

Le processus de rationalisation du droit selon Max Weber

Auteur : Falcone, Amadeo

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit social (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/6883>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Le processus de rationalisation du droit selon Max Weber

Amadeo FALCONE

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit social

Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Wim DECOCK

Professeur

RESUME

Le présent travail vise au travers de l'oeuvre de Max Weber d'en extraire sa conception du droit. Cette conception est transversale aux catégories classiques des savoirs, elle est à la fois juridique, historique, philosophique et sociologique. Dès lors, ce travail a pour but, à partir d'une lecture de ses différents ouvrages, de mettre en lumière les différents concepts webériens utiles et de les mobiliser afin de voir ce que ceux-ci ont à dire sur le droit.

TABLE DES MATIERES

Introduction	3
La rationalité : paradigme de l'oeuvre de Max Weber	6
La rationalisation du droit	
Propos introductif	10
Les trois stades d'évolution théorique du droit	11
Typologie des formes du droit	12
La rationalité du droit en tant que cohérence logique	15
Les facteurs influençant la cohérence logique du droit	17
Les facteurs internes	17
Les facteurs externes	18
Droit et économie : le problème anglais	20
Conclusion	23

INTRODUCTION

La forme est l'ennemi de l'arbitraire, la soeur jumelle de la liberté
Rudolf von Jhering.

Né en 1864 dans une famille de négociants, Max Weber assiste pleinement à la révolution industrielle de son temps. Ce contexte historique durant lequel le capitalisme industriel, relativement nouveau, déploie ses effets et modifie la société en profondeur, est celui dans lequel écrit Weber. La thématique de la modernité, et de là la question de son acheminement, est par conséquent centrale dans son oeuvre. À ce titre, Weber disait à propos du capitalisme qu'il constituait "*la puissance la plus décisive de notre vie moderne*".

Reconnu comme père fondateur de la sociologie aux côtés d'Emile Durkheim et penseur aux multiples horizons, Max Weber est juriste de formation mais celle-ci n'a jamais été qu'un point de départ duquel on ne peut réduire sa démarche intellectuelle. Économiste, philosophe et historien, c'est finalement en tant que sociologue qu'il s'affirme. En conséquence, le développement de la sociologie wébérienne en tant que discipline scientifique se trouve au carrefour d'une multitude d'autres savoirs. La richesse de sa pensée et ses connaissances encyclopédiques lui permettent de s'inscrire dans l'histoire de la sociologie comme un penseur unique et des plus féconds, aujourd'hui encore son ouvrage majeur *Économie et société* (*Wirtschaft und Gesellschaft*) reste l'un des ouvrages les plus cités en sciences sociales.

La pensée de Max Weber reste encore peu diffusée dans le monde francophone comparé à l'Allemagne, la barrière linguistique est évidemment le frein principal mais celle-ci est aggravée par la traduction qui souffre parfois de défauts qualitatifs non-négligeables¹.

Néanmoins, quiconque s'intéresse au droit et à la sociologie ne peut pas ignorer *La sociologie du droit* de Max Weber, dernier chapitre d'*Économie et société* mais qui peut être considéré comme un livre à part entière, Weber développe son analyse du droit en trois cent pages. Alors qu'il est juriste de prime formation, ce n'est pourtant que tardivement, dans les ultimes années de sa vie (l'oeuvre sera publiée en 1921 à titre posthume), que Max Weber s'attellera à la tâche de l'étude du droit. La chronologie de l'oeuvre a son importance, le processus de rationalisation partout présent dans son oeuvre, atteint une maturité et une clarification conceptuelle (telle que la typologie formel/matériel) que n'a pas su connaître un essai tel que l'Éthique protestante paru en 1905².

Le présent travail a pour but de présenter ce qui signifie le processus de rationalisation du droit à la période durant laquelle le capitalisme se construit comme force principale qui

¹ Jean-Pierre Grossein, dans sa préface de L'Éthique protestante illustre très bien ces défauts au travers de l'expression de la "cage d'acier", le mot "cage" étant trop péjoratif par rapport à l'expression allemande, la réception du concept en France s'en est trouvée grandement affectée.

² Гюбнер, Р. "Max Weber and the Protestant Ethic : Twin Histories", Oxford University Press, Oxford, 2014, p.122

façonne tous les aspects de la société. Cela étant dit, cette présentation ne peut être que fragmentaire, les degrés de lecture et les chapitres sont variés et étendus et Weber nous donne pléthore d'outils à analyser et à utiliser pour que nous puissions prétendre à une quelconque exhaustivité. La première partie consiste à établir la thématique de la rationalité comme transversale à l'oeuvre de Weber, et à en saisir son sens "général" au travers de l'*Éthique protestante*. Ensuite, nous aborderons la question strictement juridique en s'attardant en premier lieu sur les constructions idéal-typiques qu'il crée afin de pouvoir mettre en théorie les différents phénomènes juridiques des sociétés qu'il analyse. Une fois fait, nous analyserons le processus de rationalisation proprement dit, en le définissant puis en établissant ses causes et enfin nous nous poserons la question du lien entre droit formel et économie capitaliste.

La rationalité : paradigme de l'oeuvre de Max Weber

Une des grilles de lecture que Weber va proposer transversalement à tous les angles d'analyse de la modernité et de l'émergence du capitalisme est celui de la rationalité, ou plutôt de la rationalisation en tant que processus caractéristique de l'histoire des sociétés occidentales.

Avant même d'en venir au coeur de la définition, il est important de remarquer que le rationalisme wébérien n'est pas défini de manière absolue, il n'existe pas un rationalisme invariant au travers des âges au terme duquel le capitalisme accède enfin, bien au contraire. Le phénomène de rationalisation peut épouser une multitude de formes concrètes. Autrement dit, un objet donné peut, selon les points de vue et les critères historiques, être considéré comme étant rationnel ou totalement irrationnel. Dans *L'Éthique protestante*, le rapport qu'entretient l'homme au temps et au travail, organisé conformément au calvinisme, ne peut être compris comme rationnel que par l'individu qui a incorporé l'*ethos* adéquat. Autrement dit, le couple d'opposition rationalité/irrationnalité est une opposition avant tout subjective qui ne peut prendre sens que dans un contexte historique et social donné, un franciscain qui a construit ses représentations du monde autour du voeu de pauvreté ne peut voir que l'expression de la folie dans la fameuse maxime "*Time is money*" de Benjamin Franklin. Comme le résume Catherine Colliot-Thélène, les représentations du monde sont en un sens toutes rationnelles car elles ont en commun "*leur cohérence interne, le fait qu'elles soient compréhensibles du point de vue du rapport entre les fins poursuivies et les moyens mis en oeuvre*"³.

La rationalité wébérienne n'est jamais définie de manière purement abstraite, comme si elle existait sous forme idéale détachée de toute chose réelle. Au contraire, le concept de rationalité est polysémique parce que Weber construit cette notion de manière empirique au fur et à mesure de ses différents objets d'étude, soit la religion, l'économie et le droit. Il est important de garder à l'oeil que les catégories de la pensée wébérienne ne sont jamais des catégories universelles, en ce sens qu'elles sont applicables en toute matière uniformément, mais bien des outils spécifiquement formés pour répondre concrètement à une problématique donnée.

Dès lors, il faut avertir quant à la démarche qui vient. Si il est indéniablement éclairant de se pencher sur ce que Weber dit de la rationalisation, du "désenchantement du monde" en matière de religion; le lecteur se méprendrait si il venait à lire dans les lignes qui suivent que

³ COLLIOT-THÉLÈNE C., "*Études wébériennes : Rationalités, histoires, droits*", PUF, Paris, 2001

l'on peut extraire de *L'Éthique Protestante* une logique universelle, un modèle de rationalisation qu'il suffirait d'appliquer au droit de la même manière que l'on trace une parallèle. Faut-il, par ailleurs, souligner l'évidente distance qu'il y a entre les deux objets ? Le droit n'a pas grand chose de commun avec l'*ethos*. La pensée de Weber est bien trop complexe pour lui rendre hommage d'une manière aussi superficielle. Il n'existe pas un processus de rationalisation mais des processus de rationalisation qui prennent place distinctement tant dans leur forme que dans le temps et l'espace. Ceci étant dit, nombreux sont les lecteurs qui ont vu dans la rationalisation le principe unificateur de l'oeuvre wébérienne. Rien ne nous interdit de se pencher sur ce que Max Weber a dit sur la rationalisation ailleurs que dans le droit pour nous permettre, finalement, de mieux se familiariser avec le phénomène de rationalisation juridique.

