

# Max Weber et la théorie du droit des contrats

Jean-Guy Belley \*

---

## Résumé

Weber a consacré une part très significative de sa sociologie du droit à l'évolution de la pensée juridique occidentale relative au contrat. On a surtout retenu de cette contribution la thèse d'une correspondance générale entre le droit moderne des contrats et les besoins de l'économie capitaliste. L'auteur propose ici une analyse plus détaillée du chapitre sur « les formes de création des droits subjectifs ». Après en avoir dégagé les prémisses épistémologiques spécifiques, il met en évidence les principaux aspects de la conception wébérienne du contrat et de son évolution. Il montre l'intérêt de cet apport wébérien dans le contexte actuel du renouvellement critique de la théorie du droit des contrats, plus particulièrement dans les pays anglo-saxons.

---

## Summary

Weber devoted a very significant part of his sociology of law to the transformation of western legal thought relating to contract. Weber's commentators have tended to restrict his contribution to the thesis of a general correspondence between the modern theory of contracts and the needs of capitalist economy. This paper provides a more detailed analysis of the chapter on « the forms of creation of subjective rights ». Identifying their specific epistemological foundations, the author stresses the main outlines of Weber's conception of contract and his understanding of the evolution of contract theory. Given the current dynamics of critical contract law scholarship, particularly in Common Law countries, the author exemplifies the lasting interest of Weber's contribution

---

La théorie du droit des contrats est souvent considérée comme le monument le plus pur de la logique juridique. Héritée du droit romain et perfectionnée par les juristes universitaires du Moyen Âge, elle a été placée au centre de l'ordre juridique libéral

---

## L'AUTEUR

Il est né le 6 mai 1950 à Jonquières, au Québec. Après des études de licence et de maîtrise en droit, il a obtenu en 1977 un doctorat en sociologie juridique à l'Université de Paris II. Rédigée sous la direction du professeur Jean Carbonnier, sa thèse de doctorat s'intitule : *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*. Depuis 1978, il est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, à Québec. Il y enseigne principalement la sociologie du droit et le droit des contrats.

Il a publié en collaboration deux ouvrages : *La société de consommation au Québec* (Éditeur officiel du Québec, 1980) ; *Les consommateurs et la justice au Québec* (Université Laval, 1983). Il a également publié différents articles dans des revues spécialisées sur le droit professionnel, la théorie générale des contrats, l'histoire et la sociologie du droit, notamment : « Du juridique et du politique en sociologie du droit », *Revue juridique Thémis*, vol. 17, 1982-1983, pp. 445-459 ; « L'État et la régulation juridique des sociétés globales », *Sociologie et Sociétés*, vol. 18, 1986, pp. 11-32 ; « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », *Droit et Société*, no 4, 1986, pp. 353-371. Son intérêt se porte actuellement vers la sociologie du droit des contrats dans une perspective à la fois théorique et empirique.

\* Faculté de droit, Université Laval, Québec, Canada.

et de l'enseignement du droit par les juristes les plus éminents des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles. Au cours des deux dernières décennies, elle est aussi devenue un objet de réflexion privilégié pour des juristes dont l'entreprise se veut, sinon franchement en rupture avec la doctrine classique, du moins animée par une visée réformatrice très critique.

Max Weber a lui-même consacré au droit des contrats une part significative de sa réflexion sur le droit. Je me réfère ici au chapitre qu'il intitule « Les formes de création des droits subjectifs » (Weber, 1986 : 44-115). Bien qu'il s'agisse du chapitre le plus long de sa *Sociologie du droit*, la richesse de son contenu ne me semble pas avoir été suffisamment mise en valeur dans les analyses récentes de l'oeuvre weberienne (Kronman, 1983 : 96-117 ; Trubek, 1986 ; Ewing, 1987). On a surtout retenu l'idée de l'évolution du contrat-statut au contrat-fonction en l'associant à la thèse plus générale de Weber concernant la correspondance entre la rationalisation formelle du droit moderne et les besoins de l'économie capitaliste. Mises à part les pages où Weber reconnaît que l'égalité contractuelle formelle cache des inégalités réelles qu'elle contribue d'ailleurs à renforcer, le reste du chapitre paraît avoir été considéré comme un apport trop technique reposant sur l'histoire comparative d'institutions juridiques aujourd'hui disparues (Kronman, 1983 : 96).

Weber est sans doute en partie responsable de l'attention réductrice qu'on a accordée à ce chapitre où les développements se succèdent sans ordre logique apparent. Ces développements forment pourtant un ensemble relativement bien intégré qui me semble constituer l'apport principal de Weber à l'analyse du droit des contrats. Après avoir dégagé les prémisses générales à partir desquelles s'est orientée la réflexion de Weber, j'identifierai les aspects essentiels de sa conception du contrat et de son évolution. J'essaierai enfin d'évaluer l'intérêt de son apport dans le contexte actuel des réflexions critiques et interdisciplinaires sur le droit des contrats.

## 1. Les prémisses de la contribution

J'entends ici par « prémisses » les orientations épistémologiques et méthodologiques qui rendent compte de l'objet de recherche privilégié par un auteur, de la définition qu'il en donne pour en faire une réalité phénoménale distincte de l'environnement global avec lequel ce phénomène serait en interaction et de l'objectif principal qu'il assigne à son entreprise intellectuelle. Chez Weber, ces prémisses découlent de véritables choix plutôt que de correspondances à des attitudes plus ou moins conscientes comme c'est souvent le cas. Sa conception du contrat et de son évolution repose fondamentalement sur sa délimitation de la

sphère du juridique à l'intérieur de la sphère sociale globale et sur le rapport qu'il a établi avec la dogmatique du droit des contrats.

### 1.1. La délimitation du juridique

L'idée de « contrat » peut être associée à trois niveaux ou trois lieux de la réalité phénoménale. Celui, d'abord, de l'échange économique ; on conçoit alors le contrat comme un ensemble de comportements ayant des caractéristiques et une finalité spécifiques. Celui, ensuite, des normes qui président à la régulation de l'échange ; on se réfère alors aux règles plus ou moins formelles en fonction desquelles les contractants orientent effectivement leurs conduites ou au nom desquelles une valeur est reconnue ou refusée à leurs comportements. Celui, enfin, de la pensée juridique qui traite le contrat comme un concept et établit ses liens logiques avec les autres notions d'un ordre juridique donné ; l'idée de « contrat » renvoie dans ce cas à l'existence d'une doctrine juridique qui en serait le lieu de production et d'évolution dynamique.

Weber était parfaitement conscient de ces trois dimensions phénoménales du contrat. Sa réflexion tient compte des trois dimensions, mais elle s'élabore à partir de la pensée juridique choisie comme point de départ et point d'ancrage dominant. C'est à ce niveau qu'il trouve sa définition du contrat. C'est là qu'il voit apparaître et se transformer les institutions ou concepts d'où découlent logiquement les règles plus particulières du droit positif en fonction desquelles les acteurs économiques peuvent orienter leurs conduites dans une mesure variable. C'est là aussi que s'analyserait le mieux selon lui la correspondance entre l'évolution des échanges économiques et la transformation du droit des contrats.

