

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les rationalités du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber

Andréas Buss*

Résumé

L'exposé et l'interprétation de la sociologie du droit de Max Weber offerts ici sont imprégnés de deux idées wébériennes :

1° L'interprétation du droit doit être fondée sur la compréhension de la distinction entre le droit comme système de normes et le droit comme ordre empirique.

2° Le droit de l'Occident, à la différence du droit dans les autres grandes cultures, a été soumis à un processus long et incessant de systématisation et de désenchantement ou de rationalisation. L'analyse historique de ce processus mène d'ailleurs à une typologie du droit (droit rationnel/irrationnel; droit formel/matériel).

Ces idées dirigent ensuite l'analyse des relations entre le droit et l'économie :

a. L'opinion des chercheurs qui croient trouver dans les écrits de Weber une relation évidente entre le droit rationnel et le comportement économique rationnel ou le système

Abstract

The outline and interpretation of Max Weber's sociology of law presented here are imbued by two ideas:

1° The interpretation of law must be based on the understanding of the distinction of the law as a system of norms and the law as an empirical order.

2° The law in Western civilization, as opposed to the law in the other great cultures, has resulted from a long and incessant process of systematization and disenchantment or of rationalisation. Weber's historical analysis of this process has produced a typology of law (rational/irrational law; formal/material law), applicable globally.

These ideas are also able to direct the analysis of the relationship between the law and the economy:

a. The opinion of those scholars who detect in Weber's writings an evident relationship between rational law and rational economic behaviour or capitalism must be rejected,

* Professeur-chercheur à l'Université Sainte-Anne.

capitaliste doit être rejetée, car la rationalisation du droit comme système de normes suit sa logique interne (*Eigengesetzlichkeit*), elle n'est ni la cause nécessaire ni la conséquence d'une rationalisation parallèle possible dans d'autres domaines sociaux.

b. La place de la common law anglaise dans la typologie du droit wébérienne (droit formel rationnel, mais casuistique et plus proche du droit matériel) est d'un intérêt particulier.

Bien que le système capitaliste ait besoin de prévisibilité juridique, il s'agit d'une prévisibilité des maxims de conduite ou du comportement réel et non pas du système des normes. Cette distinction, cependant, est plus difficile à faire dans la common law.

for the rationalization of the law as a system of norms follows its own inner logic (*Eigengesetzlichkeit*), it is neither the necessary cause nor the consequence of a parallel rationalization of other social spheres.

b. The place of the English common law within Weber's typology (a formal rational law, but casuistic and closer to material law) is of particular interest and has often been misunderstood. Although it is true that capitalism needs juridical calculability, this refers to the calculability of the maxims involved and to real behaviour, and not to the system of norms. This distinction, however, is more difficult to achieve in the case of the common law.

Plan de l'article

Introduction	115
I. Max Weber et la sociologie	115
II. La sociologie du droit de Max Weber - les textes	120
III. La jurisprudence et la sociologie du droit	120
IV. La littérature sur la sociologie du droit de Max Weber	123
V. La rationalisation de la religion chez Weber	125
VI. <i>Eigengesetzlichkeit</i>	130
VII. La rationalisation du droit	131
VIII. Les porteurs de la rationalisation	139
IX. Le droit et les autres sphères de la vie sociale	141
X. « Le problème anglais »	142
XI. Une vue rétrospective	147
XII. Les droits asiatiques	148
Conclusion	150

La sociologie du droit de Max Weber est parmi les parties de son œuvre les moins accessibles et les moins connues. En plus, l'interprétation souffre, particulièrement en Amérique du Nord, d'une compréhension insuffisante de la distinction wébérienne entre le droit comme système de normes et le droit comme ordre empirique – une distinction, il est vrai, qu'il est plus facile à faire par rapport aux traditions de droit civil européennes que par rapport à la common law.

Ce texte tente de remédier à cette situation et il y procédera en plaçant la sociologie du droit dans l'ensemble de la pensée wébérienne. Cette pensée est vue comme une sociologie de la rationalisation.

I. Max Weber et la sociologie

Max Weber (1864-1920) a étudié le droit et a écrit ses deux thèses doctorales sur des questions de droit commercial au Moyen Âge et sur la relation entre la situation agraire à la fin de l'empire romain et le droit. Mais son premier poste de professeur fut en économie. Encore très jeune, cependant, il démissionna de ses responsabilités universitaires pour des raisons médicales et se consacra à des recherches, des voyages et des activités quasi politiques comme membre d'associations scientifiques. C'est seulement vers la fin de sa vie qu'il employa, à titre d'essai et de façon hésitante, le terme « sociologie » pour certaines de ses productions. Aujourd'hui, cependant, il est considéré comme un des pères de la sociologie classique.

Weber est connu avant tout à cause de son essai *L'Éthique protestante et « l'esprit » du capitalisme*¹. La suite de cet essai, *L'éthique économique des religions mondiales* (en trois volumes) n'a pas été traduite en français au complet, bien qu'elle ait été traduite, de façon très insatisfaisante, en anglais. Ensuite il y a les essais sur la science², les essais politiques (largement non traduits), l'histoire générale de l'économie (traduite en anglais et en français)³ et le volume monumental intitulé *Économie et Société* (traduit en anglais et partielle-

¹ Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1967.

² Max WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992.

³ Max WEBER, *Histoire économique*, Paris, Gallimard, 1991.

ment en français)⁴. Deux allocutions de Weber, faites à différentes occasions, ont été publiées en français sous le titre *Le savant et le politique*⁵.

Pour comprendre les écrits de Weber, il est indispensable de connaître un certain nombre de concepts qu'il a formulés et employés au courant de ses recherches. On se limitera ici à trois de ces concepts : la neutralité axiologique, l'idéaltype et la rationalisation. Un autre concept, celui de la logique interne, sera discuté plus tard dans le contexte de la sociologie du droit.

À la fin du 19^e siècle, à la suite des tendances positivistes de la science, un abîme s'ouvre dans l'esprit des chercheurs et érudits entre le monde de ce qui est et de ce qui doit être, et on se demande si une science de l'histoire et de la société, où on ne peut éviter de se référer à des opinions subjectives et au sens des événements, est possible. Weber oppose les jugements de faits aux jugements de valeurs et il insiste sur la nécessité qu'un professeur qui ne peut se retenir de faire des évaluations esthétiques, morales ou politiques *ex cathedra* ait la probité de distinguer entre ses opinions personnelles et ce qui relève d'une explication empirique ou logique. Mais la distinction entre l'être et le devoir être mène aussi, selon lui, à un niveau plus profond ; elle relève du fait que le choix même des questions scientifiques auxquelles le chercheur s'adresse est lié à des valeurs. C'est dans la réponse à ce problème que se révèle l'importance de la neutralité axiologique. Le chercheur part d'un intérêt qui peut venir de son environnement ou de ses engagements personnels pour diriger le choix des questions qu'il pose. Ceci est inévitable, mais il est important de s'en rendre compte. Dans l'allocution « La science comme vocation »⁶, Weber explique que la science doit mener le chercheur à la clarté sur lui-même, sur ses propres positions et sur les conséquences subsidiaires de ses positions. La science ne peut produire des valeurs selon lesquelles on peut vivre, mais elle peut indiquer qu'en adoptant telle ou telle position on sert tel Dieu et on offense tel autre. On parle dans ce contexte du polythéisme des valeurs de Weber. C'est seulement en analysant de façon détachée le sens ultime de ses actes et de ses choix de problèmes scientifiques que le chercheur peut agir de façon responsable.

⁴ Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1972.

⁵ Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959.

⁶ *Id.*, p. 53 et suiv.

La réalité est un chaos multiple de faits ou d'apparences illimités dont le chercheur s'approche sous une perspective bien précise, fournie par certaines valeurs. Puisque nous sommes des hommes investis d'une culture, nous avons la capacité de prendre position, d'évaluer les événements et de considérer certains aspects de la réalité comme significatifs⁷.

D'ailleurs, ce ne sont pas seulement les questions qu'il pose qui sont liées aux valeurs de la culture du chercheur mais aussi les concepts qu'il formule. Qu'il parle du capitalisme, du libéralisme ou du Moyen Âge, il s'agit de concepts heuristiques qui « accentuent unilatéralement un point de vue en enchaînant une multitude de phénomènes isolés [...] pour former un tableau de pensée homogène »⁸. Ce genre de concepts dont Weber parle sont des idéaltypes et la définition implique plusieurs choses :

- les concepts scientifiques ne décrivent jamais la substance ou l'essence de la réalité ou d'une partie de la réalité qui est plutôt caractérisée par son infinité ;
- les idéaltypes sont le résultat d'une construction utopique qui ne se trouve presque jamais comme telle dans la réalité empirique ;
- cette construction utopique est le résultat d'un choix unilatéral de certains facteurs dans la réalité qui semblent significatifs au chercheur de son point de vue.

L'unilatéralité et l'intensification de certains aspects de la réalité donne de la cohérence à l'idéaltype, tandis que la réalité elle-même est beaucoup plus confuse. La signification culturelle des données sociales ou historiques est ainsi caractérisée, et il s'agit par la suite de voir et de préciser dans quelle mesure les données s'approchent de l'idéaltype.

Weber soutient aussi que l'idéaltype ne doit pas être confondu avec un idéal – cette distinction étant le résultat de la neutralité axiologique qui distingue, comme on l'a vu, entre un jugement de valeur et une relation aux valeurs. Sa théorie de la science implique d'ailleurs qu'il est impossible de construire une synthèse complète et définitive de la réalité ; nous sommes nécessairement limités à

⁷ M. WEBER, *op. cit.*, note 2, p. 160.

⁸ *Id.*, p. 172.

des vues partielles et d'autres idéaltypes sur la « même » réalité sont possibles et vont être construits aussitôt que « la lumière des grands problèmes de la culture [se sera] déplacée »⁹.

Les idéaltypes que Weber lui-même utilise pour projeter un ordre pensé dans le « chaos » de la réalité de la société occidentale qu'il cherchait à comprendre sont le capitalisme et, un peu plus tard dans sa vie, le processus de rationalisation qui, selon lui, a pénétré toute la vie sociale de l'Occident. Lorsqu'il publie en 1905 son essai sur l'éthique protestante, il tente d'établir une « affinité élective » entre l'éthique de certains groupements protestants et « l'esprit » du capitalisme. Mais lorsqu'il publie de nouveau l'essai retouché en 1920, ses intérêts et ses préoccupations se sont élargis et, comme il l'explique dans l'avant-propos¹⁰, le capitalisme n'est qu'un aspect d'un processus de développement rationalisant plus général. La recherche scientifique rationnelle pratiquée par un corps de spécialistes, la bureaucratie rationnelle, pierre angulaire de l'État moderne, la musique rationnellement harmonieuse, une doctrine juridique rationnelle, l'organisation rationnelle de l'entreprise avec une comptabilité rationnelle et basée sur l'existence du travail formellement libre – voici selon lui des exemples d'un rationalisme spécifique, particulier à la civilisation occidentale.

