Sociologie du droit

Salle 429.

Contrôle continu : 2 notes au cours du semestre :

* En fin de semestre sur tout le contenu du cours, au dernier cours (7 décembre)
* Au choix 1 exposé par binôme de max 20 min. Ecrire au prof si difficultés ac les sources.

Exposés :

1. Les sources du droit : qu’est-ce qui constitue les origines du droit (pour le 21/09)
2. L’organisation des institutions judiciaires (05/10) pris
3. Le droit divin et le droit romain (marquant une rupture ac le précédent) (voir Sociologie du droit de Weber, + autres bouquins) (12/10) pris
4. Le droit naturel (19/10)
5. Le droit constitutionnel et la hiérarchie des normes (02/11)
6. Droit et morale (09/11) priGs
7. Droit et religion (rapport entre droit et religion) (16/11)
8. Le droit positif (23/11)
9. Le droit est-il toujours rationnel ? (30/11)
10. Légitimité et légalité (30/11)

En ligne sur Moodle : plan, références, liste des exposés

Examen : 1h30, quelques questions de cours, à envoyer par mail. Mail : Thierry.Tirbois@sorbonne-université.fr

La sociologie du droit étudie les phénomènes juridiques : cela comprend la production des lois, mais aussi les effets des droits / des lois sur les comportements sociaux.

Par exemple, de nombreux juristes / sociologues étudient le droit du travail.

Bruno Latour et Alain Supiot (voir ses confs sur YouTube) ont travaillé sur ces questions.

Le droit connaît un intérêt très précoce en sociologie.

1ère partie : qu’est-ce que la socio du droit ? Durkheim et Weber. Naissance et diffusion de la socio du droit.

2e partie : processus de rationalisation du droit. Le droit qui se fondait sur la magie, puis sur des phén religieux puis sur la nature, se fonde ajd sur des grands principes / un appareil technique qui participe à garantir sa rationalité. (Max Weber)

3e partie : enjeux et contradictions du droit contemporain : question des transformations contemporaines du droit et défis. Point de vue de sociologue sur la matière juridique.

# Introduction générale à la sociologie du droit

La sociologie américaine a développé le concept de déviance, associé à celui d’étiquetage (*Labelling*). En socio du droit, on s’intéresse uniquement aux déviances punies par le droit, qui peuvent changer au cours du temps.

Une loi ancienne, postrévolutionnaire (datant du Code civil), interdisait aux femmes le port du pantalon. Mais au fil du temps, est apparue la vogue des garçonnes, filles habillées en garçon, aux cheveux courts ; puis se sont développé des vêtements unisexes. La loi est tombée en désuétude, mais restait dans le droit. Elle a été abrogée récemment en 2013. Femmes et hommes ont l’habitude de s’habiller comme ils le veulent. Ce ne sera probablement pas partout admis socialement, mais la loi interdit qu’une personne soit contrainte de s’habiller d’une manière ou d’une autre. Par exemple, une femme portant un décolleté a été refusée d’entrée au musée d’Orsay. A partir du moment où il n’y a pas atteinte aux bonnes mœurs, on ne peut pas exiger un changement de tenue. Ce refus d’entrée n’est fondé sur aucune loi. Le musée a ensuite présenté ses excuses. Il y a un écart entre ce qui est perçu comme déviant et ce qui est illégal. Quelque chose peut être considéré comme socialement déviant sans être juridiquement interdit.

Autre exemple, seuls les trafiquants de drogue sont sanctionnables, il n’y a pas de punition pour l’individu consommateur. Bien qu’il puisse y avoir une nuisance / un désordre local en raison de la consommation de telles substances (ex : colline du crac), le consommateur est plutôt considéré comme une victime de ses passions.

## Définition du droit et de la socio du droit

### Qu’est-ce que le droit ?

Définition du droit selon Les trésors de la langue française (combinaison de tous les dictionnaires) :

*« Fondement des règles régissant les rapports des hommes en société, et impliquant une répartition équitable des biens, des prérogatives et des libertés »*

Le droit peut se définir comme le fondement des règles régissant les rapports des individus en société. Pour qu’il y ait droit, il faut qu’il y ait interaction entre les individus.

Dans le droit moderne / démocratique, le droit implique aussi une répartition équitable des biens, des prérogatives et des libertés. Le droit implique une dimension de justice (cf. Aristote : justice commutative et justice distributive). Cette répartition équitable des biens, prérogatives et libertés est un idéal ; dans la réalité historique, toutes les sociétés ne l’ont pas connu. Dans nos sociétés modernes, cet idéal se retrouve dans la Constitution, loi suprême qui peut être complètement écrite, ou faite en partie de textes et en partie d’oralité. Cet idéal se traduit plus globalement dans les systèmes juridiques des pays dits démocratiques.

Les tribunaux sont institués pour faire appliquer ce droit, corriger les fautes éventuelles, permettre à chacun d’avoir accès à la justice. A l’époque de la monarchie, les juges acceptaient d’être payés, les plus riches gagnaient alors régulièrement leurs procès. Aujourd’hui le magistrat est un fonctionnaire d’Etat qui ne peut être acheté. Pour intégrer cette dimension du tribunal / des forces de l’ordre dans la définition du droit, qui peuvent contrôler / imposer, le droit peut être défini comme l’ensemble des règles à caractère contraignant régissant l’ensemble des rapports des hommes en société.

Parfois ce droit est irrationnel selon les circonstances et les époques (par exemple, le droit qui se base sur les oracles, sur les croyances magiques / religieuses ; ordalie / jugement de Dieux : on fait combattre 2 personnes, celle qui gagne est celle qui a raison ; lors du Moyen-Âge : des procès ont été intentés à des animaux, parfois exécutés). En général, plus on se rapproche de la modernité et de la société contemporaine, plus le droit se rationalise : les principes sont explicités, codifiés, réunis dans un même ensemble ; on s’éloigne de ce qui relève de l’inspiration cosmique, de l’ésotérisme, du magico-religieux.

Max Weber (1864-1920) était un juriste, économiste et sociologue. Il s’est intéressé à la question du droit dans *Economie et société*. Il a pour projet de décrire et d’expliquer toutes les transformations et les mécanismes du changement social depuis les sociétés les plus anciennes aux sociétés contemporaines à travers plusieurs aspects : la science, l’économie, la modification des régimes politiques, le droit. L’œuvre de Weber est restée inachevée. Weber a été traduit par morceaux, dont *Sociologie du droit* qui a été traduit à part.

Pour Weber, dans *Economie et société* (p 68-69)[[1]](#footnote-0), l’ordre (les règles d’organisation sociale) prend la forme :

* d’une convention, dont la validité est garantie par la chance de survenue d’une réprobation extérieure,
* ou d’un droit, dont la validité est garantie par la chance de survenue d’une contrainte extérieure grâce à l’activité d’une instance humaine (on est obligé d’obéir parce qu’une force physique (les forces de l’ordre), ou une contrainte monétaire vont nous y contraindre)

*« Nous entendons par « convention » la « coutume » dont la « validité » est approuvée au sein d’un groupe humain et qui est garantie par la réprobation de tout écart. A l’opposé du droit […] l’instance spéciale chargée d’exercer la contrainte fait défaut. »*

L’existence d’un ordre qui nous garantit la loi ou le contrat, la contrainte extérieure (physique ou monétaire), tout ce qui traduit l’existence concrète du droit, oblige les individus à respecter les règles collectives et leurs engagements passés. Il faut une contrainte qui force au respect de l’ordre établi et qui châtie toute violation. Il n’y a pas seulement la vertu mais l’existence de la contrainte qui permet le respect de la loi. Forces de l’ordre et instance judiciaire assurent cette contrainte face au droit et permettent à la justice d’être rendue.

Voir *Economie et société* tome 1 p 72

### Qu’est-ce que la sociologie du droit ?

La sociologie du droit est la partie de la discipline sociologique qui prend en charge la compréhension et l’explication des phénomènes juridiques. Ces phénomènes sont très variés :

* Il y a d’abord toute l’évolution de l’histoire du droit (on peut faire une sociologie historique du droit ; cf. WEBER, *Sociologie du droit*). WEBER étudie l’évolution du droit latino-germanique et du droit anglo-saxon (2 droits qui ont existé en Europe depuis l’Empire romain jusqu’à pratiquement nos jours) en procédant par une sociologie comparatiste : pour bien saisir les phénomènes juridiques qui se passent, il faut comparer les sociétés. Il s’est intéressé à l’évolution du droit hindou, chinois, religieux chrétien, musulman né avec l’islam (tribunaux mixtes), polynésien. Cela permet de voir d’une manière générale comment le droit évolue dans le monde, et l’évolution du droit occidental par rapport au reste des systèmes de droit. C’est un très gros travail de connaissance et de comparaison, un travail de sociologie historique.
* Autres sujets abordés par la sociologie du droit :
  + Accessibilité des juridictions pour les individus
  + Intérêt aux métiers du droit (pratiques des avocats par exemple)
  + Processus de fabrication de telle ou telle lois et rapports de force sociaux qui sous-tendent la création législative (ex : question de la responsabilité individuelle dans la 2e moitié du XXe ; réforme du code pénal de 1994, qui instaure notamment des lois contre la mutilation des animaux)
  + La légitimité par rapport à la loi (des Cours suprêmes sont chargées de vérifier la conformité de la loi à la Constitution, comme le Conseil constitutionnel en France ; pendant 9 ans Dominique Schnapper à siégé au Conseil constitutionnel, elle en a fait un livre, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*).

Mais ces objets d’étude ne vont pas de soi, car le droit est une matière très ancienne, qui s’est créée avec les premières universités. Souvent, ce travail réflexif sur le droit a été fait par les juristes eux-mêmes, mais qui n’avaient pas forcément les outils critiques du sociologue. C’est ce que rappelle Max WEBER (juriste et sociologue), qui distingue le dogmatisme juridique d’un côté et le réalisme sociologique de l’autre, dans *Economie et Société* :

Dogmatisme juridique[[2]](#footnote-1) : souvent, les juristes (qui pratiquent ou fabriquent le droit) voient le droit tel qu’il devrait être, ils en ont une conception idéale. Les juristes se réfèrent à la lettre de la loi, mais en omettant parfois d’étudier les pratiques, c'est-à-dire les écarts entre le texte et la réalité. C’est normal puisque le juriste a pour finalité d’appliquer une norme juridique existante, mais aussi son rôle professionnel est de participer à construire la meilleure norme juridique possible en fonction d’un idéal dont il faut s’approcher.

(Colliot-Thélène, *La Sociologie de Max Weber*, 2014, chap. III)

Par exemple, le premier article de la Constitution de 1958 stipule que « la France est une République indivisible » ; dans la réalité, il y a un jeu, un décalage entre ce texte et des groupes sociaux, des communautés qui adressent aux institutions juridiques des demandes particulières ; la République est laïque, mais il est demandé pour les enfants de certaines confessions des menus de substitutions, il est aussi demandé d’adapter les périodes d’examen aux pratiques religieuses. Ces transactions, ces enjeux des pratiques fondent le réalisme sociologique dont parle WEBER.

Réalisme sociologique : les sociologues ne regardent pas seulement le droit par rapport à un idéal, mais tel qu’il fonctionne. Qu’est-ce que le droit dit des compromis entre les différentes forces au sein de la société (rapport de force entre l’Etat et les groupes sociaux plus ou moins puissants) ?

