

22

00

21



LEX

ELECTRONICA

Volume 27 Numéro 1

CENTRE
DE RECHERCHE
EN DROIT
P.J.S.I.C.



TABLE DES MATIÈRES

Les rationalités du droit entre formalisme, empirisme et rematérialisation.....	4
Partie introductive	4
Seconde partie : La rationalisation du droit (stades de développement)	6
Considérations d'ensemble.....	11

LES RATIONALITÉS DU DROIT ENTRE FORMALISME, EMPIRISME ET REMATÉRIALISATION¹

Compte-rendu de *Reading Max Weber's Sociology of Law* Oxford University Press, 2020, 195 pp., (trad. par Matthew Philpotts) de Hubert Treiber.

Michel Coutu

Professeur titulaire,
École de relations industrielles,
Université de Montréal

Récemment, au moins trois ouvrages (à notre connaissance) sont parus en langue anglaise sur la *Sociologie du droit* de Max Weber², faisant suite à la publication en 2011 de la version définitive de l'œuvre, réunissant deux parties du traité monumental *Économie et société*, comme volume I/22-3 de la *Max Weber Gesamtausgabe*³. L'ouvrage le plus récent, paru en 2020, est celui d'Hubert Treiber, professeur émérite à la Faculté de droit de l'université Gottfried Wilhelm Leibniz de Hanovre. Nourri par une connaissance encyclopédique non seulement des travaux de Max Weber mais aussi d'une large part de la littérature juridique, sociale et historique pertinente (en particulier de langue allemande), l'ouvrage de Hubert Treiber offre des clés d'accès claires et simples à la *Sociologie du droit*, en structurant l'exposé autour des stades de développement du droit identifiés, bien sûr en tant que stylisation idéal-typique, par le sociologue.

PARTIE INTRODUCTIVE

Dans *Reading Max Weber's Sociology of Law*, l'auteur consacre une partie introductive (p.1-38, en incluant les chapitres 1 et 2) aux questions suivantes : la datation de la *Sociologie du droit*, certaines précisions terminologiques indispensables, enfin les objectifs poursuivis par Weber. Le volume I/22-3 de la *MGW* rassemble les deux textes d'*Économie et société* qui traitent de manière approfondie des rapports entre le droit et les autres sphères d'activité : la section intitulée « Die Wirtschaft und die Ordnungen », consacrée en grande partie à la réfutation des thèses de Rudolf Stammler relatives aux rapports entre économie et droit⁴ et le long chapitre d'*Économie*

1 Une version en langue anglaise de ce texte, avec un appareil de notes spécifique, est parue dans la revue *Max Weber Studies*, vol. 21.2 (2021) 245-258, sous le titre "The Rationalities of Law between Formalism, Empiricism and Rematerialisation".

2 Outre Treiber, cf. Werner Gephart, *Law, Culture and Society: Max Weber's Comparative Cultural Sociology of Law*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2015; Michel Coutu, *Max Weber's Interpretive Sociology of Law*, Londres, Routledge, 2018. En langue française nous n'avons pas connaissance de monographies récentes sur le sujet. Signalons toutefois la parution d'un ouvrage collectif réalisé sous la direction de Jean-Philippe Heurtin et Nicolas Molfessis, *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz-Sirey, col. « L'esprit du droit », 2006.

3 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Recht, Max Weber-Gesamtausgabe, Bd I/22-3*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010 (trad. fr. par J. Grosclaude: Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986).

4 Voir Max Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. de M. Coutu et D. Leydet avec la collaboration de G. Rocher et E. Winter, Québec/Paris : Les Presses de l'Université Laval/Cerf, coll. « Passages », 2001. Traduction de „R. Stämmers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung" et de „Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stämmers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung „ par Max Weber, dans *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988, p. 291-383.

et société (généralement désigné « Sociologie du droit ») analysant la rationalisation du droit⁵. La datation précise des différents textes formant cet ouvrage posthume qu'est *Économie et société* représente un défi en soi et a suscité nombre de controverses. S'appuyant sur les travaux de Wolfgang Schluchter, Werner Gephart et Siegfried Hermes⁶, et sur sa propre connaissance, exceptionnelle, de l'œuvre webérienne, Treiber rattache les deux grands textes sur le droit, vu la terminologie employée, à la publication de l'article de 1913 de la revue *Logos* portant « Sur quelques catégories de la sociologie compréhensive »⁷. Le parachèvement du texte portant sur la sociologie du droit (le second texte) daterait par conséquent du début ou du milieu de l'année 1913.

