

La légitimité de l'État et du droit Autour de Max Weber

Sous la direction de **Michel Coutu et Guy Rocher**

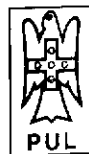
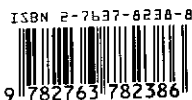
Nous entendons défendre la validité et même la nécessité d'une réflexion centrée sur l'idée de légitimité, pour qui veut comprendre les rapports existant entre la sphère de la politique et celle du droit. Mais nous entendons exiger du même souffle que cette idée soit extraite de la brume confuse dans laquelle elle baigne et que l'utilisation du concept de légitimité par la science sociale ait comme précondition une détermination, aussi rigoureuse que possible compte tenu du contexte, du sens et de la portée que revêt ce concept.

À cet égard, nous croyons que la sociologie politique et juridique de Max Weber offre un point de départ tout à fait incontournable, vu l'immense impact qu'elle a eu sur les théories subséquentes de la légitimité, chez les théoriciens du droit et du politique sous Weimar par exemple, plus récemment chez des auteurs comme Jürgen Habermas ou Niklas Luhmann. En même temps, la position de Max Weber n'a rien perdu de son actualité, ne serait-ce qu'à considérer les controverses qu'elle suscite toujours dans la communauté scientifique.

Michel Coutu est professeur de droit du travail à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal. Il est notamment l'auteur de *Max Weber et les rationalités du droit* (PUL, LGDJ, 1995) et le traducteur, avec Dominique Leydet, de *Max Weber, Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (PUL, Cerf, 2001).

Guy Rocher est professeur de sociologie au Centre de recherche en droit public et au Département de sociologie de l'Université de Montréal. Parmi ses publications, citons *L'Introduction à la sociologie générale* (Seuil, HMH, 1970, plusieurs traductions), *Talcott Parsons et la sociologie américaine* (PUF, 1972, plusieurs traductions) et *Études de sociologie du droit et de l'éthique* (Thémis, 1996).

Ont collaboré à cet ouvrage: Catherine Colliot-Thélène, Claude Didry, Caroline Gendreau, Pierre Guibentif, Carlos Miguel Herrera, Oliver Jouanjan, Jean Marcel Lapierre, Laurence McFalls, Romain Melot, Wolfgang Schluchter, Évelyne Serverin, Augustin Simard, Barbara Thériault, Guylaine Vallée, Ulrich Zachert.



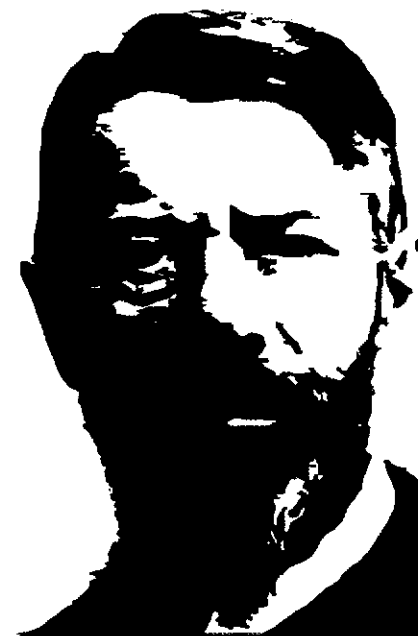
La légitimité de l'État et du droit
Autour de Max Weber

Sous la direction de
Michel Coutu et Guy Rocher

Pensée allemande et européenne

Sous la direction de
**Michel Coutu et
Guy Rocher**

La légitimité de l'État et du droit Autour de Max Weber



Les Presses de l'Université Laval

Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber

par Claude DIDRY

Un des principaux apports des analyses de Max Weber consiste à mettre en évidence une causalité sociale spécifique du droit¹. Dans la démarche de Max Weber, la recherche d'une causalité sociale part du terrain que circonscrit sa définition de la sociologie comme recherche d'une explication causale d'actions intentionnelles orientées par rapport à autrui (activité sociale). Le droit s'entend alors d'un motif de l'activité sociale d'individus, pris dans le faisceau des motifs à partir desquels cet individu est saisi (par le sociologue) comme se déterminant à agir. De ce point de vue, la sociologie du droit qu'inaugure Max Weber offre une alternative à la conception courante de la sociologie du droit comme science des sources sociales du droit, dérivant l'évolution des catégories juridiques de celle des mœurs ou de grandes tendances économiques et sociales. Pour autant, il serait erroné de limiter la sociologie wébérienne du droit à cette recherche de causalité des dispositifs

-
1. Sur la place centrale de la causalité dans la sociologie wébérienne, en particulier contre les lectures « herméneutiques » de la rationalisation et du désenchantement, voir Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « Max Weber et la sociologie compréhensive allemande : critique d'un mythe historiographique », *Études wébériennes : rationalités, histoires, droits*, PUF, Paris, 2001, p. 133-168. La dimension causale du droit est affirmée par Max WEBER avec vigueur (au détriment quelquefois de la clarté) dans l'ouvrage traduit par Michel Coutu et Dominique Leydet, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique. Aux origines de la sociologie wébérienne*, Paris/Québec, Cerf/Les Presses de l'Université Laval, 2001.

juridiques², en passant sous silence la relation fondamentale que Weber identifie entre le droit et une forme spécifique d'organisation de l'État, la domination fondée sur la légitimité rationnelle-légale³. Certes, l'héritage wébérien en ce domaine est écartelé entre le « normativisme » kelsenien enfermant le droit dans une sphère de rationalité autonome et le « décisionnisme » de Carl Schmitt retenant de Weber l'importance du charisme en politique⁴. Il n'en demeure pas moins que le droit en tant que système causal est lié à une forme spécifique de légitimité : la légitimité rationnelle-légale, et qu'il se trouve de ce fait pris dans le processus historique aboutissant à une telle organisation de la domination étatique. Jusqu'où cette dimension historique inhérente aux formes prises par la légitimité affecte-t-elle l'émergence et le devenir du droit comme ensemble causal propre aux sociétés modernes ? La genèse de l'État moderne marque-t-elle une sorte de « fin de l'histoire » laissant le champ libre au fonctionnement bureaucratique et à l'administration de la justice, ou bien ouvre-t-elle la voie à une véritable histoire du droit se prolongeant, au-delà de la centralisation étatique, dans le cadre de la démocratie représentative ?

Après être revenu sur les bases d'une sociologie causale du droit, j'envisagerai la dynamique des systèmes juridiques qui résulte du croisement entre rationalisation et formalisme dans la *Sociologie du droit*. Enfin, je dégagerai les tensions spécifiques que créent formalisme et rationalisation dans des systèmes juridiques rationnels-formels et qui permettent d'envisager l'expression d'un pluralisme juridique dans le cadre d'un droit étatique⁵.

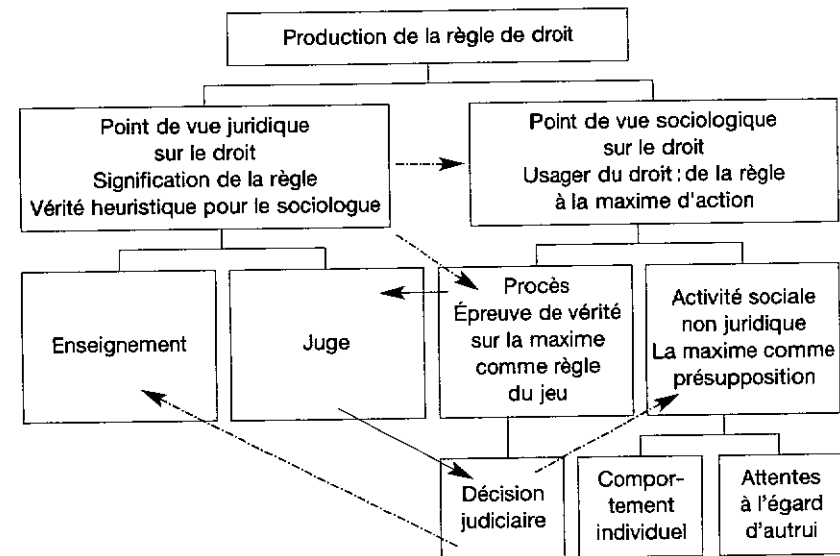
2. Comme le font notamment Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et Société*, n° 8, 1988, p. 165-186.
3. Une des plus importantes caractéristiques de cette forme de domination est à mes yeux qu'elle « représente un mode d'exercice de la domination dans la "quotidienneté" (Weber) » comme le souligne François CHAZEL, dans « Éléments pour une reconsidération de la conception wébérienne de la bureaucratie », *Aux fondements de la sociologie*, PUF, Paris, 2000, p. 183-204, p. 185. Quotidienneté et prévisibilité de la domination rationnelle-légale garantissent la présence continue de l'État dans les attentes et les anticipations des agents, sans laquelle une présence causale du droit est inconcevable.
4. Sur ce débat, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, LGDJ/Les Presses de l'Université Laval, 1995, p. 169, et plus généralement le chapitre 4 : « Rationalité juridique et légitimité du droit ». Sur la postérité schmittienne de Max Weber, voir aussi la contribution de Carlos Herrera au présent ouvrage.
5. Comme le souligne J.-G. Belley, la sociologie du droit de Max Weber met en évidence « le passage d'un régime social de pluralisme juridique au régime étatique des droits spéciaux » (Jean-Guy BELLEY, « Max Weber et la théorie des contrats », *Droit et Société*, n° 9, 1988, p. 301-324, p. 310). Elle conduit à envisager le pluralisme juridique contemporain moins comme un régime social,