Weber n'omet pas de mentionner que le terme rationalisme ou rationalisation peut désigner des choses extrêmement diverses et que les secteurs de la vie sociale et, particulièrement, les différentes civilisations du monde peuvent être rationalisés en fonction de fins et de buts extrêmement divers : ce qui est « rationnel » d'un point de vue peut devenir « irrationnel » sous un autre angle. On peut par exemple parler d'une rationalisation de la vie mystique en Inde bien que ce genre de vie soit irrationnel du point de vue économique. Même la magie a été « rationalisée » de façon aussi systématique que la physique, car la première thérapeutique à prétention « rationnelle » signifie presque partout le refus de traiter les symptômes empiriques au moyen de potions pour plutôt essayer de chasser par exorcisme les présumées « vraies causes » de la maladie¹¹. Pour Weber, il s'agit de distinguer les traits distinctifs du rationalisme

⁹ *Id.*, p. 200.

¹⁰ M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 11.

¹¹ M. WEBER, *op. cit.*, note 2, p. 455.

occidental et, à l'intérieur de celui-ci, d'analyser les différentes formes du rationalisme moderne.

La rationalisation de la vie dans l'Occident moderne n'implique nullement un progrès collectif ou individuel ; elle est un idéaltype que Weber utilise pour analyser la réalité et non pas un idéal. En vivant dans une société rationalisée, l'homme n'est pas devenu moins agressif et il n'est pas non plus devenu plus libre ; au contraire, la bureaucratie rationnelle nous enferme, selon Weber, dans une « cage d'acier ». Également, il y a peut-être un progrès rationnel dans la peinture moderne qui connaît la perspective, mais ceci ne veut pas dire que l'art primitif soit moins beau.

La rationalisation implique, cependant, une augmentation, une spécialisation et une systématisation du savoir. Ce n'est pas que l'usager ordinaire d'un avion ou d'un ordinateur connaît les principes de leur fonctionnement, mais qu'il croit qu'il pourrait les connaître si seulement il le voulait et qu'aucune puissance mystérieuse n'interfère dans le cours de la vie, bref, que nous pouvons maîtriser la nature par la prévision¹². Dans la mesure où l'homme moderne a cessé de croire aux puissances magiques, le monde a été démystifié ou, dans la terminologie de Weber, « désenchanté ».

La rationalisation peut se produire de trois façons : d'abord le rationalisme scientifique et technique qui décrit la capacité de l'homme de dominer le monde par le calcul – la rationalité par finalité ; ensuite ce que Weber appelle le rationalisme pratique, la conduite méthodique de la vie (rationalité par valeur) ; et, finalement, le rationalisme métaphysique qui est la conséquence du besoin de l'homme de comprendre le monde en tant qu'un cosmos qui a un sens¹³. Weber pense qu'il y a une tension inévitable entre ces différents aspects du rationalisme ou de la rationalisation et que, par exemple, si l'on produit plus de rationalité dans la sphère scientifico-technique, la rationalité au niveau métaphysique – les structures du sens de l'ensemble du cosmos – va diminuer. La tension entre les différents ordres de rationalité est très évidente dans la sociologie du droit de Max Weber.

¹² *Id.*, p. 70.

¹³ Guenther ROTH et Wolfgang SCHLUCHTER, *Max Weber's Vision of History*, Berkeley, University of California Press, p. 14 (1979).

II. La sociologie du droit de Max Weber – les textes

S'il est vrai que Weber s'intéresse à la rationalisation dans tous les domaines de la vie, il est également vrai qu'il faut dépouiller presque toute son oeuvre si l'on s'intéresse à un domaine particulier de la sociologie moderne comme, par exemple, la sociologie de la religion ou la sociologie du droit. Le texte qu'on connaît aujourd'hui sous le titre « La sociologie du droit » constitue un chapitre du livre *Wirtschaft und Gesellschaft*¹⁴, publié par sa femme, après la mort de Weber, sur la base de manuscrits parfois incomplets. Dans le même volume, il y a aussi un autre texte, plus bref sur « [l']ordre normatif et le système économique ». Ensuite, il y a des commentaires étendus sur le droit des cultures orientales (chinoise, indienne etc.) dans la vaste « Éthique économique des religions mondiales » et des passages sur le droit occidental dans la *Wirtschaftsgeschichte*¹⁵ qui, cependant, n'est qu'une reproduction des notes de cours d'un des étudiants de Weber. Finalement, il y a le long article sur « Stammler et le matérialisme historique », récemment traduit en français et publié comme petit livre¹⁶, ainsi que certains passages des *Essais sur la théorie de la science*¹⁷.

L'étude sur Stammler servira comme point de départ car c'est ici que Weber fait la distinction entre la jurisprudence et la sociologie du droit qui sera un élément essentiel dans l'analyse qui suit.

III. La jurisprudence et la sociologie du droit

L'ensemble des normes dont s'occupe la jurisprudence peut être étudié de plusieurs points de vue très différents. Les règles du droit peuvent être conçues comme normes ou comme faits. Max Weber propose l'exemple suivant : Si je dis que ma digestion est réglée, je peux vouloir affirmer le simple fait de nature que ma digestion s'accomplit suivant une séquence temporelle déterminée. La règle est une abstraction d'un processus naturel¹⁸. Mais je pourrais

¹⁴ M. WEBER, *op. cit.*, note 4.

¹⁵ M. WEBER, *op. cit.*, note 3.

¹⁶ Max WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Québec, P.U.L., 2001.

¹⁷ M. WEBER, *op. cit.*, note 2.

¹⁸ M. WEBER, *op. cit.*, note 16, p. 28.

aussi me trouver obligé de régler cette digestion par la suppression de perturbations, et ici la règle est un idéal qu'on désire et par rapport auquel on évalue les faits. La réalité observée et la réalité désirée peuvent coïncider mais elles sont distinctes conceptuellement.

Avant d'être transporté sur le terrain du droit, Weber essaie de clarifier davantage la distinction entre la jurisprudence et l'analyse empirique ou sociologique par une analyse des « règles du jeu ». Tandis qu'il prend comme exemple un jeu relativement inconnu en dehors de l'Allemagne, le skat, on analysera ici le football qui est plus connu. Les règles du football sont valides pour les joueurs de la même façon que les normes du droit sont valides pour les citoyens d'un État. Les joueurs se soumettent à ces règles qui déterminent comment on joue correctement et qui doit être considéré comme gagnant. Si l'on veut, on peut débattre ces règles, par exemple en s'adressant à la Fédération internationale de football, peut-être pour discuter sur l'effet néfaste que la règle hors-jeu a sur les équipes qui préfèrent un jeu agressif ou pour questionner la règle que l'arbitre a toujours la décision finale. Ce sont des questions relatives à la politique du football. Mais aussi longtemps que les règles sont considérées comme valides, il n'y a que des questions de jurisprudence du football, c'est-à-dire des questions d'interprétation des règles qui s'adressent à la question de savoir si une règle quelconque s'applique au cas x ou y et comment l'arbitre devrait décider s'il veut décider correctement. Ce sont des questions dogmatiques.

La situation est complètement différente s'il s'agit d'expliquer un jeu de football concret. Les règles du jeu sont sans doute une condition préalable de chaque jeu, non en tant que normes interprétées par les juristes du football, mais en tant que conceptions ou idées que les joueurs se font de leur contenu et de leur portée obligatoire (leurs *maximes*). En plus, les idées que les joueurs se font des règles ne sont qu'un facteur parmi d'autres pour leurs actions, car beaucoup d'autres facteurs s'y ajoutent – leur condition physique et psychique, leur motivation, leur niveau d'intelligence, leur fair-play, etc.

Finalement, les règles du football sont une précondition de ce qu'on pourrait appeler la connaissance empirique du football, c'est-à-dire une précondition pour la capacité d'un non-initié de distinguer par exemple un jeu de football d'un jeu de rugby. Le non-initié ne voit d'abord rien d'autre que des hommes adultes qui courent çà et là, des bousculades, des coups infâmes et des efforts de pousser

une balle dans des directions les plus diverses. Si cependant, l'observateur reçoit l'impression qu'il y a une certaine probabilité, une chance que les actions de la plupart des joueurs soient influencées, à un certain degré et la plupart du temps, par les règles du football, il pensera qu'il s'agit d'un jeu de football.

On peut donc distinguer les trois niveaux d'analyse :

1. la norme idéale, analysée par le juriste du football ;
2. les maximes des joueurs qui contribuent, ensemble avec d'autres facteurs, à l'ordre empirique ;
3. la règle comme moyen de connaissance qui sert à analyser les faits empiriques (l'analyse peut être classificatoire, causale ou autre).

Si les règles sont considérées comme faits – le niveau de l'analyse sociologique –, Weber soutient qu'on ne peut passer des faits à des valeurs ; si, cependant, les règles sont considérées comme normes, Weber considère que la jurisprudence ne peut démontrer la nécessité de l'existence de ces normes. Elle peut tout simplement constater ce qui est valide selon les schémas de la pensée juridique, c'est-à-dire quand certaines règles et certaines méthodes d'interprétation sont acceptées. Mais elle ne répond pas à la question : devrait-il y avoir un droit et devrait-on instituer justement ces règles-là ? Elle peut seulement indiquer que, lorsque nous voulons un certain résultat, telle règle de droit est, d'après les normes de la doctrine, le moyen approprié pour l'atteindre¹⁹.

L'utilisation que Weber fait de la distinction entre l'analyse sociologique et l'analyse doctrinale est d'ailleurs évidente dans son essai sur l'Éthique protestante. Une lecture superficielle peut faire croire qu'il attribue cette éthique au dogme de la prédestination formulé par Calvin. Mais ceci n'est nullement le cas car c'est évidemment le fatalisme qui devrait être la conséquence logique du dogme que Dieu nous a prédestinés à l'enfer ou au paradis dès notre naissance, comme Weber le remarque lui-même²⁰. Le résultat social, cependant, comme Weber le démontre, était exactement inverse du fait de l'introduction de l'idée d'épreuve dans la vie de tous les jours par les

¹⁹ M. WEBER, *op. cit.*, note 5, p. 78.