Concernant la terminologie mobilisée par Weber, Treiber souligne la distinction entre les conceptions sociologique et juridique du droit, impliquant respectivement une recherche empirique ou normative de la « validité ». L'auteur insiste sur l'acception particulière de la notion « d'ordre » chez Weber, soit un complexe de représentations et de maximes de la conduite orientant le comportement des acteurs, dont la stabilité est d'autant assurée qu'il y a croyance en la légitimité. Quant à la définition sociologique du droit, lequel se distingue de la pure convention (dont l'effectivité peut toutefois être redoutable) par la présence d'un appareil de contrainte, il faut d'abord se prémunir contre l'erreur d'assimiler Weber à une théorie de la coercition, vu notamment l'importance attribuée à la légitimité (au sens sociologique du terme). La notion d'ordre se rattache au demeurant à un ensemble de relations sociales dotées d'une certaine stabilité, le groupement (*Verband*), qui peut être soit une association volontaire (*Verein*), soit une institution (*Anstalt*) : il est tout à fait erroné, contrairement au préjugé courant, vu la pluralité des groupements susceptibles de produire des règles juridiques, d'assimiler Weber à une vision *étatiste* du droit. Pour Treiber, Weber fut « an early representative of legal pluralism, if not in fact its progenitor, event if some in this theoretical school wrongly attributed to him a 'statist definition of law' » (p.21).

Le second chapitre traite des objectifs visés par Weber dans sa *Sociologie du droit*. Il faut aller au-delà de l'impression d'hétérogénéité qui se dégage d'un premier regard sur l'œuvre. Le concept de rationalisation du droit s'impose comme fil conducteur. Treiber relève les éléments qui, pour Weber, témoignent de la rationalité du droit. En premier lieu, la généralisation, c'est-à-dire la réduction des motifs de la décision à un ou des principes ou propositions juridiques (*Rechtssätze*). La généralisation implique un travail analytique (dégager les éléments juridiquement significatifs) et éventuellement synthétique (regrouper ces éléments en propositions

5 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Recht*, op.cit., p.191- 247; p.274 -639

6 V. notamment Wolfgang Schluchter, „Entstehungsgeschichte“, dans Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft. Entstehungsgeschichte und Dokumente*, Max Weber-Gesamtausgabe, Bd I/ 24, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 1-133.

7 Max Weber, „Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie“ (1913), dans *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, op.cit, p. 403-450. (Trad. fr. par J. Freund : Max Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p.303-364).

juridiques abstraites ou, alternativement, sous la forme d'une casuistique). En second lieu, lorsqu'elle se fonde sur un degré élevé de sublimation logique, la généralisation conduit à la systématisation. Celle-ci implique la mise en cohérence de l'ensemble des propositions juridiques, comme système de normes (théoriquement) exempt de lacunes. La référence historique au pandectisme -point sur lequel nous revenons *infra-*, devient manifeste chez Weber, comme étalon de mesure du degré le plus élevé de la rationalité juridique. Toutefois, relève Treiber en reprenant la formule d'Otto Kahn-Freund, se voit ici opposée la fiction de la fermeture logique du droit à celle de sa continuité historique revendiquée par la *common law*⁸.

Sur la base de ces éléments (généralisation, analyse, synthèse, systématisation), Weber établit des types idéaux de la rationalité du droit, généralement présentés par les commentateurs de la *Sociologie du droit* sous la forme d'un quadrant fondé sur les couples oppositionnels *formel/matériel* et *rationnel/irrationnel*. Ce faisant, on laisse complètement de côté la distinction qu'utilise Weber (pas toujours de manière pleinement cohérente toutefois) entre l'opposition, propre à la langue allemande, *formal/material* et la dichotomie *formell/materiell*. En écartant ces distinctions, certaines traductions rendent de manière incompréhensible (ou inadéquate) la typologie forgée par Weber, laquelle repose suivant Hubert Treiber, quant au couple *formell/formal*, sur l'opposition entre le procédural et le substantiel.

SECONDE PARTIE : LA RATIONALISATION DU DROIT (STADES DE DÉVELOPPEMENT)

Dans la *Sociologie du droit*, Weber identifie quatre stades de développement du droit au regard de sa rationalisation : 1) la révélation charismatique du droit; 2) la découverte du droit par les notables juridiques; 3) l'imposition du droit par les autorités théocratiques et l'*imperium* princier; 4) La mise en cohérence logique du droit par les juristes universitaires. Treiber, dans l'essentiel de son texte (p.38-169), reprend de manière systématique ces quatre phases, ce qui permet d'éclairer grandement la démarche de Weber en la ramenant à l'essentiel. Quant au premier stade, écrit Treiber, Weber est avare de détails, ne définissant pas (au contraire de sa sociologie des religions) ce qu'il faut entendre par « prophète du droit ». On pourrait croire que Weber vise surtout le prophétisme magique, en se référant aux détenteurs d'un charisme fondé sur la magie les autorisant à « dire le droit » dans le contexte de communautés où la tradition est sacralisée et fait obstacle en principe à toute innovation juridique. Mais Treiber dirige plutôt le regard vers la prophétie éthique, celle portée par Moïse ou Mahomet, par exemple. Pour l'auteur, ce dernier représente l'illustration historique la plus claire d'une révélation charismatique du droit par le prophétisme (même si,

⁸ Otto Kahn-Freund, „Einleitung“, dans Karl Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, Stuttgart, G. Fischer, 1965, p.1-44 (trad. angl. « Introduction » to Karl Renner, The Institutions of Private Law and their Social Functions, New Brunswick, Transaction Publishers, 2010, p. 1-43).

par ailleurs, le nombre de sourates portant spécifiquement sur des normes juridiques dans le Coran demeure restreint)⁹.

