs à travers des dispositifs spécifiques touchant à l'hygiène et à la sécurité —dont le principe est posé par la loi du 12 juin 1893²⁰—; prévention et réparation forfaitaire des accidents du travail avec la consécration du principe de la responsabilité patronale fondée sur le risque professionnel par la loi du 9 avril 1898.²¹

Au-delà de ce socle commun à la plupart des ouvrages publiés dans ce domaine, l'attitude des juristes, —avocats spécialisés, magistrats ou universitaires—, varie sensiblement quant à la caractérisation théorique de ce nouvel enseignement. Certes, certains manuels s'en tiennent à une présentation générale et à un commentaire exégétique des principales dispositions qui en

¹⁵ Chambre des députés. Débats parlementaires. Documents préparatoires de la loi du 2 novembre 1892. Séance du 7 juillet 1890, intervention de Waddington, rapporteur, *Bulletin de l'inspection du travail*, 1893, n° 3, p. 265.

¹⁶ Sénat, documents préparatoires de la loi du 2 novembre 1892. Séance du 16 juillet 1891, *Bulletin de l'inspection du travail*, 1894, n° 1, p. 236.

¹⁷ Loi du 3 juin 1874 sur le travail des enfants et des filles mineurs employés dans l'industrie.

¹⁸ Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.

¹⁹ Loi du 27 décembre 1892 sur la conciliation et l'arbitrage en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers.

²⁰ Loi du 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels.

²¹ Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

relèvent.²² D'autres ouvrages, plus ambitieux, se proposent d'en décrypter la logique et d'en analyser le particularisme. De ce point de vue, les deux premières publications majeures intervenues dans ce domaine, celle de Paul Pic —professeur à l'université de Lyon— datée de 1894, celle de George Bry, de l'université d'Aix-Marseille, éditée en 1895, se distinguent très nettement.

Le professeur lyonnais estime que cette législation est l'expression des nouvelles missions de police et de tutelle imparties à l'Etat dans le cadre d'une exigence nouvelle de solidarité humaine. "Cette législation, estime-t-il, est issue d'une réaction nécessaire contre l'abstentionnisme égoïste et à courte vue de l'économie politique libérale du milieu de ce siècle".²³ Il entend par là que cette législation procède de la mise en œuvre des principes de l'économie sociale qu'il définit comme une économie alternative à la fois à l'économie libérale et à l'économie collectiviste et dont l'objectif ultime est de dispenser des protections particulières en faveur des plus faibles afin de les mettre à l'abri des principaux aléas de l'existence. Paul Pic fait ainsi figurer, au rang des instruments privilégiés de l'économie sociale, une série de dispositifs destinés à combler l'écart entre la rémunération des travailleurs, qu'il juge modique "au regard des profits que le travail procure à l'employeur",²⁴ et leurs besoins. Il préconise, à ce titre, le développement de la participation aux bénéfices et des sociétés coopératives "de toute nature" et fait état de son soutien à la promotion des politiques en faveur de l'aide au développement du logement ouvrier. Il s'affirme favorable à la promotion des institutions de prévoyance individuelle par l'épargne populaire ou collective sous la forme de sociétés de secours mutuels. Il défend enfin le principe d'un système d'assurances sociales organisé ou contrôlé par l'Etat en vue de couvrir les principaux risques liés aux accidents, à la maladie, à la vieillesse et à l'invalidité.²⁵

A l'inverse le professeur George Bry, récusant toute logique de solidarité au sein de la législation industrielle préfère considérer que c'est l'idée de

²² Par exemple, Duprat, M. A. et Saillard M. A., *Code annoté de réglementation du travail dans l'industrie*, Paris, Berger-Levrault, 1897.

²³ Pic, P., "La législation ouvrière" dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, n° 1, Février 1900, p. 2.

²⁴ Pic, P., *Traité élémentaire de législation industrielle*, cit., pp. 551 et 552.