La causalité créatrice du droit

Pour analyser de manière synthétique la dimension causale du droit, la figure 1 doit être lue en partant de la base pour arriver au sommet : s'il existe une dimension causale du droit, c'est que les décisions judiciaires rendues à la demande de particuliers sur la base d'une règle de droit permettent aux agents d'anticiper les conséquences prévisibles de leurs actions pour une situation qualifiée juridiquement (1). La reconnaissance d'une capacité créatrice des particuliers dans la mise en œuvre du droit ne doit pas conduire cependant à dénier toute influence aux constructions dogmatiques des juristes sur la vie du droit (2). Mais en restant au niveau de l'identification de la causalité propre au droit, on laisse de côté la question de la production des règles de droit qui sera envisagée dans les deux parties suivantes du texte.

FIGURE 1

Point de vue juridique/Point de vue sociologique



que comme l'identification du « problème conceptuel que les juristes œuvrant dans la perspective de l'ordre juridique de l'État ont eu à résoudre pour réconcilier logiquement et techniquement les prétentions de l'État à la souveraineté juridique avec le réflexe constant des groupes et des individus de répondre de façon autonome à leurs besoins de régulation juridique » (*art. cit.*, p. 311). Ce pluralisme doctrinal mis en évidence par Weber dans le dernier chapitre de la *Sociologie du droit* m'a guidé dans l'analyse de la pluralité des mondes possibles du droit, telle que je l'envisage dans *Naissance de la convention collective, débats juridiques et luttes sociales*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris, 2002.

Le concept sociologique de droit

Le droit dans la sociologie wébérienne se présente comme une forme spécifique de règlement par l'État de litiges entre particuliers. Le rôle de l'État y est double. Il tranche le litige à travers la décision du juge et la possibilité pour les parties de requérir le concours de la force publique pour la faire exécuter. Il s'assure simultanément que les agents excluent le recours à la force privée dans l'exécution de leurs engagements réciproques, ce qui conduit à la définition de l'État comme « monopole de la violence physique légitime ». Jusqu'à présent et quoi qu'il en soit d'un éventuel processus de globalisation, ce rôle est rempli exclusivement par les États souverains⁶.

Cette mobilisation de la force publique par les particuliers dans l'exécution de leurs engagements privés suppose deux dispositifs fondamentaux dans un régime de domination rationnelle-légale :

- a) Un cadre d'expression des litiges sous la forme de *procès*, avec, d'une part, l'existence d'une juridiction dont l'activité est confiée à des fonctionnaires et, d'autre part, des règles régissant le fonctionnement de cet organe qui, de ce fait, prend une dimension bureaucratique.
- b) Des règles d'évaluation permettant de qualifier les faits pertinents dans le litige, mobilisables tant par les parties elles-mêmes dans la formulation de leur litige selon le principe du contradictoire, que par le juge dans la motivation de la décision qui définit les conditions d'une intervention de la force publique.

De cette situation, il résulte que le droit est un facteur causal pour l'explication de l'activité sociale des agents. Si, en effet, le droit se présente comme un ensemble de règles mobilisables par les particuliers devant des juridictions, ces règles ont une influence sur le comportement des individus, particuliers ou professionnels du droit. Elles sont le fondement d'une attente de garantie publique dans l'exécution des engagements entre particuliers. Mais pour Weber, les règles de droit n'ont une portée empirique qu'à travers un processus d'appropriation par les agents au terme duquel « Une "proposition juridique" déterminée se voit recrée à nouveau sur le plan empirique, ce qui signifie en l'occurrence qu'elle se présente d'une manière et sur un mode spécifique avec lesquels une multitude d'individus sont fami-

6. Ou les États de substitution que constituent les organisations de guérillas soustrayant des territoires à l'emprise d'un État central comme, par exemple, en Colombie, ou encore les forces armées étrangères (internationales ou non, sous mandat de l'ONU ou non) prenant en charge les opérations de maintien de l'ordre en cas de défaillance ou d'élimination de l'État dans un pays donné comme par exemple, les forces armées des États-Unis en Irak ou les forces sous contrôle de l'ONU au Kosovo.

liers⁷. » Les « maximes d'action » qui résultent de ce processus constituent les « présuppositions » d'activités sociales au sein desquelles prédomine une finalité extérieure au droit en tant que tel. Les analyses de Weber sur ce point (menées principalement dans la critique de Stammler) se rapprochent ainsi de la notion de « pré-requis » de l'action sociale dans la première sociologie de Parsons⁸, du fait notamment de leur caractère quasi universel dans des sociétés modernes.

En tant que « récréation » de la règle de droit par les agents, la « maxime » est porteuse d'éventuelles innovations juridiques qui ne résultent pas de la seule action des professionnels du droit et notamment des interprètes autorisés de la loi que constituent les professeurs de droit. En admettant qu'« Il est possible que "des moyens de contrainte" physiques ou psychiques déterminés soient mis à la disposition de celui qui parvient à persuader certaines personnes habituellement dénommées "juges" qu'une telle "conduite extérieure" s'est produite ou se produit dans un cas concret⁹ », Weber suggère un mouvement de recherche dans la signification du droit qui parte des agents ordinaires et trouve un écho dans les décisions à travers la persuasion des juges¹⁰. On peut alors imaginer qu'« Une fois que la loi est devenue "familiale"¹¹, il peut arriver que le sens originel, visé par ses auteurs de façon plus ou moins univoque, tombe entièrement dans l'oubli ou se dérobe par suite d'un changement de signification [...]»¹².

7. Rudolf Stammler et le matérialisme historique, *op. cit.*, p. 156.

8. Voir notamment *The Structure of Social Action*, New York, Free Press (1^{re} éd. 1937), prise comme point de départ d'un programme de recherche inabouti dans l'article de François CHAZEL, « *The Structure of Social Action* ou les fondements d'un programme de recherche », *Aux fondements de la sociologie*, PUF, Paris, 2000, p. 113-130.

9. Rudolf Stammler et le matérialisme historique, *op. cit.*, p. 146.

10. Ce mouvement de persuasion est tempéré par le caractère contradictoire du procès. Il est symbolisé par une flèche noire continue dans la figure 1 allant du « procès » vers le « juge ».

11. La notion de familiarité appliquée à la loi semble fortement associée dans la réflexion wébérienne à la réappropriation du droit par les agents sous la forme de « maximes ».

12. Max WEBER, « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive » (1^{re} publication en allemand en 1913), traduit par J. FREUND dans *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Agora-Plon, 1992, p. 301-364, p. 361-362.

Les enjeux du « point de vue juridique sur le droit » pour la sociologie du droit

Le caractère causal du droit tient aux conséquences prévisibles que le constat de son inobservance produit lorsqu'il est exhibé devant le juge par un particulier lésé qui demande réparation du dommage subi. L'influence causale de la règle de droit s'opère ainsi en deux temps :

- a) la remise en ordre de la réalité en cas d'inobservance de la règle est d'autant plus probable qu'elle s'appuie sur l'éventualité du recours à la force publique (cycle procès/juge/décision judiciaire marqué par les flèches noires dans la figure 1).
- b) la lettre de la règle et les décisions connues que sa mobilisation devant les juges a produites fournissent un guide de référence aux acteurs dans la conduite de leurs actions.

