

Les Cahiers de droit



Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme: le « problème anglais » chez Max Weber

Michel Coutu

Volume 33, Number 1, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043127ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043127ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Coutu, M. (1992). Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme: le « problème anglais » chez Max Weber. *Les Cahiers de droit*, 33(1), 71–113. <https://doi.org/10.7202/043127ar>

Article abstract

Any sociological theory of law runs up against the eminently complex problem of establishing relations between legal phenomena and meta-legal phenomena such as economics. Thus, Max Weber in his *Rechtssoziologie* pursues the objective of explaining the relationship existing between the formal rationalization of law and the emergence of capitalism. Commentators of Weber are on the whole strongly divided over the appreciation of the scientific value of his thinking. For many of them, Weber seems unable to demonstrate the existence of an effective relationship between the formal rationality of law and the development of a market economy. In particular, the « England Problem » reveals a theoretical flaw because since capitalism first appeared in England within the framework of an empirical legal system with little formal rationalization when compared with continental law, it would be at the least quite problematical to consider formal rationalization of law to be a pre-condition to the emergence of capitalism.

The author then tries to show that the so-called « England Problem » rests in fact on a doubtful reading of Weberian legal sociology. Indeed, Weber was quite conscious—as shown by his initial works on the respective merits of « Germanic » law and « Roman » law as received in the Medieval Occident—of the presence of a disassociation between the formalization and rationalization of law, and the concrete expectations of parties interested in the market. It must be emphasized here that the notion of legal predictability cannot be given a single signification in Weber's thinking for it is characterized either by the anticipation of law regarding the empirical effect expected by economic agents or the possibility of inferring an adequate solution based on legal dogma. Empirically, the predictability of law represents an essential pre-condition to the genesis of competitive type industrial capitalism. According to the author, within Weber's very own perspective, both the common law and continental law demonstrated the capacity to develop a satisfactory degree of empirical predictability. Dogmatically, however, predictability has only come into full flower within strongly rationalized legal systems, to which the common law cannot be assimilated. This observation does not, however, entail any determining consequence from an economic standpoint: only an elective affinity may indeed be traced between the formal rationality of law and the emergence of capitalism. In addition, economic and legal spheres are rationalized on the basis of their own autonomous developmental logic, supported by social categories with divergent interests. Hence, the probabilities of conflictual relations between economic and legal rationalisms remain high. Therefore, formally rationalized law tends to emancipate itself from practical expectations to the extent of appearing, in some of its consequences, as being « irrational » from the standpoint of its economic agents.

If the observation of failure that some commentators impute to Weber appears in the end to be hardly convincing, the fact still remains—as the author so emphasizes—that the discussion relating to the « England Problem » is of interest since it makes it necessary to further analyze frequently neglected aspects of the *Rechtssoziologie* and thereby to contribute to a consolidation of the theoretical bases of the sociology of law.

Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme : le « problème anglais » chez Max Weber*

Michel COUTU**

Toute théorie sociologique du droit se voit confrontée au problème éminemment complexe de la mise en relation des phénomènes juridiques et extrajuridiques, par exemple économiques. Ainsi, Max Weber, dans sa Rechtssoziologie (Sociologie du droit), poursuit notamment l'objectif d'une explicitation des liens existant entre la rationalisation formelle du droit et l'émergence du capitalisme. Les commentateurs de Weber sont toutefois fortement divisés sur l'appréciation de la valeur scientifique de cette réflexion : pour plusieurs d'entre eux, Weber se révèle incapable de démontrer l'existence d'un rapport effectif entre la rationalité formelle du droit et le développement de l'économie de marché. Le « problème anglais », en particulier, serait révélateur d'un échec théorique : le capitalisme étant d'abord apparu en Angleterre, soit dans un système juridique empirique et faiblement rationalisé en comparaison du droit continental, il s'avérerait pour le moins problématique de faire de la rationalisation formelle du droit une précondition de l'émergence du capitalisme.

L'auteur tente, pour sa part, de démontrer que le prétendu problème anglais repose en fait sur une lecture discutable de la sociologie juridique de Weber. Ce dernier était en effet conscient — et ce, dès ses premiers travaux sur les mérites économiques respectifs du droit « germanique » et du droit « romain » tel qu'il a été reçu dans l'Occident médiéval — de la présence d'une dissociation entre la formalisation et la rationalisation du droit, et les attentes concrètes des intéressés au marché. Il importe de souligner ici que la notion de prévisibilité juridique ne peut recevoir

* La présente étude a été réalisée dans le cadre de recherches doctorales entreprises à la Faculté de droit de l'Université Laval, sous la direction du professeur Jean-Guy Belley. L'auteur remercie le professeur Belley pour ses commentaires critiques.

** Conseiller juridique, Commission des droits de la personne du Québec (Direction de la recherche).

un sens univoque chez Weber : elle caractérise soit la calculabilité du droit au regard de l'effet empirique attendu par les agents économiques, soit la possibilité d'inférence d'une solution adéquate du point de vue de la dogmatique juridique. Sur le plan empirique, la prévisibilité du droit représente une précondition essentielle à la genèse du capitalisme industriel du type concurrentiel : suivant l'auteur, dans la perspective même de Weber, tant la common law que le droit continental se sont révélés aptes à développer un degré satisfaisant de prévisibilité empirique. Sur le plan dogmatique, par contre, la prévisibilité ne connaît un plein épanouissement que dans des systèmes juridiques formellement rationnels, auxquels la common law ne peut être assimilée. Ce constat n'emporte cependant nulle conséquence déterminante du point de vue économique : seule une affinité élective peut en effet être tracée entre la rationalité formelle du droit et l'émergence du capitalisme. En outre, les sphères économique et juridique se rationalisent en fonction de logiques autonomes de développement, portées par des catégories sociales aux intérêts divergents ; les probabilités de rapports conflictuels entre le rationalisme économique et le rationalisme juridique demeurent donc élevées : ainsi, le droit formellement rationnel tend à s'émanciper des attentes pratiques, au point d'apparaître, dans certaines de ses conséquences, comme « irrationnel » du point de vue des agents économiques.

Si le constat d'échec que certains imputent à Weber ne paraît en définitive guère convaincant, il n'en reste pas moins, souligne l'auteur, que la discussion relative au « problème anglais » présente l'intérêt d'obliger à un approfondissement d'aspects souvent négligés de la Rechtssoziologie et de contribuer ainsi à une consolidation des fondements théoriques de la sociologie du droit.

Any sociological theory of law runs up against the eminently complex problem of establishing relations between legal phenomena and meta-legal phenomena such as economics. Thus, Max Weber in his Rechtssoziologie pursues the objective of explaining the relationship existing between the formal rationalization of law and the emergence of capitalism. Commentators of Weber are on the whole strongly divided over the appreciation of the scientific value of his thinking. For many of them, Weber seems unable to demonstrate the existence of an effective relationship between the formal rationality of law and the development of a market economy. In particular, the « England Problem » reveals a theoretical flaw because since capitalism first appeared in England within the framework

of an empirical legal system with little formal rationalization when compared with continental law, it would be at the least quite problematical to consider formal rationalization of law to be a pre-condition to the emergence of capitalism.

The author then tries to show that the so-called « England Problem » rests in fact on a doubtful reading of Weberian legal sociology. Indeed, Weber was quite conscious—as shown by his initial works on the respective merits of « Germanic » law and « Roman » law as received in the Medieval Occident—of the presence of a disassociation between the formalization and rationalization of law, and the concrete expectations of parties interested in the market. It must be emphasized here that the notion of legal predictability cannot be given a single signification in Weber's thinking for it is characterized either by the anticipation of law regarding the empirical effect expected by economic agents or the possibility of inferring an adequate solution based on legal dogma. Empirically, the predictability of law represents an essential pre-condition to the genesis of competitive type industrial capitalism. According to the author, within Weber's very own perspective, both the common law and continental law demonstrated the capacity to develop a satisfactory degree of empirical predictability. Dogmatically, however, predictability has only come into full flower within strongly rationalized legal systems, to which the common law cannot be assimilated. This observation does not, however, entail any determining consequence from an economic standpoint : only an elective affinity may indeed be traced between the formal rationality of law and the emergence of capitalism. In addition, economic and legal spheres are rationalized on the basis of their own autonomous developmental logic, supported by social categories with divergent interests. Hence, the probabilities of conflictual relations between economic and legal rationalisms remain high. Therefore, formally rationalized law tends to emancipate itself from practical expectations to the extent of appearing, in some of its consequences, as being « irrational » from the standpoint of its economic agents.

If the observation of failure that some commentators impute to Weber appears in the end to be hardly convincing, the fact still remains—as the author so emphasizes—that the discussion relating to the « England Problem » is of interest since it makes it necessary to further analyze frequently neglected aspects of the Rechtssoziologie and thereby to contribute to a consolidation of the theoretical bases of the sociology of law.

	<i>Pages</i>
1. Le « problème anglais » dans les commentaires relatifs à la Sociologie du droit de Weber	75
1.1 Le caractère problématique du cas anglais.	76
1.2 La congruence du cas anglais par rapport aux présupposés généraux de l'analyse wébérienne.	78
1.3 Quelques remarques critiques.	81
2. La rationalité et la calculabilité de l'action économique	82
2.1 La rationalité formelle du calcul monétaire	83
2.2 Les conditions matérielles de la calculabilité monétaire	84
3. Les préconditions juridiques de la rationalisation formelle de l'économie	85
3.1 La prévisibilité juridique	86
3.1.1 Quant à la sphère d'activité économiquement spécialisée	87
3.1.2 Quant à la structure générale de l'ordre juridique	92
3.2 L'extension de la sphère des libertés et droits individuels	94
4. Le droit continental, la common law et la prévisibilité juridique	98
4.1 Le cadre théorique : la logique autonome de rationalisation des sphères d'activité	98
4.2 La perspective historique : la réception du droit romain comme antécédent au « problème anglais ».	102
4.3 Les éléments de prévisibilité dans la common law et dans le droit continental	107
Conclusion	111

Un problème très complexe qui se pose à toute théorie sociologique du droit est celui de la mise en relation des facteurs juridiques et non juridiques, notamment économiques. De l'avis de plusieurs sociologues du droit, la sociologie juridique de Max Weber¹ se révèle particulièrement insatisfaisante sur ce chapitre. À la suite d'un article publié en 1972 par Trubek², les commentaires consacrés à la *Rechtssoziologie* (*Sociologie du droit*) se réfèrent fréquemment, en effet, au « problème anglais » chez Weber. On fait ainsi allusion à la difficulté que pose le caractère non systématique—en ce sens, non formel par comparaison avec le droit continental—de la common law, pour l'interprétation de la sociologie juridique wébérienne, en particulier du point de vue de l'interaction du droit et de l'économie. Plus précisément, le problème anglais peut être ainsi formulé : Weber fait de la prévisibilité du droit l'une des préconditions

-
1. Voir M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. par Jacques Grosclaude (« Rechtssoziologie », chapitre VII de *Wirtschaft und Gesellschaft*), coll. « Recherches politiques », Paris, Presses universitaires de France, 1986.
 2. D.M. TRUBEK, « Max Weber on Law and the Rise of Capitalism », (1972) *Wis. L. Rev.* 720, 746 et suiv.

nécessaires au développement du capitalisme moderne ; ces qualités seraient celles d'un droit formellement rationnel, c'est-à-dire systématique et procédant par interprétation logique du sens de normes juridiques prédéterminées. Le droit continental européen correspond en effet pour Weber — à tout le moins dans une certaine mesure — à l'idéaltype de la rationalité formelle du droit. Or, historiquement le capitalisme moderne a pris forme en Angleterre, en dépit (ou par suite ?) de la moindre rationalité formelle, du point de vue de Weber, de la *common law*. Pour certains commentateurs de Weber, ce fait historique conférerait un caractère inadéquat au postulat d'une correspondance entre la prévisibilité du droit et l'émergence du capitalisme, et témoignerait ainsi d'une faiblesse conceptuelle, ou d'un échec théorique.

1. Le « problème anglais » dans les commentaires relatifs à la *Sociologie du droit* de Weber

Un examen — sans prétention d'exhaustivité — des écrits scientifiques consacrés au « problème anglais »³ révèle toutefois une très faible convergence entre les auteurs intéressés, quant à l'appréciation critique qui doit être faite de la position wébérienne. On ne s'entend guère ni sur la prémisse qui sert de point de départ à Weber (établit-il véritablement une relation étroite entre le formalisme juridique et la progression du capitalisme, et, le cas échéant, s'agit-il d'un rapport de causalité ou plutôt, dans une perspective très différente, d'une homologie significative ?), ni sur la conclusion qui se dégagerait des remarques formulées dans la *Sociologie du droit* au regard des liens existant entre la rationalité de l'économie et la *common law* (cette dernière représente-t-elle, en définitive, un facteur négatif, ou, au contraire et paradoxalement, positif ?). Nous pouvons, de manière très générale, départager les thèses en présence, en opposant les sociologues du droit qui mettent l'accent sur le caractère hautement problématique du cas anglais et ceux qui estiment que, *dans la perspective même de Weber*, la moindre rationalité formelle de la *common law* ne pose pas de problème théorique particulier.

3. Cf., en outre de D.M. TRUBEK, *loc. cit.*, note 2 ; A. HUNT, *The Sociological Movement in Law*, London, Macmillan, 1978, p. 118 et suiv. ; M. CAIN, « The Limits of Idealism : Max Weber and the Sociology of Law », (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 53, 70 et suiv. ; A.T. KRONMAN, *Max Weber*, coll. « Jurists : Profiles in Legal Theory », Stanford, Stanford University Press, 1983, p. 118 et suiv. ; B.S. TURNER, *For Weber. Essays on the Sociology of Fate*, London, Routledge & Kegan Paul, 1981, pp. 318-351 ; H. TREIBER, « Elective Affinities between Weber's Sociology of Religion and Sociology of Law », (1985) 14 *Theory and Society* 809, 835 et suiv. ; S. Ewing, « Formal Justice and the Spirit of Capitalism : Max Weber's Sociology of Law », (1987) *Law & Society Review* 497, 487 et suiv.

1.1 Le caractère problématique du cas anglais

Des auteurs tels Trubek, Cain, Kronman ou Turner attribuent une valeur problématique au cas anglais, dont Weber aurait par ailleurs été tout à fait conscient. Quelles que soient leurs divergences quant à l'appréciation de la contribution wébérienne (Kronman demeure généralement très proche de Weber, alors que Trubek, notamment, manifeste une grande distance critique), ces auteurs se rejoignent en estimant que l'absence de droit formellement rationnel en Angleterre, pays d'origine du capitalisme, demeura toujours un fait troublant⁴ pour Weber, ne cadrant qu'imparfaitement avec sa thèse générale de l'importance économique de la prévisibilité juridique.