Dans *l'Éthique protestante*, Weber décrit l'effet que le calvinisme a produit sur les conduites individuelles. À cet égard, tout en limitant l'analyse par soucis de cadrage, il est possible d'extraire de ces conduites des caractéristiques sous-jacentes de la rationalisation des conduites calvinistes qui peuvent nous éclairer sur la rationalisation du droit.

Le premier point sur lequel il convient de se pencher a égard à la religiosité. Comme l'écrit Weber : "*L'abolition d'un salut ecclésiastico-sacramentel, tel a été l'élément décisif par rapport au catholicisme, le grand processus, au plan de l'histoire des religions, de désenchantement du monde*"⁴, cette disparition de la magie, cette impossibilité de faire descendre le divin sur terre par des rites et des sacrements (par exemple, la transsubstantiation), entraîne "*l'attitude absolument négative chez le puritain à l'égard de tous les éléments sensuels et affectifs au sein de la culture et de la religiosité subjective*"⁵. La vision puritaine de la foi est ainsi diamétralement opposée à celle définie par la religion catholique à cette époque. Le puritain est particulièrement méfiant à l'égard d'une foi qui se reconnaît telle qu'elle parce qu'elle fait l'objet d'un ressentiment intérieur profond, une conviction intime qui ressort de l'ordre des affects, de la contemplation mystique et passive. Au contraire, pour Calvin la véritable foi est non pas passive et contemplative mais active et agissante, elle doit être *fides efficax* sur le monde. La foi doit s'exprimer par le travail car celui-ci est l'auto-glorification du travail de Dieu sur terre, sans oeuvre la foi est morte. Par la conception calviniste, s'opère une distanciation des affects et des sentiments comme objet principal de la foi au profit d'une pratique objective et terrestre.

Second point, le calvinisme met au centre de sa théologie la théorie de la prédestination. Si certes chacun peut ressentir dans son for intérieur la conviction d'être une âme élue, il est impossible sur ce critère de distinguer les élus des réprouvés. Dès lors que l'on dépossède la religion des croyances magiques, il faut pouvoir se référer à des signes objectivables et mesurables tels que le gain et l'accumulation de richesses matérielles, signes de manifestation de l'élection divine. Le calviniste lui seul est capable de trouver dans son existence la preuve de son salut par des moyens concrets d'agir sur le monde.

De là, le monde en tant qu'objet, chosifié est une conséquence mécanique de l'ascétisme intramondain, le calviniste n'a plus que ce monde-ci vers lequel se tourner, désormais entièrement objectivable car sans magie. Ainsi "*L' 'amour du prochain' se manifeste au premier chef - étant donné qu'il ne doit être qu'un service à la gloire de Dieu et non pas de la créature - dans l'accomplissement des tâches professionnelles fixées par la lex naturae et, ce*

⁴ WEBER, M., "*L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*", Gallimard, Domont, 2003, p.106

⁵ *Ibid.*

faisant, il revêt un caractère spécifique objet et impersonnel : celui d'une activité au service du façonnement rationnel du cosmos social"⁶, il n'est plus question d'agir pour autrui en raison d'une compassion personnelle, mais les relations avec autrui se font sans considération, les rapports sont totalement dépersonnalisés et ne sont organisés et orientés qu'en vue d'une fin objective.

Autre conséquence sur la conduite de vie tient à sa systématisation : "*Le laïc catholique normal du Moyen Age vivant, au plan éthique, pour ainsi dire au jour le jour. En priorité, il accomplissait consciencieusement les devoirs traditionnels. Et les bonnes oeuvres qu'il accomplissait au delà de ce cadre restaient normalement une série d'action particulières qui n'était pas nécessairement cohérente ou, pour le moins, n'était pas rationalisée nécessairement en un système de vie; il les accomplissait au gré des circonstances [...] . Mais c'était l'intention concrète de l'action particulière qui décidait de la valeur de celle-ci*"⁷. Pour le calviniste, cette situation est rendue impossible à partir du moment où il est laissé seul face aux conséquences morales de ses actes, aucun prêtre ne pourra l'absoudre de ses péchés si le monde perd sa magie. À défaut de pouvoir bénéficier d'expédients, celui-ci vit constamment dans la crainte du péché dont la violation risque de ne jamais être pardonné. La conduite de l'individu ne peut donc plus être sujette à des "*pulsions irrationnelles*", celui-ci doit pouvoir s'émanciper des "*jouissances instinctives*" de l'humain moyen. La systématisation de la conduite vie permet d'apporter constance et stabilité quant aux principes de la morale puritaine.

Par conséquent, l'ascétisme devient un instrument de contrôle de l'état grâce, l'individu qui s'y conforme peut évaluer si oui ou non celui-ci fait partie de la population élue. La systématisation est donc un moyen d'accéder à la *certitudo salutatis*. Autrement dit, la rationalisation des conduites de vie, sa mise en cohérence globale au regard d'un système de normes éthiques, permet d'accéder à la prévisibilité du résultat du salut terrestre.

Au travers de cette brève analyse des effets qu'ont engendré l'éthique protestante, il devient possible de comprendre quels types de logique le procédé de rationalisation religieuse sous-tend.

La première est l'idée que la rationalisation produit une *mise à l'écart des affects*, des sentiments et des pulsions, nous verrons plus tard comment Weber explique comment le droit, en se rationalisant, tend à s'écarter du "*sentiment de justice*". Dans la même démarche, elle rend aussi le rapport aux gens et aux choses *impersonnel*.

Ensuite, le processus rationalisation, en objectivant le monde, le chosifie c'est à dire qu'il fait passer un objet autrefois aliéné dans la sphère divine (extramondanéité) à la sphère humaine (intramondanéité). L'homme, autrefois incapable d'agir sans devoir se référer à des forces supérieures, peut désormais avoir la mainmise sur l'objet rationalisé par sa simple volonté agissante

Troisièmement, l'ascétisme a produit une éthique *systématisée*, c'est à dire qu'elle produit une mise en cohérence rationnelle de l'ensemble des actions de l'individu en vue d'une fin particulière. La systématisation opère un renversement, il ne peut plus exister d'actes, de faits pris et compris isolément, mais ceux-ci ne peuvent se voir octroyer un sens qu'à partir du

⁶ *Ibid*, p. 115

⁷ *Ibid*, p. 131

moment où ils sont remis dans un contexte qui obéit à sa logique propre. Une fois déliée de l'arbitraire du particularisme, la systématisation, en ce qu'elle est ordonnée selon un corps de règles fixes, permet d'engendrer la *prévisibilité* d'un résultat conformément à une conduite donnée.

La rationalisation du droit

1. Propos introductif

Pour commencer, il est nécessaire de préciser la façon dont Weber compte aborder le phénomène juridique, quelle est la définition de son objet d'étude : *“Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande ce qu'il en advient en fait dans la communauté.”*⁸. D'un point de vue sociologique, la qualification d'un phénomène en tant que phénomène *juridique* dépend de son effectivité. Contrairement au juriste qui ne considère le droit comme valide qu'à partir d'un critère de validité dogmatique, le sociologue doit avoir égard aux normes qui sont valides d'un point de vue empirique. Ce qui intéresse le sociologue dans son analyse des phénomènes juridiques, ce n'est pas la norme juridique en ce qu'elle prescrit un comportement idéal (le devoir-être, *Sollen*), mais les effets réels produits par cette norme sur l'orientation des conduites des individus (l'étant, le *Sein*), distinction fameuse que Kelsen reprendra à son tour. La validité empirique d'une norme, dit Weber, est attribuée en fonction de la chance : *“La chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire [...] considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence”*⁹. Les individus n'étant jamais que des sujets purement juridiques, c'est la probabilité à orienter significativement la conduite des individus qui *“marque l'écart entre la validité idéale de l'ordre juridique et sa validité factuelle”*¹⁰. L'approche probabiliste de l'effectivité d'une norme juridique sur les conduites dépend de plusieurs facteurs, le poids du nombre d'individus observant scrupuleusement les us et coutumes d'un corps de pratiquants (tels que les commerçants) est évidemment un facteur d'influence. Mais il existe un autre facteur déterminant et central, la possibilité d'un état d'user de sa violence légitime, ou pour être formulé plus généralement, la possibilité d'une autorité d'user de son pouvoir de sanction. Une norme pour être empiriquement effective, n'a pas besoin d'être assortie d'un pouvoir de sanction d'une autorité donnée -la tradition ou le droit coutumier peuvent souvent faire sans - mais le fait qu'il existe une chance pour l'individu concerné de subir la contrainte physique de l'autorité légitime parce que cette autorité veille à la bonne application de cette norme, accroît considérablement sa validité empirique.