Weber considère que le « logos » du droit dans la société moderne est devenu plus spécifique, plus restreint, plus pur juridiquement ! La sphère du juridique se détache de façon plus autonome à l'intérieur de la sphère sociale globale. La création et l'application du droit obéissent de plus en plus à l'influence du groupe des juristes professionnels qui ont progressivement écarté la participation populaire. Le droit moderne se révèle conçu et animé par une pensée professionnelle fermée sur elle-même, obéissant largement à une rationalité logique spécifique, épurée des logiques sociales telles l'utilitarisme ou le pragmatisme. L'autonomie de la sphère juridique moderne est enfin liée au développement de l'État comme structure politique centrale. Le droit étatique s'est imposé graduellement comme le lieu dominant sinon exclusif de création et d'application du droit en absorbant par sa complexité croissante les particularismes juridiques anciens.

En raison des phénomènes historiques de professionnalisation, de rationalisation formelle et d'étatisation de la régulation

juridique, la séparation du fait et du droit, du social et du juridique, aurait atteint un degré de netteté dont toute analyse scientifique devrait prendre acte. Dans ce contexte, la normativité contractuelle vient de l'extérieur de l'échange économique. Elle est produite par une pensée juridique associée au droit positif de l'État davantage qu'à toute autre instance politique. Elle ne peut plus être confondue avec la normativité conventionnelle générée par le milieu social. Elle se singularise comme une logique d'action distincte de la logique commerciale de l'échange. Le fait social et économique de l'échange se double désormais d'une valeur spécifiquement juridique parce que le droit des contrats a été développé de façon autonome par le groupe spécifique des juristes professionnels et parce que les règles ainsi produites en rapport avec le fonctionnement des instances étatiques peuvent dorénavant influencer d'une façon ou d'une autre l'orientation des comportements d'échange. Les contractants ne laissent pas forcément prédominer la logique juridique sur la logique commerciale. Mais ils savent fort bien, par eux-mêmes ou par leurs conseillers juridiques, ce qui doit être fait s'ils choisissent de conférer une valeur juridique à leur échange pour tirer profit des avantages offerts par l'ordre juridique de l'État.

La rationalité juridique de l'échange, traduite spécifiquement par l'idée de contrat, vient de ce calcul subjectif des contractants. Weber considère donc le contrat comme une pure « question de droit », sur la base d'une philosophie établissant une séparation très nette entre le fait et la valeur. Contrairement aux partisans de la théorie du « fait normatif », le fondement de la normativité contractuelle moderne serait à la fois subjectif, parce que l'échange économique ne comporte en lui-même aucune valeur juridique objective, et extérieur à la relation des partenaires, puisque l'existence du contrat n'a pu être conçue qu'en rapport direct avec le droit positif de l'État (Kronman, 1983 : 16-27, 105-106, 185-186). La confusion du social et du juridique, de ce qui est et de ce qui doit être, n'est en ce sens plus possible pour les acteurs sociaux. Elle ne l'est pas moins pour celui qui aborde l'étude du droit des contrats.

## 1.2. Le rapport à la dogmatique juridique

Georges Gurvitch a vivement reproché à Weber d'avoir asservi sa sociologie du droit à la dogmatique juridique (1940 : 19-24, 124-125). La lecture du chapitre sur les formes de création des droits subjectifs semble à première vue justifier cette critique. Weber y adopte dans une large mesure la conception dominante du contrat chez les juristes du début du siècle. Il consacre la plupart des développements significatifs à des concepts et à des problèmes doctrinaux avec lesquels les juristes de l'époque étaient

familiers. Les historiens des institutions juridiques, en particulier les spécialistes de l'histoire du droit romain, se sont certainement sentis très à l'aise avec la majeure partie du texte de Weber, probablement davantage que les juristes qui se réclamaient alors d'une théorie sociologique du droit. Ces derniers ont vraisemblablement constaté avec étonnement et déception que Weber avait choisi de placer sa contribution à la compréhension du droit des contrats dans une perspective qui correspondait assez peu à ce qu'il avait lui-même identifié comme le point de vue du sociologue du droit par opposition à celui du juriste.

On se serait logiquement attendu à ce que Weber traite principalement des facteurs sociaux, économiques, culturels qui font augmenter ou diminuer, dans la réalité quotidienne de l'échange, les chances que les agents économiques orientent leurs comportements en tenant compte de l'existence du droit positif des contrats et des garanties d'exécution forcée offertes par les tribunaux étatiques. Envisagée dans ses aspects les plus généraux, cette question n'est pas absente de la réflexion weberienne. Il serait toutefois abusif de lui attribuer une importance centrale. La réflexion de Weber s'est en effet orientée vers des considérations qui seront jugées de peu d'utilité par les chercheurs en quête d'un modèle théorique et méthodologique pour une étude relevant de la sociologie compréhensive des comportements contractuels. Weber aurait-il manqué de fidélité à sa propre conception de l'approche sociologique du droit ? Abordant un domaine qui avait été le sien comme professeur de droit, se serait-il laissé entraîner dans le sillage de la dogmatique juridique en abandonnant la posture du sociologue du droit ? Je ne le crois pas.

Si Weber adopte la conception du contrat élaborée par les juristes, s'il traite des questions dont se préoccupe la doctrine, c'est parce qu'il s'est précisément donné pour objectif premier de comprendre la logique interne de la pensée juridique. La rationalisation formelle à laquelle l'idée de contrat a donné lieu sous l'influence déterminante des juristes universitaires lui semble une autre manifestation majeure du type général de rationalisation qui caractérise la société occidentale moderne. Weber a pris les catégories de la pensée dogmatique au sérieux parce que cette pensée même était le donné objectif qu'il avait choisi d'étudier en espérant comprendre l'évolution de sa logique interne et ses rapports avec le développement de la société. Pour cela, il était indispensable d'aborder le droit des contrats en pénétrant pour ainsi dire dans le cerveau des juristes, ces artisans majeurs de la réalité doctrinale du contrat.

Ayant adopté le point de vue juridique sur le contrat comme objet d'étude, Weber est resté fidèle à sa conception de la tâche du sociologue en se refusant à faire de ce point de vue la motivation première et le critère ultime de sa démarche scientifique. Il enten-

daît contribuer à la compréhension de la pensée juridique. Il n'a jamais voulu, c'eût été adopter l'objectif du juriste professionnel, contribuer à la diffusion, au progrès ou à la critique de la doctrine. Il était parfaitement conscient de l'écart entre la représentation juridique du contrat et la réalité des comportements des acteurs économiques. Cet écart lui semblait normal dès lors que la pensée juridique se caractérise par une rationalité formelle qui tend précisément à autonomiser la sphère du juridique en y réduisant l'influence des forces irrationnelles et des considérations de rationalité matérielle qui prévalent ou peuvent prévaloir au niveau des conduites réelles (Weber, 1986 : 224-225).

Weber savait aussi que la conception formaliste du droit des contrats ne faisait pas l'unanimité chez les juristes de l'époque. Il connaissait en particulier les travaux des juristes allemands et français qui dénonçaient le formalisme de la doctrine classique et espéraient construire une théorie juridique plus réaliste à partir d'une conception sociologique du contrat. Ces travaux critiques lui semblaient participer eux-mêmes, sous le mode de la réaction, de la rationalité formelle du droit moderne (Weber, 1986 : 227-235). Quoi qu'il en soit, il ne se sentait pas lui-même tenu de sortir de la pensée juridique dominante pour investir le royaume des faits. Son objectif n'était nullement de faire oeuvre doctrinale en démontrant la correspondance ou la non-correspondance du droit et des faits, en cherchant dans la réalité du contrat les preuves qui établiraient la vérité de la doctrine admise ou qui fourniraient, au contraire, les arguments de sa contestation et de son remplacement. Sa contribution est restée en ce sens très fidèle à l'exigence de neutralité axiologique. Il a essayé de comprendre la pensée juridique de son époque sans se laisser guider par ses propres convictions concernant les mérites ou les avatars d'un type de rationalisation dont l'influence générale le rendait d'ailleurs plutôt pessimiste.