Se situant uniquement dans la perspective d'une détermination causale, Trubek attribue à Weber l'affirmation d'un lien de cause à effet entre la rationalisation du droit dans le sens du formalisme logique et la progression de la rationalité économique. La structure non logiquement formelle de la common law n'ayant pas fait obstacle au développement du capitalisme industriel, la thèse sociologique apparaît ici en contradiction avec le fait historique⁵. Suivant Trubek, Weber aurait constamment hésité sur le conséquent à tirer de ce constat (soit, de toute évidence, l'absence de relation entre le formalisme logique et la prévisibilité économique) : soucieux de maintenir intacte sa thèse d'ensemble, Weber tend à minimiser l'importance du cas anglais pour le traiter comme une simple exception à la règle générale⁶.

Cain conteste dans une certaine mesure la position développée par Trubek, en ce qu'elle souligne que Weber ne se situe pas seulement sur le plan de l'analyse causale, mais qu'il vise également à démontrer une adéquation significative entre la prévisibilité juridique et la rationalité économique, c'est-à-dire une étroite connexité entre les complexes de motifs qui sont à la base des deux phénomènes⁷. De ce dernier point de vue, l'interprétation wébérienne rend compte de manière adéquate de l'importance de la calculabilité du droit pour l'action économique rationnelle en finalité ; par contre, au regard du cas anglais, Weber se révèle incapable de proposer une explication causale satisfaisante des liens existant entre le droit formellement rationnel et le capitalisme moderne⁸. En fait, la conclusion qui s'impose ici (et que Weber aurait fait sienne, quoique avec réticence) est celle de la plus grande adaptabilité fonctionnelle du système

4. Voir A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 120.

5. D.M. TRUBEK, *loc. cit.*, note 2, 747.

6. *Id.*, 748.

7. Voir M. CAIN, *loc. cit.*, note 3, 57.

8. *Id.*, 72 et suiv.

de la common law — plus proche des préoccupations et intérêts immédiats de la classe bourgeoise — aux nécessités du développement capitaliste⁹. Pour Cain, l'insuffisance de l'explication causale chez Weber serait ici symptomatique d'une impasse théorique¹⁰.

Quoiqu'il soit plus favorable à Weber, le point de vue de Kronman présente certains traits communs avec celui de Cain. Selon Kronman en effet, Weber procède à la fois à une analyse causale des rapports entre le droit et le capitalisme, et à une recherche de la connexité significative associant la rationalité juridique à la rationalité économique. Weber montre de façon convaincante que les deux types de rationalité se fondent sur des présupposés communs, soit — suivant la terminologie de Kronman — sur une théorie positiviste des valeurs et sur une conception de la personne centrée sur la volonté¹¹. Kronman admet par contre qu'au niveau de la causalité l'analyse webérienne demeure non concluante, notamment au regard du cas anglais. Cette situation s'explique en partie par l'agnosticisme causal de Weber, c'est-à-dire par son refus d'assigner une primauté, dans la chaîne causale, aux facteurs juridiques ou économiques ; une telle position laissera sans doute insatisfaits les tenants d'un déterminisme causal univoque, elle n'en a pas moins précisément pour mérite de démontrer l'inexactitude des théories reposant sur le « monocausalisme » économique ou, inversement, juridique¹².

Kronman reconnaît néanmoins que les passages que Weber consacre, dans la *Sociologie du droit*, à l'influence de la common law sur le développement du capitalisme prennent un relief contradictoire : partant du principe (tout à fait fondé suivant Kronman) de la nécessité d'un certain degré de prévisibilité juridique pour l'action économique rationnelle, Weber s'attache à démontrer que la systématisation (rationalité formelle du type continental) de l'ordre juridique n'en constitue pas une précondition *sine qua non* ; l'objectif de calculabilité peut également être atteint par un droit non systématique (telle la common law), susceptible d'offrir des garanties suffisantes de fonctionnement adaptées aux besoins capitalistes. Dans des passages subséquents¹³, Weber adopte toutefois une perspective radicalement différente, en avançant que le capitalisme moderne a trouvé un terrain particulièrement favorable en Angleterre, *précisément* parce que la common law connaissait un très faible degré de systématisation, à la

9. M. CAIN, « Book Review — Anthony T. Kronman : *Max Weber* », (1985) *International Journal of the Sociology of Law* 203, 206.

10. *Id.*, 207.

11. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 119.

12. *Id.*, p. 129 et suiv.

13. Voir par exemple M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 230.

différence du droit continental ; d'après Kronman, « it is difficult to see how this view can be reconciled with [Weber's] claim that «formally rational administration and law » is a precondition for maximizing the calculability of economic action¹⁴ ». De fait, pour Kronman, l'analyse de Weber relative au capitalisme en Angleterre « suggests some genuine uncertainty [...] as to whether formal legal rationality is a prerequisite or even a stimulus—rather than an obstacle—to the development of capitalist production¹⁵ ».

Pour Turner, enfin, Weber voit dans la systématisation formelle du droit (sur le mode continental) une précondition essentielle à la genèse du capitalisme, tout en étant toutefois conscient des difficultés théoriques que soulève cette position¹⁶. D'une manière alternative, Weber offre deux explications susceptibles de rendre compte de la compatibilité de la common law avec les exigences de la rationalité économique : d'une part, la flexibilité, liée paradoxalement au caractère rétrograde du droit anglais, et, d'autre part, l'indifférence relative de l'économie de marché au contenu normatif du système juridique, à condition que soit garantie la stabilité des échanges¹⁷. Cette dernière possibilité, qui met l'accent sur l'interprétation et l'application du droit plutôt que sur son contenu formel, livre en fait la solution du « problème anglais », mais elle illustre en même temps le caractère contradictoire de l'analyse wébérienne¹⁸. La *Sociologie du droit* apparaît ainsi comme manquant nettement de rigueur théorique ; elle se prête toutefois à une certaine mise en cohérence, du moment qu'est écartée l'idée d'un lien direct entre le capitalisme et le droit formellement rationnel¹⁹.

1.2 La congruence du cas anglais par rapport aux présupposés généraux de l'analyse wébérienne

Suivant d'autres auteurs, les remarques que formule Weber au regard de l'interaction du droit et du capitalisme en Angleterre ne contredisent pas la thèse générale relative à l'influence réciproque des facteurs juridiques et économiques. Cela n'entraîne pas nécessairement un accord d'ensemble avec les positions de Weber, comme l'illustrent les commentaires que Hunt émet à ce sujet dans *The Sociological Movement in Law*²⁰.

14. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 123.

15. *Id.*, pp. 123-124.

16. Voir B.S. TURNER, *op. cit.*, note 3, p. 329 et suiv.

17. *Id.*, p. 330 et suiv.

18. *Id.*, p. 334.

19. *Id.*, p. 351.

20. A. HUNT, *op. cit.*, note 3.

D'après Hunt, le propos essentiel de Weber s'attache, d'une part, à réfuter toute tentative de présenter la rationalisation du droit comme produit *direct* de forces économiques²¹ et, d'autre part, à démontrer que le droit entre en interaction avec l'économie sous l'angle de la *prévisibilité*, sans que s'établisse pour autant un lien de cause à effet entre les deux types d'activité²². Weber se réfère abondamment au cas anglais, puisque celui-ci rend manifeste l'autonomie des procès de rationalisation juridiques et économiques. À première vue, l'émergence du capitalisme en Angleterre semble peu compatible avec le postulat wébérien de l'intérêt de la prévisibilité juridique (caractéristique du droit formellement rationnel) pour le développement économique ; toutefois, l'analyse historique multicausale favorisée par Weber lui permet de rendre compte des cas empiriques ne correspondant pas à la généralisation idéaltypique, c'est-à-dire, en l'occurrence, à la relation entre la systématisation du droit et la prévisibilité économique : Weber réussit en effet à expliquer le phénomène singulier par recours à une constellation de variables — lesquelles confirment, par exemple, que la common law, en dépit de l'absence de systématisation, possède certains traits spécifiques aptes à garantir l'action économiquement rationnelle —, sans pour autant devoir renoncer à la thèse générale²³.

Hunt n'en demeure pas moins très critique de l'approche wébérienne : ce n'est pas le cas anglais qui pose ici un « problème », mais bien l'ensemble de la méthode utilisée par Weber, caractérisée par l'éclectisme et l'historicisme, et qui, en définitive, ne fournit pas de réponse satisfaisante à la question des rapports du droit et de l'économie²⁴.

À la différence de Hunt, Treiber ne mesure pas la fécondité de l'apport wébérien à son degré de validité en tant qu'explication causale. Suivant Treiber, Weber suggère essentiellement une *affinité élective* entre le capitalisme industriel et la rationalité formelle du droit, c'est-à-dire une correspondance sur le plan des possibilités, sans décrire pour autant une relation causale, sans avancer, par conséquent, un principe explicatif²⁵. Le concept de calculabilité, point de rencontre des rationalités juridiques et économiques, s'appuie sur des prémisses différentes — mais fonctionnellement équivalentes — dans le droit continental et dans la common law²⁶. Le droit anglais, historiquement, s'est révélé particulièrement bien adapté

21. *Id.*, p. 118.

22. *Id.*, p. 120.

23. *Id.*, p. 125.

24. *Id.*, p. 127.

25. H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 840.

26. H. TREIBER, « Criticism as a Vocation — Theory and Practice in a Disenchanted World : A Review Essay », *Contemporary Crises*, 1985, p. 382.

aux attentes des intéressés au marché ; toutefois, pour Weber, à plus long terme la common law ne pourra résister au mouvement de bureaucratisation et de formalisation qui, partout, accompagne le développement de l'économie de marché. Dans cette perspective, l'homologie tracée par Weber entre la calculabilité de l'économie et la systématisation du droit ne crée pas de « problème anglais » particulier. L'affinité élective demeure ici pleinement cohérente avec le cadre général sous-tendant l'analyse wébérienne du droit, lequel n'assigne qu'un rôle secondaire aux conditions économiques. Treiber reconnaît toutefois que la correspondance entre prévisibilité juridique et économie rationnelle, si elle possède chez Weber une grande force suggestive, n'a cependant qu'une « relatively low explanatory value (unless this mere approximate relationship can be transformed into one of cause and effect)²⁷ ».

Le point de vue le plus favorable à Weber se retrouve sans conteste chez Ewing. Celle-ci récuse la thèse voulant que Weber identifie formalisation logique du droit et degré optimal de prévisibilité nécessaire à la rationalité de l'action économique. Tel que le souligne l'auteure, une telle concordance étonnerait chez Weber, puisque ce dernier décrit généralement les processus de rationalisation comme étant autonomes et distincts dans chacune des sphères d'activité (économie, droit, politique, etc.)²⁸. Pour Ewing, il importe de distinguer ici la perspective « juridique » et le point de vue « sociologique »²⁹ : suivant la première, Weber envisage la rationalisation du droit en tant que procès de formalisation logique (les considérations économiques jouant ici un rôle très secondaire) ; alors qu'au regard du second, l'analyse wébérienne s'attache à mesurer la validité empirique du droit, son « effectivité », en l'occurrence pour l'activité économique. La calculabilité du droit (sur le plan empirique) devient ici une préoccupation importante ; or, comme le suggèrent divers passages de la *Sociologie du droit*³⁰, Weber considère un ordre juridique comme formel, de ce point de vue, à la condition que soient adéquatement garanties les relations contractuelles nécessaires au développement du capitalisme. D'après Ewing, il importerait peu à cet égard que de telles garanties reposent sur une conceptualisation formellement logique du type continental, ou sur la casuistique non formalisée de la common law³¹.

27. H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 843.

28. Voir S. EWING, *loc. cit.*, note 3, 489.

29. *Id.*, 496.

30. Ewing aurait pu également se référer à M. WEBER, *The Religion of China*, trad. par Hans H. Gerth, New York, The Free Press, 1951, dont certains passages sont de nature à appuyer sa thèse (cf. *infra*, note 33).

31. S. Ewing, *loc. cit.*, note 3, 499.

1.3 Quelques remarques critiques

À notre avis, la position adoptée par Ewing offre un intérêt manifeste pour la solution du « problème anglais »³². La distinction de deux niveaux d'analyse chez Weber — l'un relatif à la sociologie de la pensée juridique, l'autre à l'analyse empirique de l'influence du droit sur la conduite extra-juridique (l'action économique par exemple) — fournit possiblement une clé d'interprétation pour rendre cohérent l'emploi, apparemment confus sinon contradictoire, du concept de droit formel par Weber, au regard du droit anglais. En effet, la common law, qui ne correspond évidemment pas à l'idéaltype du droit formellement logique et systématique, se voit néanmoins qualifiée à l'occasion de droit formel par Weber, ce qui ne facilite pas du tout la tâche de l'interprète³³.

Cependant, on peut manifester quelque scepticisme devant la nette dissociation que Ewing prétend déceler chez Weber, entre la formalisation logique du droit, et la notion de prévisibilité juridique (sous l'angle des attentes des intéressés à l'action économique). Les commentateurs les plus autorisés de la sociologie wébérienne du droit (Kronman et Treiber, en particulier) mettent à tout le moins en évidence une nette affinité élective, du point de vue de Weber, entre ces deux concepts ; or, dans la perspective de Ewing, ces deux phénomènes deviennent étrangers l'un à l'autre, un point de vue que l'on peut par ailleurs fort bien défendre, mais qu'il paraît pour le moins difficile d'attribuer à Weber, vu son insistance à les mettre en parallèle.

Néanmoins, à l'inverse, la thèse d'une simple affinité élective ou connexité significative entre le formalisme juridique et la calculabilité requise par l'action économique rationnelle, que partagent des auteurs comme Treiber et Kronman (encore qu'ils divergent d'opinion quant à la perplexité de Weber devant le cas anglais), ne nous semble pas suffisamment convaincante. En particulier, il paraît a priori difficile d'avancer, tel que le fait Treiber, que Weber s'attache à mettre en relief une pure homologation entre la systématisation du droit et la rationalisation de l'économie, sans établir plutôt une connexité *causale*, lorsqu'il écrit par exemple que « le capitalisme d'entreprise rationnel *nécessite* la prévision calculée, non seulement en matière de techniques de production, mais aussi de droit, et également une administration aux règles formelles », en précisant en outre que « seul l'Occident a disposé pour son activité économique d'un système

32. *Infra*, section 2.