²⁰ M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 67.

ministres protestants. Tandis qu'il est vrai que le dogme des Protestants était celui qui avait été formulé par Calvin, les maximes des gens et leur comportement se formaient sous l'influence des sanctions psychologiques que le contexte religieux dans son ensemble (les sermons, la pression sociale, les moyens et le contenu du salut tels qu'ils étaient perçus) plaçait sur eux.

IV. La littérature sur la sociologie du droit de Max Weber

La prise de conscience de la sociologie du droit de Max Weber en Amérique du Nord commence probablement après la publication de la première traduction anglaise par Max Rheinstein. Dans l'introduction²¹, Rheinstein informe le lecteur que le problème auquel Weber s'adresse principalement est la relation entre la pensée légale moderne et le capitalisme moderne, tout en admettant que Weber ne le dit nulle part expressément.

Dans la littérature anglaise subséquente, cette opinion est répétée comme un mantra. Kronman²², dont le livre démontre par ailleurs une vaste connaissance des idées de Weber, affirme que la Sociologie du droit de Weber s'adresse à la question de savoir quelle contribution les idées juridiques et les institutions ont faite à l'essor de l'entreprise capitaliste; elle reflète, selon lui, tout simplement l'intérêt dominant que Weber a toujours démontré pour le capitalisme²³. En même temps, cependant, Kronman est frustré par l'attitude «agnostique» de Weber, c'est-à-dire par le fait qu'il évite une vue unilatérale de la relation causale entre le droit et l'économie. L'insistance de Weber sur le fait que les influences vont dans les deux sens est qualifiée par Kronman de peu éclairante²⁴.

²¹ Max RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, p. L (1954).

²² Anthony KRONMAN, *Max Weber*, London, Edward Arnold, 1983.

²³ *Id.*, p. 118. Dans la mesure où Kronman fonde son opinion sur la fait que la «Sociologie du droit» de Weber fait partie de *Wirtschaft und Gesellschaft* (*op. cit.*, note 4), il néglige de tenir compte du fait que *Wirtschaft und Gesellschaft* a été publié après la mort de Weber par sa femme et que la discussion sur la question de savoir quelles sections devraient en faire partie – et dans quel ordre – continue jusqu'à présent.

²⁴ *Id.*, p. 129.

Un autre auteur nord-américain, Trubek, avance l'opinion selon laquelle Weber cherche à montrer qu'une plus grande rationalité du droit aurait comme conséquence une plus grande calculabilité de l'action économique, pour découvrir ensuite que cette hypothèse rencontre des problèmes dans le cas d'Angleterre²⁵.

L'analyse qui suit écarte la conception que la relation entre le droit et l'économie est au centre de l'intérêt de Weber. Elle part plutôt de la position bien établie de la recherche wébérienne en général qu'après la publication de *L'éthique protestante* et, particulièrement à l'occasion de ses recherches sur la musique occidentale, Weber était arrivé à l'idée que la culture occidentale dans son ensemble est caractérisée par un processus de rationalisation²⁶. Elle s'efforce de démontrer que Weber a voulu retracer ce processus particulier et ses conditions intérieures dans le domaine du droit. On verra que le genre et la direction de ce processus de rationalisation n'a eu, dans l'esprit de Weber, aucune relation nécessaire avec les autres sphères sociales, par exemple l'économie, mais qu'il a suivi sa logique interne. À ce niveau, il s'agit de l'analyse de la rationalisation des normes du droit.

Un deuxième fil qu'on trouve dans la littérature britannique et nord-américaine sur la sociologie du droit de Weber reflète une réaction plutôt négative à la façon dont Weber interprète et classe le droit anglais. En supposant que Weber voulait avant tout étudier la relation entre le droit et l'économie et sachant que le capitalisme avait ses premières origines en Angleterre, on trouve incompréhensible la suggestion de Weber que la common law n'est pas aussi rationnelle que le droit continental. Soit dit en passant, la littérature européenne continentale n'a pas critiqué Weber à cet égard²⁷.

Les auteurs déjà mentionnés (Kronman, Trubek) se joignent en parfait accord autour du « *England Problem* ». D'autres, par exemple Bryan Turner, croient que Weber voyait dans un droit rationnel et systématisé une précondition nécessaire de l'essor du capitalisme

²⁵ David TRUBEK, « Max Weber on Law and the Rise of Capitalism », 3 *Wisconsin L. Rev.* 746 (1972).

²⁶ Wolfgang SCHLUCHTER, « Max Webers Religionssoziologie », (1984) 2 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 47.

²⁷ Wolfgang SCHLUCHTER, *The Rise of Western Rationalism*, Berkeley, University of California Press (1981); Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 69.

et que, en ce qui concerne l'Angleterre, Weber était clairement conscient qu'il y avait là une difficulté pour sa théorie²⁸. Finalement, Berman qui ne laisse pas de doute sur son attitude générale vis-à-vis de Weber lorsqu'il écrit que « *Weber's historical writings are quite confused and inconsistent* »²⁹, est d'opinion que le traitement de la common law par Weber est sophistiqué mais « *ultimately flawed* »³⁰.

Ici, évidemment, on n'est plus au niveau de la doctrine et de la jurisprudence, mais au niveau de la sociologie du droit. Il est important de souligner que plusieurs et peut-être même la plupart des commentateurs négligent cette distinction. Ils ne connaissent pas l'analyse wébérienne des « règles du jeu » ou la distinction entre la norme idéale du juriste du football et les maximes des joueurs. Les conditions de l'essor du capitalisme, comme il a été dit, ne sont pas la question principale à laquelle Weber s'adresse, mais il est vrai, néanmoins, qu'il explique que le capitalisme a pu naître sous divers systèmes de droit aussi longtemps qu'ils remplissent certaines conditions de base. L'irritation que la plupart des auteurs des pays de common law ressentent à l'égard de Weber résulte de trois malentendus principaux : 1° la relation entre le droit et l'économie n'est pas le sujet principal de Weber ; 2° les concepts que Weber utilise sont des idéaltypes et non pas des idéaux. Weber est loin de croire que le droit rationnel et systématisé de la France ou de l'Allemagne apporte le bonheur ou la liberté ; 3° l'analyse du texte de Weber nécessite une compréhension précise des termes utilisés. Ceci a été rendu difficile, en partie, par des traductions insuffisantes.

V. La rationalisation de la religion chez Weber

Il a été suggéré par Hubert Treiber³¹ que le processus de rationalisation dans le monde occidental a été exposé par Weber de façon très semblable en ce qui a trait à la religion et au droit et que, peut-être, la rationalisation de la religion a été exposée de façon plus

²⁸ Bryan TURNER, *For Max Weber. Essays on the Sociology of Fate*, London, Routledge & Kegan Paul, 1981, p. 329.

²⁹ Harold BERMAN, *Law and Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, p. 635, note 14 (1983).

³⁰ Stephen TURNER (dir.), *The Cambridge Companion to Max Weber*, Cambridge University Press, 2000, p. 230.

³¹ Hubert TREIBER, « Elective Affinities Between Max Weber's Sociology of Religion and Sociology of Law », (1985) 14 *Theory and Society* 809.

détaillée. En fait, Weber lui-même a mis en parallèle la systématisation de la religion et du droit³². Il semble donc être utile d'utiliser la rationalisation de la religion comme arrière-plan pour la compréhension de la rationalisation du droit.

La rationalisation de la religion est définie selon Weber par deux phénomènes reliés : la systématisation et le désenchantement.

*Le niveau de rationalisation que représente une religion peut être évalué, avant tout, selon deux critères qui, du reste, sont liés intimement entre eux à plus d'un titre. D'abord, le degré auquel elle a évacué la magie. Ensuite, le degré d'unité systématique auquel elle a porté le rapport entre Dieu et le monde et, donc, sa relation éthique au monde.*³³

Sur la base de cette définition, Weber explore plusieurs niveaux idéaltypiques de la rationalisation religieuse. Le monde de la magie était un « jardin enchanté » avec des esprits et des notions animistes. Par l'exécution d'actes magiques, les démons pouvaient être pacifiés et même soumis. Mais il n'y avait aucune séparation entre ce monde et un au-delà : il s'agissait d'un monde moniste.

Avec l'arrivée des cultes de salut, les divisions entre les hommes et les dieux devenaient plus intenses et on commençait à systématiser le concept de dieu. Les dieux se spécialisaient et on s'adressait à eux au moyen de sacrifices, mais aussi de prières. La profession des prêtres commença à se développer ; ces prêtres offraient des conseils et devenaient des spécialistes des cérémonies des sacrifices et de la prière. Ils recevaient aussi un entraînement spécialisé.

Au niveau des religions éthiques, le rituel magique du niveau antérieur était remplacé par des commandements éthiques prononcés par des prophètes. Ceci menait à une conduite de la vie plus méthodique. En s'opposant à la casuistique des prêtres, la prophétie éthique mène vers un certain type de rationalisation car elle systématise les normes et le style de vie des gens. Le monde commence à être vu comme le matériau qui doit être façonné selon des normes intérieures cohérentes³⁴.

Finalement, il y a les religions du salut avec une vue dualiste du monde, un abîme entre le monde ici-bas et l'au-delà. Ces religions

³² Max WEBER, *La sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 224.

³³ Max WEBER, *Confucianisme et taoïsme*, Paris, Gallimard, 2000, p. 310.

³⁴ *Id.*, p. 321.

systématisent davantage le concept de la déité et elles éliminent complètement la magie. En Occident, la systématisation a été achevée dans le sens d'un monothéisme universel, tandis qu'en Orient, on rencontre plutôt des conceptions cosmocentriques avec une divinité impersonnelle.

La mention des différents concepts de Dieu ou du divin mène à une autre façon de voir la rationalisation de la religion. Il ne s'agit plus du niveau de rationalisation (à partir de la magie jusqu'aux religions de salut), mais de différentes directions ou orientations de la rationalisation. On peut avoir, comme en Inde ou dans le Bouddhisme, une rationalisation de la pensée religieuse qui mène vers un rejet du monde, ou encore une attitude tournée vers le monde (dans le confucianisme ou dans le protestantisme, par exemple). Aux différentes conceptions du divin correspondent d'ailleurs différents genres de prophéties : la prophétie exemplaire, qui montre les voies du salut par l'exemple personnel (le Bouddha) et la prophétie éthique qui exige l'obéissance aux commandements éthiques (les prophètes israéliens). En Orient, la rationalisation des concepts religieux mène l'homme à se concevoir comme un vase dans lequel le divin s'écoule et à se consacrer à la contemplation, tandis qu'en Occident, l'homme se voit comme un instrument utilisé par Dieu ou les commandements de Dieu pour changer le monde. Dans ce cas, l'attitude fondamentale n'est pas la contemplation mais plutôt une attitude ascétique dans le monde.