Le second stade de rationalisation du droit est marqué par sa professionnalisation progressive, sous l'égide de porteurs spécialisés que Weber dénomme *Rechtshonoratioren* (notables juridiques) dont la formation est d'essence empirique et les intérêts d'ordre pratique, liés aux attentes des intéressés au marché. Hubert Treiber compare à ce sujet l'évolution historique de deux corpus juridiques de toute première importance, soit le droit romain et la *common law*. À Rome, le droit est d'abord dominé par les préceptes de la religion rituelle, empreinte au reste d'éléments magiques qui imposent une procédure très formaliste (le prononcé sans faute de formules stéréotypées), en soi irrationnelle. Se référant à Eugen Ehrlich (sans conteste une source d'inspiration pour Weber)¹⁰, mais aussi aux travaux de spécialistes contemporains tels Waldstein/Rainer, Kaser et Peter¹¹, Treiber montre que ce formalisme procédural a favorisé à terme la rationalisation du droit, en se traduisant par l'adoption de formes d'actions (*actio legis*) développant une approche analytique. Du point de vue substantiel, procédure et matière juridiques s'entrelacent, si bien que tout le contenu du droit se décompose en formes d'actions individuelles.

Le parallèle avec le système des *writs* en droit anglais est frappant. Comme le souligne Kahn-Freund¹², dans les deux cas la démarche analytique aboutit à une forte casuistique, réfractaire aux définitions de portée générale. Paradoxalement, la structure et la méthodologie du droit romain classique se révèlent plus proches de la *common law* que du droit continental européen pourtant fondé sur la réception savante du premier¹³. Suivant Treiber, Weber n'appréhende par ailleurs le droit anglais qu'à grands traits, en considérant quasi en bloc la vaste période qui va de l'établissement des tribunaux royaux sous Henri II (1154-1189) à la réforme procédurale et judiciaire du 19^e siècle. Ce n'est pas l'histoire détaillée de la *common law* (et de l'*equity*) qui l'intéresse, mais sa reconstruction sous forme d'idéaltypes, pour en évaluer la spécificité au regard de la rationalisation du droit. Enfin, au-delà du parallèle (relatif) entre *writs* et *actiones*, Weber s'attarde avant tout au rapport du droit anglais à l'empirisme juridique qui en est caractéristique, tant du point de vue de l'apprentissage que de la pratique du droit. La centralisation de la justice

9 Au rang des sources citées par H. Treiber, mentionnons : Mathias Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, Munich, CH Beck, 2011; Ignaz Goldziher, „Die Religion des Islam“, dans Paul Hinneberg (dir.), *Die orientalischen Religionen (Die Kultur der Gegenwart. Ihre Entwicklung und ihre Ziele. Teil 1, Abt. 3, 1)*, Berlin/Leipzig, Teubner, 1906, p. 87-135; ainsi que Wolfgang Schluchter, *Max Webers Sicht des Islam. Interpretation und Kritik*, Francfort, Suhrkamp, 1987.

10 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1913.

11 Cf. Wolfgang Waldstein et Johannes Michael Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, Munich, C.H. Beck, 2014; Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993; Hans Peter, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*. Tübingen, Mohr, 1957 (sources citées par H. Treiber).

12 Otto Kahn-Freund, „Einleitung“, *loc.cit.*, p. 11.

13 Sur la réception du droit romain par le droit continental européen du Moyen-âge aux Temps modernes, Treiber cite notamment: Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967; Wolfgang Sellert, „Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse“, dans H. Bockmann et al., *Rechts und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1998; *Id.*, „Rechtsbildung in Deutschland im Zeitalter der Rezeption“ dans Jörg Wolff et al. (dir.), *Studien zur Kultur- und Rechtsgeschichte 1*, Mönchengladbach, Forum Verlag, 2005, p. 181-203; Peter Stein, *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, Francfort, Fischer, 1996; Hermann Lange et Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter: Die Glossatoren*. Munich, C.H. Beck, 1997.

royale, elle-même la résultante de facteurs politiques propres à l'administration normande, a favorisé en retour le regroupement à Londres de l'activité des praticiens du droit, sous la forme d'une association fermée imposant, notamment pour bloquer toute concurrence des universités, une formation purement pratique des candidats à la profession juridique, régie par les *Inns of Courts*.