33. Voir par exemple M. WEBER, *op. cit.*, note 30, pp. 150, 102, et *op. cit.*, note 1, p. 202.

juridique et d'une administration atteignant un *tel degré de perfection légale et formelle*³⁴ ».

Quoi qu'il en soit, afin de départager les thèses en présence, qui demeurent, comme on a pu le constater, fortement divergentes, il est nécessaire d'établir : 1) ce que Weber entend par la calculabilité de l'action économique ; 2) dans quelle mesure la prévisibilité juridique constitue une précondition de la calculabilité de l'économie ; et 3) si et à quel degré le droit continental et, le cas échéant, la common law, possèdent le niveau de prévisibilité requis pour garantir la calculabilité économique.

2. La rationalité et la calculabilité de l'action économique

À l'instar de la *Sociologie du droit*, la sociologie économique³⁵ de Weber repose sur la dichotomie des rationalités formelle et matérielle. À première vue, « forme » et « matière » constituent des catégories identiques à celles qui sont utilisées pour décrire la rationalisation du droit, en ce que la première signifie maîtrise technique et prévisibilité et que la seconde renvoie à la sphère des valeurs et des fins ultimes. Toutefois, les deux modalités de la rationalité économique sont construites dans une perspective différente de celle qui détermine l'antinomie du formel et du matériel dans la sociologie du droit : la rationalité formelle de l'économie exprime en effet l'adéquation d'un moyen technique à une finalité empirique, alors que la rationalité matérielle des moyens et des fins économiques demeure fonction des préférences axiologiques d'un observateur donné³⁶. Il s'agit donc, dans le premier cas, d'un critère objectif (dont le degré de rationalité est mesurable, suivant que le moyen utilisé est plus ou moins adapté au but recherché), dans le second cas, d'une évaluation purement subjective. Par contraste, le caractère formel ou matériel de la rationalisation du droit peut être constaté (en principe) de manière objective, selon que celle-ci s'oriente principalement vers la formalisation abstraite et la systématisation logique ou plutôt, au détriment du formalisme, vers la réalisation de fins politiques, éthiques, économiques déterminées. En outre, la rationa-

34. M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. par Jacques Chavy, Paris, Plon, 1964, pp. 22-23. De toute évidence, Weber, en employant l'expression « perfection légale formelle », ne se réfère pas à la common law, ce qui semble au demeurant manifeste à la lumière du passage précédent : « Les formes de pensée *strictement systématiques* indispensables à toute doctrine juridique rationnelle, propres au droit romain et à son rejeton, le droit occidental, ne se rencontrent nulle part ailleurs » (*id.*, p. 12).

35. Par activité économique, Weber désigne « l'exercice pacifique d'un droit de disposition d'orientation essentiellement économique ». Cf. M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, trad. par Jacques Chavy *et al.*, Paris, Plon, 1971, p. 62.

36. *Id.*, p. 87.

lité formelle du droit — au sens le plus usuel chez Weber, c'est-à-dire de systématisation de l'ordre juridique — ne s'adresse pas à l'activité sociale *empirique*, mais concerne plutôt le plan idéal du *devoir-être* : ce constat demeure évidemment capital pour la compréhension du concept de prévisibilité juridique.

2.1 La rationalité formelle du calcul monétaire

Plus précisément, l'action économique rationnelle³⁷ fait appel, du point de vue formel, à des « raisonnements chiffrés ou comptables [...] techniquement possibles et effectivement appliqués³⁸ ». Weber distingue deux modalités principales de rationalité du calcul monétaire³⁹ : le *budget*, qui vise la couverture des besoins par des recettes escomptées pour une période déterminée, et le *compte capital*, qui a pour objet l'évaluation des chances de réussite d'une opération à but lucratif⁴⁰. Ce dernier, qui ne s'est développé de manière significative qu'en Occident, représente une condition indispensable au fonctionnement du capitalisme rationnel⁴¹.

Pour Weber, la calculabilité fondée sur l'utilisation du compte capital constitue le trait caractéristique essentiel du capitalisme moderne⁴². En fonction de ce critère formel⁴³ (ainsi que de l'orientation de l'action économique), Weber met en opposition les formes prémodernes de capitalisme (c'est-à-dire les diverses variantes du capitalisme d'*aventuriers*), avec sa forme moderne ou « rationnelle » : les entrepreneurs et aventuriers capitalistes ont existé de tout temps, mais en général leur activité ne prend

37. C'est-à-dire planifiée en fonction de la fin poursuivie, par opposition à l'action économique traditionnelle. *Id.*, pp. 62, 69.

38. *Id.*, p. 87.

39. La monnaie étant « le moyen le plus formellement rationnel pour orienter une activité économique » (*id.*, p. 88).

40. *Id.*, p. 88 et suiv.

41. M. WEBER, *op. cit.*, note 34, p. 19. La comptabilité à partie double a d'abord été utilisée dans l'Italie médiévale. Cf. M. WEBER, *General Economic History*, trad. par Frank H. Knight, Glencoe, The Free Press, 1950, p. 224 et suiv. Voir M. LE MENÉ, *L'économie médiévale*, coll. « L'historien », Paris, Presses universitaires de France, 1977, pp. 132-133.

42. Voir R. BRUBAKER, *The Limits of Rationality. An Essay on the Social and Moral Thought of Max Weber*, London, Allen & Unwin, 1984, p. 12 ; cf. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 275.

43. La notion même de capitalisme — par opposition à l'action économique orientée uniquement vers la couverture des besoins — est définie, de manière purement formelle, en fonction de la présence d'une évaluation monétaire d'un profit éventuel. Voir M. WEBER, *op. cit.*, note 34, p. 15 et suiv. (Voir également la note précédente.)

pas appui sur une prévision techniquement optimale liée à la régularité des marchés⁴⁴.

2.2 Les conditions matérielles de la calculabilité monétaire

La rationalité formelle de l'économie, lorsqu'elle tend au degré maximal de calculabilité comptable, nécessite la réalisation de certaines conditions « matérielles » particulières⁴⁵. Notamment, la liberté du marché doit être la plus grande possible, sans subir l'entrave de monopoles octroyés ou volontaires ; l'organisation rationnelle de l'entreprise doit reposer sur le travail libre et l'expropriation des travailleurs des moyens de production, qui seuls autorisent le libre recrutement de la main-d'œuvre et la discipline optimale du travail⁴⁶ ; la liberté des ententes économiques contractuelles doit demeurer exempte de toute régulation restrictive, l'État reconnaissant l'autonomie économique de l'entreprise⁴⁷ ; en outre, l'administration et le droit doivent être formellement rationnels et garantir une « prévisibilité absolue de fonctionnement⁴⁸ ».

Deux remarques s'imposent ici. D'une part, Weber ne décrit pas les conditions *historiques* de la naissance du capitalisme, mais s'attache à construire, sur le mode idéaltypique, les présupposés d'un ordre économique apte à développer une calculabilité *optimale* (c'est-à-dire, pour l'essentiel, l'ordre économique libéral tel qu'il est envisagé par la théorie classique⁴⁹). Comme le souligne Collins, Weber ne prétend pas que cet idéaltype corresponde étroitement à la réalité historique, même au regard de la période d'émergence du capitalisme industriel au XIX^e siècle⁵⁰. Cette remarque rend nécessaire la nette distinction de la calculabilité optimale de l'économie (sur le plan théorique) et de sa calculabilité effective (sur le plan empirique), ce qui implique par conséquent que ne soient pas confondues la prévisibilité juridique conçue comme idéaltype et celle qui est requise dans les faits par le capitalisme.

44. *Id.*, p. 17 et suiv. Quant à l'utilisation du concept de « capitalisme » chez Weber, cf. T. PARSONS, *The Structure of Social Action*, vol. II, New York, The Free Press, 1968, p. 504 et suiv. F. RAPHAEL, *Judaïsme et capitalisme. Essai sur la controverse entre Max Weber et Werner Sombart*, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », Paris, Presses universitaires de France, 1982, p. 15 et suiv.

45. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 107, 171 et suiv. et *op. cit.*, note 41, p. 276 et suiv.

46. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 131, 140 et suiv.

47. *Id.*, p. 74, 171.

48. *Id.*, p. 171.

49. Y compris par la théorie marxiste. Voir R. COLLINS, *Weberian Sociological Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 24. Voir également T. PARSONS, *op. cit.*, note 44, p. 510.

50. R. COLLINS, *op. cit.*, note 49, p. 24.

D'autre part, tel que le met en évidence Kronman⁵¹, les conditions matérielles de la rationalisation formelle de l'économie impliquent — outre la calculabilité du droit et de l'administration — une conception particulière de l'ordre juridique, notamment sous l'angle de la reconnaissance et de l'exercice des droits de propriété et des libertés individuelles. La liberté d'accès aux marchés, le droit d'appropriation des moyens de production, la liberté de travail⁵², présupposent en effet que l'égalité formelle des personnes soit garantie, en tant que valeur fondamentale, par l'ordre juridique⁵³. Comme nous le verrons ci-après, la prévisibilité ne constitue pas, par conséquent, la seule précondition juridique essentielle à la maximisation du calcul monétaire.

3. Les préconditions juridiques de la rationalisation formelle de l'économie

La notion de droit de disposition joue un rôle central dans la sociologie économique de Weber⁵⁴. Il ne s'agit pas ici d'un concept proprement juridique : l'exercice d'un droit de disposition vise l'acquisition d'utilités, c'est-à-dire de chances économiques présentes ou futures, lesquelles peuvent être garanties par l'usage, le jeu des intérêts et la réciprocité des attentes, ou par l'ordre juridique⁵⁵. Weber insiste sur le fait que, sur le plan conceptuel, il ne fait aucune différence qu'un droit de disposition soit ou non juridiquement garanti (par contrat ou par la loi)⁵⁶. Il demeure en effet indéniable que historiquement l'échange d'utilités ne s'est très souvent appuyé que sur la coutume ou la réciprocité des intérêts, et non sur la probabilité d'un exercice éventuel de la contrainte juridique⁵⁷.

C'est cependant par l'entremise du concept de droit de disposition que s'opère le rapport entre l'économie et le droit⁵⁸ : l'économie transactionnelle, en particulier, « s'effectue exclusivement par conventions d'échange, donc par l'acquisition *planifiée* de droits de disposition⁵⁹ ». Le droit représente le moyen le plus formellement rationnel garantissant l'acquisition de droits de disposition. Pour Weber, du point de vue empirique,

51. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 135 et suiv.

52. Celle-ci, suivant Weber, demeure tout à fait essentielle au développement du capitalisme moderne. Voir M. WEBER, *op. cit.*, note 34, p. 18.

53. R. COLLINS, *op. cit.*, note 49, p. 31 et suiv.

54. Y compris, tel que nous l'avons mentionné, au regard de la définition même de l'action économique ; *supra*, note 35.

55. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, pp. 62, 63, 65, 66, 67.

56. *Id.*, p. 66.

57. *Id.*, p. 349. Voir également p. 343.

58. *Id.*, p. 65.

59. *Ibid.*

des garanties de contrainte juridictionnelle paraissent normalement indispensables à l'activité économique moderne⁶⁰ ; dans le cadre de la vie contemporaine, ces garanties s'appuient en définitive sur la contrainte étatique⁶¹.

Pour que l'acquisition de droits de disposition puisse être planifiée d'une manière optimale, l'ordre juridique doit présenter un certain nombre de caractéristiques, susceptibles d'assurer, d'une part, qu'en toute probabilité la contrainte juridique soit éventuellement exercée en conformité avec la fin recherchée et, d'autre part, que l'agent économique dispose de la liberté d'action nécessaire à la poursuite de l'objectif. En somme, l'ordre juridique doit à la fois garantir un degré élevé de prévisibilité et une sphère maximale de liberté individuelle.

3.1 La prévisibilité juridique

La notion de calculabilité du droit représente dans la perspective wébérienne le point de rencontre le plus évident des rationalités juridiques et économiques⁶². Comme beaucoup de concepts fondamentaux chez Weber, la calculabilité ou prévisibilité ne se laisse toutefois pas saisir de manière univoque ; en outre, suivant le point de vue qui préside à l'analyse, elle demeure susceptible de désigner des phénomènes distincts. Ainsi, la prévisibilité du droit considérée uniquement sur le plan intrajuridique, c'est-à-dire en tant que possibilité effective de déduire de manière logiquement cohérente la conséquence juridique découlant d'une norme déterminée, n'est aucunement assimilable à la prévisibilité envisagée sur le plan empirique, c'est-à-dire en tant qu'adéquation fonctionnelle entre une maxime de conduite et un comportement réel (en l'occurrence d'ordre économique). À de très nombreuses reprises, Weber insiste sur l'importance d'une nette différenciation de la « vérité juridique » et de la « validité empirique »⁶³ ; cette différenciation doit également être prise en considération — bien que Weber ne soit pas explicite sur ce point — au regard de l'analyse de la prévisibilité juridique.

Nous nous situons uniquement, pour le moment, sur le plan de la prévisibilité empirique du droit examinée, comme nous le mentionnions

60. *Id.*, p. 66.

61. *Id.*, p. 63. Voir également p. 350.

62. A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 120. R. BRUBAKER, *op. cit.*, note 42, p. 12.

63. Voir notamment M. WEBER, *Critique of Stammer*, trad. par Guy Oakes, New York, The Free Press, 1977, p. 128 et suiv., p. 140, *op. cit.*, note 35, p. 321 et suiv. et *Essais sur la théorie de la science*, trad. par Julien Freund, Paris, Plon, 1965, p. 346. M. WEBER, « Diskussionrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz, « Rechtswissenschaft und Soziologie » », dans M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1924, p. 476.

précédemment, en relation avec les conditions (idéaltypiques) de rationalité maximale du calcul monétaire. Même limitée à ce plan, la prévisibilité se réfère à un ensemble de facteurs très divers quoique concordants, qu'il importe de dissocier analytiquement. Nous distinguerons ainsi la prévisibilité spécifique à la sphère d'activité propre aux agents économiques de celle, générale, qui caractérise l'ordre juridique dans sa structure d'ensemble.