Un éthos méthodique de conduite peut donc résulter de différentes orientations de la rationalisation religieuse. Qu'il s'agisse du rejet du monde (bouddhisme), de l'acceptation du monde (confucianisme) ou de la domination rationnelle du monde (calvinisme), cet éthos est toujours le résultat d'un ensemble d'idées construites de façon rationnelle et cohérente en tant qu'une vue d'ensemble.

Les différentes orientations de la rationalisation religieuse sont d'ailleurs étroitement liées au problème de la théodicée. En Occident, ce problème se pose comme ceci : s'il y a un Dieu transcendant et au pouvoir absolu, comment est-ce que son existence peut être réconciliée avec l'imperfection du monde ? Là où il n'y a pas de Dieu transcendant, bien sûr, le problème se pose autrement, mais, de toute façon, Weber est d'avis que, dans la mesure où le désenchantement du monde avance, il devient de plus en plus difficile de trouver une solution rationnelle et cohérente au problème de la théodicée. En fait, plus la rationalisation avance, plus l'homme est aussi confronté par

des irruptions de l'irrationnel³⁵. Weber ne voit que trois formes rationnelles de la solution de ce problème : la doctrine du karman en Inde, le dualisme zoroastrien et la prédestination calviniste³⁶, tandis que les solutions des autres religions ne sont que des compromis.

Weber attache une grande importance à l'étude des porteurs des religions : magiciens, prêtres, prophètes. Tandis que les magiciens, chamanes ou sorciers reçoivent une formation plutôt empirique et ponctuelle et que leur pensée est stéréotypée, les prêtres sont soumis à une formation plus rationnelle et ils peuvent développer une pensée plus cohérente. Pour que ceci arrive, cependant, il faut que le clergé soit organisé sur des bases indépendantes de la politique. Ceci n'était pas le cas dans l'Antiquité ou en Chine, mais les brahmanes indiens, appartenant à une caste distincte, étaient relativement indépendants, et l'indépendance de l'Église et du clergé se développa aussi en Occident depuis la Querelle des investitures.

La pensée rationnelle, développée par le clergé d'une Église indépendante, trouvait d'ailleurs un appui non pas chez les paysans qui partout au monde sont soumis aux forces de la nature et préférèrent trouver de l'aide dans la magie, mais chez les artisans des villes qui eux-mêmes dépendent d'une planification rationnelle de leur travail, ensuite dans une bureaucratie rationnelle dont les princes croyaient avoir besoin, et dans la bourgeoisie des villes.

C'était particulièrement le calvinisme qui correspondait bien aux attentes des citoyens des villes impliquées dans le commerce. Il avait donné une solution rationnelle au problème de la théodicée en rendant Dieu inaccessible à la compréhension humaine ; la doctrine de la prédestination éliminait l'utilité des bonnes oeuvres et rendait impossible le salut par la magie, par les sacrifices ou par la grâce. Aucune aide humaine n'était considérée possible pour atteindre le salut et un froid individualisme qui rejetait l'idéal religieux traditionnel de fraternité s'installait. Ce qui restait à l'individu voulant s'assurer qu'il était élu, c'était une conduite méthodique et ascétique dans le monde – et en ce sens rationnelle. Cette éthique méthodique qui voulait transformer le monde à la gloire de Dieu avait,

³⁵ Max WEBER, « Introduction à l'éthique économique des religions universelles », (1992) 77 *Archives de sciences sociales des religions* 139, 151.

³⁶ Max WEBER, « Parenthèse théorique », (1986) 61/1 *Archives de sciences sociales des religions* 7, 32.

selon Weber, une « affinité élective » avec « l'esprit du capitalisme ». Une « affinité élective » cependant, n'est pas la même chose qu'une relation de causalité. Weber ne dit nullement que le genre de rationalisation qui s'est produit dans l'élaboration de la religion calviniste était le résultat ou l'expression des relations de production (dans le sens marxiste) ou des intérêts de classe tout seuls.

Ce sont des intérêts (matériels et moraux) et non des idées qui commandent l'agir des hommes. Toutefois, les visions du monde créées par des idées ont très souvent construit les voies sur lesquelles la dynamique des intérêts a fait avancer les actions humaines.³⁷

La religion est une sphère indépendante avec sa propre dynamique et est régie par des processus de rationalisation qui lui sont propres. Plus elle est rationalisée, plus elle entre en conflit avec les autres sphères de la vie sociale. La tension avec la sphère économique peut servir d'exemple.

Les formes les plus primitives de la manipulation magique des esprits ou des dieux visaient la santé, la descendance et la richesse. Une tension entre l'économie et la religion n'existait pas. C'était ainsi dans les anciennes religions védique, chinoise, judaïque. Mais, dans la mesure où la religion avançait sur le chemin de la rationalisation, ses rapports avec les activités économiques devenaient de plus en plus tendus. Selon Weber, l'économie rationnelle est une activité impersonnelle, orientée vers des profits sur un marché ; sans estimation des prix en argent, le calcul n'est pas possible. Plus le monde capitaliste suit ses propres lois internes, plus le rapport avec la religion qui se rationalise dans la direction de la fraternité (pour déconseiller l'attachement à l'argent ou pour prohiber l'intérêt) devient difficile. Il y a donc deux sphères autonomes régies par des processus de rationalisation non concordants et un conflit profond s'établit entre ce que Weber appelle la rationalité formelle et la rationalité matérielle³⁸. Il n'y a que deux solutions rationnelles à cette tension : l'éthique calviniste qui renonce à la fraternité ou le mysticisme qui fuit hors du monde.

Une tension se produit également dès que la religion et la politique se rationalisent. Au niveau magique, le problème n'existait pas.

³⁷ M. WEBER, *loc. cit.*, note 35, 150.

³⁸ M. WEBER, *loc. cit.*, note 36, 13.

Les dieux qui garantissaient les normes ou les règles du droit protégeaient des biens nullement contestés. Mais, avec l'arrivée des religions de salut et particulièrement d'un dieu de l'amour, un abîme s'ouvrait entre elles et l'état bureaucratique qui remplit ses fonctions objectivement et qui réclame le monopole de la violence légitime. L'État suit ses lois propres qui, au regard de toute rationalisation religieuse, ne peuvent apparaître que comme une caricature de l'éthique, malgré toutes les politiques sociales³⁹.

VI. *Eigengesetzlichkeit*

Dans l'analyse des tensions entre le domaine religieux d'un côté et les domaines économique et politique de l'autre, les termes « lois propres » et « lois internes » ont été utilisés pour se référer à ce qui se passe à l'intérieur de ces sphères de la vie sociale. Il s'agit de traductions très approximatives d'un terme allemand qui a probablement été formulé par Weber lui-même⁴⁰ et qui est rendu dans les littératures anglaise et française par des termes divers⁴¹ et de façon incohérente. Dans une traduction anglaise d'essais de Weber⁴², par exemple, le même terme est rendu par « *internal and lawful autonomy* »⁴³, « *inherent logic* »⁴⁴, « *its own immanent laws* »⁴⁵ et « *peculiarity of its technique* »⁴⁶. Le lecteur ne se rend pas compte qu'il s'agit d'un terme clé d'une précision terminologique et d'une signification importante. Les traductions françaises sont également déroutantes : la « Parenthèse théorique » de Weber⁴⁷ contient, par exemple, « autonomie interne »⁴⁸, « lois internes »⁴⁹, « lois propres »⁵⁰; et un auteur aussi bien

³⁹ *Id.*, 15.

⁴⁰ Dieter CONRAD, « Max Weber's Conception of Hindu Dharma as a Paradigm », dans D. KANTOWSKY (dir.), *Recent Research on Max Weber's Studies of Hinduism*, London, Weltforum, 1986, p. 181.

⁴¹ Martin ALBROW, *Max Weber's Construction of Social Theory*, New York, St. Martin's Press, p. 238 (1990).

⁴² Max WEBER, *From Max Weber: Essays in Sociology*, New York, Galaxy (1948).

⁴³ *Id.*, p. 328.

⁴⁴ *Id.*, p. 341.

⁴⁵ *Id.*, p. 331.

⁴⁶ *Id.*, p. 147.

⁴⁷ M. WEBER, *loc. cit.*, note 36.

⁴⁸ *Id.*, 11.

⁴⁹ *Id.*, 13.

⁵⁰ *Id.*, 15.

informé que Michel Coutu⁵¹ emploie «logique autonome»⁵², «autonomisation»⁵³ et «logique immanente»⁵⁴ lorsqu'il décrit l'idée que Weber veut transmettre.

Comme Conrad⁵⁵ l'a montré, *Eigengesetzlichkeit* ne signifie pas «autonomie» dans le sens d'un droit de se déterminer librement ou de se donner ses propres lois. Il s'agit plutôt d'une obligation de suivre les lois internes logiquement déductibles d'une sphère sociale indépendante. Machiavel l'a démontré pour la sphère politique, le capitalisme rationnel le fait en économie et les théodicées ont orienté la rationalisation religieuse. Partout la pensée rationnelle dans le sens d'un commandement de cohérence logique interne a, selon Weber, un pouvoir sur les hommes ; le système de pensée, pour ainsi dire, confisque à son profit l'expérience empirique pour l'entraîner dans son sillage⁵⁶. Cette cohérence rationnelle est un motif indépendant et Weber s'y réfère pour surmonter les explications sociales monodimensionnelles.

L'idée et la notion de *Eigengesetzlichkeit* que Weber avait développées dans le cadre de sa sociologie de la religion s'infiltraient ensuite dans la sociologie du droit.

VII. La rationalisation du droit

La notion de *Eigengesetzlichkeit* se trouve en effet dans la *Sociologie du droit* de Max Weber, mais le lecteur français ou anglais ne s'en aperçoit pas facilement. Le terme est traduit par « *a high degree of independence* »⁵⁷ et par « *intrinsic necessity* »⁵⁸ dans la version anglaise. La version française propose « selon ses lois propres »⁵⁹ et « nécessités logiques »⁶⁰.