Toutefois, les références que constituent la règle et les décisions judiciaires¹³ ne conditionnent pas immédiatement le comportement des agents. Elles n'ont une influence causale sur leurs activités que dans la mesure où ceux-ci les connaissent et en comprennent la portée : rien n'est ici jamais véritablement certain avant la décision de juridictions suprêmes, et les manières d'appréhender la règle demeurent ancrées dans la subjectivité des agents jusqu'à ce que le juge départage les maximes d'action et les interprétations en concurrence dans le jeu demande-défense du procès. De plus, la jurisprudence des juridictions suprêmes ne tranche que rarement une question de manière définitive et tend plutôt à ouvrir de nouvelles zones d'action¹⁴ pour les particuliers et leurs représentants.

Cette attention aux manières « indigènes » d'appréhender la règle de droit sous la forme de « maximes d'action » (que Weber ne semble pas avoir eu l'occasion de développer ultérieurement) remet-elle pour autant en cause l'apport possible du travail dogmatico-doctrinal des juristes à une sociologie du droit ?

Certes, le travail de mise en ordre systématique des règles qu'opèrent les juristes pour en dégager la portée véritable contraste avec la connaissance impressionniste des règles de droit que développent les profanes. Dans le premier cas, le commentaire tend à rechercher la « vérité juridique » à partir

13. Cette influence causale des décisions judiciaires sur la conduite des activités sociales est notée, dans la figure 1, par une flèche pointillée allant de la décision judiciaire à l'activité sociale.

14. Au sein desquelles il faut compter l'expérimentation de nouveaux usages de la règle dans la qualification de litiges ou l'expérimentation de nouvelles voies d'action en justice.

d'un point de vue général et exhaustif sur le droit. Dans le second, la connaissance du droit est guidée par le souci de garantir les intérêts en jeu dans une activité sociale qui n'a pas trait directement au droit. Le droit perd son caractère systématique, pour se présenter sous une forme « diffuse » : « L'ordre juridique se dissipe en un complexe de maximes, empiriquement effectives, dans la tête d'individus déterminés, influençant causalement leur conduite factuelle et à travers eux, indirectement, celle des autres¹⁵. » Il est alors possible de distinguer deux points de vue irréductibles sur le droit : le point de vue des juristes dit pour cela « juridique » et le point de vue dit « sociologique » que le sociologue reconstruit en adoptant de manière compréhensive le point de vue de l'agent.

La distinction entre ces deux points de vue ne signifie pas qu'il existerait entre eux une séparation étanche¹⁶. Le point de vue juridique sur le droit s'inscrit dans une explication causale des activités sociales selon deux rapports fonctionnels.

- a) Le premier et principal rapport fonctionnel se situe au niveau des agents eux-mêmes dans l'épreuve de vérité que constitue le procès. Le procès consiste en effet en un affrontement entre des argumentations fondées sur des maximes empiriques subjectivement contradictoires, que la décision du juge tranche à partir d'un souci de « vérité juridique ». Au sein du procès, la connaissance idéelle de la signification de la règle de droit, à partir de la recherche d'une « vérité juridique » telle qu'elle est pratiquée par les juristes, trouve une efficacité propre dont l'enjeu est la mise à disposition de la force publique au service d'une des parties au procès¹⁷. Elle contribue ainsi à un réajustement de la connaissance empirique des agents ordinaires, à travers un éclaircissement de la portée des maximes par rapport auxquelles ils orientent leurs actions :

la validité d'une proposition juridique au sens « idéal » mentionné ci-haut implique, pour la construction scientifique de celui qui *veut* la « vérité juridique », une relation réciproque de *concepts* élaborés par la pensée. Par ailleurs, un tel « devoir-être » idéal, exprimé par une « proposition juridique » déterminée, *est habituellement* « inféré » de manière factuelle à partir de relations terminologiques spécifiques par ces personnes empiriques qui *veulent* la « vérité juridique ». [...] Ainsi, l'existence d'une « jurisprudence » et le mode historico-empirique des

15. Rudolf Stammler et le matérialisme historique, *op. cit.*, p. 147.

16. Ce que j'ai symbolisé dans la figure 1 par des flèches entre les deux branches que tracent les deux points de vue.

17. Cette efficacité de la vérité juridique est symbolisée dans la figure 1 par une flèche en trait continu allant du juge au procès.

« habitudes de pensée » qu'elle conditionne *de facto* sont de la plus grande importance empirique-pratique pour l'orientation effective de la conduite des hommes. En effet, dans la réalité empirique, les « juges » et les autres « fonctionnaires » déterminant le pouvoir d'influencer la conduite au moyen d'une contrainte physique et psychique déterminée sont eux-mêmes éduqués à *vouloir* la « vérité juridique » et à se conformer (dans une mesure très variable en pratique) à cette « maxime »¹⁸.

- b) Un second rapport fonctionnel consiste à appréhender le point de vue juridique comme un « principe heuristique¹⁹ », tant pour les agents eux-mêmes que pour d'éventuels chercheurs. Le point de vue juridique correspond ainsi, dans le domaine du droit, à une « dogmatique du sens²⁰ » que l'on retrouve dans un nombre important d'activités sociales ayant atteint un degré de rationalisation suffisant. Ainsi, comme le suggère Weber à partir de l'exemple du jeu de skat, « In summa : l'objet de la recherche est délimité par la pertinence du point de vue de la norme²¹. »

Les limites d'une recherche de la causalité juridique dans le temps et dans l'espace

L'influence causale du droit est caractéristique d'une société soumise à un processus général de rationalisation touchant, sous des formes spécifiques, tous les secteurs d'activité sociale²². La méthodologie qui s'en dégage est ainsi limitée à un type de société. La posture consistant à s'interroger sur la portée de règles dans l'activité sociale des agents se heurte ainsi à la question de savoir ce qu'il advient du droit en l'absence, par exemple, d'un système de règlement des litiges fondé sur des normes à portée générale. Vient à l'esprit immédiatement le contraste entre droit allemand, et plus généralement droit continental, d'une part, et *Common Law* des pays anglo-saxons, de l'autre.

Au-delà de cette diversité interne aux sociétés occidentales, le sociologue rencontre plus largement le problème que pose la diversité des modes

18. Rudolf Stammler et le matérialisme historique, *op. cit.*, p. 147.

19. Symbolisé dans la figure 1 par une flèche en pointillé allant du point de vue juridique au point de vue sociologique.

20. Rudolf Stammler et le matérialisme historique, *op. cit.*, p. 132.

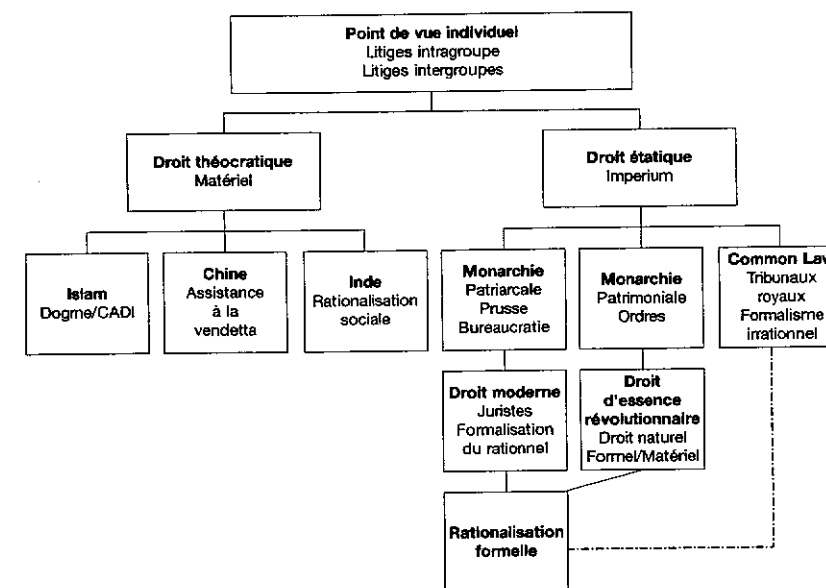
21. *Ibid.*, p. 141.