Le droit, comme tous les autres objets d'étude de Max Weber, est interrogé sous l'angle de son rapport avec le capitalisme. Il faut néanmoins être attentif à ne pas tomber dans le matérialisme historique qui classerait le droit dans la catégorie de la superstructure, pur produit de l'infrastructure qui se définit par les rapports économiques de production. Au contraire, le phénomène juridique est à la fois cause et conséquence du capitalisme. Le droit

⁸ WEBER, M. *“Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie”*, Agora, Paris, 1995, p.11 et s.

⁹ Cité par COLLIOT-THÉLÈNE C., *op. cit.*, p.201

¹⁰ *Ibid.* p.202

est à la fois un incité et un incitant. Cette relation dans laquelle l'un génère constamment l'autre n'est pas non plus pour autant une condition *sine qua non* de l'avènement du capitalisme de la même façon que l'éthique protestante ait été la seule terre fertile sur laquelle le développement de l'économie capitaliste pouvait prendre racine. Plus loin, nous reviendrons sur la problématique du lien entre formalisme légal et capitalisme sur base de l'observation empirique selon laquelle l'Angleterre, berceau du capitalisme occidental est dotée d'un système juridique somme toute peu formel. La théorie wébérienne de la modernité met en dialogue la rationalisation et le formalisme mais ce dialogue est nuancé, les liens de causalité restent volontairement flous. Parfois l'influence de l'un sur l'autre est déterminante mais à d'autres moments les raisons du développement du droit dans une direction donnée s'explique avant tout par des facteurs internes et le contexte économique doit être largement disqualifié comme étant un facteur influent.

Cette remarque sur les multiples facteurs modulant le phénomène juridique d'une société traduit bien sa posture épistémologique générale et qui est aussi l'un de ses apports majeurs aux sciences sociales. Le contexte intellectuel de l'époque auquel Weber est confronté est, pour résumer grossièrement, empli de théories de l'histoire qui tendent à ériger des lois universelles, métaphysiques et immuables en tant qu'unique cause déterminante. L'école historique allemande de Savigny et Hugo pose que le *Volksgeist*, l'esprit du peuple, est le moteur initiant le mouvement du droit. Ailleurs, Karl Marx explique l'histoire au travers du matérialisme dialectique; le prolétariat seule classe à pouvoir se revendiquer comme classe universelle mène une lutte des classes qui doit résulter à terme en l'avènement du communisme, paradis historique prophétisé. À l'encontre des théories qui donnent le primat aux conditions matérielles sur le droit par Marx, Stammler prend le contrepied en théorisant le primat du droit sur l'économie. C'est contre ces philosophies de l'histoire qui se construisent autour d'un principe unificateur presque mythologique par lequel tout doit toujours s'expliquer que Weber s'érige. Bien que ces grands romans ont la prétention d'expliquer définitivement le réel au travers d'une causalité unique, la tentative de faire rentrer des carrés dans des ronds reste vouée à l'échec une fois confrontation faite avec la réalité. La posture de Weber se distingue par une analyse fragmentaire de la réalité, le monde social est complexe et ce n'est qu'en analysant empiriquement, fait social par fait social, que l'on peut faire correspondre l'énoncé à la réalité et que l'on rend ainsi possible une étude réellement scientifique du monde social¹¹.

La sociologie du droit de Max Weber est tout d'abord un travail historique, il ne s'agit pas d'établir que le droit capitaliste est rationnel, mais bien de démontrer qu'il a existé au travers de l'histoire des formes de droit différentes et variables selon les civilisations et les âges. Comme le souligne Catherine Colliot-Thélène, bien que Weber établit une distinction entre sociologie et histoire¹², il est "*difficile de distinguer dans l'oeuvre wébérienne écrit historique et écrit proprement sociologique*"¹³. Le titre de l'ouvrage "*Sociologie du droit*" peut de la sorte mener à une méprise, il n'est pas tant question d'une analyse sociologique comme on pourrait l'entendre selon une acception commune du terme. En effet, l'étude de la rationalisation juridique se livre à une double mise en perspective, celle du temps (quels étaient les premières formes de règlements des conflits, de découvertes du droit) et celle des civilisations (pourquoi les sociétés occidentales ont-elles accédé au formalisme là où les sociétés musulmanes ont échoué). Par "*Sociologie du droit*", il convient d'entendre qu'il

¹¹ SIMON P., "*Histoire de la Sociologie*", PUF, Paris, 2008, p.458 et s.

¹² WEBER, M. "*Économie et société : Les Catégories de la sociologie*", Agora, Paris, 1995

¹³ WEBER, M. "*Sociologie du droit*", PUF, Paris, 2013, p.36

s'agit d'une analyse sociohistorique du droit, et dont l'objet principal est de retracer la sociogenèse de sa rationalisation.

2. Les trois stades d'évolution théorique du droit

Weber identifie trois stades d'évolution théorique. Le premier est la révélation charismatique du droit par des prophètes, des oracles ou des héros. On se situe ici au stade de développement primitif dit *charismatique* où la magie détermine le formalisme et dont la révélation qui se fait par des portes-paroles du divin est irrationnelle par nature. Les exigences théologiques prennent le pas sur toute forme de logique juridique autonome. Le droit est un système clos (il est souvent difficile de changer la parole du divin) qui ne laisse que très peu de place aux développements de techniques juridiques propres puisqu'il y a la nécessité constante de se référer ultimement aux textes sacrés. Weber prend comme exemple d'illustration le droit islamique : *“Dans l'Islam, il n'y a du moins en théorie, pas un seul domaine de la vie juridique dans lequel des normes sacrées n'aient barré la route au développement du droit profane”*¹⁴. Une fois les personnalités charismatiques qui sont seules en droit de parler au nom de la révélation divine ont disparues, il ne reste plus que des “commentateurs”¹⁵ qui usent de méthode d'interprétation bien trop rigides mais conformes à l'orthodoxie religieuse. En conséquence de quoi, le droit est rendu interminablement stable et *in fine* obsolète par rapport aux attentes de la vie courante des individus. Puisque les individus manquent d'un droit capable de répondre aux besoins de la vie quotidienne il se développe parallèlement un droit coutumier le *quânûn* basé sur les pratiques locales. Cependant, son évolution en une construction plus rationnelle et systématique est impossible car pèse toujours sur la société et ses esprits la figure du religieux. Les cultures dont l'espace métajuridique s'entremêle avec celui de la théologie sont condamnées à être verrouillées : *“L'unité externe et interne du droit est enrayée partout là où l'on prend durablement au sérieux la validité d'un droit sacré ou d'une tradition immuable”*.

Le second est le passage de la découverte du droit charismatique à un corps qui se professionnalise appelé *“les notables de la robe”*, à savoir des personnes financièrement autonomes, élues par leurs pairs ou désignées par un monarque, qui, sans être un professionnel académiquement formé, établit le droit. Parfois, il le fait de manière empirique sur base d'antécédents judiciaires, des intérêts de la vie économique (les villes et la recrudescence des échanges commerciaux) et des besoins quotidiens de la vie des intéressés sans établir de logique systématique¹⁶ qui s'étend de la pratique des jurisconsultes romains (avant la codification de Justinien) aux corporations de notaires italiens du moyen-âge chargés de trouver des solutions concrètes aux impératifs de la vie des affaires. Ce corps, bien qu'en voie de professionnalisation, n'est pas organisé bureaucratiquement comme l'est une magistrature ou un corps administratif. Nous reviendrons plus tard sur l'importance de la constitution sociologique de la classe des juristes pour voir à quel point celle-ci est déterminante dans la formalisation (ou non) du droit.

