

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ANNA&ID_NUMPUBLIE=ANNA_576&ID_ARTICLE=ANNA_576_1521

Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)

par Alain COTTEREAU

| Editions de l'EHESS | Annales. Histoire, Sciences Sociales

2002/6 - 57e année

ISSN 0395-2649 | ISBN 978-2-7132-1780-7 | pages 1521 à 1557

Pour citer cet article :

— Cottureau A., Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle), Annales. Histoire, Sciences Sociales 2002/6, 57e année, p. 1521-1557.

Distribution électronique Cairn pour les Editions de l'EHESS.

© Editions de l'EHESS. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Droit et bon droit

Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle)

Alain Cottereau

En 1886, Ernest D. Glasson publiait un texte de rupture avec l'ancienne jurisprudence du travail, promis à une grande notoriété : *Le Code civil et la question ouvrière* osait critiquer le Code pour demander sa mise à jour législative¹. De la part d'un professeur de droit civil, membre de l'Académie des sciences morales et politiques, représentant éminent de ce qu'il est convenu d'appeler « l'école de l'exégèse », vouée au culte du texte, c'était là un acte d'une audace insolite. Le ton était pourtant d'une grande modération. Il présentait ses propositions de réformes comme un comblement de lacunes. D'après lui, « l'ouvrier a été presque entièrement oublié dans notre Code civil [...]. Cette lacune a été la cause de fréquents procès entre patrons et ouvriers. » Glasson faisait allusion à de vives controverses autour d'arrêts de la Cour de cassation. Suivant son style d'oracle du droit, il ne condescendait pas à énumérer les positions adverses, mais ses lecteurs pouvaient se remémorer les émotions, les indignations suscitées par quelques décisions du temps de l'Ordre moral (1871-1876). Au nom du Code civil et de la liberté des contrats, les arrêts controversés promouvaient un arbitraire patronal jusqu'à des conséquences inédites, iniques et indéfendables aux yeux du plus grand nombre. De plus en plus de députés voulaient contourner par voie législative ce durcissement des interprétations du droit à l'encontre des ouvriers. Mais ils se heurtaient à un verrouillage conjoint du Sénat et de la Cour de cassation. Une vingtaine de

1 - ERNEST D. GLASSON, « Le Code civil et la question ouvrière », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 1^{er} semestre, t. 25, pp. 843-895, ici pp. 844 et 849, édité sous ce titre la même année à Paris, F. Pichon, 1886.

projets de loi, déposés entre 1872 et 1883, étaient ainsi bloqués, portant sur les juridictions du travail, le licenciement, les accidents, l'institution de syndicats, la limitation des heures de travail, l'hygiène et la sécurité, ou les règlements intérieurs.

L'invention du contrat de travail, contre cent ans de jurisprudence

L'indignation de l'opinion publique était à son comble sur la question des agents des chemins de fer. Quelques semaines après l'occupation allemande et la répression de la Commune de Paris, des mécaniciens des chemins de fer, dont les initiatives en faveur d'une réforme de leur condition n'avaient pas cessé, avaient pétitionné auprès du ministre des Travaux publics, demandant à l'autorité concessionnaire d'intervenir pour eux auprès des compagnies, dans l'intérêt de leur santé et de la sécurité des voyageurs. Il s'ensuivit une série de sanctions, avec révocation de quatre-vingts meneurs : les compagnies estimaient devoir défendre leur autorité menacée, car toute association, si pacifique et conciliante fût-elle, était susceptible un jour d'organiser une grève, ce qui mettrait à genoux la France entière, à la merci des pays voisins. Émaillée de multiples rebondissements, la question ne cessa plus de passionner les députés et la presse. Dès octobre 1871, des délégués mécaniciens révoqués saisissent les tribunaux pour renvoi arbitraire, et treize arrêts, en première instance, leur donnent tous raison.

À la croisée des polémiques, les agents de chemin de fer

Les procès les plus emblématiques eurent lieu à Paris, devant les prud'hommes des métaux, puis le Tribunal de commerce. Les compagnies, appliquant les règlements de leurs caisses de secours, avaient confisqué les cotisations salariales de retraite versées tout au long de leur carrière par les mécaniciens révoqués. Le conseil des prud'hommes des métaux de Paris condamna les compagnies à la restitution, en même temps qu'à des dommages et intérêts pour renvoi sans motifs sérieux :

[...] attendu que si, à raison de la grave responsabilité qui lui incombe, la Compagnie a le droit et le devoir d'imposer à ses ouvriers un règlement sévère dont elle est seul juge, les termes de l'article 15 du règlement de la Caisse des retraites [perte des cotisations en cas de renvoi] sont une convention léonine qui constituerait la Compagnie juge et partie dans sa propre cause.

Au cours d'une suite d'appels, le Tribunal de commerce refusa aux prud'hommes la compétence sur les conflits d'agents de chemin de fer pour s'en saisir lui-même, suivant l'usage, mais prononça sur le fond de semblables condamnations, selon des motifs analogues. L'un des principaux leaders, le mécanicien Hulot, obtint ainsi la somme, considérable pour l'époque, de cinq mille francs de dommages et intérêts. En avril 1872, lors d'une réunion de la commission parlementaire sur les chemins

de fer, un député conservateur, Bastid, fit l'éloge du jugement en faveur de Hulot : cela prouvait que les agents des chemins de fer obtenaient justice auprès des institutions ; par conséquent celles-ci n'avaient pas besoin d'être réformées².

Mais tout fut remis en cause par la Cour de cassation. Durant les années 1873-1874, celle-ci infirma les condamnations des compagnies prononcées par des tribunaux subalternes et confirmées par les diverses cours d'appel. De sorte que les compagnies se voyaient investies d'un droit absolu de révoquer leurs employés. La révocation pouvait s'accompagner d'une confiscation des cotisations de retraite versées, quand bien même on serait à la veille du jour de départ. Ainsi, la nouvelle jurisprudence de la Cour entraîna la condamnation du mécanicien Hulot comme celle de ses autres collègues sanctionnés. En l'occurrence, la cour d'appel de Paris, cédant à la Cour de cassation, le priva à la fois d'indemnités de licenciement et de vingt-deux années de cotisations, pour avoir organisé l'envoi d'une supplique collective au ministre des Travaux publics. D'autres cours d'appel résistèrent plus longtemps.

La critique ne fut pas moins véhémente dans la presse et les milieux politiques, jusqu'aux sphères conservatrice et royaliste. Les républicains tiraient à boulets rouges sur les monopoles du rail. Mais pendant seize ans, rien n'y fit. En 1886, la Cour de cassation n'avait pas dévié de sa rigueur au profit de l'arbitraire des compagnies, malgré les changements politiques, une épuration républicaine des magistrats et l'élargissement des critiques parmi l'*establishment* politique et industriel. Au contraire, elle était allée jusqu'à étendre à tous les engagements une inversion de jurisprudence sur le licenciement, réservée d'abord à l'exception des chemins de fer. Contre les tribunaux civils et cours d'appel, elle s'acharnait à imposer un droit unilatéral et arbitraire de licenciement, sans laisser aux tribunaux apprécier le bien-fondé des motifs.

Le plus choquant, aux yeux du reste de la France, était sa jurisprudence sur les caisses de retraite. En cassant les restitutions de cotisations, au profit des demandes des compagnies, elle estimait les confiscations de stricte légalité, en vertu du respect des conventions : du moment que les règlements prévoyaient une telle confiscation, la sanction était légale, car tout règlement d'entreprise était censé être une convention consentie par implication du fait même d'être embauché. À la fin des années 1880, Glasson et les soutiens civilistes de la Cour de cassation étaient de plus en plus isolés sur cette question³. Du côté du patronat, seul le

2 - Sur ces affaires, voir la brochure *Les accidents sur les chemins de fer français dans leurs rapports avec les agents de la traction. Pétition des mécaniciens et chauffeurs à l'Assemblée nationale*, Paris, A. Le Chevalier, 1872, et Baron DE JANZÉ, *Les compagnies de chemins de fer et leurs agents commissionnés...*, Saint-Brieuc, Impr. de F. Guyon, 1875. Une partie des jugements sont reproduits et commentés dans le *Journal des prud'hommes*, 1871, p. 167, et 1872, p. 60.

3 - Glasson contestait d'avance la légitimité de lois qui étaient sur le point d'être votées. Selon lui, interdire de confisquer les cotisations de retraite en cas de renvoi, si le règlement le prévoyait, était attenter à la liberté des contrats. Son article constituait une prise de position implicite en faveur d'un rapport de Paul-Louis-Joseph Cuvinot, confortant

lobby assurantiel appuyait encore cette position extrême, tandis que même les compagnies de chemins de fer commençaient à faire des concessions face au désaveu quasi unanime de la société. Du côté des associations patronales des mines et de l'industrie métallurgique, une évolution s'était fait jour : le patronat organisé des grandes manufactures se mit à reconnaître les cotisations de retraite comme des droits acquis lors de leurs versements ; il s'ensuivait un droit de participation des ouvriers à la gestion des caisses, ce que combattait de plus en plus isolément le lobby assurantiel.

Le coup de force dogmatique de Glasson

Glasson pouvait apparaître ainsi, au regard des controverses sur la législation industrielle, comme l'un des derniers représentants de l'orthodoxie du Code civil, interprétée par les arrêts de l'Ordre moral. En revanche, à l'aune du petit monde des civilistes français, il proclamait plutôt une adaptation remarquable de l'orthodoxie, par sa double fidélité à la hiérarchie judiciaire et aux réformes sociales paternalistes que commençaient d'envisager les cercles conservateurs. L'opération portait sur la définition même du contrat de louage. Glasson fut, par sa publication de 1886, l'intronisateur d'une expression toute nouvelle en France dans la langue juridique, celle de « contrat de travail ». Il empruntait ces termes à l'éditeur d'une revue patronale franco-belge, Émile Delecroix, qui les avait lui-même introduits en 1885 par un article moins visible et dont Glasson s'inspirait largement : face à la montée des projets parlementaires de réformes qui lui semblaient démagogiques, Delecroix proposait de sauver l'orthodoxie contractuelle du Code civil en modernisant et en explicitant sainement les conséquences de ses deux articles trop laconiques sur « le louage des gens de travail, qui s'engagent au service de quelqu'un » (art. 1780 et ancien art. 1781)⁴. Le manifeste de Glasson, reprenant le propos de Delecroix, s'ouvrait sur une question : « Pourquoi le Code civil a presque entièrement oublié l'ouvrier de la grande industrie ? » Question répétée depuis lors comme introduction obligée à toute réflexion sur le droit du travail, réitérée dans les thèses de droit qui suivirent, puis dans chaque traité de droit du travail jusqu'à aujourd'hui⁵. Or les prémisses de cette question sont fausses. D'un point de vue historiographique comme d'un point de vue conceptuel, le Code civil n'a nullement oublié

la position des grandes compagnies (*Rapport du sénateur Cuvinot*, 25 juin 1885, Sénat, Documents, Rapport, p. 249).

4 - ÉMILE DELECROIX, « Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs », *Revue de la législation des mines*, 1885, pp. 65-124. À ma connaissance, Delecroix, avocat au barreau de Lille, animateur d'un lobby du patronat belge des mines et de la métallurgie, est le premier introducteur de l'expression en langue juridique, et il le revendique (p. 85).

5 - Depuis le texte de Glasson, l'oubli des ouvriers dans le Code civil et le laconisme des deux articles 1780 et 1781 sont devenus une sorte de question rituelle pour aborder le droit du travail. Un seul traité récent, parmi ceux examinés, a mis en doute les présupposés de cette question convenue : ALAIN SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 46.

l'ouvrier de la grande industrie. D'abord, parce qu'était en projet, parallèlement au Code civil, un code industriel, analogue au code du commerce, dont la loi déjà publiée du 22 germinal an XI sur les manufactures et les engagements de travail était conçue comme un premier train. Cette loi prévoyait une procédure de consultation et de réglementation pour donner suite au remplacement des règlements corporatifs, toujours en suspens. Étaient prévus aussi des tribunaux de manufacture, en complément des tribunaux de commerce, dont allaient sortir, après d'âpres affrontements de philosophie juridique, les conseils de prud'hommes.

Cependant, là n'est pas l'essentiel. L'inexactitude historiographique de l'article de Glasson, évidente pour quiconque est allé aux sources d'archives, est accessoire par rapport à son argument principal. Une transformation de perspective d'un autre ordre est beaucoup plus cruciale : Glasson présuppose comme allant de soi que les ouvriers de la grande industrie n'étaient concernés que par le « louage de service » des deux articles 1780 et 1781. Or, du point de vue de la jurisprudence des années 1790-1886, c'est une énorme contre-vérité. Au sein des justices de paix, des conseils de prud'hommes, des tribunaux de commerce, des tribunaux civils, il allait de soi que la plupart des ouvriers – de la grande comme de la petite industrie – relevaient de la législation du « louage d'ouvrage » proprement dit, et non du « louage de services », c'est-à-dire, notamment, des treize articles de la section du Code civil sur les « Devis et marchés » (art. 1787 à 1799), et non des deux articles sur les domestiques et gens de travail. Les ouvriers n'étaient ni des domestiques ni des journaliers.

L'enjeu était capital. L'innovation de Glasson, si elle était suivie, mettait fin à quatre-vingt-dix années de jurisprudence subalterne. Tant que les ouvriers relevaient du louage d'ouvrage proprement dit, le contrat portait sur le résultat du travail, non sur sa conduite ; ils avaient compétence pour négocier l'organisation du travail, son mode opératoire et l'évaluation du résultat. En revanche, s'ils relevaient du louage de service, la subordination pouvait entrer dans leurs obligations, issues de la nature du service. Et c'est là que résidait l'innovation du « contrat de travail », au-delà du changement de vocable : sous couvert de l'équation présupposée contrat de travail = louage de service, tous les contrats de salariat étaient rabattus au rang du louage de service ; il s'ensuivait alors l'admission de la subordination comme catégorie juridique inhérente au contrat de travail. Chez Glasson, ce corollaire, omniprésent, demeurait néanmoins informulé, toujours de l'ordre du présupposé évident. Il fut explicité par Marc Sauzet, autre juriste rallié au combat mené par Glasson, avec un style pugnace, sur un ton moins pontifiant, mais partageant la même dérive subjectiviste du contrat et le même débordement dogmatique du droit. Sauzet proposa la première conjonction juridique argumentée du contrat de travail et de la subordination, dans un article de 1890 sur le livret ouvrier :

Ce contrat de travail est une espèce de louage d'ouvrage : il en a une physionomie juridique propre, ses caractères distincts, qui nous paraissent être :

*1° une certaine subordination de l'ouvrier au patron, dans l'exécution du travail promis ;
2° la mise à la charge du patron des risques de l'entreprise. Cette notion du contrat de travail, qui la différencie du louage d'ouvrage conclu entre un artisan et un simple*

particulier ne voulant pas assumer la fonction, le rôle de patron, est essentielle, fondamentale⁶.