⁵¹ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995.

⁵² *Id.*, p. 33.

⁵³ *Id.*, p. 149.

⁵⁴ *Id.*, p. 151.

⁵⁵ D. CONRAD, *loc. cit.*, note 40.

⁵⁶ M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 142, à la note 67.

⁵⁷ M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, note 21, p. 54.

⁵⁸ *Id.*, p. 308.

⁵⁹ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 35.

⁶⁰ *Id.*, p. 225 ; les passages correspondants du texte allemand se trouvent dans *Wirtschaft und Gesellschaft*, *op. cit.*, note 4, p. 392 et 506.

Il faut savoir lire l'allemand pour se rendre compte qu'il s'agit là d'une seule idée et d'un seul concept qui, bien qu'il soit au centre même de ce que Weber tente de faire, est obscurci par les traductions ; il s'agit d'une idée, d'ailleurs, qu'il exprime aussi lorsqu'il parle des « besoins intellectualistes des théoriciens du droit »⁶¹ ou des « exigences purement logiques de l'enseignement juridique »⁶².

Pour arriver au niveau où la *Eigengesetzlichkeit* entraîne le développement du droit sur des voies qui lui sont propres, cependant, il fallait d'abord que le droit se sépare de la religion et qu'il passe par plusieurs niveaux de rationalisation progressive. Comme dans le cas de la religion, la rationalisation du droit est caractérisée par le désenchantement, la généralisation et la systématisation.

Le premier droit était irrationnel. Il y avait des ordalies, des conceptions magiques, des oracles, et il y avait l'autorité patriarcale dans les clans. Un crime était une violation d'une norme de tabou⁶³ et la procédure originaire d'arbitrage était déterminée par des croyances magiques. Les témoins n'affirmaient pas qu'un « fait » était véridique, mais ils corroboraient le droit de la partie qu'ils assistaient en livrant leur propre personne à la malédiction divine⁶⁴. Un procès judiciaire n'existait que sous la forme de procédure d'arbitrage et de conciliation entre différents groupements ou clans, tandis qu'à l'intérieur d'un clan le patriarche prononçait le droit coutumier. La première rationalisation du droit coutumier résultait d'une délimitation du pouvoir du patriarche par des normes religieuses ou par un pouvoir politique au-dessus des clans. Là où les clans sont restés forts, comme en Chine, un droit rationnel n'a pas pu se développer. À ce niveau, il n'y avait pas de normes générales mais c'étaient des évaluations du cas particulier – souvent liées au statut de la personne jugée – qui déterminaient la décision. Weber parle ici d'un droit irrationnel au point de vue matériel et aussi de la « justice de cadi ». Des traits survivants de ce genre de droit aujourd'hui se trouvent dans les « tribunaux du peuple », le lynchage et les jurys.

Une certaine formalisation a été introduite par des personnes charismatiques comme les druides gaulois ou, en pays germanique,

⁶¹ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 202.

⁶² *Id.*, p. 147.

⁶³ *Id.*, p. 35.

⁶⁴ *Id.*, p. 165.

par des diseurs de droit charismatiques, comme les rachimbourgs. Également, les jurisconsultes romains offraient des conseils (*responsa*), délivrés comme des oracles, aux juges. Ces jurisconsultes se trouvent probablement parmi les premiers professionnels du droit. Le juge formule sa sentence, mais en se fondant sur une révélation ou un oracle. Ce droit était formel dans le sens particulier qu'il s'agissait d'actions et de décisions en forme, mais d'un formalisme extérieur. Il fallait, par exemple, que l'acquéreur d'une chose la touche de sa main (*mancipatio*). Weber parle ici d'un droit irrationnel au point de vue formel dans la mesure où les problèmes posés par la découverte du droit ne sont pas contrôlés par la raison⁶⁵. Aujourd'hui, le serment est un trait survivant de ce genre de droit.

Mais le mouvement historique s'éloigne de plus en plus du droit traditionnel et des discours de droit charismatiques. C'étaient avant tout les religions de salut qui suggéraient la naissance d'un droit rationnel. Tandis qu'avant l'essor des religions de salut c'étaient les prophètes qui de temps à autre révolutionnaient le droit – on n'a qu'à penser au Décalogue ou au droit coranique –, le droit se formalise dès l'arrivée des religions de salut, et particulièrement du christianisme, et la force révolutionnaire se trouvera alors dans la tension entre les différentes orientations que la rationalisation de ce droit formalisé peut prendre.

Ce qui contribua au début à la formalisation du droit, c'était d'un côté le refus de l'Église d'avoir des contacts avec l'État et, de l'autre côté, sa grande influence religieuse et intellectuelle qui avait éliminé la magie et l'influence des clans et avait systématisé ses croyances. Le droit romain avait distingué entre *fas* (devoir religieux) et *ius* (obligation juridique), distinction qui facilitait la création d'un droit séculier et rationnel par les premiers notables ou spécialistes du droit à Byzance et en Italie. Ce n'est que plus tard que l'Église, en arrivant à un compromis avec le pouvoir séculier, accepta et adopta le droit naturel des Stoïciens. Ce droit naturel était, selon Weber, «l'ensemble des normes indépendantes de tout droit positif et supérieures à ce dernier [...], l'ensemble des normes qui sont légitimes non pas en vertu de leur proclamation par un législateur mais en vertu de leurs qualités immanentes»⁶⁶. Pour éliminer la force

⁶⁵ *Id.*, p. 42.

⁶⁶ *Id.*, p. 209.

révolutionnaire immanente à tout droit naturel, l'Église adopta, cependant, l'interprétation romaine du droit naturel qui distinguait entre un droit naturel absolu et un droit naturel relatif, considérant la subordination politique et même l'esclavage comme des faits de la vie qu'on peut assouplir mais pas éliminer. L'adoption du droit naturel impliqua aussi la réception du droit romain qui, à son tour, servit de base au droit canon. Il ne mélangeait pas, comme les droits sacrés dans d'autres cultures, des éléments profanes au droit sacré. De toute façon, la séparation du droit profane et du droit de l'Église, réaffirmée depuis le pape Grégoire VII, permettait la création du droit canon, le fondement de la bureaucratie rationnelle de l'Église qui, pour imposer une discipline, avait besoin de procédures rationnelles, qui refusa les ordalies et avança même un certain concept de la preuve lors de l'Inquisition. En analysant ce développement, Weber démontre que le côté formel du droit moderne sur le continent européen a ses origines dans le droit romain, tandis que son contenu est en bonne partie une invention du Moyen Âge ou encore plus récente (hypothèques, actions, etc.).

Par opposition à cette rationalisation formelle du droit canon aussi bien que du droit profane, les princes ou l'*imperium* préféraient parfois une rationalisation plus matérielle qui tenait compte des nécessités politiques et sociales, de conditions matérielles ou de conceptions éthiques que la rationalité purement formelle ignorait. Mais ces influences extérieures étaient systématisées à leur tour dans la mesure où l'*imperium* centralisé développait une bureaucratie. Parmi les influences éthiques extérieures était en particulier une nouvelle forme du droit naturel (par opposition au droit naturel classique sur lequel se basait le droit canon): le droit naturel en tant qu'idée qu'il y a des droits innés inviolables ou des droits naturels de l'homme. Cette idée est à la base de l'individualisme moderne et de l'idée du contrat, qu'il s'agisse du contrat social ou d'un contrat entre deux individus. La dernière étape (provisoire) est, cependant, le droit formellement rationnel des Pandectistes allemands du 19^e siècle. En somme, selon Weber :

Les qualités formelles du droit ont évolué dans le cadre de la procédure primitive à partir d'une combinaison d'un formalisme conditionné par la magie et d'une irrationalité conditionnée par la révélation, en passant par le détour d'une rationalité par finalité d'ordre matériel et non formel conditionnée par des éléments théocratiques et patrimoniaux vers une rationalisation et une systématisation logiques croissantes, grâce à la

*spécialisation juridique et par là [...] vers une sublimation logique et une rigueur déductive croissantes de droit.*⁶⁷

Ce résumé extrêmement bref des analyses historiques très riches de Weber peut servir comme fondement d'une typologie du droit. La plupart des commentateurs voient chez Weber une typologie du droit relativement simple, basée sur deux oppositions : 1^o Est-ce que la création et la découverte du droit sont rationnelles ou irrationnelles ? 2^o Est-ce qu'elles le sont du point de vue matériel ou du point de vue formel.

En combinant les différentes possibilités, on arrive facilement à quatre types de droit :

a. Le droit matériellement irrationnel

On évalue ici les cas concrets sur la base de sentiments immédiats et sans recourir à des normes générales ; on ne distingue pas non plus entre des critères légaux et extralégaux. Il s'agit d'un droit traditionnel. Weber parle aussi de la justice de *cadi*, en se référant au juge musulman.

b. Le droit formellement irrationnel

Ici, le juge formalise sa sentence, mais il le fait sur la base de moyens non contrôlables par la raison : les oracles, les ordalies, les *responsa*. Weber parle ici du droit révélé.

c. Le droit matériellement rationnel

Il s'agit de la création de règles juridiques ne résultant pas d'une simple généralisation logique mais plutôt sur la base de normes extrajuridiques comme un livre sacré, une idéologie (le système soviétique) ou des considérations utilitaires, une casuistique théorique.

d. Le droit formellement rationnel

Le juge arrive à une décision par les moyens de la logique juridique interne et sur la base de règles abstraites à l'intérieur d'un droit systématisé et « sans failles ».

Évidemment, il s'agit d'idéaltypes qu'on ne rencontre que rarement de façon pure, car la réalité est plus complexe. Ils n'ont qu'une valeur heuristique qui permet de dire dans quelle direction (plus

⁶⁷ *Id.*, p. 221.

rationnel ou plus formel ou plus matériel) un droit s'oriente. Il est néanmoins surprenant de voir quelles difficultés les commentateurs ont eues dans l'application de ces quatre idéaltypes à des cas historiques particuliers.

Prenons le cas de la common law anglaise. Rossi⁶⁸ affirme qu'il s'agit là, selon Weber, d'un droit matériellement rationnel. Selon Freund⁶⁹, Weber considère la common law comme formellement rationnelle. Rheinstein⁷⁰ écrit que la common law s'approche du type «matériellement irrationnel» et Kronman⁷¹ arrive à la conclusion que la vue de Weber sur la common law est plutôt mixte : Weber considère le *stare decisis* comme rationnel par rapport à des oracles, mais comme irrationnel par rapport à un droit systématisé comme celui des Pandectes.