S'appuyant sur une vaste littérature spécialisée¹⁴, Treiber met en exergue la réflexivité graduelle du droit anglais par rapport aux intéressés au marché (propriétaires terriens et marchands), souvent irrités par la rigidité initiale des formes procédurales. La pression des intérêts économiques conduit les juristes anglais (y compris les magistrats) à insuffler une certaine souplesse à la *common law*, par exemple en matière de *trespass* ou d'*assumpsit*. Complétant à cet égard l'exposé de Weber, Treiber considère en particulier l'évolution des règles juridiques relatives à la catégorie centrale du contrat, où le formalisme originel (exigence d'un écrit solennel) laisse place à des modalités informelles d'entente, en l'absence toutefois de toute théorie contractuelle générale. Le recours accru à la procédure d'*equity* appliquée par le chancelier contraint également les juridictions de *common law* à faire preuve d'innovation, leurs intérêts matériels étant en jeu. Ces intérêts matériels (les frais judiciaires à la base des revenus des magistrats) sont aussi à l'origine de la concurrence entre les cours royales appliquant la *common law*, vu l'absence de délimitation juridictionnelle de la compétence.

Le troisième stade de rationalisation de la sphère juridique concerne pour Weber l'octroi du droit par les pouvoirs princiers et théocratiques. Quant à ces derniers, Treiber oppose deux systèmes de droit sacré portés largement par des juristes spécialisés, soit le droit musulman et le droit canon. Le droit musulman s'est heurté rapidement à des obstacles à la rationalisation formelle, tant du fait de raisons intrinsèques -la sacralisation de la tradition limitant les possibilités d'innovation – que de facteurs politiques (l'absolutisme de la domination, l'absence d'autonomie de la ville orientale, etc.)¹⁵. Par contre, le droit canon a très nettement favorisé la rationalité formelle, en rejetant les modes irrationnels de preuve imprégnant le droit médiéval et en se soumettant à des normes adoptées rationnellement (résolutions conciliaires, décrétales, etc.) vu la centralisation administrative de l'Église, celle-ci bénéficiant au demeurant, face aux pouvoirs princiers, d'une autonomie normative normalement incontestée et s'étendant à toute la chrétienté¹⁶.

14 Treiber se réfère notamment à : Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Legal Western Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983; J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Raoul C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1956.

15 Voir aussi Harald Motzki, *Die Anfänge der islamischen Jurisprudenz: ihre Entwicklung in Mekka bis zur Mitte des 2./8. Jahrhunderts*, Stuttgart, F. Steiner, 1991 (trad. angl.: *The Origins of Islamic Jurisprudence: Meccan Fiqh Before the Classical Schools*, Leiden, Brill, 2002); Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Joseph Schacht, „Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts“, *Der Islam; Zeitschrift für Geschichte und Kultur des Islamischen Orients* 22 (1935): 207 (sources citées par H. Treiber).

16 Cf. notamment Peter Landau, „Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur“, dans *Id., Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, Badenweiler, Wissenschaftlicher Verlag, 2013, p. 233-253; *Id.*, „Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien“, dans *ibid.*, 2013, p. 255-284 (sources citées par H. Treiber).

Le rôle joué par l'*imperium* princier dans la rationalisation du droit illustre à cet égard l'étroite imbrication des facteurs politiques et juridiques et notamment l'importance décisive du type d'appareil administratif soutenant le prince dans l'exercice de la domination. Il convient de distinguer entre l'administration de notables (par exemple la *gentry* en Angleterre), peu coûteuse, numériquement limitée en importance et apte à fonctionner sans grande aspiration à la rationalité du droit, et l'administration bureaucratique, issue à l'origine de la nécessité du maintien d'une armée permanente et des moyens fiscaux que cela implique, et qui au contraire fait appel à une telle rationalisation. Comme le souligne Treiber, en l'absence d'une sphère économique autonome où les intérêts bourgeois favorisent également la rationalité juridique, l'*imperium* princier aspire à une rationalisation matérielle du droit. C'est donc la conjugaison des deux éléments, bureaucratiques et bourgeois, qui apparaît davantage propice au développement d'un droit formellement rationnel : « the driving force for a formal rationalization of the law was the coincidence of princely and bourgeois interests, especially as the 'private economic rationalism of the bourgeois strata' correlates with the 'utilitarian rationalism of administration by public officials' » (p. 136).