22. Sur la pluralité des domaines où la rationalisation est à l'œuvre et sa spécificité dans les sociétés occidentales, voir la « considération intermédiaire » publiée dans la *Sociologie des religions*, trad. Grossein, Gallimard, Paris, 1996, p. 410-460.

de règlement des litiges dans l'espace et dans le temps. Une telle diversité conduit alors à deux postures contradictoires : l'évolutionnisme et le relativisme.

- 1) L'évolutionnisme²³ consiste à poser le système juridique occidental comme le point le plus avancé d'une évolution par rapport à laquelle se situeront les autres systèmes juridiques.
- 2) À l'inverse, la pluralité des systèmes juridiques et sociaux peut conduire, dans une perspective ethnologique, à remettre en cause la notion de droit elle-même et l'ethnocentrisme qui semble s'y attacher, pour envisager la particularité irréductible des modes de règlement des litiges propres à chaque société²⁴.

FIGURE 2
Classification des systèmes juridiques selon le cours suivi par la rationalisation du droit



23. Que l'on retrouverait, par exemple, dans l'œuvre de Comte selon Weber.

24. Clifford Geertz avance une typologie culturaliste des modes de règlement des litiges privés, en partant de trois aires géographiques : le monde musulman avec la justice de Cadi, le monde balinaï avec l'Adatrecht et le monde hindou autour du Dharma. Cf. Clifford GEERTZ, *Civilisation et savoir : fait et droit en perspective comparée*, chapitre VIII, « Savoir local, savoir global, les lieux du savoir », PUF, Paris, 1986 (1^{re} éd. en anglais 1983), p. 207-290.

Entre ces deux voies, la démarche adoptée par Weber dans *Sociologie du droit*²⁵ consiste en une *analyse* de la diversité des systèmes juridiques à partir d'une sorte de « grammaire » de base des sociétés humaines. Cette démarche conduit à 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. La figure 2 est une représentation de cette classification, construite à partir des différents tableaux de pensée présentés dans *Sociologie du droit*. Elle se déploie autour de deux axes : le premier, vertical, est celui de la rationalisation ; le second, horizontal, oppose le matériel (marqué par le mélange des activités de l'État avec d'autres activités sociales telles que la religion) au formel (marqué par la séparation des activités de l'État se cristallisant autour du militaire dans un premier temps).

Les formes élémentaires des litiges interindividuels

La *Sociologie du droit* débute par la remise en cause d'une distinction familière pour un juriste allemand du début du XX^e siècle, la distinction entre droit privé et droit public. Cette remise en cause s'opère au moyen de retours historiques qui permettent de dégager les formes élémentaires de la régulation humaine. Weber prend comme unité d'observation les litiges interindividuels, au lieu de s'en tenir, comme dans les sociologies évolutionnistes classiques, à des totalités sociales de type communautaire. Le problème qui se pose alors est celui du devenir des litiges interindividuels, selon que les individus en cause appartiennent ou non à un même groupement élémentaire. Cette distinction est suggérée dès le premier chapitre : « L'origine de toute "administration" se trouve dans le pouvoir domestique. [...] Conformément à cela, est également originaire la coexistence entre l'administration, en principe absolue, du chef de famille au sein de la communauté domestique d'une part et l'arbitrage entre clans sur la base d'un contrat de réparation et d'une procédure de preuve d'autre part²⁶. »

- 1) Le règlement des litiges internes au clan renvoie au pouvoir du chef de famille, pour lequel Weber parle plus tard d'« arbitraire patriarcal²⁷ ». Ce pouvoir s'exerce sans délais ni procédure déterminée et se présente comme la forme originaire du « gouvernement »²⁸.

25. *Sociologie du droit*, trad. Grosclaude, PUF, 1986.

26. *Op. cit.*, p. 30.

27. *Op. cit.*, p. 76.

28. « La caractéristique essentielle du gouvernement consiste précisément et de manière positive dans le fait qu'il a non seulement la tâche de faire respecter et exécuter le droit objectif tout simplement parce qu'il existe des droits subjectifs qui y ont leur fondement, mais également celle de faire réaliser des buts matériels

- 2) Le règlement du litige interclanique implique « des formes précises, des délais, des règles de preuve bref les débuts d'un processus juridique²⁹ ».

Ce qui se joue alors est le partage entre la dimension patriarcale et la dimension formelle attachée au règlement des litiges intergroupes, lorsque « le principe du pouvoir domestique quittant son cadre originaire se reportera sur certaines formes du pouvoir politique, la monarchie patrimoniale, et de ce fait sur la découverte du droit³⁰ ». Dans certains cas, le pouvoir patriarcal tend à réduire la découverte contentieuse du droit à un règlement direct des conflits par son autorité³¹. Dans d'autres cas, l'influence du pouvoir monarchique se réduira à une mise à l'écart de la magie dans le règlement formel des litiges et pourra à son tour être atteinte par le formalisme juridictionnel. Pour Weber, le système juridique britannique est caractéristique de cette assimilation de l'administration à une juridiction.

La rationalisation du droit

La « formalisation » du rationalisme étatique

La formation de l'État, dans l'analyse wébérienne, s'opère au sein d'un ensemble de groupements déjà constitués. Dans un premier temps³², le groupement politique soumet progressivement les groupements préexistants à son autorité pour arriver à une situation où « L'institution politique prétend presque partout, le plus souvent avec succès, que la validité de ces droits spéciaux, ainsi que leurs domaines d'application requièrent son consentement ; l'État fait d'ailleurs la même chose en qualifiant les communes et les cités d'organisations politiques hétéronomes dotées par l'État de pouvoirs

de nature politique, morale, utilitaire ou autre. Pour le gouvernement, le particulier et ses intérêts sont au sens juridique du terme fondamentalement objet et non sujet de droit » (*op. cit.*, p. 29).

29. *Op. cit.*, p. 30.

30. *Ibid.*

31. Cette application du pouvoir monarchique pouvant aller de la justice de Cadi dans le cas des jugements de Salomon ou de la justice de cabinet de Frédéric II, à une administration du contentieux dans le cas de l'*Allgemeine Landsrecht*.

32. Dans l'important chapitre 2, « Les formes de création des droits subjectifs » dont on trouvera un commentaire extrêmement stimulant dans Jean-Guy BELLEY, *art. cit.*

définis³³. » L'affirmation de l'État ne correspond donc pas à la négation des groupes secondaires et à l'unification de tous les droits spéciaux dans un droit civil. Elle s'accompagne d'une transformation interne des autres groupements en les plaçant sous des statuts qui aménagent une représentation par des mandataires sociaux pour organiser l'accès des individus aux ressources collectives.

Cette subsomption des groupements secondaires sous des statuts à caractère général, établis par l'État, est le premier aspect de ce que Weber nomme la « rationalisation ». Son influence est redoublée par le développement de l'économie de marché qui se manifeste à travers la généralisation des transactions monétaires dans les échanges. Ainsi, « L'intégration croissante de tous les individus et de toutes les situations en une institution qui, aujourd'hui du moins, repose en principe sur une "égalité juridique" formelle est l'œuvre de deux grandes forces rationalisantes : l'extension de l'économie de marché et la bureaucratisation de l'activité économique des communautés³⁴. » Pour préciser la nature de ces forces, Weber ajoute qu'elles sont constituées « d'une part, au point de vue politique, [par] les besoins de puissance ressentis par les souverains et fonctionnaires de l'institution étatique qui vont en se confortant, d'autre part au point de vue économique [par] les intéressés au marché – à vrai dire pas exclusivement mais dans une large mesure – c'est-à-dire ceux qui sont privilégiés dans la libre concurrence sur le marché en vertu de leur position sociale en tant que propriétaires³⁵. » Le développement d'une classe intéressée au marché pousse au développement d'un droit privé unifié, mais cette influence se greffe sur la transformation plus profonde, que produit l'émergence de l'État et sa bureaucratisation. Il revient en effet aux membres de l'État de produire les cadres juridiques sur lesquels les individus intéressés au marché se fondent ensuite pour asseoir leur puissance économique.