²⁵ Pic, P., *Traité élémentaire de législation industrielle*, cit., pp. 551 et s.: "Institutions destinées à améliorer la condition juridique et morale des ouvriers". Plus généralement, la dimension historique de l'économie sociale en France: Lekéal, F., "Opacité conceptuelle et difficulté d'identification matérielle de l'économie sociale: Approche historique". *L'Institut Régional du Travail*, Université d'Aix-Marseille II. n° 12, *Histoire du contrat de travail*, 2004, pp. 109-118.

liberté qui en constitue le “principe fondamental”.²⁶ “La concurrence, argumente-t-il à ce titre, est l’âme de l’industrie, la condition de tout progrès, le régulateur des prix et de la production”.²⁷

Loin d’être épuisée par la publication des premiers ouvrages académiques consacrés à la législation du travail, ce débat va connaître un véritable changement d’échelle au fur et à mesure au fur de l’extension de l’intervention de l’Etat en matière de relation de travail.

III. LE DROIT SOCIAL, UNE CREATION DOCTRINALE: LES DEBATS SUR L’OBJET

En l’espace de quelques années, au fur et à mesure du développement du corpus de règles encadrant les relations de travail, la réflexion autour de cette nouvelle législation va changer de dimension. Ce débat va, dans un premier temps, rester confiné dans le cercle restreint des juristes qui s’interrogent sur le caractère de ce “droit nouveau”, qualifié de “social”, né de l’accumulation des textes encadrant la condition des ouvriers. Au cours de la seconde moitié du XXe siècle, ce sont les historiens et les historiens du droit qui vont questionner les origines et le rôle des acteurs dans la naissance de ce droit social.

1. *Les interrogations liées à la spécificité: la fin du XIXe siècle*

D’abord cantonné à la protection exclusive des personnes considérées comme les plus vulnérables, —les enfants et les femmes—, la nouvelle législation étend peu à peu son emprise, d’abord à l’ensemble des ouvriers, indépendamment de leur sexe ou de leur âge, puis à d’autres catégories spécifiques de travailleurs, comme les ouvriers agricoles ou les employés.

Outre cette extension de son champ d’application, cette législation opère un changement de nature de la protection dispensée. Les nouvelles prescriptions édictées à partir de la seconde décennie du XIXe siècle incitent en effet les employeurs à anticiper les risques auxquels est exposée la main-d’œuvre et donc à agir en matière de prévention: aménagement des lieux de travail en vue de satisfaire à des obligations en matière d’hygiène et de sécurité avec la loi du 12 juin 1893;²⁸ procédures simplifiées et automatiques de réparation du préjudice causé aux victimes, organisées par la loi du 9 avril 1898. L’in-

²⁶ Bry, G., *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Larose, 1895, p. 6 à 8. En ce sens également: A. Béchaux, *La réglementation du travail*, Paris, Lecoq, 1904.

²⁷ *Ibidem*, 4e éd., 1909, Paris, Sirey, p. 2.

²⁸ Loi concernant l’hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels.

terventionnisme de la puissance publique va également s'étendre à vie des salariés hors du lieu de travail avec notamment la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire, celle du 5 avril 1910 portant sur les retraites ouvrières et paysannes ou encore, après la Première Guerre mondiale, celles portant sur les Assurances sociales destinées à couvrir les risques maladie, maternité, invalidité et vieillesse dans le cadre des lois des 5 avril et 30 avril 1930. Le droit du travail élargit ainsi son périmètre à la protection sociale.

De nouveaux enjeux financiers vont être dès lors attachés à la conclusion du contrat de travail, tant pour les employeurs qui peuvent être incités à s'assurer, notamment en matière d'accidents du travail, que pour les salariés, dont les rémunérations peuvent être amputées par l'assujettissement à des cotisations obligatoires en matière d'assurance sociale.

Ces nouveaux dispositifs protecteurs vont toutefois poser des problèmes inédits aux juristes. Ils vont alimenter une réflexion doctrinale et susciter une création jurisprudentielle d'une ampleur jusqu'alors inégalée. L'un des enjeux est en effet de déterminer les critères juridiques permettant d'identifier d'une manière certaine les personnes susceptibles d'être éligibles à ces nouveaux dispositifs protecteurs. La question se pose notamment du fait de l'absence de définition légale ou réglementaire de la qualité d'ouvrier ou de celle d'employé.