Treiber revient ensuite sur l'analyse des codifications à laquelle se livre Weber. Deux codifications en particulier peuvent être comparées : l'*Allgemeine Landrecht* prussien (1794), monument de l'État-providence, et le *Code civil* napoléonien (1802), produit du droit naturel moderne d'essence révolutionnaire. La codification prussienne subit aussi l'influence du droit naturel, par sa recherche d'une mise en cohérence rationnelle du droit existant; mais elle reflète avant tout les préoccupations de l'administration princière patrimoniale, orientées vers une rationalisation matérielle et non formelle des normes juridiques¹⁷. Le Code civil français s'en distingue fortement par sa volonté, en principe du moins, d'établir un nouveau droit exempt des préconceptions forgées par l'Histoire : « For Weber, it is, above all, a 'child of the revolution', influenced both by the Enlightenment and belief in reason and by thinking based on natural law » (p.141). L'attachement à l'individualisme libéral et à la liberté contractuelle traduit dans le *Code civil* le triomphe des exigences propres aux classes bourgeoises, alors que l'*Allgemeine Landrecht* reflète plutôt les caractéristiques de la société des « états » (*Ständestaat*), produit de la féodalité tardive.

Enfin, le quatrième stade de rationalisation du droit voit celle-ci portée par les juristes universitaires. Treiber centre son attention, d'une part, sur la proximité de l'idéaltype, chez Weber, avec la position dominante qu'occupe le pandectisme en Allemagne au 19^e siècle dans la sphère juridique, d'autre part, sur l'analyse critique que fait le sociologue des tendances à la « rematérialisation » du droit contemporain.

17 Cf. notamment Gerhard Dilcher, „Die janusköpfige Kodifikation. Das preußische Allgemeine Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte“, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2.3 (1994): 446-469 (cité par H. Treiber).

Weber assimile la rationalité formelle du droit, dans sa plénitude, avec les éléments caractéristiques dont se réclame la science des pandectes, en particulier la complétude, la fermeture logique, la systématisme, etc. Treiber, de manière particulièrement éclairante, analyse à ce sujet le système unifié de propositions juridiques élaboré par Georg F. Puchta, membre de l'aile romaniste de l'École historique du droit¹⁸. Le système de Puchta se présente comme un ensemble rigoureusement cohérent de propositions juridiques se rapportant à un principe premier, suivant lequel « tout droit est application de la volonté dirigée vers un objet »¹⁹. Par exemple, souligne Treiber, la propriété consiste, suivant Puchta, en l'assujettissement d'une chose à la volonté individuelle, soit en totalité, soit partiellement (*ius in re*). Puchta assure qu'il s'agit ici d'une différence logique fondamentale, alors que sont accessoires les différences constatées historiquement, ainsi quant aux traits particuliers qu'ont revêtues l'emphytéose, les servitudes, etc. Les différences logiques fondamentales (par exemple, pour poursuivre l'exposé, entre les servitudes réelles et personnelles) sont réunies par Puchta dans une perspective historiciste, par classification des genres et des espèces. Mais le juriste est toujours en mesure, en ne se limitant pas aux seules différences fondamentales découlant logiquement de son principe premier, de faire place dans son système aux propositions juridiques contingentes mais valides en pratique. Comme l'écrit Treiber : « Although Weber's comments might suggest as much, Puchta's system is in no way characterized by a remoteness from everyday life"... Measured against Weber's ideal-typical construction of 'logically clear, internally consistent, and, at least in theory, gapless system', the 'logical sublimation of the system' in Puchta's work proves to be, to some extent, 'underdeveloped'» (p.155).

À cette surévaluation apparente de la rationalité formelle présente chez les tenants du pandectisme correspond le rejet par Weber des tendances antiformelles se manifestant dans le droit contemporain. Weber avait bien sûr été témoin des vives critiques adressées, à commencer par Jhering, contre la «jurisprudence des concepts»²⁰. Même s'il reconnaît parfois la justesse de certaines de ces critiques (ainsi la prétention à l'absence de lacunes), Weber assimile néanmoins les tendances à la rematérialisation du droit à une fuite dans l'irrationnel. Au-delà des intérêts de classe en jeu, il y a aussi l'aspiration des juristes professionnels à un rôle plus créateur qui existait toujours dans le pandectisme, mais semble révolu depuis l'adoption du *BGB* (code civil allemand), laquelle les confinerait à un rôle purement technique d'application du droit. Pour Treiber, ce faisant, Weber n'échappe pas au danger contre lequel il a lui-même souvent mis en garde : celui d'une certaine confusion

18 Treiber cite surtout, de Puchta, le [Lehrbuch der Pandekten](#), Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838. Il s'appuie par ailleurs, entre autres, sur les études suivantes : Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Francfort, Klostermann, 2004; Id., „Recht als System bei Georg Friedrich Puchta“, in Jörg Wolff et al. (dir.), *Studien zur Kultur- und Rechtsgeschichte* 1, op.cit., p. 261-275; Id., „Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta“, in J. Rückert (dir.), *Methodik des Zivilrechts-von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 73-96; Christoph-Eric Mecke, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2009.