Dans les analyses de Weber, la force de fond de la rationalisation est donc le développement de l'État à partir de la forme initiale de l'*imperium*, c'est-à-dire de la suprématie militaire sur les autres groupements. Cette force de fond est un facteur de rationalisation qui se manifeste sous deux aspects :

- 1) Premier aspect, l'*unification de la force* autour des préoccupations du chef militaire ou du « hiérarque »³⁶. Elle opère fondamentalement dans une optique de mise en ordre des activités sociales autour du

33. *Op. cit.*, p. 75.

34. *Op. cit.*, p. 76.

35. *Ibid.*

36. Dans le cas d'une forme étatique à dominante théocratique, comme dans les pays relevant de l'Islam, l'Inde, la Chine et plus généralement l'Asie.

service du groupement politique et de sa direction, correspondant à ce que Weber nomme le « gouvernement ». Il en résulte que la rationalisation liée à l'État est, de manière originaire, « matérielle », au sens où elle ne se fonde pas sur un ordre juridique préalablement donné qui lierait le détenteur du pouvoir politique et où elle recherche un « bien-être » collectif³⁷.

2. Second aspect, l'*unification des modes de règlement des litiges* qui conduit à une rationalisation « formelle » lorsqu'elle prend pour référence le règlement des litiges intergroupements. Les formes rituelles attachées à ce type de litiges se transforment sous l'impulsion de l'État. Elles perdent leur caractère irrationnel et magique, pour s'orienter vers la recherche de la « vérité » : on pourrait dire que le « formalisme » change de camp, il passe de l'irrationalité de la magie³⁸ à la rationalité liée à la recherche de la vérité. Le cas anglais est ici un exemple récurrent dans la *Sociologie du droit*, avec l'introduction du « jury » puis, à mesure que s'affirme un mode de raisonnement juridique, l'intervention des professionnels du droit que constituent les magistrats et les avocats.

Rationalisation matérielle et rationalisation formelle : les enjeux de la monarchie patrimoniale

Quoique dominés par la rationalisation formelle impulsée par des États distincts des puissances religieuses et économiques, les pays occidentaux suivent des trajectoires singulières pour arriver à des niveaux de rationalisation formelle relativement comparables. Certes, ils passent tous par une situation de monarchie patrimoniale qui les place de manière potentielle sur la voie

37. Cette orientation matérielle initiale de la rationalisation s'éclaire *a contrario* dans le chapitre 5, lorsque Weber envisage la formation d'un État en l'absence d'alliances avec de « puissants groupes qui ont un intérêt à la rationalisation du droit et de la procédure ». En effet, « Là où ces alliances n'existent pas, la sécularisation du droit et l'élaboration d'une pensée juridique strictement formelle s'arrêtent dès le début ou se voient directement contrecarrées. D'une façon générale, cela est dû au caractère matériel du "rationalisme" des hiérarques et des princes patrimoniaux. Ce qu'ils recherchent ce n'est pas tant la plus grande précision juridique formelle en vue à la fois de calculer les chances et de systématiser de manière rationnelle le droit et la procédure, mais plutôt une formulation du droit qui corresponde le mieux par son contenu aux exigences pratiques, utilitaires et éthiques de leur autorité » (*op. cit.*, p. 163).

38. L'expression « le formalisme et l'irrationalisme de la vieille justice populaire » (par exemple, p. 185) revient à plusieurs reprises dans WEBER (1986) et indique la possibilité d'une situation radicalement opposée à la rationalité formelle du droit.

d'une rationalisation où le service du prince tend à primer le respect des droits subjectifs. Weber avance ainsi que « Toute justice patrimoniale a en propre la tendance de s'engager dans cette voie (la voie de la justice patriarcale)³⁹ », dans laquelle « Administration et juridiction ne font qu'un, non pas dans le sens où l'administration prend la forme de la juridiction mais, à l'inverse, dans le sens où la juridiction prend la forme de l'administration⁴⁰. » La tendance au développement d'une « justice patriarcale » ne prend toutefois un caractère systématique qu'avec le « despotisme éclairé » de Frédéric II en Prusse, où « le pouvoir politique patriarcal se transforme en État-providence et procède sans tenir compte ni des désirs concrets des intéressés ni du formalisme de la pensée juridiquement formée⁴¹ ». Il en résulte une première codification juridique systématique de ce qui est pris pour un ensemble de devoirs visant à assurer le service du prince et la grandeur de l'État et se trouve donc marqué par une orientation matérielle forte. Néanmoins, les qualités formelles de ce droit ne tardent pas à réapparaître une fois ce droit créé, du fait de l'existence d'un ordre juridictionnel autour de la *Cour suprême* ayant à trancher des litiges privés.

Contrairement à la rationalisation tardive, mais extrême, que connaît la Prusse, l'Angleterre se caractérise par une unification étatique précoce et un attachement au formalisme du procès qui se manifeste sous la figure de la *Common Law*. Le système juridique anglais prend une orientation moins rationnelle mais plus formelle que celle des systèmes juridiques continentaux, sous la pression notamment de la corporation que réussissent à constituer les avocats. Un autre facteur, suggéré par Weber, est également le caractère non systématique des édits royaux qui interdit une bureaucratization de l'appareil d'État. Une certaine codification des précédents et le développement d'une théorie rationnelle du droit dont témoigne l'œuvre d'Austin⁴² indiquent cependant une forme de rattrapage sur la voie de la rationalisation^{43 44}.

Le contraste persistant entre les systèmes juridiques anglo-saxons et continentaux est avancé par Weber pour montrer le caractère spécifique d'une causalité juridique, par rapport à la causalité économique. Les « similitudes du capitalisme anglais et du capitalisme continental n'ont pas éliminé les

39. *Op. cit.*, p. 192.

40. *Op. cit.*, p. 193.

41. *Op. cit.*, p. 203.

42. *Op. cit.*, p. 230.

43. Aujourd'hui, le développement de la législation écrite liée à la transposition des directives communautaires constitue probablement une force rationalisante importante pour le système juridique britannique.

44. Ce « rattrapage » dans la rationalisation est symbolisé dans la figure 2 par un trait pointillé allant de la *Common Law* à la rationalisation formelle.

contrastes existants entre les deux types de systèmes » (p. 232). Cette situation permet à Weber de maintenir son refus de rapporter l'analyse des activités sociales à une cause unique et son souci d'envisager une pluralité de facteurs causaux, en sortant tout à la fois de la surdétermination par l'économie⁴⁵ et de l'idéalisme réformateur de Stammer.

Mais à trop vouloir combattre la tentation du réformisme tout en écartant l'illusion d'un déterminisme moniste, la sociologie wébérienne du droit ne se cantonne-t-elle pas dans une forme de positivisme juridique ? Certes, elle permet d'intégrer les attentes que les agents entretiennent en considération des règles de droit. Mais ne s'avère-t-elle pas incapable de prendre en compte le travail juridique permanent qui constitue pourtant une part essentielle de l'activité publique dans une démocratie représentative ? Sans aller jusqu'à la condamnation de l'inflation législative et de la menace qu'une démocratie parlementaire ferait peser sur le droit⁴⁶, la sociologie du droit avancée par Weber ne réduit-elle pas le travail d'élaboration de catégories juridiques nouvelles à l'émergence d'un système juridique rationalisé qui se figerait ensuite dans un ordre politique bureaucraté ?