Par exemple, le droit du travail, qui organise les rapports de force entre salariat et patronat, est négocié. Le droit du travail dépend de la loi mais aussi de négociations collectives. Ces négociations concernent les pratiques d’une entreprise en particulier, ou dans un cadre plus large dans certains domaines d’activité qui ont besoin de conditions spécifiques de travail ou de rémunération. Les patronats et syndicats peuvent négocier des conventions collectives, plus favorables aux salariés que la loi ; chaque entreprise à un niveau local tache alors à la faire appliquer. Pendant les 30 glorieuses, le contrat de travail dominant est le CDI, ce qui est aujourd'hui remis en cause. C’est la convention collective qui permet en particulier de limiter les horaires et la pénibilité du travail dans l’hôtellerie. Autre exemple, les entreprises cherchant à faire du profit et les associations s’opposant à la dégradation de l’environnement tentent de trouver des compromis.

Ce réalisme sociologique peut s’intéresser aussi à ce qui fait la légitimité d’un pouvoir notamment politique : qu’advient-il du droit dans un pays autoritaire ?

*« Quand on parle de “droit”, d’“ordre juridique”, de “règles de droit”, on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c’est-à-dire qu’il s’agit pour lui de savoir quelle est la signification autrement dit le sens normatif qu’il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu’il advient en fait dans la communauté. »* (*Economie et Société*, Weber)

*Le juriste « vise à fixer le sens normatif de la loi, c'est-à-dire celui qu'il convient de lui attribuer en fonction de la cohérence interne du système constitué par l'ensemble des lois, qui est l'« ordre juridique » au sens du juriste. Au contraire, ce qui intéresse le sociologue est l'influence réelle qu'une loi exerce sur les comportements collectifs dans une conjoncture historique déterminée. »* (Colliot-Thélène, *La Sociologie de Max Weber*, 2014, chap. III)

Voir à partir de la p. 11, *Economie et Société, tome 2*, Weber, et voir *Essai sur la théorie de la science, Troisième essai*, Weber, pp. 16-18

## La manière dont le droit comptait parmi les sociologues classiques

Durkheim (1858-1917) et Weber (1864-1920) se sont intéressés au droit.

Durkheim parle du droit dans différents ouvrages : *De la division du travail social* (1893), *Les règles de la méthode sociologique* (1895), *Le suicide* (1897), *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), et dans différents cours parus à titre posthume. On voit un intérêt de Durkheim pour le droit, et dans son travail d’enseignement et de recherche, il en fait état. Il rédige un texte sur l’origine de l’idée de droit. Cet intérêt peut se lire par 2 biais : méthodologique, et politique.

Biais méthodologique : *De la division du travail social*, *Les règles de la méthode sociologique*

Son ouvrage *De la division du travail social* est consacré aux mécanismes du changement social (comment passe-t-on d’un type d’une société à un autre ; des sociétés archaïques / traditionnelles / anciennes à solidarité mécanique aux sociétés contemporaines / modernes à solidarité organique). Ces sociétés ont des caractéristiques très différentes : les sociétés anciennes sont moins peuplées, les individus y ont des rôles sociaux / des fonctions sociales très semblables les uns aux autres, toute déviance est sévèrement punie par un droit punitif où les sanctions sont très importantes, ce qui nous paraitrait aujourd’hui disproportionné (humiliation, contrainte physique, douleur) : cette peine doit saisir les esprits et dissuader les éventuels déviants de désobéir. Au fur et a mesure que baisse la mortalité infantile, que certaines règles d’hygiènes s’imposent, la densité de population devient plus grande. A mesure que la population croit mondialement, la densité démographique augmente : de cette densité démographique découle une plus grande densité morale, ce qui conduit graduellement aux sociétés à solidarité organique, parce que les êtres humains d’une même société deviennent de plus en plus interdépendants comme les organes d’un même corps. Les individus deviennent plus autonomes les uns par rapport aux autres, les rôles sociaux se diversifient, mais on est plus interdépendant aux autres, parce que les fonctions et les activités économiques et sociales se diversifient de plus en plus. Il y a une division du travail sociale beaucoup plus étendue. Le système de droit attaché à ces sociétés à solidarité organique est beaucoup plus doux, mesuré, puisque seulement dans les cas les plus graves, lorsqu’il y a un délit ou un crime, on emprisonne quelqu'un. Tous les pays européens (sauf la Biélorussie et la Russie) ont aboli la peine de mort au XXe et XXIe siècles. Pour les choses les plus bénignes, on demande une compensation financière. Ce n’est plus une justice punitive mais restitutive, c'est-à-dire qui cherche à restituer à chacun ce qu’il lui revient, à rééquilibrer ce qu’un dommage a causé, mais pas en blessant, humiliant.

Un fait social ne peut pas être interprété directement. Il va falloir trouver des preuves de ce changement social :

* Dans l’évolution des mœurs
* Dans l’évolution du droit

Le droit sert d’élément de preuve d’une transformation sociale. Ce changement du droit traduit une évolution de la conscience collective qu’on ne peut pas observer directement. Le droit est un outil du point de vue du sociologue.

Il y a une raison politique à l’intérêt de Durkheim pour le droit. Il s’intéresse aux sociétés à solidarité organique. La question de Durkheim est celle de la cohésion sociale. Ce que redoute le plus Durkheim est l’égoïsme (défaut d’intégration) et l’anomie (défaut de régulation). De ce point de vue, le droit peut garantir l’existence de normes juridiques et sociales favorisant les liens sociaux, comme le droit de se syndiquer, le droit de se rassembler, le droit de faire grève. Pour Durkheim les corporations (= syndicats) sont un progrès car cela fédère les individus. Le droit permet aussi de garantir des droits qui n’étaient pas garantis avant les régimes démocratiques, par opposition notamment à l’arbitraire royal au Moyen-Âge.

Lors de l’affaire Dreyfus (accusé de trahison au profit de l’Allemagne car juif, dans un procès inéquitable) se manifestent le colonel Picquart, mais aussi des intellectuels, comme Jaurès, Zola, etc. Cette affaire divise le champ intellectuel en 2, d’un côté des intellectuels réactionnaires et catholiques ; d’un autre côté des intellectuels progressistes, non racistes, qui insistent sur le respect du droit. Un recueil de textes qui parait en 1898, *L’individualisme et les intellectuels*, regroupe quelques articles rédigés par Durkheim en défense de Dreyfus. Durkheim a l’intelligence de ne pas défendre Dreyfus parce qu’il est juif (car Durkheim est aussi juif) (à revoir), mais il repose sa réflexion seulement sur le droit. L’individualisme est le respect dû à tout individu dans une société démocratique ; individu auquel des droits inaliénables sont attachés. Ces droits sont conférés par la déclaration des droits de l’homme et du citoyen, par les lois constitutionnelles, par le code civil (voir peut-être *L’individualisme et les intellectuel*, Durkheim, 1898). La légitimité de la démocratie et du régime démocratique se trouve dans le respect des droits individuels. (Voir Pierre Birnbaum)

* Intérêt double du droit pour Durkheim : méthodologique comme moyen de preuve ; politique et moral

Max Weber (1864-1920), issu de la bourgeoisie protestante, juriste de formation, a aussi intégré le droit dans ses analyses. Il s’est beaucoup intéressé aux conditions des travailleurs, à l’histoire économique. Bien qu’il ait une formation initiale de juriste, il ne va pas l’exercer. C’est un sociologue qui connaît très bien le droit. Ce rapport au droit de Max Weber se lit dans tous ses ouvrages (*Ethique protestante et esprit du capitalisme* (1905), *Sociologie des religions* (recueil de 10 textes écrits entre 1910 et 1920), *Economie et société* (1921, posthume)). On trouve cet intérêt pour le droit dans une pluralité de livres, parce que le projet qui fédère l’œuvre de Weber est l’explication du changement social, de la transformation des sociétés, des plus anciennes jusqu’aujourd’hui. Dans les différentes parties de l’activité sociales, Weber essaie de montrer comment l’occident connait une évolution spécifique qui est un processus multidimensionnel de rationalisation ou de désenchantement / démagification du monde. De plus en plus de propositions rationnelles viennent se substituer au religieux, à la magie. C’est ce qu’il essaie de montrer en étudiant les monothéismes dont le protestantisme, mais aussi les religions orientales. Il mène des enquêtes sur les ouvriers agricoles à l’est de l’Elbe ([article](https://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_65_1_2350)), et sur les acteurs de la bourse (*La bourse*). C’est une transformation qui ne s’opère pas aussi bien, pas aussi fort dans certaines régions du monde plutôt que dans d’autres. Dans *Economie et société*, Weber étudie les phénomènes de pouvoir et de domination, et établit 3 types de domination :

* La domination légale ou rationnelle, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu’ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens
* La domination traditionnelle, reposant sur la croyance quotidienne en la sainteté des traditions valables de tous temps et en la légitimité de ceux qui sont appelés à exercer l’autorité par ces moyens
* La domination charismatique, reposant sur la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d’une personne, ou encore émanant d’ordres révélés ou émis par celle-ci

A la fin de sa vie, Weber parachève cette analyse en se penchant sur le droit, en s’intéressant à l’évolution des sources du droit, au droit et à sa procédure, à ceux qui font le droit. Il évoque toutes les formes de droit différentes, issues de systèmes religieux et de régions du monde variés, ce qui permet de montrer les particularités de l’évolution du droit occidental.

Les premières thématiques sont :

* La distinction progressive du domaine du droit publique et du droit privé
* La création progressive de nouveaux droits subjectifs pour les individus
* La transformation d’outils qui s’intéressent au droit et à la création économique
* L’harmonisation et la codification du droit, formant un tout logique

## La naissance de la sociologie du droit : tensions entre juristes et sociologues

### Un intérêt commun pour la question sociale

Au milieu du XIXe siècle, l’industrialisation a été à l’origine d’un développement sans précédent du droit sous toutes ses formes. Les rapports entre le droit et les autres disciplines de la société (sociologie surtout, mais aussi histoire, anthropologie et philosophie) sont nés de cette emprise croissante du droit sur la société. En France, la rencontre a eu lieu à la fin du XIXe, à l’intersection de la philosophie sociale d’Emile Durkheim et d’une science du droit qui intégrait les mouvements sociaux. L’*Année sociologique* recense régulièrement des travaux juridiques entre 1896 (année de sa création) et 1914. En Allemagne, la confrontation a été plus conflictuelle, opposant les thèses économiques et politiques de Marx et Engels à celles des juristes relevant du mouvement dit du « socialisme juridique ». Aux Etats-Unis, le droit a noué avec les autres sciences sociales des rapports plus utilitaires.

De nombreuses disciplines se sont trouvées confrontées au droit dans ce contexte. Mais c’est entre la sociologie et le droit, et leurs diverses sous-spécialités (histoire du droit, anthropologie juridique, sociologie des organisations, sociologie de la famille) que les liens ont été les plus forts. Et c’est dans chacune de ces disciplines que sont nés des sociologies du droit.