Ajoutons aussi que cette notion juridique du contrat de travail, type spécial de louage d'ouvrage, répond aux définitions que les économistes donnent, comme à l'origine qu'ils assignent au régime du salariat. Ils le présentent comme le résultat d'une évolution qui a transformé l'association primitive, grossière du capital et du travail, en une association perfectionnée où le travail trouve la certitude d'une rémunération, la fixité de position si précieuse aux hommes, tandis que le capital y gagne, « en prenant tous les risques de l'entreprise, d'en avoir le gouvernement exclusif » (Bastiat, Harmonies économiques VI, 1879, p. 451). N'est-ce pas notre définition juridique même ?

Il est remarquable que cette notion de subordination soit ainsi introduite en droit sans aucune justification proprement juridique. Malgré leurs efforts, la doctrine de Glasson-Sauzet ne parvint pas à justifier la subordination juridique autrement que par de vagues évocations sur l'évolution historique et les besoins de l'entreprise moderne. C'est par simple proclamation, par autoposition doctrinale d'autorité, que la subordination fit son entrée dans la définition du contrat de travail. L'opération connut un succès complet, si le succès se mesure à son audience ultérieure : les traités belges et français de législation industrielle, puis de droit du travail se sont tous mis à imaginer, à la suite des publications de Glasson et de Sauzet, que la subordination et le louage de service étaient des conceptions d'origine du Code civil, héritées de l'esprit des Constituants, sans jamais les étayer sur des fondements de droit proprement dit ou de jurisprudence. Et pour cause : rien n'était plus étranger au droit de louage d'ouvrage, depuis 1789, que cette idée d'un gouvernement exclusif du travail. Tout au contraire, le rappel au droit consistait toujours, d'une manière ou d'une autre, à corriger les pratiques sociales par l'impératif du concours bilatéral des volontés.

Le fonctionnement de ce revirement doctrinal illustre aussi l'inconvénient d'avoir appelé école de l'exégèse la tradition des commentaires-cultes du Code civil au XIX^e siècle français. Dans le cas présent, les modalités d'argumentation sont à l'opposé d'une exégèse à proprement parler. Dans cette dernière hypothèse, la démarche aurait cherché à comprendre le sens des textes d'après ses usages et procédé à une confrontation critique avec les interprétations adverses. En l'occurrence, c'est un fonctionnement inverse qui est à l'œuvre. Pas question de s'abaisser à énoncer les arguments contraires, qui ne méritent que le silence et se trouvent ainsi, *stricto sensu*, excommuniés. Le dogmatisme impliqué ici n'est pas seulement d'ordre juridique, mû par la mise en cohérence hiérarchique des doctrines, des lois et des jurisprudences, mais, plus largement, un dogmatisme au sens de Kant, c'est-à-dire l'usage des arguments d'autorité à la place des arguments critiques. En ce dernier sens, l'article de Glasson peut être qualifié de coup de force dogmatique, car c'est le *fiat* d'autorité qui entraîne le changement de doctrine et l'introduction de l'équation contrat de travail = louage de service et son corollaire, la subordination

juridique. Certes, l'article rencontrait opportunément de très lourds enjeux de société. Mais, loin de les considérer et de s'en saisir par un débat explicite, il tranchait les questions en niant son incarnation polémique.

La portée de ce coup de force s'amplifia rétrospectivement jusqu'à imposer une histoire légendaire du louage de travail depuis 1789⁷. Conceptuellement, la légende reposait sur une confusion : la doctrine du seul consentement réciproque, à la source des obligations contractuelles, magnifiée en 1789, devenait la doctrine de la seule intention réciproque, ouvrant la voie aux justifications par des consentements fictifs, juridiquement présumés. Le nouveau dogme proclamait une conception subjectiviste originelle du contrat par « nos pères de 1789 », dignes réincarnations mythiques de la vérité romaine. En revanche, les pratiques jurisprudentielles subalternes effectives, depuis 1790, que nous allons examiner maintenant, devenaient nulles et non avenues, comme si une proclamation doctrinale pouvait disposer de la réalité historique, à la manière dont un arrêt judiciaire dispose de la réalité juridique⁸.

7 - Une première formulation de cette légende fut publiée par MARC SAUZET, « Essai historique sur la législation industrielle de la France », *Revue d'économie politique*, 1892, pp. 313-356, 890-930, 1097-1136. Il y exalte le mythe de la pureté contractualiste des Constituants ; une légende des progrès de la liberté économique s'y détache par un noircissement du droit précédant la Troisième République. Des réfutations de ses anachronismes juridiques et des stéréotypes qu'il a renforcés ont été développées dans ADHÉMAR ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, Sirey, 1908, et par FRANÇOIS OLIVIER-MARTIN, *Cours d'histoire du droit public. La police économique sous l'Ancien Régime*, Paris, Dalloz, « Les cours du droit », 1945. L'autre pilier de la légende est l'œuvre d'Émile Levasseur. Sa méthode historique procédait par filtrage : ignorer ou discréditer les mauvais exemples, établir les bons dans l'évidence du récit, comme des leçons de choses, illustrant les vérités détenues par les économistes français de l'Académie – des vérités encore ignorées du reste du monde. Pour un historien qui connaît les sources, la méthode des ouvrages historiques de Levasseur comporte une telle densité de contre-sens, de contre-vérités et de falsifications, qu'il conviendrait de l'oublier totalement s'il n'avait servi de base de référence, à partir des années 1890, pour inventer un passé aux nouvelles conceptions du droit du travail. Quelques exemples en seront donnés en notes dans la suite de cet article. À l'encontre de la vision légendaire de l'histoire du livret ouvrier partagée par Sauzet et Levasseur, des rectifications ont été amorcées dans GEORGES BOURGIN, « Contribution à l'histoire du placement et du livret en France », *Revue politique et parlementaire*, janvier 1912, pp. 105-126, et dans ROBERT MARQUANT, « Les bureaux de placement en France sous l'Empire et la Restauration. Essai d'établissement d'un monopole », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, XL, 1962, pp. 200-237.

8 - La conception subjectiviste du contrat signifie ici que le contenu du contrat ne serait plus déterminé que par les intentions explicites ou implicites des contractants. Elle résulte d'une évolution générale, en France, commencée sous le Second Empire, sensible aussi en droit commercial, et dont la clé est peut-être à trouver dans l'ouverture tardive à un droit aux dommages et intérêts pour perte d'anticipations spéculatives. Elle se différencie de la conception du contrat sous la Révolution et l'Empire en éliminant la nature des conventions, ainsi que l'équité, dans la détermination de ses obligations.

Un exemple d'émancipation par voie jurisprudentielle

En 1791, dès leurs premiers mois de fonctionnement, les justices de paix et tribunaux civils inscrivent, à leur manière, dans leur jurisprudence, la nouvelle émancipation des « citoyens-ouvriers ». Voici un exemple significatif de décision banale, à Paris, au fil des affaires quotidiennes de la nouvelle institution :

Justice de Paix, section du Roi de Sicile, du vendredi 28 octobre 1791. Entre le Sieur François L'Épine tailleur de pierre demeurant à Paris rue de la Verrerie [...], tendant à ce que le défendeur cy-après nommé soit condamné à luy paier la somme de vingt trois livres quinze sous neuf deniers pour dix jours, moitié et un douzième de journée, à raison de quarante cinq sols par jour, employés marché Saint Jean hôtel de Chelles, prix fait par le défendeur avec le demandeur, à la place de grève, où ce dernier a été arrêté. Le tout avec intérêts et dépens, d'une part.

Contre le Sieur Noël entrepreneur de bâtiment demeurant à Paris, marché Saint Jean, défendeur, d'autre part.

Lecture faite de la citation et parties ouïes en personnes savoir : le Sieur L'Épine qui a persisté en sa demande et le Sieur Noël lequel a dit que son commis avoit retenu le Sieur L'Épine à raison de quarante quatre sous seulement par jour, et qu'il offroit et étoit prêt de payer sur ce pied les journées qu'il pouvoit devoir à L'Épine.

Nous Juge de Paix de l'avis de nos assesseurs présents donnons acte à Noël de ses offres, disons que L'Épine sera tenu de les recevoir, le tout sans dépens et prononçant en dernier ressort. Signé : Fayel⁹.

Le choix du terme, « prix fait en place de grève », avait une valeur emblématique des droits nouveaux, compréhensible à l'époque par tous les protagonistes. Être prix-facteur, pour un compagnon du bâtiment, c'était être émancipé des anciennes obligations de soumission aux maîtres prescrites par les statuts et règlements abolis. Le terme juridique technique de « prixfait » (ou « prix-fait »), utilisé aussi dans le langage courant, équivalait au terme plus savant de louage d'ouvrage (prendre à prix fait, passer un prixfait, faire un louage, avoir un marché d'ouvrage...). Les substantifs prixfait et louage d'ouvrage désignaient une convention libre, de droit commun. Ainsi, dorénavant, le compagnon tailleur de pierre était promu homme de métier affranchi des anciennes règles de subordination aux maîtres et à la Chambre royale des Bâtimens. Il avait notamment le droit et la possibilité de travailler en qualité de compagnon salarié, d'artisan ou de chef d'atelier, suivant les occasions. Il disposait de son art pour l'exercer comme bon lui

9 - Paris, AD, D7 U 1 26 (Archives de la Justice de paix de la section du roi de Sicile). Antoine Despeisse, en 1690, utilisa « prixfait » pour traduire la *Locatio conductio operis* (*Des contrats*, 1660, rééd. Bruyset, Lyon, 1750, t. I, pp. 86-131). Le terme fut repris par ses successeurs, notamment Domat, dans son traité *Du louage*, qui intitule son titre VIII : « De la nature des prix faits et autres louages de travail et de l'industrie » (rééd. Rémy, Paris, Firmin-Didot, 1828, p. 133).



LA FOIRE AUX MAÇONS DE LA PLACE DE L'HÔTEL DE VILLE, à PARIS. dessin de M. Jules Pelcoq. — Voir page 146.

Illustration – Prix-fauteurs en place de Grève

Scène d'embauche au premier plan. D'un côté, en haut-de-forme, le propriétaire ou architecte, accompagné de son « pointeur » (chef de chantier), en chapeau melon, crayon pointé vers les deux interlocuteurs ; de l'autre, le maître maçon, en casquette blanche, et son aide, en casquette foncée. Entre les interlocuteurs pointent les visages attentifs et rapprochés du public du métier, susceptible de réagir aux offres et acceptations en cours de négociation. À l'arrière-plan, des maçons en attente, leurs outils disposés devant eux ou en faisceau, signifiant, comme dans tous les marchés publics d'embauche en Europe, la disponibilité et la spécialité. Cet agencement symbolique comporte un aspect tactique crucial pour l'ouverture du marchandage : celui qui signifie sa disponibilité par sa position n'a pas à ouvrir verbalement la négociation, il laisse à l'offreur l'initiative de l'interpellation.

Gravure de Jules Pelcoq, « La foire aux maçons de la place de l'Hôtel de Ville, à Paris », Paris, BnF, Cabinet des Estampes, VA 246b Fol 43, sans date (Second Empire, d'après le dessin).

semblait, à son compte ou à compte d'autrui. En qualité de citoyen ouvrier, ou citoyen artiste, il était attiré à débattre légitimement de l'organisation de son travail, de son exécution et de sa valeur (voir illustration).

Les batailles sémantiques, durant les deux années écoulées, autour des termes journalier et ouvrier avaient une portée analogue et marquaient l'importance de l'enjeu. Ce fut le cas parmi les charpentiers de Paris, où venaient d'avoir lieu les mouvements sociaux les plus célèbres, du fait que le rapporteur de la fameuse loi Le Chapelier les avait pris pour cible. En avril-juin 1791, les polémiques entre patrons et compagnons charpentiers portaient à la fois sur le contenu de conventions collectives à élaborer et sur la légitimité des assemblées de compagnons. Quatre semaines après l'abolition définitive des corporations (loi d'Allarde du 17 mars 1791), les compagnons charpentiers proposent, comme d'autres métiers à travers toute la France, des assemblées générales de profession, réunissant les maîtres et les compagnons, pour élaborer de nouvelles règles de gré à gré, sur un pied d'égalité. Mais, à la différence d'autres professions, les patrons charpentiers refusent de discuter et de reconnaître aux compagnons charpentiers l'égalité de droit pour fixer les règles professionnelles. Le refus s'exprime dans les comportements (évitement des rencontres de délégués, plaintes judiciaires sur la base de l'ancien droit), comme dans les explications imprimées en brochures.

Un libelle de patrons charpentiers, adressé à la municipalité de Paris, concède, en réponse à une première brochure des compagnons, que ceux-ci « n'étaient pas des esclaves¹⁰ ». Mais, néanmoins, il refusait de désigner les compagnons ouvriers, et les appelait « ouvriers-journaliers ». Or, cet accollement du terme journalier était précisément la marque appuyée d'une servitude, d'une obligation de subordination à la volonté des maîtres ; il symbolisait la conservation d'obligations de rapports de maître à inférieur dans les négociations interindividuelles de travail, et l'exclusion de la négociation collective paritaire. Le terme fut ressenti comme une provocation par les compagnons charpentiers. Les compagnons, dans leurs deux brochures de réponse, se désignaient ouvriers, en un sens juridique strict, c'est-à-dire preneurs ou conducteurs d'ouvrage, négociateurs de prixfait, soumis au seul droit commun, sans règlements de subordination passés ou à venir. L'expression développée « ouvriers en art de la charpente », en posant l'équivalence d'un art et d'un métier, renforçait l'insistance sur le droit commun du louage d'ouvrage, où les conducteurs étaient censés maîtriser les règles de l'art.