Laissons de côté ici l'implication tout à fait juste du commentaire de Kronman (dont il ne tire, cependant, aucun avantage) que la rationalisation prend différentes formes à différents niveaux du développement et que ce qui paraît rationnel par rapport à un niveau inférieur peut devenir irrationnel par rapport à un niveau supérieur. Demandons-nous plutôt si une typologie plus détaillée et nuancée qu'au moins deux critiques proposent, peut sauver la situation.

En fait, Treiber⁷² et Rheinstein⁷³ soutiennent que la typologie de Weber contient non pas quatre mais cinq catégories, car, tout à fait conformément au texte de Weber⁷⁴, ils subdivisent le droit formellement rationnel en deux sous-catégories : ou bien les traits caractéristiques juridiques possèdent un aspect sensible, ou bien ils dérivent des interprétations logiques relatives au sens. Il y a donc, selon Treiber⁷⁵, un droit formellement rationnel casuistique et un autre droit formellement rationnel qui s'est constitué en système légal.

⁶⁸ Pietro ROSSI, «Die Rationalisierung des Rechts und ihre Beziehung zur Wirtschaft», dans M. REHBINDER et K.-P. TIECK (dir.), *Max Weber als Rechtssoziologe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 52.

⁶⁹ J. FREUND, *loc. cit.*, note 27.

⁷⁰ M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, note 21, p. LI.

⁷¹ A. KRONMAN, *op. cit.*, note 22, p. 89.

⁷² H. TREIBER, *loc. cit.*, note 31.

⁷³ M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, note 21.

⁷⁴ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 42.

⁷⁵ H. TREIBER, *loc. cit.*, note 31, 833.

En effet, la typologie du droit de Weber peut être systématisée par le diagramme suivant :

	Matériel	Formel 1	Formel 2
Rationnel	normes extérieures au droit ; livre sacré ; casuistique théorique	caractéristiques générales sensibles extérieures, droit casuistique	normes obtenues par l'analyse logique dans le cadre d'un système. Pandectes
Irrationnel	évaluation sans normes générales ; justice de cadi	formalisation non contrôlable par la raison	

Même si l'on tient compte de cette typologie plus nuancée que celles qu'on trouve généralement chez les commentateurs de Weber, il faut apporter une autre précision, liée à la difficulté de traduire le texte allemand en français ou en anglais. Dans la traduction de Rheinsteins⁷⁶, on trouve la phrase « *all formal law is, formally at least, relatively rational* ». Si l'on vérifie dans la traduction française⁷⁷, on lit : « Tout droit formel (*formales Recht*) est pour le moins au point de vue formel (*formell*) relativement rationnel ». La traduction française informe le lecteur que deux différents mots allemands (*formal* et *formell*) ont été traduits par le même mot français – en toute probabilité parce que la langue française (et anglaise) n'est pas en mesure de transmettre la nuance qui se trouve dans la langue de Weber⁷⁸, distinguant « *formal* » (caractérisé par la forme) et « *formell* » (par rapport à la forme). En fait, la phrase allemande en question ne distingue pas seulement entre le côté formel et le côté matériel du droit, mais elle affirme aussi que la création et la découverte du droit peuvent être caractérisées par rapport au côté du droit qu'elles accentuent. Ainsi, un droit donné peut être considéré

⁷⁶ M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, note 21, p. 63.

⁷⁷ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 42.

⁷⁸ Le seul qui a attiré l'attention sur ce problème est Schluchter (*op. cit.*, note 27, p. 88). Voici le texte allemand sur lequel les traducteurs ont buté : « *Formell mindestens relativ rational ist jedes formale Recht* » (M. WEBER, *op. cit.*, note 4, p. 396).

comme formel parce que le côté formel prend le pas sur le côté matériel.

En tenant compte des corrections et des nuances qui ont été apportées ici à la typologie du droit en quatre parties, il est aussi possible de répondre à la critique de Kronman⁷⁹ selon laquelle une confusion conceptuelle résulterait du fait que Weber essaie de faire trois distinctions entre les différents types de pensée légale en utilisant seulement deux paires de caractéristiques contrastantes.

La première distinction oppose la justice de *cadi*, basée sur la situation unique du cas individuel, aux jugements basés sur des normes et principes généraux. C'est l'opposition entre le droit rationnel et le droit irrationnel.

La deuxième distinction est celle entre un droit qui sépare les normes légales et extralégales, et un droit où il y a fusion des commandements éthiques et légaux. C'est la distinction entre un droit formel et un droit matériel.

Finalement, la troisième distinction oppose le droit qui attache une importance aux caractéristiques sensibles et empiriques des situations de fait à un autre type de droit où les caractéristiques juridiquement importantes sont mises en lumière par une interprétation logique à l'intérieur d'un système. Ici, il s'agit de l'opposition entre deux niveaux de rationalité à l'intérieur du droit formel.

Weber a utilisé cette typologie pour répondre à la question de savoir pourquoi « la mise en forme logique du droit »⁸⁰ s'est produite seulement dans certaines parties de l'Occident, une mise en forme logique qui est le résultat du transfert du droit romain à un milieu culturel nouveau. Il décrit comment le droit romain a été débarrassé de tout caractère national pour atteindre la sphère de l'abstraction logique, en partant des aperçus occasionnels et brillants des juristes romains⁸¹ et en aboutissant à la création de catégories purement systématiques comme « transaction juridique » ou « déclaration de

⁷⁹ A. KRONMAN, *op. cit.*, note 22, p. 79.

⁸⁰ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 202.

⁸¹ Par exemple « *quod universitati debetur singulis non debetur* » et « *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* »: M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 201.

volonté» et au principe selon lequel ce que le juriste ne peut penser n'existe pas juridiquement.

Weber montre aussi que les conséquences des constructions purement logiques étaient souvent irrationnelles par rapport aux attentes des intérêts commerciaux et aux « besoins de la vie courante » et il insiste particulièrement sur le fait que cette rationalisation interne du droit, cette *Eigengesetzlichkeit*, est toujours en conflit avec des idées qui relèvent du droit matériel qui lui, tient compte des éléments non juridiques, soient-ils éthiques, religieux ou politiques, d'une situation pour arriver à des solutions qui paraissent plus équitables ou légitimes dans une situation historique donnée.

VIII. Les porteurs de la rationalisation

Parmi les phénomènes qui ont rendu la rationalisation du droit possible se trouve l'écriture. Elle a permis de consigner les précédents et de réduire l'interprétation irrationnelle (sans règles) des questions juridiques. Elle a aussi permis l'établissement des codes comme celui du Dharmasastra ou du Décalogue, mettant en ordre cohérent les lois antérieures.

Mais comme les prêtres étaient les porteurs de la rationalisation religieuse, les théoriciens du droit ont été responsables pour la rationalisation du droit.

L'évolution générale du droit et de la procédure conduit de la révélation charismatique du droit par des « prophètes du droit » à une création et à une découverte empiriques du droit par des notables de la robe (jurisprudence de cautèle et les antécédents judiciaires), de là, à l'octroi du droit par l'imperium laïc et les pouvoirs théocratiques, et enfin, à une élaboration systématique et spécialisée du droit [...] se développant grâce à une formation littéraire et formellement logique en tant qu'œuvre de savants (les juristes professionnels).⁸²

Prophètes du droit, notables de la robe et juristes professionnels sont les trois catégories de théoriciens du droit que Weber examine.

Si on laisse de côté le charisme irrationnel des prophètes du droit et l'enseignement juridique particulier dans les écoles cléricales qui

⁸² *Id.*, p. 221.

mène à un droit matériel, on peut dire que deux genres de formation juridique professionnelle ont orienté le droit occidental. En Angleterre, l'enseignement du droit était traditionnellement offert par des praticiens, un enseignement « artisanal » dans le sens empirique, tandis qu'en Allemagne ou en France, il s'agissait d'un enseignement théorique offert dans les universités. Les avocats anglais étaient à l'origine réunis en quatre corporations et soumis à une étiquette corporative très stricte. L'admission à la pratique judiciaire étant un monopole corporatif, tout changement du droit allant à l'encontre des intérêts économiques des corporations était empêché. La pratique juridique aboutissait alors à des types de contrats et de plaintes utilisables dans la pratique et correspondant aux désirs exprimés par les clients, et elle utilisait, selon Weber, des fictions de procédure qui permettaient de classer et de juger les cas nouveaux suivant des cas déjà connus. Mais ces concepts ne sont pas des concepts généraux formés par abstraction du concret au moyen d'une interprétation logique signifiante⁸³, mais résultent d'une casuistique empirique.

En Europe continentale, à cause de la décentralisation de l'administration de la justice, une corporation puissante d'avocats ne pouvait se constituer. Les avocats recevaient leur formation dans les universités. C'était un enseignement de normes abstraites à caractère systématique et stimulé par le droit romain qui, lui, était aussi enseigné dans les universités. Il émancipait la pensée juridique des besoins quotidiens des clients. Ceux qui enseignaient étaient des théoriciens du droit, des professeurs universitaires.

Ainsi, en opposant le droit anglais au droit continental, Weber a voulu démontrer comment l'orientation des qualités formelles d'un droit peut être influencée par les porteurs de ce droit (*Trägerschichten*), c'est-à-dire des facteurs intrajuridiques. Sur le continent européen où le développement du droit depuis le Moyen Âge avait été fortement influencé par le droit romain, une systématisation logique résultait « de besoins intellectualistes des théoriciens du droit et des docteurs formés par eux, donc d'une autocratie typique fondée sur une formation universitaire »⁸⁴. Dans ces besoins intellectualistes des docteurs universitaires se trouvent les racines de la *Eigengesetzlichkeit* du droit continental.

⁸³ *Id.*, p. 145.

⁸⁴ *Id.*, p. 202.

IX. Le droit et les autres sphères de la vie sociale

Weber rejette donc l'idée marxiste qui fait du droit le reflet ou la superstructure de l'économie. Il est impossible de consentir à l'interprétation de Rheinstein⁸⁵ selon laquelle les catégories de la pensée légale chez Weber sont «évidemment» conçues en parallèle avec les catégories du comportement économique. Le droit formellement rationnel n'est pas dans la pensée de Weber une conséquence du capitalisme. Il n'est pas non plus une condition nécessaire du capitalisme. Selon Weber⁸⁶, il serait enfantin de croire que le droit romain a mis à jour le capitalisme. Tout étudiant en droit devrait savoir que le droit romain n'a jamais pris pied en Angleterre, le pays natal du capitalisme. Au contraire – comme on le verra dans le chapitre suivant –, le capitalisme peut naître sous des formes juridiques très différentes⁸⁷. On ne peut qu'insister sur le fait que dans toute son oeuvre Weber rejette les explications à prétention exhaustive.

