

NOTES ET PROPOSITIONS POUR UNE ÉTUDE SOCIOLOGIQUE DU DROIT

GÉRARD BOISMENU

G. Boismenu,
« Notes et propositions pour une étude sociologique du droit »,
Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique,
Paris, n° 15-16, 1984, p. 131-164.

NOTES ET PROPOSITIONS POUR UNE ÉTUDE SOCIOLOGIQUE DU DROIT¹

La question du droit – son objet, son statut, son rôle dans l'organisation des rapports de pouvoir dans nos sociétés – demeure passablement délaissée par les chercheurs des sciences sociales².

Pourtant les formes classiques de l'État capitaliste qui assurent une cohésion interne à la classe dominante et qui traduisent, par l'établissement d'un « ordre » unique, contraignant et universel, les rapports de soumission/subordination visant les masses populaires, s'appuient principalement sur l'ordre juridique. Évidemment, le processus social d'intégration idéologique et politique de l'ensemble du peuple sous cet État dépasse la seule existence d'un ordre. Il n'en reste pas moins que l'ordre juridique représente la pierre d'assise qui désigne les points d'appui du processus d'intégration traditionnel de l'État capitaliste. L'analyse du droit constitue un angle d'approche stratégique du problème de l'État et de l'organisation des rapports de pouvoir. Elle permet de rendre compte du déplacement de son propre objet dans le déploiement des appareils d'État. En effet, dans le cours du développement de l'État qui procède à une redéfinition de son champ, du type et du mode de ses interventions, le droit, dans son modèle classique, subit des modifications significatives allant jusqu'à heurter certains de ses caractères généraux ; l'idéologie juridique qui inspire le discours dominant est relayée par un autre sous-ensemble idéologique. Ces transformations révèlent certains attributs majeurs de l'État contemporain.

Le droit peut figurer comme rampe d'accès à la compréhension des formes de l'État, mais encore faut-il éviter de considérer les formes juridiques (qui déjà trouvent leur propre légitimité dans le discours du droit) semblablement à des catégories *a priori* données une fois pour toute. Il importe précisément d'apporter une explication qualitative du phénomène du droit et non d'évaluer quantitativement la signification concrète d'une norme abstraite³. L'analyse du droit consiste à inscrire les formes juridiques dans la configuration des rapports sociaux concrets qu'elles expriment tout en les occultant. Suivant cette démarche, la nature du droit se manifeste, tout autant que sa place dans l'État — compris comme matérialisation d'un pouvoir de classe.

La question en soi est riche, mais revêt une grande complexité. Initialement s'impose le besoin de préciser les éléments de base d'une problématique. En ce sens, je me limiterai à présenter un cadre analytique pour saisir le droit et son insertion dans l'organisation de l'État. Une attention toute particulière est portée au modèle classique du droit inscrit dans l'État libéral afin de fixer les grandes orientations d'une étude juridique critique ; partant de là, certaines thèses sont proposées au sujet des transformations enregistrées dans l'État contemporain. La discussion vise à proposer les grands axes d'une démarche sociologique matérialiste concernant le droit, selon les stades de l'État capitaliste.

AUTONOMIE RELATIVE DU DROIT

Le droit est partie de la superstructure d'un mode de production. Il relève des « formes sociales de la conscience » : sous l'angle du discours axiomatique, le droit s'apparente à une version de l'idéologie dominante. D'autre part, la manifestation pratique organisée de la sanction du droit passe par un appareil d'État particulier. Cet énoncé simple comprend les dimensions concurrentes qui habitent le droit ; partons de là, pour amorcer la démarche analytique.

Sur l'autonomie relative

La notion d'autonomie relative est liée à la compréhension de la superstructure. S'il faut insister là-dessus, c'est que l'utilisation de cette

notion a été longtemps caricaturale, parce que posée d'une façon artificielle. Trop souvent l'autonomie relative a été rajoutée à une instance superstructurelle alors que son identification se limitait au découpage de son contour. Bien que précis, il n'apportait que peu de connaissance substantielle sur son champ interne. Or, le champ interne d'une instance qui jouit d'une certaine systématité, constitue l'un des principaux aspects pour fonder l'autonomie relative. En d'autres termes, on peut postuler l'extension et les limites de l'autonomie relative d'une instance en se référant à sa place et à sa fonction dans sa combinaison spécifique aux autres instances du mode de production, mais cela nous renseigne peu sur les formes différentes de matérialisation de cette autonomie qui lui donnent pourtant consistance.

Certains textes d'Engels⁴ livrent des indications utiles en la matière. Traitant au cours de lettres de l'action autonome réelle de sphères d'activités dites superstructurelles sur la marche des pratiques liées à la production de la vie matérielle et des luttes historiques, il cherche à fonder l'autonomie relative du politique et de l'idéologique. Son raisonnement l'amène à formuler quelques propositions majeures. Le processus historique de la division sociale du travail provoque la formation de branches particulières de pratiques et de rapports sociaux. La formation de ces branches qui apparaissent comme autant de lieux de spécialisation des pratiques et des rapports sociaux, fait en sorte, d'une part, que des intérêts particuliers se précisent et se développent et, d'autre part, qu'un discours et un mode d'appréhension, prétendant à la cohérence, s'élaborent à propos des pratiques, rapports et intérêts se rapprochent à un type d'objet déterminé. Par effet symbiotique, cette spécialisation des pratiques et des rapports, ces intérêts particuliers, ce discours et ce mode d'appréhension concernant un domaine ou un objet défini par la division sociale du travail confèrent à la branche en question une certaine indépendance à l'égard des rapports de production de la vie matérielle.

Deux aspects ressortent clairement. Il est juste de dire qu'une branche distincte suit fondamentalement le mouvement de la production ; les limites à l'intérieur desquelles son autonomie se manifeste sont généralement tracées par le caractère propre des rapports de production. Mais, pour être complet, il faut ajouter que l'action des

diverses branches sur les rapports de production et de reproduction de la vie matérielle est possible et même certaine grâce à leur autonomie relative qui se fonde sur l'établissement d'une cohérence relative des pratiques, des rapports, des intérêts, du discours et du mode d'appréhension du réel particularisés pour chacune des branches.

La constitution de l'État se présente comme une illustration historique de l'effet du processus de division sociale du travail sur la spécification de branches et de la reconnaissance d'intérêts et de pratiques distincts. Cela étant dit, au sein même de l'État, la division sociale du travail amène le développement de branches qui, tout en participant à l'existence d'ensemble de l'État, se particularisent et définissent des champs propres de pratiques, de rapports, d'intérêts, de discours, etc...⁵ C'est ainsi qu'Engels, à la suite de ses développements sur l'État, en arrive à parler de la spécification du droit, du discours, des agents et des pratiques reliés à l'appareil juridique. Il écrit : « Il en va de même du droit : dès que la nouvelle division du travail devient nécessaire et crée les juristes professionnels, s'ouvre à son tour un domaine nouveau, indépendant... Dans un État moderne, il faut non seulement que le droit corresponde à la situation économique générale et soit son expression, mais qu'il soit une expression systématique qui ne se frappe pas elle-même au visage, du fait de ses contradictions internes. Et le prix de la réussite, c'est que la fidélité du reflet des rapports économiques s'évanouit de plus en plus⁶ ». Il en arrive donc à cerner à l'intérieur de l'État une autonomie relative au champ qui recouvre le droit et l'appareil juridique. Cette compréhension implique que l'État ne soit pas assimilé à un bloc solide, compact et homogène, mais plutôt à un « lieu » différencié de la matérialisation de rapports sociaux incarnant et consolidant un pouvoir de classe.

Ainsi, au sein et autour du droit et de l'appareil juridique, se constituent un champ de pratiques et de rapports sociaux distincts et des intérêts particuliers qui organise sa cohérence sur la base d'un discours et d'un mode d'appréhension systématisés. L'autonomie relative du « juridique » se fonde sur la capacité réelle ou présumée de suffire à l'appréhension et à la résolution des problèmes qui s'imposent au droit en tant qu'objets spécifiques de l'activité sociale. Cette capacité tient à la systématisation, dans le droit, de principes généraux, de catégories,

etc... qui composent une unité de compréhension des phénomènes et qui prétendent permettre la solution des contradictions diverses de la lutte des classes dans toutes les sphères d'activité. C'est à même cette « rationalité » accolée au droit que se dissimulent et se résolvent les contradictions, car la cohérence interne du discours du droit fournit, systématiquement ou au moins virtuellement, une réponse formelle aux problèmes qui se posent à ce discours. Cependant la cohérence du discours et les pratiques qui lui sont liées, n'existent pas à l'état pur. Cette cohérence n'est que relative, car, tout en étant déterminée par le mode de production de la vie matérielle et les rapports classistes de domination, elle se confronte constamment aux contradictions réelles et à leur aiguisement bien qu'elle prétende les résoudre.

Sur l'existence d'une instance juridique

Cette compréhension signifie-t-elle qu'il existe une instance juridique qui se poserait en parallèle de l'instance politique ?

Il est courant maintenant, chez ceux qui procèdent à une étude du droit à partir du matérialisme historique, de considérer que le droit en soi compose une instance, semblablement au politique (à l'État) et à l'idéologique. Sur le plan conceptuel, le statut est le même. À l'encontre de ce courant, je crois qu'il faut répondre à la question posée par la négative. Il y a dans cette opposition un enjeu d'importance.

Dans son *Introduction critique au Droit*, Michel Miaille soutient la thèse de l'instance juridique. Il écrit : « ... je ne parlerai pas du "droit" au sens général d'un système de règles, mais d'une instance juridique... C'est une exigence logique⁷ ». Sur cette lancée, il définit cette instance « comme le système de communication formulé en termes de normes pour permettre la réalisation d'un système déterminé de production et d'échanges économiques et sociaux⁸ ». Or, juste au moment où il nous présente cette définition, il fait une remarque incidente sur le concept d'instance juridique, en ce sens qu'il dit définir l'instance juridique ou « plus précisément la région juridique de l'instance politicojuridique ». Il n'y a pas là qu'un glissement secondaire de terminologie qui trouverait sa solution dans cette formule. En fait, l'approche de Miaille est hypercentrée sur le droit et son souci d'y fonder une autonomie

l'amène à évacuer le politique, l'État, de sa propre définition d'instance juridique. S'il s'agit d'une région, il est curieux que la compréhension du juridique ne pose pas d'emblée les rapports avec le politique. Pour reprendre l'expression de J.J. Gleizal, il est important d'insister sur le fait que « l'État est la matrice du droit⁹ ». L'État, poursuit Gleizal, confère à la norme juridique ses caractéristiques « dont découle l'aspect égalitaire de l'échange entre les sujets de droit ». On ne peut donc séparer qu'artificiellement le droit de l'État.

Plus correct, le concept d'instance juridico-politique fait apparaître la détermination du politique sur le juridique, tout en accordant une action propre au droit, une certaine autonomie, comme région de cette instance qui conditionne son organisation, son existence et son mode d'intervention. Que le droit doive être entendu comme partie de l'instance juridico-politique, n'interdit pas une étude propre ; bien au contraire, mais cela implique l'inscription de l'étude dans un champ plus large dont le droit procède : le champ étatique. Les liens du droit au politique tiennent de sa nature, car son caractère normatif sous-entend une autorité instituée de classe qui lui imprime une orientation tout en assurant précisément ce caractère.

Le juridique présuppose le politique et en même temps il en procède. Tout en étant marqué par une conception économiste, Pasukanis n'affirme pas moins : « nous devons..., avant de rechercher une quelconque superstructure juridique, présupposer l'existence d'une autorité établissant les normes, en d'autres termes, d'une organisation politique. Nous devons en conclure que la superstructure juridique est une conséquence de la superstructure politique¹⁰ ». Il appartient donc, dans l'étude du droit, d'analyser les rapports réciproques entre le politique et le juridique¹¹ et de situer ce type de rapports dans l'ensemble des déterminations du droit. Cela conduit à dire, à titre de conclusion provisoire, qu'au sein de l'État, qui compose l'instance juridico-politique dotée d'une autonomie relative, le droit et l'appareil juridique se particularisent et tissent des rapports qui les investissent d'une certaine autonomie. Cette autonomie se manifeste dans la mouvance des rapports dialectiques qui s'organisent avec les autres appareils d'État.