La même insistance des maîtres pour la subordination des compagnons, et la même qualification insolite d'ouvriers-journaliers se retrouvent dans les plaintes judiciaires déposées en juin 1791 ; mais les juges de paix n'en eurent cure. Les pétitions des patrons charpentiers n'envisageaient la nouvelle liberté d'entreprendre

10 - Les brochures évoquées qui se succèdent et se répondent sont : *Précis présenté à l'Assemblée nationale par les entrepreneurs de charpente de la ville de Paris* (22 mai 1791) ; *Mémoire présenté par les ouvriers en art de la charpente de la ville de Paris, le 26 mai 1791* ; *Pétition présentée à la municipalité de Paris par les ci-devant maîtres charpentiers, le 30 mai 1791...* ; *Réfutation des ouvriers en l'art de la charpente à la réponse des entrepreneurs, le 2 juin 1791* (Paris, BnF, Département des Imprimés).

que comme un allègement de contraintes à leur seul profit¹¹. Ils espéraient que les règlements à venir, promis par le décret de suppression des corporations, en mars précédent, restaureraient en droit public les anciennes règles de subordination statutaire, à la manière dont Turgot avait remplacé les anciens règlements et statuts locaux par des règles nationales uniformes de subordination¹².

Cependant, rien de semblable n'intervint, malgré de nombreuses tentatives. C'est là un exemple significatif de la manière dont l'émancipation des ouvriers s'inscrit dans les mœurs, au début de la Révolution française. Les ouvriers charpentiers n'obtinrent pas le tarif demandé en mai 1791. Mais ils finirent par bénéficier de tarifs de référence, par voie jurisprudentielle, comme tous les ouvriers du bâtiment. Le tarif était demandé pour régler les engagements des compagnons. Ceux-ci l'attendaient autant comme salariés que comme éventuels ouvriers à leur compte. Les tailleurs de pierre semblent avoir été les premiers à y avoir accédé directement. Buchez et Roux, dans leur histoire de la Révolution, en 1834, sont les rares auteurs – peut-être les seuls – qui aient explicité le processus, à partir des archives de la municipalité parisienne : cette dernière refusait de fixer elle-même des tarifs de salaire sans l'accord des protagonistes. En revanche, elle prônait les accords collectifs de gré à gré et tentait de se poser en médiatrice des négociations, comme beaucoup d'autres municipalités de France – malgré un désaveu public de Le Chapelier, mais avec l'approbation de bien d'autres députés constituants¹³. Et

11 - Au commissariat du Roule, le 4 juin 1791, un patron charpentier « se plaint de l'existence d'une assemblée illégale de compagnons charpentiers tenue rue de la Tixeranderie. Cette assemblée exige des charpentiers entrepreneurs qu'ils aillent signer sur un registre tenu à cet effet par elle leur soumission de payer les journées cinquante sols les mois dans l'été et quarante-cinq sols dans l'hiver, de ce que lorsqu'un maître jaloux de remplir ses engagements d'ouvrage est forcé pour avoir dans son atelier les ouvriers journaliers nécessaires, de souscrire cette obligation [...] » (Archives de la préfecture de Police, Aa 224, Papiers du commissariat de police, section du Roule, texte signalé par MICHAEL SONENSCHER, *Work and Wages. Natural Law, Politics and the Eighteenth-Century French Trades*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 349).

12 - Le décret de mars 1791 supprimant les corporations avait laissé aux futures assemblées le soin de remplacer les régulations corporatives et municipales par des règles de droit commun, à la fin de son article 7 : toute personne sera tenue « de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». L'amendement qui l'avait introduit visait explicitement à remplacer les règlements des métiers, municipaux ou corporatifs, par des règlements de droit public. Sur les transformations des décennies précédentes, sur l'importance des réformes de Turgot, jusqu'aux trois premières années de la période révolutionnaire, voir l'ouvrage de STEVEN L. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001 (monument de référence qui permet de disposer pour la première fois d'une vision approfondie de la question des corporations, au lieu des visions stéréotypées héritées du XIX^e siècle).

13 - Buchez et Roux, en travaillant sur les archives municipales avant leur incendie, ont montré que la ville de Paris avait une politique de médiation en faveur des accords collectifs, qu'elle ait réussi (tailleurs de pierre) ou échoué (charpentiers) (voir *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. X, 1834, pp. 102-104). Ils réfutaient ainsi une confusion établie par Le Chapelier lui-même, qui avait opéré un amalgame entre la décision unilatérale, entre ouvriers – désapprouvée par la municipalité de Paris comme

elle-même montra l'exemple, en qualité d'employeur commanditaire : elle passa un accord collectif, pour ses chantiers, avec les tailleurs de pierre. Leur tarif passa de trente-six à quarante-deux sous, ce qui, compte tenu des hiérarchies du bâtiment, correspondait aux demandes de la branche. Le prixfait marchandé en place de Grève, cité plus haut, tient compte vraisemblablement de cette convention, en s'arrêtant un peu au-dessus, à quarante-quatre sous.

Une nouvelle pratique était en train de s'instaurer, consacrée en justices de paix et plus tard aux prud'hommes. Les *Prix des ouvrages de la Ville de Paris* remplacent, à partir de 1791, les tarifications, édictées jusque-là par la Chambre royale des Bâtiments. Ils ne les remplacent pas comme prix imposés, taxés, mais comme références pour les négociations d'embauche et pour les arbitrages en justices de paix. Par la suite, à partir de 1804 au moins, ces *Prix des ouvrages de la Ville* furent publiés annuellement dans des manuels destinés aux calculs de marchés de travaux publics. Un peu plus tard, rebaptisés *Prix de série de la Ville de Paris*, ils seront considérés comme un véritable tarif de l'industrie du bâtiment par les justices de paix de Paris, puis, à partir de 1847, par le conseil des prud'hommes. Cet usage, au sens du droit commercial, ayant donc force de loi et s'imposant aux contrats privés ne fut remis en cause que durant les années 1882-1886, lors d'une offensive par un nouveau syndicalisme patronal de combat, appuyé sur la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴.

En province, bien des archives municipales, non incendiées, recèlent vraisemblablement des conventions collectives opérées selon le même esprit des années 1790-1791, auxquelles on a oublié de s'intéresser. En voici deux exemples. À Lyon est intervenue une suite ininterrompue d'accords collectifs dans les soieries, de 1789 à 1831, que l'on peut reconstituer en suivant la politique de la municipalité et du conseil des prud'hommes. Comme à Paris, la municipalité s'était portée médiatrice en 1790 et 1791, mais, à la différence du cas des charpentiers parisiens, la médiation avait été couronnée de succès. Le député lyonnais Goudard, rapporteur du comité d'agriculture et de commerce, appuyait les initiatives lyonnaises et concevait l'interdiction des délibérations professionnelles dans un tout autre esprit que les commentaires très personnels de son confrère Le Chapelier : aux yeux des députés médiateurs des grandes municipalités, la loi de juin 1791 ne s'en prenait

par les votants de la loi Le Chapelier –, et la négociation d'un accord collectif. Il voulait faire croire que toute réunion professionnelle tournait à l'assemblée délibérative, un genre d'assemblée constituante des corps de métiers. Cette confusion politique ne fonctionna que partiellement, jusqu'en juin 1848. C'est ensuite seulement que la loi Le Chapelier, en quelque sorte réinventée, fut censée avoir interdit toute réunion professionnelle.

14 - À partir de 1791, les marchés publics se font selon des cours d'usage. Des publications annuelles de séries de prix sont effectuées depuis 1804 au moins. En 1826, commence la « Série Morel », ou « prix de série de la Ville de Paris », considérée comme un véritable salaire minimum par les gens du bâtiment et les tribunaux. Un long conflit (1882-1899) déboucha sur un « décret Millerand », du 10 août 1899. Il instituait un salaire minimum « normal », restaurant ainsi ce qui avait été récusé comme usage.

qu'aux décisions unilatérales des ouvriers, afin de faciliter les accords collectifs bilatéraux¹⁵.

Un autre exemple de convention oubliée est intéressant par sa date plus tardive, conforme à la loi Le Chapelier selon les commentaires de Goudard, et contraire à la loi Le Chapelier selon les commentaires de son auteur lui-même : à Nantes fut signée, le 12 novembre 1792, une convention collective entre patrons et ouvriers voiliers, revêtue des signatures des commissaires députés des deux parties, portant sur les salaires et les usages professionnels. En l'occurrence, c'est la Société d'agriculture, une société savante, qui avait suggéré les modalités d'exercice de la liberté nouvelle. Elle avait répondu à une lettre des citoyens ouvriers délégués qu'il n'était plus possible de fixer des tarifs par voie d'autorité, mais qu'il serait bon et constitutionnel de « faire un accord de concert » avec des délégués patronaux¹⁶.

Relation d'ouvrage et relation de service

L'émancipation et l'exercice de la nouvelle liberté, parmi les professions industrielles comme parmi l'ensemble des arts et métiers, prirent ainsi plus souvent le chemin de nouveaux usages jurisprudentiels, sous le contrôle du métier, que celui de nouvelles constructions législatives. Pour s'imposer, la transformation politique devait s'étendre aux jugements de justice et d'équité, effectués par les concitoyens concernés, et se traduire en nouvelles prérogatives efficaces en faveur des citoyens émancipés. L'invocation politique de l'émancipation ou de l'affranchissement retrouve toute sa portée lorsqu'on remet en écho, d'un côté, les décennies de critiques contre la subordination des domestiques, journaliers et gens de travail, avant 1789, et, de l'autre, les transformations des relations de travail et de leur appréciation durant la période révolutionnaire, puis durant les décennies ultérieures de consolidation.

15 - Sur l'histoire de la « fabrique collective » lyonnaise, sa régulation et la série de conventions collectives de 1790 à 1831, voir ALAIN COTTEREAU, « The Fate of Collective Manufactures in the Industrial World: The Silk Industries of Lyons and London, 1800-1850 », in C. SABEL et J. ZEITLIN (éds), *World of Possibilities*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 75-153, et *Id.*, « La désincorporation des métiers et leur transformation en publics intermédiaires : l'exemple de Lyon et de la région rouennaise de la Révolution à l'Empire », in S. L. KAPLAN et P. MINARD, *Le corporatisme : impasse ou troisième voie ?*, Paris, Belin, janvier 2003, sous presse.

16 - La convention collective originale et quelques pièces de correspondance se trouvent aux archives municipales de Nantes, dans un fonds de la chambre de commerce, cote 1 ET A13, pièces 59 et 65 (accord mentionné et perçu dans une autre perspective par YVES GUIN, *Le mouvement ouvrier nantais*, Paris, Maspero, 1976). D'autres conventions collectives des voiliers de Nantes intervinrent par la suite. Deux ont été imprimées, en 1855 et en 1860 (Paris, BnF, Département des Imprimés, Gr Fol. Wz 69, n° 70 et 155 du catalogue des règlements).

Le « véritable louage » et la critique de la subordination de droit

Une critique, généralisée au cours du XVIII^e siècle, s'en prenait aux prescriptions de soumission enjointes aux salariés, matelots, domestiques, aussi bien qu'ouvriers compagnons, apprentis, journaliers. Devant les parlements, sur les affaires de travail, les plaidoyers étaient parcourus d'argumentations en faveur de la liberté naturelle, à l'encontre des peines pour insoumission. L'invocation du droit naturel ou du droit commun n'était pas réservée aux libelles philosophiques ni aux prétoires ; elle avait gagné les conversations quotidiennes, les rues et les ateliers, ainsi que l'a montré Michael Sonenscher : les discussions courantes, les disputes, les scènes d'insultes, reprenaient les controverses de légitimité. Des raccourcis symptomatiques résumaient l'essentiel : « Nous ne sommes pas des esclaves ! », « Nous ne sommes pas des domestiques ! » L'assimilation courante de la domesticité à l'esclavage n'était évidemment pas une confusion, mais une opposition à l'arbitraire du pouvoir domestique. Articulée au cours d'une dispute à l'atelier sur les devoirs respectifs au travail, elle marquait l'illégitimité de la subordination statutaire. Prononcée comme épithète insultante (« laquais ! », « valet ! »...), elle pointait l'indignité commune de la servitude, volontaire ou involontaire.

Voici par exemple un plaidoyer qui résume ces argumentations proliférantes de la décennie 1780. En 1784, des matelots de Marseille se trouvent en procès d'appel devant le parlement d'Aix pour une contestation sur leurs engagements. L'équipage embarqué à Marseille avait refusé de repartir lors d'une escale aux îles Canaries, en raison d'un changement de destination. Le capitaine les y avait faits emprisonner comme déserteurs ; ils avaient dû revenir par Cadix sur un navire vénitien. Devant le parlement d'Aix, en appel, le plaidoyer pour les marins est ainsi résumé par *La Gazette des tribunaux* :

Lorsque le voyage pour lequel le matelot a loué ses services est changé, il n'est pas obligé d'en faire un autre ; il peut quitter, si bon lui semble, & il doit être payé, en ce cas, de ses salaires. Un capitaine de navire, disoit-on, n'est point un despote ; en louant des matelots pour son service, il ne contracte pas avec des esclaves.

La cour donna raison aux matelots¹⁷. Le plaidoyer avait cité à l'appui le *Traité des contrats de louage maritimes* de Pothier, de 1769. Ce dernier ouvrage n'était pas resté dans le domaine des principes de droit de son *Traité du contrat de louage*, de 1764 ; il s'était penché sur un règlement royal et son contentieux. Commentant l'*Ordonnance de marine* sur l'engagement des matelots, il prononçait à mots couverts une critique de l'arbitraire conféré par les règlements royaux aux capitaines de navire. L'argument se condensait en une expression insolite : « L'engagement des matelots au voyage est un véritable contrat de louage par lequel un matelot loue

à un maître de navire ses services pour un voyage. » La subtilité tient dans le mot véritable : si le louage est véritable, nul ne devrait pouvoir contraindre les matelots à remplir leurs promesses, mais seulement obtenir des dommages et intérêts en cas de rupture de contrat. Pothier expliqua lui-même, un peu plus loin, ce terme de « véritable louage », appliqué paradoxalement à des services :

Quoique ce soit un principe à l'égard des obligations qui consistent à faire quelque chose, que celui qui s'est obligé ne puisse être contraint précisément à faire ce qu'il a promis, [...] & que l'inexécution de son obligation ne donne lieu qu'à des dommages & intérêts, [...] néanmoins, par une exception à ce principe, les matelots qui ont loué leurs services pour un navire, peuvent être contraints précisément à les rendre¹⁸.