### Naissance d’un champ de recherche pluridisciplinaire

Dans l’histoire des sciences sociales des pays industrialisés, la sociologie du droit est une création récente. L’expression elle-même n’apparaît qu’en 1913, employée pour la première fois par Eugen Ehrlich, dans *Les fondements de la sociologie du droit*. Comme discipline empirique elle s’est développée plus tardivement encore, vers le milieu du XXe siècle. Pourtant, le programme qu’elle se donne n’est pas réellement nouveau : il s’agit d’étudier les relations entre le droit et la société, c'est-à-dire la manière dont le droit, conçu comme un ensemble plus ou moins structuré de règles, principes et décisions, entre en relation avec le corps social, saisi comme agencement d’individus, de groupes et d’institutions, situés dans la sphère d’influence du droit.

On compte 4 foyers de production de la sociologie du droit :

* Les deux disciplines principalement concernées :
  + Le droit
  + La sociologie
* Les deux grandes aires culturelles :
  + Les pays de common law[[3]](#footnote-2)
  + Les pays de tradition latino-germanique du Droit écrit[[4]](#footnote-3)

La diversité des sociologies du droit n’est donc pas le fruit des seules querelles d’école, mais aussi de l’effet des différences d’inspiration.

### Des histoires séparées

Cet intérêt partagé pour la question sociale n’a cependant pas contribué à construire un terrain et des problématiques communs. L’identification d’une « sociologie du droit » comme domaine particulier d’investigation a été le résultat de cheminements distincts, et a conduit à une dualité d’approches. Avec d’autres spécialistes du domaine, on peut considérer qu’il existe aujourd’hui deux sociologies du droit (Treves, 1992). Les ouvrages généraux parus sous l’intitulé de « sociologie du droit » ont chacun leur public, formé de juristes ou de sociologues, rarement des deux. L’œuvre principale d’Eugen Ehrlich, *Les Fondements de la sociologie du droit* (1913), considérée comme fondatrice de la sociologie du droit, est destinée aux juristes. Depuis cette date, les ouvrage qui comportent dans leurs titres les termes sociologie du droit ou sociologie juridique se sont multipliés, mais sont nettement plus nombreux du côté des juristes que du côté des sociologues.

Les juristes ont donc été plus précoces et plus fertiles en production d’ouvrages de sociologie juridique. Mais cet intitulé générique recouvre deux genres bien distincts :

* Les théories sociologiques du droit : elles constituent une forme de théorie du droit, et sont éloignées de toute préoccupation empirique. Leur objectif est principalement de s’interroger sur les fondements sociaux du droit. (Ehrlich, 1913 ; Lévy-Bruhl, 1961 ; Jorion, 1967)
* Les théories de la sociologie du droit : ce sont des études de juristes qui abordent la sociologie du droit comme discipline. Elles apparaissent plus tard.

Du côté des sociologues, l’intitulé sociologue du droit est plus rare, et apparaît plus tardivement. Il n’est pas utilisé par ceux qui sont pourtant considérés comme des précurseurs en ce domaine, comme Émile Durkheim (1858-1917), Georges Davy (1883-1976) ou Paul Fauconnet (1874-1938). L’expression n’apparaît que lorsque les sociologues ressentent la nécessité de créer une sociologie spécialisée qui s’émancipe de la discipline juridique, comme Max Weber ou Georges Gurvitch.

Les juristes et sociologues tendent à donner à cette divergence le tour d’une opposition entre professionnels. Pour Georges Gurvitch, les sociologues (notamment Durkheim et Weber) étaient préoccupés de fonder une sociologie juridique « branche de la sociologie », tandis que les juristes se montraient « inquiets que la sociologie du droit ne signifie en fin de compte l’annulation de tout droit en tant que norme » (Gurvitch, 1960, *Traité de sociologie*, « Problèmes de sociologie du droit », p. 174-176) (cf dogmatisme juridique vs réalisme sociologique). Pierre Bourdieu de son côté dénonce le piège du « juridisme » qui menace les juristes lorsqu’ils veulent rendre compte de pratiques sociales (1989, *Le sens pratique*, p. 249 et sq.). Les juristes, comme Jean Carbonnier, affirment la définitive extériorité du regard sociologique sur le droit, condamné à ne voir du droit que l’apparence, tandis que le juriste seul accéderait à sa connaissance authentique (Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1972, p 17). Pour résumer l’état des relations interdisciplinaires, « les sciences sociales et juridiques, ainsi que les juristes et les chercheurs en sciences sociales sont des partenaires malaisés en sociologie du droit » (Simon, Lynch, 1989, p 832).

12/10/20 : cours enregistré (Moodle)

# 1ère partie : La différenciation des domaines matériels du droit

Voir *Sociologie du droit*, collection Quadrige ou PUF, ou en ligne. *Sociologie du droit* collection Repère. *Sociologie de Max Weber* de J. Freund. Quelques études sur la socio du droit de Weber. Voir les références sur Moodle.

On va s’intéresser au droit tel que Weber l’a étudié, dans une partie d’*Economie et société*, et dans *Sociologie du droit*. On va s’intéresser à 3 grandes parties :

I/ La différenciation des domaines matériels du droit

1. Distinction progressive entre droit public et droit privé
2. Les catégories de la pensée juridique rationnelle telle que Weber les propose

II/ Les formes de création des droits subjectifs

Les droits subjectifs sont les droits attachés aux individus en tant que personnes physiques. Weber montre que ces droits subjectifs ont été de plus en plus garantis aux individus dans l’histoire, grâce à la rationalisation de l’ordre juridique.

Droit et économie s’articulent : la rationalisation du droit est aussi la résultante d’une demande des acteurs économiques qui avaient besoin d’un système stable et régulé.

Une forme particulière d’accord entre les individus se transforme : le contrat. A l’origine les contrats dépendaient des statuts individuels des personnes. Plus le droit se rationnalise, plus l’on passe à un « contrat fonction » : c’est le but visé qui légitime le contrat et les dispositions prises, les statuts des individus ne rentrent plus en compte. Cela correspond à la période du Moyen-Âge puis de la Révolution française. L’égalité des statuts permet de considérer que les justiciables ont les mêmes droits qu’un autre quel que soit leur statut.

## La différenciation ambivalente du droit public et du droit privé doit se clarifier (droit objectif vs droits subjectifs)

### Distinction progressive entre droit public et droit privé

*« Du point de vue de la délimitation sociologique, on peut définir le « droit public » comme l’ensemble des normes qui, suivant le sens donné par le système juridique, règlent l’activité qui se rapporte à l’institution étatique. […] On peut considérer en revanche le droit privé comme l’ensemble des normes qui, suivant le sens donné par le système juridique, valent non pour l’activité se rapportant à l’institution étatique mais seulement pour celle que l’institution étatique règle par des normes. »* (Weber, *Sociologie du droit*, chap. I)

Weber, dans son ouvrage, note que cette distinction, jusqu’à la période moderne, n’est pas précisément établie. Les premières formes d’Etat, qui ne sont pas démocratiques, confondent ce qui relève de la puissance publique et de la sphère privée. Il n’existe pas de droit spécifique protégeant les individus, leur vie domestique ou privée. D’ailleurs la conception même de l’individu est relativement restreinte (cf Durkheim, *De la division du travail social*). Dans les cités grecques où les premières expériences démocratiques étaient menées, seul 1/4 à 1/5 de la pop jouissait du statut de citoyen ; les esclaves, étrangers, miséreux, femmes n’étaient pas citoyens : première forme localisée et très imparfaite de démocratie.

Avec le droit romain et la république romaine, il y a une tentative de construction logique et de rationalisation. Pour ce qui concerne l’Europe (dont la France), lors de la féodalité (Xe-XVe siècles), on a une superposition de droit entre un pouvoir central qui essaie d’être restauré et les pouvoirs locaux des seigneurs (Mérovingiens (Ve-VIIIe siècles) et carolingiens (VIIIe-Xe siècles) essaient d’instaurer un pouvoir monarchique dans une France morcelée de comtés et de fiefs dirigés par des seigneurs qui cherchent à conserver leur pouvoir). Il y a une compétition entre le roi et les seigneurs locaux, qui édictent des règles variables d’un territoire à l’autre. Puis, à partir de Philippe le Bel (1268-1314), puis surtout à partir du XVe siècle, progressivement il y a une restauration de l’Etat central. L’aristocratie affaiblie, désargentée, a besoin de l’aide du roi. Le roi a modernisé son appareil de contrôle du pouvoir. Il y a un embryon de droit public qui se met en place.

Extrait du paragraphe 28, chap. I, *Sociologie du droit*, Weber :

Seul l’Occident a développé une doctrine scientifique du droit public parce que ce n’est qu’ici que le groupement politique a pris le caractère d’une institution comportant des structures rationnelles organisées et une division des pouvoirs. L’Antiquité n’a connu du droit public scientifique que pour autant qu’il y avait une division rationnelle des pouvoirs : ainsi la doctrine des imperia des fonctionnaires romains a été élaborée de façon scientifique. Tout le reste n’était pour l’essentiel que de la philosophie de l’État et non du droit de l’État. Le Moyen Âge ne connaît la division des pouvoirs que sous la forme de concurrence de droits subjectifs (privilèges ou prétentions féodales) et par là ignore la manière spécifique de traiter du droit de l’État. Ce qui résulta se trouve dans le droit féodal et dans le droit seigneurial. La conception moderne du droit public doit son origine à une combinaison de plusieurs facteurs. D’abord, sur le plan des faits, la socialisation des privilégiés en corporations publiques dans l’État fondé sur les ordres *(Ständestaat)* qui associe de façon croissante limitation du pouvoir et division des pouvoirs à une structure institutionnelle, sur le plan des théories, ensuite, le concept romain de corporation, le droit naturel et en définitive la doctrine française créèrent la conception juridique dominante du droit public moderne.

Mais la distinction telle qu’on la connaît vraiment puise son origine dans la déclaration des droits de l’homme et du citoyen, au moment de la Révolution, où on entend empêcher définitivement l’arbitraire royal de s’exercer. Dans la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen (DDHC), on définit d’un côté ce qui est du ressort de la puissance public / de l’Etat, et d’un autre côté les droits naturels et inaliénables des individus : sphère publique et sphère privée sont distinguées. La DDHC fait aujourd'hui toujours partie du bloc de constitutionnalité au sommet de la pyramide des normes, comme la Constitution, c'est-à-dire que toutes les lois qui sont promulguées doivent respecter ce texte.

Cette distinction entre droit public et droit privé, en France, se précise au XIXe, avec l’industrialisation et l’extension du domaine d’activité de l’Etat. Deux références ont marqué cette évolution :

1. La séparation des juridictions en 2 ordres : d’un côté l’ordre judiciaire, et de l’autre côté l’ordre administratif. Quand il y a un doute pour savoir si une affaire dépend de l’ordre judiciaire ou de l’ordre administratif, le tribunal des conflits est chargé de trancher. (Voir exposé sur le sujet).
2. Le début de la IIIe République, qui assoit la république et la démocratie en France, car elle est une des plus longues connues. A ses débuts en 1871, on doute qu’elle ne dure longtemps, car certains aristocrates veulent encore restaurer la monarchie, il y a des luttes de pouvoir. La IIIe République commence avec seulement un Code civil (Bonaparte), la DDHC ; elle repose en partie sur la coutume. Trois lois constitutionnelles en 1875 fixent la nature républicaine du régime. A l’exception du régime de Vichy, tous les régimes connus depuis 1871 ont été républicains.