CARACTÉRISTIQUES DU DROIT CAPITALISTE

Loin d'être une catégorie universelle et intemporelle, le droit ne peut être saisi qu'en procédant à son insertion dans un mode de production en particulier. C'est par cette démarche que le droit dévoile sa nature, sa signification, son rôle et sa place dans les rapports de classes et, partant, dans les rapports de pouvoir. Dans cette perspective Engels parle du droit en termes de science historique¹². Son étude doit partir d'une mise en place historique permettant le repérage de types structurels de droit identifiés généralement comme droit formel moderne, droit privilégié médiéval, droit ethos antique...¹³ Pour ma part, je retiendrai le droit dans le mode de production capitaliste afin d'en déceler les caractéristiques et de désigner ses formes fondamentales.

Les limites du champ de l'État et sa place dans la reproduction sociale élargie sont généralement déterminées par l'organisation particulière des rapports capitalistes de production¹⁴. Bien que l'État participe à la constitution de ces rapports, il n'en reste pas moins que leur reproduction ne nécessite pas, pour se réaliser, l'étroite et intense médiation des rapports juridico-politiques car elle est principalement assurée par et dans la sphère de la circulation. En cela, la reproduction des rapports capitalistes de production permet un certain détachement de l'État à l'égard du procès de production et, avec cette autonomisation, une spécialisation des pratiques au sein des appareils d'État qui est vécue, institutionnalisée et théorisée sous l'angle de la séparation des pouvoirs¹⁵. Deux aspects ont des effets de détermination sur le droit capitaliste : d'abord, les rapports de production caractérisés par la séparation des producteurs des moyens de production, tant dans la relation de propriété que de possession, etc., ensuite, la place générale (sous la forme du détachement) de l'État dans la reproduction sociale élargie. Comme résultante de ces effets, le droit capitaliste emprunte la forme d'un univers systématique de règles normatives à structures internes axiomatisées.

S'il est vrai, suivant la thèse d'Engels, que le droit ne doit pas seulement correspondre à la situation économique, mais être une expression cohérente en elle-même, ses principales caractéristiques n'en sont pas moins enracinées dans la configuration typique des

rappports qui se tissent dans la production et la reproduction de la vie matérielle. Ces rapports, on ne doit pas les limiter à la seule sphère de la circulation ; en effet, les structures du système juridique moderne se rapportent, en plus de cette sphère, aussi bien aux structures de la distribution (répartition de la valeur) qu'aux structures du procès d'ensemble de la production. Mais, à la source, les caractéristiques du droit ne peuvent être comprises qu'en se référant aux rapports capitalistes de production et à ses composantes, à savoir : l'« individu nu », le « travailleur libre », et le « propriétaire privé ». Précisément, « l'ensemble du système juridique moderne est structuré par référence... à des agents de production en tant qu'« individus nus »¹⁶.

Les « individus nus » constituent le principe d'organisation du droit capitaliste. Ce droit, dont l'atomisation et l'individualisation spécifique des agents de la production est le critérium, se présente sous la forme caractéristique d'un univers de normes abstraites, générales, formelles et strictement réglementarisées qui régissent les rapports sociaux des « individus nus »¹⁷. Ces normes sont générales en ce qu'elles sont opposées aux dispositions individuelles concernant un cas déterminé, elles sont abstraites et formelles, car elles se constituent à même des concepts autonomisés et dépouillés de contenu concret, et elles sont strictement réglementarisées ce qui permet de préserver la durée et de garantir la prévisibilité. Cette structuration du droit répond au besoin de calcul de prévision propre à une société de reproduction élargie et de mobilité des facteurs du procès de production, car elle assure un fonctionnement de la justice, et même des institutions politiques, qui se manifeste par des actes et des décisions prévisibles. Ces caractéristiques président à l'élaboration du droit et imprègnent ses formes, leur articulation et la systématisation de la construction¹⁸.

Tirant sa source des rapports sociaux de production et, plus généralement, de l'ensemble des rapports au sein de la base économique, le droit assure leur reproduction par la systématisation des conduites qu'elles définissent et par la dilution ainsi que par la neutralisation formelle des contradictions qu'elles recèlent. Comme l'écrit Engels, il s'agit d'une expression idéologique systématique dont la réussite et la crédibilité tiennent à l'évanouissement tendanciel de la fidélité de son reflet des rapports économiques. Cela nous amène donc à nous

interroger sur les formes et l'articulation des formes du droit qui donnent une cohérence interne relative au système du droit.

SUR CERTAINES FORMES FONDAMENTALES DU DROIT

Pasukanis a fait une critique éclairante¹⁹ notamment des théories du droit qui assimilent leur objet à un discours idéologique dirigé volontairement contre les classes exploitées. Peut-on sérieusement considérer que les principes formels d'égalité, de liberté, d'autonomie de la personne, etc. ne soient que des fantasmes ou des lubies exprimant essentiellement l'hypocrisie de la bourgeoisie; de même, est-il justifiable de prétendre que la persistance de ces principes ne relève que d'un processus idéologique étroit, c'est-à-dire tributaire du domaine de l'histoire des idées? En fait, dépassant la seule préoccupation de son coefficient mystificateur, l'analyse du droit repose prioritairement sur l'étude attentive de ses éléments constitutifs, soit des formes juridiques qui composent le tissu du discours axiomatique et systématique du droit. L'étude de ces formes doit mener au dégagement de la base matérielle, du fondement concret qui les supporte et qui les détermine.

Faute de dégager cette base matérielle, ce fondement concret sous-jacent aux formes juridiques, « le droit ne serait qu'un vain discours, une simple "représentation idéologique" qui pourrait tout aussi bien être autre²⁰ ». En fait, le droit n'existe que pourvu que subsistent l'objet et les rapports à l'objet qui le fondent. Sans cette base, le droit ne serait qu'une simple création discursive sans caractère de nécessité. Ainsi, l'étude des formes juridiques permet de saisir, à travers elles, les rapports sociaux concrets (noués dans et autour l'objet) qui les sous-tendent, les supportent et les déterminent. Ces formes fondamentales, analysées comme formes sociales traduisant/ occultant des rapports sociaux concrets, constituent la base première, la rationalité initiale du système du droit. L'identification de certaines formes fondamentales du droit en matière civile et criminelle permet de « figurer » cette rationalité initiale.

Le droit civil

Revenons à Pasukanis qui désigne le sujet juridique comme élément fondamental du droit ; c'est l'« atome de la théorie juridique, son élément le plus simple, indécomposable²¹ ». Mais cette forme sociale n'est compréhensible qu'en retenant les conditions sociales historiquement données qui président à sa définition particulière dans nos sociétés capitalistes. En effet, des conditions matérielles précises permettent formellement d'assimiler l'individu concret au sujet juridique.

La société capitaliste, ère d'accumulation de marchandises, établit un ensemble de rapports vérifiés dans lesquels les individus apparaissent soumis à la circulation des choses et ne se définissent qu'un rapport à elles. Dans la marchandise se découvre le sujet. Les marchandises ont pour qualité commune de cristalliser de la valeur indépendamment de la volonté des individus, soit des sujets. Cependant cette qualité des marchandises ne peut s'exprimer que par leur engagement sur le marché en vue de l'échange ; ceci nécessite un acte de l'individu-proprétaire de marchandises, un acte volontaire et conscient. Cette exigence matérielle générale à la réalisation de l'échange est projetée sur le sujet juridique pour y dégager ses caractéristiques propres. La généralisation de la marchandise et de leur échange (forme du produit du travail et support de la valeur), d'une part, et l'individu compris comme sujet juridique et porteur de droits, d'autre part, sont deux aspects historiquement concomitants.

La forme sujet juridique prend toute sa puissance avec la généralisation capitaliste de l'échange des marchandises. Sur le plan juridique, le sujet est présumé volontaire : cette volonté se traduit par la mise en présence des marchandises et par le consentement libre à l'échange. Or, l'échange implique la reconnaissance universelle de l'égalité des sujets ; à l'égalité générale et abstraite des marchandises (en tant que supports d'un quantum de valeur) correspond précisément une égalité mutuelle des sujets juridiques en tant que propriétaires au moins virtuels²². Ainsi, le sujet juridique est volontaire et sa volonté il l'exerce dans l'affirmation de la liberté et de l'égalité. Cette forme juridique et ses attributs sont extraits de l'échange et expriment la généralisation de la circulation ; ils représentent les conditions juridiques de l'ac-

tualisation de l'échange et de la réflexion de son mouvement dans le système idéologique du droit.

L'échange implique que deux sujets se rencontrent et se reconnaissent réciproquement un objet d'utilité; de là, ils établissent un accord de volonté pour s'approprier l'objet qui, pour chacun, fait défaut. Cette opération, au cours de laquelle les sujets se considèrent dans leur rôle de propriétaires privés d'objets devenus marchandises, se traduit dans un rapport juridique particulier connu par la forme contrat. Celui-ci exprime formellement la mise en action de la forme sujet juridique et de ses attributs; par le contrat, ils prennent leur signification et s'opérationnalisent en passant de la vie abstraite-passive à la vie réelle-agissante²³ dans le mouvement qui leur est imprimé par les rapports sociaux concrets qu'ils reproduisent.

Les formes sujet et contrat impliquent nécessairement une relation à l'objet qui se présente sous la figure de l'appropriation. Dans le renouvellement du rapport d'échange c'est le droit de propriété qui se meut. Ce droit constitue une traduction juridique d'un rapport réel de l'individu à l'objet lorsque l'individu est mis en situation d'échange. Or, la propriété dans la société capitaliste se présente dans sa forme la plus achevée et universelle, en ce sens qu'elle quitte la seule sphère de la circulation pour envahir le procès de production dans lequel s'accomplit la séparation, tant dans la relation de possession que de propriété, des producteurs réels à l'égard des moyens de production. Dans la production capitaliste, la propriété privée a pour envers l'expropriation des producteurs immédiats et elle s'érige en pouvoir sur ces producteurs qui se présentent sous la figure du « travailleur nu²⁴ ». Pour sa part, le « travailleur nu » pose le problème de la reproduction des rapports capitalistes de production par la circulation. La forme achevée et universelle de la propriété passe par une imbrication de la production et de la circulation. Étant donné que le procès de production repose sur la circulation et l'intègre comme phase de transition œuvrant à sa reproduction, la production se subordonne la circulation²⁵. En somme, la circulation qui est le terrain nourricier de la propriété prend une très large extension en pénétrant massivement les pratiques sociales; en même temps, la circulation se subordonne au procès de production — dont elle permet la reproduction — qui

est le siège d'exercice de la propriété comme pouvoir sur une classe et expropriation du surtravail.

Si la propriété capitaliste permet le transfert du capital d'un secteur à l'autre de l'activité économique et sa transformation selon les lois de son développement et de sa réalisation, tout autant ce droit implique le dessaisissement d'une partie des agents de la production, c'est-à-dire implique la non-propriété. Le caractère universel du droit de propriété signifie, en fait, que « ... tous les gens sont également "dignes" d'être propriétaires, mais (cela) ne les rend pas pour autant propriétaires²⁶ ». Cela revient à dire que le droit, « en rendant possible la production capitaliste au nom des déterminations de la propriété (liberté/égalité)²⁷ », développe la contradiction de cette propriété, car elle tire sa source de l'exploitation du travail social d'une classe, de l'expropriation d'une partie de ce travail et, donc, de la non-propriété.

Des formes fondamentales retenues, la propriété est la pierre d'assise du droit civil capitaliste. La propriété y détient un caractère absolu²⁸. Le droit de propriété est en quelque sorte la « cause » profonde du Code civil; Portalis, l'un de ses rédacteurs français, écrira : « Tous les titres du Code civil ne sont que le développement des règles relatives à l'exercice du droit de propriété²⁹ ». Louis Baudouin qui écrivait que le droit de propriété est considéré dans le Code civil québécois et dans le Code civil français comme le véritable centre du droit civil³⁰, n'aurait pas, pour l'essentiel, à modifier son jugement à propos de l'actuel projet de révision du Code civil québécois³¹.