Ce que Weber essaie de montrer c'est que les formes de pensée ont une plus grande signification qu'on ne le croit ordinairement, et qu'aucune activité humaine et aucune sphère de la vie sociale ne se laisse réduire à une autre. Tout ce qu'on peut dire, c'est que les structures économiques offrent parfois une chance aux formes ou concepts juridiques, dès qu'ils ont été inventés, de se répandre. Autrement dit, ces concepts sont développés indépendamment et ensuite utilisés dans un contexte économique. Le développement du droit se fait en dehors de la sphère économique ; il a des conditions intérieures : les théoriciens du droit en tant que porteurs et les intérêts politiques de l'État qui les utilise. Les théoriciens du droit (prêtres, professeurs, notables) et les intérêts politiques du prince ou de l'État déterminent aussi l'orientation de la rationalisation du droit (droit formel ou droit matériel)⁸⁸.

⁸⁵ M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, note 21, p. LVIII.

⁸⁶ Max WEBER, *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen, Mohr, 1971, p. 323, à la note 1.

⁸⁷ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 229.

⁸⁸ *Id.*, p. 194.

X. « Le problème anglais »

La common law anglaise, selon Weber, est « un droit formaliste lié à des analogies et à des précédents empêchant tout aperçu systématique sur l'ensemble de la matière juridique [...] Il ne cherche pas une systématisation rationnelle, mais la création de types de contrats et de plaintes utilisables dans la pratique et correspondant aux besoins réitérés des intéressés »⁸⁹. Ailleurs, Weber catégorise la common law comme un droit formel et empirique⁹⁰, basé sur des critères extérieurs.

Coutu⁹¹ croit que la caractérisation de la common law comme droit formel résulte d'un emploi confus sinon contradictoire de ce concept par Weber, car la common law ne correspond évidemment pas au droit continental logiquement systématisé. Cependant, la typologie de Weber est claire : il distingue deux genres de droit formel :

*Ou bien les caractéristiques juridiquement importantes possèdent un aspect tangible [...] ou bien « elles » sont mises en lumière par des interprétations logiques signifiantes et des concepts juridiques fermes sont formulés et appliqués sous la forme de règles abstraites.*⁹²

Weber continue en écrivant que, dans la mesure où le formalisme logique s'impose, le formalisme concret est affaibli, mais qu'en même temps le contraste par rapport à la rationalité matérielle augmente.

Dans la typologie de Weber, la common law appartient donc à la catégorie de droit formel tangible et aux caractéristiques extérieures, et elle garde une certaine proximité à l'égard d'une rationalité matérielle.

Il est bien connu que le capitalisme moderne a pu naître sous des formes juridiques tout à fait dissemblables. De plus, parmi les

⁸⁹ *Id.*, p. 144.

⁹⁰ *Id.*, p. 202.

⁹¹ M. COUTU, *op. cit.*, note 51, p. 130.

⁹² M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 42.

pays à structures juridiques semblables, certains sont devenus capitalistes, d'autres y ont résisté. La vue de Weber était que

[...] *le capitalisme moderne prospère de la même manière et présente les mêmes traits économiquement importants sous des ordres juridiques qui, non seulement contiennent du point de vue juridique des normes et des institutions fort dissemblables, mais encore diffèrent autant que possible dans leurs principes ultimes de structure formelle.*⁹³

Néanmoins, comme il a déjà été mentionné, beaucoup de commentateurs, particulièrement dans les pays anglo-saxons, ont prétendu qu'on ne peut éviter la conclusion que Weber considérait le droit anglais comme inférieur au droit continental⁹⁴ ou « le droit continental de loin supérieur au droit anglais »⁹⁵. Turner présume aussi que les commentaires que Weber a fait à propos du droit naturel et du droit matériel « impliquent »⁹⁶ qu'ils sont inférieurs aux droits romain et continental⁹⁷. Weber aurait d'ailleurs vu lui-même la difficulté que la tradition de la common law posait pour sa théorie⁹⁸. Albrow⁹⁹ voit dans l'attitude de Weber à propos de la common law l'expression ou la preuve d'un abîme au centre de la pensée occidentale.

On pourrait répondre à ce genre de critiques que les termes comme « rationalisation », « rationnel » et « formel » étaient pour Weber des termes idéaltypiques et pas du tout des termes évaluatifs. En fait, Weber avait une attitude très ambiguë vis-à-vis de la rationalisation dans tous les domaines de la vie sociale. La rationalisation de la vie économique, par exemple, a créé, selon lui, une « cage d'acier », un cosmos prodigieux sans âme dans lequel nous sommes forcés de

⁹³ *Id.*, p. 229.

⁹⁴ Martin ALBROW, « Legal Positivism and Bourgeois Materialism: Max Weber's View of the Sociology of Law », (1975) 8 *British Journal of Law and Society* 14, 22.

⁹⁵ B. TURNER, *op. cit.*, note 28, p. 332.

⁹⁶ La critique selon laquelle la thèse d'un auteur « implique » certaines choses ou évaluations est inappropriée si elle ne distingue pas entre une implication logique et une implication évaluative. Elle est particulièrement mal fondée dans le cas de Weber qui s'efforce de distinguer le sens sociologique et neutre des termes du sens que ces termes prennent dans la vie de tous les jours.

⁹⁷ B. TURNER, *op. cit.*, note 28, p. 335.

⁹⁸ *Id.*, p. 329.

⁹⁹ M. ALBROW, *loc. cit.*, note 94, 29.

vivre¹⁰⁰ et une bureaucratie rationnelle est, selon Weber, une abomination du point de vue de toute éthique fraternelle. En d'autres mots, toute rationalisation formelle se heurte à la rationalisation matérielle, tout droit formel au droit matériel. Le droit systématique continental, basé sur le droit romain, n'est pas un idéal pour Weber, il ne le considère pas « supérieur » à tout autre droit.

Mais il y a plus. Les commentateurs qui soulèvent le « problème anglais » négligent de faire la distinction entre l'ordre légal et la régularité empirique, le droit comme système de pensée et la sociologie du droit que Weber avait établie dans son article sur Stammler. Ainsi que la norme analysée par le juriste du football est différente des maximes des joueurs et de l'ordre empirique du jeu, de même l'ordre idéal, du point de vue du rationalisme juridique qui recherche la vérité juridique, n'a rien à voir avec l'activité empirique ou les événements réels¹⁰¹.

Une comparaison avec la sociologie de la religion de Weber, mentionnée antérieurement, s'impose : l'enseignement dogmatique des Calvinistes était centré sur la prédestination. Mais ce dogme qui logiquement mène au fatalisme n'explique pas du tout, à lui seul, le comportement économique des Calvinistes pendant des siècles qui était plutôt orienté par l'idée de preuve (*Bewährung*) des ministres protestants.

L'argument de Weber contre Stammler était qu'il ne faut pas confondre les normes légales et la régularité empirique. Le droit, selon Weber, n'est pas simplement un ensemble de maximes morales, mais un système de commandes fondé sur la menace de la force physique. La déclaration qu'une certaine loi est valable a un sens particulier pour le juriste et un autre sens pour le sociologue ; l'État est une personnalité morale pour le juriste, mais le sociologue l'étudie sous la forme des représentations que les membres d'une société s'en font.

Si l'on accepte cette distinction, il est plus facile de comprendre l'insistance de Weber sur le fait que le progrès dans la rationalisa-

¹⁰⁰ M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 249.

¹⁰¹ Coutu (*op. cit.*, note 51, p. 163) semble être arrivé à la même conclusion lorsqu'il écrit que certains commentateurs du « problème anglais » ne distinguent pas suffisamment entre la validité empirique d'une proposition juridique et sa validité dogmatique.

tion au niveau du droit n'entraîne pas nécessairement une conformité rationnelle correspondante au niveau du comportement – et qu'une rationalisation économique accrue au niveau du comportement ne s'accompagne pas nécessairement d'une rationalisation croissante du droit.

Il est possible que la distinction entre le point de vue sociologique et le point de vue juridique soit plus facile à faire pour le droit systématisé continental assis sur un code que pour la common law avec sa plus grande plasticité et sa capacité d'adaptation graduelle aux valeurs sociales changeantes. Ceci expliquerait la critique explicite d'Albrow¹⁰² qui pense que le contraste entre les points de vue sociologique et juridique est mal fondé et la critique implicite de tous les auteurs (comme Kronman) qui tout simplement ignorent ou négligent ce contraste. Même dans la typologie du droit de Weber, la common law, tout en restant un droit formel, est plus proche du droit matériel et subit davantage son influence que le droit continental ; la frontière entre ce qui est droit à proprement parler et ce qui sont des considérations de bien-être, d'avantage économique, de bien public et de moralité est plus floue. Ce que Weber a appelé la *Eigengesetzlichkeit* du droit sur le continent serait beaucoup plus difficile à déceler en Angleterre et les autres pays de la common law.

On sait que Weber estimait que l'entreprise capitaliste a besoin d'un droit évaluable ou d'un droit sur lequel elle puisse compter « comme sur une machine »¹⁰³. L'entreprise a besoin d'une administration juridique capable de garantir les contrats et les investissements, et ceci était particulièrement vrai au début du développement capitaliste lorsque l'entreprise devait lutter contre l'hostilité des formes antérieures du droit. Ce qui est moins clair cependant, c'est le sens des termes « droit calculable », « droit prévisible » etc. dans les discussions portant sur les relations entre le droit et l'économie, car la notion de prévisibilité en droit – comme Coutu l'a déjà suggérée – peut prendre au moins deux sens : 1^o sur le plan systématique, elle réfère à la possibilité de déduire une conséquence juridique d'une norme donnée par des manipulations logiques ; 2^o sur le plan empirique, cependant, il s'agit plutôt de l'adéquation entre une maxime de conduite et un comportement ou un jugement réel. Le premier plan est le plan juridique, le deuxième est le plan sociologique, et

¹⁰² M. ALBROW, *loc. cit.*, note 94, 27.

¹⁰³ M. WEBER, *op. cit.*, note 3, p. 361.

c'est le plan sociologique qui est en cause quand on dit qu'une économie capitaliste a besoin d'un droit calculable. Selon Weber, ce genre de calculabilité est d'ailleurs aussi bien ou mieux satisfait par la common law qui est formelle, empirique et liée à des antécédents que par le droit systématisé et logiquement cohérent du continent¹⁰⁴.