Autrement dit, à l'attention des hommes de lois avertis de l'époque, Pothier signifiait que l'ordonnance de marine paraphrasée était un manquement au droit commun, et qu'il importait, en reconnaissant cette exception, d'en restreindre les conséquences juridiques aux circonstances qui la justifiaient. En principe, les implications du louage auraient dû l'emporter sur les implications du service, si le louage avait été véritable ; à défaut, les servitudes liées à la nature des prestations de matelots devaient être limitées. Pothier lui-même formula des prolongements dans ce sens, prenant position, entre autres, pour restreindre davantage la subordination de l'équipage. C'est dans cet esprit qu'il émit l'opinion que, s'agissant d'un véritable louage, les matelots étaient libres de refuser un changement d'itinéraire.

L'emploi critique du terme véritable louage se généralisa par la suite, et devint presque un lieu commun du louage des ouvriers durant la période révolutionnaire : le véritable louage était celui qui ne reçoit pas d'autres sanctions que les dommages et intérêts, s'il y a lieu, et échappe aux servitudes de la domesticité. Le premier projet de code civil, proposé par Cambacérès le 22 août 1793, en garde trace, dans son article 3 :

Le bail de main-d'œuvre est un louage, l'ouvrier qui promet sa peine, le matelot qui s'engage pour une course, l'homme de gage qui loue ses services, sont de vrais bailleurs ; celui qui les emploie est le preneur.

Les distinctions furent reprises dans les moutures successives, mais leurs aspects explicatifs ou allusifs aux faux louages sous contraintes de subordination furent supprimés comme superflus : la suppression des anciennes pénalités pour insubordination (ou insoumission, insolence, cabale, mutinerie, désertion, etc.) suffisait à rendre claire la fidélité aux principes de l'émancipation révolutionnaire aux yeux

18 - ROBERT J. POTHIER, *Traité des contrats de louage maritimes*, Paris, Debure aîné, 1769, « Du louage des matelots & autres gens de mer », pp. 159-228, ici p. 171, n° 173. Le paradoxe tient à ce que, pour la majorité des contemporains de Pothier, les services à gages relevaient par définition de la subordination domestique, hors droit des contrats.

des rédacteurs. Seul subsistait un délit de coalition, à signification restrictive par rapport aux anciens délits¹⁹.

Le nouveau droit à la désertion individuelle et collective

Le délit de désertion fut maintenu pour les matelots de la marine marchande pendant plus d'un siècle, atténué seulement par rapport aux désertions de militaires, marins ou terrestres. En revanche, ce délit de désertion ou, plus largement, les poursuites pénales de subordonnés pour rupture d'engagements furent supprimés pour tous les autres engagements de travail, y compris pour les domestiques et les apprentis. Ce fut là un affranchissement révolutionnaire majeur, vécu intensément comme une libération après des décennies de conflits et de critiques. Néanmoins, par un apparent paradoxe, il ne donna pas lieu à formulation positive d'un nouveau droit. C'est sur le mode de l'évidence en équité qu'il s'imposa et s'incorpora dans les usages nouveaux, sanctionnés comme tels devant les tribunaux, notamment par les cours d'assise, habituées à acquitter en cas de poursuites pour « coalition »²⁰. Auparavant, à la suite des réformes de Turgot, l'espoir d'émancipation avait au contraire été vivement déçu. Les anciennes règles de subordination, injonctions de soumission à la volonté des maîtres, poursuites pénales pour rupture de contrat ou manquements aux devoirs des inférieurs à l'égard des supérieurs, loin d'être abolies, avaient été rationalisées et unifiées nationalement, notamment avec les lettres patentes du 12 septembre 1781, dont le titre était sans ambiguïté : « Lettres patentes pour entretenir la subordination parmi les ouvriers dans les pays manufacturiers ».

La réglementation unifiait un arsenal répressif contre l'insubordination et la désertion. Elle limitait quelque peu l'arbitraire des permissions de départ. Mais, en contrepartie, les maîtres se voyaient déléguer directement (et non plus en corps collectif) une autorité disciplinaire et une autorité d'ordre public. Ils pouvaient notamment inscrire sur le livret de congé des appréciations sur la conduite du partant et devaient indiquer les motifs de départ. L'autorité centrale se chargeait de poursuivre et punir les insubordonnés, les mutins, les déserteurs, les insolents, les fugitifs désignés par les maîtres ; une justice sommaire, placée elle aussi sous l'autorité du pouvoir central, était saisie des litiges. De fait, elle appuya le dispositif répressif contre l'insubordination et servit de recours contre les décisions des

19 - Premier projet Cambacérès (P.-ANTOINE FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, chez l'auteur, t. 1, pp. 77-78). Les deuxième et troisième projets, en septembre et décembre 1794, énonçaient plus sobrement : « Les meubles, les immeubles et la main-d'œuvre sont susceptibles de louage. »

20 - L'histoire de la répression des coalitions, polarisée uniquement sur l'absence de droit à l'association ouvrière, serait à recadrer d'une façon beaucoup plus éclairante, en étant resituée entre ce nouveau droit à la désertion, largement admis et utilisé, et le délit de coalition. La décision de poursuite pour coalition était bien davantage liée à l'appréciation de dangerosité politique ou émeutière que professionnelle ; le délit n'était admis par les jurys d'assise que s'il y avait violences ou menaces sérieuses et prouvées.

maîtres – des maîtres ainsi constitués individuellement en sorte de juges sommaires de premier degré, sur le lieu de travail, à la place des anciens jurés ou syndics.

Le libre droit de quitter fut acquis entre 1789 et 1791, au fur et à mesure qu'étaient discrédités les anciens règlements de police et les anciens statuts de communautés de métier. Suivant le rythme des transformations politiques, ce fut d'abord au nom des droits de l'homme et des grands principes de liberté que les compagnons, domestiques, journaliers et ouvriers s'estimèrent déliés de lois injustes, contraires à l'égalité : ils cessèrent de considérer comme légale la subordination réglementaire au travail et ses pénalités. Étaient ainsi révoquées pour illégitimité les règles du billet de congé, les interdictions aux ouvriers de quitter à plus d'un certain nombre à la fois, les normes de soumission au travail (soumission aux conditions d'embauche, indiscutabilité des ordres d'exécution des tâches, comme de l'évaluation des ouvrages). L'appréciation d'insubordination était désagrégée par un autre repérage normatif, la vigilance contre le despotisme au travail.

Beaucoup d'anciennes autorités corporatives tentèrent en vain de s'opposer à ces révocations informelles de règlements et de normes de relations au travail, pendant les vingt mois que dura leur sursis. Après mars 1791, les justices de paix, au nom de l'équité, refusèrent de reconnaître toute validité aux plaintes patronales pour cause de désertion ou d'insubordination : elles n'acceptèrent plus, suivant le droit commun des modernes romanistes, que d'accorder des dommages et intérêts, en cas de préjudice pour manquement prouvé à des conventions librement consenties. S'il s'agissait de départ intempestif, avant d'avoir achevé les engagements, un délai n'était dorénavant admissible que si l'usage d'avertissement était justifié dans l'intérêt réciproque des employeurs et des ouvriers, opposable tout autant aux employeurs qu'aux salariés. Contrairement à des règlements d'Ancien Régime, les délais de prévenance observés devenaient effectivement les mêmes pour les ouvriers et les employeurs.

Les précédents les plus marquants, sous la Révolution, formateurs du nouveau droit, survinrent dans le louage des artistes de théâtre, en période de Terreur. Domaine phare des nouvelles mœurs, le droit des comédiens fut lui aussi établi sur une base jurisprudentielle, à la suite d'une législation d'abolition et de l'établissement de quelques principes par des lois nationales. En présence de la table rase des statuts, les tribunaux civils de Paris, sur demande de comédiens, « établirent » systématiquement en usages nouveaux les anciens droits jugés équitables, en n'hésitant pas à invoquer, au besoin, les statuts ou règlements, non comme sources de légitimité, mais comme attestations d'usages établis, à maintenir s'ils convenaient au nouvel esprit des lois. Il en alla ainsi, notamment, d'un nouveau droit de faire cesser les engagements, à base de réciprocité et d'équité²¹.

La puissance de ces nouveaux impératifs d'équité, généralisés durant les années 1790-1792, nous est aussi accessible, aujourd'hui, grâce aux batailles de

21 - ARISTIDE DOUARCHE, *Les tribunaux civils de Paris pendant la Révolution (1791-1800)*, Paris, Cerf Noblet Quantin, 1905. Ces relevés effectués avant l'incendie du Palais de Justice permettent de localiser l'instauration d'une régulation de l'intermittence à valeur exemplaire pour le droit des ouvriers.

conception des droits qui eurent lieu après la Terreur, de 1794 à 1830. Des offensives furent menées pour « restaurer la subordination » des ouvriers, espérant rétablir des poursuites pénales pour désertion ou rupture illégitime d'engagement de travail, à l'initiative d'employeurs ou de quelques instances consultatives. Elles se heurtèrent à un barrage presque unanime des tribunaux et des administrations. Une inflexibilité d'autant plus remarquable qu'à la même époque les classes dirigeantes anglaises estimèrent au contraire que la punition du délit de *breach of contract* (rupture de contrat par le subordonné) était indispensable, nécessaire à l'organisation industrielle moderne. Là-bas furent renforcées les contraintes de retour chez l'employeur et les peines d'emprisonnement, de 1766 à 1823, perpétuées jusqu'en 1875, selon une philosophie analogue à celle des *Lettres patentes* de 1781 en France. C'est d'ailleurs sous le titre suggestif de *Law of Master and Servant*, « droit du maître et du serviteur », que furent progressivement regroupés les statuts et jurisprudences concernant les domestiques et les autres salariés, tant agricoles qu'industriels²².

Au lendemain de la Terreur, les tentatives de restauration de la subordination en France se manifestèrent d'abord par des plaintes patronales, individuelles ou collectives. En juillet 1795, un patron verrier de Paris, créateur d'une entreprise en 1792, qui fabriquait avec succès des bouteilles de champagne, se plaignit que ses ouvriers le quittaient « à four chaud » (c'est-à-dire interrompant une « campagne » pour laquelle ils étaient engagés). Il proposa un arrêté pour rétablir les anciens règlements, notamment les punitions pour désertion : « [...] Quoique ces règlements n'aient point été abrogés par aucune loi, par aucun décret, ils sont de fait passés en désuétude depuis l'époque de la Révolution et les ouvriers les regardent comme frappés de nullité. » Le Comité de salut public, dans sa réponse, refusa de rétablir les anciennes pénalités. Il refusa aussi de reprendre à son compte une réquisition des verriers décrétée à l'époque de la Terreur ; il proposa seulement qu'à la demande des entrepreneurs les juges de paix puissent poursuivre les déserteurs pour les obliger à rembourser leurs dettes. Le Comité concéda que le juge de paix pouvait prononcer des injonctions de réintégrer leurs verreries, mais dénuées de sanction : ni amendes ni contraintes par corps, ce qui les limitait à de bonnes paroles. Même ainsi ramené au droit commun du véritable louage, le projet de décret resta sans suite.

La pression des manufacturiers continua, surtout en province, d'après les archives de l'Intérieur. Mais gouvernements et tribunaux furent quasi unanimes pour ne céder aucun des droits acquis²³. Ainsi, pour nous en tenir à l'exemple des

22 - Sur le contraste entre le droit britannique et le droit français des engagements de travail, voir l'étude comparative d'ALAIN COTTEREAU, « Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth-Century France », in W. STEINMETZ (éd.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and United States*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 203-226.

23 - Une seule affaire, portée en cassation en 1808 (Daloz, *Jurisprudence générale*, 2, 156) a semblé donner raison à une restauration des règlements. Mais une décision du 23 août 1810 (Sirey, t. 12, I, p. 22) instaura une jurisprudence invariablement contraire.

industries à four chaud, au début de 1803, un patron verrier du Cher dénonça ses ouvriers fugitifs, embauchés par des concurrents plus généreux, et demanda que la force publique les ramenât. Il se vit opposer une fin de non-recevoir. Dans le Rhône, des patrons verriers adressèrent une pétition collective. Ils demandaient « un règlement pour maintenir la subordination et le bon ordre parmi les ouvriers » : que les désertions avant la fin de la campagne soient poursuivies pénalement avec contrainte par corps. Le préfet appuya la demande : « Il règne, en ce moment, écrivait-il, dans toutes ces manufactures, une insubordination et un désordre complets. » À cette occasion, la Section des arts et manufactures du ministère de l'Intérieur, consultée, alors qu'elle était mobilisée à la préparation d'un nouveau code industriel, cacha mal son exaspération devant un flux ininterrompu de semblables plaintes, venues de toutes les branches. Elle rappelait que l'administration n'avait pas à engager de poursuites, et que c'était aux tribunaux civils d'apprécier si les règlements avaient été abolis. Elle donna néanmoins un point de vue sur le fond, identique à celui des tribunaux, en affirmant que les anciens règlements avaient pu être abolis non seulement par des textes formels, mais aussi « par les *principes* », et le mot principes était souligné²⁴.

Les tentatives de rétablissement des délits de désertion ou d'insubordination s'estompèrent avec la publication du Code civil, puis reprirent à la fin de l'Empire et sous la Restauration. Plus tard, une seule tentative est signalée, aboutissant à un succès judiciaire : la cour d'appel de Bourges, par deux arrêts, l'un du 21 décembre 1837, l'autre du 22 septembre 1838, prétendit que des statuts et règlements d'Ancien Régime punissant les ruptures de contrat n'avaient pas été abolis. Cette innovation de jurisprudence souleva un tollé, tant parmi les tribunaux et hommes de loi que parmi les milieux industriels, patrons et ouvriers, et la cour dut se déjuger l'année suivante, à l'occasion d'un autre appel²⁵.

En justices de paix, puis aux prud'hommes, les jurisprudences autour du droit du congé avaient depuis longtemps pris acte des nouvelles libertés. Au point que la législation du livret fut considérée localement comme facultative par les employeurs et les ouvriers : elle ne fonctionna que là où elle parut utile pour faciliter la mobilité entre établissements, harmoniser dans les branches locales les jours de paye, faire coïncider ou se succéder les jours de négociation de départ et d'engagement, faire respecter les délais réciproques de congé. L'usage du livret (ou de formes extra-légales de bulletins) devint même le pivot de coordinations industrielles locales, lorsqu'il servit de support à des systèmes de crédit gratuit aux ouvriers et au financement de leurs ateliers. En surplomb départemental, les préfets se plainquirent constamment de l'inexécution de la législation sur le livret,

24 - Sur les différentes plaintes et projets de réglementation des verreries, 1793-1803, voir AN, F12-2397. Sur les préparatifs de législation industrielle, voir A. COTTEREAU, « La désincorporation... », art. cit.