La sphère de la circulation, que le procès de production s'est subordonné et dont il détermine l'extension, assure cette place centrale à la propriété et distribue les formes juridiques selon les besoins de la reproduction du capital. Mais la circulation masque et occulte les rapports de pouvoir et d'exploitation liés au droit de propriété et qui s'expriment dans toute leur ampleur dans le procès de production. Tout autant que le capital se révèle tout en se dérochant dans la sphère de la circulation si bien que son analyse doit quitter cette sphère pour pénétrer dans la production, le droit se manifeste dans la circulation, en fournissant les conditions formelles au développement des rapports sociaux capitalistes, mais y camoufle par son formalisme sa nature

sociale. Cette nature ne peut être saisie qu'à partir de l'« individu nu » déterminé par les rapports de production. Discutant la thèse qui veut que la transformation de l'argent en capital se passe dans la circulation et ne s'y passe pas, car elle se passe aussi, sinon surtout, dans la production, Marx marque la distance des représentations des places des agents entre la circulation et la production. Il écrit : « la sphère de la circulation des marchandises, où s'accomplissent la vente et l'achat de la force de travail, est en réalité un véritable Eden des droits naturels de l'homme et du citoyen. Ce qui y règne seul, c'est liberté, Égalité, Propriété et Bentham ». Cette sphère fournit aux hôtes échangistes vulgaires et, plus généralement, aux idéologues le critérium de leur jugement, les lignes de force de leur formation idéologique. Mais, poursuit-il, lorsque nous sortons de cette sphère, « nous voyons, à ce qu'il semble, s'opérer une certaine transformation dans la physionomie des personnages de notre drame ». Le ton ironique sert à imaginer cette transformation : « Notre ancien homme aux écus prend les devants et, en qualité de capitaliste, marche le premier ; le possesseur de la force de travail suit par derrière comme son travailleur à lui ; celui-là le regard narquois, l'air important et affairé ; celui-ci timide, hésitant, rétif, comme quelqu'un qui a porté sa propre peau au marché, et ne peut plus s'attendre qu'à une chose : à être tanné³² ».

Tout comme d'une façon générale l'idéologie bourgeoise puise ses paramètres dans la circulation, le discours du droit postule que tout se passe dans cette sphère et que l'homme se réalise dans les échanges, car il y découvre ses caractères essentiels, l'égalité, la liberté et la volonté³³. Or, fondamentalement le discours du droit traduit/occulte un rapport de classe dans la production à partir des formes abstraites de leurs manifestations dans la circulation. Sur le plan général du mode de production, le droit, et particulièrement le droit de propriété, traduit un état de fait, conditionne sa matérialisation et en garantit la permanence. Cet état de fait consiste en ceci qu'il n'y ait qu'une seule classe qui globalement possède le droit d'échanger le produit social contre de l'argent pour, par la suite, l'échanger contre d'autres produits, dont la force de travail de l'autre classe. En d'autres termes, une seule classe détient collectivement l'ensemble des produits circulant comme marchandises alors que l'autre n'en obtient que ce

qui est nécessaire pour être elle-même vendable³⁴. C'est cet état de fait qui est au cœur du droit capitaliste et en même temps qui n'y paraît pas³⁵.

Le droit pénal

Les formes que nous venons de voir sont reprises d'une autre manière dans le droit pénal et s'ajoutent à d'autres formes et règles liées plus strictement à cette branche du droit. Contrairement au droit civil pour lequel, dans un premier temps, peut régner l'impression d'une symétrie parfaite du droit avec les rapports économiques, particulièrement avec les rapports sociaux de production, le droit pénal apparaît comme une branche au sein de laquelle le rapport juridique atteint une plus grande tension³⁶. Le droit pénal possède, plus que les autres branches, le pouvoir de toucher, d'atteindre directement et brutalement la personne dans un « art » de réprimer.

Le droit pénal trouve son origine dans la vengeance. Au cours de l'histoire, à travers des périodes de flux et de reflux, l'État concentre, partiellement puis totalement, cette capacité de vengeance par l'exclusivité de la force répressive. L'exercice de la vengeance s'inscrit de plus en plus nettement dans une organisation spécifique des rapports politiques de domination qui en détermine largement les formes et les règles. Cette proposition semble nier que la justice pénale soit dotée d'une fonction sociale indispensable ; il est classique, en effet, de prendre à témoin les infractions qui atteignent le maintien de la vie collective, pour démontrer le caractère social, universel et même populaire de cette justice. Or traiter de la fonction sociale du droit pénal conduit à s'interroger sur les fonctions sociales de l'État en général. Là-dessus, Engels faisait remarquer que la domination de classe qui se matérialise par l'État tire une part de sa légitimité des « fonctions sociales » qu'il remplit. Il écrit : « ... partout une fonction sociale est à la base de la domination politique ; et... la domination politique n'a subsisté à la longue que lorsqu'elle remplissait cette fonction sociale qui lui était confiée... Il était réservé aux Anglais éclairés de ne pas remarquer cela aux Indes ; ils ont laissé tomber en ruine les canaux d'irrigation et les écluses, et découvert enfin maintenant, par

le retour régulier des famines, qu'ils avaient négligé l'unique activité susceptible de donner à leur domination aux Indes une légitimité au moins égale à celle de leurs prédécesseurs³⁷ ». S'il faut voir certainement une fonction sociale à la justice pénale, cette reconnaissance doit aller de pair avec le constat qu'il n'existe pas de fonction sociale brute en marge des déterminations exercées par l'organisation particulière des rapports sociaux. Précisément la fonction sociale de la justice pénale est intégrée dans le système idéologique spécifique d'un droit de classe, elle est inscrite dans une organisation donnée des rapports de pouvoir et de domination et elle participe à l'exercice de la répression dirigée par une classe, de laquelle répression elle ne peut être distinguée. Une étude critique du système actuel de justice pénale et de la politique criminelle ne peut que le confirmer³⁸.

Revenons à notre question de départ : la vengeance. Elle a emprunté plusieurs formes générales au cours du développement de la société pour s'acheminer, avec la société capitaliste, vers la forme la plus développée qui repose sur la notion de réparation qui s'administre soit sous la forme argent, soit sous la forme d'une « économie des droits suspendus » avec la privation de la liberté considérée comme un droit et un bien³⁹. La notion de réparation trouve son fondement dans la réalisation de l'équivalence qui, comme telle, est comprise dans la forme marchande en ce qu'elle révèle la loi de la valeur et la représentation générale du travail social moyen. Or cette idée d'équivalence ne se manifeste nettement dans la compréhension des pratiques sociales et des conceptions juridiques du réel que lorsque la relation marchande a envahi massivement la réalité économique.

La réalisation de l'équivalence dans le droit pénal s'exprime dans un contrat de forme particulière qui prend le relais du non-respect d'un contrat préalable. Dans un premier temps, le criminel a rompu le pacte social, le contrat qui le liait par la force des choses aux lois de la société — et non du souverain —, et c'est toute la société, par le pouvoir étatique qui est réputé incarner l'intérêt public, qui est présente dans la moindre punition. Suite à cette violation de contrat se pose « le problème de la "mesure" et de l'économie du pouvoir de punir⁴⁰ ». C'est là qu'intervient la réalisation de l'équivalence, cet autre contrat de forme particulière.

Le délit apparaît comme une variété spécifique de la circulation ; dans cette circulation, le « rapport d'échange, c'est-à-dire le rapport contractuel, est fixé après coup » par une autorité instituée, à savoir le tribunal. Dans l'ensemble, « la proportion entre le délit et la réparation se réduit... à une proportion d'échange⁴¹ ». Dans ce deuxième temps, l'autre contrat revêt une forme particulière, car il s'agit, en quelque sorte, d'un « contrat de rachat » dans lequel on retrouve, d'un côté, le délit et, de l'autre, la peine infligée.

Ce dernier contrat obéit à des modalités de fixation. Notamment, si le droit pénal archaïque ne connaissait que le concept de dommage, le droit pénal capitaliste fait intervenir une notion qui conditionne la « mesure » de la réparation. Les notions de culpabilité et de faute conduisent à l'évaluation du degré de responsabilité, établi en faisant appel aux moments psychologique et circonstanciel qui s'ajoutent au moment objectif de l'acte et du dommage pour en atténuer la rigidité.

La distinction qui est faite dans la responsabilité suppose une préoccupation préventive, mais n'élimine pas la forme équivalence de la réparation. Il s'agit, au contraire, d'une nouvelle base de son application⁴². Pour chacun des cas traités, l'évaluation de la responsabilité et, partant, de la culpabilité débouche sur la désignation d'une situation précise dans la marge de la peine abstraitement et universellement conçue et réglée dans le droit pénal et qui apparaît en termes de peine maximale et peine minimale inscrites dans le code.

Dans la société capitaliste, du fait même des rapports qui la caractérisent, « ... le principe de mécanisation et de la possibilité rationnelle de tout calculer doit embrasser l'ensemble des formes d'apparition de la vie⁴³ » ; le droit, notamment le droit pénal, en témoigne. C'est précisément avec son développement que prend forme systématiquement la peine proportionnelle à la culpabilité qui se mesure sur une base arithmétique par une durée de privation de liberté. La réparation du délit dans le cadre précis de la responsabilité qui guide la pondération de la peine dans une marge donnée universelle, n'existe que dans une société où l'on connaît un isolement et une atomisation des individus « nus », une augmentation et une intensité pratiques marchandes⁴⁴ ;

cette société apparaît historiquement dans sa forme achevée avec la domination du capitalisme.

Sur la base de ces formes, des règles guident l'élaboration du droit pénal et balisent les marges de mesure d'équivalence de la répartition. Foucault qui a étudié ces règles⁴⁵ propose que si le droit pénal traite « humainement » ses criminels ce n'est pas tant que ceux-ci cachent en eux une humanité profonde, mais plutôt qu'il vise une « régulation nécessaire des effets de pouvoir ». La « rationalité économique », garante d'un pouvoir en acte reposant sur la prévisibilité de ses effets, est à la source de la mesure des peines et de l'ajustement des techniques prescrites. Le châtement, s'il se veut utile, doit viser un impact sur les conséquences sociales, sur l'effet d'entraînement du crime. Le châtement ne se réfère pas forcément au caractère odieux ou « contre-nature » du crime, car il n'y a pas nécessairement équivalence entre le caractère d'un crime et ses conséquences sociales. Dans la mesure où ce que l'on veut atteindre, c'est l'influence, l'effet du crime il ne faut pas chercher une équivalence d'horreur entre le crime et sa punition ; la peine est plutôt calculée — en fonction de la répétition possible du crime. « Ne pas viser l'offense passée, mais le désordre futur, écrit Foucault. Faire en sorte que le malfaiteur ne puisse avoir ni l'envie de recommencer, ni la possibilité d'avoir des imitateurs. Punir sera donc un art des effets ; plutôt que d'opposer l'énormité de la peine à l'énormité de la faute, il faut ajuster l'un à l'autre les deux séries qui suivent le crime : ses effets propres et ceux de la peine⁴⁶ ». En d'autres termes, il faut « punir exactement assez pour empêcher » la répétition du crime. De là, les règles de la quantité minimale, de l'idéalité suffisante, des effets latéraux, de la certitude parfaite, de la vérité commune et de la spécification optimale⁴⁷. Au total, avec ces règles qui organisent les formes juridiques, se définit l'univers de l'économie calculée du pouvoir de punir qu'est le droit pénal capitaliste.

L'esquisse de quelques formes fondamentales dans les deux branches principales du droit désigne les éléments de base sur lesquels se développent des formes plus complexes pour composer la variété des normes juridiques codifiées ou des mesures législatives qui complètent le cadre normatif légal⁴⁸. Le droit est un système idéologique formalisé fait de formes fondamentales et de formes complexes qui s'articulent

spécifiquement selon une cohérence relative interne. La constitution de ce système idéologique, tant pour ses formes particulières que pour leur articulation spécifiques, est historiquement déterminée par deux ordres de facteurs, à savoir : le développement et le type des rapports sociaux de production et de circulation, mais aussi, ce que j'appellerai pour l'instant, les « rapports de production du système idéologique du droit ». Ce deuxième ordre de facteurs, pour l'instant allusif, est avancé pour poser une interrogation : peut-on se limiter aux rapports sociaux de production pour fonder les rapports qui produisent le droit dans l'articulation de ses formes et dans sa facture particulière. Cette interrogation ouvre un débat dans lequel on ne peut que s'impliquer.