Or, en février 1873, le tribunal des conflits rend un arrêt, l’arrêt Blanco, qui vient d’un problème pratique posé par une activité de l’Etat. En effet, l’Etat participe à la production de la métallurgie, des infrastructures utiles aux chemins de fer, du tabac, etc… Malgré une doctrine libérale, l’Etat participe à l’industrialisation et veut favoriser sa puissance économique. Une jeune fille de 5 ans, Agnès Blanco, traverse une rue sur laquelle se trouve un rail, et un wagonnet d’une société de l’Etat la renverse et la blesse grièvement. Le wagonnet appartient à la manufacture des tabacs de Bordeaux, exploitée en régie par l’Etat. Se pose la question de savoir si l’Etat est responsable du dommage, et comment indemniser cette petite fille. Il y a une bagarre juridique, entre M. Blanco qui défend sa fille et qui veut que l’Etat reconnaisse sa faute, et l’Etat qui prétend ne pas être responsable de cet accident. Les différentes procédures vont jusqu’au tribunal des conflits. La décision du tribunal des conflits va faire jurisprudence. Le tribunal considère que le juge administratif est compétent pour connaître de la responsabilité (c'est-à-dire pour estimer si quelqu'un est responsable d’un dommage, pour dédommager la victime) à raison des dommages causés par les services publics, qui sont des services de l’Etat. Pour la première fois, juridiquement l’Etat à travers ses services publics est mis en cause, et on considère que quand des usagers de ces services publics sont victimes d’un accident / dommage, le juge administratif peut se saisir et décider de la manière dont les gens doivent être indemnisés : car cela concerne les services publics de l’Etat, dont il est le décideur / le responsable ; car une société privée ne pourrait pas toujours permettre une indemnisation la plus juste et la plus confortable possible des dommages, tandis que l’Etat, puissance publique, a nécessairement les moyens d’indemniser les usagers des services publics, ou les personnes privées victimes de l’activité des services publics. A partir de 1873, et de manière continue jusqu’à nos jours, l’Etat est reconnu plus seulement comme un Etat gendarme (qui gère la police et la justice), mais comme un Etat providence (qui participe à l’activité économique, qui a des services publics, et qui doit assumer cette responsabilité). C’est pour cette raison d’ailleurs qu’à côté du droit privé / civil qui concerne l’activité des particuliers en société, il y a un droit administratif qui est un droit de l’Etat et de ses agents. Puisque cet Etat possède des pouvoirs exorbitants au droit commun, il faut prévoir des procédures particulières quand il est responsable. Cet arrêt a été considérable dans la construction du droit administratif en France, et dans la séparation du droit public et du droit privé.

Cette distinction entre droit privé et droit public est particulièrement marquée en France et n’existe pas dans d’autres pays aussi intensément. Plus tard, en 1921, les activités de l’Etat et les cas dans lesquels il est responsable sont encore précisés. Par exemple, on distingue, parmi les services publics, ceux qui sont purement administratifs, et les services publics industriels et commerciaux (SCNF, transports maritimes appartenant à l’Etat, premières compagnies aériennes, …). On considère que le droit civil peut être compétent pour ce qui concerne l’industrie et le commerce, et le droit administratif concerne ce qui est purement administratif. Mais dans les deux cas, la reconnaissance d’une responsabilité élargie de l’Etat se développe, dans les activités qu’il encadre et qu’il suscite, avec l’idée d’indemniser le mieux possible des victimes éventuelles.

Une forme particulière de responsabilité est créée, typique du droit administratif, qui s’appelle la responsabilité sans faute de l’Etat. Dans certains cas, alors même que l’Etat n’est pas fautif, il prend en charge une faute pour pouvoir indemniser des victimes. Par exemple, au milieu des années 80, l’affaire du sang contaminé a mis la responsabilité sans faute de l’Etat en évidence. Dans les hôpitaux, on proposait à des personnes hémophiles (qui ne coagulent / ne cicatrisent pas) qui le voulaient de bénéficier de transfusions sanguines pour leur donner de l’énergie ou pour des raisons de confort. Or, à cette époque, il y a différentes façons de traiter / conditionner le sang récupéré à partir de dons gratuits : les pochettes de sang pouvaient être chauffées ou non chauffées. Or, le VIH, qui se développe à cette époque, se transmet sexuellement ou par le sang. On s’aperçoit à l’usage que les poches de sang chauffées éliminent les virus et peuvent être injectées au patient sans danger. Mais, à la même époque, l’Etat a délégué son pouvoir de service public à une agence (le CNTS, Centre Nationale de la Transfusion Sanguine) dirigée par un médecin, Michel Garretta. Il est chargé de s’occuper des poches de sang pour la transfusion. Ce médecin, pour des raisons purement commerciales, a tout un stock de produits non chauffés, dont il sait qu’il peut contaminer les individus. Il continue malgré tout de les proposer aux hémophiles. Un certain nombre d’hémophiles, après une ou plusieurs transmissions, ont contracté le VIH. Ils se rendent compte que l’origine des contaminations est la transmission sanguine. Des plaintes sont déposées, l’affaire est jugée, le ministre de la santé de l’époque est amené à se justifier en justice, et évoquera cette responsabilité sans faute de l’Etat. Même si le ministre ne savait pas ce que faisait la personne qui devait s’occuper des transfusions, l’Etat a dû prendre en charge l’indemnisation de toutes les victimes. A l’époque, c’était d’autant plus grave que le VIH était particulièrement mortel, la trithérapie n’existait pas.

Pour résumer, l’activité privée est alors régie par le droit privée et les activités de l’Etat et des services publics sont régies par un droit public, qui vise à la fois à protéger et encadrer l’action spécifique de l’Etat, mais aussi à une meilleure indemnisation des usagers.

19/10/20

Parenthèse au sujet de la liberté d’expression et de l’assassinat de Samuel Paty

Liberté d’expression : loi de 1881

Durkheim : il y a des droits inaliénables attachés à l’individu : l’individu est le plus petit acteur de la démocratie (au sujet de l’affaire Dreyfus). Weber l’évoquait pour la société allemande de son temps. La notion d’individu, mise au centre des démocraties, disposant d’un certain nombre de droits, de prérogatives, est renforcée suite aux dérives autoritaires / totalitaristes du XXe siècle.

Les lecteurs des journaux doivent avoir le choix des lectures possibles de tous bords politiques.

Il y a des limites posées à la liberté d’expression : la diffamation et l’injure (qui peuvent être racistes, sexistes, homophobes) d’une part ; les propos appelant à la haine, qui rassemblent notamment l’apologie de crimes contre l’humanité, les propos antisémites, racistes ou homophobes, d’autres part. En France, contrairement à d’autres pays européens comme l’Allemagne, le blasphème (parole ou discours qui outrage la divinité, la religion ou ce qui est considéré comme respectable ou sacré) est un droit.

On est libre de consulter / ne pas consulter des images.

Human bomb (1993), prise d’otage dans une petite école. Il y a déjà eu des attentats dans des écoles, mais c’est la première fois qu’un enseignant est assassiné dans l’exercice de ses fonctions dans l’histoire de la République. Samuel Paty montrait depuis longtemps ces caricatures, et a proposé aux élèves de sortir s’ils le voulaient. L’enseignement n’a pas imposé une façon de penser.

Cette liberté d’expression protège les non-croyants et les croyants, les opinions politiques différentes, qui disposent de canaux différents pour s’exposer. Il est seulement demandé que le conflit ne soit pas réglé par la violence.

Droit divin / droit romain : c’est la cité qui fait ses lois et elles s’imposent à tous. Pour certains individus, il y a un droit qui prétend supplanter le droit de la cité. C’est une interprétation irrationnelle du droit selon Weber. C’est ce dont nous nous détachons de plus en plus au fil du temps. L’attentat montre une résurgence d’une forme d’irrationalité du droit au nom d’un principe transcendant et d’une interprétation particulière.

Suite de la différenciation des domaines matériels du droit.

Les 3 parties sont reprises de l’ouvrage de Weber (*Économie et société* ou *Sociologie du droit*). Synthèse de la rationalisation de Weber.

La différenciation du droit public et du droit privé a été de plus en plus marquée avec le temps à mesure que l’on approche de la modernité. Dans les pays latino-germanique, cette distinction est assez nette. Dans les pays anglo-saxons, la différence entre droit public et droit privée est plus floue, relative. Cette distinction existe peu ou proue dans l’ensemble des sociétés modernes démocratiques, car ça correspond à des types de prérogatives différentes, les prérogatives de l’Etat et les prérogatives du particulier.

### Droit objectif et droits subjectifs

« Droit objectif » s’écrit systématiquement au singulier et « droits subjectifs » au pluriel.

Le droit est une notion / un corps de concept qui se manifeste dans 2 sens essentiels :

1. Le droit désigne un corps de règles dont l’objet est d’organiser la vie en société : le droit énumère les institutions, les rapports des institutions et des individus entre eux. Dimension objective, plus générale.
2. Le droit renvoie à une définition du statut des personnes, et en fonction de ce statut, une réglementation existe, qui régit les relations des individus les uns avec les autres. Pour Weber, on peut comprendre le droit comme un ensemble de règles, mais on peut aussi comprendre le droit comme la faculté des individus à faire valoir leur position ; ce sont les prérogatives dont jouissent les individus et qu’ils peuvent faire respecter grâce aux institutions juridiques. Dimension subjective.

Le droit objectif forme un corps de règle destiné à organiser la vie sociale : il précise les institutions, le cadre d’activité des individus. Pour Weber, c’est un phénomène juridique à l’état pur, c’est l’essence même du droit de fixer un cadre à l’intérieur duquel toutes formes d’interactions vont être possibles.

Les droits subjectifs désignent le moment où les individus sont introduits dans le droit, donc deviennent des sujets du droit, et exercent différentes prérogatives[[5]](#footnote-4) tirées du socle constitué par le droit objectif. On déduit des droits subjectifs au droit objectif, prérogatives particulières attachés aux individus. Parmi ces droits, il y a par exemple le droit à la pension alimentaire : c’est l’obligation pour les parents vers les enfants (qui ne sont pas en âge de travailler) de les entretenir, les nourrir et les éduquer. Il peut y avoir des procédures juridiques pour exiger une pension alimentaire de la part des parents. A l’inverse, les parents en âge avancés doivent être soutenus par leurs enfants s’ils n’ont pas les moyens financiers de le faire eux-mêmes.

La notion de droit a entrainé des discussions entre juristes et entre sociologues. Les juristes et sociologues concevaient de distinguer droit objectif et droits subjectifs. Pour certains juristes ou pour certains sociologues (comme Durkheim et Mauss), il y avait quelque chose d’insatisfaisant dans les droits subjectifs : les droits subjectifs peuvent s’exercer à l’encontre de la société. La société moderne n’est-elle pas trop injuste, trop égoïste, ne faudrait-il pas donner plus de pouvoir au service public au nom de l’intérêt général, quitte à réduire les droits individuels ? Exemple : l’Etat estime qu’au nom de l’intérêt collectif, il a le droit de procéder à des expropriations, de nationaliser des terrains, etc., en particulier pour construire des infrastructures ; un certain nombre d’Eglises ont aussi été nationalisées par l’Etat.