Il s'agit également de pouvoir distinguer, parmi les différentes personnes concourant à l'activité productive d'une entreprise, entre travailleurs indépendants et travailleurs salariés.²⁹ La question des critères d'identification du contrat de travail renvoie donc à celle de sa singularité éventuelle. Appelée à se prononcer sur ce point en 1907, la juridiction suprême française, la Cour de cassation, retient comme critère de qualification du contrat de travail, celui de la subordination technique et juridique des salariés.³⁰

Certains juristes vont dès lors en conclure que le contrat de travail n'est pas un contrat comme les autres et que le contrat de louage du Code civil —censé avoir été conclu entre des citoyens placés sur un pied d'égalité— constitue une véritable fiction juridique.³¹

Le débat sur la nature du contrat de travail va ainsi croiser celui —aux enjeux tout aussi décisifs—, de l'opportunité d'adopter un code spécifique

²⁹ En ce sens. J. Le Goff, "Les catholiques sociaux et le droit du travail: les dix premières années des Semaines sociales", dans Chambost, A.-S. et Mage, A. (dir.), *La réception du droit du travail par les milieux professionnels et intellectuels*, cit., p. 190. La question est notamment posée après l'adoption de la loi du 9 avril 1898 relative à la réparation des accidents du travail.

³⁰ Cour de cassation, 8 janvier 1907, Dalloz, p. 422. Sur ce point également: M. Bonnechère, *Le droit du travail*, Paris, La découverte, 1908, p. 11.

³¹ Le Goff, J., "Les catholiques sociaux et le droit du travail...", art. cité.

destiné à regrouper les lois du travail industriel sous la dénomination de Code du travail.

En effet, l'idée d'adopter une législation spécifique sur le contrat de louage destinée à combler les lacunes du Code civil, est formulée dès 1886 par un éminent juriste français, Émile Glasson, doyen de la faculté de droit de Paris et membre de l'Académie des sciences morales et politiques. Si la question ne suscite pas d'hostilité de principe au sein de la communauté des juristes, en revanche, celle des modalités de mise en œuvre d'une réforme de cette nature va alimenter pendant plusieurs années un véritable débat de fond.

A cette occasion, deux grandes options vont se trouver en concurrence: adopter un Code du travail spécifique regroupant les lois applicables aux travailleurs salariés, ou modifier le Code civil dans le sens d'une adaptation aux réalités du monde industriel.³² Certains juristes proposent toutefois une solution intermédiaire et suggèrent —à l'instar de Paul Pic, auteur d'un traité de référence en matière de législation industrielle— d'insérer dans le Code civil "les principes directeurs dont le législateur du XXe siècle entend désormais s'inspirer" tout en intégrant dans un code spécifique la réglementation détaillée du contrat de travail.³³ Il s'agirait alors en quelque sorte de "socialiser le droit civil",³⁴ en consacrant par exemple l'intérêt collectif de la profession, la validité juridique des conventions collectives ou encore la notion d'abus de droit, autant de notions étrangères aux catégories traditionnelles du droit des contrats du Code civil déjà intégrées, pour partie, dans d'autres législations européennes.³⁵

³² Hordern, F., *Histoire du Code du travail, Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, Université d'Aix-Marseille II, n° 14, 2006, p. 37; Aubin, G. et Bouveresse, J., *Introduction historique au droit du travail, cit.*, p. 249.

³³ Pic, P., "Le centenaire du Code civil et le droit social de demain", *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1904, p. 474 et s. Egalement; Pic, P., *Traité élémentaire de législation industrielle. Lois ouvrières*, 5ème éd., Paris, Rousseau, 1922, p. 74, note 1.

³⁴ Verkindt, P.-Y. et Bonnard-Plancke, L., "La réception de la "question sociale" par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle", dans Le Crom, J.-P. (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, p. 23.