19 Cf. Georg F. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, op.cit., p. 48 et s.

20 Le terme, péjoratif, a été forgé par les adversaires du pandectisme. Cf. Hans-Peter Haferkamp, „Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?“, dans O. Deppenheuer (dir.), *Reinheit des Rechts: Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p.79-99.

entre la construction idéal-typique et la réalité, et la prise de position pratique, partisane, qui est susceptible d'en découler.

CONSIDÉRATIONS D'ENSEMBLE

De l'ouvrage de Treiber je retiens les éléments suivants, qui témoignent non seulement de la grande érudition de l'auteur, mais aussi des apports fondamentaux qu'il fournit à l'étude de la *Sociologie du droit* de Max Weber : la rationalité empirique du droit; le pseudo « problème anglais »; l'idéalisation du pandectisme, souvent associé chez Weber à la rationalité juridique formelle la plus accomplie; enfin, la dimension pluraliste du droit. Reprenons ces éléments de manière spécifique : *La rationalité empirique du droit*. Par rationalité empirique, nous visons l'effectivité des propositions juridiques au regard de l'activité pratique. L'attention de Weber se porte avant tout ici, dans la poursuite à notre avis d'une réfutation des jugements trop hâtifs de Stammler, sur les rapports entre le droit et l'économie. La rationalité formelle du droit (au sens de *formal* ci-haut mentionné) n'est nullement pour Weber un gage de sa validité empirique. Bien au contraire, lorsque la sublimation logique formelle du droit atteint un degré élevé dans un contexte historique déterminé, une distance se crée inévitablement vis-à-vis de l'activité concrète des acteurs : en effet, comme il ressort de l'exposé wébérien, une rationalisation de ce type répond largement aux besoins de mise en cohérence et de systématisation doctrinales d'une couche de juristes intellectuels, et nullement aux attentes concrètes des intéressés au marché, lesquels sont essentiellement à la recherche de solutions pratiques. Weber met en relief cet aspect, à propos de la systématisation tardive du droit romain sous Justinien, bien davantage encore de la sublimation logique accomplie par le pandectisme dans l'Allemagne du 19^e siècle.

Ceci ne signifie pas, à l'opposé, qu'un droit de type « empirique », tel à Rome la jurisprudence de cautèle ou en Angleterre la *common law*, correspond *ipso facto* aux attentes des acteurs du système économique et s'arrime de manière immédiate à leurs besoins. « Empirique » se réfère ici au type de formation (par apprentissage pratique) et d'activité professionnelle (rédaction d'actes juridiques, maîtrise de formes procédurales) caractéristiques, à des degrés divers, du droit romain classique et de la *common law*, et non au degré d'effectivité du droit par rapport à l'économie. En effet, la *Sociologie du droit* permet d'identifier nombre de discordances surgissant entre ces deux sphères d'activité, même lorsqu'il est question d'un droit à forte composante empirique. Par exemple, il faut tenir compte des intérêts propres à la couche des juristes professionnels : les praticiens de la *common law* se sont fortement préoccupés de la fermeture opérationnelle de leur profession, renforcée, nous l'avons mentionné, par l'octroi d'un privilège royal. Le caractère ésotérique de la *common law* contribue grandement à la fermeture de la corporation des avocats vis-à-vis de l'extérieur, en s'appuyant sur un savoir qui n'a rien d'aisément accessible et s'alimente d'archaïsmes procéduraux, conceptuels et langagiers (au point d'entretenir un temps une langue spécifique, le « Law French »), dont la maîtrise exige un long apprentissage. En même temps, souligne Weber, la jurisprudence de cautèle

et le droit anglais sont avant tout au service de classes économiquement privilégiées qui en forment la clientèle : ainsi, le juriste de *common law* doit mobiliser au mieux tout ce savoir ésotérique pour servir les intérêts immédiats de ses clients, une préoccupation qui demeure en principe secondaire pour les théoriciens universitaires dominant le droit continental européen.

Le « problème anglais ». Treiber s'attarde peu à la question (cf. p. 97-99), à laquelle il a toutefois consacré antérieurement des développements plus élaborés²¹. Le « problème anglais », lequel a fait couler beaucoup d'encre chez les commentateurs de la *Sociologie du droit*, a été formulé en 1972 par David Trubek²². On peut l'énoncer ainsi : Weber aurait défendu la thèse voulant qu'un haut degré de rationalité formelle du droit -laquelle se rencontre avant tout en droit continental européen- constitue une condition d'émergence du capitalisme moderne (industriel). Or, le capitalisme industriel apparaît d'abord en Angleterre, où le droit possède à l'évidence un bien moindre degré de rationalité formelle. Ce paradoxe illustre la faiblesse de la thèse de Weber, lequel, quoique conscient du problème, ne serait jamais parvenu à le résoudre de manière adéquate. Pour Treiber, rejoignant en cela le point de vue d'autres spécialistes de la *Sociologie du droit*, l'interrogation reflète en fait le propre questionnement de Trubek et nullement celui de Weber, lequel - il suffit d'en référer ici à sa critique de Stammler - n'a jamais posé une telle équivalence entre la rationalisation du droit et celle de l'économie. Treiber conclut ainsi : « From Weber's point of view, there is nothing to add, even if, from Trubek's perspective, the task raised by his question, 'to analyze the role of the law in the origins of capitalism', seems to 'be still a long way from being solved' » (p. 99).