## **2. La conception du contrat et de son évolution**

### **2.1. Le contenu archéologique de l'idée de contrat**

Du point de vue de la technique juridique adoptée par Weber, le contrat est un mode de création de droits subjectifs (1986 : 46, 50). C'est une activité de législation concédée plus ou moins libéralement à l'autonomie des justiciables. L'existence du contrat provient d'un acte de volonté spécifique. Elle suppose que les parties d'un échange économique se sont donné pour but de lui

conférer une valeur spécifiquement juridique en référence au droit positif de l'État.

Technique, volontariste, étatiste, la conception wébérienne du contrat ne pourrait être plus en accord avec la pensée juridique dominante du début du siècle. Le contrat sur lequel Weber a choisi de faire porter sa réflexion fait partie intégrante de la vision juridique de la réalité physique et sociale. Cette vision juridique se révèle plus ou moins pure selon les sociétés et les époques, comme le montre Weber avec un grand luxe d'informations tirées du droit comparé et de l'histoire du droit.

Le degré de pureté de cette vision juridique varie encore davantage selon qu'on se réfère à l'activité rationnelle des justiciables ou à celle des juristes. Les premiers sont d'abord et avant tout des agents économiques. Leur vision juridique de l'échange s'inscrit dans le cadre d'une rationalité matérielle globale qui fait obstacle à l'affirmation d'une pensée juridique formelle. Chez les juristes modernes, au contraire, la vision juridique des choses constitue l'essentiel du mode d'appréhension de la réalité. La notion juridique de contrat y recouvre à peu près toute la sphère des échanges économiques. Elle est l'outil conceptuel avec lequel s'opère le traitement des litiges au sein des instances judiciaires de l'État. Elle joue aussi un rôle crucial dans la production d'une pensée juridique cohérente. Dans le droit moderne, la personnalité juridique se définit essentiellement par la capacité d'acquérir et de céder des droits subjectifs. Le contrat est devenu la principale forme d'expression de cette personnalité juridique. Il est aussi devenu le principal mode de circulation du droit de propriété, ce rapport juridique fondamental établi entre les personnes et les choses.

Pour Weber, le contrat est en somme le lien rationnel que la pensée juridique profane et surtout professionnalisée établit entre le fait économique de l'échange et le fait politique de l'État, de ses instances et de son droit positif. Il se préoccupera surtout de montrer à travers quelles étapes intellectuelles s'est constituée une vision juridique de l'échange de plus en plus pure. Il nous offre en quelque sorte une archéologie de la pensée juridique relative au contrat.

Il identifie d'abord les différentes idées constitutives de la notion moderne de contrat. Son propos n'est pas d'établir la succession chronologique de ces idées. Le va-et-vient constant qu'il impose au lecteur, d'une civilisation à une autre, d'une époque à une autre, laisse l'impression que l'histoire de la pensée juridique lui semble caractérisée par des discontinuités très significatives. Il lui suffit d'observer que les droits occidentaux ont désormais adopté une conception formelle très pure du contrat. Il y voit la synthèse d'un certain nombre d'acquis intellectuels, de sauts qualitatifs de la pensée. Quelles sont donc les idées dont l'accumulation a rendu

possible la conception moderne du contrat, idées fondamentales tenues aujourd'hui pour des évidences par les juristes qui ne se préoccupent guère de connaître l'archéologie de leur pensée ? On peut dresser la liste suivante en suivant à peu près l'ordre des questions abordées par Weber (1986 : 124-141, 44-47, 50-63) :

- Le droit peut être créé par les humains plutôt que trouvé par eux dans la nature ou chez les forces surnaturelles.
- Les droits et obligations reconnus juridiquement peuvent être créés de façon autonome, sous le mode de la liberté ; ils ne découlent pas nécessairement de l'activité d'une instance centralisée s'adressant aux justiciables sous le seul mode de la coercition.
- L'individu peut avoir un statut juridique indépendant de ses groupes d'appartenance ; ses activités peuvent l'engager personnellement sans que son groupe soit juridiquement mis en cause ou obligé.
- De même qu'il peut avoir à répondre juridiquement des conséquences de ses actes involontaires (délits), l'individu peut aussi devoir assumer celles qui découlent de son manquement volontaire aux obligations nées des échanges auxquels il a consenti.
- Le statut juridique d'un individu peut être considéré comme la somme de ses rapports juridiques, notamment contractuels ; le contrat peut être spécifique à une activité donnée plutôt que d'engager toute la personne des contractants.
- Le contrat peut être davantage que la consécration juridique d'un échange de biens ou de prestations complètement réalisé dans le temps présent ; il peut aussi consister en un échange de promesses qui projette dans un futur plus ou moins éloigné la réalisation effective de la totalité ou d'une partie des obligations.
- Le contrat peut acquérir une existence autonome par rapport à l'échange qu'il constate en devenant lui-même objet d'un échange économique, par exemple à travers la technique juridique des effets de commerce.

Weber ne se contente pas d'identifier les idées constitutives de la notion moderne du contrat. Il veut aussi comprendre leur genèse logique en portant une attention plus particulière à l'interaction dynamique des catégories de la pensée juridique considérée globalement, i.e. sans se limiter à la seule sphère du droit des contrats. Il met ainsi en évidence le rôle crucial joué par les concepts du droit de la procédure et de la preuve (Weber, 1986 : 49-51, 56-60). Les accords de composition conclus entre deux groupes pour régler les conflits entre deux de leurs membres respectifs auraient eu une importance décisive dans la formation de la conception moderne du contrat. La conceptualisation de ces ac-

cords aurait amené la pensée juridique à individualiser progressivement la notion de personne auparavant associée strictement à l'existence du groupe. Elle aurait aussi favorisé directement l'émergence de l'idée de procès comme mode de règlement des litiges entre individus, agissant en dehors de leurs groupes d'appartenance et échappant ainsi à la juridiction des détenteurs de l'autorité au sein des communautés. Contrairement à l'arbitrage patriarcal des conflits internes, le procès entre individus de groupes différents aurait obéi de plus en plus à la logique juridique de référence à des règles de droit positif plutôt qu'à la logique plus administrative du rétablissement de l'ordre au sein de la communauté.

L'évolution ultérieure de la procédure judiciaire et des modes de preuve aurait préparé la voie à l'élaboration du concept moderne de contrat. De façon générale, en épurant la pensée juridique des éléments irrationnels qui avaient longtemps fait obstacle au plein développement des potentialités de la logique formelle. Plus spécifiquement, la procédure judiciaire aurait été le lieu d'apparition des deux formes les plus anciennes de contrats conclus entre des individus séparés de leurs groupes et agissant dans un cadre d'action établi par une autorité politique centrale, elle-même extérieure aux communautés.

Le contrat de transaction par lequel les adversaires s'entendent pour mettre fin à leur procès serait l'ancêtre conceptuel du contrat-fonction moderne. A partir de là, la pensée juridique devait concevoir plus facilement le contrat comme un pacte entre ennemis plutôt qu'à titre de procédé de fraternisation ou d'inféodation d'un individu à un groupe ou à une relation sociale englobante. La logique du contrat de transaction imposant une détermination définitive et très précise des droits et obligations, la pensée juridique fut amenée à l'idée plus générale d'un contrat dont le contenu serait délimité restrictivement par les projections conscientes de deux volontés individuelles poursuivant un but spécifiquement juridique.