L'ÉTAT ET LA PRODUCTION DU DROIT

Pasukanis a jusqu'à maintenant été retenu pour son apport indéniable à l'étude des formes fondamentales du droit. On souligne avec beaucoup d'à propos que le droit, comme idéologie, n'est pas d'abord et avant tout le produit des illusions, de la fantasmagorie de la classe dominante, ni l'expression de la volonté d'une classe conçue dans sa globalisation en tant que sujet volitif. Mais la méthode et les propositions de Pasukanis appellent quelques remarques qui insistent sur les limites de sa perspective.

Formes juridiques : formes d'exercice d'une lutte

Dans l'analyse des déterminations objectives des formes juridiques on est conduit, chez Pasukanis, à assimiler leur production à un processus mental d'appréhension du concret ou, d'une autre manière, à une espèce de génétique des représentations idéologiques. On en arrive, en quelque sorte, à soustraire les formes juridiques à la lutte des classes. Or, le droit, systématisation de formes fondamentales et complexes, ne provient pas de « représentations passives » ou de « reflets plats » des rapports sociaux ; il ne s'agit pas d'une transposition neutre de la configuration de la réalité sociale dans les formes juridiques.

Une des choses centrales qu'il faut avoir à l'esprit, quant aux formes idéologique — et le droit dans son ensemble en est une — c'est qu'elles sont directement mêlées à la lutte des classes, qu'elles l'expriment selon

un mode particulier et qu'elles en sont l'un des enjeux. Pour reprendre la formule de Rancière, « ... les "formes idéologiques" ... ne sont pas simplement des formes de représentation sociales, ce sont les formes d'exercice d'une lutte⁴⁹ ». Cette affirmation, valable pour les formes idéologique en général, l'est aussi en particulier, pour le droit. Si on ne prend, par exemple, que l'ordre de facteurs développé à ce stade au sujet de la détermination des formes juridiques, à savoir les rapports sociaux de production, cela signifie que les formes juridiques relèvent du champ déterminant de la lutte des classes. Dans cette mesure, le droit se compose de formes qui sont l'expression médiatisée de cette lutte de classe, qui l'assument en la travestissant dans la systématisation qu'on lui connaît, et qui participent directement à l'exercice de cette lutte.

Sur la symétrie du rapport juridique et du rapport économique

Malgré ses qualités, l'approche de Pasukanis semble donner place à une surestimation de la symétrie du rapport juridique et du rapport économique. Partant de la thèse qui veut que l'analyse des formes juridiques et de leur articulation débouche nécessairement sur l'analyse des rapports sociaux, il semble pourtant montrer une forte propension à considérer que les « rapports de production des formes juridiques » se limitent au domaine strict des rapports économiques. L'analyse ne déborde pas ce domaine pour investir les rapports au sein de l'État qui participent pourtant à la production du droit. Contre le réductionnisme économiste, l'étude rigoureuse du droit doit faire intervenir l'État et les rapports politiques dans l'établissement de grandes lignes d'interprétations du droit.

L'analyse des formes juridiques permettant une connaissance explicative procède par la mise en perspective de leur détermination par les rapports sociaux qui les supportent ; or, ces rapports ne sont pas confinés à la production et à la reproduction de la vie matérielle ; ils sont le fait davantage d'un mouvement combiné de plusieurs niveaux, notamment des rapports politiques et de l'État. Le silence sur certains de ces niveaux au profit du seul niveau économique, même s'il est le principal, nous conduit vers une compréhension difforme du droit.

C'est le reproche majeur à adresser à Pasukanis pour ce qui est de sa méthode. En quelque sorte, il « opère une “réduction” du niveau juridique à l'instance économique », en ce sens que le droit est saisi comme un reflet immédiat de la base économique; cela laisse place à une conception instrumentaliste des superstructures, et notamment de l'État⁵⁰. Pour reprendre la formule lapidaire de Cerroni, on peut considérer que « ... son travail s'est arrêté à mi-chemin ce qui évidemment signifie qu'il reste critiquable dans sa totalité⁵¹ ». Ces éléments m'amènent à considérer que l'analyse du droit conduit à l'appréhension — en plus des rapports sociaux liés à la production et à la reproduction de la vie matérielle — des diverses médiations superstructurelles qui s'intercalent dans la production de ses formes, et qui doivent être retenues pour elles-mêmes en considérant leurs effets propres. Qu'on me comprenne bien : gommer l'unilatéralisme et le réductionnisme économique ne signifie pas que l'on inverse cet unilatéralisme en faveur du politique ou que l'on assigne au politique le rôle de détermination fondamentale du droit. Ce serait là tomber dans l'illusion des apparences⁵².

L'État, matrice du droit

Le droit, a-t-il été énoncé auparavant, est inscrit dans un champ plus large, à savoir le champ étatique. Au sein de l'État, l'élaboration du droit échoit à la pratique gouvernementale qui joue le rôle d'« accoucheur » au sens où elle ne crée pas le droit, mais en est l'« ordonnateur⁵³ ». L'appareil gouvernemental conditionne généralement l'articulation particulière des formes juridiques dans les lois et les codes, l'opportunité de procéder à la confection de nouvelles lois ou à la révision globale ou partielle d'un code, et le degré d'extension des dispositifs juridiques encadrant les pratiques sociales. Si l'État est la matrice du droit et l'appareil gouvernemental le centre de son élaboration, cela me semble impliquer trois grands types de détermination sur le droit.

Schématiquement, allons du général au particulier. Du fait du type d'État spécifique à la société capitaliste, le droit se présente sous la facture du « langage universel de la Raison ». Le droit est l'émanation d'un État qui, compte tenu des caractéristiques mêmes des rapports de

production capitalistes, est un domaine qui apparaît séparé et coupé de l'activité économique et sociale. Cette apparence, à la fois réelle et illusoire, emprunte la forme typique de l'État démocratique-parlementaire. Cet État, dont l'existence repose sur le suffrage universel, la pluralité des partis et organisations politiques, des rapports spécifiques entre l'exécutif et le Parlement, une réglementation juridique des sphères de compétence respectives des appareils d'État, etc.⁵⁴, est le lieu de modification des rapports de force entre les couches et les fractions dominantes, mais il est aussi le lieu où s'évanouit la place et le rôle de l'État dans les rapports de pouvoir⁵⁵. Cet évanouissement du rôle et de la place de l'État se produit sous le coup de l'universalité et de sa séparation relative à l'égard du pouvoir dans les sphères économique et sociale. C'est en ce sens que Marx et Engels écrivent : « L'État étant donc la forme par laquelle des individus d'une classe dominante font valoir leurs intérêts communs et dans laquelle se résume toute la société civile d'une époque, il s'ensuit que toutes les institutions communes passent par l'intermédiaire de l'État et reçoivent une forme politique. De là, l'illusion que la loi repose sur la volonté et, qui mieux est, sur une volonté libre, détachée de sa base concrète⁵⁶ ». L'État capitaliste, notamment par son Parlement, se présente donc comme l'« union abstraite des contradictions sociales » ; en tant que tel, l'État « débarasse le droit de son origine, de sa référence à la vie économique et sociale⁵⁷ ». C'est ainsi que, dans l'État démocratique-parlementaire, le droit est « prononcé dans le langage universel de la Raison incarnée dans la loi...⁵⁸ » ; et sous cette figure il renvoie au rationnel tout autant qu'au raisonnable d'une volonté abstraite qui organise l'universel.

Par ailleurs, le champ de l'État désigne la forme générale et la place du droit à l'égard des rapports sociaux. Dans le cours du développement du capitalisme et compte tenu de la transformation de sa structure, le champ de l'État dans l'ensemble des rapports sociaux (notamment économiques) va dans le sens de son élargissement. Mode d'expression et d'intervention de l'État, le droit se voit parallèlement modifié dans son existence, dans son extension et dans son rôle. On peut dire, en termes rapides, que l'État capitaliste a connu deux grands stades de développement : l'État libéral ou de régulation concurrentielle et l'État interventionniste ou de régulation monopoliste⁵⁹. D'abord, l'État libéral

avec l'image de l'État-arbitre (gendarme), c'est l'État non-interventionniste qui veille à l'établissement des conditions générales de la production de plus-value et qui consolide l'organisation globale des rapports sociaux, particulièrement par son ordre juridique. Celui-ci prend la forme de codes universels et de lois, relativement limitées en nombre, qui fonctionnent à la régulation de l'« économie de marché » et à la répression. Les exigences du capitalisme monopoliste, à travers la crise et la Deuxième Guerre, implantent une régulation étatique reposant sur un interventionnisme soutenu. Tout en maintenant son rôle traditionnel, il agit directement sur les conditions de l'intermédiation financière et de valorisation-dévalorisation du capital, sur les conditions sociales de production et de reproduction de la force de travail, sur les modes d'émergence et d'expression des revendications populaires, etc. Avec la redéfinition de son rôle et de sa place, l'État investit un champ social, économique et idéologique de plus en plus considérable. Il s'agit d'une massive appropriation étatique des pratiques de classes dans presque toutes les sphères d'activité sociale⁶⁰. Dans cet État, le droit est resitué dans l'ensemble des modes d'intervention étatique et il se transforme. Ce qui est important pour mon propos, c'est que le « droit des codes », dans sa formulation universelle, ne disparaît pas, mais il est substantiellement développé, souvent de façon contradictoire, par une multitude de lois à portée spécifique. En quelque sorte, le « droit des codes » se transfigure en un droit fait de lois statutaires, spécialisées qui désignent des cibles (clientèles) très fragmentaires, qui ne sont pas pensées dans une cohérence d'ensemble, mais plutôt pour leurs effets particuliers et qui se concrétisent qu'avec le dispositif réglementaire et un appareillage technocratique. En ce sens, on peut dire qu'il y a une détermination structurelle du stade de développement de l'État sur la forme du droit et son propre statut.

Le droit est aussi enraciné dans la conjoncture politique. Que l'appareil gouvernemental donne naissance au droit implique que cet acte de naissance se situe inmanquablement dans une conjoncture qui, la plupart du temps, l'a provoqué. L'analyse de la conjoncture permet de rendre compte de l'état de développement et d'aiguillage des contradictions économiques, sociales, politiques et idéologiques ; de même, elle permet de considérer les modalités d'expression et le

degré d'affrontement de l'opposition entre les forces sociales et politiques. L'étude spécifique des organisations sociales et politiques, de leurs pratiques et de leurs luttes, telles qu'elles se manifestent sur la scène politique principalement, conduit à une meilleure intelligence des caractéristiques particulières de l'articulation des formes juridiques dans une loi ou une section de Code (au moment de révision ou d'amendement, par exemple). Cette dimension s'avère généralement importante et, surtout, pour les lois sociales, les lois du travail ou les diverses lois statutaires⁶¹. Cette détermination conjoncturelle, faut-il le souligner, s'inscrit plus largement dans la détermination structurelle dont j'ai parlé auparavant. En d'autres termes, l'État libéral ne répercute pas, dans l'élaboration du droit, les effets des luttes syndicales et politiques des ouvriers de la même façon que l'État interventionniste. Par exemple, sur le front ouvrier, la non reconnaissance d'association, les amendes, la répression armée se déplacent, sans pour autant disparaître, au profit de la légalisation de la classe ouvrière ; ce qui constitue une forme plus raffinée, mais efficace de répression⁶².

Insérer le droit dans l'organisation de l'État et cerner les principales déterminations qui en découlent ne doivent surtout pas conduire à confondre le droit et le discours politique. Le droit est un discours particulier. Discours idéologique normatif très formalisé et traversé par une cohérence relative, il possède une spécificité, une rigidité et une certaine autonomie comme discours. Le droit se compose de textes dans lesquels les faits se transposent en formes juridiques élaborées de telle manière que s'effacent les contradictions manifestes ; il s'agit de textes revêtant une certaine rigidité, pour lesquels on s'est pourvu d'un minimum de règles d'interprétation⁶³. En ce sens, Poulantzas écrit : « C'est parce que le niveau juridique constitue la cristallisation d'un univers spécifique des valeurs pratiques (l'auteur abandonnera par la suite cette expression et la conception qui lui était liée, G.B.) que les données économiques ou sociologiques ne peuvent y être transposées, telles quelles, dans leur structuration propre, mais en épousant les structures spécifiques du droit et en exerçant leur influence à travers elles⁶⁴ ». Par ailleurs, le droit est un système idéologique qui n'est pas interchangeable d'une conjoncture à l'autre. Les assises du droit jouissent ; en effet, d'une certaine constance historique ; notamment,

les codes élaborés au siècle dernier, malgré leurs compléments, leurs amendements, etc. subsistent encore dans leurs majeures parties. Mais aussi, le droit est un système idéologique qui tend à intégrer les apports nouveaux, les pièces législatives en les insérant dans une « économie générale » qui les restreint et les réinterprète selon le cadre légal déjà existant. Cela ne va pas sans contradictions dont on essaie de contenir les effets à l'intérieur d'une cohérence relative⁶⁵.