Le troisième stade est l'octroi de l'*imperium* *“c'est à dire une autorité spécialisée par ses fonctions, donc différente de l'autorité domestique illimitée”* qui est *“considéré comme une “qualité juridique” concrète de son titulaire et non comme une “compétence”*

¹⁴ *Ibid*, p.220

¹⁵ *Ibid*.

¹⁶ COUTU, M. , *“Max Weber et les rationalités du droit”*, L.G.D.J, Laval, 1995, p.91

impersonnelle”¹⁷. L’*imperium* est octroyé par le pouvoir princier ou théocratique autoritaire à un corps de magistrats ou de fonctionnaires, entraînant une tendance à la systématisation sans pour autant être détaché de la possibilité du comportement arbitraire du prince.

En dernier lieu, le droit moderne peut se développer grâce “à une formation littéraire et formellement logique en tant qu’oeuvre de savants (les juristes professionnels)”, la science dogmatique du droit et s’établit de plus en plus comme technique autonome (“une sublimation logique”)¹⁸ et une rationalisation de la procédure.

Ces stades de développement ne sont pas à prendre pour argent comptant d’un point de vue de historique en ce qu’ils sont des constructions théoriques avant tout idéal-typiques. Ils peuvent être présents parfois en même temps dans un contexte donné, mais à des degrés de présence différents. Il n’est question ici que d’établir des constructions factices (car idéales) pour pouvoir tisser entre elles des liens causaux, de la sorte il est possible de “constater les traits les plus généraux de l’évolution”¹⁹; à savoir le déploiement croissant de savoirs rationnels permettant au droit de se constituer en tant que technique autonome.

3. Typologie des formes du droit

Au travers de son ouvrage, Max Weber va établir une classification des formes de droit qui est indéniablement centrale en ce qu’elle est la grille de lecture essentielle de ses développements. Celle-ci se structure sur une double opposition : le droit, dans ses qualités, sa découverte, sa création et la résolution des problèmes qui lui sont posés, peut être *formel* ou *matériel et rationnel* ou *irrationnel*, ce qui donne lieu à quatre combinaisons idéal-typiques possibles. Sur base de cette division, il devient possible de situer chaque phénomène juridique sur un espace à deux axes qui représenterait le caractère plus ou moins formel et plus ou moins rationnel de celui-ci.

Le droit *matériel et irrationnel* est celui qui, de part son caractère matériel, fait appel à des principes, des causes et des raisons extérieures comme moyen de découvertes du droit et de sa justification. Lorsque le juge fait appel à des “*raisons impérieuses d’intérêt général*”, des “*bonnes moeurs*”, des motifs moraux, religieux ou d’ordre scientifique, le fondement juridique est tout sauf autonome en ce qu’il prend ses référents et sa légitimité à l’extérieur du droit. Le caractère *irrationnel* quant à lui est celui qui ne consacre guère d’importance à la raison.

Encore une fois, la notion d’(ir)rationnalité est plurivoque, on peut entendre un défaut de l’usage de la logique mais le terme peut avoir encore d’autres acceptions qui ne sont jamais clairement énoncées comme par exemple, la généralisation ou la systématité²⁰. Il n’y a dans le raisonnement des civilisations qui se situent à ce stade aucune importance consacrée à la cohérence entre une décision et une autre, aucune légitimation par des causes objectives n’est nécessaire, seule une “*évaluation très concrète du cas particulier*”²¹ subsiste. Cependant, le droit peut aussi être irrationnel non pas parce qu’il ne respecte pas sa logique propre, mais parce que son résultat ne correspond pas avec les attentes que les individus sont en droit

¹⁷ WEBER, M., *op cit.*, p.164

¹⁸ WEBER, M., *op cit.*, p.286

¹⁹ WEBER, M., *op cit.*, p.287

²⁰ COUTU, M., *op. cit.*, p.46

²¹ WEBER, M., *op cit.*, p.49

d'avoir, il écrit "*les conséquences des constructions purement logiques sont souvent hétéroclites et irrationnelles par rapport aux attentes des intérêts commerciaux*"²², c'est donc ici un rapport à la raison qui n'est pas un rapport entre le droit et lui-même (interne), mais un rapport entre le légal et l'extra-légal (externe), autrement dit une rationalité empirique²³. En règle générale, la combinaison matériel-irrationnel est celle qui se réfère à des principes externes au droit qui ne peuvent être compris par la logique, soit des justifications religieuses ou éthiques, des appréciations purement subjectives qui ne peuvent faire l'objet de contestations objectives. La forme de justice qui se comprend selon ces critères, comme la justice de *cadi*, est une justice arbitraire, trop aléatoire pour que les individus puissent anticiper fiablement la décision de la juridiction à laquelle ils se rapportent.

Le droit *matériel* et *rationnel* fait par conséquent toujours référence à des motivations extérieures, mais à tout le moins pensées dans l'abstrait. Il s'agit dorénavant de rendre justice sur un principe généralisé. La résolution d'un cas a de fortes chances de connaître la même solution qu'un autre pour des circonstances similaires données. Par droit matériellement rationnel, il est aussi possible de comprendre que les motivations extrinsèques à la résolution du conflit sont objectivables, par exemple des critères de rentabilité économique.

Qu'elle soit rationnelle ou non, la justice matérielle peut englober une pluralité de phénomènes juridiques très différents en apparence mais qui sont dans leur essence identiques. Globalement ses caractéristiques s'assimilent à l'utilisation de motifs externes à la raison juridique. Les concepts juridiques matériels peuvent ainsi se comprendre comme étant "*des cadres à remplir*"²⁴.

Le droit *formel* est au contraire auto-référentiel, il se satisfait de la logique juridique par elle-même et pour elle-même au travers de structures conceptuelles artificielles. Tout droit formel, souligne Weber, "*est du moins du point de vue formel, relativement rationnel*"²⁵. Le droit formel fonctionne comme une machine, capable d'engendrer mécaniquement et froidement des normes et des solutions juridiques déchargées de toutes ingérences d'opportunité. Une fois le terrain du droit débarrassé de ces externalités, "*la généralisation logique d'interprétations abstraites signifiantes*" peut se déployer pleinement. Le summum du droit constitué formellement, c'est la codification. Le terme de formalisme peut aussi s'entendre sous une seconde acception, à savoir l'octroi de qualité juridique à des actes concrets. Par exemple, la signature d'un contrat, la prononciation d'un serment ou d'une formule sacramentelle qui ne peuvent faire l'objet d'aucun vice dans leur forme pour pouvoir être pourvues d'effets juridiques. Ceci étant, ce second sens est de moindre importance comparé au premier dans le cadre du processus de rationalisation webérien²⁶.

Autre trait essentiel du formalisme, celui-ci peut également se penser par rapport à l'idée d'égalité.. L'égalité formelle est abstraite, elle part du postulat du libéralisme selon lequel tous les individus sont égaux en droit, mettant à l'écart toute forme de considérations concrètes. L'expression la plus pure de l'égalité formelle est sans aucun doute la liberté contractuelle. À ce titre, Weber n'est pas dupe quant à ses effets pervers lorsqu'il écrit dans un style étonnamment marxiste : "*Le droit formel, pour un ouvrier de conclure n'importe quel contrat de travail avec n'importe quel employeur ne représente pas pour l'ouvrier la*

²² WEBER, M., *op cit.*, p.259

²³ COUTU, M, *op. cit.*p.53

²⁴ *Ibid* p.70

²⁵ *Ibid* p.49

²⁶ *Ibid.*,p. 64

moindre liberté dans la détermination de ses conditions de travail et ne lui garantit aucune influence sur son contrat. [...] La liberté contractuelle a donc en tout premier lieu le résultat suivant : elle offre la chance pour une utilisation intelligente des biens sur un marché libre d'acquiescer un pouvoir sur d'autres. Les intéressés au pouvoir sur le marché sont donc les intéressés d'un ordre juridique de ce genre". Partant, Weber admet que l'égalité formelle est une égalité particulière, illusoire, et que celle-ci peut être sujette à une mise en tension avec une égalité d'ordre matérielle fondée sur une égalité des rapports de forces économiques.