³⁵ Les codifications engagées en Europe suscitent l'intérêt croissant des juristes, en particulier, le Code civil allemand, le BGB de 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch), et le Code civil suisse. Ces deux codes contiennent des dispositions qui font l'objet de commentaires attentifs de la part de certains juristes français. Le BGB dispose en effet: "L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui". De son côté, le Code civil suisse dispose, dans son article 2: "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi". Sur ce point, notamment: R. Saleilles, "De l'abus de droit", Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de réforme du Code civil, *Bulletin*

Entre porosité ou étanchéité du droit civil au droit social, c'est finalement cette dernière solution qui l'emporte. Le 28 décembre 1910 est adopté un texte portant codification des lois ouvrières sous la dénomination *Code du travail et de la prévoyance sociale*. Le livre I du Code a pour objet *le contrat de travail*. Le 26 novembre 1912 voit le jour le livre II relatif à la *réglementation du travail* consacré aux conditions du travail en matière d'âge d'admission, de durée du travail, de travail de nuit, de repos hebdomadaire et jours fériés, d'hygiène et de sécurité, ainsi que d'inspection du travail. Néanmoins, de l'avis unanime, il s'agit tout au plus d'une simple "mise en ordre" et d'une "compilation" des textes existants dont le contenu n'est pas modifié.³⁶

Cette codification à droit constant sans la moindre innovation de nature à consacrer l'affirmation d'un ordre juridique nouveau³⁷ déçoit les espoirs de ceux qui avaient rêvé, lors des rencontres organisées dans le cadre de la célébration du centenaire du Code civil de 1804, d'un projet plus ambitieux: insérer au sein du Code civil, des dispositions nouvelles prenant acte de l'émergence d'intérêts collectifs nouveaux, ceux du monde du travail, intérêts susceptibles de porter atteinte aux sacro-saints principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.³⁸

La publication du Code du travail et de la prévoyance sociale à partir de 1910 a donc au moins pour effet de consacrer le droit social comme un corpus de textes suffisamment dense et cohérent pour faire l'objet d'une codification spécifique.

Pour autant, cette publication n'épuise pas le débat, parmi les juristes, dont certains ont été associés de très près à la codification.³⁹ Ainsi, en 1938 un groupe d'universitaires —spécialistes de droit ou d'économie—, et de praticiens spécialisés décide de la création d'une revue spécifiquement dédiée à l'étude du droit social, et qui porte d'ailleurs ce titre, *Droit social*. L'objectif affiché par cette revue est précisément d'interroger et de commenter

de la Société d'études législatives, 1905, p. 13, 25. Plus généralement, sur les questions posées, au début du XXe siècle par cette notion: Charmont, J., "L'abus du droit", *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, p. 113-125.

³⁶ Hordern, F., *Histoire du droit du travail par les textes*, t. 1 (1791-1914), Cahiers de l'Institut Régional du Travail, Université de la Méditerranée, n° 8, 1991, t. 1, p. 227; Aubin, G. et Bouveresse, J., *Introduction historique du droit du travail*, cit., p. 249.

³⁷ Sur cette question: F. Hordern, *Histoire du Code du travail*, t. 1, cit., p. 42.

³⁸ En ce sens, par exemple: A. Colin, note sous Cassation, Civ, 15 mai 1907, Dalloz, 1907. J. Vialatoux, *Chronique sociale de France*, Décembre 1910, p. 469, 473.

³⁹ La commission de codification des lois ouvrières est composée de juristes reconnus, notamment Raoul Jay et Georges Bourguin, professeurs à la faculté de droit de Paris, Arthur Fontaine, conseiller d'Etat, ainsi, que deux conseillers d'Etat et de deux conseillers à la Cour de cassation. F. Hordern, *Histoire du droit du travail par les textes*, cit., p. 225.

ces textes et documents “relatifs à la profession et la production” constitutifs d’un nouveau droit, “un droit social qui rompt avec les règles de l’individualisme juridique”.⁴⁰ Cette revue est donc destinée à nourrir tant la réflexion des universitaires que la pratique quotidienne des nombreux avocats dont le droit social est devenu une spécialité alors que la même année est créée la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Ces juristes entendent ainsi prendre acte de la constitution d’un savoir juridique spécifique qu’ils se proposent de diffuser, d’analyser afin d’en mieux décrypter la logique.

2. *Les questionnements liés aux origines et aux rôles des acteurs: la fin du XXe siècle*

Les juristes contemporains de l’émergence du droit social ne sont pas les seuls à avoir interrogé la naissance et la spécificité de ce corpus de normes juridiques. Cette question a suscité au cours du XXe siècle, la curiosité des historiens, dans un premier temps et, plus tardivement, celle des historiens du droit.