L'IDÉOLOGIE JURIDIQUE

L'ordre des rapports idéologiques conditionne aussi de façon significative la composition du droit. Il s'agit là, en soit, d'un domaine d'étude qui ne sera ici qu'effleuré⁶⁶. Initialement la situation de l'idéologie juridique dans le complexe des idéologies sous le capitalisme sert à poser le mode par lequel ces idéologies produisent leurs effets et à cerner les limites dans lesquels ils s'exercent.

L'idéologie juridique n'est pas le droit lui-même; elle dépasse sa seule formulation normative dans les codes et les textes légaux⁶⁷. Le droit engendre un discours sur lui-même. Ce discours, qui puise dans les formes juridiques, porte sur le droit, il l'interprète, le justifie et l'accompagne dans sa réalisation; mais aussi, il se projette comme lecture, comme grille de décodage de la configuration des relations sociales. L'idéologie juridique c'est, à la source, le droit, mais, tout autant sinon davantage, le discours qui est entretenu sur lui et à partir de lui.

L'idéologie juridique s'inscrit au sein de l'idéologie dominante en lui définissant ses axes de contenu et en lui imprimant sa cohérence. L'idéologie juridique a historiquement dominé l'idéologie véhiculée par la bourgeoisie dans sa lutte pour le renversement de l'ordre féodal. Pour cette classe le discours juridique, dont émanent un ensemble de principes politiques, structure sa compréhension de la réalité sociale; sa saisie du réel qui se veut traductrice fidèle de l'ordre naturel des choses, s'étaye sur les notions de « liberté, égalité, droits, devoirs, règne de la loi, État de droit, individus-personnes, volonté générale⁶⁸ », etc. L'idéologie juridique domine les autres régions idéologiques, car elle occupe une place prépondérante et organisatrice dans le discours

dominant et elle alimente de ses notions les catégories pensées des idéologies philosophiques, morales et même religieuses. Par ailleurs, l'idéologie juridique piège l'expression de la révolte des classes populaires : c'est par ce discours qu'elles la vivent spontanément. Que le discours revendicatif soit empreint de l'idéologie juridique revêt assurément une fonction intégratrice, mais aussi révèle en creux la duperie de slogans politiques dominants basés sur la liberté, l'égalité et la justice sociale⁶⁹ ; en ce sens, l'ascendant de l'idéologie nodale de la classe dominante n'exerce pas qu'une fonction univoque sur les classes populaires.

L'idéologie juridique, dans sa domination, repose sur un double moulinet imbriqué. Cette domination exprime et traduit les rapports sociaux de production capitaliste et leur mode de reproduction. Les rapports capitalistes de production produisent les « individus-nus » liés dans la production par la nécessité économique et rejetés dans la circulation comme propriétaire de marchandises ou acheteurs ; ainsi, dans la sphère de la circulation qui joue le rôle central pour la reproduction capitaliste, nous retrouvons les individus-nus qui se confrontent sur la base du support matériel de la marchandise. Le capitalisme, contrairement aux modes de production antérieurs, engendre des individus-nus, atomisés et isolés qui ne sont pas fixés et retenus au sol ou au propriétaire par des « liens naturels ». Alors que le sacré reliait, agrégeait et fixait, l'idéologie juridique bourgeoise — et c'est là le premier moulinet de cette idéologie — sépare et libère les agents de « liens naturels » pour constituer des « individus-personnes » politiques, des « sujets de droit » « libres » et « égaux » entre eux, etc... qui rendent possibles le contrat de travail..., la propriété privée capitaliste..., la généralisation des échanges, la concurrence, etc.⁷⁰ ». Mais ce n'est là qu'un aspect, car si l'idéologie juridique sépare, isole, atomise elle accomplit, comme toute idéologie dominante, un rôle de cohésion et de liaison. L'idéologie juridique procède à la recomposition de la « figure de la totalité sociale », à partir des individus-atomisés, par l'unification interne et la dialectisation⁷¹ de la distinction du droit privé et du droit public. Comme le note Pasukanis « ... la limite entre l'intérêt égoïste de l'homme en tant que membre de la société civile et l'intérêt général de la totalité politique ne peut-être tracée que

dans l'abstraction. En réalité ces moments s'interpénètrent réciproquement⁷² ». Cependant cette abstraction préside à la construction d'« intérêts publics généraux » qui s'exercent et s'imposent face aux intérêts privés par l'organisation d'une puissance publique dans l'État. Face aux « individus-privés » s'érige l'État réputé gardien de l'« intérêt général » de la société et porteur de l'universel ; l'unification des « individus-privés » s'opère sous l'image du pacte politique qui scelle une libre et égale participation à la communauté vécue sous la figure de l'État-nation⁷³. L'idéologie juridique restitue le social au sujet juridique atomisé en escamotant les rapports de domination par l'établissement d'une puissance publique qui, détachée des intérêts égoïstes du sujet, est investie d'une volonté générale par le recours formel aux citoyens dispensateurs de légitimité. Ce deuxième moulinet qui renvoie au premier permet à l'idéologie juridique de remplir efficacement son rôle de cohésion sociale. Il recompose la totalité sociale en évacuant les rapports de pouvoir entre les classes ; ces rapports ne sont pas « sacralisés » ou « naturalisés », ils sont plus simplement absents du discours lui-même.

L'idéologie juridique, région dominante de l'idéologie bourgeoise, ne fait pas qu'appuyer et conforter la réalisation des intérêts économiques directs de la classe dominante ; elle construit une représentation du réel dans laquelle les individus-atomisés jouissant, chacun de qualités identiques, renvoient à leur unification sous l'égide de l'État personnifiant l'universalité de l'intérêt général.

DROIT : « DISCOURS CUIRASSÉ DE COERCITION »

La discussion sociologique du droit capitaliste nous conduit à dire qu'il s'agit d'un discours normatif inscrit dans l'organisation de l'État qui participe à la reproduction des rapports d'exploitation classistes, des rapports de pouvoir politique et d'oppression spécifique (tels qu'à l'égard des femmes). Semblablement, à l'État dans son ensemble, le droit s'avère un mode d'existence de ces rapports, mais un mode qui ne se présente jamais comme tel ; ainsi, le droit est une forme d'exercice d'une lutte, mais, en même temps, il nie cette lutte en escamotant dans son propre discours ; par ses formes, la réalité et l'objet de cette lutte. Ce discours

normatif est abstrait, formel, général et strictement réglementarisé; la spécificité et la rigidité du discours ainsi que les rapports particularisés dans un appareil qu'il implique, confèrent au droit une autonomie relative au sein de l'État. Les formes et l'articulation des formes du discours du droit sont déterminées, fondamentalement, par la structure des rapports de classes dans les procès de production et de circulation, et par la matérialisation des luttes politiques, compte tenu du type, de l'organisation et du champ de l'État. Le droit et l'idéologie spécifiques qu'il produit entretiennent des rapports étroits avec les luttes idéologiques, notamment en investissant ce domaine; en ce sens, l'idéologie juridique organise l'idéologie bourgeoise dominante et en trace les axes.

Considérant le droit sous l'angle d'un discours idéologique très formalisé, traduisant/occultant l'ordre des rapports sociaux, on pourrait, abstraitement et du seul point de vue heuristique, l'assimiler à un autre discours doté des mêmes caractéristiques, tel que la « théorie économique ». Or, ce rapprochement choquant fait ressortir la différence de statut de ces discours; en effet, le droit est d'abord un discours normatif nécessairement inséré dans un cadre matériel d'actualisation. En ce sens, le droit existe en tant que tel seulement s'il s'incorpore dans un appareil répressif qui assure son respect : le droit n'est droit qu'accompagné de contrainte⁷⁴.

Le droit ne présuppose pas, comme préalable à son élaboration, l'« état de paix »; il est plutôt produit de la « guerre », des luttes et contradictions antagoniques et non-antagoniques qui animent les pratiques classistes. Expression de l'« état de guerre », le droit ne prend forme qu'en systématisant la contrainte (régulatrice et punitive) avec l'appui de la force. « L'idée de contrainte extérieure, écrit Pasukanis, et non seulement cette idée, mais aussi l'organisation de la contrainte extérieure, sont des aspects essentiels de la forme juridique⁷⁵ ». L'exercice de la contrainte et la teneur coercitive du droit ne sont pas le fait que du droit pénal ou que du droit public (dans son acception traditionnelle); ils sont inhérents à la notion de droit et se manifestent dans toutes les « pores » du système juridique, car le droit renvoie, en dernière instance, à l'emploi plus ou moins direct de la force monopolisée par l'État⁷⁶. Le droit n'est pas qu'un discours; il n'est discours que dans la perspective de la contrainte. C'est le « code

de la violence publique organisée » concentrée dans l'État⁷⁷. À ce titre, le droit sous-tend, pour une large part, les techniques du pouvoir et les mécanismes du consentement mis en œuvre par les pratiques au sein de l'État ; le droit s'inscrit dans la trame des dispositifs disciplinaires et idéologiques qui composent l'État et qui, dans leurs effets façonnent la matérialité de l'organisation des rapports de classes. De la sorte, une étude du droit limitée à l'écriture du discours reste relative,⁷⁸ car elle ne pourra toucher sa réalité pratique que dans la mesure où la relation du droit à son application est partie de l'investigation. Ici l'application du droit est comprise dans les termes d'un large processus social et politique fait de pratiques de classes diversifiées au sein des appareils d'État qui s'insèrent globalement dans l'organisation des rapports de pouvoir et qui apparaissent comme autant de prolongements spécifiques du maintien de l'ordre des rapports de classes (comme rapports d'exploitation, de domination et d'oppression).

LE MODÈLE CLASSIQUE DU JURIDIQUE, AUJOURD'HUI

L'ensemble des propositions a pour base de référence le modèle traditionnel du droit sous le capitalisme. Au passage, lors de la discussion des déterminations de l'État sur le système juridique, certains stades scandant le développement du mode de production capitaliste ont été évoqués ; il y a là une question d'importance, car tout se passe comme si le modèle du droit subissait à travers ces stades des transformations substantielles et décisives. On ne peut ici qu'en apercevoir certains effets.

Dépérissement du modèle classique du droit

Un réseau complexe de liens et de rapports aux divers appareils définit le rôle et la place du droit et de l'appareil juridique dans le champ étatique. Au stade du régime d'accumulation intensive et de la régulation monopoliste qu'il implique, l'État recompose son aire de pratique par l'extension, l'intensification et la massification de son intervention ; la systématisation du quadrillage étatique des pratiques dans toutes les sphères d'activité modèle le réseau complexe qui supporte le système juridique en acte. Ceci touche particulièrement la structure discursive du droit et

compromet certaines de ses caractéristiques jugées essentielles. On assiste, en effet, au dépérissement du droit capitaliste dans sa facture classique.

Tout en étant produit et supporté par des rapports éminemment contradictoires, le droit se présente comme un discours rationnel et cohérent. Cela est possible grâce au jeu d'abstraction qui consiste à « construire un certain nombre de concepts qui éliminent le contenu concret, réel » des objets qu'ils désignent et qu'ils prétendent révéler⁷⁹. Cette construction du réel opère une transposition du fait (objet-rapports sociaux) dans des formes abstraites ; de là, s'impose une logique qui propose la « manière d'assembler ces (formes), de les classer, donc de les utiliser au sein d'un système cohérent de sorte qu'aucune de ces (formes) ne vienne troubler l'accord du système lui-même, c'est-à-dire ne vienne constituer un objet de contradiction⁸⁰ ». Ainsi le droit, sur la base de la logique qui préside à sa construction, tend — souvent au prix de la création de formes particulières qui contredisent dans un cas donné, mais sans invalider, les formes fondamentales et générales — à effacer dans la texture du discours les contradictions sociales sans les dépasser dans la réalité. Discours prétendant à la cohérence (toute relative), le droit recèle des oppositions qui doivent trouver en lui-même leur solution, quitte à mettre en œuvre des procédés tels que l'exclusion d'une norme au profit d'une autre ou l'interprétation qui aboutit à modifier le contenu d'une norme⁸¹. Ceci dit, la prétention à la cohérence est toujours — déjà compromise par l'exacerbation des luttes sociales et des oppositions internes au sein des classes (dont la bourgeoisie) selon les stades de développement du capitalisme.