Enfin, il est difficile de distinguer un droit qui est à la fois *formel* et *irrationnel* tant le premier est parfois utilisé comme synonyme de rationnel, et que le second connaît de multiples sens, l'auteur fait preuve d'une douce ironie d'insister tant sur le formalisme alors qu'il donne à des signifiants plusieurs signifiés toute son oeuvre durant. Philippe Raynaud dans son introduction considère que le droit *formel* mais *irrationnel* aurait la caractéristique "*d'employer des moyens qui ne peuvent être employés par la raison (oracle, prophétie, procédure magique)*". Il est vrai que certaines procédures telles que les serments sous forme d'automalédiction conditionnelle ou les ordalies peuvent être perçues comme formelles entendu que la procédure est formelle (la mauvaise prononciation d'une formule magique la rend automatiquement caduque) mais irrationnelle dans leur moyen. Néanmoins, il s'agit à notre sens d'un couple qui peut être ignoré d'un point de vue théorique, la confusion des mots entraînant la confusion du concept, cette dernière catégorie n'est de toute façon pas mobilisée suffisamment par Weber comme par ses analystes pour en faire un usage pertinent.

Il est essentiel de garder cette typologie du droit en tête tout au long des développements, Weber constitue au travers de ses différentes constructions idéales-typiques une sorte de grammaire avec laquelle il ne cesse de composer pour saisir et situer une forme particulière de droit, mais aussi pour en saisir son évolution. Cette grammaire permet alors de saisir l'ensemble de la diversité des systèmes juridiques des différentes sociétés humaines sans distinction. Le phénomène juridique n'est pas, selon Weber, l'apanage des sociétés occidentales mais est commun à chacune d'entre elles. Grâce à cette classification particulière, l'objet d'étude en devient forcément élargi à toutes les cultures. Mais si la *neutralité axiologique* retient Weber de tout jugement de valeur dans une démarche scientifique, sa position n'est pas pour autant d'un relativisme culturel absolu. Comme tout chercheur en sciences sociale qui se livre à une étude comparative des sociétés et de leur pratique, Weber se trouve coincé entre l'idée de progrès dont la rationalité occidentale représente son aboutissement et l'idée que toutes les pratiques se valent sans hiérarchie. À ce titre, Claude Didry estime que la classification fondée sur la double opposition *formel/matériel* et *rationnel/irrationnel* permet à Weber de trouver une troisième voie qui constitue "*une classification dynamique des systèmes juridiques qui doit tenir compte tout à la fois de la forme interne de ces systèmes et de leur coexistence à l'échelle du monde*"²⁷.

Ces développements nous amènent à aborder la dynamique qui existe entre le rationnel et le matériel. Outre les définitions antinomiques de ces deux processus, ceux-ci sont en confrontations permanentes plus ou moins intenses dans toutes les sociétés. Le formalisme juridique est à tout moment tirillé vers le matérialisme selon des dynamiques et des forces particulières à identifier qui sont à l'oeuvre. Par conséquent, l'idée de progrès doit être fortement nuancées. Les éléments matériels du droit ne doivent donc pas être compris comme étant des défauts hérités de l'histoire à partir duquel le processus de rationalisation a réussi,

²⁷ DIDRY, C. dans La légitimité de l'État et du droit, sous la dir. de Michel Coutu et Guy Rocher, L.G.D.J et les Presses de L'université Laval, 2006, p.100

petit à petit à s'émanciper mais dont il resterait aujourd'hui encore des traces indésirables. Au contraire, les paramètres déterminants la forme du droit sont en permanence mouvants, si on peut affirmer qu'il y a une tendance au formalisme²⁸, la société moderne contient encore en son sein des facteurs qui produisent du droit matériel. Le dernier chapitre de *Sociologie du droit* contient un passage intitulé "*les tendances antiformalistes du droit moderne*" qui consiste à énumérer les forces qui menacent le formalisme juridique. Par conséquent, la rationalisation du droit en occident n'est pas le parachèvement d'un processus irréversible menant au paradis formel, mais le produit de circonstances²⁹ par définition sujettes au changement. Nous analyserons leur nature dans le chapitre qui suit.

4. La rationalité du droit en tant que cohérence logique

Dans les premiers passages de la sociologie du droit, Weber énumère cinq postulats qui représentent "*le degré suprême de rationalité méthodique*":

"1. Chaque décision juridique concrète est "application" d'une prescription, juridique abstraite à une "situation" concrète.

2. Pour chaque fait concret il doit être possible de déduire une décision de prescriptions juridiques abstraites par les moyens de la logique juridique.

3. Le droit objectif en vigueur figure donc un système "sans failles" de prescriptions juridiques ou le contient de façon latente ou du moins doit être traité comme tel pour pouvoir être appliqué.

4. Ce qui ne peut être "construit" juridiquement de façon rationnelle n'est juridiquement pas important

*5. L'activité communautaire des hommes doit être interprétée soit comme "application" soit comme "exécution" de prescriptions juridiques [...] ou au contraire comme violation puisque l'ordre juridique est, en raison de "l'absence de failles" du système juridique, une catégorie fondamentale de toute conduite sociale"*³⁰

À partir de ce passage, il est déjà possible de déduire les traits qui définissent le droit sous sa forme formelle/rationnelle.

Le premier postulat est celui de *complétude*. Un système juridique formel agit dans l'idéal non pas comme une compilation de normes où chacune d'entre elles contient la réponse particulière à un problème particulier, mais fonctionne comme une systématique, une calculatrice capable de générer par la puissance de sa cohérence des solutions juridiques à tout acte qualifié juridiquement. Le droit idéalement formel et rationnel agit telle une matrice, à partir de laquelle les faits, une fois traduits dans le vocabulaire des juristes (vocabulaire qui, par ailleurs, doit être précautionneusement sélectionné, la systématique du droit dépend notamment de la rigueur de son jargon), n'ont plus qu'à être introduits dans la machine sur laquelle le professionnel du droit est expert pour en fournir le produit final, le jugement. Par conséquent, la rationalité empêche le droit d'être lacunaire non pas parce qu'elle exige une exhaustivité du contenu mais parce qu'elle permet la production d'une infinité de solutions pour qui sait manier le système. Dès lors, le travail du professionnel du droit formel est opposé à toute forme de créativité. Dans cette optique, Weber pointe qu'une des menaces qui s'oppose à cette dynamique n'est rien de moins que le corps des juristes professionnels

²⁸ voy. les stades idéal-typiques du raisonnement ci-dessus

²⁹ COLLIOT-THÉLÈNE C., "*La sociologie de Max Weber*", La Découverte, Paris, 2006, p.82 et s.

³⁰ WEBER, M., *op cit.*, p.51

eux-mêmes, qui “travaillant comme un automate dans lequel on jetterait les faits et les frais de justice et qui cracherait les jugements et les motifs”³¹ auraient tendance à retourner vers un droit des juges créateurs, tel que le permet l’article 1er du code civil Suisse.

Le second postulat est celui de *régularité* ou de *constance*. Pour des faits identiques, il ne peut exister qu’une solution juridique. Le droit formel ne permet aucun traitement discriminatoire car il exige l’application d’une méthodologie particulière qui peut se définir par 1) la subsomption des faits sous des catégories juridiques abstraites et 2) l’utilisation du syllogisme logique comme outil de raisonnement fondamental. Autrement dit, le droit formel obéit à une méthodologie précise que sont “*les moyens de la logique juridique*”. D’autres types de raisonnement sont à l’œuvre dans le droit qui, en s’écartant du syllogisme, s’écarte nécessairement de la constance du résultat. Par exemple, l’utilisation d’appréciations comme “la bonne foi” ne permet qu’une réflexion casuistique dont la cohérence ne sera garantie que par la mise en analogie de décisions précédentes. Partant, cette garantie manque de robustesse car l’usage d’une logique abstraite transversale à tous les cas n’est pas présent. Dans la continuité du propos, c’est aussi ce qui rend les renversements jurisprudentiels rudement coûteux, un système juridique dont la prétention³² est la calculabilité du résultat en s’appuyant sur un raisonnement logique et donc intangible fait soi-même désaveu de sa propre nature. Les raisons qui incitent à ces changements radicaux sont généralement des raisons d’ordre matériel qui interfèrent avec la logique formelle du droit.