La procédure judiciaire donna aussi naissance à la pratique des contrats obligatoires sous la forme des arrangements ordonnés aux parties par un juge cherchant à faciliter ou à circonscrire le traitement du litige. Weber ne précise pas l'apport conceptuel spécifique de cette technique judiciaire. Faut-il y voir la première manifestation des contrats forcés ou dirigés dont le droit positif actuel donne beaucoup d'exemples ? Plus fondamentalement, peut-être, on peut y associer l'idée que le contrat moderne n'est jamais pure autonomie. La force obligatoire du contrat rappelle déjà que l'échange des promesses suppose le consentement à une restriction de l'autonomie future. Elle signifie surtout que la logique juridique du contrat n'affranchit de la régulation communau-

taire que dans la mesure même où elle assujettit au pouvoir d'intervention plus ou moins active des représentants de l'État.

## 2.2. L'évolution de la théorie du droit des contrats

Si la théorie moderne du droit des contrats a puisé son impulsion première dans les catégories du droit de la procédure, elle a aussi connu par la suite une évolution autonome dont Weber constate encore le dynamisme au moment où il mène sa réflexion. On s'est habitué à ramener son apport à la mise en évidence d'une évolution du contrat-statut au contrat-fonction (Weber, 1986 : 50-53). C'est là sans doute une thèse centrale dans l'analyse de Weber. Il convient donc de s'y référer ici, mais en y ajoutant deux compléments trop souvent négligés malgré l'importance que Weber leur accorde et l'éclairage très précieux qu'ils apportent à la compréhension de la dynamique d'évolution de la pensée juridique. Parallèlement à l'évolution du contrat-statut vers le contrat-fonction s'est réalisé le passage d'un régime social de pluralisme juridique au régime étatique des droits spéciaux (Weber, 1986 : 76-86). Cette évolution contenait elle-même en germe l'émergence de la notion de « corporation » qui serait venue en quelque sorte combler le vide conceptuel laissé par le développement de la notion moderne de contrat (Weber, 1986 : 86-117).

Weber a exprimé de façon très explicite le lien qu'il établissait entre le développement de l'économie de marché et l'évolution de la pensée juridique vers l'idée de contrat-fonction. La sphère du marché est celle où se rencontrent des individus libres de leurs attaches communautaires pour échanger des marchandises, en recourant de plus en plus à la monnaie comme instrument d'échange. Le fonctionnement du marché requiert des agents économiques qu'ils puissent s'engager juridiquement les uns vis-à-vis des autres, par une multiplicité de rapports contractuels spécifiques aux transactions opérées, à l'intérieur d'un cadre normatif qui fait davantage place à la poursuite des intérêts égoïstes qu'à l'éthique fraternelle.

Le contrat-statut ne peut répondre à ces besoins du marché. C'est un acte juridique solennel, empreint de significations magiques, par lequel l'individu s'inféode à un groupe ou s'incorpore à une relation interpersonnelle englobante au point que sa personnalité juridique même s'en trouve qualitativement modifiée. Le contrat-fonction se présente à bien des égards comme un acte par lequel l'individu s'aventure en dehors de son groupe d'appartenance. Le contrat-statut est, au contraire, un acte d'adhésion à une collectivité ou le mode solennel par lequel se crée une relation conçue pour une longue durée. Weber ne prétend pas que le contrat-statut ait disparu dans la société occidentale moderne. Il

précise que la notion même de contrat a vu son importance diminuer dans certaines sphères du droit positif contemporain, notamment celle de la famille. Il entend plutôt démontrer que la notion de contrat-fonction correspond aux exigences du marché et occupe une place de plus en plus centrale dans la pensée juridique moderne en raison de l'extension de la sphère des échanges économiques extérieurs aux communautés. A partir de là, l'idée moderne de contrat n'a pas manqué de se propager, assortie de modifications plus ou moins importantes, dans les autres secteurs du droit, y compris en droit public.

En traitant de la question du pluralisme juridique à l'intérieur du chapitre sur la création des droits subjectifs, Weber a pu montrer comment l'évolution vers la notion de contrat-fonction correspondait aussi à une transformation politique majeure qui devait conduire à la prééminence de l'État comme organisation politique centrale de la société. De même que la participation au marché repose sur l'activité contractuelle d'individus considérés libres de leurs attaches communautaires, de même la participation à l'État s'exerce à travers les attributs d'une citoyenneté devenue incompatible avec l'assujettissement des individus à une autre autorité politique. Du point de vue juridique, cette évolution s'est traduite à travers la problématique des rapports entre le droit commun de l'État et les droits particuliers des communautés locales ou autres.

Avant de décrire sommairement cette évolution telle que Weber l'a perçue, il faut encore rappeler qu'il aborde la question du point de vue juridique. Weber se préoccupe surtout de comprendre la transformation de la représentation du pluralisme juridique chez les juristes. Le pluralisme juridique n'est pas pour lui un concept construit par le sociologue pour désigner une réalité sociale où la régulation juridique globale se révélerait partagée entre plusieurs entités plus ou moins indépendantes. Il sert plutôt à identifier un problème conceptuel que les juristes œuvrant dans la perspective de l'ordre juridique de l'État ont eu à résoudre pour réconcilier logiquement et techniquement les prétentions de l'État à la souveraineté juridique avec le réflexe constant des groupes et des individus de répondre de façon autonome à leurs besoins de régulation juridique. Les transformations économiques et politiques des sociétés depuis le Moyen Age jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle ont facilité une évolution très nette de la pensée juridique dans sa façon de résoudre ce problème conceptuel.

Avant le développement de l'économie d'échange et l'expansion de l'appareil étatique, les juristes conçoivent la société comme un système juridique où le droit commun de l'État doit composer avec des communautés juridiques largement autonomes sinon indépendantes. Les communautés ou les groupes locaux ont le contrôle des ressources économiques les plus importantes. L'assujettissement à leur autorité politique et juridique, notam-

ment par le biais du contrat-statut, est pour les individus une condition d'accès à ces ressources. Le droit commun de l'État est peu développé. Sa juridiction effective se limite à la sphère très réduite des échanges économiques extérieurs aux communautés et à la prise en charge des conflits entre individus de groupes différents. Les juristes entretiennent néanmoins la thèse de la souveraineté juridique de l'État en conciliant plus ou moins logiquement l'idée de droit commun avec le système de la personnalité des lois. La pluralité des communautés juridiques est traduite conceptuellement comme une pluralité de droits coutumiers que l'État accepterait de reconnaître à l'intérieur de son ordre juridique en complément et parfois en alternative au droit commun.

L'expansion de l'économie de marché, le déclin du contrôle des communautés sur les ressources économiques et le développement organisationnel de l'État ont modifié cette première représentation du système juridique. La sphère du droit commun qui s'organise pour une bonne part autour de l'idée de contrat-fonction est désormais perçue comme une instance juridique centrale autour de laquelle graviteraient des communautés et groupes recevant leur personnalité juridique de l'État et obéissant plus ou moins encore à la logique du contrat-statut. La notion de droit coutumier est elle-même appelée à dépérir au fur et à mesure que s'impose la conception législative de la création du droit par les instances de l'État ou à travers la liberté contractuelle qu'il concède aux individus.