À travers le processus de réaménagement de la régulation sociale et de redéfinition du champ de l'État apparaît dans l'élaboration du droit, concernant surtout le « travail », le « social » et des dimensions de l'« économique », la catégorie sujet collectif qui va à l'encontre du « droit des codes » fondé sur le sujet juridique individuel. L'introduction du sujet collectif s'est juxtaposée aux principes de base du sujet individuel⁸² ; l'opposition entre ces principes se règle souvent, dans des cas concrets, par la neutralisation et le « court-circuitage » des uns au profit des autres. Ainsi, le sujet individuel, privé, etc., qui sert de criterium d'interprétation et qui est à la source de la cohérence de l'édifice juridique classique, viendra régulièrement invalider, dans

les faits, l'application et le respect de droits collectifs, généralement gagnés de hautes luttes⁸³. D'autre part, d'une façon globale, l'interventionnisme étatique au stade de la régulation monopoliste implique, avec le quadrillage des pratiques sociales, une gestion spécifique de clientèles cibles et, donc, l'élaboration d'un droit spécialisé qui fonctionne sur la base de la reconnaissance de sujets collectifs. Cette tendance accentue les tensions au sein du droit alors que, concurremment, elles sont refoulées par la décomposition du droit en multiples branches spécialisées. Chacune des branches désigne une facette de la réalité et propose une logique et une cohérence dans son traitement qui ne sont pas nécessairement en conformité avec la cohérence et l'interprétation qui ont cours dans une autre branche tournée vers une autre dimension et juxtaposée à la première. Comme effet de la spécialisation du droit, davantage approfondie avec la gestion étatique de clientèles morcelées, chacune des branches a tendance à fonctionner, à se développer, à s'interpréter à son propre niveau. Cette division du travail juridique qui traduit, d'une certaine façon, la division du travail, conditionne en retour l'intelligence des rapports sociaux mis en cause, en ce sens qu'elle est soumise au prisme du découpage social en « espaces » idéologiques autosuffisants⁸⁴.

L'amplification des tensions au sein du discours juridique qui ébranle la systématicité et la cohérence d'ensemble du droit, se double d'une remise en cause de certaines de ses caractéristiques fondamentales. Le recours massif au juridique comme expression de l'action du politique se traduit par la multiplicité de textes juridiques à portée ou à objet (voire clientèle) limité(e) pour lesquels la généralité du libellé n'a d'égale que la systématicité de la délégation d'un pouvoir réglementaire au gouvernement et à l'administration⁸⁵. La jurisprudence et la doctrine se signalent aussi par leur abondance. L'inflation, la variabilité et même la confusion de textes juridiques font perdre au droit « beaucoup de son aptitude à se présenter comme le produit de la Raison pure et l'incarnation d'un idéal abstrait de justice⁸⁶ ». Le droit subit une profonde mutation. À côté de l'univers de normes abstraites, générales, formelles et strictement réglementarisées caractéristique du droit bourgeois classique s'amorce une multitude de dispositions législatives et réglementaires qui se succèdent à un

rythme continu. Ainsi, une partie de plus en plus importante du droit, surtout avec la délégation systématique du pouvoir réglementaire, est « périssable » et dépourvue du « caractère de prévisibilité⁸⁷ ». Cela fait dire à Charvet qu'« à courir derrière les réalités économiques et sociales, le droit perd son universalité et sa permanence qui faisaient sa légitimité dans l'esprit public, tandis qu'il singe, sans parvenir à le restituer, ces mêmes « réalités⁸⁸ ». De la sorte, la tendance dans le développement du droit le dépouille des attributs d'universalité, de permanence et de prévisibilité.

Inscrit directement dans une politique économique et sociale extensive et variable selon la conjoncture, le droit s'écarte du modèle classique en revêtant un « caractère fondamentalement instrumental ». Alors que le « droit des codes » possédait un caractère axiomatique et systématique qui lui conférant autonomie et distance à l'égard du « contexte politique de sa fondation⁸⁹ », aujourd'hui le droit est présenté davantage comme un instrument d'intervention du politique sur le social, l'économique, etc. qui, ne faisant plus illusion, obéit directement à ses intérêts particuliers et conjoncturels. Cette instrumentalisation du droit et cette politisation appuient le déclin de la fonction idéologique du droit. Autre dimension de son dépérissement : le droit apparaît vulnérable et il est contesté d'une part, par des agents ayant leur pratique au sein même des institutions juridiques qui remettent en cause, selon des conceptions de droite ou de gauche, l'orientation actuelle du droit⁹⁰, et, d'autre part, par les masses populaires qui multiplient les luttes illégales et qui désignent le caractère biaisé ou de classe de la légalité⁹¹.

Ce qu'il faut maintenant voir, c'est que le dépérissement du modèle classique du droit va de pair avec la restructuration de la place du tribunal de droit commun dans le champ de l'application du droit, avec la transformation du fonctionnement interne du tribunal de droit commun et avec la crise de l'idéologie juridique.

« Contournement » et « modernisation » du tribunal de droit commun

Dans le sillage de sa direction imprimée aux autres appareils, l'appareil gouvernemental tend à se subordonner plus nettement le tribunal et la magistrature par l'encadrement resserré de leurs activités et par une association plus étroite aux impératifs de l'exécutif⁹². Léon Dion, notamment, remarque que l'équilibre entre les pouvoirs « s'est rompu en faveur de l'écrasante suprématie dans les faits de l'exécutif sur le législatif et par là sur le judiciaire⁹³ ». On peut parler de subordination des tribunaux ou de suprématie de l'exécutif sans pour autant conclure à une inféodation des tribunaux ou à une tutelle de l'exécutif, car la restructuration des rapports assure néanmoins au tribunal et à la magistrature une autonomie toujours renouvelée bien que virtuellement compromise. D'autre part, le tribunal de droit commun apparaît insatisfaisant pour la direction politique au sein de l'État; rigide, doté d'une lenteur certaine⁹⁴, hyperprocédurier, cet appareil est techniquement inefficace. Incarnation de la justice en acte, le tribunal est saisi, en cette période de luttes illégales, de déclin de la fonction idéologique du droit et de vétusté des rites judiciaires, par l'évanescence de son aura idéologique. En bref, le tribunal de droit commun n'est pas un appareil facilement manipulable et efficace selon les critères politiques et économiques d'ajustement de la gestion étatique des rapports sociaux.

Reconnaissant la place, les mérites, l'autonomie et, en même temps, les caractères du tribunal de droit commun, la pratique gouvernementale, avec la multitude législative et le pouvoir réglementaire, tend à l'évincer d'une partie significative du champ de l'application du droit au profit du réseau administratif. Le « contournement » du tribunal de droit commun est le fruit de ses contradictions internes tout autant que du réagencement des couloirs efficaces, sûrs et mobiles pour l'actualisation d'une justice fondée sur un droit administratif répondant davantage à des critères administratifs à base de rationalité économique qu'à des critères typiquement juridiques.

Il faut ajouter que les contradictions internes au tribunal ont amené une intervention gouvernementale de dépoussiérage de l'institution et de rénovation de ses rapports avec l'extérieur : réforme de procédures

(dont chez nous, le recours collectif), tribunal des petites créances, aide juridique, etc. L'enjeu consiste, ici comme ailleurs⁹⁵, à faire du tribunal un lien attractif. Lorsque cela s'imposait pour le maintien de l'ordre des rapports de pouvoir, la répression s'est exercée à l'égard des agents du tribunal ; au Québec, elle s'est exprimée principalement par l'outrage au tribunal décrété par le juge et par le pouvoir de sanction dévolu au Barreau⁹⁶, et a été à la mesure de l'engagement et de la pratique d'avocats progressistes. Mais généralement les initiatives se sont principalement tournées vers le rétablissement de l'efficacité technique et idéologique de l'institution. Ainsi, il s'avère que la modernisation du tribunal passe par l'introduction en son sein de critères administratifs de gestion de clientèles ; cette gestion est basée moins sur les règles du droit que sur le fait qu'un problème donné doit être pris en charge sur le plan étatique. Faisant figure de moyen de modernisation et d'adaptation, diverses disciplines des sciences humaines et leurs spécialistes (travailleurs sociaux, criminologues, psychologues, etc.) s'« insinuent » dans le fonctionnement normal du tribunal. Là-dessus, il est tout à fait pertinent de rappeler la thèse de Lafont et Meyer sur le développement d'une justice sanitaire qui a pour opposé la justice exemplaire⁹⁷. Dans la justice sanitaire et sociale « ... le concept d'infraction s'efface jusqu'à n'être plus ni la cause ni l'objet de l'intervention judiciaire, mais un simple incident, une manifestation, une occasion à exploiter⁹⁸ ». La façon de saisir le délit ou le conflit civil tient moins du juridique que de la thérapie sociale. On entre dans une logique technicienne de gestion de clientèles témoignant de problèmes relevant de l'hygiène sociale ; « c'est la logique du rapport, du test, de la mesure-mesurante qui réduit le justiciable à une série de symptômes exprimant sa maladie⁹⁹ ». Cette tendance implique une conservation, une redéfinition et une « modernisation » des organismes et des auxiliaires du tribunal et, ainsi, une augmentation des moyens matériels mis à la disposition du tribunal de droit commun. De la sorte, la modernisation du tribunal de droit commun passe par une intériorisation de procédures étatiques de contrôle social inspirées par la rationalité économique.

Crise de l'idéologie juridique

L'ensemble de ces transformations qui participent à la resituation du modèle classique du droit et du tribunal dans l'organisation des rapports de pouvoir et dans la configuration de l'État, touche directement le statut de l'idéologie juridique au sein de l'idéologie dominante. Pierre angulaire de l'idéologie bourgeoise, cette région idéologique subit un déplacement significatif : de base de la conception de l'« ordre social », elle est supplantée par une idéologie hybride, qui n'en est pas moins efficace. Si ses deux dimensions possèdent chacune une chronologie particulière, elles constituent à ce jour un ensemble idéologique symbiotique distillé avec des accents et des modulations différenciés selon les champs de pratiques. Cette nouvelle région idéologique qui accompagne le développement de ce qu'on serait tenté de nommer l'« étatisme autoritaire¹⁰⁰ » est investie, d'une part, d'un discours relevant de l'idéologie technocratique à base de rationalité économique et, d'autre part, du discours de la sécurité dont l'inspiration politico-répressive exprime le fondement du pouvoir d'État et sa charge répressive.

L'intensification de l'intervention de l'État et la redéfinition de son champ, généralement depuis l'après-guerre, se sont traduites par le déploiement complexe d'un appareil d'État fonctionnant sous l'impératif non de l'ordre juridique, mais davantage de l'efficacité de l'action régulatrice sur une réalité diversifiée et multiforme¹⁰¹. Ici, la rationalité juridique cède le pas à la rationalité économique ; cela, même dans des matières attribuées traditionnellement à la pratique juridique. À l'enserrement se joint l'infiltration. Des domaines de la compétence du droit et du tribunal sont happés par l'administration et livrés à une « gestion » politique de plus en plus tentaculaire. L'idéologie juridique, dont les catégories et la cohérence sont compatibles avec l'état libéral, apparaît désuète. Qui plus est, son adaptation semble devoir passer par l'intériorisation de critères et de notions propres à l'idéologie technocratique. Croissance, efficacité, gestion optimale, progrès social, participation, concertation, etc. sont autant de mots clés qui tissent la trame d'une idéologie participant intimement à la nouvelle légitimation du pouvoir d'État et organisant la grille de

compréhension de la « vie sociale ». À ce point, loin de s'interrompre, le processus de constitution de cette idéologie s'est approfondi.