25 - À part l'exception inouïe de Bourges en 1838, tous les tribunaux semblent s'être accordés dès 1791, puis de nouveau en 1794, à reconnaître l'abrogation du délit de désertion en vertu des droits de l'homme, confirmée par la législation de 1803 sur le livret.

tandis que les prud'hommes, agissant de l'intérieur sur les pratiques, estimaient que l'institution du livret ne devait être utilisée – et de toute façon ne pouvait l'être – que lorsque patrons et ouvriers y consentaient, du fait d'avantages des deux côtés²⁶.

L'abolition de la dépendance personnelle, et sa traduction dans les engagements de travail

La mise hors la loi de la servitude trouva son expression la plus spectaculaire dans le refus des relations de domesticité, ce qu'on a appelé malencontreusement l'« abolition » révolutionnaire de l'état de serviteur. La proclamation la plus radicale n'alla pas si loin : « La loi ne reconnaît point de domesticité », déclarait la constitution du 24 juin 1793. Ne pas reconnaître, cela impliquait que l'engagement de serviteur, constaté comme un fait, créait une situation incompatible avec l'exercice de la citoyenneté politique et une relation exclusive d'un vrai contrat de louage. Les critiques contre-révolutionnaires ont voulu imaginer un décret volontariste de suppression de l'état de serviteur. Mais, sauf quelques discours exaltés de sans-culottes, personne ne semble y avoir songé sérieusement. Événement suggestif, une pièce de théâtre, *Le tu et le toi, ou la parfaite égalité*, montée pendant la Terreur, tourna en dérision la confusion entre égalité de droit et égalité de fait : un maître

26 - Une légende sur le caractère oppressif de la législation du livret, en matière de dettes, a eu pour origine une analyse fourvoyée de Villermé. Celui-ci, en visitant Sainte-Marie-aux-Mines, se fia à un informateur privilégié, le juge de paix Darbel, dont il reproduisit une diatribe contre les prud'hommes de sa ville. Si Villermé, durant son passage en octobre 1836, avait écouté des conseillers prud'hommes ou des tisserands, il aurait pu comprendre le véritable enjeu : d'après les archives du Conseil, durant la conjoncture d'expansion exceptionnelle de 1832-1836, le crédit aux ouvriers des tissages à domicile s'étira sur des termes très longs, jusqu'à six à neuf mois, aligné sur le crédit entre industriels. On s'arrachait et débauchait les ouvriers trop rares, on leur avançait le prix de montage d'ateliers nouveaux et de métiers plus performants, en espérant garder l'exclusivité de la main-d'œuvre sur les nouveaux équipements, tant que les prêts gratuits n'étaient pas amortis sur les façons. La jurisprudence du Conseil de Sainte-Marie sur les prêts fut exceptionnellement sévère pour les ouvriers, mais, contrairement à ce que crut Villermé, ceux d'entre eux qui se voyaient condamnés pour non-remboursement de dettes n'étaient pas pour autant contraints à travailler pour leurs prêteurs et à leurs conditions : dès qu'il y avait conflit, les employeurs eux-mêmes redoutaient bien trop le mauvais travail pour ne pas souhaiter se séparer eux aussi des ouvriers débiteurs. Les condamnations à rembourser immédiatement les dettes visaient et contraignaient en réalité le patron débaucheur, qui devait, solidairement avec son ouvrier insolvable, rembourser le précédent patron, suivant un usage transactionnel d'Ancien Régime, alternatif à la punition du délit de désertion : le débaucheur payait le prix pour conserver le débauché (Registres des prud'hommes de Sainte-Marie-aux-Mines, jugements et assemblées générales, AD Haut-Rhin, 5U 1/2, 1/8, 1/12. Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Renouard, 1840, II, pp. 126-138). Ce cas unique, mal compris, donna lieu néanmoins à la croyance en une pratique généralisée d'asservissement des ouvriers par les avances sur livret, à la suite de Villermé. Une croyance reprise et amplifiée par les œuvres de Levasseur et Sauzet.

jacobin avait imposé le tutoiement à ses serviteurs, ce qui généra des situations cocasses sur trame d'égalité impossible ; les jacobins terroristes ne censurèrent pas la pièce, et il est vraisemblable que d'aucuns s'y retrouvèrent pour rire en toute bonne conscience avec les autres Parisiens²⁷.

L'abolition de la relation maître-serviteur était avant tout une question de principe politique, dont il fallait tirer les conséquences pratiques. Ce n'était pas l'état de domestique qui était visé, mais, beaucoup plus largement, les rapports d'allégeance personnelle et le clientélisme. Durant les mois de juillet 1789 à juin 1790, l'enjeu se dramatisa lors de la constitution des milices et l'invention du service public armé, en opposition aux serviteurs armés voués aux maisons du roi, des nobles, des hobereaux. Vues sous cet angle, les nombreuses querelles sur les uniformes et les signes de ralliement n'avaient rien de mesquin, pas plus que les querelles de lexique et de correction grammaticale. Il fallait inventer et faire respecter des rituels de tenue visible au service d'abstractions – le public et la nation –, à l'encontre des anciennes livrées, sans reconduire les marques d'intimidation du supérieur à l'inférieur. De même, dans le domaine du droit civil, les grands principes se traduisaient en exigences immédiates de transformation des rapports entre concitoyens. La métaphore du lien social, courante à l'époque, s'était enrichie d'une forte charge d'exigences de justice et de liberté : entre concitoyens, dorénavant, les rapports ne sont jamais des attaches directes. Tout attachement de personne à personne, hors famille réduite et amitié affective, n'est plus alliance légitime. Pour lier deux concitoyens libres s'interpose toujours une loi, qu'il s'agisse d'une loi d'ordre public, établie selon des formes constitutionnelles de délibération, ou privé, fondée sur le seul consentement des parties. Plusieurs projets de déclaration des Droits, en juillet-août 1789, avaient exprimé cette idée. Une conséquence directe, valable pour les engagements de travail, avait trouvé sa formulation la plus nette dans un texte de Sieyès :

Il faut donc s'arrêter aux seules relations qui puissent légitimement lier les hommes entre eux, c'est-à-dire celles qui naissent d'un engagement réel. [...] C'est donc une vérité éternelle, et qu'on ne peut trop répéter aux hommes, que l'acte par lequel le fort tient le faible sous son joug, ne peut jamais devenir un droit ; et qu'au contraire l'acte par lequel le faible se soustrait au joug du fort, est toujours un droit, que c'est un devoir toujours pressant envers lui-même.

Il n'y a point d'engagement, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants. Donc, point d'association légitime, si elle ne s'établit sur un contrat réciproque, volontaire et libre de la part des co-associés²⁸.

27 - DORVIGNY (pseudonyme de LOUIS ARCHAMBAUD), *Le tu et le toi, ou la parfaite égalité. Comédie en trois actes*, Paris, chez Barba, 1793 (jouée pour la première fois le 23 décembre 1793).

28 - SIEYÈS, « Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », *Archives parlementaires*, VIII, p. 438.

C'est en vertu de cette réciprocité des volontés libres que furent abolis les délits d'insubordination, sans attendre de législation. Au nom de la liberté et de l'égalité, les manquements aux engagements de travailler ne pouvaient plus donner lieu à contrainte à l'encontre des subordonnés. Toute prestation de travail entrait dans la sphère du droit proprement dit. Le recours aux catégories des romanistes modernes, celles de Pothier et de Domat, ne soulevait aucune difficulté dans le domaine des arts et métiers. L'émancipation juridique du travail se résumait en une opération : la levée de l'ambiguïté de la position des gens de métier, entre véritable louage et subordination aux pouvoirs domestiques, pour ne relever dorénavant que du seul véritable louage. En revanche, des difficultés de cohérence dans les énoncés juridiques se posèrent pour l'engagement des domestiques et journaliers. Leurs solutions furent cependant claires et simples pour les contemporains, et ce n'est que quatre-vingt-dix ans plus tard qu'elles devinrent inintelligibles.

Les projets législatifs et textes provisoires, depuis l'automne 1789, butaient sur une même question : comment ne pas reconnaître juridiquement l'engagement de service personnel, tout en lui donnant un minimum de protection ? Législateurs et juristes s'accordaient pour estimer hors citoyenneté et hors normes de liberté naturelle l'engagement de ceux des domestiques qu'on se mit à appeler gens de service personnel, gens attachés au service de la personne, pour les distinguer des autres domestiques, notamment des domestiques ruraux, attachés aux travaux agricoles, ou encore les manouvriers à l'année et les journaliers, que l'on se mit parfois à appeler, par euphémisme, gens de peine, comme on disait gens de service, gens de lettres et gens de loi. La constitution de 1793 esquisssa la solution qui fut reprise et systématisée par le Code civil :

Tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnaît point de domesticité ; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie.

La formulation déplaçait l'objet de l'engagement de service, afin de mettre hors d'atteinte la volonté libre des gens de travail et de service. L'objet de l'échange n'était plus la mise à disposition de la personne, il n'était plus l'activité de la personne physique tronquée de sa volonté propre. L'obligation portait sur les soins, formes ou fruits les plus humbles de l'activité personnelle, corps et âme, dont la contrepartie réciproque – mais non égalitaire – était le prix de la reconnaissance²⁹. Les projets de Code civil poussèrent un peu plus loin les opérations d'homologie

29 - L'expression « donner ses soins » laissait planer une équivoque commode pour se réclamer des auteurs classiques. Le verbe donner jouait sur le sens juridique technique du latin *dare* (avec transfert de chose) et sur celui de « donner ses soins », donner son temps ou son industrie, terminologie permettant de glisser du fruit de l'activité à l'activité, sans le préciser. Les articles du Code civil sur le louage gardèrent et utilisèrent cette ambivalence.

entre l'engagement de service et le louage d'ouvrage, jusqu'à aboutir à des formulations d'assimilation, mais non d'identité. Le projet de juillet 1800, en introduisant les trois principales subdivisions du louage d'ouvrage conservées par le Code, consacrait l'assimilation de l'engagement de service au louage d'ouvrage et marquait, comme chez Pothier, une tension entre le vrai louage, celui des devis et marchés, et le louage amoindri, susceptible de dérogations aux principes, celui des gens de travail qui se louent au service de quelqu'un, tout en refusant de réintroduire le mot proscrit de subordination réclamé par les tenants d'un compromis avec l'ancien ordre du travail³⁰.

Le projet prolongeait les distinctions par une hiérarchie des dérogations aux principes du vrai louage, au sein de la première catégorie des gens de travail, selon la nature des engagements. En bas se retrouvaient les domestiques attachés à la personne du maître, ou au service des maisons, susceptibles d'être renvoyés sans motifs justificatifs, mais dorénavant libres, en contrepartie, de quitter eux aussi sans délai. Plus haut, les domestiques attachés à la culture, les servantes de cour, ainsi que ceux des ouvriers artistes qui étaient engagés à la journée (et non à la pièce, à la mesure ou à prix-fait – art. 113, précisé par l'art. 116), qui ne pouvaient se séparer de leurs employeurs avant expiration du temps convenu, sauf dommages et intérêts, et réciproquement. Cette hiérarchie fut la cible de critiques, par rapport à d'autres subdivisions possibles. Plus tard, Raymond Théodore Troplong, l'un des grands commentateurs du Code, releva la tension émancipatrice qui habitait cette hiérarchisation :

Les ouvriers se divisent en deux classes : ceux qui louent leurs services à tant par jour, [...] et ceux avec qui l'on convient d'un travail à faire, moyennant un prix fait. Ceux-ci contractent un louage d'ouvrage, appelé marché, et réglé par les art. 1787 et suivants. Ceux-là, ordinairement connus sous le nom de journaliers, contractent plutôt un louage de services qu'un louage d'ouvrage. Leur condition est inférieure à celle des premiers. Toujours en présence du besoin, toujours sans certitude du lendemain, « ils sont, dit M. de Sismondi, sans intérêt dans l'art auquel ils travaillent. Le bon ou le mauvais sort des récoltes ne leur importe point [...] ».

Selon ce dernier, la société européenne doit veiller à ne pas prendre la voie anglaise d'industrialisation ; elle doit développer la classe des ouvriers engagés au résultat, plutôt que celle des journaliers prolétaires. Troplong partage ce point de vue, et les débats de préparation du Code civil, suggère-t-il, auraient eux aussi été amenés à prendre en compte cet intérêt, en admettant les critiques de la cour de Lyon. Celle-ci, lors de la consultation, proposa un amendement, destiné à rendre bien explicite que les engagements de simples ouvriers à compte d'autrui pouvaient eux aussi constituer de vrais louages ; son amendement fut adopté, devenu

30 - « Art. 109. Ce louage a trois objets principaux : 1. Celui des gens de travail qui se louent au service de quelqu'un. 2. Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises. 3. Les devis ou marchés d'ouvrage. »

l'article 1799 du Code civil, section du louage d'ouvrage par devis et marchés, toujours en vigueur³¹. Les amendements aboutirent aussi à un remaniement des catégories, simplifié par le texte définitif. Les deux premières catégories, domestiques personnels et ouvriers à temps, furent regroupées dans la première section, « domestiques et gens de travail », pour subir ensemble la seule dérogation au droit commun qui subsista des anciens projets, le fameux article 1781 : « Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les acomptes donnés pour l'année courante. » La troisième catégorie, les ouvriers proprement dits (preneurs d'ouvrage, par opposition à la catégorie courante des journaliers et à la catégorie juridique correspondante des ouvriers à temps), fut confirmée dans la catégorie du vrai louage, sans dérogation, celle des devis et des marchés.

En résumé, le Code civil tirait le louage de service des domestiques et journaliers vers la liberté du louage d'ouvrage, sans aller jusqu'à l'alignement complet. Le coup de force de Glasson fit l'opération inverse : tirer le louage d'ouvrage des ouvriers vers le louage de service. Et il poussa plus loin l'opération : il ouvrit la voie à la création d'un concept de subordination juridique en droit civil, alors que les législateurs et les tribunaux, durant des décennies, avaient opiniâtement refusé de restaurer une notion qui leur paraissait incompatible avec l'authentique droit civil, car elle était liée à l'ancien pouvoir domestique des supérieurs sur les inférieurs. Vue avec les critères de l'été 1789, l'introduction du contrat de travail, lors du centenaire de la Révolution, conduisait à une révocation partielle de l'émancipation ouvrière.