De la pluralité des mondes possibles du droit dans un processus de rationalisation formelle

La sociologie wébérienne du droit se construit dans un premier temps, au moment du commentaire de l'œuvre de Stammer, contre une forme de réformisme volontariste, en mettant en évidence un « être empirique du droit » permettant de concevoir le droit comme une source de causalité sociale. Pour autant, l'histoire ne s'arrête pas avec l'émergence d'un ordre juridique ayant atteint un niveau élevé de rationalité formelle. Un des grands enseignements de la *Sociologie du droit* est ainsi selon moi de montrer que même un État aussi bureaucraté que l'Allemagne impériale du début du XX^e siècle est traversé par les tensions que porte en lui son ordre juridique. La sociologie wébérienne se présente ainsi comme une sociologie politique du droit qui va au-delà d'une dynamique fondée sur un affrontement politique classique droite-gauche. La tension politique droite-gauche que l'on retrouverait dans l'affrontement entre un « droit naturel matériel », le socialisme, et

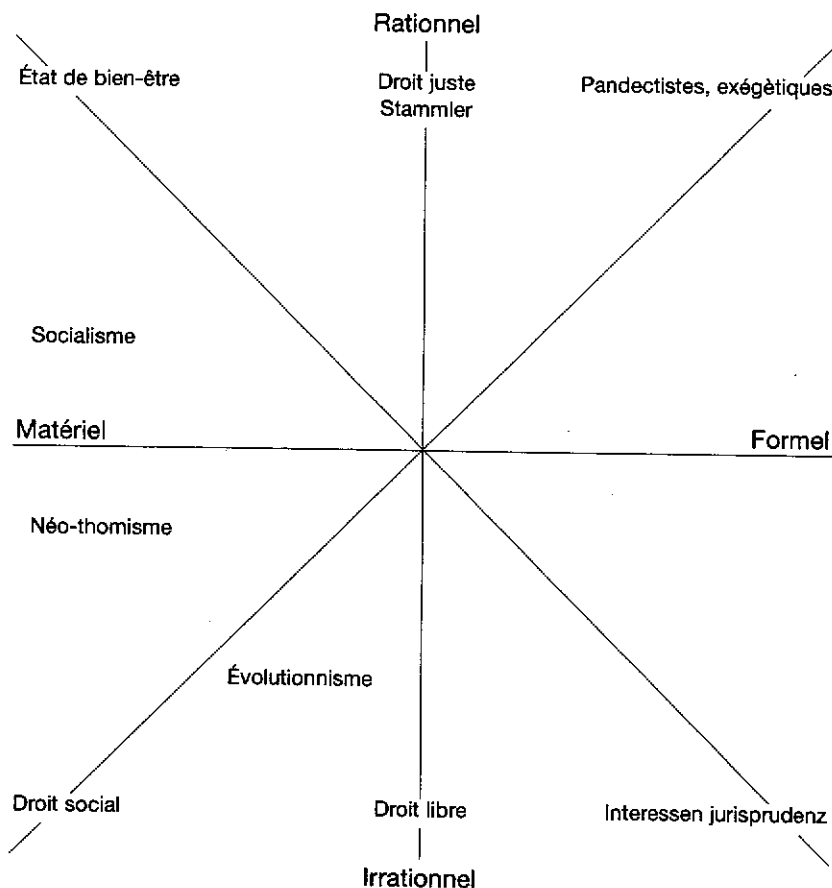
45. Que l'on retrouve simultanément chez les libéraux (qui le prennent avec optimisme) et chez les marxistes (qui y entretiennent leur désespoir en attendant l'effondrement final du capitalisme).

46. Ripert suggère ainsi que le « triomphe de la démocratie » en France est à la source d'une forme d'inflation législative qui remet en cause la liberté nécessaire au capitalisme et cause le « déclin du droit » (cf. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1951, p. 37 et suiv.).

un « droit naturel formel », proche de ce que l'on nomme aujourd'hui le libéralisme, ne permet pas en effet de rendre compte de l'autre source de tension que constitue le « retournement de la rationalité contre elle-même ». Pour envisager la dynamique complexe qui se dégage du croisement de ces deux sources de tensions, la figure 3 esquisse la pluralité des mondes possibles du droit sur laquelle ouvre un système rationnel-formel.

FIGURE 3

L'espace des mondes possibles du droit



Le droit naturel comme politique du droit (axe des abscisses de la figure 3)

Le droit naturel désigne dans l'œuvre de Weber une réflexion théorique sur le droit, que la sociologie du droit ne peut pas tenir indéfiniment à distance quoique, dans un premier temps et comme en témoigne la critique de Stammler, elle ait dû s'en affranchir. Il trouve sa place dans une sociologie du droit, dans la mesure où « du point de vue sociologique, les conceptions du "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 intéressés⁴⁷ ».

Historiquement, la distinction entre droit naturel et droit positif prolonge la distinction entre droit sacré et droit profane que le christianisme, en Occident, a contribué à instituer dans le cadre d'États reposant sur la suprématie militaire. Le droit naturel moderne consiste en la croyance en des droits attachés aux individus : la nature des Lumières succède au sacré de la religion. Sous sa forme première, il se fonde sur le principe que « toute loi repose sur un accord rationnel⁴⁸ » et renvoie à un contrat originaire entre les individus. Il aboutit à la revendication de « droits à la liberté » et avant tout la liberté contractuelle⁴⁹ et rapporte la propriété à l'acquisition par un libre contrat. En tant que tel, il est à la base des « droits révolutionnaires » que l'on trouve en France avec le Code civil ou aux États-Unis avec l'élaboration d'une Constitution opposable devant la Cour suprême à la législation des États. Ainsi, tout en demeurant extérieur au droit positif, il n'est pas sans influence sur son devenir et agit sur lui dans le sens d'une orientation vers un formalisme accru. Le formalisme correspond au respect de procédures établies dans le souci de préserver les droits des individus, il s'oppose à une orientation « matérielle » tendant à un aménagement du droit dans le sens d'une réponse à une « demande sociale » ou de la satisfaction d'un intérêt collectif.

Le droit naturel qui aboutit aux « droits révolutionnaires » de la France et des États-Unis constitue cependant une forme spécifique de droit naturel, le « droit naturel formel », face à laquelle s'affirme une autre conception du droit naturel, le « droit naturel matériel », tel qu'il se manifeste avec le socia-

47. *Op. cit.*, p. 208.

48. *Op. cit.*, p. 221. De nombreux développements dans ce passage retrouvent ce qu'écrit Michel Coutu dans *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 177 et suiv. lorsqu'il envisage les relations entre « droit naturel et différenciation des valeurs ».

49. *Ibid.*

lisme⁵⁰. Tout comme le droit naturel formel, le droit naturel matériel est susceptible d'avoir une influence révolutionnaire comme le montre le cas russe. La révolution russe fait également apparaître, avec violence, les différentes manières d'entendre ce droit naturel matériel :

- soit comme réforme agraire répartissant la terre en parcelles individuelles ;
- soit comme « droit à un minimum vital défini par les besoins traditionnels⁵¹ » ;
- soit comme droit au « produit total du travail⁵² ».

Les influences du droit naturel ne se limitent pas à la révolution contre l'ordre juridique établi. Elles interviennent aussi dans le fonctionnement même des systèmes juridiques existants selon des modalités spécifiques aux formes prises par ces différents systèmes. Weber suggère ainsi une influence réformatrice du « droit naturel matériel » sur les systèmes juridiques, à travers l'« exigence d'un "living wage", c'est-à-dire une variante du droit à un minimum vital défini par les besoins traditionnels. Ce droit ressemble ainsi au *justum pretium exigé* au Moyen Âge par l'éthique chrétienne [...]»⁵³.

Cette tension entre le formel et le matériel ne se réduit donc pas à une opposition nette entre socialisme et libéralisme. Le droit naturel formel, tout comme le droit naturel matériel, est susceptible de prendre des formes variables, de s'« adoucir » au contact de la réalité institutionnelle. Les analyses de Weber suggèrent ainsi que le droit naturel passe du formel au matériel selon une série continue de positions. Elles suggèrent également que, compte tenu de l'influence du droit naturel sur le droit positif, la tension entre le matériel et le formel se retrouve dans l'ordre juridique empirique : ainsi, le droit commercial permet à Weber de montrer l'ouverture du droit formel à une dimension matérielle, à travers la considération de concepts tels que la « volonté » des contractants et l'« entreprise »⁵⁴, ouverture limitée en regard du droit social. Pour rendre compte de cette tension qui traverse le droit tant naturel que positif, je propose de la symboliser par un axe allant continûment du formel au matériel, axe des abscisses dans la figure 3. Le droit naturel peut

50. « Le revirement décisif vers un droit naturel matériel se rattache avant tout aux théories socialistes de la légitimité exclusive des acquisitions fondées sur son propre travail » (*op. cit.*, p. 213).

51. *Op. cit.*, p. 214.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. « La délimitation de la sphère (du droit commercial) est donc fixée » (*op. cit.*, p. 220).

y être représenté comme une force déplaçant le droit positif soit du côté formel, soit du côté matériel.