Dans le premier tiers du XXe siècle, tout d’abord, les études historiques subissent en France un profond renouvellement caractérisé par l’élargissement de leur champ d’étude. Ce mouvement est porté par quelques jeunes historiens —tels Lucien Fèbvre, Marc Bloch, Fernand Braudel— qui souhaitent rapprocher l’histoire des autres sciences humaines. Ils inaugurent, “l’histoire totale“ qui ambitionne de saisir la vie des hommes dans leurs aspects les plus divers et non plus simplement dans le seul cadre de la stricte chronologie politique. Cette volonté de privilégier l’histoire économique et sociale comme nouveau terrain de recherche va porter ses fruits et bénéficier à l’histoire du travail.

Dans les années 1950 voient ainsi le jour, à quelques temps d’intervalle, les premières grandes synthèses historiques spécifiquement consacrées à l’histoire du travail, telle *l’Histoire du travail en France* d’Edouard Dolléans et Gérard Dehove sous-titrée *Mouvement ouvrier et législation sociale* parue en 1953⁴¹ ou encore *l’Histoire du travail en France* de Maurice Bou-

⁴⁰ *Droit social*, N° 1, Janvier 1938.

⁴¹ Dolléans, E. et Dehove, G., *Histoire du travail en France, mouvement ouvrier et législation sociale*, Paris, Domat-Montchrestien, 1953. Tome 1: Des origines à 1919, t. II: De 1919 à nos jours, 900 pages.

vier-Ajam,⁴² ainsi que l'*Histoire du travail et des travailleurs* de Georges Lefranc, tous deux édités au cours de la même année 1957.⁴³ La décennie suivante s'enrichit d'un ouvrage de Paul Virton publié sous le titre *Histoire et politique du travail* dont la première partie est consacrée à l'histoire du droit du travail.⁴⁴

L'année 1985 augure toutefois la véritable irruption de l'histoire du droit du travail dans le champ académique de l'histoire du droit avec la publication de l'ouvrage de Jacques Le Goff —ancien inspecteur du travail et professeur à l'université de Rennes—, sous le titre *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat, 1830-1985*. D'autres publications majeures, au cours de la décennie suivante, vont également contribuer à renforcer de mouvement.

Ainsi, au cours des années 1990, les historiens du droit sont en mesure de proposer de véritables outils d'analyse et de réflexion destinés à un public plus large, étudiants, juristes et universitaires.⁴⁵ Dans le même temps, ils mettent à disposition de la communauté scientifique l'ensemble des textes édictés dans ce domaine depuis la Révolution dans la mesure où ils prennent généralement pour point de départ la proscription de toute forme de coalition ou d'association entre les gens de métier édictée par les lois d'Allarde et le Chapelier de 1791.

Le moment inaugural de ce mouvement peut être daté de 1995, année au cours de laquelle Gérard Aubin et Jacques Bouveresse publient une *Introduction historique droit du travail* (PUF) qui annonce un élargissement du champ éditorial. Ainsi, en 1998, paraît un ouvrage collectif dirigé par Jean-Pierre Le Crom avec pour titre *Deux siècles de droit du travail. L'histoire du droit du travail par les textes*, (Les éditions de l'Atelier, 1998). L'année 1999 est enfin celle de la publication, par Patrick Barrau et Francis Hordern du premier volet de leur *Histoire du droit du travail par les textes (Cahiers de l'Institut Régional du Travail, Université d'Aix-Marseille-II)*. Elle est également celle de la parution d'une *Histoire du droit du travail* par Norbert Olszak (Presses universitaires de France).

Au cours de l'automne 2000 enfin, l'un de ces pionniers de l'histoire du droit social, Francis Hordern, organise le premier colloque d'histoire du travail destiné notamment à dresser un état des lieux de la recherche et à ouvrir

⁴² Bouvier-Ajam, M., *Histoire du travail en France*, Paris, LGDJ, 1957. Tome I Des origines à la Révolution; Tome II: Depuis la Révolution (II), 1200 pages.