L'adhésion au formalisme juridique. Weber pose une quasi-identité, comme le souligne Treiber, entre les prétentions logiques du pandécisme (telles la systématisme et l'absence de lacunes) et les composantes de l'idéal type de la « rationalité formelle » du droit. Ce recoupement se double par ailleurs, comme l'atteste le dernier chapitre de la *Sociologie du droit*, d'une adhésion ferme au formalisme juridique, que Weber estime menacé par les tendances à la rematérialisation du droit contemporain. Weber s'appuie fréquemment sur l'aphorisme de Jhering, suivant lequel « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »²³. Or, cette défense du formalisme juridique à l'encontre en particulier de l'École du droit libre et des autres courants juridiques réalistes a été très tôt dénoncée, par Philipp Heck par

21 Hubert Treiber, "'Elective affinities' between Weber's Sociology of Religion and Sociology of Law", *Theory and Society* 14.6 (1985): 809-861, p.835 et s.; Hubert Treiber et Kristian Andenaes, "Insights into Weber's Sociology of Law", dans Knut Papendorf/Stefan Machura, Kristian Andenaes (dir.), *Understanding Law in Society, Developments in Socio-legal Studies*, Berlin/Wien/Zürich, Lit Verlag, 2011, p. 21-79.

22 David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism" *Wisconsin Law Review* (1972), p. 720-753.

23 Cf. Max Weber, „Diskussionrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz, 'Rechtswissenschaft und Soziologie' „ dans *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen J.C.B. Mohr, 1988, 476-483, p.480.

exemple²⁴, comme reposant sur une vision illusoire et par ailleurs dépassée de l'interprétation et de l'application du droit.

L'apport de Hubert Treiber nous apparaît ici crucial, en livrant les outils méthodologiques nécessaires à une évaluation précise des positions de Weber. Plutôt que de s'en tenir à des généralités, Treiber se livre à une analyse lumineuse, nous l'avons mentionné, de la théorie pandectiste chez Puchta. Cette analyse révèle une certaine distance entre la conception de Puchta et l'idéal type de la rationalité formelle du droit, notamment du point de vue de la sublimation logique chez les Pandectes que Weber décrit trop rapidement comme, dans une certaine mesure, indifférente à l'effectivité empirique du droit. Voilà qui à notre avis fournit les bases méthodologiques pour bien différencier la manifestation historique qui sert de point d'appui à la démarche wébérienne, et l'idéal type, lequel n'apparaît jamais comme forme pure dans la pratique juridique. Une fois l'idéal type mieux circonscrit, la seconde étape, à notre avis, exigerait d'accorder toute son importance à la remarque de Weber voulant que, dans le cadre d'une justice bureaucratisée comme l'est la magistrature allemande, l'abandon de la *croyance* au formalisme juridique entraînera vraisemblablement des effets négatifs pour les classes défavorisées²⁵. Au passage, soulignons l'importance de l'expression « croyance au formalisme », ce qui signifie qu'il s'agit de *représentations*, lesquelles peuvent être fort éloignées des faits mais orienter néanmoins de manière conséquente la conduite des acteurs. Quoiqu'il en soit, nous savons que l'un des traits caractéristiques du formalisme, soit l'idée d'une juridiction axiologiquement neutre, a été écarté au profit de l'acceptation du rôle des valeurs dans l'activité de la magistrature sous la république de Weimar. Il y a ici un riche terreau expérimental, susceptible de confirmer la mise en garde de Weber. En effet, si l'on se fie à Kahn-Freund, la magistrature sous Weimar abandonna la prétention à la neutralité axiologique pour reconnaître le rôle des valeurs aux fins du jugement, censé toutefois représenter le consensus social : la jurisprudence en matière de travail s'arrima alors étroitement aux objectifs poursuivis par l'État, au détriment des attentes des salariés²⁶.

La pluralité du droit. Hubert Treiber souligne à juste titre, nous l'avons vu, la proximité de Weber avec ce qu'il est convenu d'appeler le pluralisme juridique, même si certains tenants de ce courant se sont entêtés à décrire sa sociologie comme intéressant le seul droit étatique. Relevons à cet égard que Weber utilise le même terme qu'Erlich pour décrire le droit non étatique, soit

24 Voir Philipp Heck, *The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests* (1932), trad. par M. N. Schoch dans *The Jurisprudence of Interests*, Cambridge, Harvard University Press, 1948, 99-256, p.103: "It should be noted that Max Weber was a teacher of German law before he changed to the field of economics. The way of thinking described by him as prevalent among lawyers can no longer be considered to be prevalent today, at least in the field of private law. But his description is apt at showing younger colleagues the ideals in which the older generation has grown up. It is significant that a scholar of Max Weber's comprehensive knowledge should describe this ideal as predominant as late as 1920".