L'idée de communauté juridique autonome paraît désormais oubliée. La conception du droit commun en est devenue plus complexe. À côté des règles qui fixent les conditions générales de la participation au marché, le droit de l'État intègre dorénavant différents régimes de règles spéciales dont le champ d'application se définit en rapport avec les particularismes des activités économiques plutôt qu'en fonction des caractéristiques personnelles ou des attaches communautaires des individus. Contrairement aux anciens particularismes juridiques, l'accès aux régimes de droit spécial est, en principe, ouvert universellement à tous les agents économiques œuvrant à l'intérieur de la juridiction territoriale de l'État. En ce sens, l'idée de droit spécial reste compatible avec la notion de droit commun. Le pluralisme juridique autrefois perçu comme un phénomène de droit extérieur à l'ordre juridique étatique est maintenant intégré dans la logique interne d'un droit positif à la fois commun et pluraliste. Les règles spéciales du droit commercial, y compris lorsqu'elles se réfèrent aux usages du commerce, seraient, par exemple, la manifestation moderne d'un pluralisme juridique intégré dont la mise en œuvre technique repose moins sur l'existence d'une communauté autonome de commerçants que sur le caractère objectivement commercial de cer-

taines activités économiques auxquelles ont pu participer des individus qui n'ont pas forcément le statut de commerçant.

En élaborant le concept de personnalité morale des groupes et en conciliant l'idée de droit spécial avec la notion de droit commun, la pensée juridique était parvenue tant bien que mal à surmonter le défi conceptuel que l'existence des collectivités et des particularismes ne pouvait manquer de créer pour un ordre juridique se constituant à partir d'une vision individualiste et universaliste de la société et du droit. La dynamique de la pensée juridique ne s'est pourtant pas arrêtée à ce stade. Au moment où il rédige sa *Sociologie du droit*, Weber se rend bien compte de l'importance croissante des corporations commerciales au sein du marché. Il prend acte aussi du développement d'un droit des corporations de plus en plus autonome et articulé. Sans le dire explicitement, il paraît y voir un phénomène particulièrement révélateur de la dynamique autonome de la pensée juridique moderne et de ses possibilités d'accélérer sinon de provoquer des changements économiques majeurs.

Contrairement aux communautés et groupes dont l'existence réelle précède leur reconnaissance juridique par l'État, les corporations commerciales apparaissent comme des collectivités radicalement juridiques. Ces collectivités ne présentent d'intérêt réel et ne peuvent se concevoir qu'en rapport direct avec les prérogatives que leur octroie le droit positif de l'État. Comme en témoigne le formalisme des procédures d'incorporation, elles ne viennent à l'existence que par l'effet d'un acte de pure rationalité juridique. La constitution formelle des corporations commerciales opère de manière très nette la distinction entre les organes et représentants de l'entité corporative d'une part, la collectivité des membres ou actionnaires d'autre part. Les difficultés conceptuelles qui ont longtemps accompagné la reconnaissance d'une personnalité morale indépendante des individus qui composent une collectivité sont ainsi en bonne partie levées.

L'autonomie des organes de la corporation commerciale pose toutefois à la pensée juridique un nouveau défi conceptuel. Bien que leurs prérogatives soient sévèrement encadrées par le droit positif et les termes de leur acte d'incorporation, les corporations commerciales se voient attribuer un très important pouvoir réglementaire. Les individus qui participent aux activités des corporations se retrouvent assujettis à une sorte de droit objectif particulier qui peut se révéler extrêmement contraignant tout en restant dans les limites auxquelles l'État a assorti sa validité.

Weber a peut-être pressenti que le développement des corporations commerciales pourrait entraîner une nouvelle représentation du système juridique des sociétés capitalistes avancées. Le droit objectif d'une corporation commerciale gardera toujours un lien essentiel avec le droit positif de l'État. On ne saurait y voir un

retour aux anciennes communautés juridiques nées indépendamment de l'État. L'assujettissement de l'individu à l'ordre juridique corporatif n'a certainement pas non plus l'effet qualitatif global de l'ancien contrat-statut. Cela dit, le droit objectif de la corporation commerciale est, vis-à-vis du droit positif de l'État, dans un rapport d'extériorité qu'on ne retrouve ni dans les régimes de droit spécial du droit privé, ni dans les ordonnancements juridiques des administrations publiques décentralisées. En outre, le recours à la technique de l'incorporation permet aux justiciables d'exercer leur autonomie juridique en produisant des effets de droit et des conséquences matérielles qui vont bien au-delà de ceux qui découlent du seul exercice de leur liberté contractuelle par la conclusion des contrats-fonctions.

Weber ne s'est pas aventuré à prévoir l'influence du nouveau droit des corporations commerciales sur la conception du contrat et la représentation du système juridique du 20<sup>e</sup> siècle. Il est resté fidèle à l'objectif qu'il s'était fixé en s'interdisant d'extrapoler le développement futur de la pensée juridique. Considérée globalement, sa contribution aura permis de mieux identifier les étapes intellectuelles qui ont graduellement conduit la pensée juridique à la conception classique du contrat. Ce faisant, il n'aura pas manqué de signaler les rapports de correspondance entre cette conception et le développement du marché, de l'État et de l'individualisme. En traitant finalement de l'apparition du concept de « corporation commerciale », il a pu souligner à nouveau ce qui me semble être la thèse dominante de l'ensemble de sa contribution : la pensée juridique jouit désormais d'une autonomie suffisante pour que son évolution repose de manière significative sur la dynamique même des idées à l'intérieur du groupe des juristes ; la logique formelle qui préside de plus en plus à cette dynamique intellectuelle crée sans doute un fossé grandissant entre la rationalité juridique et la rationalité plus matérielle qui inspire l'activité économique et sociale en général ; mais le formalisme de la pensée juridique lui permet aussi de façonner plus rapidement les techniques juridiques dont les acteurs sociaux apprendront à tirer profit.

### 3. L'intérêt actuel de la contribution de Weber

Au cours des soixante années qui se sont écoulées depuis la publication d'*Économie et Société*, les caractéristiques de la société et du droit se sont modifiées dans des directions qui me semblent avoir été pour l'essentiel pressenties par Weber. L'activité économique et sociale s'est rationalisée considérablement sous l'influence conjuguée de la bureaucratisation et de la professionnalisa-

tion. La sphère d'intervention de l'État s'est élargie au point que la distinction du public et du privé, de l'étatique et du non-étatique, est devenue pour le moins fuyante. Les idéaux de démocratie et de justice sociale ont servi à légitimer le rôle central de l'État non seulement comme dispensateur d'un grand nombre de services, mais aussi comme contrôleur actif du fonctionnement interne des groupes et collectivités. L'énorme développement quantitatif du droit positif de l'État s'est accompagné d'une tendance très perceptible au retour à une rationalité juridique plus substantive que formelle. Le domaine du droit des contrats s'est fragmenté en plusieurs champs de spécialisation autonomes aussi bien chez les juristes universitaires que dans la pratique professionnelle du droit. Le contrat est devenu spécifiquement commercial, administratif, international, de travail ou de consommation, au point qu'on a cru pouvoir déplorer ou célébrer la « mort du contrat » de droit commun et le dépérissement accéléré de la doctrine classique (Gilmore, 1974).

Ce constat sévère a servi de prélude aux efforts théoriques qui ont fait du droit des contrats un objet de réflexion privilégié au cours des deux dernières décennies, en particulier chez les juristes anglo-saxons. Les tentatives pour reconceptualiser le contrat et son évolution constituent indéniablement un vecteur de première importance dans la dynamique actuelle de la pensée juridique. Ces efforts théoriques prennent des orientations diverses que je décrirai très sommairement en m'inspirant de l'analyse qu'en a faite Ian Macneil (1985 : 494-524). Je suggérerai ensuite quelques réflexions sur la pertinence de la contribution wébérienne dans ce contexte.