3.1.1 Quant à la sphère d'activité économiquement spécialisée

Le chapitre II (« Les formes de création des droits subjectifs ») de la *Sociologie du droit*—relativement négligé par les commentateurs de Weber⁶⁴—a notamment pour objet l'étude, sous l'angle historico-comparatif, des institutions et techniques juridiques nécessaires au développement d'une économie du type capitaliste. Celles-ci peuvent être considérées comme influant directement sur la progression de la prévisibilité du droit : elles visent en effet à faciliter la réalisation, par les agents, de fins économiques particulières, en rendant « calculable » l'effet juridique produit par leur mise en œuvre⁶⁵.

Il paraît ainsi manifeste—nous nous limiterons à certains traits essentiels mis en relief par Weber—que la calculabilité du droit, du point de vue des intéressés au marché, demeure conditionnelle à :

1) *La généralisation de l'usage des « contrats-fonction »*⁶⁶ : suivant Weber, le type le plus significatif d'entente contractuelle, aux époques prémodernes, s'identifie plutôt au « contrat-statut » : celui-ci relève d'un accord de fraternisation, ayant pour finalité la modification juridique totale de la situation (sociale) des cocontractants⁶⁷ ; le contrat de vassalité, à l'époque féodale, en constitue un bon exemple⁶⁸. À l'opposé, le contrat-fonction ne s'attache qu'à la fourniture ou à l'échange de prestations concrètes déterminées, le plus souvent économiques, sans que n'en dé-

64. Comme l'observe J.-G. BELLEY, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », (1988) *Droit et société* 281.

65. J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) *Archives de philosophie du droit* 69, 83.

66. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 107.

67. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 50.

68. H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 306. Voir également, comme autre exemple de contrat-statut, l'institution de la clientèle, à Rome, par laquelle un client se met, dans le cadre d'un engagement bilatéral, sous la protection (héréditaire) d'une gens. (Cf. M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 216-217 ; J. ELLUL, *Histoire des institutions*, t. 1-2, *L'Antiquité*, coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 242.)

coule un changement de statut juridique pour les personnes en cause⁶⁹ ; le contrat-fonction provient donc d'une « construction juridique formelle de l'échange », laquelle, à la différence des contrats de fraternisation, demeure étrangère à l'éthique⁷⁰.

L'universalité d'emploi du contrat-fonction caractérise l'économie transactionnelle. Si le droit contemporain n'accorde qu'une faible importance au contrat-statut, les systèmes juridiques prémodernes ont parfois reconnu l'intérêt du contrat-fonction, notamment dans le cadre de la sphère de droit spécial régissant, le cas échéant, les relations commerciales « internationales » (par exemple le *jus gentium* chez les Romains⁷¹ ou la *lex mercatoria* au Moyen Âge⁷²). L'existence de droits spéciaux demeure certes un phénomène fréquent à toutes les époques historiques⁷³ ; mais en général, souligne Weber, l'applicabilité d'un droit spécial dépend des qualités « statutaires » d'une personne, qui découlent notamment de la naissance, du genre de vie, de l'appartenance à un ordre, etc.⁷⁴. Ce n'est que lorsque le domaine d'application d'un droit spécial se détermine uniquement en référence aux « qualités économiques ou techniques attachées à des biens ou à des personnes⁷⁵ » — autrement dit que « les relations sujettes à un droit spécial sont formellement accessibles à toute personne⁷⁶ » et non socialement fermées en raison du principe de la personnalité des lois — que la rationalisation optimale du droit, dans la perspective d'une économie transactionnelle, peut prendre forme sur la base du contrat-fonction.

2) *L'introduction de techniques fonctionnelles de crédit et de paiement* : en particulier, Weber attache beaucoup d'importance à la commercialisation des titres à ordre et au porteur. Sans la cessibilité des droits de créance, en effet, à la condition que la validité juridique en soit garantie pour l'acquéreur, sans nécessiter la vérification du titre du cédant, le développement du commerce dans le sens du capitalisme rationnel demeure impossible⁷⁷. Ainsi, le droit des effets négociables est demeuré inconnu des Romains⁷⁸, ce qui limitait de manière significative la progres-

69. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, pp. 51, 53.

70. *Id.*, pp. 52, 53.

71. *Id.*, p. 83. Voir J. ELLUL, *op. cit.*, note 68, p. 325.

72. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 68, pp. 333-356.

73. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, pp. 108-109.

74. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, pp. 78, 81.

75. *Id.*, p. 78.

76. *Ibid.*

77. *Id.*, p. 61.

78. Sauf sous une forme rudimentaire. Voir M. WEBER, *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*, trad. par Richard Frank, Londres, Verso, 1988, p. 45.

sion de la rationalité économique⁷⁹ ; alors que le droit médiéval, pourtant peu systématisé et d'un faible degré de rationalité formelle si on le compare au droit romain, s'est révélé apte à élaborer la plupart des schèmes juridiques spécialisés requis par le capitalisme⁸⁰. Les titres à ordre et au porteur font en effet leur apparition en Italie dès le VI^e siècle⁸¹ ; leur usage se généralisera dans l'Europe médiévale, à la faveur des progrès économiques aux XI^e et XIII^e siècles⁸².

Weber s'interroge au passage sur les raisons qui expliquent la plus grande adaptabilité du droit médiéval (par comparaison avec le droit romain classique) aux nécessités de la rationalisation économique : cette question se présente — point qui semble avoir échappé aux critiques de Weber — de manière fort similaire à celle qui est posée par le « problème anglais », ce dernier ne constituant nullement une difficulté théorique tout à fait unique. Pour Weber, les facteurs économiques n'auraient pas joué ici un rôle déterminant : certes, pour une part, le monde romain n'a pas ressenti comme économiquement nécessaire l'introduction des techniques juridiques spécialisées qui favoriseront l'essor du droit commercial médiéval⁸³ ; c'est notamment que le capitalisme antique demeure essentiellement politique, reposant sur les privilèges que l'État distribue (l'affermage des impôts, par exemple)⁸⁴ et non principalement sur l'initiative autonome des commerçants. Weber estime néanmoins que « la technique juridique a suivi ici ses propres voies⁸⁵ », les conditions économiques ne créant qu'une possibilité d'innovation : celle-ci ne se traduira par un effet qu'à la condition de pouvoir prendre appui sur les schèmes de pensée spécifiques à l'ordre juridique⁸⁶.

Le droit des instruments négociables s'est ainsi édifié, d'une part, sur la base de l'activité des notaires italiens, étroitement liée aux besoins économiques des intéressés au commerce, et dont les formes de pensée se modèlent d'autant plus aisément en accord avec ces besoins que le droit, par suite de la désagrégation du monde romain, a perdu son caractère unitaire et systématique⁸⁷. D'autre part, l'extension de l'usage des titres à

79. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 126. Voir M.I. FINLEY, *L'économie antique*, trad. par Max Peter Higgs, coll. « Le sens commun », Paris, Éditions de Minuit, pp. 189-190.

80. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, p. 101.

81. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 62.

82. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 68, p. 350 et suiv. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 261 et suiv. Voir également M. LE MENÉ, *op. cit.*, note 41, p. 133 et suiv.

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

84. Ou s'appuyant sur les guerres et les annexions. Voir M. WEBER, *op. cit.*, note 78, p. 315 et suiv. et *op. cit.*, note 41, p. 335.

85. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 62.

86. *Id.*, p. 67.

87. *Id.*, p. 62.

ordre et au porteur a été favorisée par le caractère rétrograde de la pensée juridique médiévale : le titre est en effet, à l'origine, considéré comme un fétiche, dont la remise revêt le caractère d'un procédé magique⁸⁸. Weber aborde ici le thème, fréquent dans la *Sociologie du droit*, de la plasticité des droits faiblement systématisés au regard des besoins fonctionnels de l'économie, et, inversement, des rigidités que produit souvent, sur le plan empirique, un droit formellement rationalisé dans la perspective d'une logique juridique « pure ». La discussion, soulevée par l'École historique, de l'influence respective du droit romain et du droit médiéval (« germanique ») sur l'émergence des institutions juridiques capitalistes — nous y reviendrons — atteste chez Weber d'une nette dissociation des processus de rationalisation du droit et de l'économie, le « problème anglais » ne constituant qu'une illustration supplémentaire de ce phénomène.

3) *La reconnaissance de la personnalité morale* : dès ses premiers écrits, Weber s'est intéressé aux conditions d'émergence des formes juridiques de sociation économique nécessaires au développement du capitalisme⁸⁹. Sa thèse de doctorat en droit était consacrée à l'histoire des sociétés commerciales dans l'Italie médiévale⁹⁰ ; Weber tendait à y démontrer que les notions de personnalité morale et de responsabilité solidaire, fondamentales du point de vue du capitalisme moderne, n'ont pas été développées, au regard de la sphère économique, par le droit romain classique⁹¹ ; c'est au contraire sur des bases juridiques autonomes que le droit médiéval construit par exemple les concepts de *commenda* et de *societas maris*⁹², formes transitoires d'évolution vers une complète séparation du patrimoine familial et de l'entreprise⁹³, celle-ci se transformant

88. *Id.*, pp. 62, 67. Voir M. BLOCH, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1989, p. 171.

89. Ce qui atteste de la continuité remarquable de ses préoccupations scientifiques, tout au long de sa vie. Voir W. SCHULCHTER, *The Rise of Western Rationalism. Max Weber's Developmental History*, Berkeley, University of California Press, 1981, p. 7.

90. Cette thèse fournit la base d'un ouvrage plus général : *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, 1889 ; voir à ce sujet J. WINCKELMANN, « Max Webers's Dissertation », dans R. KÖNIG et J. WINCKELMANN, *Max Weber zum Gedächtnis*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1963, pp. 10-12. Pour un aperçu, voir D. KÄSLER, *Max Weber. An Introduction to his Life and Work*, Cambridge, Polity Press, 1988, pp. 24-28.

91. D. KÄSLER, *op. cit.*, note 90, p. 25 ; M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 66. Un cas particulier demeure toutefois celui des sociétés de publicains, qui assumèrent un rôle central dans le développement du capitalisme à Rome. Voir M. WEBER, *op. cit.*, note 78, pp. 316, 354 et *op. cit.*, note 41, p. 276. Le caractère de véritables personnes morales de ces sociétés est cependant controversé : cf. J. ELLUL, *op. cit.*, note 68, pp. 369-370.

92. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 68, pp. 352-353. M. LE MENÉ, *op. cit.*, note 41, pp. 124-125. Voir également M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 206 et suiv.

93. On soulignera par ailleurs que l'un des points importants mis en relief par l'étude de Weber sur les sociétés commerciales médiévales consiste en la dissociation des formes juridiques et économiques de développement social, lesquelles ne sont pas nécessairement harmonieuses ou concordantes. Voir D. KÄSLER, *op. cit.*, note 90, p. 27.

progressivement, du reste, en une activité permanente plutôt qu'en aventure occasionnelle⁹⁴. Même si des institutions similaires à la *commenda* n'étaient pas inconnues dans l'Antiquité, le concept de responsabilité limitée n'y fut pas introduit de manière significative⁹⁵.

Dans la *Sociologie du droit*, Weber s'interroge, à ce propos également, sur les motifs qui expliquent les différences existant entre le droit romain et le droit médiéval. Des motifs économiques ont certes influé sur la formation des institutions juridiques : ainsi, à Rome, le maître utilise des esclaves comme intermédiaires aux fins d'opérations commerciales, limitant ainsi sa responsabilité au *peculium*, c'est-à-dire aux biens détenus en propre par l'esclave⁹⁶ ; en outre, de manière générale, la nature politique du capitalisme romain se traduit par l'absence d'entreprises ayant de forts besoins de crédit⁹⁷. Au Moyen Âge, par contre, la naissance de la *commenda* atteste de la nécessité de réunir un capital important, étant donné les coûts et risques élevés du commerce maritime⁹⁸. Progressivement, suivant Weber, l'association commerciale (à l'origine limitée à une seule expédition) se transforme, sur la base du principe de la responsabilité solidaire, en une entreprise permanente. Du fait des besoins en capital toujours croissants, celle-ci s'étend graduellement à l'extérieur du cercle familial — qui en avait toujours constitué le fondement exclusif — pour conduire finalement à une complète séparation de la propriété de l'entreprise et de la fortune privée des associés⁹⁹.

Tel que cela a été mentionné au regard du droit des instruments négociables, Weber estime toutefois que des facteurs non économiques ont contribué, de manière prépondérante, au plein épanouissement des formes juridiques d'association¹⁰⁰. Outre la plus grande plasticité de la pensée juridique médiévale du fait de son absence de systématité, il convient d'insister sur l'autonomie des groupements et la pluralité des droits spé-

94. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 226 et suiv.

95. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 66. Voir également : M. WEBER, *op. cit.*, note 78, p. 354.

96. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 91. Voir également M. WEBER, *op. cit.*, note 78, pp. 57-58. Voir J. ELLUL, *op. cit.*, note 68, pp. 405-406. M. I. FINLEY, *op. cit.*, note 79, p. 79 et suiv. Voir aussi A. T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 126, qui signale que ce palliatif à l'idée de la responsabilité limitée n'autorisa toutefois qu'une rationalisation restreinte des pratiques commerciales.

97. M. WEBER, *op. cit.*, note 1.

98. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 205 et suiv. ; M. LE MENÉ, *op. cit.*, note 41, p. 123 et suiv.

99. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 228.

100. Voir, quant au principe de la responsabilité solidaire, lequel représente une étape importante du point de vue de l'édification du concept d'entreprise en tant qu'entité distincte, M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 91.

ciaux, caractéristiques liées avant tout à des raisons politiques¹⁰¹. Cette situation a directement favorisé l'émergence du concept de corporation en tant qu'association volontaire, librement accessible, et de ce fait particulièrement adaptée au développement des initiatives privées des intéressés au marché¹⁰².

3.1.2 Quant à la structure générale de l'ordre juridique

Pour que le capitalisme s'érige en forme dominante d'organisation économique, la prévisibilité du droit ne peut se limiter à une sphère de droit spécial, mais doit s'étendre à l'ensemble de l'ordre juridique : il est évident, en effet, que le caractère irrationnel — du point de vue des exigences de l'économie de marché — du droit commun, du droit pénal, du droit sacré, etc., se répercute négativement, le cas échéant, sur la sphère de droit spécial (commercial) et rend impossible, par ailleurs, la généralisation des formes capitalistes d'activité économique. Quand Weber se réfère à la calculabilité du droit, il envisage de fait la prévisibilité d'ensemble de l'ordre juridique, laquelle représente un « besoin vital du capitalisme rationnel¹⁰³ ». Le capitalisme industriel, en particulier, ne peut s'épanouir qu'à l'intérieur d'un ordre juridique « calculable » : « dans l'industrie, et c'est là le nœud du problème, une entreprise nécessitant de grands capitaux pour ses installations (« capitaux immobilisés ») [...] pâtit au plus haut degré de la moindre « irrationalité » (impossibilité de prévoir le calcul) de l'administration et de la jurisprudence¹⁰⁴ ». La prévisibilité ne s'identifie nullement ici à la certitude qu'une décision précise sera rendue dans un cas particulier¹⁰⁵ ; elle doit s'entendre de manière plus générale, comme désignant la garantie d'une régularité de fonctionnement de l'ordre juridique, notamment par la mise à l'écart des irrationalités formelles et matérielles caractéristiques des droits prémodernes.