Le débat entre droit objectif et droit subjectif a existé chez les sociologues (Durkheim, Mauss) et chez les juristes, comme Léon Duguit (1859-1928). Duguit, marqué par les conflits (1e GM), dans sont *Traité de droit constitutionnel* (1911), considère qu’en raison des égoïsmes, il faudrait accepter de redonner au collectif une part de ses droits, et de conférer ce droit objectif étendu au service public, qui aurait en charge l’intérêt général (en matière de santé, d’école) (cf *Le Léviathan* de Hobbes) ; cela n’a jamais été fait car cela a été contraire aux juridictions. Ex : tentative de faire passer toutes les écoles dans le domaine public en 1984 a été déclaré non constitutionnel.

On a historiquement agrandi ces droits subjectifs. Par exemple, le mariage homosexuel est un nouveau droit subjectif. Les militants de la manif pour tous craignent que l’adoption et la PMA créent de nouveaux droits subjectifs pour les personnes transsexuels ou transgenres.

Ces droits subjectifs sont attachés à un sujet (à une personne soit physique soit morale), ou sont des droits individuels, reconnus à des individus (à partir du moment où on est majeur sans pathologie mentale particulière). Il y a 4 types de droits subjectifs :

1. Des droits subjectifs volontaires ou involontaires
2. Des droits subjectifs patrimoniaux ou extrapatrimoniaux (qui échappent au patrimoine des individus)

Droits subjectifs volontaires : ils viennent de la volonté des individus, et ce sont les actes qu’on fait en toute conscience (ex : signer un contrat) : acte entre deux parties (un contrat par exemple), ou unilatéral (un permis de pêche par exemple).

Droits subjectifs involontaires : ils ne viennent pas de la volonté des individus, et consistent dans l’obligation de réparer une faute (s’il y a accident de voiture, si on abime un bâtiment (ce peut être l’assurance qui paye))

Droits subjectifs patrimoniaux : ce sont les droits de propriété. On peut utiliser / abuser de / louer notre propriété. Par exemple, la licence, propriété intellectuelle d’un texte, est un droit subjectif patrimonial. Les créances sont aussi régies par des droits subjectifs patrimoniaux : on peut récupérer la dette de quelqu'un, qu’un autre doit rembourser ; après avoir fait un emprunt, une banque peut racheter à nous-même ou à notre banque cet emprunt (rachat des créances), c’est le mécanisme de la crise des subprimes au EU (rachat massif des créances immobilières qui ne pouvaient plus être honorés par les propriétaires des maisons).

Droits subjectifs extrapatrimoniaux : on ne peut pas les vendre ou les céder. Cela concerne par exemple le nom de famille, l’état civil, l’honneur (ce qui relève de la morale), tout ou partie du corps humain (on peut donner un rein, mais on ne peut pas le vendre, en faire un marché ; mais des gens sont enlevés, agressés pour qu’on leur enlève des organes qui seront vendus). Philippe Steiner (sociologue, dans *La transplantation d’organes : un commerce nouveau entre les êtres humains*, 2010) : le don d’organe, qui peut être payant et donc un peu perverti aux États-Unis, est gratuit en France ; aux États-Unis on peut être rémunéré pour un don du sang. Sur la question de la prostitution, on n’est pas censé céder tout ou partie de son corps, toutes les sociétés n’ont pas décidé de la même solution : en Allemagne, cette vente est organisée ; en Suède, en France, les clients et les proxénètes sont pénalisés, on considère les prostitué(e)s comme des victimes (bien qu’il y ait un marché obscur de la prostitution). Théoriquement, ce sont des prérogatives subjectives qu’on n’est pas censé pouvoir céder contre monnaie à une tierce personne.

## Les catégories de la pensée juridique rationnelle (Weber)

1er chapitre de *Sociologie du droit* de Weber

### Les fondements de la rationalité du droit

Cette rationalisation qui est progressive, mais qui n’est pas linéaire / continue, résulte à la fois d’un long processus (de l’Antiquité à la société allemande des années 20 de son temps), et est la caractéristique de la société moderne qui est la sienne, c'est-à-dire du droit moderne codifié, cohérent. Weber a lui-même participé au droit allemand : il aurait pu devenir un parlementaire, mais sa carrière politique a finalement avorté. En tant que savant, juriste, historien de la pensée économique, il a participé à la rédaction de la Constitution de la république de Weimar (1918-1933), adoptée en 1919. Cette anecdote montre la très grande connaissance que Weber avait du droit, comme praticien, juriste, curieux de la vie politique. Il a publié des éditoriaux dans la presse, il a commenté l’actualité politique et juridique. Weber n’est pas étranger au processus de rationalisation du droit.

Pour Weber, le processus de rationalisation du droit ne sera jamais achevé. C’est plutôt un processus tendanciel.

Cette rationalité est fondée sur 2 grands principes :

1. Le principe de pertinence : parce que le droit tel qu’il est établi aujourd'hui doit être pertinent par rapport aux principes précédents du droit, par rapport aux textes déjà en vigueur, il faut qu’il y ait un principe de continuité.
2. Le principe de systématisation du droit : au lieu de faire des règles particulières, adaptées à tel ou tel cas, le droit adopte la même solution à tous les cas similaires. C’est important car cela permet aux acteurs d’anticiper le droit qui va être connu à l’avance. On peut tirer des conséquences prévisibles, savoir quel droit s’applique dans quel cas. Cela donne un horizon juridique aux acteurs sociaux, et donne aux prérogatives une sorte de calculabilité. Cette dimension systématique du droit permet un comportement rationnel et anticipateur parce que les acteurs peuvent faire un choix éclairé. Se développe une calculabilité sociale liée au droit : on peut anticiper les effets, les réactions de la partie adverse, etc. Le droit, de plus en plus, au fil du MA et jusqu’à aujourd'hui, permet à l’individu de faire un calcul rationnel de son comportement.

Cette rationalisation se manifeste de 3 façons différentes, par 3 mécanismes :

1. La généralisation du droit : pour se décider et trouver une solution de droit, on se réfère à un ou plusieurs principes, qui sont des prescriptions juridiques, et qui doivent être les moins nombreux possibles, pour être systématiques et s’appliquer au plus grand nombre de cas. Il faut un minimum de règles de droits pour un maximum de cas possibles.

*La généralisation du droit « signifie la réduction des motifs déterminant la décision dans un cas particulier à un ou plusieurs principes ».* Weber, *Sociologie du droit.*

1. La construction juridique des rapports de droit, qui comprend 2 points :
   1. Déterminer ce qui est important ou secondaire dans une communauté juridique donnée, y attribuer des sanctions appropriées.
   2. Ces grands principes du droit sont organisés dans un ensemble juridique : cela se manifeste par le processus de codification du droit. Les références à la jurisprudence renforcent ou interprètent certaines règles de droit.

*« l’élaboration de « prescriptions juridiques » par analyse de cas particuliers va de pair avec le travail synthétique de la « construction juridique » de « rapports de droit » (Rechtsverhältniss) et d’« institutions juridiques » ; ce qui veut dire que l’on constate ce qui dans une activité communautaire (Gemeinschaftshandeln) et dans une activité concordante (Einverständnisshandeln) se déroulant de façon typique est juridiquement important ; l’on établit également de quelle manière logiquement conséquente ces éléments importants sont à considérer juridiquement ordonnés, c’est-à-dire sont un « rapport de droit ». »* Weber, *Sociologie du droit*.

1. Systématisation du droit (fin Moyen-Âge, Lumières, époque contemporaine surtout) : cette production est tardive pour Weber. Le droit primitif (reposant sur la coutume, l’usage, le droit divin) ne connaît pas de systématisation ; il y a des cas particuliers en fonction des statuts, des croyances. Plus on s’approche de la période moderne, plus le droit est élaboré pour former un système clair, sans contradiction entre règles. Des lois viennent en compléter d’autres pour les préciser. Il faut, avec cette codification, donner un cadre à ces normes, qui vont s’appliquer à tous les cas imaginables pour permettre une garantie de l’ordre juridique.

*La systématisation du droit « signifie une mise en relation de toutes les « prescriptions juridiques » élaborées par l’analyse de telle façon qu’elles forment entre elles un système logiquement clair, ne se contredisent pas et avant tout, en principe, sans lacune. »* Weber, *Sociologie du droit*

Par exemple, la propriété intellectuelle qui existait pour les peintres, les écrivains, les livres, a été adaptée pour les brevets, les contenus en lignes, les logiciels informatiques. Chaque type d’action a les mêmes conséquences juridiques ; les règles sont de plus en plus claires et ne sont contredisent pas.

Les lois qui favorisent les libertés individuelles des femmes se sont développées à partir des 70’s. Pour Françoise Héritier, le point de bascule de la domination masculine est la maîtrise de la fécondité, ce qui change les rapports de force. L’interruption volontaire de grossesse est dépénalisée en 1975, et remboursée par l’assurance maladie à partir de 1982. Actuellement, il est question de réformer la loi pour allonger le délai de recours à l’IVG de 12 à 14 semaines de grossesses, pour éviter les avortements clandestins, une médecine à 2 vitesses. Dans certains pays, de nouvelles lois vont s’opposer aux anciennes concernant les libertés féminines. En Pologne, les conditions d’accès à l’avortement viennent d’être limitées ; historiquement, les chrétiens s’opposaient au communisme. Cela n’est pas cohérent du point de vue de la rationalité de Weber, car cela va à l’encontre de principes plus généraux.

### La distinction entre rationalité matérielle et rationalité formelle du droit

Voir « La rationalisation du droit selon Max Weber », dans *Etudes sur Max Weber* (1990) ([document](http://documents/La%20rationalisation%20du%20droit%20selon%20Max%20Weber%20_%20Cairn.info.pdf) : p. 11-12 et p. 20). Voir aussi « Le processus de rationalisation du droit selon Max Weber » ([document](http://documents/Le%20processus%20de%20rationalisation%20du%20droit%20selon%20Max%20Weber,%20m%C3%A9moire,%20Amadeo%20Falcone.pdf) : à partir de la p. 12)

Il y a 4 types idéaux de droit pour Weber, à partir de 2 couples :

1. Couple rationnel – irrationnel
2. Couple formel – matériel

Il existe des droits rationnels au plan formel, rationnels au plan informels, irrationnels au plan formel, irrationnels au plan informel.

Droit irrationnel :

* Irrationalité formelle du droit : il y a une irrationnalité formelle du droit quand pour répondre à des problèmes posés par la formation et la découverte du droit, pour créer des règles, les moyens employés ne peuvent pas être contrôlés par la raison : oracle, sacrifice, ordalie. Ex : combat aux armes, le vainqueur gagne le conflit juridique.
* Irrationalité matérielle du droit : cas très particuliers qui font que telle ou telle solution juridique va être retenue. Irrationalité matérielle = quand des considérations sentimentales, politiques (qui ne reposent pas sur le droit) emportent la décision. Ex : Lors des procès de Jacqueline Sauvage, en première instance et en appel, la légitime défense n’a pas été retenue. L’affaire a mené à de gros désaccords. Le président de la République (François Hollande) a utilisé le droit de grâce, sans avoir à le justifier, de même qu’on pouvait gracier un condamné à mort, mais sans aucune base juridique. Le motif de satisfaire l’opinion publique, de répondre à une motivation, n’est pas rationnel. C’est un vestige du Moyen-Âge.