Suite logique des développements précédents, le droit formel est également *impersonnel*, il ne raisonne pas différemment selon les individus. En faisant rentrer dans le système juridiques des normes qui trouvent leur fondement dans des raisons d’ordre économique, par exemple en faisant la distinction entre un employeur dominant et un travailleur subordonné, la structure logique du droit s’en trouve perturbée. Plus les rapports juridiques sont anonymisés plus le droit peut fonctionner de manière pure, à l’image d’un marché où la notion *d’intuitu personae* n’a aucune importance là où seule la relation d’échange prévaut.

5. Les facteurs influençant la cohérence logique du droit

Conformément à ce qui a été expliqué dans les propos introductifs, la processus de rationalisation est issu d’un pluralisme causal. Ces causes peuvent être classées en deux catégories distinctes : elles sont soit internes, c’est à dire qu’elles se rattachent directement à la sphère juridique, soit externes c’est à dire qu’elles se rattachent à des sphères diverses telles que l’économie, la politique qui modulent à leur tour le phénomène juridique.

A. Les facteurs internes

Deux sources principales peuvent être relevées concernant les facteurs internes.

La première fait l’objet d’un chapitre entier de la *Sociologie du droit* riche en enseignements qui s’intitule “*Les types de pensée juridique et les notables de la robe*”. Weber tente de démontrer au long de ce chapitre que la formation des juristes et la composition sociologique du corps des professionnels sont des éléments déterminants quant à la formation du

³¹ WEBER, M., *op cit.*, p.292, outre la violence des propos, fait rare dans les écrits de Weber qui écrit avec généralement plus de retenue, on retiendra ici encore l’utilisation du mot “*automate*” qui traduit bien la perception que Weber peut se faire de la modernité et du désenchantement du monde.

³² Prétention d’autant plus importante qu’elle est au fondement sa légitimité comme nous le verrons plus tard

formalisme juridique. La systématique abstraite ne peut être rendue possible qu'à partir du moment où l'organisation de la société permet une division sociale du travail qui sépare la théorie de la pratique. L'idée conductrice est simple, de la même façon que l'artiste ou le philosophe, le juriste ne peut penser et exercer d'une manière donnée que selon une organisation sociale donnée. Les deux sont insécables, Aristote aurait-il pu exister sans l'Académie ? Weber prend pour exemple le cas de la formation des juristes anglo-saxons qu'il qualifie de "*juriste de cautèle*", à savoir des professionnels du droit dont leur savoir est essentiellement un savoir pratique. Ces juristes sont naturellement conditionnés par les logiques sous-jacentes de leur formation. En étant soumis constamment à des exigences pratiques, ces professionnels favorisent le développement de la technique pratique, des savoirs pointilleux pour les problèmes récurrents que les intéressés peuvent rencontrer au quotidien, mais la pensée abstraite de concepts juridiques restent ignorées car la théorie ne sert pas (à tout le moins directement) les intérêts d'une clientèle profane dont le seul intérêt est le résultat et ce qu'importe les moyens³³.

Le processus de rationalisation formelle ne peut s'enclencher qu'en permettant la constitution d'un corps détaché des exigences pressantes de la pratique, l'université est en ce sens l'institution toute désignée pour cette fonction. En établissant un corps financièrement indépendant des intéressés et dont le rapport au temps est organisé de façon à ce que ces professionnels de la théorie puissent penser en autonomie, le travail conceptuel du droit peut prendre place sur une terre fertile. L'enseignement universitaire étant organisé de la sorte, il permet d'éliminer les ingérences matérielles, et un boulevard entier se dégage pour "*les faiseurs de conséquences purement logiques*"³⁴. Dans le même ordre de continuité, l'enseignement universitaire a tout à gagner à être un environnement séculier, les formations qui mélangent exigences éthico-religieuses et la pensée juridique rendent sans surprise le champ intellectuel juridique peu libres d'ingérences. Le droit romain est droit hautement formel par excellence, ce qui le distancie du droit profane et coutumier dont tout le monde peut se revendiquer, et dont l'étude permet la reconnaissance par l'octroi du titre de Docteur, distinction symbolique par excellence qui confère aux professionnels du droit leur légitimité. Dès lors, le caractère savant du droit romain engendre par sa réception une classe qui peut se revendiquer de maître d'une connaissance ésotérique³⁵. Finalement, Grégoire IX n'aura jamais autant rendu service au processus de formalisation qu'en permettant à l'université d'Orléans de devenir un *studium*, laissant ainsi l'étude de la théologie dans les enceintes de Paris.

L'origine sociale des professionnels est également un facteur important. Les notables de la robe étaient rarement des paysans, plus souvent des individus jouissant d'un statut social et financier élevé au sein de la société. Les notaires italiens de la renaissance, proches des intérêts commerçants ont été de bons incitateurs à la construction d'un droit... proche des intérêts commerçants. À l'inverse, la constitution d'un corps de magistrats et de fonctionnaires indépendants ont favorisé le développement du droit formel.

Néanmoins, la constitution des juristes en un groupement autonome et la construction d'un droit systématique peut produire "un retournement de la ration contre elle-même"³⁶. Le corps des juristes, puissamment présent dans l'organisation de la société moderne, se voit menacer par une systématique et une codification "*à la fois dans leur importance et dans leur chance*

³³ WEBER, M., *op cit.*, p.184

³⁴ WEBER, M., *op cit.*, 187

³⁵ *Ibid.*, p.257

³⁶ DIDRY C., *op.cit.*, p.109

*d'une activité intellectuelle libre*³⁷ de valoriser un droit plus matériel qui *"rassemblés en un groupement d'intérêts"* leur permettrait *"d'élever leur position sociale en augmentant leur pouvoir"*³⁸.

C'est donc un tout nouveau champ d'étude que Weber ouvre en 1922 à la suite de la publication de *Wirtschaft und Gesellschaft*. La sociologie du droit devient une sociologie judiciaire, une science qui permet de voir que le droit se constitue à partir d'acteurs socialement déterminés par des facteurs multiples qui deviennent intelligibles par le biais de la méthode sociologique.

Le second facteur abordé est le droit naturel. Le droit naturel peut être compris comme une *"réflexion théorique"*³⁹ qui désigne le méta-droit, c'est à dire les valeurs supérieures autour desquelles se construisent un ordre juridique donné :

"Du point de vue sociologique, les conceptions sur "le droit du droit" à l'intérieur d'un ordre juridique rationnel et positif ne sont importantes que dans la mesure où elles ont des répercussions pratiques sur le comportement du législateur, du praticien, et des intéressés. En d'autres termes, ces conceptions ne sont importantes, au point de vue sociologique, que si la vie juridique pratique est réellement influencée par la croyance en la légitimité spécifique de certaines maximes juridiques, c'est à dire de certains principes juridiques à force obligatoire immédiate et ne pouvant être aboli par le droit positif octroyé."

L'exemple-type d'une méta-valeur juridique propre à un droit formel/rationnel est sans nul doute celui de la liberté contractuelle, auquel on pourrait ajouter aujourd'hui les libertés fondamentales des traités européens ou les droits de l'Homme (qui relèvent peut-être plus de la catégorie du matériel). Toutes deux sont des constructions irréfutables, qui ne peuvent faire l'objet d'un débat ou d'une révision et sur lesquelles reposent la cohérence du système juridique dans son ensemble. Le contenu du droit positif est perçu et gravité dans son intégralité au travers de ces notions supérieures. Par conséquent, *cujus regio, ejus religio*, la nature du droit naturel est décisive quant à la nature du droit positif. Celui-ci agit comme une force capable de tirer le droit vers des caractéristiques plus matérielles ou plus formelles.

Autrement dit, l'autonomisation de la pensée juridique est également l'autonomisation des valeurs sur lesquelles elle se fonde. Le droit judaïque et le droit musulman, dont l'enchevêtrement entre les valeurs sacrées et normatives est fort, finissent dans l'impasse d'un droit dogmatique inaltérable par la nature de ses fondements. Lorsque les valeurs traditionnelles fondent l'ordre d'une société, la mainmise de l'homme sur les normes qui la régisse s'en trouve affaiblie. C'est ce que Feuerbach résumait bien dans sa phrase : *"L'homme est appauvri de ce dont Dieu est enrichi"*. Le processus de rationalisation est donc aussi une réappropriation des valeurs du ciel vers la terre qui permet au droit de passer de l'extra- à l'intramondain.