### **3.1. Le renouvellement de la théorie du droit des contrats**

Les contributions les plus nombreuses, mais aussi les moins ambitieuses, au renouvellement de la théorie du droit des contrats se sont engagées dans la voie d'un réformisme néo-positiviste. Prenant acte des nouvelles législations et de l'évolution correspondante de la jurisprudence, la doctrine dominante a amendé la théorie classique en y incorporant tant bien que mal les tendances nouvelles du droit positif (le dirigisme contractuel de l'État, la publicisation du droit privé, les exigences d'équité et de bonne foi...). La doctrine néo-classique n'a pu rester fidèle à la problématique léguée par les juristes libéraux du 19<sup>e</sup> siècle qu'en se restreignant à un apport essentiellement descriptif du droit positif et en se résignant à vivre avec une théorie du contrat de plus en plus dénuée de cohérence logique. On n'hésite pas aujourd'hui à considérer ce compromis comme une démission déplorable de la doctrine face au rôle dynamique qui lui incomberait au sein de l'ordre juridique (Belley, 1985).

En marge de la doctrine néo-classique et pour une bonne part en opposition avec elle, se sont toutefois constituées des écoles de pensée qui restent minoritaires, mais dont la production académique se révèle très dynamique. Elles ont en commun l'ambition de reconceptualiser la théorie générale du contrat sur la base d'une perspective plus critique dont l'inspiration première vient de ce qu'on appelait autrefois les disciplines auxiliaires du droit. Rétablissant le contact avec la théorie économique, l'économie politique, l'histoire et la sociologie, ces écoles de pensée ont trouvé devant elles des corpus théoriques considérablement développés, plus sûrs de leurs acquis méthodologiques et de leur autonomie institutionnelle.

L'analyse économique du droit se préoccupe d'évaluer la rationalité des règles du droit des contrats du point de vue de leur contribution au fonctionnement optimal du marché. Certains ont pu conclure que, dans l'ensemble, la jurisprudence libérale traditionnelle avait produit des décisions judiciaires favorables à une saine régulation autonome du marché. Ils se sont sentis d'autant plus autorisés à mettre en doute l'opportunité économique des interventions législatives par lesquelles l'État a graduellement porté atteinte au droit commun des contrats. S'inspirant plutôt des acquis de la théorie économique institutionnelle et d'une analyse plus englobante des coûts de transaction, d'autres ont adopté une position plus nuancée en suggérant que la régulation des relations contractuelles trouve aujourd'hui sa rationalité économique à travers l'interaction dynamique du droit positif de l'État et des normes contextuelles qui ont cours dans les différents secteurs du marché.

L'économie politique d'inspiration marxiste ou néo-marxiste nourrit un questionnement beaucoup plus radical. L'école critique du droit, en particulier dans sa variante américaine des « *critical legal studies* », s'est fait un point d'honneur de montrer à quel point la doctrine et la jurisprudence dominantes se révèlent être des pratiques idéologiques de résolution et d'occultation des contradictions internes du droit et de l'ordre socio-politique qu'il sert à légitimer. La théorie du droit des contrats n'aurait atteint une cohérence logique relative qu'en refusant de reconnaître la contradiction des valeurs épousées par le droit positif et en s'interdisant de lever le voile du formalisme contractuel qui cache des inégalités de pouvoir fondamentales.

A plusieurs égards, la nouvelle histoire du droit apporte son concours à cette entreprise critique. Rompant avec l'ancienne histoire des institutions juridiques, elle révèle que l'évolution du droit des contrats depuis le 18<sup>e</sup> siècle jusqu'à aujourd'hui n'a jamais été aussi unilatéralement dominée par l'individualisme libéral que ne l'a laissé croire la pensée juridique classique. Si le changement des règles du droit des contrats s'est réalisé en corres-

pondance avec les besoins de l'économie et la structure des rapports sociaux, le processus historique en a été beaucoup plus complexe et contradictoire que la perception qu'en ont adoptée les juristes. Une analyse historique rigoureuse révélerait à quel point la pensée juridique s'est montrée plus perméable à la dynamique des discours idéologiques que fidèle à sa prétention scientifique de rendre compte, en la systématisant, de la complexité du droit positif et de ses rapports avec l'évolution de la société.

Une dernière école de pensée a puisé sa problématique dans la théorie sociologique. Elle a profité plus particulièrement du développement de la sociologie du droit depuis 1960. Quelques juristes ont suivi l'exemple de Stewart Macaulay (1963) dans la voie d'une confrontation du droit des contrats avec la réalité des pratiques contractuelles et des modes de règlement des litiges entre contractants. Cette sociologie empirique de la dynamique contractuelle a invariablement conduit à la conclusion que le droit positif de l'État et ses instances judiciaires jouent un rôle très relatif sinon marginal dans la régulation effective des rapports contractuels. Les données ainsi accumulées rendaient à la fois possible et urgente une tentative de systématisation théorique dont Ian R. Macneil me semble avoir été le principal artisan (Belley, 1988).

La théorie relationnelle des contrats élaborée par Macneil (1980 ; 1983 ; 1987) se veut une alternative aux théories classique et néo-classique. Prenant ses distances avec la notion de contrat construite par la pensée juridique, Macneil définit le contrat à partir de l'observation de la réalité des comportements contractuels, de ce qu'est le contrat « en fait » plutôt qu'« en droit ». Il entend réintégrer ainsi toutes les composantes de la dimension sociale du contrat que la théorie classique a largement évacuées en s'abandonnant à un réductionnisme formaliste, volontariste et étatique, fortement influencé par l'individualisme libéral. La réalité des comportements contractuels, en particulier dans le contexte moderne des échanges économiques conçus pour une longue durée (par exemple les rapports entre franchiseur et franchisés, employeur et employés...) montre pourtant que le contrat reste intimement soudé à la relation sociale que constitue tout échange économique et n'atteint jamais le degré d'autonomie que les juristes lui attribuent généralement. La dynamique réelle du contrat n'obéit pas seulement aux valeurs transactionnelles qui inspireraient les termes d'un échange de consentements fixé une fois pour toutes entre les parties. Elle évolue aussi en rapport avec des valeurs relationnelles d'interdépendance et de solidarité qui mèneront éventuellement les contractants à passer outre aux termes de leur convention formelle pour assurer le maintien de leur rapport d'échange en l'adaptant aux changements et aux aléas de l'activité économique. La normativité contractuelle ne se limite pas non plus au seul calcul juridique opéré par les contractants en fonc-

tion des règles et institutions du droit étatique. Elle s'étend beaucoup plus largement à l'ensemble des pratiques auxquelles les partenaires de l'échange accordent une valeur normative plus ou moins explicite. Elle inclut aussi les réglementations propres aux organisations bureaucratiques et aux groupes d'intérêts dont l'activité rend compte d'une régulation fortement décentralisée de l'économie et des rapports contractuels. Le droit positif de l'État n'est donc qu'une composante parmi d'autres de l'environnement social total du contrat. Toute théorie juridique qui se refuse à prendre en compte intégralement cette réalité complexe du contrat se condamne elle-même à la stérilité scientifique et pratique.