Le retournement de la rationalisation contre elle-même (axe des ordonnées de la figure 3)

Les deux grands types de droit naturel font apparaître une tension générale entre le matériel et le formel, tout en partageant une orientation générale vers la rationalisation dans la mesure où « ils ont développé la propension vers un droit logique et abstrait, en particulier [dans la mesure où] ils ont accru le pouvoir de la logique dans les faits⁵⁵ ». Ce que Weber identifie comme le retournement de la rationalisation contre elle-même se manifeste tout d'abord par une attaque des dogmes jusnaturalistes qui « ont été désagrégés par le scepticisme positiviste, relativiste et évolutionniste des théoriciens précités. Sous l'influence de ce radicalisme antimétaphysique, les attentes eschatologiques des masses cherchent un appui dans des prophéties et non dans des postulats. Dans le domaine des théories juridiques révolutionnaires, la doctrine du droit naturel est de ce fait abattue par la dogmatique évolutionniste marxiste. Du côté de la science officielle, elle est anéantie par la doctrine comtienne de l'évolution, en partie par les théorèmes historicistes du développement "organiques". La "Realpolitik" qui sous l'influence du pouvoir politique moderne affecte avant tout le droit public a le même effet⁵⁶. » Une telle remise en cause affecte ainsi prioritairement la production législative, en lui donnant pour objectif de réaliser des fins collectives, voire en rejetant son abstraction au profit d'une action gouvernementale libérée du carcan légal et visant à la réalisation de buts concrets. Elle conduit également à porter une attention soutenue au moment de la « découverte du droit » telle qu'elle est pratiquée par les juges et s'accompagne de la promotion d'un droit « charismatique » conférant à l'instance judiciaire un rôle d'invention reconnu dans le fonctionnement du système juridique.

Cet attachement à l'inventivité du juge dans la découverte du droit se manifeste sous deux formes dans le dernier chapitre de *Sociologie du droit* :

1. La première forme se dégage de la critique de la « morale commerciale » menée au nom d'un « droit social » lié à l'« éveil des problèmes de classe⁵⁷ ». Cette critique part de l'« exploitation de la détresse⁵⁸ »

55. *Op. cit.*, p. 215.

56. *Op. cit.*, p. 216.

57. *Op. cit.*, p. 225.

58. Cette notion renvoie selon Weber à la loi sur l'usure. Elle est également au centre des débats sur le contrat de travail en France au début du XX^e siècle (cf. mon

liée à cette morale commerciale pour revendiquer une « justice matérielle au lieu d'une égalité formelle⁵⁹ ». Pour ce faire, elle vise à conférer un droit d'action en justice très large aux victimes de l'« exploitation » ainsi qu'une marge d'appréciation importante à des magistrats non professionnels tels que, par exemple, les conseillers prud'hommes⁶⁰. Plus généralement, c'est le caractère incompréhensible de l'activité des juges et des avocats qui est au centre des quolibets des « profanes » à l'égard du droit.

2. La seconde forme correspond à l'accent mis par les juristes, dans le domaine de la théorie du droit, sur le travail du juge professionnel. Pour remédier à la « technicisation » de leur activité⁶¹, juges et juristes tendent à revendiquer un pouvoir créateur qui complète la création législative du droit, en s'appuyant notamment sur l'exemple de l'article premier du Code civil suisse qui dégage une marge d'appréciation pour le juge en cas de silence de la loi.

On voit ainsi se dégager, dans cette mise en avant de la justice, deux démarches parallèles et à certains égards contradictoires, qui nous ramènent à la tension qui traverse le droit naturel. Dans le premier cas, le retour sur la justice vise à un rapprochement entre décision judiciaire et éthique : il correspond à une forme d'« irrationalisation matérielle ». Dans le second, c'est au contraire le formalisme du procès et la capacité du juge professionnel à régler le litige qui sont avancés contre l'abstraction de la règle.

Comme pour le droit naturel, la tension entre le formel et le matériel aboutit à une série continue de positions possibles entre la critique socialiste du formalisme du droit bourgeois et la critique d'un étouffement de la capacité créatrice des juges par le droit légiféré⁶². Au sein de l'univers de la théorie du droit et de la doctrine par exemple, Weber relève une pluralité d'analyses

ouvrage *Naissance de la convention collective*, *op. cit.*) et fait écho aux positions des sociaux-démocrates allemands qui tentent de faire de l'exception de dol la base d'un droit d'action générale contre l'exploitation dans le contrat de travail.

59. *Op. cit.*, p. 226 (je souligne).
60. On pourrait verser au soutien de l'analyse de Weber la situation de crise que connaissent ces conseils de prud'hommes en France, avec, par exemple en 1903, la grève du conseil de prud'hommes de Paris contre la jurisprudence de la Cour de cassation sur le délai-congé et la rupture du contrat de travail (cf. Claude DIDRY, *Naissance de la convention collective*, *op. cit.*).
61. « Les juges modernes réduits à l'interprétation des paragraphes et des contrats, travaillant comme un automate dans lequel on jeterait les faits et les frais de justice et qui cracherait le jugement et les motifs [...] » (*op. cit.*, p. 226).
62. Cette série continue de positions possibles entre la rationalisation et sa négation est représentée par l'axe des ordonnées dans le figure 3.

allant, pour certains juristes, jusqu'à la « nostalgie d'un droit supra-positif ». Cette nostalgie aboutit même à une ouverture sur des idéaux ouvertement « matériels », dans les cas notamment du catholicisme social et de l'évolutionnisme⁶³.

Hypothèse conclusive sur la réflexivité du droit dans un régime parlementaire

Si elle permet d'entrevoir une pluralité d'ouvertures – de « mondes possibles » – pour le développement d'un système juridique rationnel formel, la *Sociologie du droit* ne va pas jusqu'à une analyse explicite des rapports entre les attentes des agents et la production de lois nouvelles dans un système hautement rationalisé. Weber y évoque très rapidement les « influences engendrées par les demandes sociales de la démocratie et par l'idéologie de bien-être de la bureaucratie monarchique⁶⁴ » et suggère ainsi l'existence d'instances dont l'activité première et continue est la production de règles nouvelles. Il suggère de plus que la rationalité formelle du droit tient à l'existence d'un corpus de règles juridiques systématiquement ordonnées autour desquelles s'organisent tout à la fois :

- les attentes des agents dans le cours de leurs activités courantes et l'expression de leurs litiges ;
- les décisions des juges et la garantie d'exécution par le recours possible à la force publique, dans un État bureaucratisé.

À ce titre, les écrits de Weber conduisent à deux conclusions critiques :

- 1) La portée de lois nouvelles ne se déduit pas simplement des valeurs revendiquées par leurs promoteurs. Son évaluation implique également de prendre en compte les conditions empiriques de mobilisation de la règle envisagée. Ainsi, en prenant pour exemple un article du Code civil, Weber avance deux interrogations possibles : « On peut d'abord se demander ce que l'article en cause "signifie" *conceptuellement*. On peut ensuite se poser cette autre question : "Quel effet a-t-il *empiriquement* ?" Une discussion féconde de la valeur éthique, politique, etc. de l'article considéré présuppose la réponse à ces deux questions. » Le travail du sociologue attentif à la dimension empirique

63. « Dans les théories de Comte, les "attentes" que les intéressés sont en droit d'avoir étant donnée la conception moyenne des obligations d'autrui, doivent servir de normes décisives souveraines supérieures à la loi et remplacer des concepts comme celui d'"équité" et autres qui sont trop vagues » (*op. cit.*, p. 228).

64. *Op. cit.*, p. 226.

du droit peut ainsi devenir le complément important d'une activité politique guidée par des valeurs et des principes relevant de ce qu'on peut appeler dans un sens large, un « droit naturel ».

- 2) Les ambitions de donner un pouvoir de création du droit au juge (telles qu'on les trouve dans les analyses de certains courants politiques ou de certains juristes) sont des utopies en ce qu'elles omettent le rôle structurant des règles (notamment dans des systèmes juridiques continentaux comme le système juridique de l'Allemagne impériale envisagé dans le dernier chapitre de la *Sociologie du droit*).