Le droit du haut Moyen Âge repose en grande partie sur un formalisme rigide et irrationnel : là où la procédure s'en remet essentiellement au serment purgatoire et aux ordalies, les intérêts commerciaux se voient directement heurtés¹⁰⁶. La rationalisation de la procédure fut historiquement le produit de diverses forces rationalisatrices : l'Église qui, à des fins

101. *Id.*, p. 68. À Rome, l'autonomie des groupements fut combattue avec vigueur par les autorités, tant sous la République que sous l'Empire. *Id.*, pp. 85, 110.

102. Sur le développement du concept de corporation dans le droit occidental, voir l'analyse de M. WEBER, fortement influencée par les travaux de Gierke, *op. cit.*, note 1, p. 97 et suiv.

103. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 304.

104. *Id.*, p. 157.

105. M. CAIN, *loc. cit.*, note 3, p. 74.

106. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 340.

de centralisation administrative, développe le droit canon sur des bases hautement rationnelles¹⁰⁷, les pouvoirs royaux et princiers qui, pour des considérations d'ordre public, créent des tribunaux centralisés n'utilisant pas des moyens de preuve irrationnels¹⁰⁸, et surtout les villes, intimement liées aux intérêts marchands, dont le droit repose notamment sur l'élimination des archaïsmes procéduraux¹⁰⁹.

Le rejet des éléments matériellement irrationnels paraît tout aussi essentiel : la justice de *Cadi*, conditionnée par l'arbitraire politique ou le sentiment d'équité sans qu'il y ait référence à des règles générales, demeure compatible avec le capitalisme d'aventuriers ; elle rend toutefois impossible la mise sur pied du capitalisme industriel¹¹⁰. Weber voit ainsi dans le caractère foncièrement irrationnel de l'administration de la justice l'un des facteurs les plus importants ayant fait obstacle à l'évolution de l'économie, dans la Chine impériale, vers le capitalisme du type moderne¹¹¹. De même, la justice démocratique athénienne, pour l'essentiel arbitraire et dominée par les démagogues, s'opposait à toute rationalisation du droit et, partant, n'aurait pu fournir l'assise d'un ordre juridique favorable à la rationalisation économique¹¹².

Par ailleurs, dans la perspective de Weber, la mise à l'écart des pratiques irrationnelles n'est pas suffisante pour conférer au droit un caractère prévisible : il importe en effet que la rationalisation du droit emprunte prioritairement des voies formelles plutôt que matérielles. Du point de vue des exigences d'une économie rationnelle, la calculabilité juridique — au sens empirique — s'apprécie avant tout au regard des attentes des intéressés au marché, c'est-à-dire des agents économiques spécialisés : la rationalisation matérielle du droit, si elle obéit à des impératifs éthico-religieux ou politiques, demeure susceptible d'entraver considérablement la progression de l'activité économique. Weber souligne ainsi que la juridiction théocratique « recherche une justice « matérielle » et non un règlement formel d'un conflit d'intérêts » et, ce faisant, « s'oppose et doit s'opposer à une économie rationnelle »¹¹³. Le droit canon, il est vrai,

107. *Id.*, pp. 340-341.

108. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 186 et suiv.

109. M. WEBER, *La ville*, trad. par Philippe Fritsch, coll. « Champ urbain », Paris, Aubier Montaigne, 1982, p. 73.

110. M. WEBER, « Parliament and Government in a Reconstructed Germany », dans Max WEBER (dir.), *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, t. 2, trad. par Guenther Roth, Claus Wittich *et al.*, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 1395.

111. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, pp. 100-104.

112. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 339.

113. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, pp. 176-177. Voir également M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 1185.

s'est construit dans une large mesure sur des bases formelles¹¹⁴ ; l'Église ne visa pas moins, cependant, à régir matériellement la vie économique, par la prohibition de l'usure et par la notion de *justium pretium*, portant ainsi atteinte au développement des formes juridiques de transactions commerciales¹¹⁵.

La sujétion de l'ordre juridique aux objectifs de justice substantive poursuivis par les autorités politiques signifie partout — en l'absence du contrepoids que représente un système de droit autonome — l'impossibilité d'une évolution vers la prévisibilité formelle. Les modes charismatiques et traditionnels (patrimoniaux) de domination se caractérisent très souvent par une indifférence ou une hostilité à l'égard du formalisme juridique. Ainsi, les pouvoirs plébiscitaires « affaiblissent facilement la rationalité (formelle) de l'économie, pour autant que la dépendance où leur légitimité se trouve à l'égard de la foi et de l'abandon des masses les oblige, à l'inverse, à défendre économiquement des postulats matériels de justice, par conséquent à briser le caractère formel de la justice et de l'administration au moyen d'une justice (« de *Cadi* ») matérielle¹¹⁶ ». Weber met également en évidence la tendance spontanée des pouvoirs princiers et des administrations bureaucratiques à poursuivre au moyen du droit des objectifs pratiques, utilitaires ou éthiques sans se préoccuper de la précision formelle et de la calculabilité¹¹⁷. En particulier, l'éthos immanent de la bureaucratie s'identifie à la rationalisation matérielle du droit : seule la présence de puissants intérêts capitalistes ou d'une organisation indépendante de la profession juridique demeure susceptible de contrecarrer cette tendance et d'orienter le rationalisme bureaucratique vers des voies formelles¹¹⁸.

3.2 L'extension de la sphère des libertés et droits individuels

En elle-même, la calculabilité du droit ne peut avoir d'effet positif sur le développement du capitalisme, si l'espace de manœuvre des agents économiques n'est pas juridiquement garanti par l'universalisation des droits à la liberté, en particulier par l'affirmation du concept, tout à fait central pour une économie transactionnelle, de l'*égalité formelle*¹¹⁹. Diverses remarques de Weber explicitent en effet les liens unissant la progression de la prévisibilité juridique à la reconnaissance d'une égalité formelle

114. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 181 et suiv.

115. M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 1189. Aussi : M. WEBER, *op. cit.*, note 41, pp. 269-270.

116. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 277.

117. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 163 et *op. cit.*, note 30, p. 148.

118. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, p. 150.

119. M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 1209.

des droits. Celle-ci confère notamment à tout individu « le droit de créer du droit au moyen de transactions juridiques privées¹²⁰ ». Sans la liberté contractuelle, la généralisation d'usage du contrat-fonction demeurerait évidemment impossible, se heurtant aux privilèges et droits spéciaux des « communautés de droit » fondées sur une différenciation inégalitaire du fait de la naissance, du genre de vie, de l'appartenance religieuse, etc.¹²¹.

La liberté d'association, soit, en matière économique, le droit reconnu à tous de créer des groupements à but lucratif¹²², demeure conditionnelle à la mise à l'écart des inégalités sociales formelles (de clan, de caste, par exemple), lesquelles expliquent en partie le faible développement du droit des groupements privés dans l'Antiquité et en Orient¹²³.

Pour Weber, c'est toutefois la garantie de la liberté du travail qui représente l'élément décisif. Seul l'Occident en effet a connu « l'organisation rationnelle capitaliste du travail (formellement) libre, dont on ne trouve ailleurs que de vagues ébauches¹²⁴ ». De fait, souligne Weber, les particularités du capitalisme moderne (telle la séparation juridique de la propriété personnelle et de l'entreprise) n'acquièrent une réelle signification qu'en raison de leur association avec la liberté du travail¹²⁵. Le lien avec la prévisibilité formelle apparaît ici tout à fait direct : « le calcul exact, fondement de tout le reste, n'est possible que sur la base du travail libre¹²⁶ ». Ainsi, le maintien du travail servile a bloqué toute rationalisation significative de l'économie dans l'Antiquité, notamment en rendant impraticable, dans une large mesure, la calculabilité rationnelle¹²⁷.

La liberté du travail et, de manière générale, le concept formel d'égalité demeurent le produit d'une variété de développements historiques, en particulier éthico-religieux, politiques et idéologiques. L'éthique chrétienne de la fraternité, la conception de la communauté des fidèles comme transcendant les inégalités sociales, a joué un rôle important encore que non décisif¹²⁸, tel que le souligne Weber, au regard de l'abolition de l'esclavage¹²⁹. La naissance de la ville médiévale, à l'origine fondée sur une fraternisation à connotation religieuse, marque une étape tout à fait cruciale de l'évolution vers la reconnaissance des droits à la liberté. À

120. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 79.

121. *Id.*, p. 76.

122. *Id.*, p. 79.

123. *Id.*, p. 110.

124. M. Weber, *op. cit.*, note 34, p. 18.

125. *Id.*, p. 20.

126. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 277.

127. M. WEBER, *op. cit.*, note 78, pp. 66 et 356.

128. R. COLLINS, *op. cit.*, note 49, p. 32.

129. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 73.

l'opposé de la ville antique, la ville médiévale se caractérise par la tendance à l'égalisation des conditions et au rejet des asservissements féodaux¹³⁰. L'organisation du travail dans la ville du Moyen Âge repose sur des associations fonctionnelles (les guildes) plutôt que sur une stéréotypisation des tâches sur la base des contrastes de classe¹³¹ : pour la première fois, le travail libre se développe sur une large échelle, sans équivalent dans l'Antiquité¹³². Enfin, les théories modernes du droit naturel ont contribué à la rationalisation formelle de l'économie, en revêtant d'une dignité immanente les droits à la liberté, en particulier la liberté contractuelle et le droit de propriété¹³³.

L'universalisation de la sphère des droits et libertés ne se traduit nullement toutefois par une diminution correspondante de la contrainte qui s'exerce concrètement sur les individus. Les droits à la liberté et le principe d'égalité demeurent essentiellement formels, du fait de l'appropriation des droits de disposition et des chances de gain par les intéressés au marché¹³⁴ : ainsi, « sur le marché du travail chacun est « libre » d'accepter les conditions de ceux qui sont économiquement plus forts en vertu de la garantie juridique de leur propriété¹³⁵ ». La garantie des libertés formelles se présente en outre comme indissociablement liée au traitement abstrait et impersonnel des relations économiques entre les agents. L'autorité personnelle, fondée sur l'inégalité des conditions, se voit remplacée par une forme impersonnelle de coercition, qui s'applique sans discrimination au travailleur, à l'entrepreneur, au consommateur¹³⁶. Cette situation est fonction du rôle central assumé par l'économie capitaliste dans la société contemporaine : « La communauté de marché, en tant que telle, est le plus impersonnel des rapports de la vie pratique dans lesquels les hommes peuvent se trouver¹³⁷. » Le refoulement des relations de fraternisation par des rapports fonctionnels abstraits et impersonnels, indifférents à toute

130. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 330.

131. M. WEBER, *op. cit.*, note 78, p. 339. Cf. M. WEBER, *op. cit.*, note 109, p. 200.

132. M. WEBER, *op. cit.*, note 78, p. 338.

133. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 211.

134. « C'est-à-dire ceux qui sont privilégiés dans la libre concurrence sur le marché en vertu de leur position sociale en tant que propriétaires. » (*Id.*, p. 79.) Voir également M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 637.

135. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 114. En dépit de sa neutralité apparente, le droit occidental moderne produit donc des « effets discriminatoires » (voir A. FEBBRAJO, « Kapitalismus, moderner Staat und rational-formales Recht », dans M. REHBINDER et K.-P. TIECK (dir.), *Max Weber als Rechtssoziologe*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 68).

136. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 114. Voir G. POGGI, *Calvinism and the Capitalist Spirit. Max Weber's Protestant Ethic*, Amherst, The University of Massachusetts Press, 1983, p. 36.

137. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 634.

éthique de la conviction¹³⁸, n'est pas toutefois propre à la sphère économique. La rationalisation du droit et de l'administration obéit également à un procès d'objectivation et d'impersonnalisation, qui en conditionne la prévisibilité de fonctionnement¹³⁹.

Une affinité élective se dessine nettement, en conséquence, entre les dynamiques formelles de rationalisation du droit et de l'économie. Le droit formellement rationnel du type continental, systématique et syllogistique, développe la prévisibilité (sur le plan intrajuridique et non empirique) à son degré le plus élevé, en s'érigeant en un système axiologiquement neutre de normes objectives, abstraites et impersonnelles, marquant ainsi l'aboutissement des procès de désenchantement du droit. De même, le capitalisme rationnel, notamment sur la base d'une utilisation optimale du compte capital, porte à un niveau maximal de calculabilité la régularité de fonctionnement des marchés, ce qui implique par ailleurs la neutralisation éthique et l'impersonnalisation de la sphère économique.

Mais cette correspondance élective entre les formalismes juridique et économique ne décrit pas pour autant une relation causale entre les deux phénomènes. Du point de vue empirique, en effet, tel que l'illustrent les réflexions qui précèdent, l'émergence d'une économie capitaliste rationnelle demeure conditionnelle à la mise en place de certaines garanties juridiques : institutions et techniques particulières de droit commercial et corporatif, protection contre l'arbitraire et régularité procédurale, autonomie de l'ordre juridique notamment par rapport à la politique et à la religion, droits à la liberté et reconnaissance formelle de l'égalité ; ces éléments visent en particulier à assurer la sécurité juridique des ententes contractuelles, bases de l'économie transactionnelle¹⁴⁰. En revanche, la systématisation, la fermeture logique, le caractère déductif, la complétude,

138. La complexité toujours croissante des relations impersonnelles d'échange rend en effet illusoire toute tentative de moralisation des rapports économiques par une éthique substantive : M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 357. Pour Weber, le capitalisme a définitivement détruit la foi optimiste en l'harmonie naturelle des intérêts entre individus libres, sur laquelle reposait en partie l'individualisme politique des droits de l'homme de l'Europe de l'Ouest. Voir M. WEBER, « Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Rußland », dans M. WEBER, *Gesammelte Politische Schriften*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1958, p. 39.