En Angleterre comme ailleurs, l'économie avait besoin de concepts juridiques clairement définis que seulement un droit formel peut fournir. La common law aussi bien que le droit continental sont, selon Weber, des droits formels. Le concept de personnalité morale et toutes les formes de responsabilité limitée qui se développaient à partir des *commenda* et de la *societas maris* au Moyen Âge étaient utiles dans ce contexte. Mais la société moderne est avant tout une société individualiste et contractuelle.

Weber utilise beaucoup d'espace pour discuter la liberté de contrat. Avant l'essor de la société moderne capitaliste, il y avait le contrat-statut qui impliquait une modification juridique complète du statut ou de la position sociale d'une personne et créait une relation personnelle (par exemple le lien de vassalité). Ce genre de contrat, selon Weber, était lié à des conceptions magiques ou religieuses : on se sentait sous la domination d'un pouvoir surnaturel qui menaçait ceux qui agissaient contrairement aux liens personnels créés. Le serment qui concluait un tel contrat prenait le caractère de la propre reddition magique dans les mains des forces maléfiques¹⁰⁵.

Le contrat moderne, appelé contrat-fonction, qui existait autrefois seulement pour les relations entre clans ou nations, prend de l'importance après le déclin des groupes de parenté autosuffisants et l'essor de l'économie de marché. Il contribue à la dissolution des relations traditionnelles et est basé sur une relation impersonnelle entre les individus en vue d'un échange de prestations économiques. Il n'est pas lié à des conceptions magiques et, de ce fait, est une force de rationalisation.

Il importe peu, selon Weber, que les relations contractuelles modernes soient définies et appuyées par le droit formellement systématisé continental ou la common law plus empirique. Au niveau sociologique, les deux formes de droit font partie d'une société indi-

¹⁰⁴ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 202.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 51.

vidualiste et acceptent comme valable la liberté contractuelle entre les individus et, les deux, en tant que droits formels, garantissent la stabilité et la prévisibilité de la procédure¹⁰⁶.

Mais il y a un phénomène dans les pays anglo-saxons qui diminue le caractère formel de la common law : le concept de « *reasonableness* » ou de ce qui est raisonnable. La raison, qui autrefois avait été liée aux conceptions religieuses et à l'ordre éternel de la nature, qui chez Milton voulait dire conscience et chez les Levellers la raison universelle par opposition à la tradition, recevait une nouvelle interprétation chez Coke et les juristes de la common law : elle était tout simplement vue comme l'adaptation ou la conformité aux lois du pays. Selon Weber¹⁰⁷, le concept anglais de « *reasonable* » contient implicitement le sens de « rationnel » au sens de « pratiquement utile » et il implique l'idée que ce qui conduit à des conséquences absurdes ne peut pas être voulu par la nature ou la raison. Ces conceptions utilitaristes qui clairement favorisent le commerce démontrent pour Weber que la common law est beaucoup plus proche du droit matériel que le droit civil continental.

XI. Une vue rétrospective

Le droit des sociétés modernes s'est séparé de la religion, mais il garde un lien étroit avec le domaine politique. Le droit matériellement rationnel a pu coexister avec des structures politiques très diverses – les principautés patrimoniales, les villes du Moyen Âge, l'État-providence aussi bien que l'État socialiste. Il a aussi pu coexister avec les formes économiques les plus diverses – les économies non capitalistes, les capitalismes politique, aventurier et colonial aussi bien que le capitalisme rationnel moderne. En fait, la rationalisation du droit dans le sens matériel est un phénomène répandu et le droit matériellement rationnel peut être au service des intérêts les plus divers. Ses principes peuvent être très différents et n'ont qu'une chose en commun : ils sont extrajuridiques. La common law anglaise, tout en étant un droit formellement rationnel selon Weber, a une certaine proximité avec le droit matériel (par exemple son concept de « *reasonable* ») et elle a coexisté non seulement avec le capitalisme moderne en Angleterre, mais aussi avec le capitalisme

¹⁰⁶ *Id.*, p. 166.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 212.

aventurier et politique dans les colonies. Le droit formellement rationnel systématisé d'Europe continentale, cependant, s'est associé seulement à l'État moderne et au capitalisme rationnel moderne. Il est né à travers les siècles depuis le travail de systématisation sous Justinien et la réception du droit romain au Moyen Âge jusqu'au Code civil en France et à l'école des Pandectistes en Allemagne. C'est lui qui est, selon Weber, le plus avancé sur le chemin de la rationalisation que la culture occidentale a pris dans tous les domaines de la vie sociale. Mais c'est lui aussi qui est le plus récalcitrant à toute idée d'une justice matérielle.

XII. Les droits asiatiques

Tandis que dans les pays occidentaux le droit sacré s'est séparé du droit séculaire, on trouve en Asie traditionnelle un conglomerat indifférencié de prescriptions religieuses et de normes légales, aboutissant à un type non formel du droit.

En Chine, il n'y avait ni une classe de juristes ni un enseignement juridique spécifique. Les hauts fonctionnaires, les mandarins, avaient reçu une éducation humaniste et, dans la mesure où ils étaient impliqués dans la juridiction, ils ne décidaient pas selon des règles formelles mais, au contraire, en tenant compte de la situation concrète et de la qualité des personnes devant eux. Il manquait un fonctionariat expert à cause de l'idée magique selon laquelle la vertu de l'empereur et des fonctionnaires (leur érudition classique et l'exécution des cérémonies) tient tout en ordre¹⁰⁸. Il s'agissait d'une justice matérielle et non d'un droit formaliste calculable, même en ce qui concerne la propriété. Weber note la possibilité qu'un homme ayant vendu une maison à un autre puisse revenir après un temps et exiger qu'il le recueille comme locataire non payant parce qu'il est entre-temps devenu pauvre¹⁰⁹. En raison du manque de séparation entre droit sacré et droit profane (séparation qui est à la base de la rationalisation du droit occidental), Weber parle de l'irrationalité de la justice chinoise, conditionnée par des facteurs patrimoniaux.

Dans l'Inde classique, tout droit était contenu, selon Weber, dans les livres sacrés appelés *dharmasutras* tandis que la législation pro-

¹⁰⁸ *Id.*, p. 171.

¹⁰⁹ M. WEBER, *op. cit.*, note 3, p. 360.

fane se limitait aux droits intérieurs des professions artisanales et commerciales. Mais comme ces branches du droit n'étaient pas dans les mains de juristes professionnels, on n'y trouve aucune rationalisation¹¹⁰. Les preuves étaient partiellement formelles, mais irrationnelles (magiques : ordalies) et partiellement non formelles (hiéocratiquement influencées). Aucun droit naturel n'a initié une rationalisation du droit, selon Weber ; il n'y avait que les édits des rois. S'il y a eu, de temps à autre, un développement capitaliste, ceci était dû au pouvoir des groupements et des guildes qui imposaient la création d'arbitres et de tribunaux « privés »¹¹¹.

Le droit islamique, finalement, était un droit de juristes, ce que Weber considère comme une condition nécessaire pour la formalisation et la rationalisation. Mais ce n'est pas une condition suffisante. Malgré une réception massive des normes romaines et helléniques aux premiers siècles de l'Islam, la majorité des règles juridiques prenaient le caractère de *hadith* – actes et paroles exemplaires du prophète, transmis oralement et formant la *sounnah*. Les sources directes du droit qu'utilisaient les juges, cependant, étaient le *fiqh*, le produit du travail spéculatif des diverses écoles de droit qui subordonnaient l'interprétation à la méthode fixée par leur chef d'école. Ce droit de juristes devenait ainsi un droit stéréotypé¹¹².

La domination générale de la tradition sacrée et les querelles entre les quatre écoles juridiques rendaient toute formalisation du droit et aussi toute unification impossibles. Les juristes officiels, les *muftis*, pouvaient être consultés par le *cadi* (juge), mais leurs réponses, sans motivation rationnelle, variaient d'une personne à l'autre. Il n'y avait aucune rationalité formelle de la pensée juridique.

L'unité externe et interne du droit ainsi que sa formalisation sont enrayées partout où, selon Weber, une tradition sacrée continue à être mêlée au droit profane. La création d'une *lex terrae*, comme la common law anglaise en était une au moins depuis Henri II, est impossible dans ces circonstances.

*

* *

¹¹⁰ M. WEBER, *op. cit.*, note 32, p. 170.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 174.

Il n'est pas trop difficile de trouver quelques erreurs de fait dans l'exposé de Weber. Berman et Reid¹¹³, par exemple, ont indiqué que Weber semble avoir ignoré les traités de Matthew Hale et William Blackstone lorsqu'il écrivait que, jusqu'à récemment (le début du 20^e siècle) il n'y avait pas une jurisprudence anglaise qui méritait d'être appelée science.

Weber ne connaissait pas non plus toutes les sources du droit indien, par exemple les *dharmasastras* ou aussi l'*arthasastra* de Kautilya qui n'avait pas encore été redécouvert de son temps. Mais si l'on regarde l'analyse du processus général de rationalisation qui a affecté tous les secteurs de la vie sociale en Occident, ou si l'on observe plus particulièrement comment Weber analyse les facteurs qui ont contribué à la rationalisation du droit occidental moderne et les étapes et les directions que ce processus a traversées, on trouve une grande cohérence dans la structure conceptuelle et l'explication sociologique. La distinction entre le niveau dogmatique de l'analyse juridique (la logique interne) et le niveau sociologique (la relation entre le droit et les autres secteurs de la vie sociale) est essentielle en ce qui a trait au droit continental, mais elle est moins évidente dans les pays de common law.

La rationalisation du droit occidental a été largement une rationalisation formelle, ne garantissant pas une rationalisation matérielle proportionnelle. Les irruptions fréquentes d'intérêts matériels produisent, selon Weber, une tension de plus en plus intense qui se manifeste entre la légalité et la légitimité, ou entre l'efficacité, la calculabilité et l'impersonnalité d'un côté, et les relations personnelles, la fraternité et l'égalité de l'autre. Weber ne voit pas du tout la rationalisation de façon optimiste, mais plutôt, pour reprendre l'expression de Julien Freund, comme l'expression d'un pessimisme qui organise le désespoir.

¹¹³ Harold BERMAN et Charles REID, «Max Weber as Legal Historian», dans S. TURNER (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 231.