25 « Une magistrature bureaucratisée dont les membres aux grades élevés sont systématiquement recrutés dans le ministère public et dont de surcroît l'avancement dépend des pouvoirs politiquement dominants ne peut être comparée à la magistrature suisse ou anglaise et encore moins à la magistrature (fédérale) américaine. Si l'on prive les juges continentaux de la croyance en la sacralité du formalisme juridique purement objectif et si on leur demande d'évaluer, le résultat sera sans doute tout différent que dans le droit anglo-saxon. » (*Sociologie du droit*, trad. fr. par J. Grosclaude, *op. cit.*, p.301).

26 O. Kahn-Freund, "The Changing Function of Labour Law", dans *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Oxford, Basil Blackwell, 1981, p.162.

« *außerstaatliches* Recht »²⁷. Quiconque est familier des passages que consacre Weber dans *Économie et société* aux rapports entre ordre juridique et ordre économique saura bien reconnaître ce constat sociologique d'un droit pluriel. Certes, la *Sociologie du droit* proprement dite accorde davantage d'attention aux liens se tissant entre l'autorité politique (y compris théocratique) et la sphère juridique. Deux développements nous semblent cependant très importants pour une théorie sociologique de la pluralité du droit. En premier lieu, le long chapitre 2 portant sur les formes de création des droits subjectifs met en relief, comme l'indique fort bien Treiber, le rôle clé du groupement (*Verband*), sous la forme associationnelle ou institutionnelle, dans la production autonome du droit vivant. En second lieu, au début du chapitre 8 relatif au droit moderne, Weber traite des « particularités juridiques » c'est-à-dire du développement de sphères autonomes de régulation et de pratique du droit au sein même du droit de l'État. Ce dernier est souvent construit de manière monolithique par les tenants du pluralisme, ce qui ne correspond aucunement à la dynamique de différenciation du droit contemporain lorsque saisie sociologiquement.

Pour conclure, soulignons l'apport de tout premier plan de Hubert Treiber à la compréhension de la *Sociologie du droit* de Max Weber. Cet apport est manifeste, au regard de la haute qualité des sources analysées avec grand soin, de la sûreté du jugement appuyé par une connaissance approfondie de la sociologie wébérienne, ainsi que de la précision et la clarté du propos. Certes, dans *Reading Max Weber's Sociology of Law*, l'auteur ne livre que certains éléments de tout le savoir accumulé par lui, au fil des ans, en ce domaine si ardu des études wébériennes. Pour en avoir une vision plus complète, il faut prendre en compte d'autres apports essentiels de cette vaste production, portant sur les fondements et procédés méthodologiques de la sociologie wébérienne du droit²⁸, son rapport à la sociologie des religions²⁹, la conception pluraliste du droit³⁰, l'ampleur de sa réception³¹ et l'importance des facteurs politiques³². Même si l'auteur n'opère pas une synthèse de tous ces travaux, il n'en reste pas moins que *Reading Max Weber's* représente une lecture dorénavant indispensable pour quiconque veut mieux comprendre la notion, assurément centrale, de la rationalisation du droit chez Max Weber.

27 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Recht*, op. cit., p.202.

28 Hubert Treiber, "Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology of Law", *Max Weber Studies* (2008): 225-246; Bernhard K. Quensel et Hubert Treiber, „Das Ideal konstruktiver Jurisprudenz als Methode: Zur logischen Struktur von Max Webers Idealtypik“, *Rechtstheorie* 33 (2002): 91; Hubert Treiber, "Max Weber, Johannes von Kries and the Kinetic Theory of Gases," *Max Weber Studies* (2015): 47-68.

29 *Id.*, " 'Elective affinities' between Weber's sociology of religion and sociology of law", *Theory and Society* 14.6 (1985): 809-861.

30 *Id.*, "The Dependence of the Concept of Law upon Cognitive Interest", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 44.66 (2012): 1-47.

31 *Id.*, « La place de Max Weber dans la sociologie du droit allemande contemporaine », *Droit et société* 9 (1988): 211.

32 *Id.*, « La 'sociologie de la domination' de Max Weber à la lumière de publications récentes." *Revue française de sociologie* 46.4 (2005): 871-882; *Id.*, « État moderne et bureaucratie moderne chez Max Weber », *Trivium. Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales- Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes-und Sozialwissenschaften* 7 (2010) <https://doi.org/10.4000/trivium.3831>