Le fonctionnement jurisprudentiel des métiers et la place du bon droit

Le plus difficilement imaginable aujourd'hui est peut-être la place tenue par le « bon droit » dans la vie normative des métiers, à la suite de l'émancipation révolutionnaire. Cette expression française, malaisément traduisible, demeurée usuelle au XIX^e siècle, mettait en opposition sémantique le « droit » et le « bon droit », étirant sur deux pôles la légalité textuelle (le droit) et la légalité légitime (le bon droit). Son invocation engageait une exigence critique de légitimité, de la part des citoyens, demandant à la légalité des comptes sur son bien-fondé. Suivre dans l'histoire l'expression de cette exigence, puis ses effets, permet de mettre en évidence de grandes ruptures politiques et éclaire la place du droit dans le lien social. Dans le domaine judiciaire, un bouleversement révolutionnaire majeur a transcendé les changements constitutionnels : le bon droit y a connu une institutionnalisation

31 - RAYMOND THÉODORE TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, t. 3, *De l'échange et du louage*, Paris, C. Hingray, n° 843, pp. 75-80, et P.-A. FENET, *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. 4, p. 212 : « Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section ; ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. »

durable, grâce à l'accueil réussi de ses interpellations au sein des justices de paix, des prud'hommes et des tribunaux de commerce. L'immense succès de la création des justices de paix, à partir de 1791, les centaines de milliers, puis les deux à quatre millions de causes urbaines et rurales entendues et conciliées chaque année durant les huit décennies suivantes, pour une population d'une vingtaine de millions d'adultes, constituent aujourd'hui un indice frappant du succès de la place nouvelle des citoyens, au-delà des multiples ratés et des réactions anti-démocratiques³². Ce succès des conciliations est plus remarquable encore si on le confronte, d'une part, au divorce croissant entre les tribunaux et les citoyens au cours du XVIII^e siècle, d'autre part, à la forte diminution des causes civiles enregistrées au XX^e siècle.

En matière de conflits familiaux, une certaine déception s'est exprimée, au moment de l'élaboration du Code civil, à l'égard des « faiseurs de paix », donnant prise à une dévalorisation globale de l'expérience, de la part de juges supérieurs et de civilistes soucieux de la légalité textuelle et hostiles à l'autonomie des appréciations en équité. En revanche, le travail a rempli les espérances des Constituants, durant les trois quarts de siècle suivants, et les a même dépassées avec l'institution des prud'hommes : cette dernière, conçue comme une justice de paix industrielle, poussa plus loin la philosophie des conciliations en plaçant en position de conciliateurs, non plus un juge tiers, mais des élus patronaux et ouvriers, parties prenantes de règles des arts et métiers. Les archives prud'homales permettent de reconstituer leur fonctionnement jurisprudentiel original : le système des conciliations face à face, limité aux litiges dits « individuels », avait une portée collective essentielle ; le tâtonnement pour trouver des solutions acceptables par chacun jouait un rôle exemplaire pour tous les membres du métier concerné. Il s'ensuivait une régulation par une sorte d'autorité des précédents, issue non d'une hiérarchie des appels, mais d'un consentement local sans cesse testé et discuté par le milieu dans son ensemble. Les exemples qui suivent montrent quelques-unes des facettes de cette dynamique et de ses résultats, notamment de ce qu'on pourrait appeler les « usages consentis » établis par les conciliations prud'homales. Ces solutions furent plus ou moins adoptées par les juges de paix voisins (compétents hors circonscriptions prud'homales), et longtemps appuyées sans réserve par les tribunaux de commerce.

L'originalité de cette configuration, de la Révolution à la fin du Second Empire, donna lieu à un parallélisme remarquable des appréciations du louage d'ouvrage, du double point de vue du bon droit et du droit civil. Entre le premier et le second domaine de normativité, malgré une grande rareté de relations explicites, la relation se trouva souvent être un rapport d'expression et de reformulation en système de droit positif, plutôt que d'impulsion volontariste, de référence critique, de rectification, de protection ou de répression. Dans cette configuration,

32 - Pour un rapprochement entre citoyenneté et institutionnalisation des conciliations, voir ALAIN COTTEREAU, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866 », *Le mouvement social*, 141, 1987, pp. 25-61, et « "Esprit public" et capacité de juger », in A. COTTEREAU et P. LADRIÈRE (éds), *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1992, pp. 239-272.

ce que les lois d'organisation judiciaire et de constitution des prud'hommes appelèrent le jugement en équité, dispensé de formes et d'ajustement aux textes de loi, mettait en œuvre les exigences citoyennes du bon droit. Ce parallélisme se retrouve notamment dans le clivage central entre le contrat des ouvriers à temps et le contrat des ouvriers preneurs d'ouvrage. Dans le monde des ateliers comme dans celui des grands établissements, la distinction va de soi, réfractée dans une infinité de dénominations et d'usages. Elle était déjà familière avant 1789, mais le louage d'ouvrage était alors réservé à une minorité de maîtres-ouvriers en butte à des réglementations limitatives ou contradictoires. Les nouveaux droits se concrétisèrent dans l'extension immédiate et sans ambiguïté du vrai louage à une multitude de compagnon(ne)s, journaliers ou domestiques d'atelier. Dorénavant, tout ouvrier digne de ce nom, possédant un art ou métier, s'engageait à produire un résultat mais ne s'humiliait pas dans une position de domestique ou de journalier payé au temps, placé sous la conduite d'un maître.

À Lyon par exemple, devant le Tribunal provisoire des Arts et Métiers, entre avril 1790 et mars 1791, la transformation est observable dans les débats, les nomenclatures et la jurisprudence³³. Tandis que les maîtres ouvriers des soieries, que l'on commence à appeler chefs d'atelier, voient leurs prérogatives de prixfaiteurs s'étendre à la nouvelle possibilité de travailler simultanément « à compte d'autrui » et « à leur compte », la majorité de leurs salariés passent du statut de domestiques à temps ou de compagnons réglementés à celui de compagnonnes et de compagnons « à façon » (le strict équivalent du « à prix fait » juridique, dans les tissages), dont les conditions d'emploi sont régulées par de nouveaux usages établis en équité. Une partie des femmes salariées d'atelier, en particulier, qui auparavant étaient presque toutes astreintes au statut de domestiques d'atelier, « à gages », et n'avaient guère pu profiter des réformes de 1786 en raison de l'opposition des maîtres-gardes jusqu'en 1789, se virent promues au statut de « compagnonnes » ou « femmes fabricantes » à compte d'autrui, libres de monter sur les métiers, de marchander l'ouvrage, de quitter leur employeur pour de meilleurs salaires, en droit de revendiquer le minimum du tarif des façons et susceptibles de devenir elles aussi chefs d'atelier, si elles en acquéraient l'habileté et le crédit.

Les soieries de Lyon étaient une grande industrie dispersée, travaillant à grande échelle pour le marché mondial, avec une forte division du travail entre leur cinq à six mille ateliers de tisserands. La liberté d'entreprise, pour les membres de la fabrique, ne concernait qu'accessoirement les employeurs au sommet de la hiérarchie économique, dits maîtres marchands, dont la solidité de position tenait à la maîtrise des marchés internationaux. La liberté d'entreprise concernait avant tout la vingtaine de milliers d'ouvriers de la fabrique de tissus. Ceux-ci disposèrent de la possibilité de prendre ou entreprendre à façon. Une liberté si « formelle » qu'elle devint immédiatement tout à fait « réelle », au sens où les principes donnèrent forme aux actes et aux sanctions.

33 - D'après le registre du Tribunal des Arts des Métiers de Lyon (voir A. COTTEREAU, « The Fate... », art. cit., et « La désincorporation... », art. cit.).

Dans la grande industrie concentrée, les mêmes normes furent exprimées par d'autres évidences de bon droit et d'autres usages. Dans les filatures de coton, puis de laine, tout au long du XIX^e siècle, les fileurs et fileuses furent considérés comme entrepreneurs d'ouvrage, à l'intérieur des usines. Ils ne manquèrent pas de faire valoir les prérogatives qui y étaient attachées, au nom du bon droit, quand les directions des usines voulaient les soumettre à des sortes de disciplines domestiques. Sur ce terrain se sont développées d'incessantes joutes jurisprudentielles, au sein de chaque branche locale, que révèlent les débats prud'homaux, effacées de l'histoire depuis la fin du XIX^e siècle. Devant les prud'hommes de Troyes, par exemple, les premières contestations de filature portèrent sur la question : Qui est chez soi dans l'entreprise ? L'adage « charbonnier est maître chez soi » n'était pas revendiqué par les propriétaires d'établissements, mais bien par les fileuses et fileurs. Ces derniers estimaient qu'une fois en place avec leur métier à filer et leur équipe – tourneur(-se) et rattacheur(-se) –, une fois engagés à façonner telle quantité et telle qualité de fil, pour un prix marchandé, en tel délai négocié, le patron et son contremaître n'avaient pas à demeurer près d'eux, sauf pour l'évaluation du résultat. Durant les années 1820 et 1830, une vague de mesures prud'homales, et quelques règlements intérieurs, tentèrent de modifier la situation, au nom de la nécessaire régularité des machines, de la sécurité et de la surveillance des enfants. Les prud'hommes durent intervenir dans des contestations où fileuses et fileurs refusaient la présence des employeurs.

Les conflits s'atténuèrent au début des années 1830, lorsque se stabilisèrent des compromis partiels. Les fileurs et leurs équipes admirèrent que la location d'ouvrage n'était pas une location de logement, et que le lieu de travail était à la disposition de tous ceux qui y collaboraient, selon les compétences techniques et les contrôles du commanditaire. À la différence des lieux ordinaires de travail, étaient ainsi reconnues des exceptions pour le territoire de l'usine, non sur la base d'un pouvoir domestique du propriétaire, mais sur celle de l'obligation de résultats industriels, justifiée par des coopérations techniques sur commandes négociées. De leur côté, les employeurs renoncèrent, sauf exceptions, à imposer des horaires rigides aux ouvriers à la tâche ou aux pièces et à contrôler seuls l'espace. Les prud'hommes, en homologuant les solutions acceptées par les protagonistes, se mirent à refuser toute légitimité aux règlements intérieurs qui prendraient des mesures contraires aux usages. Le principe du contrôle du travail demeura le résultat, après marchandage, et non la surveillance de la conduite. Si bien que les règlements intérieurs disparurent presque tous et ne commencèrent à réapparaître qu'un demi-siècle plus tard.

Dans chaque localité, des normes s'imposèrent ainsi par tâtonnement, selon des sortes de conjonctures normatives, oscillant entre offensives de contrôle unilatéral et stabilisations bilatérales consenties, axées sur l'engagement de résultats. L'Alsace-Lorraine connut la situation initiale la plus sévère, inverse de celle de Troyes : beaucoup de filatures édictèrent des règlements copiés les uns sur les autres, à prétention de pouvoir domestique patronal. Au cours des années 1810 et 1820, les formules d'engagements, calquées sur celles des domestiques personnels,

furent d'abord prévues à temps pour une année, puis six, trois et deux mois, avant de rejoindre le régime à la tâche, sous la monarchie de Juillet. Auparavant, une formule rituelle courante présentait l'ensemble des prescriptions selon une équité de service, adoptant pour pivot la relation dissymétrique et paternaliste soins <-> reconnaissance :

En retour de la protection et des soins paternels, que tous les employés de la filature peuvent attendre avec confiance de la part de leurs chefs, ils doivent par contre leur prouver attachement et fidélité et ils leur doivent surtout l'aveu de tout ce qui pourrait parvenir à leur connaissance de contraire au bon ordre et à l'intérêt de l'établissement.

L'article est reproduit dans plusieurs règlements de filatures et tissages, avec des variantes qui atténuent progressivement la dissymétrie paternaliste du service, pour se rapprocher du louage d'ouvrage³⁴. Puis, lorsqu'ils passent au vrai louage, les établissements suppriment souvent les règlements; dans d'autres cas, les affiches qui leur succèdent sont allégées de clauses disciplinaires et centrées sur les formes de marchandage et le partage des responsabilités entre équipes et patron. André Koechlin, ancien président du conseil des prud'hommes de Mulhouse, montre l'exemple en transposant et corrigeant le modèle des règlements de filature de coton pour sa filature de laine peignée, en 1839, et son usine de construction de machines textiles, vers 1840. Ces deux règlements précisent que l'appréciation du travail échappe à la compétence du seul patron lorsqu'il y a litige : il va de soi que le patron n'est pas seul juge du travail accompli. En cas de désaccord sur l'évaluation, l'employeur n'a pas le droit de trancher, il lui faut s'adresser aux prud'hommes de Mulhouse. En revanche, les ouvriers à temps (journaliers, manœuvres), engagés pour être sous la conduite du patron, relèvent des justices de paix. Ce clivage de compétences, pratiqué par la plupart des conseils de prud'hommes examinés, calqué sur les distinctions du Code civil entre louage des gens de travail et louage par devis et marchés, demeure notamment en vigueur à Paris jusqu'au moment de la réforme législative des compétences prud'homales, en 1907³⁵. Là encore, le clivage correspond à une évidence normative, partagée par ouvriers et employeurs : les engagements au résultat ne sont pas de même nature que les engagements de mise à disposition pour un temps donné. Une évidence qui sera perdue de vue par les tenants du contrat de travail : ces derniers n'y verront plus qu'une différence du « mode de rémunération ».

À Nancy, l'évolution vers le vrai louage est plus radicale qu'à Mulhouse, sous l'influence des prud'hommes : pour assurer le consentement réel, ceux-ci

34 - Article 19 du *Règlement de police des ateliers de la filature Haussmann frères*, Le Logelbach, 1826, texte reproduit dans PAUL LEUILLIOT, « Notes sur les Haussmann et la manufacture de Logelbach (jusqu'en 1830) », *Annuaire de la société historique et littéraire de Colmar*, 1951-1952, pp. 85-99. L'analyse s'appuie sur un corpus de 152 règlements, en ce qui touche l'Alsace et la Lorraine.

35 - Paris, BnF, Catalogue des règlements, n° 9, *Règlement des ateliers de la filature alsacienne de laine peignée André Koechlin, Risler et Cie*, Mulhouse, 1839, et BnF, Catalogue des règlements, n° 352, *Règlement des ateliers d'André Koechlin et Cie*, vers 1840.

réunissent employeurs et principaux ouvriers en assemblées générales. En 1841, le président Deroche écrit au *Moniteur des conseils de prud'hommes* :

Dans plusieurs localités et à Nancy surtout, les conseils de prud'hommes ont établi des règlements consentis par les maîtres et par les principaux ouvriers en assemblée générale, à l'effet de régler le terme d'avertissement, tant de la part du maître que de celle de l'ouvrier, pour la délivrance du congé d'acquit ; ces délais, d'ailleurs réciproques, sont fixés selon les industries, et jusqu'à ce jour, au moins en ce qui concerne Nancy, aucun justiciable ne s'est élevé contre ce règlement, qui a, en quelque sorte, force de loi³⁶.