⁴³ Lefranc, G., *Histoire du travail et des travailleurs*, Paris, Flammarion, 1957, 490 pages.

⁴⁴ Virton, P., *Histoire et politique du travail*, Paris, Spes, 1968.

⁴⁵ Vernier, O., "L'histoire du droit social", dans Alteroche, B. et Krynen, J., *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Garnier, 2014, pp. 455-468.

de nouvelles perspectives en réunissant historiens du droit et spécialiste de droit social.⁴⁶

Dans le prolongement de cette première grande rencontre, les années 2000 s'avèrent particulièrement fructueuses avec, notamment, deux colloques d'envergure organisés à quelques mois d'intervalle en 2003, l'un à Nantes, dont les actes ont été publiés sous le titre *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*,⁴⁷ l'autre à Lille, qui a donné lieu à une publication intitulée *Histoire, Justice et Travail*.⁴⁸

Cette dynamique nouvelle n'a cessé de s'amplifier depuis lors. Ses premiers résultats ont fait l'objet d'un bilan récent sur l'état de l'art en la matière qui permet de mieux cerner la contribution des différents acteurs dans le processus de fabrication du droit social français.⁴⁹ Ainsi, aujourd'hui, la question du rôle des acteurs politiques —qui a longtemps retenu l'attention des chercheurs—, a-t-elle tendance à s'épuiser quelque peu, du fait des nombreuses monographies qui ont pu être réalisées sur ce point.⁵⁰ En revanche, d'autres pistes d'investigation ont suscité l'intérêt des chercheurs, notamment celle du rôle des acteurs techniques.

Ont ainsi été étudiées les modalités par lesquelles les hommes peuplant les juridictions du travail avaient pu secréter de véritables “législations locales du travail” protectrices d'un “bon droit” des travailleurs, qui, selon l'inventeur de cette formule, aurait souvent été “en dissidence avec les conceptions

⁴⁶ *Construction d'une histoire du droit du travail, Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, Université d'Aix-Marseille II, n° 9. Avril 2001. Actes du Colloque d'Aix-en-Provence des 20 et 21 septembre 2000.

⁴⁷ Le Crom, J.-P. (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004.

⁴⁸ Dauchy, S. et al. (dir.), *Histoire, Justice et Travail*, cit.

⁴⁹ Vernier, O., “L'histoire du droit social” article cité; Le Goff et Le Crom, J.-P., “Quelle histoire pour le droit du travail?”, *Revue du droit du travail*, n° 10, octobre 2013, p. 599-602; Le Crom, J.-P., “Conclusion” dans A.-S. Chambost, A. Mages, *La réception du droit du travail par les milieux professionnels et intellectuels*, cit., pp. 237-249.

⁵⁰ A titre d'illustration: Sorlin, P., *Waldeck-Rousseau*, Paris, Colin, 1966; Aglan, A. et al., *Albert Thomas, Société mondiale et internationalisme: réseaux et institutions des années 1890 aux années 1930*, Les cahiers Irice, Actes de la journée d'étude des 19 et 20 janvier 2007, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne; Dominique Guyot, “Viviani, premier ministre du Travail (1863-1925)”, *Cahiers de l'Institut régional du travail, Université d'Aix-Marseille II*, n° 19, novembre 2010, pp.122-183; également: 1906: *René Viviani, premier ministre du travail et de la prévoyance sociale: l'émergence du droit du travail à la Belle Époque*. Actes de la Conférence-débat du 15 novembre 2011 au ministère du travail, de l'emploi et de la santé. Cahiers du Comité d'histoire des administrations chargées du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (CHATEFP), 2011.

dominantes du nouveau droit français”.⁵¹ De la même façon, la contribution de certains avocats à l’appropriation, par les salariés, des nouveaux outils juridiques offerts par le droit social —qu’elle procède d’initiatives purement individuelles, ou qu’elle ait été activement soutenue et encadrée par des syndicats—⁵² a-t-elle fait l’objet de recherches spécifiques.⁵³ L’action, jusqu’alors méconnue d’autres catégories d’acteurs, juristes de l’ombre, constitue également l’un des chantiers auxquels se sont attelés, ces dernières années un certain nombre de chercheurs. On connaît donc mieux désormais le rôle des administrations dans la “fabrication du droit du travail”, —en particulier à partir de la création en 1906, du ministère du Travail.⁵⁴ L’action multiforme des fonctionnaires de l’inspection du travail est également de plus en plus finement évaluée, en particulier les modalités concrètes ainsi que les limites de leur intervention dans le contrôle de l’application des règles de droit social.⁵⁵ En l’espace de quelques années, s’est ainsi constituée une nouvelle dynamique autour de l’histoire du droit social et de ses spécificités.