De ces deux conclusions critiques, on arrive à ce que je propose de présenter comme une hypothèse : une *sociologie du droit dans un système juridique rationalisé est simultanément une sociologie politique et une sociologie judiciaire*. La sociologie politique s'entend d'une enquête sur les activités qui se déroulent au sein des instances de production de règles nouvelles⁶⁵. Elle implique de voir comment les agents qui y prennent part lient, dans leurs propos, la défense de valeurs et une connaissance du fonctionnement du système judiciaire. La sociologie judiciaire s'entend de l'analyse des activités juridictionnelles, en prenant en considération la réception de règles nouvelles par les agents. Les analyses de Weber nous mettent ainsi sur la voie d'une approche consistant à envisager le droit comme une activité *politique* dominée par des « apprentissages institutionnels⁶⁶ » qui se nourrissent de la connaissance du droit de manière tant empirique que dogmatique. Ces apprentissages institutionnels articulent deux niveaux en miroir : aux intérêts des agents « ordinaires » pour les changements qu'introduisent des lois nouvelles dans leurs situations répondent l'identification de problèmes juridiques et la recherche de leur résolution par le législateur aidé de juristes⁶⁷, à partir de la connaissance sélective du système judiciaire que représente la jurisprudence.

65. Que ce soit dans le cadre d'un État monarchique bureaucraté ou dans celui d'un État démocratique.

66. Cette notion est au centre de mon mémoire d'habilitation *Éléments pour une sociologie du droit du travail*, soutenu à Paris en 2002.

67. J'ai ainsi découvert (dans *Naissance de la convention collective*, *op. cit.*) la base d'un nombre important de propositions de loi en droit du travail dans les premières décennies du XX^e siècle : un projet de loi sur le contrat de travail établi au terme de quatre années de débats entre 1904 et 1908, par la Société d'études législatives regroupant les professeurs agrégés de droit privé autour d'une ambition plus vaste de rénovation du Code civil à l'occasion de son centenaire. Il faudrait également envisager l'activité de mise en cohérence des projets de loi que réalise, en France, le Conseil d'État et que décrit Bruno LATOUR dans *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Paris, 2002.

C'est probablement à ce souci de production éclairée de la loi que répond le pouvoir d'enquête revendiqué par Weber pour les parlementaires, dans les réflexions prospectives sur le parlementarisme qu'il publie à partir de 1917. Weber suggère que le parlementarisme est susceptible de conduire la réflexion politique dans le sens d'une « sophistication »⁶⁸ qui ne se retrouve ni dans la monarchie, la démocratie plébiscitaire ou le césarisme⁶⁹. Un régime monarchique présente, à cet égard, le défaut de prendre des décisions dans le secret des cabinets royaux, en interdisant tout travail législatif éclairé. La démocratie plébiscitaire réduit le travail législatif à un choix binaire entre l'acceptation ou le refus par référendum de projets de loi dont la production reste en dehors de la scène politique et interdit de ce fait l'élaboration de lois établissant un compromis subtil entre des intérêts et des valeurs différents⁷⁰. En revanche, le parlementarisme conduit à l'élaboration de lois complexes dont la portée causale telle qu'elle se dégage, de manière heuristique, de la doctrine juridique et des « maximes d'action » que se forment les agents « ordinaires », implique une démarche empirique au plus proche des individus concernés par le droit. Le courageux plaidoyer de Weber pour le parlementarisme au cœur de la Première Guerre mondiale constitue ainsi à mes yeux un élément central pour approfondir la portée de sa sociologie politique. La démocratie parlementaire présente certes le mérite de dégager une pluralité de leaders ayant la capacité de faire face à la responsabilité du pouvoir, de sorte que l'on peut y retrouver une place pour la légitimité charismatique. Cependant, le plus important est probablement moins ici la découverte du leader, que sa recherche au sein d'un système de commissions parlementaires qui

68. Le terme de « sophistication » se dégage du contraste entre ce que l'on peut attendre du parlementarisme et l'héritage catastrophique de Bismarck de ce point de vue, notamment en ce qu'il a ouvert la voie au « régime des fonctionnaires » et au conformisme aux plus hauts niveaux de l'État et qu'ainsi « He left behind him a nation without any political sophistication » (« Parliament and Government in a Reconstructed Germany », appendix II, *Economy and Society*, Guenther Roth et Claus Wittich (dir.), University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978 (trad. de « Parliament und Regierung im neugeordnete Deutschland », 1^{re} éd. 1918) p. 1381-1469, p. 1392).

69. Que Bismarck a incarné en écrasant le parlementarisme et en suscitant une admiration vive pour « the admixture of violence and cunning, the seeming or actual brutality of his political approach », occultant « the greatness of Bismarck's sophisticated and commanding intellect » (*op. cit.*, p. 1385). Le problème a été, outre l'absence d'éducation politique de la nation, la succession de Bismarck avec l'arrivée de bureaucrates en position de responsabilité politique.

70. « The plebiscite, as a means of election as well as of legislation, has inherent technical limitations, since it only answers "Yes" or "No". [...] The referendum does not know the *compromise*, upon which the majority of all laws is based in every mass state with strong regional, social, religious and other cleavages » (*op. cit.*, p. 1455).

permet à l'homme politique d'affiner sa vocation par une connaissance de la réalité, en sortant du ressentiment contagieux du démagogue. Au centre de cette réalité, la connaissance de la mobilisation du droit existant et de sa portée sont des plus nécessaires pour élaborer une contribution « positive » à l'amélioration de l'édifice juridique.

Cette hypothèse se rapproche d'une sociologie « autopoïétique » du droit telle que la développent Niklas Luhmann⁷¹ ou Gunther Teubner⁷², à condition d'intégrer dans les pratiques juridiques le rapport des particuliers au droit et le rôle de l'État comme pouvoir législatif, judiciaire et organisation bureaucratique. Il s'agit en d'autres termes de sortir d'une conception « autarcique » du droit⁷³, qui s'en tiendrait aux seules activités des juges et des juristes, en omettant les activités sociales orientées par rapport au droit telles que celles du législateur et des particuliers auxquels le droit est destiné. La notion d'« apprentissage institutionnel » traduit le besoin d'envisager, au-delà de la « doctrine » et sans cependant la négliger, les modes de connaissance « profane » et politique du droit pour concevoir sa dynamique, autrement que comme *adaptation* à un mouvement économique et social qui lui serait extérieur. Dans cette perspective, le souci wébérien de dégager une causalité propre du droit au sein d'un faisceau large de causes rappelle que la première raison d'être de la sociologie est de sortir d'un déterminisme moniste de la vie sociale pour ouvrir la voie à une activité sociale consciente de ses apports historiques et de ses responsabilités politiques.

71. Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 11-12, 1989, p. 53-66.

72. Gunther TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Bruylant, 1996.

73. *Ibid.*, p. 10.

« Le monde subjectif dans lequel se joue la vie du droit... ». Une interprétation de Georg Jellinek

par Olivier JOUANJAN

Ce qui devrait frapper le lecteur un peu attentif de l'œuvre de Georg Jellinek (1851-1911), c'est à la fois la profonde unité et la réelle continuité de la pensée. L'unité signifie qu'il y a un « système » de la science jellinéenne du droit, mais un système de nature et de complexion différentes des grandes entreprises systématiques des juristes allemands du XIX^e siècle. La continuité ne signifie pas, bien sûr, que cette pensée n'évoluerait pas, qu'elle serait fixée aux prémisses des premiers écrits. Elle signifie plutôt que les évolutions qui l'affectent s'organisent autour d'une position fondamentale qui est exprimée dès l'écrit de 1878 sur la signification éthique et sociale du droit, jusque dans la *Théorie générale de l'État* dans ses trois éditions entre 1900 et 1914, ou encore dans l'opuscule de 1905 consacré aux changements constitutionnels informels. J'explicitai plus bas cette position.

À titre introductif et pour insérer mon propos dans le cadre du présent colloque, je dirai seulement d'emblée que cette thèse, préparée donc dès 1878, ne doit évidemment rien à Max Weber. Jellinek fait la connaissance personnelle de Weber lorsque ce dernier arrive à Heidelberg en 1897, succédant à Karl Knies dans la chaire d'économie nationale et de sciences financières¹. Jellinek y est en poste depuis 1892 déjà. Tout complotait à les unir en une

1. Voir D. KÄSLER, *Max Weber. Eine Einführung in Leben, Werk und Wirkung*, Frankfurt a. M. ; New York, Campus, 1995, p. 22.