139. Voir C. COLLIOT-THÉLENE, *Max Weber et l'Histoire*, coll. « Philosophies », Paris, Presses universitaires de France, 1990, pp. 86-87. Voir également R.J. HOLTON et B.S. TURNER, *Max Weber on Economy and Society*, Londres, Routledge, 1989, pp. 111 et 123.

140. R.J. HOLTON et B.S. TURNER, *op. cit.*, note 139, p. 108. Voir également F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa, Berg Publishers, 1986, p. 256.

composantes essentielles pour Weber de la rationalité juridique formelle, ne représentent nullement — l'histoire comparée de la common law et du droit continental mais également celle du droit commercial médiéval et du droit romain en attestent — des préconditions indispensables à la calculabilité de l'action économique du type capitaliste¹⁴¹. Cette solution nous paraît la seule conforme à l'ensemble de l'analyse wébérienne¹⁴² : elle entraîne au demeurant, par voie de conséquence, la résolution du « problème anglais », puisque tant la common law que le droit continental possèdent les éléments de prévisibilité mentionnés auparavant. En outre, sur le plan théorique, comme nous l'explicitons ci-après, cette solution est dictée de manière impérative par la conception, fondamentale chez Weber, d'une logique *autonome* de rationalisation des sphères d'activité qui conduit nécessairement à des rapports de *tension* entre celles-ci : le présupposé théorique à la base du « problème anglais », à savoir que Weber aurait postulé une parfaite correspondance entre la rationalité juridique formelle et les exigences de prévisibilité de la rationalisation économique, pour s'apercevoir ensuite avec étonnement que la réalité historique contredit cette assertion¹⁴³, est en complète opposition avec l'idée d'une autonomie (qui est également, à tout le moins virtuellement, une *antinomie*) des procès de rationalisation. En conséquence, avant d'examiner les éléments de prévisibilité favorables à l'émergence du capitalisme que présenteront respectivement la common law et le droit continental, nous procéderons, dans un premier temps, à un bref rappel de l'idée d'une logique autonome de rationalisation des sphères d'activité chez Weber, en particulier du point de vue de ses effets sur les rapports réciproques du droit et de l'économie, pour fournir ensuite une illustration historique de ce phénomène qui est chronologiquement antérieur au « problème anglais », soit celle de la discordance entre le droit romain tel qu'il a été reconstruit par la pensée juridique médiévale et les attentes des agents économiques.

4. Le droit continental, la common law et la prévisibilité juridique

4.1 Le cadre théorique : la logique autonome de rationalisation des sphères d'activité

À mesure que progresse la rationalisation, c'est-à-dire l'autonomisation et la différenciation, des champs de pratique sociale, la prévisibilité

141. Voir en ce sens P. ROSSI, « Die Rationalisierung des Rechts und ihre Beziehung zur Wirtschaft », dans M. REHBINDER et K.-P. TIECK (dir.), *op. cit.*, note 135, p. 38.

142. Outre S. EWING, *loc. cit.*, note 3, R.J. HOLTON met B.S. TURNER, *op. cit.*, note 139, p. 108, mettent en relief cette voie de solution. Voir également B.S. TURNER, *op. cit.*, note 3, p. 350.

143. Tel est, nous l'avons vu, le fondement de la position de Trubek, que partage également Cain.

juridique et la calculabilité économique n'entrent en interaction que de manière toujours davantage indirecte, s'orientant suivant des voies divergentes, sinon conflictuelles. Les rapports entre l'économie et le droit contemporains, dans la perspective de Weber, ne peuvent qu'apparaître de plus en plus complexes et problématiques, puisque chacun des deux ordres d'activité (c'est également les cas des autres sphères, telles la politique, l'administration, la science, etc.) s'édifie sur des bases distinctes, en fonction d'une logique particulière de développement, portée par des couches sociales — en l'occurrence les professionnels du droit par opposition aux intéressés au marché — dont le rationalisme diffère considérablement.

L'idée d'une logique autonome de rationalisation des champs d'action, Weber l'a exposée avec le plus de netteté dans la « Considération intermédiaire » qui fait le pont, dans les *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, entre la sociologie religieuse de la Chine et celle de l'Inde¹⁴⁴. Sans entrer dans les détails de l'analyse, il importe de mettre en relief les idées centrales qui y figurent, puisqu'elles demeurent tout à fait fondamentales pour la compréhension des relations entre les diverses sphères d'activité et, par conséquent, entre l'ordre juridique et l'ordre économique. Dans la « Considération intermédiaire », Weber reprend le thème, déjà exposé par exemple dans *L'éthique protestante*, d'une absence d'univocité du phénomène de la rationalisation : « la vie », avait-il écrit dans *L'éthique protestante*, « peut être rationalisée conformément à des points de vue finaux extrêmement divers et suivant des directions extrêmement différentes¹⁴⁵ ». Mais Weber porte ici la réflexion à un degré plus élevé, en illustrant avec force les conséquences logiques de cette plurivocité du rationalisme : non seulement le rythme et l'orientation des procès de rationalisation ne sont-ils pas concordants au regard des diverses sphères d'activité, mais en outre, en s'édifiant en fonction d'une systématité interne spécifique, celles-ci connaissent des tensions dans leurs rapports réciproques¹⁴⁶, qui débouchent, sur le plan des représentations, sur le polythéisme des valeurs caractéristique de la société occidentale moderne¹⁴⁷.

144. Voir la traduction française : M. WEBER, « Parenthèse théorique : le refus religieux du monde, ses orientations et ses degrés », *Archives de sciences sociales des religions*, vol. 61, 1986, pp. 7-34.

145. M. WEBER, *op. cit.*, note 34, p. 81.

146. M. WEBER, *loc. cit.*, note 144, 11.

147. Voir en particulier C. CILLIOT-THÉLENE, *op. cit.*, note 139, p. 87 et suiv. Également : P. FRITSCH, « La *Zwischenbetrachtung*, un espace théorique intermédiaire », *Archives de sciences sociales des religions*, vol. 61, 1986, p. 44. R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 547.

Weber met ainsi en lumière les discordances qui marquent les rapports existant entre la sphère religieuse (lorsqu'elle est rationalisée et différenciée dans la perspective des religions du salut) et la sphère économique : l'exigence religieuse de la fraternisation entre en conflit avec le combat d'intérêts dans la recherche du profit, lequel — nous y avons déjà fait allusion — s'appuie sur la nature abstraite et impersonnelle de l'argent¹⁴⁸. Politique et religion se rationalisent également en fonction de points de vue antagonistes : la politique est essentiellement combat, elle s'érige par ailleurs, sous l'angle de l'administration, en une puissance impersonnelle, indifférente à l'éthique de la fraternité véhiculée par les religions universalistes : « l'appareil d'État bureaucratique remplit ses fonctions objectivement, sans acception des personnes, « *sine ira et studio* », sans haine et par conséquent sans amour¹⁴⁹ ».

Certes, la logique immanente des champs de pratique sociale demeure ici reconstruite sur des bases idéaltypiques, les différentes sphères de valeur étant présentées « comme des systèmes rationnels et cohérents tels qu'il s'en rencontre rarement dans la réalité¹⁵⁰ ». Weber s'attache en outre, une fois mise en relief la spécificité du rationalisme propre à chaque domaine d'activité, à démontrer de quelle manière, dans la pratique, les tensions entre sphères tendent à être surmontées — par exemple, quant à l'antagonisme de la religion par rapport à l'économie, par la fuite mystique hors du monde ou, à l'inverse, par l'ascèse intramondaine caractéristique de l'éthique puritaine de la profession¹⁵¹. Le moyen idéaltypique signifie toutefois davantage ici qu'une simple stylisation de la réalité historique : l'analyse part en effet des formes les plus rationnelles d'orientation de l'action « qui puissent être déduites d'hypothèses solidement établies », pour chercher « à découvrir dans quelle mesure des conséquences, établies avec certitude en théorie, ont été effectivement tirées dans la réalité ; et éventuellement pourquoi elles ne l'ont pas été¹⁵² ».

Si l'on transpose ces réflexions, axées sur la dialectique du religieux et du profane, dans les relations s'établissant entre le droit et l'économie, nous devons retenir l'idée non seulement d'une logique autonome de rationalisation mais également d'une tension résultant de la spécificité des diverses formes de rationalisme en présence. La sphère économique, dans sa forme la plus rationalisée, favorise l'adéquation optimale d'un moyen technique à une finalité empirique, soit l'atteinte d'un résultat concret qui

148. M. WEBER, *loc. cit.*, note 144, 13.

149. *Id.*, p. 14.

150. *Id.*, p. 8.

151. *Id.*, p. 14.

152. *Id.*, p. 8.

se traduira par un profit. La sphère juridique, lorsqu'elle accède au degré le plus élevé de différenciation et d'autonomisation que résume la notion de rationalité formelle, porte à un niveau maximal la prévisibilité, c'est-à-dire la possibilité (considérée sur le plan idéal du devoir-être) de déduire le « contenu significatif « *objectif* » et logiquement juste des « propositions juridiques »¹⁵³ ».

Weber insiste en conséquence sur le fait que l'ordre juridique idéal de la théorie du droit n'a rien de commun, du moins directement, avec le cosmos de l'activité économique réelle, parce qu'ils se trouvent l'un et l'autre sur des plans différents : « l'un sur celui de la norme idéalement applicable, l'autre sur celui de l'événement réel¹⁵⁴ ». Cela n'empêche pas, s'empresse d'ajouter Weber, que les deux ordres d'activité entrent en étroite interaction, du moment que le droit n'est plus considéré comme devoir-être, mais comme complexe de maximes influant sur l'activité réelle¹⁵⁵ : ainsi, les préconditions de ce que nous qualifions de prévisibilité juridique *empirique* (soit le développement du contrat-fonction, la régularité procédurale, l'égalité formelle, etc.) revêtent toute leur importance du point de vue du fonctionnement adéquat de la sphère économique. Toutefois, le rationalisme juridique ne s'attache pas, dans le cadre du droit formel systématisé de manière logiquement cohérente, à la notion de validité empirique, mais recherche plutôt la vérité juridique, c'est-à-dire le sens normatif juste d'une proposition juridique. Or, comme le souligne Weber dans la critique de Stammler, du point de vue logique les règles dogmatiques qui régissent la validité normative d'une norme de droit, et les règles empiriques qui déterminent l'effet réel de cette même norme, représentent des « pôles antithétiques »¹⁵⁶. L'antithèse marque ici l'opposition de la science du droit et de la sociologie, mais elle explicite également — au-delà de l'affinité formelle qui se fonde sur la commune préoccupation de calculabilité — l'antagonisme du rationalisme juridique et économique : la rationalisation de la sphère juridique, lorsqu'elle est orientée dans une large mesure par les besoins intellectualistes (de cohérence logique et de systématisation) des théoriciens du droit, produit nécessairement des discordances par rapport aux attentes des agents économiques, uniquement préoccupés par l'effet empirique des normes juridiques¹⁵⁷.

C'est donc, en définitive, la logique divergente de rationalisation des sphères juridique et économique qui explique l'attention, maintes fois

153. M. WEBER, *op. cit.*, note 63, p. 346.

154. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 322.

155. *Ibid.*

156. M. WEBER, *op. cit.*, note 63, pp. 140-141.

157. D. MILANOVIC, *Weberian and Marxian Analysis of Law. Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production*, Aldershot (R.-U.), Avebury, 1989, p. 69.

réitérée dans la *Sociologie du droit*, qu'accorde Weber au thème de la « disparité entre les nécessités logiques de toute pensée juridique et l'effet économique attendu par les particuliers¹⁵⁸ ». La difficulté ne renvoie nullement ici au seul « problème anglais », en ce sens que la common law d'essence casuistique et empirique se révélerait beaucoup plus proche des attentes des agents économiques que le droit rationnel-formel du type continental ; du point de vue historique, cette question de la discordance entre formalisme juridique et rationalisme économique trouve un antécédent fondamental sous l'angle des mérites économiques respectifs du droit romain (tel qu'il a été reçu sur le continent européen) et du droit « germanique ».

4.2 La perspective historique : la réception du droit romain comme antécédent au « problème anglais »

Dans le sillage de l'École historique du droit, la doctrine juridique allemande s'est divisée, au XIX^e siècle, en deux groupes antagonistes : les romanistes et les germanistes. Le débat oppose notamment les tenants (tels Savigny et Puchta) d'un droit savant, élaboré — sur la base du droit romain — de manière systématique et rationnelle, aux partisans d'un *Volksrecht*, d'un droit populaire conforme aux droits coutumiers traditionnels¹⁵⁹ : Beseler, en particulier, voit dans la réception du droit romain une véritable catastrophe nationale¹⁶⁰. L'idée fondamentale est la même chez Gierke — que Weber critique tout en reconnaissant la grande richesse de ses travaux¹⁶¹ —, pour lequel la pensée romaniste, s'inspirant des conceptions autoritaires et individualistes de l'Antiquité, a entraîné la mise à l'écart des formes germaniques de groupement volontaire (*Genossenschaft*)¹⁶².

Fidèle à sa préoccupation de dissocier nettement les controverses politico-idéologiques et les discussions scientifiques, Weber s'est intéressé à la polémique entre romanistes et germanistes, principalement du point de vue des relations existant entre les formes juridiques et l'émergence du

158. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 225.

159. A. DUFOUR, « Rationnel et irrationnel dans l'École du droit historique », (1978) *Archives de philosophie du droit* 147, 156 et suiv.

160. *Id.*, 158.

161. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 99. Weber avait suivi les cours de Gierke, ainsi que ceux de Beseler, à Berlin ; en dépit de l'intérêt des recherches de Gierke pour l'histoire du droit, Weber ne pouvait que rejeter la théorie organique du droit et de la société à la base de ses conceptions. (Cf. W. MOMMSEN, *Max Weber et la politique allemande*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 30.)

162. F.W. MAITLAND, « Translator's Introduction », dans O. GIERKE (dir.), *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. xxviii.

capitalisme. Les germanistes voyaient dans la réception du droit romain, élément étranger au *Volksgeist*, le facteur essentiel de développement du capitalisme individualiste, destructeur des solidarités communautaires¹⁶³. Négligeant le ton nationaliste de la discussion, Weber s'attache à mettre en évidence la complexité des rapports liant les faits économiques aux formes juridiques, en insistant sur l'importance de ne pas confondre les « symptômes » d'un phénomène — en l'occurrence l'origine médiévale ou romainiste des normes juridiques s'associant à une mutation socio-économique — avec ses causes réelles¹⁶⁴.