Droit rationnel :

* Rationalité formelle du droit : elle existe quand tout le formalisme juridique (la façon de faire le droit, de décider des normes) est rationnel : les principes de construction du droit obéissent à une logique rationnelle, interne, technique, procédurale. La loi est à la fois générale et précise : elle doit inclure tous les cas possibles tout en étant concise. Les mêmes articles du code civil sont prononcés lors de tous les mariages quels qu’ils soient. Quand des caractéristiques générales et univoques relatives à une situation de fait sont prises en considération, et cela de façon exclusive. Pour juger d’un phénomène, on ne s’arrête qu’aux principes du droit, à la procédure légale.
* Rationalité matérielle du droit : découle du fait que l’on doit déduire les règles de droit de l’abstraction qui existe déjà même quand ça s’incarne dans des valeurs : mœurs, valeurs, nécessité politique, part de demande sociale qui émerge dans une société, sont traduits dans la loi, le droit, d’une manière qui ne peut pas être irrationnel. Tout ce qui contient dans le droit de certaines formes de valeurs : la protection de l’environnement, les différentes discriminations, etc., respectant le principe de liberté, conforme à une logique d’ensemble. Des normes juridiques sont obtenues à partir d’impératif éthique (à revoir), qui constituent une limite au normalisme juridique. La forme du droit ne suffit pas, une dimension matérielle est nécessaire, qui vient compléter la rationalité formelle du droit : les valeurs, les phénomènes éthiques, les volontés démocratiques à l’origine de la formation du droit. Ex : 70’s, procès de Bobigny, loi s’opposant à l’IVG, l’infraction de l’IVG n’était pas caractérisée pour les juges : montre l’absurdité de cette loi ancienne. Donne lieu à la loi sur l’IVG en 1975.

Pour Weber, le droit est rationnel s’il respecte une certaine forme et une certaine matière. Au sein de la rationalité du droit, il y a une tension entre rationalité formelle et rationalité matérielle.

Exemple : Loi Weil de santé publique sur l’IVG, correspondait à une demande sociale. Ceux qui en avaient le moyen pouvait avorter à l’étranger, les plus miséreux les pratiquaient dans des conditions difficiles. On estimait qu’il y avait 160 000 à 200 000 avortements par an. Du pt de vue de Weber, c’est une motivation d’ordre matériel, au nom d’une valeur éthique, de la santé publique ; cette loi organise sur une certaine durée l’IVG : visite avec un psychologue, la femme doit avoir un « consentement éclairé ». Autre exemple : abolition de la peine de mort, évolution des taux d’imposition.

Extraits de *Sociologie du droit* de Weber :

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Formel | Matériel |
| Rationnel | (à compléter) | (à compléter) |
| Irrationnel | La création et la découverte du droit sont irrationnelles au point de vue formel quand, pour régler des problèmes posés par la création du droit et par la découverte du droit, sont employés des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison tels la consultation d’oracles ou de leurs succédanés. | La création et la découverte du droit sont irrationnelles au point de vue matériel dans la mesure où ce ne sont pas des normes générales mais des évaluations très concrètes du cas particulier – qu’elles soient éthiques, sentimentales ou politiques – qui déterminent la décision. |

Dans *Sociologie du droit*, chap. Introduction, Jacques Grosclaude :

La rationalisation du droit est conditionnée par la distinction fondamentale faite par Weber entre droit formel et droit matériel. Une loi est dite formelle relativement à un système de notions et de propositions juridiques premières si on peut la déduire de ces propositions au moyen des seules règles de la logique. Le droit formel est donc un système dans lequel l’ensemble des normes obéissent uniquement à la logique juridique sans l’intervention de considérations extérieures au droit. Une loi est dite matérielle si elle est conforme aux données de l’éthique, de la religion, de l’économie, de la politique du moment. Le droit matériel est donc un système qui se réfère à des éléments extra-juridiques.

En combinant cette opposition à celle du droit rationnel et du droit irrationnel, on aboutit au tableau suivant figurant quatre idéaltypes de conformation du droit qui en tant que tel – il ne faudra l’oublier – ne se retrouvent pas dans leur pureté dans la vie concrète.

Le droit peut être :

1. Irrationnel : on n’emploie pas de règles générales

a) matériellement : des valeurs concrètes tenant au cas particulier au lieu de normes générales sont déterminantes ;

b) formellement : on emploie des moyens qui ne peuvent être contrôlés par la raison (oracle, prophétie, procédures magiques).

2. Rationnel : on emploie des règles générales

a) matériellement : on emploie des principes fournis par une idéologie de nature éthique, politique, religieuse ;

b) formellement

1) extrinsèque : on attribue une signification juridique à des actes concrets (un contrat n’est valable que s’il prend la forme écrite, une assignation ne peut se faire que par ministère d’huissier),

2) logique : le droit s’exprime sous forme de règles au moyen de concepts abstraits créés par la pensée juridique elle-même.

# 2e partie : Les formes de création des droits subjectifs

Comment ces droits se sont justifiés au fil du temps ?

02/11/2020 (cours en distanciel)

DST au dernier cours (7 déc), 1h30 en temps limité, sur ordi.

Il y a de plus en plus de règles du droit, et les nouvelles ne contredisent pas celles qui existent déjà dans l’édifice juridique. La stratification du système juridique est de plus en plus complexe.

16/11/2020

Au fil du temps, lors du Moyen-Âge, de la Révolution Française et du premier Empire, il y a une rationalisation progressive. Aujourd'hui presque tout le droit est écrit. Weber note que dans certains cas, il peut exister une importance du religieux. Exemple : conseil spirituel pour le divorce. Il peut y avoir des contradictions entre le droit civil et le droit religieux. Le président français doit être garant de la Constitution, mais il n’est pas supposé intervenir en tant qu’acteur dans les décisions de justice. Or, il y a toujours le droit de grâce aujourd'hui. Le droit de grâce permettait surtout de remettre en cause un jugement de peine de mort (qui à l’époque ne pouvait pas être contesté par le recours à des juridictions supérieures). L’accord de la grâce présidentielle dépendait du climat social ou des incohérences du dossier. Aujourd'hui la peine de mort ne fait plus partie de l’échelle des peines. Il n’y a plus de justification de la grâce présidentielle. Exemple de Jacqueline Sauvage : l’opinion était très divisée, et dans un esprit progressiste Hollande accorde la grâce présidentielle. Juridiquement ça n’a plus de justification rationnelle, c’est une forme de tradition (Weber), contraire à une forme de gouvernement légale rationnelle.

Weber montre comment des droits subjectifs sont apparus au fil du temps, comment ils ont été de plus en plus reconnu depuis le Moyen-Âge jusqu’à l’époque moderne. Le statut des individus s’est homogénéisé. Lors de la naissance des villes autour du XIe siècle, avec les foires, les marchés, l’essor de l’activité économique, puis plus tard l’industrialisation, une demande populaire d’encadrement juridique de l’activité économique a émergé : de nouveaux droits ont été accordés pour encadrer cet essor économique.

## De la convention à la règle de droit : la justification des droits subjectifs

Sociologie du droit, Weber, Ouvrage PUF, Grosclaude

Julien Freund

François Chazel

Michel Lallement (destiné aux étudiants)

Catherine Colliot-Thélène

### La garantie progressive des droits à la liberté (Freiheitsrechte)

Comment ces droits à la liberté ont été reconnus dans l’espace public ?

Catherine Colliot-Thélène a retraduit une partie de *Sociologie du droit* et une partie de *Sociologie de la ville*. Elle trouve chez Weber une analyse du droit de propriété, donc une explication sociologique de l’existence des droits subjectifs, dans la ville médiévale et dans les sociétés étatiques modernes. Dans l’ouvrage de la ville, il parle de l’origine historique des villes, s’arrête à la période post révolutionnaire.

Weber donne à ces droits à la liberté une définition plus sociologique que strictement juridique. *Economie et Société*, Weber : il y a des « droits subjectifs », suivant Weber, dans la mesure où il existe une « garantie d’un surcroît de chance pour que des attentes déterminées ne soient pas déçues, au profit d’individus dotés de ‘droits subjectifs’ par le ‘droit objectif’ »[[6]](#footnote-5). C’est plus une définition de sociologue, car ce n’est pas tant la procédure, la définition juridique, mais la capacité de l’individu à exercer ces prérogatives. C’est seulement une fois qu’ils existent effectivement que ces droits subjectifs ont un intérêt. « L’individu qui a le pouvoir de disposer d’une chose ou d’une personne (qui peut attendre d’une personne quelque chose) acquiert donc par la garantie juridique une sécurité spécifique quant à la durée de son pouvoir accordant à celui à qui une prestation a été promise qu’elle sera exécutée. Ce sont là les relations les plus élémentaires entre droit et économie » (Weber, *Sociologie du droit*, chap. II, « Les formes de création des droits subjectifs »). La rationalisation du droit favorise l’activité économique, car les droits et devoirs sont prévisibles, ils peuvent être anticipés. D’un autre côté, le droit est issu d’interactions sociales, de rapports de force. Tout le Tiers Etat en pleine émergence (artisans, commerçants, ancienne bourgeoisie) exerce des pressions via les parlements pour se voir reconnaître des droits et des garanties économiques. Ils participent indirectement à influencer les juristes et les règles de droit. *Ethique protestante et esprit du capitalisme* : lien entre l’éthique religieuse et l’activité économique, l’éthique calvinistes ascétique économe a favorisé l’extension du capitalisme en Allemagne (capitalisme rhénan).

Weber : le droit moderne se compose de prescriptions juridiques, c'est-à-dire de normes abstraites, et impératives ou permissives (exemple : droit de circuler, de se rassembler, d’exprimer une opinion, d’exercer son culte) : compose les droits subjectifs / à la liberté.

*« Du point de vue juridique, un droit moderne se compose de « prescriptions juridiques », c’est-à-dire de normes abstraites dont la teneur est la suivante : une situation définie doit entraîner des conséquences juridiques définies. La classification la plus courante des « prescriptions juridiques » est, comme dans toutes les réglementations, celle qui distingue prescriptions « impératives » et « permissives » dont naissent les droits subjectifs des individus d’imposer, d’interdire ou d’autoriser une conduite. À ce pouvoir limité et juridiquement garanti sur la conduite des autres correspond du point de vue sociologique les attentes que 1) d’autres fassent quelque chose de précis, 2) s’abstiennent de quelque chose de précis – les deux formes de « prétention » ou que l’on peut sans être gêné par autrui faire quelque chose ou s’en abstenir en toute liberté : ceci constitue un « pouvoir ». »* Weber, *Sociologie du droit*, chap. II

Les droits subjectifs constituent donc une source de pouvoir qui échoie à un individu qui serait impuissant sans ça, car il n’aurait pas la capacité de garantir ces droits.