Après quelques décennies de recherches, les historiens en appellent désormais au développement d’une “histoire par le bas”, selon l’expression de Jean-Pierre Le Crom, une histoire sociale qui ne se cantonne plus seulement à l’étude des particularités de cette législation mais qui prene davantage en considération “la diversité des acteurs qui interviennent dans l’élaboration des textes”.⁵⁶ Ce mouvement est aujourd’hui amorcé et n’attend qu’à se prolonger.

⁵¹ En ce sens: Cottureau, A., “Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d’après les audiences prud’homales (1806-1886”, *Le Mouvement social*, octobre-décembre 1987, n° 141: *Les prud’hommes XIXe-XXe siècle*, pp. 25-59.

⁵² On peut citer, à ce titre, la création, par la Confédération Générale du travail en 1920 de la revue *Droit ouvrier*, organe officiel des conseils judiciaires de ce syndicat.

⁵³ En ce sens, par exemple: L. Willemez, *Des avocats en politique (1840-1880): contribution à une socio-histoire de la profession politique en France*, Thèse science politique Paris 1, 2000; “Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d’un rôle”, *Sociétés contemporaines*, 4/2003 (no 52), p. 17-38. M. Pigenet, “Regards croisés sur les pratiques syndicales du droit en France aux XXe et XXIe siècles”, dans Narritens, A. et Pigenet, M. (dir.), *Pratiques syndicales du droit*, PUR, 2014, pp. 13-24.

⁵⁴ Viet, V., *Les voltigeurs de la République. L’inspection du travail en France jusque 1914.*, Paris, CNRS Editions, 1994.

⁵⁵ Par exemple: Bodiguel, J.-L. et Le Crom, J.-P., “L’administration du travail et la production du droit du travail, 1906-1960”, *Revue française des affaires sociales*, 2007-2, pp. 157-165.

⁵⁶ Le Goff, J. et Le Crom, J.-P., “Quelle histoire pour le droit du travail”, art. cité, p. 601.

IV. CONCLUSION

Les juristes français ont accompagné la naissance du droit social. Ils n'en sont certes pas les inventeurs car en ce domaine, les responsabilités sont très partagées et encore discutées, notamment sur le point de savoir quels ont été, historiquement, les acteurs principaux entre politiques, patrons, syndicalistes, ou fonctionnaires des administrations centrales, voire locales.⁵⁷

Les juristes ont néanmoins exercé une fonction de tout premier ordre dans la reconnaissance de la spécificité de cette législation et dans sa consécration académique. Ils ont déployé une action multiforme: commentaire et analyse, concours actif apporté à la codification de ce droit, conseils juridiques et judiciaires à l'attention des justiciables, élaboration d'une jurisprudence dont la spécificité a été reconnue par la création de la Chambre sociale de la Cour de cassation et de chambres spécialisées au sein des cours d'appel, mise en place de services dédiés à l'étude et la mise en œuvre de ce droit au sein des entreprises et des organisations professionnelles. Les universitaires ont enfin accompli une véritable œuvre doctrinale dédiée à l'analyse de la spécificité de ce droit, à sa consécration par les autorités universitaires, à son enseignement et partant, à sa diffusion.

C'est sans doute parce qu'ils sont généralement tenus écartés —au profit des techniciens des administrations françaises ou européennes—, du processus de rédaction des normes de droit social que le rôle des juristes demeure essentiel. L'émergence, depuis les années 1960 d'un droit social européen contribue en effet à rendre leur expertise indispensable. Cette promotion nouvelle du droit social rend d'autant plus pertinents les travaux de recherche engagés sur la genèse de ce droit et les conditions de son développement, en France, comme dans les différents pays concernés.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 602.