### **3.2. Weber et la pensée juridique critique**

Ce serait une entreprise beaucoup trop considérable de chercher à montrer de façon détaillée en quoi et pourquoi la contribution de Weber se rapproche ou s'éloigne des multiples efforts théoriques résumés plus haut. Il est regrettable à cet égard que les tentatives même les plus ambitieuses n'aient pas cherché à tirer profit des idées dont Weber avait analysé si brillamment la dynamique interne. La mise en évidence des rapports entre les catégories du droit des contrats et du droit judiciaire, les concepts de contrat-statut et de droit spécial, l'analyse du cheminement de la pensée juridique à partir du droit des communautés juridiques autonomes jusqu'au droit objectif des corporations commerciales en passant par le droit commun des contrats, conservent pourtant une valeur scientifique dont la théorie relationnelle des contrats, par exemple, profiterait indéniablement. Je me limiterai ici à mettre en évidence un apport wébérien plus fondamental dont les théoriciens actuels du droit des contrats devront prendre une conscience plus aiguë s'ils entendent véritablement faire oeuvre scientifique.

Quels que soient leurs sources d'inspiration et le radicalisme de leur critique, les nouvelles écoles de pensée fondent leur entreprise sur une même conception paradigmatique de la connaissance juridique : la théorie classique du droit des contrats doit être conservée, reconstruite ou abandonnée dans la mesure de son adéquation ou de son inadéquation, soit à la réalité du droit positif (école néo-classique), soit à la dynamique réelle du marché, des rapports sociaux ou de l'organisation politique de la société (école de l'analyse économique, théorie critique, école béhavioriste). Pour peu que l'on réfléchisse sur la méthodologie et le cadre théorique qui l'ont inspirée, la contribution de Weber amène à concevoir différemment le mode de production de la connaissance juridique : la correspondance entre la réalité du droit positif ou de la société et la théorie juridique n'est pas et ne peut pas être directe ; elle est

toujours médiatisée par l'intervention du groupe des juristes et se ressent fortement de toute modification significative de leurs caractéristiques professionnelles.

La thèse de l'autonomie relative de la pensée juridique est assez largement admise aujourd'hui, en particulier chez les spécialistes de l'étude des rapports droit-société et en bonne partie d'ailleurs grâce à la sociologie du droit de Weber (Cotterrell, 1984 : 205-215). Dans la dynamique actuelle de la pensée juridique relative au droit des contrats, il faut toutefois insister de façon particulière sur cet aspect de l'analyse wébérienne pour deux raisons majeures.

D'abord, parce que les nouvelles écoles de la théorie du droit des contrats me semblent enclines à minimiser sinon à nier l'autonomie de leur travail théorique. L'école néo-classique affiche ainsi beaucoup de dépendance à l'égard du droit positif. Elle en suit l'évolution à la trace et ne s'aventure à suggérer des amendements à la théorie classique que dans la mesure où ils lui semblent autorisés par une activité créatrice dont les législateurs et les juges auraient le monopole légitime. Bien qu'elle ait rompu avec le style étroitement exégétique de la fin du 19<sup>e</sup> siècle, la doctrine néo-classique reste foncièrement positiviste et ne se reconnaît qu'une autonomie intellectuelle extrêmement modeste. L'analyse wébérienne fournit à cet égard une preuve très convaincante du rôle beaucoup plus dynamique joué par la doctrine dans l'évolution de la théorie du droit des contrats. On ne peut manquer d'être frappé par la quasi-absence des références aux règles de droit positif dans le texte de Weber. Plutôt qu'à l'évolution du droit en vigueur, il associe constamment la dynamique de la pensée juridique à l'influence conjuguée de la réflexion logique et de l'héritage culturel du groupe des juristes. Du simple fait qu'elle soit oeuvre théorique et qu'elle puise, parfois inconsciemment, dans un réservoir d'idées et de concepts dont Weber a fait l'archéologie, l'activité doctrinale des juristes acquiert une autonomie créatrice qui a été et demeure la source première de la production conceptuelle par laquelle la théorie juridique se révèle souvent en avance sur l'évolution du droit positif et de la société.

Les autres écoles de la théorie du droit des contrats tendent pour leur part à concevoir la pensée juridique à travers sa dépendance inévitable à l'égard des idéologies qui ont cours dans la société. Elles suggèrent aussi que le renouvellement de la théorie juridique du contrat ne peut s'opérer qu'à partir d'emprunts conceptuels à des disciplines externes telles l'économie et la sociologie. La position sociale des juristes et le repliement de la pensée juridique formaliste limiteraient considérablement son potentiel de développement autonome.

Weber conçoit différemment la dynamique de la pensée juridique. Dans les sociétés occidentales modernes, les juristes ont

acquis une autonomie professionnelle considérable non seulement par rapport aux justiciables, mais aussi à l'égard des classes sociales, y compris les classes supérieures d'où ils proviennent encore massivement, et même à l'égard de l'État, en dépit du fait que leur activité professionnelle les rapproche de l'organisation étatique beaucoup plus étroitement que ce n'est le cas pour les autres groupes professionnels. Weber conclut ainsi son analyse en rappelant que les juristes se sont montrés capables de faire obstacle à des changements juridiques pour lesquels les groupes de commerçants ou la classe politique au pouvoir militaient activement (Weber, 1986 : 197-206). De même, s'il a reconnu que la dynamique de la pensée juridique du début du vingtième siècle s'exerçait dans le sens d'une rationalité substantive d'ouverture à l'influence des nouvelles idéologies sociales et des nouvelles sciences humaines, il me semble avoir gardé la conviction qu'il s'agissait là d'un mouvement normal de la pensée juridique puisant à l'extérieur d'elle-même des idées qu'elle transformerait ultérieurement, selon sa logique propre dans une nouvelle phase de rationalisation formelle.

Weber rappelle en somme que les juristes continuent de s'inscrire dans la logique d'autonomie qu'ils ont historiquement acquise, même dans les périodes où ils se veulent plus ouvertement réceptifs à l'influence idéologique des mouvements sociaux et à l'inspiration théorique des autres disciplines. Mieux encore, il invite à réfléchir sur les rapports entre la dynamique interne du groupe des juristes et l'évolution de la pensée juridique. C'est ici que réside la deuxième raison justifiant une insistance particulière sur l'idée de médiatisation des rapports entre le réel et la théorie du droit par le groupe des juristes.

Si les théoriciens actuels du droit des contrats se préoccupent beaucoup des changements du droit positif et de la société, ils se montrent moins attentifs aux changements qui affectent la structure et la dynamique interne du groupe des juristes dont ils font partie. Weber n'a quant à lui jamais manqué de relier l'évolution de la théorie du droit à la dynamique de professionnalisation du champ juridique. Son analyse signale à plusieurs reprises l'influence considérable des juristes universitaires (Weber, 1986 : 142-161). Il se réfère aussi à l'activité de plus en plus créatrice des conseillers juridiques qui mettent leur expertise au service direct des justiciables, notamment des entreprises capitalistes (Weber, 1986 : 120-121, 230-231). Le message weberien est très clair : pour comprendre la dynamique de la pensée juridique, il ne suffit pas de prendre en compte l'évolution du droit positif, de l'activité économique, de l'organisation politique et des idéologies ; il faut aussi savoir repérer adéquatement le lieu de production de cette pensée juridique, identifier les « notables du droit » qui en sont les artisans principaux, s'interroger sur les rapports entre l'évolu-

tion de la pensée juridique et la dynamique interne du groupe des juristes.