B. Les facteurs externes

³⁷ WEBER, M., *op cit.*, p. 295

³⁸ *Ibid.*

³⁹ DIDRY C., *op.cit.*, p.107

La structure politique d'une société fait partie des facteurs externes les plus influents sur la forme que le droit peut adopter. Dans le premier chapitre de son ouvrage, Weber explique l'origine du droit public :

"[...] seule la division des pouvoirs rend possible la notion d'un "droit public" [...]. D'un autre côté, n'importe quelle forme de division des pouvoirs ne crée pas l'idée d'un droit public mais seulement celle qui est spécifique de l'institution étatique rationnelle.

Seul l'occident a développé une doctrine scientifique du droit public parce que ce n'est qu'ici que le groupement politique a pris le caractère d'une institution comportant des structures rationnelles organisées et une division des pouvoirs."

La distinction faite entre droit public et droit privé n'est donc en rien une distinction absolue, elle est au contraire une distinction historiquement située qui prend peut prendre place seulement une fois que les structures politiques de l'état sont pensées en tant que séparation des pouvoirs dans une forme de domination démocratique. La rationalisation du droit est également la rationalisation de la domination politique. Du point de vue de ses conséquences sur les qualités formelles, l'agencement du pouvoir joue un rôle déterminant.

Il en va ainsi de la séparation des pouvoirs et leurs interactions au sein du système politique. Là où l'administration et la justice ne font qu'un comme dans les systèmes de type patriarcal, la justice n'est qu'un moyen pour le pouvoir princier d'arriver à des fins politiques. Les juges étant des fonctionnaires, la cohérence du droit est un boulet qui se met au travers des motivations matérielles du pouvoir, ce qui donne lieu à une justice de cadî où l'organisation sociale prévaut sur la systématique.

Outre cela, le degré de centralisation d'un état est également un facteur d'influence. Weber met ainsi en parallèle l'Angleterre, structure fortement centralisée en autoritaire et l'Allemagne où un pouvoir politique unifié fait défaut. Ce degré de concentration définit le degré d'organisation des corporations de juriste, degré élevé dans le cas d'Angleterre, insuffisant dans le cas de l'Allemagne⁴⁰. Pour Weber, il y a une corrélation entre la réception du droit romain et la mainmise d'un corps de juristes professionnels coalisés sur une région donnée : *"Le droit romain triomphe partout où il n'existe pas une profession juridique comportant une organisation nationale"*⁴¹. La centralisation permet la coalition qui permet de se détacher de l'héritage pesant du droit romain, duquel on hérite malgré soi à défaut d'institution vigoureuse permettant l'autonomie intellectuelle. Au point commun juridique de l'Europe (la tradition continentale) correspond un point commun politico-historique, à savoir l'absence d'une organisation étatique à une échelle suffisamment grande pour pouvoir engendrer un droit affranchi du droit romain.

Les circonstances des rapports de force politique jouent également un rôle. Lorsque les intérêts du prince se rapprochent des pouvoirs religieux, que celui-ci se fait propagateur de la pensée religieuse sur son territoire, alors des effets anti-formels s'enclenchent et l'administration *"se rapproche de la charge d'âme"*⁴². À l'inverse, là où les rapports de force ont exigé d'amoindrir le pouvoir de la classe aristocratique, l'accroissement de l'égalité formelle devient plus importante. Le prince qui souhaite se rapprocher d'un groupe d'intérêts tel que la bourgeoisie marchande par les avantages politiques et économiques qu'il pourrait en

⁴⁰WEBER, M., *op cit.*, p.133

⁴¹ *Ibid.*, p.260

⁴² *Ibid.*, p.247

tirer, va fournir à cette classe les garanties juridiques qui lui permettent son épanouissement dans les rapports de force à savoir : un droit clair, précis, prévisible basé sur la liberté contractuelle. Par conséquent Weber en conclut que “*l’alliance entre intérêt bourgeois et princier est de ce fait un des facteurs les plus importants d’une rationalisation formelle du droit*”⁴³. Cependant, il est nécessaire de garder en tête, conformément au refus du monisme causal de Weber que nous avons déjà abordé *supra*, que “les plus importants” n’est pas synonyme de “nécessaire” mais plutôt de “puissant incitant”.

6. Droit et économie : le problème anglais

L’une des thématiques les plus essentielles de l’ensemble de l’oeuvre intellectuelle de Max Weber est indéniablement le capitalisme. Plus précisément, Weber a cherché à comprendre quel lien de causalité y a-t-il pu avoir entre ses objets d’étude comme l’éthique dans le cas de l’Éthique protestante, ou juridique et l’avènement du capitalisme. Dans le cadre strictement juridique, il est intéressant d’illuminer ce rapport en usant d’un angle mort théorique de la sociologie du droit : l’Angleterre.

Le “problème anglais” est le suivant : les développements théoriques de Weber dans la *Sociologie du droit* n’ont cessé d’établir un lien entre le développement des qualités formelles du droit et le développement de la rationalisation économique. Les deux seraient de prime abord intimement liés. Si certes nous l’avons le processus rationalisation du droit est dû à une constellation de causes de natures clairement différentes l’une de l’autre, il n’empêche pas moins que ses qualités semblent être une condition nécessaire à l’émergence du capitalisme. L’égalité formelle et la liberté contractuelle, le rejet de l’arbitraire et du sentiment de justice en faveur d’une justice qui préfère des moyens rationnels de preuve à l’ordalie, ou même encore la systématisme du droit qui lui procure sa constance, toutes sont des qualités chères au monde de la bourgeoisie et du commerce qui ne saurait grandir sereinement sans. Et pourtant, une contre-observation empirique de taille se pose. En utilisant la grille d’analyse des systèmes juridiques, la *Common Law* présente des qualités très peu formelles... pour une société pourtant très capitaliste. Répondre à cette aporie pourrait permettre d’éclairer la nature de la relation entre l’économie et le droit.

La *Common Law* est définie par Weber tout au long de son analyse comparée des systèmes juridiques comme structurellement peu à même à systématiser le droit et ce pour de multiples raisons. La formation des juristes anglais est une formation empirique, l’esprit des faiseurs de droit est celui qu’ont les praticiens, à savoir la recherche de solutions pratiques pour les problèmes concrets qui se posent sans se soucier de la construction encombrante d’un système abstrait. La justice anglaise est une jurisprudence “de cautèle” qui fait passer les conséquences pratiques des intéressés au delà d’une cohérence logique qui n’est importante que pour des théoriciens.

Dans la conception anglo-saxonne, le juge a conservé un pouvoir charismatique qui le légitime à *produire* du droit⁴⁴. Là où les juridictions continentales sont peu regardantes quant à l’identité et la personnalité du juge, perçu comme un automate à qui il ne faudrait que des yeux pour lire, la personnification juridictionnelle reste un rouage central de la *Common Law*. À ce titre, la Cour Suprême des États-Unis en est un exemple parfait, le nom des juges et de

⁴³ *Ibid.*, p.249

⁴⁴ *Ibid.*, p.297.

leurs avis est mis plus avant, la nomination de tel candidat plus conservateur qu'un autre est essentielle et ce car l'individualité des juges a plus de place pour s'exprimer.

En outre, le raisonnement syllogistique du droit formel qui consiste en l'application d'une prescription juridique abstraite en un cas concret est une dimension totalement absente du raisonnement de tradition anglo-saxonne. En conséquence, la prévisibilité des solutions trouvées à des cas analogues s'en trouve grandement affaiblie. Cela dit, elle peut néanmoins être rétablie sur base d'un fonctionnement par antécédents, mais celui-ci n'offre jamais une stabilité aussi qualitative que le droit formel.