Certes, la réception du droit romain a parfois coïncidé étroitement avec les intérêts des classes bourgeoises, par exemple au moment de l'adoption des lois agraires écartant les restrictions féodales au plein exercice du droit de propriété¹⁶⁵. Weber indique cependant, tout en soulignant au passage que l'expression « droit germanique » relève le plus souvent du slogan et ne se réfère pas à un contenu historique précis¹⁶⁶, que la plupart des institutions juridiques capitalistes sont d'origine médiévale¹⁶⁷. Tel est le cas, nous l'avons vu, des lettres de change et des compagnies commerciales, auxquelles il conviendrait d'ajouter le droit hypothécaire¹⁶⁸, l'action au porteur, le droit de la faillite, etc.¹⁶⁹.

Au regard de la régulation des échanges économiques, la réception du droit romain influa fort peu sur le contenu même des normes juridiques ; en revanche, elle transforma de manière décisive la structure de la pensée juridique sur le continent européen, en l'orientant vers la conceptualisation abstraite et la systématisation¹⁷⁰. Ce mouvement formel de rationalisation ne résulta pas principalement de la pression des intérêts économiques favorables au capitalisme¹⁷¹ : laissées à elles-mêmes, les couches bourgeoises et commerçantes favorisent bien davantage un droit empirique et peu formalisé qu'elles contrôlent directement, plutôt qu'un droit savant

163. M. WEBER, « « Roman » and « Germanic » Law », (1985) *International Journal of the Sociology of Law* 237, 240.

164. *Ibid.*

165. *Id.*, p. 241 ; M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 341.

166. M. WEBER, *loc. cit.*, note 163, 243.

167. *Supra*, note 80. Également : M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 341, *op. cit.*, note 1, p. 67, *op. cit.*, note 78, p. 354 et *op. cit.*, note 63, p. 464.

168. Tel qu'il a été développé en Prusse. Voir M. WEBER, *loc. cit.*, note 163, 241 et suiv.

169. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 341 et suiv. ; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 68, p. 349 et suiv.

170. M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 339 et suiv. Voir C. SCHMITT, « The Plight of European Jurisprudence », (1990) 83 *Telos* 35, 39 et suiv.

171. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 202.

élaboré de manière autonome par des juristes spécialisés¹⁷². Ainsi, au Moyen Âge, la *lex mercatoria* est administrée directement par des tribunaux marchands, formés de juges non professionnels, le plus souvent sans droit d'appel et sans que l'intervention des avocats dans la procédure ne soit autorisée ; il en résulte une justice commerciale rapide et informelle, reposant sur le précédent et l'équité, et non sur une argumentation juridique de nature technique¹⁷³.

Un système juridique aussi peu formel¹⁷⁴, il est vrai, n'aurait guère été propice à la mise en place du capitalisme du type industriel¹⁷⁵. L'exemple de la *lex mercatoria* rend toutefois manifeste que la dynamique propre aux intérêts bourgeois ne tend pas spontanément vers une rationalisation formelle du droit, telle qu'elle se développa par suite de la réception du droit romain¹⁷⁶. La victoire de la pensée romaniste sur le continent résulte de la formation d'une constellation d'intérêts, à la fois économiques, intra-juridiques et politiques, et non de l'influence d'un facteur unique¹⁷⁷. Sur le plan théorique, la réflexion demeure conforme au rejet par Weber de l'univocité déterministe au profit d'une analyse multicausale : « Scientific knowledge [...] can never be established through the futile attempt to represent historical structures as if they were exclusively determined by artificially isolated elements that are merely products of fabrication¹⁷⁸. » Ainsi, les relations entre le droit et l'économie, contrairement à ce qu'avancait Stammler, ne peuvent jamais être saisies de manière univoque : l'influence réciproque entre les deux sphères d'activité doit toujours faire l'objet d'une analyse spécifique, en fonction des phénomènes examinés¹⁷⁹.

172. R.M. UNGER, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1977, pp. 73-74.

173. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 68, p. 347 et suiv.

174. Qui incorpore toutefois des éléments de prévisibilité, les notaires étant souvent utilisés comme clercs pour consigner les décisions, ce qui facilita, notamment en Italie, la codification du droit commercial (*id.*, pp. 346 et 355). En outre les marchands défendent l'autonomie du droit commercial par rapport aux normes matérielles de nature éthico-religieuse, en interdisant le recours aux tribunaux ecclésiastiques en matière de contrats commerciaux. (*Id.*, p. 345 ; M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 329.)

175. D'une part, la complexité croissante des institutions juridiques capitalistes rend nécessaire le recours à des spécialistes ; d'autre part, la prévisibilité d'ensemble de l'ordre juridique ne peut être atteinte que sur la base de l'autonomisation et de la professionnalisation. Les préconditions juridiques du capitalisme commercial et du capitalisme industriel ne sont donc pas identiques. Voir H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 840.

176. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 200.

177. C'est pourquoi, en définitive, « demeure sans réponse la question de savoir si des intérêts économiques se trouvent derrière la réception du droit romain ou s'ils ont été stimulés par elle ». (*Id.*, p. 199.)

178. M. WEBER, *Critique of Stammler*, *op. cit.*, note 63, p. 65.

179. Voir M. Weber, *loc. cit.*, note 163, 476.

Sur le plan historique, cette conception se rattache par ailleurs à l'idée, essentielle chez Weber, d'un blocage des procès de rationalisation, lorsqu'un des éléments en principe favorables à la progression du rationalisme assume un rôle trop prééminent, sans que sa dominance ne puisse être contrebalancée par d'autres variables¹⁸⁰. Ainsi, l'État patrimonial bureaucratique, lequel, dans l'Occident moderne, a favorisé la rationalisation de la vie économique, a conduit au contraire à sa stéréotypisation et au déclin irrémédiable des échanges commerciaux — notamment par l'imposition d'obligations « liturgiques » de plus en plus nombreuses, comme ce fut le cas dans l'Égypte ptolémaïque et dans le Bas-Empire romain —, lorsque la puissance de l'administration s'exerça sans partage¹⁸¹. De même, les guildes médiévales, qui contribuèrent à l'organisation rationnelle du travail, s'efforcèrent toutefois de monopoliser les marchés et les chances de gain, ce qui aurait certainement été nuisible aux progrès du capitalisme concurrentiel si cette tendance n'avait pas été contrée par d'autres forces¹⁸².

Le constat est le même lorsqu'on considère la rationalisation du droit. Ni les intérêts bourgeois ni les préoccupations de l'appareil bureaucratique ne s'attachent par eux-mêmes à la systématisation de l'ordre juridique dans le sens de la rationalité formelle : c'est historiquement la convergence (mais aucunement l'identité) des finalités poursuivies par l'administration, par les agents économiques et par les juristes de formation universitaire qui rend compte des traits spécifiques du droit continental européen. En définitive, donc, les « circonstances économiques ont joué un très grand rôle mais n'ont jamais été seules déterminantes¹⁸³ ».

En même temps — et ici intervient l'idée d'une logique autonome de développement des sphères d'action —, la réception du droit romain demeure avant tout l'œuvre d'une aristocratie de juristes théoriciens (les « docteurs de l'université » comme type particulier de *Rechtshonoratioren*)¹⁸⁴, dont les préoccupations s'orientent vers l'abstraction conceptuelle et la mise en cohérence logique des propositions juridiques, et non vers la satisfaction prioritaire des attentes des intérêts commerciaux. De là provient le reproche fréquent fait au « droit purement logique de ne pas correspondre aux besoins de la vie courante¹⁸⁵ ». Davantage : considérées sous l'angle de la rationalité économique, « les conséquences des construc-

180. Cf., quant à l'émergence du capitalisme rationnel, R. COLLINS, *op. cit.*, note 49, p. 34 et suiv.

181. M. WEBER, *op. cit.*, note 78, p. 364 et suiv. Voir également : M. WEBER, *op. cit.*, note 41, p. 336. Sur le concept de liturgie, voir M.I. FINLEY, *op. cit.*, note 79, p. 201 et suiv.

182. R. COLLINS, *op. cit.*, note 49, p. 34.

183. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 222. Voir D. MILANOVIC, *op. cit.*, note 157, p. 55.

184. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 201.

185. *Id.*, p. 202.

tions (juridiques) purement logiques sont souvent irrationnelles et hétéroclites¹⁸⁶ ».

En fait, du point de vue formel, la rationalisation du droit ne progresse de manière décisive qu'à la condition d'une *émancipation* de la pensée juridique par rapport aux nécessités de la vie pratique, ce que favorise nettement une approche purement théorique des problèmes juridiques¹⁸⁷. Une telle émancipation ne peut qu'entraîner, par-delà la différenciation du rationalisme juridique et économique, de multiples dissonances entre les conceptions des juristes et les attentes des intéressés au marché.

Ainsi, le droit romain de l'Antiquité, qui fut d'abord un droit empirique, produit de l'activité des juristes de cautèle et étroitement lié aux besoins du commerce¹⁸⁸, évolue très nettement dans la direction de la rationalité formelle et de la sublimation scientifique, à partir du moment où les jurisconsultes, auxquels est confiée la fonction officielle de formuler les *responsa*, se situent à une « distance suffisante de la pratique juridique¹⁸⁹ ». Ce mouvement de conceptualisation et de systématisation connaîtra son terme sous la forme du Digeste, c'est-à-dire précisément à l'époque où la distance par rapport à la vie concrète apparaît la plus élevée : les Pandectes représentent en effet une œuvre essentiellement anachronique, marquant la « victoire de l'école sur les praticiens¹⁹⁰ », et ne possédant plus, au moment même de sa réalisation, la qualité de droit vivant¹⁹¹. De même, si le droit romain tel qu'il a été reconstruit par la pensée médiévale (*Usus modernus Pandectarum*) fut adapté dans une certaine mesure aux conditions empiriques, il perdra plus tard toute correspondance avec les exigences de la vie économique, lorsque l'École historique, par souci de purisme, s'attachera à en restituer uniquement la forme originaire¹⁹².

Dès ses premiers travaux sur les mérites économiques respectifs du droit romain et du droit médiéval, Weber était donc pleinement conscient de ce que la mise en cohérence formelle et la systématisation du droit proviennent avant tout de préoccupations intellectualistes, et n'impliquent

186. *Ibid.*

187. *Id.*, p. 146.

188. *Id.*, p. 121.

189. *Id.*, p. 157.

190. M. HUMBERT, *op. cit.*, note 68, p. 494.

191. S. BREUER, « Imperium und Rechtsordnung in China und Rom », dans S. BREUER et H. TREIBER (dir.), *Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1984, p. 108. Tel que le souligne H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 841, le fait que le degré le plus élevé de rationalisation formelle du droit romain soit atteint en période de déclin économique témoigne de l'absence de rapport direct et nécessaire entre le formalisme juridique et l'émergence du capitalisme.

192. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 205.

nullement une étroite liaison avec les attentes pratiques des intéressés. La rationalisation formelle du droit, en conséquence, ne saurait se traduire directement par un accroissement correspondant de la prévisibilité empirique requise par l'action économique¹⁹³ ; le cas anglais ne constitue dans cette perspective qu'une illustration supplémentaire de la dissociation de la rationalité juridique formelle, et de la calculabilité du droit, lorsqu'elle est envisagée dans son rapport effectif avec les exigences de l'activité concrète.

4.3 Les éléments de prévisibilité dans la common law et dans le droit continental

Lorsque Weber fait référence au droit continental et à la common law, il faut bien marquer la distinction entre ces systèmes juridiques considérés en tant que configurations historiques déterminées et leur stylisation par assimilation aux divers idéaltypes de la pensée juridique¹⁹⁴. Weber paraît ainsi tracer une équivalence entre le droit continental et la rationalité juridique formelle ; il ne s'agit bien entendu que d'un procédé heuristique, puisqu'il n'y a ici nulle identité véritable. On soulignera par exemple que Weber relève la nature relativement contradictoire du *Code civil français*, lequel représente « le troisième droit universel, à côté du droit anglo-saxon, produit de la pratique juridique, et à côté du droit romain, produit d'une doctrine théorique et littéraire¹⁹⁵ », et pourrait apparaître comme l'archétype du droit formellement rationnel. En fait, observe Weber, le Code civil en partie postule, en partie *simule* « des dispositions très claires et très intelligibles »¹⁹⁶ : dans nombre de ses propositions qui trouvent leur origine dans le droit coutumier, le Code civil repose sur des règles plastiques élaborées au détriment de la sublimation juridique formelle¹⁹⁷. Il en résulte qu'à tout le moins en partie le Code fait appel en réalité, pour son interprétation et application aux cas concrets, à une rationalité juridique du type substantif.

D'avantage certes que le droit continental, la common law résulte d'une association de formes distinctes de la pensée juridique¹⁹⁸. La position

193. L.M. LACHMANN, *The Legacy of Max Weber*, Berkeley, The Glendessary Press, 1971, p. 64.

194. M. RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1964, p. lvi. Cette distinction vaut également, par exemple, pour le droit romain classique, celui de la Rome républicaine. Voir M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 978.

195. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 207.

196. *Id.*, pp. 207-208.

197. *Id.*, p. 208.

198. A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 122.

influyente du jury en droit anglais ressort en partie de l'idéaltype de la justice charismatique formellement irrationnelle¹⁹⁹ et en partie — car la décision non motivée se fonde sur le sentiment populaire de la justice — de l'idéaltype de la justice de *Cadi* matériellement irrationnelle²⁰⁰. L'importance que revêt historiquement la fonction de juge de paix témoigne également, à un autre niveau, de l'emprise de l'irrationalité juridique substantive sur une large part du droit anglais²⁰¹. En revanche le système des précédents, fonction du raisonnement analogique, constitue « une soupape de sécurité pour le formalisme », le juge demeurant strictement lié à des schèmes prévisibles²⁰² : le produit d'une telle justice empirique, même s'il n'y a pas subsomption du fait litigieux sous des concepts rationnels, n'en représente pas moins un jugement formel²⁰³.

Par ailleurs, tant le droit continental que la common law comportent des éléments favorables et défavorables à la rationalisation de l'action économique²⁰⁴. Ainsi, la valeur attribuée à la cohérence logique en droit continental contribue à rendre prévisibles les conséquences juridiques de ce type d'action²⁰⁵. La norme juridique revêt un caractère objectif ; son application relève en principe d'une interprétation logique de sens, non d'un exercice arbitraire ou subjectif, ce que met en relief la métaphore, souvent employée par Weber, du « juge-automate²⁰⁶ ». Ce type de justice formelle, opposée à l'arbitraire et à l'inconstance subjective, avantage en

199. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 127.