*« Tout droit subjectif est donc une source de pouvoir qui, du fait de l’existence de la prescription juridique, peut échoir à tout individu qui autrement serait totalement impuissant. »* Weber, *Sociologie du droit*, chap. II

Il faut que le système juridique garantisse ces droits. « Les autres membres de la société reconnaissent ce pouvoir dont ils jouissent également »[[7]](#footnote-6) : début du système juridique moderne, où chacun d’entre nous reconnaît le droit d’autrui, et en compensation il en a le sien. Exemple : droit à la liberté d’expression, qui a des limites : faire dire ce qu’une personne n’a pas dit, atteinte au droit à la vie privée, appels au racisme, à la haine, etc. Les droits à la liberté émergent et se stabilisent à partir de cette époque de la seconde partie du Moyen-Âge. Ces prescriptions juridiques accordent aux individus une certaine liberté d’action, qui offre une capacité fondamentale pour le développement de l’ordre économique. Il y a un développement conjoint des droits individuels et de la capacité économiques des individus.

Les pouvoirs, la liberté d’action accordés à l’individu par les prescriptions juridiques sont de 2 types (*Sociologie du droit*, chap. II, « Les formes de création des droits subjectifs ») :

* Les droits à la liberté (=droit subjectifs), « c’est-à-dire la simple garantie de ne pas être dérangé par des tiers, en particulier par l’appareil étatique dans le domaine du comportement juridiquement permis (liberté de mouvement, liberté de conscience, liberté de disposer de ses biens, etc.) ». Exemple : liberté de mouvement, liberté de conscience, liberté de disposer de ses biens (droit de propriété), etc. Ces droits à la liberté apparaissent dans la DDHC de 1789, fondée sur des droits naturels imprescriptibles. Exemple : dédommagement des personnes expropriés, par exemple les propriétaires de logements se trouvant sur une voie de chemin de fer en construction.
* La liberté contractuelle, de souscrire un contrat, à un accord entre deux personnes (entreprises ou personnes privées). « Les prescriptions juridiques conférant des pouvoirs laissent à la discrétion des individus de régler réciproquement dans le cadre de certaines limites et de façon autonome leurs rapports à l’aide de transactions juridiques ». Exemple : contrat de travail, etc. On ne peut pas renouveler indéfiniment un CDD. Ce contrat a une existence réelle qu’à partir du moment où il y une institution qui garantit son respect.

23/11/2020

P 44 à 45 de la socio du droit de Weber dans l’édition Quadrige des PUF (chap 2)

Weber note que cette rationalisation du droit se combine à un moment d’essor économique où les acteurs économiques doivent être rassurés par des prescriptions juridiques. Ces prescriptions juridiques accordent une certaine liberté d’action. Ces libertés sont de 2 ordres : droit à la liberté, liberté contractuel (cf au-dessus). Elles accordent une capacité fondamentale au développement de l’ordre économique (p45, socio du droit).

*« Les attentes juridiquement garanties citées en dernier lieu c’est-à-dire les « pouvoirs »* (droits à la liberté et liberté contractuelle)*, leur forme et leur étendue sont aujourd’hui de façon générale particulièrement importantes pour le développement de l’ordre économique. »* Weber, *Sociologie du droit*, chap. II

Cette pensée de Weber s’inscrit dans un moment où la bourgeoisie urbaine, l’amélioration des voies de transport se développent. Dans les 2 – 3 derniers siècles, des travaux consistent à aménager des fleuves ou construire des canaux. La navigation fluviale se développe.

L’aristocratie n’avait pas elle-même d’activité productive. L’ordre économique s’est développé avec l’essor croissant de la bourgeoisie, et avec l’augmentation de la consommation de produits de luxe par les seigneurs (épices, étoffes, vin, café, chocolat, potentiellement importés de colonies, qu’ils acquièrent grâce à l’impôt). Quand l’enrichissement par l’impôt n’était pas possible, les aristocrates voyaient leur patrimoine s’affaiblir, et leur réflexe était de vendre des terres auxquelles étaient attachés des titres de noblesse (les personnes les rachetant acquéraient alors ce titre de noblesse).

D’autre part il existe une liberté contractuelle. L’évolution du contrat qui devient plus rationnelle, où c’est moins la personnalité du contractant qui compte mais plutôt la finalité du contrat, et les droits à la liberté sont consubstantiels à la croissance de l’économie marchande. L’Etat est alors en mesure d’imposer une fiscalité sur un territoire, de récolter un impôt. La force publique en elle-même en est renforcée.

Fin Moyen-Âge, Révolution française : on passe d’un droit impératif et prohibitif à un droit de plus en plus permissif, expansionniste (liberté individuelle et contractuelle). Colliot-Thélène : il existe un passage d’*Economie et société* qui n’est pas totalement traduit en français, dans lequel Weber revient sur sa définition des droits à la liberté qu’il associe aux droits de l’homme, droits imprescriptibles qui doivent garantir aux individus une liberté, et notamment de protéger l’individu d’un Etat arbitraire et qui ne respecterait pas ses prérogatives. Cette tendance devient de plus en plus effective lorsque les Républiques apparaissent (en particulier la 3e République en France).

La liberté de conscience est également fondamentale, dans la mesure où elle concerne la totalité du comportement éthique. Le fait pour les individus de croire à une opinion religieuse et de se référer à une certaine éthique religieuse pour conduire leur existence est quelque chose qui occupait une place très importante. C’est à partir de la fin du XIXe que la société a connu un fort mouvement de sécularisation et que la religion s’est privatisée. La croyance reste protégée par l’Etat de droit qui donne la liberté à chacun de croire ou non, de pratiquer ou non ; il vient encadrer les manifestations de la croyance, notamment dans l’espace public. Important pour Weber car il était protestant. Cf *Ethique protestante et esprit du capitalisme*.

Les libertés les plus importantes sur lesquelles revient Weber : caractère intangible de la liberté individuelle (Etat libéral), la liberté contractuelle qui l’accompagne, et la liberté religieuse. La liberté religieuse est importante aux États-Unis, car ils sont peuplés de croyants qui ont été persécutés en Europe.

### Rationalisation de l’ordre juridique

Les droits à la liberté et la liberté contractuelle ont une grande importance dans l’essor de l’activité économique et la rationalisation qui se soutiennent. La rationalisation de l’ordre juridique a été favorable à la bureaucratisation, aux juristes de la robe (aux professionnels du droit), et à l’expansion du capitalisme.

*« Il est clair que ces exigences d’égalité juridique formelle et de liberté de mouvement économique ont d’un côté contribué à la destruction de toutes les bases caractéristiques des ordres juridiques patrimoniaux et féodaux au profit d’un cosmos de normes abstraites, donc indirectement à la bureaucratisation et, de l’autre, qu’elles ont servi d’une manière tout spécifique à l’expansion du capitalisme. »* Weber, *Économie et société*

Néanmoins, Weber note que des groupements économiques ont bénéficié de cette nouvelle façon de construire le droit de manière rationnelle, systématique, qui a surtout servi les intérêts des parties en présence, c'est-à-dire des commerçants, des artisans, des patrons, des professionnels, des banques, etc., qui ont pesé sur l’acceptation de ces nouvelles normes juridiques.

*« Un ordre juridique peut, en effet, être caractérisé par les contrats qu’il sanctionne ou qu’il ne sanctionne pas. À cet égard, l’influence décisive est exercée par des groupes d’intéressés très divers qui varient selon la structure de l’économie. Avec l’élargissement du marché, ceux qui sont intéressés au marché forment le groupe le plus important. De ce fait, leur influence détermine aujourd’hui les transactions juridiques* (les types de contrat) *que le droit doit régler par des « prescriptions conférant des pouvoirs ». »* Weber, *Sociologie du droit*

Cet essor économique a permis l’émergence de taxes, d’une fiscalité, de droits de circulations et de droits de douane. Dès lors qu’une administration s’est développée, cette fiscalité centralisée a permis à un pouvoir central d’asseoir un pouvoir fiscal : cela marque la reconquête de l’Etat sur l’ensemble du territoire français / allemand.

Avec l’émergence des villes, des échanges, on observe une rationalisation économique et juridique. On sort de l’économie « a-capitaliste » du Moyen-Âge (Jacque Ellul, *Histoire des institutions. Le Moyen-Âge*, 2013).

## L’évolution contractuelle au cours de l’histoire grâce à l’émergence de l’Etat et de l’économie marchande

### Articulation entre droit et économie

S’appuie sur des écrits de Michel Lallement

2 éléments ont joué en faveur d’une rationalisation du droit, profitable économiquement aux individus et aux groupements économiques (chap. sur la professionnalisation du droit) :

* L’action des théoriciens et des praticiens du droit (avocats, jurisconsultes), c'est-à-dire des juristes professionnels (relire chap. 4 paragraphes 7-8, 22-24). Pour le continent européen (partie latino-germanique, droit romain), les jurisconsultes ont participé à cette rationalisation à travers les différents éléments donnés par Weber : cohérence, systématisation, généralisation. Les jurisconsultes, héritiers du droit romain, capables de maitriser le langage et la technique juridique, ont pris une importance de plus en plus considérable dans l’élaboration du droit à mesure que le droit est devenu plus technique et que de nouveaux droits subjectifs ont été créés. Ces jurisconsultes ont été soutenu au moment du développement du droit canon par des théoriciens (comme St Thomas d’Aquin) qui développent une vision de plus en plus rationnalisée du droit canon. Le droit romain à ensuite influencé le droit positif moderne. Il se trouve que la bureaucratie en France a permis de développer ces règles, en les appliquant sur un territoire entier. Mais en Angleterre, le droit est plus fondé sur la jurisprudence, la coutume, et la bureaucratie s’y est développée plus tard. La rationalisation du droit y a donc été retardée par rapport au reste du continent européen. Weber explique le retard de la rationalisation du droit en Angleterre :

*« Là où l’enseignement juridique est aux mains de praticiens, spécialement d’avocats faisant de l’admission à la pratique judiciaire un monopole corporatif, un facteur économique, leur rémunération, joue un très grand rôle en stabilisant le droit officiel et en développant son application empirique empêchant par là sa rationalisation scientifique et législative. […] Les avocats anglais par exemple* (réunis en corporations) *ont largement réussi à empêcher non seulement une création systématique et rationnelle mais encore un enseignement rationnel du droit à l’instar de nos Universités. […] En Allemagne, pas plus qu’en France, il n’y a eu de classe d’avocats organisée de façon corporative. »* Weber, *Sociologie du droit*, chap. IV

* La rédaction et la diffusion par l’écriture des textes de droit. Le catéchisme s’est développé par le biais de l’écriture. Elias : le manuel de civilité puéril d’Erasme (*La civilité puérile*, 1530) s’est diffusé en Europe, et a été copié, simplifié, souvent développé : l’écriture et l’imprimerie ont permis une diffusion des textes et de les traduire. Cette diffusion de l’écriture, du point de vue du droit, permet pour Weber un recul de l’interprétation charismatique et irrationnelle du droit au profit de textes écrits qui sont de plus en plus rationnels. Après la Révolution française, le premier code important est le Code civil napoléonien (entré en vigueur en 1804), et cette mise en forme scripturale des règles de droit oblige les juristes à la cohérence et donc à la systématisation des règles juridiques. Récemment, les lois sont rassemblées dans des ensembles cohérents, les codes, pour chaque domaine particulier du droit : c’est la codification. L’écriture est un outil de rapprochement des sociétés européennes, et des états plus généralement : les traités internationaux visent à standardiser le droit, à établir des règles communes. De ce point de vue l’UE est toujours dans un processus de rationalisation de son droit interne.