Car c'est bien de la *prévisibilité* (ou de la *calculabilité*) qui pose problème. Le capitalisme a besoin pour fonctionner d'avoir des conduites rationnelles et qui sont prévisibles. Prévisibilité économique d'ordre économique dans le cas présent certes, mais un ordre juridique qui oriente les conduites de manière irrationnelle et dont le règlement des litiges ne seraient pas fiables ne pourrait pas servir au bon développement de la vie des affaires. Si le formalisme semble temps être l'apanage de la calculabilité juridique qui peut se mettre au service de la calculabilité économique, comment se fait-il que "*là où les deux types d'administration de la justice et de formation juridique ont l'occasion d'être en concurrence, comme au Canada, la manière anglo-saxonne s'est révélée supérieure et a assez rapidement détrôné la continentale*" comme l'admet Weber lui-même ?

La première piste et probablement la plus simple serait de dire que le modèle webérien échoue à une vérification empirique, elle contient dès son départ des prémisses lacunaires qui ne lui permettent pas de fidèlement rendre compte de la réalité. Le lecteur serait alors forcé d'accepter la *Common Law* comme un cas à part qui demanderait sa propre analyse et ses propres lois. Mais cette issue est particulièrement dure à avaler, d'abord parce qu'il ne s'agit d'une exception négligeable, mais bien d'une des deux plus grandes traditions juridiques du monde, ensuite car cela signifierait que l'ouvrage échoue à dégager des lois qui rendent possibles l'intelligibilité du phénomène juridique quel que soit sa forme, les prétentions scientifiques de la *Sociologie du droit* sont ainsi réduites à néant. En se basant sur cette lecture, il est difficile de se contenter de l'idée que Weber s'est assis sur une telle incohérence.

Tout d'abord, la conclusion selon laquelle la *Common Law* est forcément inadéquate car anti-formelle est trop hâtive⁴⁵. Nous l'avons déjà dit si le système des précédents rend prévisible la solution juridique. De plus, la justice matérielle a une plus grande aisance à se rapprocher des besoins des intéressés, là où la systématique juridique impose parfois des solutions qui ne sont pas souhaitables par les partis au procès. La tradition juridique anglo-saxonne, bien que peu formelle n'est pas dénuée d'intérêt pour les classes dominantes.

Par ailleurs, si cette grille de lecture peut être réfutée, c'est parce qu'elle fait fi de l'autonomie relative des processus de rationalisation. *L'Éthique protestante* reconnaît dans un passage⁴⁶ que les rapports économiques capitalistes ont eu lieu à de nombreuses reprises dans l'histoire, comme en Chine, en Inde ou à Babylone. Pourtant, ces sociétés n'ont pas développé le capitalisme "total" avant l'occident car il leur manquait "*cet ethos spécifique*"⁴⁷.

⁴⁵ COUTU, M., *op. cit.*, p.160 et s.

⁴⁶ WEBER, M., *op. cit.*, p.25

⁴⁷ *Ibid.*

Autrement dit, le domaine éthique, et il en va de même pour le domaine juridique, est un champ qui obéit à sa propre logique et à sa propre évolution, indépendamment des rapports économiques. Cela ne signifie pas que ces différentes sphères ne dialoguent pas entre elles, que l'une n'influence pas l'autre, mais "*ce n'est que de façon indirecte que le développement du droit est influencé par des conditions économiques sociales*"⁴⁸ et symétriquement, ce n'est que de façon indirecte que le développement de l'économie est influencé par des conditions juridiques.

En conclusion, il est possible de s'extraire de l'impasse du problème anglais pour peu que l'on reconnaisse que des processus de rationalisation différents existent, tant au sein du droit qu'entre les différentes sphères d'une société. Ces processus sont dysharmoniques et ne sous-tendent pas entre eux des liens de causalité nécessaires et dans lesquels l'un prime sur l'autre. Le formalisme juridique qui a pu se développer dans des conditions économiques, politiques et historiques particulières a su rencontrer les besoins économiques rationnels des couches possédantes du pouvoir économique et politiques dans des circonstances favorables à leur développement mutuel. Ces deux champs distincts mais néanmoins communicants ont su entretenir solidairement leur processus de rationalisation car il a pu se créer entre eux une "affinité élective"⁴⁹, ce qui exclut à la fois l'idée que le droit formel est un produit des exigences économiques et que celui-ci est en même temps la condition nécessaire à un développement capitalistique.

Conclusion

La *Sociologie du droit* est indéniablement une oeuvre incontournable pour tout juriste qui souhaite mettre de nouvelles lunettes pour observer et comprendre sa matière.

De nouvelles lunettes par sa méthodologie d'abord, l'approche historique comparée telle que le fait Weber permet une mise en perspective du phénomène juridique inouïe jusqu'alors. L'école historique allemande qui occupait le champ intellectuel quant à la compréhension de ce qu'*est* le droit, semble être une tentative bien vaine une fois qu'elle est mise en contraste avec la puissance d'analyse des outils scientifiques que Weber met à notre disposition. La déconstruction empirique est rigoureuse et ouvre le champ à l'intelligibilité des multiples liens de causalité (sociaux, politiques, économiques, historiques...) qui constituent un ordre juridique donné.

Si Weber plonge le droit dans l'histoire, il ne faut pas oublier de plonger son oeuvre dans l'histoire du droit elle-même. Weber ne fait rien de moins que de poser la pierre angulaire qui rend possible une compréhension nouvelle du droit. Le juriste qui avait alors le monopole de la parole juridique, car seul le domaine du devoir-être était sujet de la connaissance, se voit mis à nu et dépossédé de son privilège intellectuel pour être soumis, comme tout fait social, à la déconstruction scientifique.

⁴⁸ WEBER, M., *op cit.*, p.180

⁴⁹ COUTU, M., *op. cit.*, p.164

Mais ce que le professionnel du droit perd d'un côté il le gagne de l'autre. La possibilité pour un juriste de s'interroger sur sa propre condition et les conditions de fabrication de son propre ordre juridique est inestimable. Grâce à Weber, des questions qui ne pouvaient pas même être formulées en pensée deviennent soudainement dicibles. Le juriste n'ayant jamais été qu'un spécialiste d'une langue savante et dogmatique, la démarche sociologique lui apporte en quelque sorte l'opportunité d'apprendre une langue nouvelle, le langage scientifique, qui lui permet de dire, de désigner et donc de voir sa matière autrement et par conséquent d'agir nouvellement sur celle-ci.

BIBLIOGRAPHIE

- CARBONNIER, J., *“Sociologie juridique”*, PUF, Paris, 2016
- COUTU, M. , *“Max Weber et les rationalités du droit”*, L.G.D.J, Laval, 1995
- COUTU, M., ROCHER, G. (DIR.) , COLLIOT-THÉLÈNE C., DIDRY C., GENDREAU C., GUIBENTI □ P., HERRERA C. , JOUANJAN O., LAPIERRE J. , MCFALL □ L., MELOT R., *“La légitimité de l’État et du droit : Autour de Max Weber”*, L.G.D.J, Paris, 2006
- COUTU, M., *“Max Weber’s Interpretive Sociology of Law”*, Routledge, New York, 2018
- COLLIOT-THÉLÈNE C., *“Études wébériennes : Rationalités, histoires, droits”*, PUF, Paris, 2001
- COLLIOT-THÉLÈNE C., *“La sociologie de Max Weber”*, La Découverte, Paris, 2006
- FLEURY, L., *“Max Weber”*, Que sais-je, Clamecy, 2016
- FREUND, J., *“Sociologie de Max Weber”*, PUF, Paris, 1968
- GHO □ H, P. *“Max Weber and the Protestant Ethic : Twin Histories”*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- HEURTIN J., Molfessis N. (dir.), *“La sociologie du droit de Max Weber”*, Dalloz, Paris, 2006
- KUTY, O. , *“La négociation des valeurs : Introduction à la sociologie”* , De Boeck, Louvain-la-Neuve, 2007
- SIMON P., *“Histoire de la Sociologie”*, PUF, Paris, 2008
- WEBER, M. *“Économie et société : Les Catégories de la sociologie”*, Agora, Paris, 1995
- WEBER, M. *“Économie et société : L’organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l’économie”*, Agora, Paris, 1995
- WEBER, M., *“L’Éthique protestante et l’esprit du capitalisme”*, Gallimard, Domont, 2003
- WEBER, M. *“Sociologie du droit”*, PUF, Paris, 2013