Considéré sous cet angle, le mouvement de critique de la théorie classique du droit des contrats peut être mis en rapport avec trois tendances d'évolution qui me semblent se manifester de plus en plus clairement chez les juristes. La première relève de la concurrence interne observable dans tout groupe professionnel durable entre des factions plus ou moins rivales. Chez les juristes se manifestent à intervalles réguliers la querelle des anciens et des modernes, les conflits d'écoles liés de façon souvent significative à la concurrence inter-générationnelle. La théorie juridique du contrat a ainsi évolué à travers les oppositions successives des juristes praticiens et universitaires, des théoriciens jusnaturalistes et positivistes, des positivistes de la première heure et des néo-positivistes des dernières décennies. Elle me semble aujourd'hui influencée par un écart grandissant entre les fonctions d'enseignement et de recherche chez les juristes universitaires.

La recherche interdisciplinaire et empirique a produit un renouvellement majeur de la théorie du droit des contrats. Toutefois, ce renouvellement n'a exercé à ce jour aucune influence significative sur l'enseignement du droit qui reste dominé par la théorie classique (Macaulay, 1982 ; 1985 : 477-480). Les juristes qui se consacrent primordialement à l'enseignement n'ont d'ailleurs pas manqué de réagir parfois très agressivement contre l'influence démoralisatrice sinon subversive de la critique des chercheurs. La vitalité qu'a su conserver la théorie traditionnelle me semble suggérer que la pensée juridique se constitue et se maintient en bonne partie en rapport avec la logique de socialisation des membres des professions juridiques. De ce point de vue, l'efficacité d'une théorie juridique ne repose guère sur son adéquation avec la réalité sociale ou même avec l'état du droit positif. La cohérence logique et la rigueur formelle des théories qui ne se préoccupent plus de la dynamique mouvante du réel sont, au contraire, des attributs appréciables du point de vue pédagogique, du moins selon la conception dominante de l'enseignement du droit.

Il faut alors se demander à quelle dynamique particulière peut bien correspondre l'activité des juristes chercheurs. J'incline à penser qu'elle est étroitement liée à la concurrence accrue que doivent affronter les juristes d'une part au sein du marché des services professionnels, d'autre part dans le domaine des sciences de la société. Cette concurrence externe accrue m'apparaît être une deuxième tendance majeure de l'évolution actuelle du champ juridique.

Le marché des services de conseil aux grandes entreprises se présente de plus en plus comme un enjeu crucial pour les membres des professions juridiques. Or, ce marché est désormais convoité avec succès par les spécialistes des sciences comptables,

de la gestion administrative et de la planification économique. En ouvrant la pensée juridique et plus particulièrement la théorie du contrat sur la prise en compte de ces nouvelles disciplines, les juristes chercheurs me semblent ouvrir la voie d'un élargissement de l'habitus professionnel dont les juristes auront besoin pour maintenir et accroître leur part de ce marché. A l'intérieur de la communauté universitaire, les juristes prennent aussi conscience de l'intérêt croissant des spécialistes des sciences sociales pour l'étude du droit dans une perspective non dogmatique. Dans un contexte où le droit occupe une place centrale dans le discours sur la société, il y a là aussi un enjeu capital pour l'avenir des professionnels du droit. En réintroduisant le rapport droit-société dans la problématique de la théorie juridique, les juristes chercheurs fournissent au groupe des juristes dans son ensemble les armes conceptuelles qui lui permettront de se maintenir au centre plutôt qu'à la périphérie du discours normatif sur la société.

L'identité professionnelle des juristes s'est traditionnellement définie à partir de leur position dominante dans le champ des services professionnels liés à l'activité économique et dans le champ idéologique du discours sur la société. Ils ont acquis cette position dominante en s'associant très étroitement au développement de l'Université et de l'État modernes. Certaines orientations actuelles de la théorie juridique donnent à penser que ces alliances traditionnelles pourraient s'effriter en faveur d'une stratégie sinon alternative, du moins plus complexe. La recherche sur le droit, y compris lorsqu'elle est menée par des juristes, s'effectue aujourd'hui, pour une part significative, en dehors des facultés de droit et des appareils étatiques, par exemple dans des instituts de recherche para-universitaires ou privés et au sein des grandes firmes d'avocats. Dans leur activité doctrinale, les juristes universitaires prêtent une attention plus grande à l'expertise et aux sources d'information acquises par un nombre croissant de professionnels du droit œuvrant en dehors de la sphère immédiate du système juridique de l'État. La pratique professionnelle du droit au sein des entreprises commerciales, au service des organisations et au niveau du commerce international, atténue ou médiate les liens traditionnels des juristes avec les appareils de l'État dans la mesure même où elle accentue leurs alliances avec les instances de la société civile nationale ou internationale. La promotion de l'idée de pluralisme juridique comme nouveau paradigme de la théorie du droit des contrats et plus largement de la pensée juridique post-moderne (Henry, 1983 ; Gottlieb, 1983 ; Cohen-Tanugi, 1985 ; Macaulay, 1986 ; De Sousa Santos, 1987) n'est probablement pas sans rapport avec cette modification majeure des alliances professionnelles des juristes.

- BELLEY J.-G., « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *Les Cahiers de Droit*, 26, 1985, p. 1045.
- BELLEY J.-G., « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », *Revue canadienne de Droit et Société*, 3, (à paraître, 1988).
- COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985.
- COTTERRELL R., *The Sociology of Law. An Introduction*, London, Butterworths, 1984.
- DE SOUSA SANTOS B., « Law : a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law », *Journal of Law and Society*, 14, 1987, p. 279.
- EWING S., « Formal Justice and the Spirit of Capitalism : Max Weber's Sociology of Law », *Law and Society Review*, 21, 1987, p. 487.
- GILMORE G., *The Death of Contract*, Columbus : Ohio State Univ. Press, 1974.
- GOTTLIEB G., « Relationism : Legal Theory for a Relational Society », *Univ. of Chicago Law Review*, 50, 1983, p. 567.
- GURVITCH G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.
- HENRY S., *Private Justice. Towards Integrated Theorizing in the Sociology of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1983.
- KRONMAN A.T., *Max Weber*, Stanford, Stanford Univ. Press, 1983.
- MACAULAY S., « Non-Contractual Relations in Business : a Preliminary Study », *American Sociological Review*, 28, 1963, p. 55.
- MACAULAY S., « Law Schools and the World outside their Doors II : Some Notes on two Recent Studies of the Chicago Bar », *Journal of Legal Education*, 32, 1982, p. 506.
- MACAULAY S., « An Empirical View of Contract », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 465.
- MACAULAY S., « Private Government », in L. LIPSON & S. WHEELER (eds), *Law and the Social Sciences*, New York, Russell Sage, 1986, p. 445.
- MACNEIL I.R., *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Univ. Press, 1980.
- MACNEIL I.R., « Values in Contract : Internal and External », *Northwestern Univ. Law Review*, 78, 1983, p. 340.
- MACNEIL I.R., « Relational Contract Theory as Sociology », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 143, 1987, p. 272.
- TRUBEK D.M., « Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society », *Law and Society Review*, 20, 1986 p. 573.

Jean-Guy Belley  
*Max Weber et la théorie du  
droit des contrats*

WEBER M., *Sociologie du droit*,  
trad. J. Grosclaude, Paris,

PUF, 1986.

---

**POUR EN SAVOIR PLUS...**

---

Anthony T. KRONMAN, *Max We-*  
*ber*, Stanford, Stanford Univ.  
Press, 1983, 214 p.

« Symposium on Law, Private  
Government and Continuing

Relationships », *Wisconsin  
Law Review*, 1985, pp.461-  
757.