Cette rationalisation formelle et matérielle du droit, qui visait à satisfaire à la fois une demande de droits individuels, mais aussi une simplification des règles, a favorisé l’essor du capitalisme, a bénéficié aux agents économiques, dans la mesure où ceux-ci ont été soumis à moins d’arbitraire et à un droit plus prévisible, à des rapports juridiques qu’ils pouvaient anticiper.

La crise sanitaire est une situation d’ « incertitude radicale » : les acteurs économiques ne sont plus en mesure d’anticiper, de se projeter : cela provoque un arrêt de l’investissement (auquel on préfère l’épargne) et de la consommation.

Le capitalisme, pour qu’il puisse exister, dépend des règles politiques et juridiques existantes. Il faut que les règles soient claires, que les droits facilitent le commerce, que les droits de douane soient stables. Ces éléments réunis sont favorables à l’essor de l’activité économique.

A la différence de Marx qui voit dans le droit un reflet et un instrument de la domination de classe, Weber, même s’il a bien conscience des intérêts privés des lobbys, n’en déduit pas que le droit serait le reflet des intérêts économiques et de la domination de la seule classe dominante. Aucune instance économique à elle seule n’a pu entraîner et confirmer la rationalisation du droit. Cette rationalisation est nourrie de plusieurs facteurs qui se sont combinés pour lui donner naissance. Le système capitaliste n’a pas une cause unique, mais des causes plurielles, multiples.

4 variables ont joué un rôle à la rationalisation matérielle du droit, et indirectement par ce que R Boudon appelle des effets émergents, à l’essor du capitalisme. Effets émergents : fait que quand des décisions sont prises à un niveau local / microsocial, l’effet de ces actions produit des effets non prévisibles / désirés, qui ont des conséquences à un niveau collectif / macrosocial. La rationalisation du droit a entraîné, à partir de différents effets, l’essor du capitalisme.

1. L’élargissement des marchés à partir du XIIe – XIIIe s, les villes se sont multipliées, urbanisation, qui pour un besoin de commerce se sont ouvertes, aux itinérants, aux foires. Cela a rompu avec l’autarcie qui préexistait auparavant au Moyen-Âge. Les acteurs économiques ont connu une nouvelle sphère de liberté (droits à la liberté) déterminés par des facteurs non économiques, c'est-à-dire des facteurs juridiques, qui ont favorisés l’activité économique. Avec l’élargissement des marchés, ceux qui s’y sont intéressé économiquement forment un groupe dont l’influence détermine els transactions juridiques. Ils militent auprès des pouvoirs administratifs, auprès des juristes, pour qu’un droit favorable à leur propre activité soit développé. Ce droit en création s’organise autour de prescriptions qui confèrent de nouveaux pouvoirs aux individus. Il y a une plus grande liberté politique et juridique qui permet cet élargissement du marché, et ainsi le développement du capitalisme
2. La transformation des structures sociale à la fin de la monarchie. La monarchie tend à devenir absolue. Avec Louis XIV, une coure s’installent, avec des seigneurs, qui vivent dans l’oisiveté et le luxe, ce qui demande des moyens considérables : développement des administration, agents de l’Etat, qui vont être en mesure de prélever l’impôt. Emergence d’un Etat plus bureaucratique, qui se modernise. Transformation des états en classes sociales après la Révolution française. Le Tiers Etat ou la bourgeoisie, mise à part les miséreux, ont besoin pour leur exercice de sécurité juridique, de sécurité contractuelle, de voir leur droits garantis. Dans le monde paysan, il y a beaucoup de petits et moyens propriétaires qui participent à l’activité économique. Cette rationalisation des comportements économiques se diffuse progressivement de la bourgeoisie la plus importante au monde et à l’univers ouvriers. XXe s : beaucoup d’innovations en droit du travail (congés payés, sécurité sociale, etc). D’autres types d’activités nouvelles cherchent une forme de rationalisation juridique : par exemple les VTC qui préfèreraient être salariés, les livreurs Deliveroo qui demandent plus de protections juridiques.
3. Bureaucratisation de l’ « activité communautaire » (communautaire = social)[[8]](#footnote-7). Permet l’essor d’un Etat central : monarchie absolue, consulat, premier empire. Napoléon a joué en ce sens (développement de la codification et de l’administration). Il a fallu organiser une fiscalité réglementée parce que l’Etat avait besoin d’un budget. Jusqu’au XXe siècle, les Etats européens ont connu des conflits, des mouvements de colonisation / décolonisation. Chaque Etat lutte contre l’évasion fiscale, la triche face aux impôt impayés. Fiscalité qui s’harmonise au sein de l’UE : il n’est pas possible pour un Etat de décider seul d’une politique fiscale sans tenir compte de ce que fait ses voisins.
4. Processus d’urbanisation progressif. Les commerçants des villes ont formulé une demande de droit établi, de clarification juridique au pouvoir en place. De la même manière une demande de vision juridique et économique est exigée par les commerçants aujourd'hui en tant de covid.

### Transformation progressive de la nature du contrat

Le contrat-statut régresse au profit du contrat-fonction à l’époque moderne. Le contrat qui était basé sur le statut personnel des individus disparaît peu à peu au profit d’un contrat fonction dans lequel ce qui compte n’est plus les statuts des contractants mais la finalité du contrat lui-même. Des contrats types régissent un grand nombre de situation (CDD, CDI).

Dans l’histoire du droit, jusqu’au XIe – XIIe siècle, il y a des lois personnelles : les individus, en fonction de leur statut (activité, origine ethnique, etc.), accèdent à certains droits, privilèges. Le droit reposait sur des privilèges. Weber constate une disparition des droits particuliers au profit d’un droit égal pour tous à l’échelle d’un territoire. Les droits accordés aux individus ne sont plus des privilèges, mais des droits subjectifs qu’on ne peut pas leur enlever. Dans les sociétés modernes, il existe encore des cas particuliers, des particularismes juridiques (exemple : dans le code rural, telle pratique traditionnelle coexiste avec le droit moderne). Ces particularismes sont beaucoup moins importants aujourd’hui. Le passage d’un contrat statut à un contrat fonction traduit ce passage d’un type de droit à un autre.

Extrait de *Sociologie du droit*, chapitre II :

Le « contrat » au sens de libre accord constituant la source juridique de prétentions et d’obligations est donc très répandu même aux époques les plus reculées de l’histoire du droit. Et, à vrai dire, précisément dans des domaines où aujourd’hui l’importance de libres accords a disparu ou a diminué c’est-à-dire dans le droit public et processuel ainsi que dans le droit familial et successoral. Par contre, plus on remonte dans le passé moins important devient le contrat en tant que moyen d’acquisition de biens dans des domaines autres que ceux relevant du droit familial ou du droit successoral. L’importance actuelle du contrat dans ce domaine est en premier lieu le produit du développement intensif de la socialisation du marché et de l’usage de la monnaie. Si l’importance croissante du contrat de droit privé représente de façon générale l’aspect juridique de la communauté de marché, le contrat propagé par l’économie de marché est d’une autre nature que le contrat originaire qui, sur le terrain du droit public familial a joué naguère un rôle beaucoup plus grand que de nos jours. En liaison avec cette transformation fondamentale du caractère général du libre accord **nous qualifions les formes originaires de contrat de « contrat-statut »** *(« Status »-Kontrakt)* **par opposition à celles caractéristiques du commerce de marchandises donc de la communauté de marché nommés « contrat-fonction »** *(Zweckkontrakt)*. **La différence se manifeste de la manière suivante : tous les contrats primitifs par lesquels on établissait par exemple des groupements politiques ou personnels permanents ou temporaires ou encore des relations familiales, contenaient un changement dans la situation juridique totale et dans l’habitus social des personnes.** Pour ce faire, ils sont à l’origine et sans exception des actes soit proprement magiques soit à signification magique. Ils conservent des restes de ce caractère dans leur symbolique. La plupart d’entre eux sont des contrats de fraternisation. Un individu sera dorénavant l’enfant, le père, la mère, le frère, le maître, l’esclave, l’associé dans le clan, le compagnon d’armes, le protecteur, le client, le partisan, le vassal, le sujet, l’ami au sens large l’« associé » *(« Genosse »)* d’un autre. Mais « fraterniser » avec d’autres ne signifie pas que l’on se garantisse réciproquement des prestations en vue de fins concrètes, ni même qu’on les ait en vue, ni même encore, comme nous dirions de nos jours, que l’on prévoit une nouvelle forme de comportement collectif qualifié quant à sa signification, mais que l’on « devient » qualitativement quelque chose de différent – sinon un nouveau comportement ne serait pas du tout possible. Les participants doivent faire entrer en eux une nouvelle « âme ». Le sang et la salive doivent être mélangés et être bus – un symbole déjà relativement tardif – ou par des moyens magiques équivalents la procédure animiste doit créer une nouvelle âme.

Les contrats-fonction sont eux « des accords qui n’ont pour but ou résultat que la fourniture de prestations concrètes le plus souvent économiques et qui n’affectent donc pas – ainsi par exemple l’échange – le « statut » des parties et ne donnent pas naissance de nouvelles qualités d’« associés » » (*Sociologie du droit*, chap. II).

30/11/2020

Pas de question sur les exposés lors de l’examen.

S’est servi du livre de Michel Lallement sur Max weber

Conclusion d’une page sur Moodle, synthèse des grandes étapes de la rationalisation.

Interro que sur ce qu’on a vu de Max Weber pendant le cours.

1. Partie du cours retravaillée car probablement erronée, extrait du cours initial :

   Pour Weber, dans *Economie et société*, le droit est la garantie qu’un ordre (= organisation) peut être légitimé soit par une convention (= coutume ou contrat signé par 2 parties) soit par le droit, dont l’ordre est garanti par la chance de survenue d’une contrainte extérieure (on est obligé d’obéir parce qu’une force physique (les forces de l’ordre), ou une contrainte monétaire vont nous y contraindre). [↑](#footnote-ref-0)
2. Les termes de « dogmatisme juridique » et de « réalisme sociologique » ne sont pas empruntés à Weber [↑](#footnote-ref-1)
3. Common law : Système juridique dans lequel la principale source du droit est la jurisprudence. Il laisse toutefois place à de nombreuses lois. Historiquement, la common law est un système issu du droit anglais. Il s’est implanté dans les pays du Commonwealth, notamment en Irlande, au Canada, aux États-Unis. La common law s'oppose à la tradition latino-germanique. [↑](#footnote-ref-2)
4. Les sources du droit de tradition latino-germanique se trouvent principalement dans les codes juridiques. [↑](#footnote-ref-3)
5. Prérogative : avantage, droit, pouvoir lié (exclusivement) à certaines fonctions ou à certaines dignités. [↑](#footnote-ref-4)
6. *Sociologie du droit* : « Précédemment, nous avons envisagé *a potiori* (= dans l’ensemble, dans la majorité) l’existence d’un droit concret comme l’octroi d’un surcroît de chance pour que certaines attentes accordées à des individus pourvus de « droits subjectifs » par le « droit objectif » ne soient pas déçues. » [↑](#footnote-ref-5)
7. Citation non retrouvée dans *Sociologie du droit* ni *Economie et Société* [↑](#footnote-ref-6)
8. Il y a une différence entre la société communautaire de Tönnies et de Weber. [↑](#footnote-ref-7)