Vus depuis les branches locales, les règlements d'atelier, presque toujours exceptionnels et minoritaires au XIX^e siècle, apparaissent le plus souvent comme des tentatives unilatérales pour abolir les usages et briser les compromis. Parfois, ils sont l'occasion de mouvements sociaux violents ou de grèves, qui, dans tous les cas examinés, se terminent par le retrait des mesures affichées. Plus souvent, dans des conjonctures apaisées, ou bien par prudence préventive, les prud'hommes refusent à ces règlements toute validité, imités par les justices de paix, au nom de l'équité et du défaut de consentement réel. Les règlements sont alors retirés ou modifiés dans le sens des recommandations prud'homales, recalés selon des normes acceptées en séances de conciliation. Ce genre de régulation illustre une modalité très générale d'exercice du bon droit, au sein des milieux professionnels, appuyée sur les jugements en équité : l'initiative des ouvriers s'exerce lorsqu'ils estiment leur bon droit mis en cause, et suscite un processus d'appréciation au sein de leur métier, facilité le cas échéant par les séances prud'homales. Les milieux de métier fonctionnent alors non comme des corps intermédiaires, mais plutôt comme des publics intermédiaires, produisant des résolutions sans passer par l'unification des points de vue, exerçant un pouvoir d'initiative et de sanction sur les règles qui les concernent par des chemins de distanciation à soi-même qui ne relèvent ni de la représentation-délégation ni de l'action dite « directe », pour autant que cette expression ait un sens. Cette modalité de régulation interne du juste et de l'injuste pourrait se résumer en forme de maxime : ne pas laisser faire l'injustice, ne pas laisser passer l'iniquité.

Il arriva aussi que la vigilance du bon droit suscite une attaque frontale contre les règlements d'atelier, à l'initiative de conseils de prud'hommes, au nom de l'équité ou du consentement réel. Ainsi, à plusieurs reprises, les prud'hommes de Roubaix firent afficher par arrêté municipal, ou affichèrent eux-mêmes, par arrêté prud'homal (un procédé illégal), des proclamations d'illégitimité contre les règlements intérieurs. En 1837, un arrêté du maire, approuvé par le préfet, estime que les usages consentis sont d'ordre public et interdit d'y déroger par des règlements particuliers : la réglementation unilatérale « blesse la justice distributive et

36 - *Le Moniteur des conseils de prud'hommes*, 1841, vol. I, pp. 53-54.

l'équité naturelle, en ce qu'elle concède aux maîtres des droits qu'elle refuse aux ouvriers³⁷ ».

Plus tard, dans les établissements mécanisés, de nouvelles clauses de règlements, réduisant l'initiative des ouvriers sur leurs machines, sont admises aux prud'hommes au nom des règles de sécurité et de la protection des enfants, sous l'impulsion notamment de la Société industrielle de Mulhouse. Mais des pratiques alternatives se développèrent aussi, démontrant que le principe de bilatéralité, en droit des contrats ou en équité, n'était pas nécessairement suspendu par les « impératifs de sécurité » ou la « nécessité d'organisation ». Dans le Nord, c'est Henri Loyer, un des organisateurs les plus notables du patronat, qui donne l'exemple. Il démarque ses règlements des consignes autoritaires de sécurité. Certains règlements lillois édictaient des clauses irréalisables qui mettaient les ouvriers en faute permanente et ne visaient qu'à dégager d'avance la responsabilité des patrons. En réprobation de ces pratiques, H. Loyer propose un modèle ; il reconnaît à ses fileurs le droit d'interrompre la marche des automates, en cas de danger, et déclare, à la fin de son affiche de sécurité, en 1856, aux deux cents ouvriers de sa filature :

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les ouvriers, ayant davantage que les maîtres eux-mêmes l'habitude de conduire les machines et les métiers d'une fabrique, sont plus aptes que qui que ce soit à indiquer les causes qui pourraient donner lieu à des accidents. En conséquence, je déclare à mes ouvriers que je suis disposé à continuer de prendre toutes les précautions possibles, et que je ne me considérerai comme responsable envers un ouvrier des suites d'un accident, que si, après avoir été prévenu par lui d'un vice ou d'une imperfection quelconque, qui pourrait l'exposer à un danger, j'avais refusé de faire les travaux nécessaires pour y apporter remède, tout en l'engageant à continuer son travail dans les mêmes conditions qu'auparavant³⁸.

Le gouvernement des entreprises n'exigeait pas nécessairement un commandement omniscient, à sens unique, sans réplique, hors d'atteinte du débat et de la bilatéralité. Le droit de négociation des conditions de travail s'étendait à la discussion du salaire, à deux moments au moins : lors de l'engagement – ce qui est commun au louage d'ouvrage et au louage de service – et lors de l'évaluation du résultat – ce qui est propre au louage d'ouvrage. Ce second temps logique se traduisait en différents moments empiriques. L'évaluation était un processus conjoint entre anticipations, essais, réajustements et réception de l'ouvrage. Souvent, les termes usuels du louage retenaient un aspect de ces modalités. À côté du louage à façon engageant les façonniers, termes adoptés dans de nombreux ateliers, les termes d'usine les plus usuels désignaient l'engagement à l'entreprise, à la pièce, aux pièces, à la tâche, positionnant piéçardes, pièceuses, piéçards,

37 - Arrêté du maire de Roubaix du 30 mai 1837, approuvé par le préfet le 29 juin 1837, AM Roubaix, FII g3.

38 - BnF, Catalogue des règlements, n° 86, *Règlement du 1^{er} janvier 1856*.

piéceurs, tâcheronnes, tâcherons, tâcheurs. Le marchandage devint un terme générique divisé en plusieurs sous-espèces dans de nombreuses branches. Le louage le plus digne était le « louage en conscience », terme de l'imprimerie, où l'on pouvait être payé au temps sans que ce soit un louage à temps : le résultat était évalué en confiance, et non par vérification systématique de la quantité effectuée. Dans les usines mécaniques alsaciennes, les engagements à l'ouvrage sont baptisés à l'accord. À Rouen, les teinturiers s'engagent « à la cabale ». Dans le Nord, en plusieurs branches, on s'engage « à semaine bonne » (forfaits avec éventuel bonus le samedi). Dans les tuileries vosgiennes, on s'engage « à la cuite », et l'on n'a pas le droit de quitter sans prendre une cuite de congé, comme, en tissage, on doit prendre une chaîne de congé.

L'évaluation conjointe donna lieu à des usages consentis tout aussi oubliés de l'historiographie du droit que les autres. À Lyon, dans les soieries, l'un de ces usages consentis, en mai 1790, a duré jusqu'à la fin de la fabrique, lors de la Seconde Guerre mondiale, et a servi de fondement à sa coordination : employeurs et ouvriers s'entendirent pour une prohibition de l'« entr'exploitation » à l'intérieur des ateliers. Un « tarif proportionnel » des façons établissait une répartition en proportions fixes de chaque prix de tissage entre chefs d'atelier et compagnons. Grâce à la fixité de cette proportion, il était interdit à un chef d'atelier de tirer du profit par accroissement de part sur les salaires des compagnons. Le sort des salaires des compagnons était ainsi automatiquement lié au sort des salaires du chef d'atelier, pour chaque remise d'ouvrage sur le métier. Cette règle fondatrice de la fabrique, jamais formulée légalement, fut rarement comprise hors le milieu local. Par la suite, sa portée fut ignorée ou sous-estimée par l'historiographie, réduite à une particularité de mode de rémunération. C'est aussi ce régime du paiement proportionnel que commencèrent par demander les assemblées de charpentiers parisiens, en avril 1791, onze mois après son instauration par la fabrique lyonnaise : leur nouvelle liberté ne devait pas être une liberté d'extorsions mutuelles, entre charpentiers à leur compte et charpentiers à compte d'autrui. Faute de pouvoir espérer un accord avec les maîtres, l'assemblée s'était ensuite limitée à demander une hausse de tarif. Plus tard, durant la révolution de 1848, des demandes allant en ce sens furent aussi présentées, traitées d'utopies, sans se rendre compte que ce régime fonctionnait déjà depuis un demi-siècle dans la plus prospère des industries exportatrices du pays.

Après la répression de juin 1848, le conseil des prud'hommes des tissus de Paris tenta de réaliser par voie jurisprudentielle ce qui avait échoué du fait du rejet politique des conventions collectives du printemps. Il transposa aux métiers de ses justiciables une partie de la jurisprudence lyonnaise. Ce fut le cas notamment pour l'industrie naissante de la confection. Des confectionneurs, profitant de la crise et du chômage, s'étaient mis à imposer des prix jugés dérisoires, bien en dessous d'un minimum pour vivre. Le Conseil des tissus de Paris se mit à réprimer ces pratiques dès 1847, en réévaluant les prix de façon négociés pour les rehausser à des niveaux équitables, comme l'avait toujours fait le Conseil de Lyon pour les tissus. Il y ajouta des motifs de plus en plus réprobateurs à l'encontre des confectionneurs, dont les marchandages abusaient de l'état de détresse des tailleurs pour se

livrer à des extorsions indignes. Des termes aussi vifs avaient été employés par les prud'hommes lyonnais sous la Restauration et la monarchie de Juillet contre les baisses abusives de tarifs, mais, cette fois-ci, les motifs des jugements furent attribués à l'esprit révolutionnaire et aux excès de la démocratisation des prud'hommes.

Plus grave encore aux yeux des magistrats supérieurs : le Conseil des tissus se mit à motiver ses arrêts et à expliquer notamment que les usages professionnels consentis étaient « d'ordre public », s'imposant aux conventions particulières. Ce type de justification fut réitéré durant trois années (septembre 1849 à décembre 1852). C'en était trop. La Cour de cassation passa outre à la règle qui lui interdisait de censurer les jugements en dernier ressort, s'il ne s'agissait pas d'excès de pouvoir ou d'incompétence, lors d'un pourvoi contre l'une de ces décisions prud'homales. Le Conseil avait rehaussé la façon d'un paletot de 6 fr. 50 à 12 fr., à titre d'expertise ; la cassation annula la hausse de salaire, en raison de la validité de la première convention « librement consentie ». Les prud'hommes non seulement ne cédèrent pas, mais continuèrent de condamner d'autres confectionneurs en exacerbant les mêmes motifs :

Le prix stipulé dans la convention [...] est tellement hors de proportion avec le prix ordinaire payé par tous les marchands honnêtes, avec la valeur réelle du travail et avec le taux nécessaire pour qu'un ouvrier puisse vivre, qu'il est de toute évidence qu'une convention de cette nature est faite dans un but de fraude de la part des confectionneurs et n'est subie par l'ouvrier que par suite d'un état de détresse et d'une contrainte morale qui vicie son consentement.

Sur pourvoi lors de cette dernière affaire, la Cour prononça de nouveau la cassation³⁹. Les commentaires politiques et juridiques furent unanimes pour approuver la Cour et désavouer le Conseil des tissus. Ce fut l'occasion d'une première vague de redéfinitions du louage d'ouvrage, ayant toutes la même conséquence : le consentement de l'ouvrier pouvait devenir fictif, un tribunal n'avait pas à vérifier ses conditions de liberté au moment de l'engagement, surtout s'il s'agissait de conditions économiques. Toutefois, la cassation n'entraîna guère de conséquences immédiates. Les conseils maintinrent leur jurisprudence, ils prirent seulement la précaution de ne plus justifier en droit civil leurs solutions équitables.

Par la suite, les rares commentaires doctrinaux, en droit commercial et en droit civil, ne contredirent guère la pratique jurisprudentielle des prud'hommes

39 - Sauvage contre Mayer, Cahen et Nephtaly Lévy, 14 février 1851, sans pourvoi, puis mêmes motifs dans l'affaire Picot contre Aron, Hesse et Mathias, 24 décembre 1852. Cette citation et l'ensemble de la jurisprudence du Conseil des tissus sont ici indiqués d'après ses registres manuscrits de jugements, conservés depuis l'origine, consultés avant leur versement aux Archives de Paris. Pour les cassations, voir, dans le recueil Sirey, Hébert contre Durant, du 20 décembre 1852, Sirey, 53. 1. 101, et Aron et Consorts contre Picot, 12 décembre 1853, Sirey, 54. 1. 333. Le second jugement de l'affaire Hébert contre Durant, par les prud'hommes de Rouen, du 5 mars 1853, à la suite de la cassation, est rapporté par le *Journal des prud'hommes*, 1853, pp. 83-84.

avant les décisions en cassation des années 1870-1880. L'opposition entre louage d'ouvrage et de service n'a pas cessé d'être admise par les commentateurs du Code civil jusqu'à la fin des années 1870⁴⁰. Une tentative remarquable de reformulation fut menée par Augustin Charles Renouard, en 1854, offrant un terme alternatif aux réformes proposées plus tard par Glasson. Théoricien du droit moral de la personne, des auteurs, des artistes et des inventeurs, à la charnière du droit commercial et du droit civil, Renouard souhaitait clarifier les termes du Code civil et déployer son esprit de liberté en faveur de tous les engagements de travail. Dans ce but, il proposa de remplacer le respectable terme de louage d'ouvrage par celui de contrat de prestation de travail, sans perdre de vue la raison d'être du vocabulaire ancien :

Le Code civil, en enfermant dans un même contrat ce qu'il appelle les deux sortes de louage, a laissé place à des confusions regrettables ; mais il a par là marqué nettement que la location du travail n'est pas une aliénation de la puissance de travailler, et que cette faculté, inhérente à l'activité humaine, demeure la propriété du prestataire d'ouvrage, de même que la qualité et les droits du propriétaire restent à celui qui donne sa chose à loyer sans qu'elle cesse d'être la sienne⁴¹.