La forme de représentation et le mode d'organisation qui dominent l'État changent. L'« État de la rentabilité » se substitue à l'« État de droit¹⁰² » pour préparer le terrain à l'« État de la sécurité ». Dans le creuset du dépérissement du droit et à la faveur de l'accroissement et de l'insécurité de la population en temps de crise, s'élabore, par le discours sur la sécurité, une conception de l'État et de son rapport au « champ social¹⁰³ ». Symptôme parmi tant de la crise de l'idéologie juridique, la problématique de l'« ordre public » cède la place à celle de la « sécurité »; ainsi passe-t-on d'une « terminologie juridique à une autre à caractère politique¹⁰⁴ ». Au nom de la sécurité — qui par glissement se confond à la sécurité du pouvoir — tous les moyens sont utilisés pour sauvegarder l'ordre social existant. L'idéologie de la sécurité se concrétise dans une politique, qui, faisant l'économie de la rigidité formelle du « droit des codes », déploie des dispositifs disciplinaires et idéologiques. L'État fort semble devoir passer par l'augmentation de mesures législatives renforçant les pratiques de contrôle policier et administratif et la suspicion exacerbée à l'égard de forces d'opposition appréhendées (ennemi intérieur, immigration, etc.). Habités par le souci de la sécurité les appareils d'État se réorganisent, notamment par la « technicisation », la militarisation et la spécialisation des forces policières; mais bien au-delà de ce seul domaine, la politique de sécurité implique l'engagement résolu d'organismes publics, para-publics, voire privés dans des tâches de contrôle social technocratique diffus et multiple. Ne fonctionnant pas que par pure négativité, l'idéologie de la sécurité consiste, en même temps, à convaincre la population que la sécurité est le pré-requis de la liberté; cette idéologie se veut persuasive, attractive, consensuelle. « La prévention, l'information de la population conduisent les responsables à demander à celle-ci une participation aux activités de sécurité¹⁰⁵ ». Instituer une société de délation, inciter tout un chacun à faire office de flic, alors que concurremment rejaillit dans toute sa superbe la raison d'État, constituent des éléments forts de la sécurité en tant qu'idéologie politique.

La sécurité se développe à même l'idéologie technocratique; cette dernière fournit l'armature de la mise en œuvre des dispositifs

de la politique de sécurité, car, loin d'être la manifestation brutale de la violence publique, elle procède surtout par le raffinement des procédures d'implantation et d'action de ses organismes de contrôle et par le quadrillage serré des pratiques sociales des classes. L'idéologie technocratique parcourt les modalités d'application de la politique de sécurité en assurant à la fois sa légitimité et sa rationalité pratique. Combinées, ces deux dimensions façonnent un discours dominant et une pratique de pouvoir qui se modulent, dans l'étalement des appareils, en puisant avec plus ou moins d'insistance dans l'une des ses sources. Les principes de la sécurité ne fournissent pas moins à ce discours et à cette pratique des éléments les plus englobants et, en dernière instance, les plus déterminants. Ainsi l'idéologie dominante se formule sous l'égide de l'idéologie de la sécurité qui témoigne de la domination de la région politique de l'idéologie à l'heure de la régulation monopoliste.

- 1 Cette recherche a bénéficié de l'appui financier du fonds CAFIR de l'Université de Montréal. Je désire remercier François Rocher qui a agi comme assistant au cours de la période compilation des sources.
- 2 Soulignons toutefois l'apport stimulant des auteurs qui participent au courant Critique du droit en France.
- 3 Dorval Brunelle, *Le Code civil et les rapports de classes*, PUQ, 1975, p. 94-95.
- 4 Friedrich Engels, « Lettre à Joseph Bloch » et « Lettre à Conrad Schmidt » (1890), dans Karl Marx et Friedrich Engels, *Sur la religion*, éditions sociales, 1972, p. 267-279 ; « Engels à Franz Mehring » et « Engels à B. Borgius », dans Karl Marx et Friedrich Engels, *Oeuvres choisies*, Tome III, éditions du Progrès, 1970, p. 527-531 et 534-536.
- 5 Georg Lukacs écrira : « La rationalisation formelle du Droit, de l'État, de l'Administration, etc., implique, objectivement et réellement, une semblable décomposition de toutes les fonctions sociales en leurs éléments, une semblable recherche des lois rationnelles et formelles régissant ces systèmes partiels séparés avec exactitude les uns des autres, et implique, par suite, subjectivement, dans la conscience, des répercussions semblables dues à la séparation du travail et des capacités et besoins individuels de celui qui l'accomplit, implique donc une semblable division du travail, rationnelle et inhumaine... », *Histoire et conscience de classe*, Éditions de Minuit, 1960, p. 127.
- 6 Friedrich Engels, « Lettre à Conrad Schmidt », *op. cit.*, p. 276.

- 7 Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, François Maspero « textes à l'appui », 1976, p. 94; Gérard de la Pradelle va dans le même sens : *L'Homme juridique*, PUG/François Maspero, « critique du droit », 1979, p. 14-73.
- 8 Michel Miaille, *op. cit.*, p.109; aussi Michel Miaille, « Fétichisme du droit et mode de production », *Le monde diplomatique*, janvier 1978, p.18.
- 9 Jean-Jacques Gleizal, *Le droit politique de l'État*, PUF, 1980, p.15.
- 10 E.B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, 1924, EDI, Paris, 1974, p. 80.
- 11 Georges Sarote, *Le matérialisme historique dans l'étude du droit*, Éditions du Pavillon, 1969, p. 20; Jean-Jacques Gleizal, *op. cit.*, p. 124-133.
- 12 Friedrich Engels, *Anti-Dühring*, 1878, Éditions sociales, 1971, p. 119-120.
- 13 Cerroni Umberto, « Marxisme et droit. Considérations historico-critiques », *Archives de philosophie du droit*, vol. XII, 1967, p. 142.
- 14 Nicos Poulantzas, « Les transformations actuelles de l'État, la crise politique et la crise de l'État », dans *La crise de l'État* (sous la direction N. Poulantzas), PUF, « politiques », 1976, p. 30.36; Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, PUF, « politiques », 1978, p. 18-28.
- 15 Comme le souligne Poulantzas, ce détachement de l'État et de l'espace de reproduction du capital « n'est que la forme précise que revêt, sous le capitalisme, la présence constitutive du politique dans les rapports de production et, ainsi, dans leur reproduction », *Ibid.*, p. 20.
- 16 Nicos Poulantzas, « À propos de la théorie marxiste du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. XII, 1967, p. 161.
- 17 *Ibid.*, Nicos Poulantzas, « L'examen marxiste de l'État et du droit actuel et la question de l'« alternative », *Les Temps modernes*, vol. XX, n°219-220, 1964, p. 283-290. Contrairement à une impression première, ces caractéristiques ne sont pas présentes dans le droit de toute époque. Prenons à témoin, la société féodale où le droit souvent oral et coutumier est fragmenté, aléatoire et prescrit par la multitude de liens de dépendance; de plus, la procédure est rudimentaire et l'appareil juridique, morcelé, enchevêtré et d'efficacité médiocre, laisse place à de constantes incertitudes. Marc Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, 1968, p. 165-179; 495-516; Pierre Tisset et Paul Ourliac, *Manuel d'histoire du droit français*, L.G.D.J., 1949, p. 115-297; Jean Imbert, *Histoire du droit privé*, PUF, 1972, p. 17-96.
- 18 Georg Lukacs, *op. cit.*, p. 120-133.
- 19 E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 37-54.

- 20 Dorval Brunelle, *Rapports de propriété et contrat de travail en droit civil québécois. Essai de sociologie juridique*. Thèse de doctorat, École pratique des hautes études, Paris, 1973, p. 42.
- 21 E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 99 et sq. Géraud de la Pradelle, *op. cit.*, p. 74-80.
- 22 Nicos Poulantzas, « L'Élément marxiste de l'État et du droit actuels et la question de l'alternative », *op. cit.*, p. 284-287.
- 23 Pasukanis écrit : « ... le contrat est un concept central dans le droit... Historiquement et réellement le concept d'acte juridique est issu du contrat. En dehors du contrat les concepts de sujet et de volonté au sens juridique n'existe qu'en tant qu'abstractions mortes », *op. cit.*, p. 110.
- 24 Charles Bettelheim, *Calcul économique et formes de propriété*, François Maspero, « économie et socialisme », 1971, p. 51-58, 122; Karl Marx, *Le Capital*, Livre 1, tome 1, Éditions sociales, 1971, p. 170-187; Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, François Maspero, « textes à l'appui », 1968, p. 134-138.
- 25 Pierre-Philippe Rey, *Les alliances de classes*, François Maspero, « textes à l'appui », 1973, p. 111-118.
- 26 E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 116.
- 27 Bernard Edelman, *Le droit par la photographie*, François Maspero, « théorie », 1973, p. 87.
- 28 Dorval Brunelle, *Le code civil et les rapports de classes*, *op. cit.*, p. 13-23.
- 29 Cité par Dominique Charvet, « Crise de la Justice, crise de la Loi, crise de l'État », dans *La crise de l'État*, *op. cit.*, p. 276. La propriété habite tout autant le « livre » du code concernant la famille et le mariage. Malgré que les dernières réformes rendent la chose plus subtile dans ses modalités d'expression, l'oppression spécifique aux femmes passe par la forme de la propriété établie entre les époux, consacrant l'autorité mâle. Odile Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoir des hommes*, Seuil, 1978, 381 p.
- 30 Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec*, Wilson et Lafleur, 1953, p. 369. Les auteurs (A. Montpetit et G. Taillefer) du *Traité du droit civil du Québec* écrivent à ce sujet que « Le droit de propriété constitue le droit le plus absolu qu'une personne puisse exercer sur une chose. Il est exclusif et perpétuel ». Parce que l'article (406) du Code civil n'insiste pas assez sur tous ces attributs, ils retiennent la proposition de définir la propriété de la façon suivante : « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive à la volonté et à l'action d'une personne », Tome 3, Wilson et Lafleur, 1945, p. 103.
- 31 Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, 1917, vol. I et II, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 209 et 395.
- 32 Karl Marx, *op. cit.*, p.178-179.

- 33 Bernard Edelman, *op. cit.*, p. 86-98.
- 34 Pierre-Philippe Rey, *op. cit.*, p. 110.
- 35 Même si la chose ne peut être développée ici, il faut insister sur le fait que le droit reproduit et escamote tout autant les rapports d'oppression spécifique tels qu'à l'égard des femmes, de communautés nationales, raciales ou autres. Les lois fédérales sur les Indiens en témoignent. De même, une analyse du droit constitutionnel fait ressortir les traces de l'oppression nationale des Québécois (voir notamment mon article : « Vers une redéfinition des lieux d'exercice du pouvoir d'État au Canada », Cahiers d'histoire, vol. II, n°1, 1981, p.16-26). Par ailleurs, le système du droit est traversé de part en part par la subordination et la minorisation (voire même l'infantilisation) de la femme, confirmant par là le pouvoir mâle (cf. Odile Dhavernas, *op. cit.*; de la même auteure, « Féminisme et institutions : une enquête au Québec, *Les Temps modernes*, vol. XXXVII, n°418, 1981, p. 1902-1932.
- 36 E.B. Pasukanis, *op.cit.*, p. 154.
- 37 Friedrich Engels, *Anti-Dühring*, *op. cit.*, p. 208.
- 38 Pierre Lascoumes, « La délinquance, un désordre nécessaire et bien utilisé », *Le Monde diplomatique*, janvier 1978, p. 16; Philippe Robert et Claude Faugeron, *Les forces cachées de la justice*, Le Centurion, 1980, p. 29-103; Pierre Landreville, « Finalités et fonctions du système de justice pénale : quelques réflexions », dans *Philosophie et droit*, Bellarmin/Desclée, 1979, p. 191-208; Commission d'enquête sur l'administration de la justice en matière criminelle et pénale au Québec, *La société face au crime*, Édition officiel du Québec, vol. I, 1968, 99 p.; José Rico, « Notes introductives à l'étude de la criminalité d'affaires », *Criminologie*, vol. X, n°1, 1977, p. 8-28; Nicolas Herpin, *L'application de la loi*, Seuil, 1977, p. 40-54, 89-107.
- 39 Michel Foucault, « La naissance des prisons », *Le nouvel observateur*, n°536, 17-23 février 1975, p. 80.
- 40 Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 92.
- 41 E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 155. « Le procureur public réclame, comme il convient à une « partie », un prix « élevé », c'est-à-dire une peine sévère. L'inculpé sollicite l'indulgence, « une réduction », et le tribunal se prononce, « en toute équité ». Si l'on rejette totalement cette forme de contrat, on enlève au procès pénal toute son « âme juridique » (p. 163).
- 42 *Ibid.*, p. 164-167.
- 43 Georg Lukas, *op. cit.*, p. 119.
- 44 E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 167 : « Pour que l'idée de la possibilité de réparer le délit par un quantum de liberté ait pu naître, il a fallu que toutes les formes concrètes de la richesse sociale aient été réduites à la forme la plus abstraite et