200. *Ibid.* Cela ne signifie aucunement que la décision des jurés est irrationnelle dans son effet pratique ; au contraire, remarque Weber, en droit commercial, le jury « s'acquittait d'ailleurs fort bien de sa tâche s'il était composé de commerçants expérimentés ». Jusqu'en 1856 toutes les actions en common law impliquaient obligatoirement la présence d'un jury. Voir R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1988, p. 360.

201. M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 976, voir également p. 1059 et suiv. Voir M.R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 39 et suiv., p. 218 et suiv. Bien entendu, la justice profane des notables a également joué un rôle significatif — quoique beaucoup plus modeste qu'en droit anglais — sur le Continent. Cf. les juges de paix en droit français. (Voir J.-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 17 et suiv.)

202. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 231, *loc. cit.*, note 110, 1395 et *op. cit.*, note 110, p. 976.

203. M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 976.

204. S. EWING, *loc. cit.*, note 3, 495.

205. H. TREIBER, *loc. cit.*, note 26, 382.

206. M. WEBER, *op. cit.*, note 110, p. 1395, *op. cit.*, note 41, p. 343 et *op. cit.*, note 1, p. 164. Cette conception de la fonction judiciaire fut caractéristique de l'école allemande de la « jurisprudence des concepts » : voir P. HECK, « The Jurisprudence of Interests: An Outline », dans M.M. SCHOCH (dir.), *The Jurisprudence of Interests*, 20th Century Legal Philosophy Series : Vol. II, Cambridge, Harvard University Press, 1948, p. 37.

fait les économiquement puissants, en leur garantissant un maximum de liberté²⁰⁷. En revanche, tel que nous l'avons précédemment souligné, le formalisme juridique, porté en grande partie par une couche sociale dont les préoccupations intellectuelles favorisent une large émancipation par rapport aux nécessités empiriques, demeure susceptible, notamment sous l'impulsion des « faiseurs de conséquences purement logiques », de dresser divers obstacles à la rationalisation de l'activité économique²⁰⁸.

La common law comprend également plusieurs éléments lesquels, considérés en eux-mêmes, sont peu compatibles avec l'essor d'une économie de marché. L'importance que revêt le droit matériellement irrationnel, la justice de *Cadi* en particulier, paraît certes, par le haut degré d'imprévisibilité qu'elle implique, s'opposer au développement du capitalisme²⁰⁹. En outre, le faible niveau de rationalisation formelle et l'absence de systématisation du droit anglais, qui en rendent à peu près impossible toute réelle codification²¹⁰, se traduisent, du point de vue des agents économiques et des profanes en général, par une incompréhensibilité à peu près complète des constructions juridiques²¹¹; ce facteur semble également, à priori, tout à fait défavorable à la prévisibilité des conséquences juridiques de l'action²¹².

Le caractère ésotérique du droit anglais²¹³ et son attachement, par certains aspects, aux formes irrationnelles d'administration de la justice, se voient cependant contrebalancés par diverses composantes nettement propices à l'épanouissement de la prévisibilité, tant intrajuridique qu'empirique.

Ainsi, le système des précédents fondé sur la fiction de la continuité historique assure l'élaboration du droit sur des bases prévisibles à défaut d'être formellement rationnelles²¹⁴. La règle du *stare decisis*²¹⁵ impose en effet un principe de cohérence, donc de rationalité et de prévisibilité²¹⁶.

207. M. WEBER, *op. cit.*, pp. 164 et 166.

208. *Id.*, p. 147.

209. *Supra*, note 110.

210. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 230. Voir H.B. GERLAND, « The Operation of the Judicial Function in English Law », dans E. BRUNCKEN et B. REGISTER (dir.), *Science of Legal Method*, New York, The MacMillan Company, 1911, p. 247.

211. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 230.

212. H.B. GERLAND, *loc. cit.*, note 210, 247.

213. *Id.*, p. 245.

214. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, p. 102 et *op. cit.*, note 1, p. 127.

215. Celle-ci, il convient de le souligner, ne fut formellement reconnue qu'au XIX^e siècle. Voir R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 200, p. 426. Voir également F. NEUMANN, *op. cit.*, note 140, p. 243 et suiv.

216. M. RHEINSTEIN, *loc. cit.*, note 194, lvi.

Certes l'identification du *ratio decidendi* demeure un exercice particulièrement difficile, nullement assimilable à la subsomption du fait sous une norme formelle par interprétation logique du sens²¹⁷ ; toutefois, tel que l'a relevé Neumann, la doctrine de la force obligatoire des précédents, en common law, constitue un équivalent fonctionnel au principe de l'application de la loi générale abstraite en droit continental²¹⁸.

Par ailleurs, le *formalisme procédural* lié au système stéréotypé des *writs*, produit de l'extension de la juridiction des tribunaux royaux et obéissant avant tout à des préoccupations d'ordre public²¹⁹, a eu un effet stabilisateur sur le droit anglais : même si ce formalisme paraît dans son principe fortement irrationnel, il a occasionné une certaine prévisibilité de fonctionnement de l'ordre juridique²²⁰.

D'autre part, la *structure dualiste* du droit anglais limite aux litiges et délits courants des couches populaires les effets arbitraires de la justice de *Cadi* et préserve ainsi un espace de droit formel, essentiel au développement des échanges économiques, et qui régit les rapports juridiques entre les classes possédantes²²¹. Ce caractère dualiste du droit anglais signifie, d'une part, que la justice profane, fortement irrationnelle, des juges de paix ne s'exerça jamais, historiquement, au détriment des intéressés au marché²²² ; d'autre part, que la justice formelle appliquée par les tribunaux royaux, étant donné son coût très élevé, demeura toujours peu ou pas du tout accessible à une large part de la population, ce qui équivaut *de facto* à un déni de justice pour les économiquement faibles²²³ : cela se révéla de fait, signale Weber, « tout à fait conforme aux intérêts des couches possédantes et plus spécialement des couches capitalistes²²⁴ ».

En outre, la *nature empirique* du droit anglais se reflète dans la communauté d'intérêts unissant les avocats et leurs clients, c'est-à-dire principalement les agents économiques. Comme le droit romain préclassique, la common law revêt le caractère d'une jurisprudence de cau-

217. F. NEUMANN, *op. cit.*, note 140, p. 242. Voir également M. RHEINSTEIN, *loc. cit.*, note 194, lvi. H.B. GERLAND, *loc. cit.*, note 210, 245.

218. F. NEUMANN, *op. cit.*, note 140, p. 242 et suiv.

219. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 200, p. 357 et suiv.

220. A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 120.

221. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, p. 102 et *op. cit.*, note 1, p. 167. Voir A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 123.

222. M. WEBER, *op. cit.*, note 35, p. 278.

223. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, pp. 167, 231 et *op. cit.*, note 110, p. 977. Voir F. NEUMANN, *op. cit.*, note 140, p. 264 et suiv.

224. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 167. Voir M. CAIN, *loc. cit.*, note 3, 75 et suiv. H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 842. S. BREUER, « Feudalismus und « Rechtsstaat » in Westeuropa und Japan », dans S. BREUER et H. TREIBER (dir.), *op. cit.*, note 191, pp. 147-148.

tèle, la pratique juridique s'attachant à la « création de types de contrats et de plaintes [...] correspondant aux besoins réitérés des intéressés²²⁵ ». Le monopole corporatif conféré aux *Inns of Courts* eut pour effet de préserver cette orientation empirique : d'une part, la formation juridique fut entièrement soustraite à l'influence de l'enseignement théorique universitaire, l'acquisition des connaissances juridiques demeurant essentiellement conditionnée par des objectifs pragmatiques²²⁶ ; d'autre part, le recrutement obligatoire des juges dans les rangs des praticiens membres des *Inns of Court* garantit la proximité sociologique de la magistrature par rapport aux intérêts commerciaux²²⁷.

Enfin, la *flexibilité* de la common law, corollaire d'un côté de sa nature empirique et de l'autre de son faible degré de systématisme formelle, a contribué à ce que le droit anglais puisse « survivre formellement inchangé aux très grands bouleversements économiques²²⁸ ». Weber signale par exemple que l'institution du jury en matière civile a eu pour effet de restreindre les possibilités de création, sous forme de précédents, de règles juridiques à portée obligatoire, laissant ainsi le champ libre aux évaluations concrètes, c'est-à-dire aux solutions matérielles conformes aux attentes des agents économiques²²⁹. De manière générale, le niveau peu élevé de rationalisation formelle de la common law « est responsable de la capacité « pratique » d'adaptation du droit anglais et de son caractère « pratique » du point de vue des intéressés²³⁰ » ; l'évolution de la notion de *trust* atteste ainsi des capacités d'innovation des juristes de common law²³¹, alors que le rationalisme juridique formel et abstrait se traduit parfois, tel que l'écrit Weber, par un « appauvrissement de la faculté créatrice²³² ».

Conclusion

Le « problème anglais », tel qu'il a été construit par certains commentateurs de Weber, repose sur une lecture discutable de la *Sociologie du droit* ne tenant pas suffisamment compte de la distinction essentielle entre la validité empirique d'une proposition juridique envisagée dans son rapport effectif avec l'activité économique réelle et la vérité d'une telle pro-

225. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 144. Voir A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 126.

226. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 144. Voir A.T. KRONMAN, *op. cit.*, note 3, p. 121.

227. M. WEBER, *op. cit.*, note 30, p. 102 et *op. cit.*, note 110, p. 1395. Voir H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 842.

228. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 145.

229. *Id.*, p. 231.

230. *Id.*, p. 230. Voir A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 125 et suiv. H. TREIBER, *loc. cit.*, note 3, 842. B.S. TURNER, *op. cit.*, note 3, pp. 330-331.

231. A. HUNT, *op. cit.*, note 3, p. 126.

232. M. WEBER, *op. cit.*, note 1, p. 68.

position, c'est-à-dire sa validité dogmatique telle qu'elle est considérée (logiquement ou conventionnellement) par la doctrine du droit. La notion de prévisibilité juridique, en effet, ne peut recevoir un sens univoque, elle s'adresse soit à la calculabilité du droit au regard de l'effet empirique attendu par les agents économiques (*prévisibilité empirique*), soit à la possibilité d'inférence d'une solution juridiquement adéquate du point de vue de la dogmatique juridique (*prévisibilité intrajuridique*).

Sur le plan *intrajuridique*, la prévisibilité ne connaît un plein épanouissement que dans le cadre des systèmes juridiques *formellement rationnels* ; au-delà de certaines ambiguïtés terminologiques et de l'usage abusif que fait Weber du qualificatif « formel », la rationalité formelle du droit ne désigne nullement, dans la *Sociologie du droit*, la qualité du rapport empirique existant entre une proposition juridique et l'activité économique concrète, mais plutôt un certain nombre de *propriétés logiques* des systèmes juridiques, telles la complétude, le caractère déductif, la fermeture et la systématisation. Sous cet angle, la common law n'a jamais été un système juridique formellement rationnel, même si elle parvient, par le recours à la technique à la fois complexe et floue des précédents, à un degré significatif de prévisibilité intrajuridique.

Une lecture attentive de la sociologie juridique de Weber révèle que seule une *affinité élective* peut être posée entre la rationalité formelle du droit et l'émergence du capitalisme : le rationalisme juridique et le rationalisme économique prennent en effet appui sur un certain nombre de préoccupations communes, par exemple sur la recherche d'une prévisibilité optimale, sur un traitement impersonnel des rapports juridiques ou économiques, sur une volonté de neutralité axiologique. Il y a donc des points de rencontre possibles (mais nullement nécessaires) entre la rationalisation du droit et celle de l'économie. Cette affinité demeure par ailleurs limitée, les sphères économiques et juridiques se rationalisant en fonction de logiques autonomes de développement, portées par des catégories sociales distinctes quant à leurs penchants intellectuels et quant à leurs intérêts matériels ; les probabilités de rapports conflictuels entre les deux sont donc élevées : ainsi le droit formellement rationnel tend vers une émancipation au regard des considérations pratiques, au point d'apparaître, dans certaines de ses conséquences, comme « irrationnel » du point de vue des agents économiques.

Sur le plan *empirique*, la prévisibilité du droit représente en revanche une précondition essentielle à la genèse du capitalisme industriel du type concurrentiel. Les moyens qu'utilise la technique juridique — le recours à la logique formelle ou plutôt au raisonnement analogique fondé sur des schèmes conventionnels — pour parvenir au résultat désiré revêtent ici un

caractère relativement secondaire ; l'important est que l'ordre juridique soit à même de garantir la stabilité et la calculabilité des échanges économiques, en réunissant un certain nombre d'éléments : rejet de l'irrationalisme formel et matériel — à tout le moins quant aux relations juridiques entre les intéressés au marché —, régularité procédurale et autonomie du droit par rapport aux préceptes éthico-religieux et aux impératifs politiques, développement des institutions juridiques indispensables à l'économie rationnelle (telles que le contrat-fonction et la personnalité morale) et, point tout à fait fondamental, garantie de l'égalité formelle et des droits à la liberté. Tant la common law que le droit continental se sont révélés aptes à édifier des systèmes juridiques rassemblant ces diverses composantes, en suivant parfois (pour des motifs souvent politiques) des voies divergentes : par exemple le droit anglais n'a reçu que tardivement le concept romano-canonique de corporation, mais la notion de *trust* a longtemps fourni un substitut adéquat. Du point de vue empirique, Weber établit donc une *relation causale* entre les transformations du droit et la naissance du capitalisme industriel, encore que cette relation ne doive pas être comprise de manière déterministe et s'inscrive dans le cadre très complexe d'une convergence entre un nombre élevé de variables d'ordre économique, technique, politique, religieux, etc.

Assurément Weber n'a pas traité l'ensemble de ces questions d'une manière systématique. Sa sociologie juridique constitue pourtant, comme nous avons cherché à le démontrer, un point de référence essentiel à l'étude des interactions qui prennent place entre la sphère juridique et la sphère économique. La discussion relative au « problème anglais », si elle ne rend pas pour autant convaincant le constat d'échec que certains imputent à Weber, n'en présente pas moins l'intérêt d'obliger à un approfondissement de certains aspects souvent négligés de la *Rechtssoziologie*, et de favoriser ainsi une consolidation des fondements théoriques de la sociologie du droit.