40 - Duvergier, en controverse avec Troplong sur d'autres aspects du contrat, était d'accord avec celui-ci pour réserver à la notion courante de domestiques et de journaliers la catégorie juridique du louage à temps, et considérer que l'engagement au résultat, qu'il préférait appeler « louage d'industrie » s'appliquait à la plupart des engagements d'ouvriers (JEAN-BAPTISTE DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XIX, pp. 287-432). Mêmes positions dans les dictionnaires d'usages commerciaux, manuels de prud'hommes et de justices de paix (notamment JEAN LEMOINE DE VILLENEUVE et GABRIEL MASSÉ, *Dictionnaire du contentieux commercial*, [1845] 1875 ; MOLLOT, *De la compétence des Conseils des Prud'hommes*, Paris, Joubert, 1842 ; LOUIS MILLION, *Du contrat d'engagement des ouvriers*, Paris, Annales des justices de paix, 1869). Durant les années 1880, le changement de doctrine ne procède pas par exégèse. Les nouvelles catégories fonctionnent comme des termes absolus et mettent en cause la « confusion » du Code et les erreurs de la langue. Un comble de surplomb dogmatique sur la langue est atteint avec la thèse de MICHEL GLATARD, *Droit romain : du louage d'ouvrage. Droit français, du contrat de travail*, Thèse, Faculté de droit de Grenoble, Paris, Impr. de Mougin Russand, 1893. Ne pouvant plus imaginer que le terme d'ouvrier puisse désigner autre chose qu'un état de subordonné, placé sous la conduite d'un maître, il déclare que les Romains mésusaient de leur langue lorsqu'ils désignaient les ouvriers conducteurs d'ouvrage. « Pour le louage d'ouvrage, les Romains et les auteurs du Moyen Âge avaient admis une terminologie entachée d'une erreur évidente ; ils appelaient bien locateur l'individu, ouvrier ou domestique, qui engageait ses services dans le sens de la *locatio operarum*, et en cela ils avaient raison ; mais, renversant mal à propos la situation dans le cas de la *locatio operis*, ils appliquaient à l'ouvrier le terme de conducteur ou locataire » (p. 116).

41 - AUGUSTIN CHARLES RENOUARD, « Mémoire sur le contrat de prestation de travail », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1^{er} trim., 3^e série, t. 7, 1854, pp. 161-202 et 365-396, ici p. 179. La tentative de Renouard fit long feu en raison de l'opposition des avocats : ceux-ci se sentirent outragés de se voir reclassés parmi les contractants de louage d'ouvrage, dont les services équivalaient au prix de la contre-prestation. Leurs prestations relevaient du contrat de mandat, dont les services étaient « inestimables », susceptibles seulement de contre-dons, en signes de reconnaissance.

Renouard estimait que l'esprit d'émancipation, qui avait entraîné les difficultés de définition du louage d'ouvrage, s'exprimerait mieux en précisant que ce contrat avait pour objet des actes, et non des choses ou des personnes, à la différence du louage des choses du commerce et de l'ancien engagement domestique. D'où le nouveau terme de « contrat de prestation de travail », extensible aux services immatériels : d'une part, aux services anciennement trop indignes pour être reconnus juridiquement (ancien louage de service des serviteurs); d'autre part, aux services anciennement trop dignes pour s'abaisser à l'attribution d'un prix, à titre de contre-prestation (services intellectuels, prestations de médecins et d'avocats, que les civilistes rattachaient plus souvent au contrat de mandat. Renouard préférait réserver le mandat aux délégations de pouvoir⁴²).

À l'opposé de la définition du contrat de travail donnée trente ans plus tard, sa démarche impliquait que la subordination n'avait rien à faire dans le contrat de prestation de travail :

Ce contrat, comme tous les autres, intervient souvent entre personnes de situation et de condition inégales ; mais ce qui rend cette circonstance complètement indifférente en droit, c'est qu'il ne contient en lui même aucune relation de supériorité ou de subordination de l'une des parties à l'égard de l'autre. La hiérarchie sociale n'est nullement intéressée à ce qu'on retienne dans une classe à part et inférieure les actes nominativement indiqués par le Code comme louages de services ; car l'égalité des parties, en tant que contractantes et abstraction faite des inégalités qui peuvent exister entre elles extérieurement au contrat, se montre aussi clairement dans ces actes que dans l'exercice des professions les plus libérales et les plus fières⁴³.

L'éviction du droit des ouvriers par le droit du travail

Une disjonction entre droit et bon droit commença de s'installer aux yeux des ouvriers lorsque la Cour de cassation parvint à neutraliser le bilatéralisme des contrats pour imposer une conception unilatérale du pouvoir dans l'entreprise. Un arrêt en

42 - Le présent article n'a pas abordé la question des employés privés. Pour eux aussi a été élaboré un droit jurisprudentiel, parallèlement au droit des artistes et au droit des ouvriers. Entre droit civil et droit commercial, l'histoire de leurs servitudes et de leur moindre liberté pourrait être mise en perspective selon les dosages entre deux composantes de droit et d'équité : d'une part, la relation de service (au sens ancien), d'autre part, la relation de mandat.

43 - *Ibid.*, p. 368. L'expression de Renouard (« n'est pas une aliénation de la puissance de travailler ») et les arguments qui l'accompagnent constituent une anticipation remarquable des théories de la « location de la force de travail », pour les récuser. Les théories françaises du « contrat de travail » inventent l'expression de « location de la force de travail », durant les années 1900. L'objet du contrat devient de nouveau la personne physique du travailleur, tronquée de sa volonté propre ; de cette soustraction résulte la « force » manuelle, ou corporelle. Métaphore floue, qui permet de dire tantôt que c'est la personne, sous son aspect manuel, qui est louée, tantôt que c'est la « chose » circulante, détachée de la personne, qui fait l'objet de l'échange (PAUL BUREAU, *Le contrat de travail*, Paris, Alcan, 1902).

cassation de 1866 avait fait le tour des gazettes : elle avait confirmé qu'une ouvrière pouvait être privée de deux semaines de salaire pour être entrée en sabots dans l'atelier, si le patron l'avait décrété par un règlement ; les prud'hommes n'avaient plus le droit de réduire la peine pour cause d'iniquité⁴⁴. Des décisions semblables intervinrent jusque dans les années 1890, suscitant crises et démissions lorsque des conseils de prud'hommes se mettaient à respecter la jurisprudence de cassation ou se la voyaient imposer. S'il en était ainsi, les ouvriers n'avaient plus rien à attendre du droit et de la justice. La scission se précipita lorsque l'idée juridique du louage d'ouvrage bascula vers le louage de service, suivant la doctrine de Glasson, à l'occasion de la question des agents de chemins de fer et de celle des accidents du travail.

Les sujétions particulières aux agents des compagnies, jugées indispensables pour la sécurité des voyageurs, prirent le statut d'un impératif de gestion, tant aux yeux de la Cour de cassation qu'aux yeux du Sénat. Une alternative était défendue par les prud'hommes de Paris, les députés radicaux et les avocats des agents : traiter les cheminots comme l'avait fait Pothier pour les matelots. Faire de la subordination une sujétion exorbitante du droit commun, à limiter aux situations dûment justifiées, exigeant des contreparties extraordinaires de protection en faveur des assujettis. Mais la solution qui prévalut, à partir de la réforme du licenciement (loi du 27-28 décembre 1890, première consécration textuelle de la doctrine Glasson-Sauzet), plaça les agents des chemins de fer en position de salariat typique, appelant une protection légale des travailleurs. Au lieu du schéma d'équité fondé sur l'exigence de consentements réellement réciproques, resurgit et se généralisa le schéma d'équité de la servitude, fondé sur l'échange dissymétrique asservissement <-> protection. Sauzet l'avait formulé de façon abrupte, en citant Bastiat : subordination protégée contre gouvernement exclusif de l'entreprise.

La même substitution fut renforcée au cours du débat complexe sur les accidents du travail. Des années 1850 aux années 1880, les tribunaux avaient condamné de plus en plus lourdement des employeurs de grands établissements dangereux, lors d'accidents du travail, estimant que ceux qui prétendaient organiser seuls le travail ne pouvaient en même temps prétendre ne pas porter seuls la responsabilité des accidents issus de leur organisation. Les protestations patronales se firent de plus en plus véhémentes, modulant l'argument que ce n'était pas de leur faute, et que l'organisation industrielle n'était pas sans risques. Une solution providentielle fut trouvée en leur faveur, après trente années de débats confus autour du « risque professionnel »⁴⁵. Le lobby assurantiel, soucieux de capter

44 - Cassation du 14 février 1866, Dalloz, 1866. 1. 84. Sur le tournant historique dont cette décision est un premier signe avant-coureur, voir A. COTTEREAU, « Les prud'hommes... », art. cit., pp. 55-58. Le patron devient progressivement « seul juge » à la fin du XIX^e siècle, alors qu'en 1804, la doctrine des législateurs était que le patron « n'était pas un juge » et devait porter les contestations en conciliation judiciaire, tant sur les évaluations du travail que sur l'évaluation de la bonne coopération (dite plus tard « discipline »).

45 - Pour une relecture de ces débats et un exposé des différents points de vue, voir l'ensemble de la revue *Histoire des accidents du travail*, éditée à Nantes par Philippe-Jean Hesse et le CRHES, 1975-1985, et son article « Le nouveau tarif des corps laborieux : la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont

l'immense potentiel sans le laisser étatiser, chercha à favoriser l'arbitraire patronal pour organiser avec lui seul les caisses d'assurances, à l'exclusion des représentants ouvriers et politiques. Le lobby des chemins de fer, les plus menacés par les condamnations civiles et pénales, appuya efficacement les théories du risque professionnel, dans le sens d'un amoindrissement des responsabilités patronales. Employeur de la plupart des services de contentieux salariés en France, conjointement avec la branche des assurances, il contribua puissamment à détruire le régime judiciaire d'équité, installé durant les années 1791-1870, du fait de ses recours systématiques aux appels, rendant inopérants les recours ouvriers aux tribunaux subalternes, lorsqu'il s'agissait d'enjeux importants. Le lobby des grandes industries métallurgiques et minières, soucieux d'échapper à la lourde « réparation intégrale » sans tomber à la merci du secteur assurantiel, devint le plus ferme partisan de la nouvelle théorie du risque professionnel, tout en associant les délégués ouvriers aux caisses, au grand dam des assurances, et en inaugurant une bienveillance pour la protection légale des travailleurs.

Pour ne pas heurter les trois intérêts, la loi sur les accidents du travail de 1898 engagea le droit du travail hors des principes de droit commun. Au nom de l'impossibilité du risque nul fut écartée la réparation intégrale pour responsabilité patronale. La loi de 1898 admit une indemnisation forfaitaire des victimes, très inférieure à ce qu'aurait été une indemnisation en droit commun. La solution forfaitaire se présentait comme un remède à l'impossibilité pour les ouvriers de soutenir de lourds procès, mais elle entraînait aussi une dilution de la responsabilité de l'organisation du travail. Les ouvriers ou leurs héritiers perdaient le droit commun d'obtenir une réparation ajustée au préjudice et aux circonstances, et ne pouvaient plus poursuivre pénalement pour faute selon le droit ordinaire. Au lieu de mieux articuler responsabilité pénale et responsabilité civile, et d'organiser une assurance obligatoire, la loi de 1898, demeurée dans la confusion entre la culpabilité, la responsabilité et l'imputation assurantienne, mettait fin aux mises en cause de l'organisation du travail et levait les derniers obstacles de droit à la conception unilatérale du pouvoir patronal : l'employeur y était admis implicitement comme seul organisateur des risques, mais partageait l'imputation des dommages avec la fatalité du risque industriel : responsable, mais non comptable, en quelque sorte. La nouvelle définition du contrat de travail selon Sauzet (tous les risques de l'entreprise à la charge de l'employeur, en contrepartie de la subordination) aurait pu justifier la sévérité accrue des tribunaux à l'encontre des employeurs organisateurs des conditions dangereuses. Au lieu de cela, les deux principes du contrat de subordination salariale et du risque professionnel se conjuguèrent pour engager l'élaboration d'un droit particulier qu'aurait exigée l'évolution de la grande industrie. L'idée de commandement au sein de l'entreprise, sur le modèle militaire, se substituait à la conception bilatérale du pouvoir comme relation négociée. Le

victimes dans leur travail », in J.-P. LE CROM, *Deux siècles de droit du travail*, Paris, Éditions de l'Atelier, 1999, pp. 89-103. Pour une fusion entre les visions favorables à la dilution sociale de la responsabilité, durant les années 1880-1890, et l'antimoralisme des foucauldien des années 1970, voir FRANÇOIS EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

gouvernement exclusif de l'entreprise passait du statut de système revendiqué au statut de droit effectif, sous l'invocation d'une évolution moderne nécessaire. Le droit du travail naissant devançait ainsi, en France, sur le terrain juridique, les prétentions gestionnaires du taylorisme et du fordisme.

Des civilistes comme Saleilles et Tarbouriech avaient vu venir, avec ce nouveau droit du travail, les dérives et les inconvénients d'un droit d'exception, qui prétendait protéger les travailleurs en leur enlevant des prérogatives du droit commun et en plaçant l'organisation du travail industriel hors des exigences communes de justice et de responsabilité⁴⁶. Saleilles, qui avait dû rappeler que l'omission involontaire n'était pas une excuse suffisante, avait formulé l'idée d'une « responsabilité objective » par le fait même d'organiser le travail⁴⁷. Mais il aura fallu que s'écoulent cent quatre années, attendre le « séisme » des arrêts en cassation sur l'affaire de l'amiante, le 28 février 2002 – confirmation de vingt-neuf condamnations d'employeurs ayant exposé leurs salariés à l'amiante –, pour revenir au droit commun, ne plus restreindre la « faute inexcusable de l'employeur », soumettre de nouveau l'organisation du travail à des exigences communes de responsabilité et de justice. Serait-ce le début d'un réexamen des dogmes historiques sur le droit du travail français et ses supposés progrès ?

Alain Cottereau
CNRS/EHESS-CAMS



46 - ERNEST TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1896 ; RAYMOND SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, A. Rousseau, 1898.

47 - RAYMOND SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », communication à la Société d'économie sociale, séance du 14 février 1898, texte et discussion dans *La réforme sociale*, n° 54, 16 avril 1898, pp. 634-667. La « responsabilité objective », y explique-t-il, n'est pas exonérée par le risque. « La jurisprudence se fait un idéal de ce que doit être l'aménagement d'une usine ; et elle considère qu'il y a faute, dès que cet aménagement laisse à désirer sur un point, dès que l'organisation du travail se trouve ne pas réaliser les conditions de perfectionnement qui, pour la jurisprudence toujours, doivent constituer le type du progrès ou de la sécurité industriels. »