- la plus simple, au travail humain mesuré par le temps. Nous avons ici encore indubitablement un exemple d'interaction entre les différents aspects de la culture. Le capitalisme industriel, la Déclaration des Droits de l'Homme, l'économie politique de Ricardo et le système de la détention temporaire sont des phénomènes qui appartiennent à une seule et même époque historique ».
- 45 Michel Foucault, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 94 et sq.
- 46 *Ibid.*, p. 95-96.
- 47 *Ibid.*, p. 96-103.
- 48 Chacune de ces formes mérite une analyse en profondeur; voir, par exemple pour le sujet juridique, Géraud de la Pradelle, *op. cit.*, et pour le contrat de travail, Dorval Brunelle, *op. cit.*
- 49 Jacques Rancière, *La leçon d'Althusser*, Idées/Gallimard, 1974, p. 270.
- 50 Nicos Poulantzas, « À propos de la théorie marxiste du droit », *op.cit.*, p. 145-146.
- 51 Umberto Cerroni, *op. cit.*, p. 138.
- 52 Friedrich Engels, « Socialisme de juristes », dans *Sur la religion*, *op. cit.*, p. 264-266.
- 53 Georges Sarotte, *op. cit.*, p.101.
- 54 Nicos Poulantzas, *La crise des dictatures*, François Maspero, « Cahiers libres », 1975, p. 96.
- 55 Étienne Balibar, *Cinq études du matérialisme historique*, François Maspero, « théorie », 1974, p. 91-93.
- 56 Karl Marx et Friedrich Engels, *L'idéologie allemande*, 1846, Éditions Sociales, 1968, p. 106.
- 57 Philippe Dujardin et Jacques Michel, « Marx et la question du droit. Raisons d'une approche et d'un détour », dans *Pour une critique du droit*, PUG/François Maspero, 1978, p.18.
- 58 *Ibid.*, p.17.
- 59 Michel Aglietta, *Régulation et crises du capitalisme*. Calmann-Lévy, 1976; Ch. André et R. Delorme, *L'État et l'économie*, Seuil, 1982; Robert Boyer et Jacques Mistral, *Accumulation, inflation, crises*, PUF, 1978; Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, *op. cit.*, p. 179-222; Collaboration, *État et régulations*, Presses universitaires de Lyon, 1980, 324 p.
- 60 De là, on assiste à une disparition tendancielle de la justice privée : progressivement les affaires civiles deviennent affaires publiques. On connaît aussi une « pénalisation » accrue du litige civil. La dialectique du privé et du public recompose chacune de ses parties. Hubert Lafont et Philippe Meyer, *Justice*

en miettes, PUF, 1979, p. 179-188; Jean-Jacques Gleizal, *op. cit.*, p. 116-124. D'ailleurs la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, montre nettement la pénétration accrue de l'État (notamment par le juge) dans la vie (les rapports) au sein de la famille (Loi sanctionnée le 19 décembre 1980).

- 61 Cette dimension a été régulièrement retenue par Marx et Lénine dans leurs analyses des lois touchant notamment le travail. Cf. *Le Capital*, *op. cit.*; V. Lénine, « Un projet de la nouvelle loi sur les grèves », « Explication de la loi sur les amendes infligées aux ouvriers de fabriques et d'usines », « La nouvelle loi ouvrière », dans *Oeuvres*, Éditions Sociales – Progrès-Moscou, Tomes VI, et II, 1966, p. 219-228, 269-320.
- 62 Bernard Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Christian Bourgois éditeur, 1978; F. Collin et al., *Le droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, p. 25-54, 151-254. Au Québec, les réponses politiques des régulations concurrentielle et monopoliste peuvent être « capsulées » par le contraste du Duplessisme et de la Révolution tranquille.
- 63 Encore faut-il préciser que ces règles et la logique juridique ne conduisent pas à l'administration d'un raisonnement implacable assimilable à la logique mathématique. Le résultat du processus d'intégration est déterminé largement par l'agent qui le conduit : Cf. Gérard de la Pradelle, *op. cit.*, p. 23-52; Chaïm Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 123-161.
- 64 Nicos Poulantzas, *Nature des choses et droit*, LGDJ, 1965, p. 256.
- 65 Jean-Pierre Godding, « L'idéologie juridique », *Contradictions*, n°11, 1977, p. 69.
- 66 Dans leur étude (*Les politiques sociales et les travailleurs; cahier IV: Les années 60*, Polycopié, 1974, p. 1), Michel Pelletier et Yves Vaillancourt écrivent : « Si les considérations "humanitaires", et plus généralement toutes les considérations résultant de l'idéologie de notre société à un moment donné, nous sont apparues accessoires et secondaires pour l'explication du développement progressif de notre système de sécurité sociale, nous n'en avons pas conclu pour autant qu'il fallait les ignorer totalement. Ainsi, pour comprendre pourquoi la loi d'assistance publique de 1921 ne prévoyait que la prise en charge en institutions des personnes pauvres, il faut savoir que selon l'idéologie du temps, l'État ne pouvait assumer qu'un rôle supplétif par rapport à la famille; c'est à celle-ci en premier lieu, aidée au besoin par la charité privée, qu'il appartenait de prendre en charge ceux qui ne pouvaient subvenir à leurs besoins ».
- 67 Étienne Balibar, *Sur la dictature du prolétariat*, François Maspero, « théorie », 1976, p. 54.
- 68 Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, *op. cit.*, p. 228-229.

- 69 Catherine Raguin, « Le droit naissant et les luttes de pouvoir », *Sociologie du travail*, vol. XII, n°1, 1970, p. 48-49.
- 70 Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, *op. cit.*, p. 231 ; Nicole Edith Thévenin, « Idéologie juridique et idéologie bourgeoise », *La Pensée*, n°173, 1974, p. 81 et sq.
- 71 Jean-Jacques Gleizal, *op. cit.*, p. 116-120.
- 72 E.B. Pasukanis, *op.cit.*, p. 91.
- 73 Nicos Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, *op. cit.*, p. 231 – 232 ; Étienne Balibar, *Sur la dictature du prolétariat*, *op. cit.*, p. 54.
- 74 Ce qui fera dire à Georges Sarotte que le droit naturel, le droit international public et le droit constitutionnel ne peuvent être associés que par analogie au droit positif, *op. cit.*, p. 70 et sq. Voir aussi E.B. Pasukanis, *op. cit.*, p. 149.
- 75 *Ibid.*
- 76 Georges Sarotte, *op. cit.*, p. 49 et sq.
- 77 Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, *op. cit.*, p. 84.
- 78 Georges Sarotte, *op. cit.*, p. 51.
- 79 Michel Miaille, *op.cit.*, p. 205.
- 80 *Ibid.*, Miaille utilise l'expression « termes » plutôt que « formes ».
- 81 *Ibid.*, p. 207.
- 82 Voir notamment les actes du congrès conjoint du Barreau du Québec et du Barreau canadien (Québec) sur les droits collectifs vs les droits individuels. *La revue du Barreau*, Tome XXXVIII, n°4, 1978.
- 83 De nombreux exemples nous sont donnés par la confrontation permanente du droit du travail et du Code civil. Rappelons notamment que 40 % des injonctions sont intentées lors de grève. On sait aussi que 95 % des injonctions liées aux conflits de travail sont intentées à l'initiative des patrons au nom de la menace à la propriété privée ; les décisions des juges sont en règle générale en conformité avec les prétentions du patronat. Gérard Bergeron, « L'appareil judiciaire », dans *L'État du Québec en devenir*, Boréal Express, 1980, p. 154-155 ; Georges Lebel, « La Commonwealth Plywood : le droit au service des patrons », *Les cahiers du socialisme*, n°2, 1978, p. 81. De même, l'interprétation judiciaire imprime souvent une force d'inertie à de nouvelles mesures législatives, telles que l'institution du recours collectif. Hubert Reid, « La loi sur le recours collectif : premières interprétations judiciaires », *La revue du Barreau*, Tome XXXIX, n°6, 1978, p. 1018-1029.
- 84 Bernard Edelman, *La législation de la classe ouvrière*, *op. cit.*, p. 13, 192-193.

- 85 Léon Dion, « Du social, du politique et du judiciaire. Pour l'autonomie du judiciaire », *La revue du Barreau*, Vol. XXXVIII, n°6, 1978, p. 781-782; Gilles Pépin, « Le pouvoir réglementaire et la charte de la langue française », *Revue juridique Thémis*, vol. XIII, n°1, 1978, p. 107-109; Henri Brun et Denis Lemieux, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu? », *Cahiers de droit*, vol. XVIII, n°2, p. 285-293; Monique et Roland Weyl, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Éditions Sociales, 1968, p.161-200; Georges Sarotte, *op. cit.*, p. 187-188.
- 86 Maurice Bourjol, Antoine Jeammaud et Michel Jeantin, « Le droit bourgeois en dépassement », dans *Pour une critique du droit*, *op. cit.*, p. 61. Robert Boure et Patrick Mignard, *La crise de l'institution judiciaire*, Christian Bourgeois éditeur, 1977, p. 101-108.
- 87 *Ibid.*; cette question a été développée avec perspicacité dès 1949 par Georges Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ; H. Batiffol, « Le déclin du droit » et Georges Burdeau, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 43-54 et 35-41.
- 88 Dominique Charvet, *op. cit.*, p. 262.
- 89 Maurice Bourjol, Antoine Jeammaud et Michel Jeantin, *op.cit.*, p. 63-65.
- 90 Robert Boure et Patrick Mignard, *op. cit.*, p. 162-235.
- 91 *Ibid.*, p. 101-124. Les nombreuses luttes des travailleurs au Québec, obligeant la promulgation de lois spéciales et plus récemment d'une loi-cadre permettant au gouvernement d'intervenir dans les cas d'une situation similaire, sont autant de démonstrations de la vulnérabilité et de la précarité du droit.
- 92 Cf. sur le sujet : Henri Brun et Denis Lemieux, *op. cit.*, p. 275-292.
- 93 Léon Dion, *op. cit.*, p. 772.
- 94 Le juge Jules-Deschênes rend compte à sa manière de cette réalité dans son article : « L'encombrement des tribunaux nationaux : un problème universel — Un point de vue canadien », dans *Les plateaux de la balance*, Leméac, 1979, p. 127-146.
- 95 Dominique Charvet, *op. cit.*, p. 272.
- 96 Juanité Westmoreland-Traoré, « Les avocats engagés et les tribunaux » dans *Le Barreau du Québec à 125 ans : son passé, son avenir*, Barreau du Québec/PUQ, 1974, p. 88-96.
- 97 Henri Nallet et Claude Servolin synthétisent les deux modèles opposés de justice qui se précisent, de la façon suivante : « Le fonctionnement de la justice civile et pénale est de plus en plus écartelé entre deux tendances apparemment contradictoires, mais qui toutes deux altèrent gravement sa nature. L'une, particulièrement nette dans les juridictions pénales, conduit à une fusion de fait

de la police, du ministère public et du tribunal, les transforme en tribunaux d'exception. L'autre tend à transformer les organes juridictionnels en organes de tutelle, tant en matière civile... qu'en matière pénale, chargés de suppléer à la dépersonnalisation, à l'irresponsabilité croissante des justiciables ». « Le développement de la société bourgeoise et le dépérissement du droit », *Le Monde diplomatique*, janvier 1978.

98 Hubert Lafont et Philippe Meyer, *op.cit.*, p. 167.

99 *Ibid.*, p. 170.

100 À la suite de Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, *op.cit.*, p. 223-295.

101 « Une idéologie en déclin : le droit », *Actes*, n° 4, 1974, p. 21-25; Jean-Pierre Goddingé, *op. cit.*, p. 73-74.

102 Jean-Jacques Gleizal, *op. cit.*, p. 122 et sq.

103 Jean-Jacques Gleizal, « Sécurité et police », *Procès*, n°5, 1980, p. 5-28; Robert Boure et Patrick Mignard, *op. cit.*, p. 125-140.

104 Jean-Jacques Gleizal, « Sécurité et police », *op. cit.*, p. 19.

105 *Ibid.*, p.15.