

Sujet de droit et sujets de droit: de la pratique juridique au pluriel

Daniel Sansfaçon

Cet article s'adresse au droit. Il y est question de discours juridique mais aussi de discours marxiste sur le droit. Par l'analyse d'un exemple concret de discours juridique, l'auteur explore quelques problèmes d'une théorie marxiste de droit, suggérant principalement une décentration du discours marxiste, et propose une recherche ultérieure.

This article deals with law and some problems in a Marxist theory of law. Although many Marrian theorists treat the law as being concerned with a uniform subject, the argument here is that law, as a complex practice, creates different subjects, not all of which may be equated with homo economicus. A topic for future research is proposed.

L'analyse marxiste de l'univers juridique se contente souvent de l'articuler à l'Etat comme forme nécessaire de la domination de la forme marchande fétichisée et par là de la bourgeoisie. Inversement, les jurisprudences offrent un discours idéaliste, coupé de la matérialité des pratiques sociales, qui présente le droit comme un ensemble de règles se développant sur la base de relations évoluant vers la Raison. Le droit lui-même par ailleurs rebute, par son langage formel, ses technicalités, sa complexité. Pourtant, le juridique est de toutes les relations sociales. Pourtant aussi, l'imagerie juridique la plus véhiculée, et apparemment la plus simple, l'idée de justice, est aussi, peut-être, l'une des notions les plus complexes.

Dans le droit, de façon indélébile, il y a d'abord le sujet de droit. Si l'on peut dire "Nulla crimen, nulla poene

sine lege", à plus forte raison peut-on dire sans sujet point de droit. Or cette question du sujet est elle-même rien moins que fort complexe. Et si l'analyse marxiste du droit et de son sujet a certes permis des progrès, elle n'en demeure pas moins gravement fautive. C'est du moins ce que prétend cette courte et bien partielle étude, où il sera question non plus de sujet de droit mais bien des sujets du juridique.

L'univers juridique

Le juridique occupe une place particulière dans la formation sociale capitaliste. Il se place à la fois dans la société, où il règle les différends qui opposent les individus entre eux ou individus et institutions; mais il se situe aussi au-dessus d'elle en ce qu'il se veut le rempart de la légitimité (e.g. la constitution) et la représentation (idéale) d'un ordre ultime à atteindre. Qui plus est, le droit ne se limite pas à régler un champ donné d'activités mais s'étend à toutes les sphères de la vie sociale: depuis les relations économiques jusqu'aux formes politiques, en passant par le fonctionnement des institutions et appareils d'Etat jusqu'au comportement individuel. Le juridique ne constitue donc certes pas un champ monolithique qui se pourrait aborder dans son ensemble d'un coup d'oeil global et général. Bien au contraire la sphère juridique ressemble à un molosse éclaté. Pourtant, la systématisation et la technique juridiques, dans la forme du droit et de la loi, présentent un caractère unifié sous les principes d'équité, de justice et de "due process". Ainsi, il n'est pas rare d'entendre parler de façon équivalente de droit et de justice, comme de deux côtés inséparables d'une

même pièce. Les règlements de litiges ou les assurances juridiques à la légitimité deviennent justice: que justice soit faite ! et le célèbre symbole de la balance juridique de ré-apparaître.

Il y a là une première confusion: celle du droit et de la loi, dont il sera question plus loin. Mais il faut ici souligner qu'entre la loi adoptée par le législateur dans une enceinte démocratique et la loi prononcée par le juge qui, dans l'enceinte de la cour, devient droit, se glissent, à prime abord, des différences. Une première se trouve dans l'acte lui-même: l'élu du peuple qui accorde son appui à un texte le fait au nom, dit-il, de ses commettants. Le juge qui se prononce sur un texte et l'évalue "à sa juste valeur" le fait au nom de la justice, dont un tiers l'a imparti. Une seconde tient à l'impact et au contenu de la décision: l'élu accorde ou refuse son appui, c'est-à-dire qu'il se pose publiquement en faveur ou en défaveur d'un texte. Le juge qui tranche un litige accorde un droit et/ou refuse une prétention de droit ou de fait: il départit donc des opposants. Une troisième différence apparente tient à la division des pouvoirs: l'élu appartient au corps législatif et le juge au corps judiciaire, et si l'un et l'autre travaillent de concert à bâtir l'ordre social, ils n'en restent pas moins indépendants; le premier travaille à élaborer une politique de bien commun, le second à l'appliquer à la transformer - en "common law" du moins - à l'expérience de la réalité.

Ces différences ne sont rien moins qu'apparences - ce qui ne signifie pas que pour concrètes qu'elles soient elles

n'aient une efficace propre dans la formation des pratiques sociales et individuelles. D'abord l'acte. L'élu avons-nous dit le conjugue à l'opinion publique, le juge au texte du droit dans lequel se découvre la justesse du législateur, et la justice par extension. De deux actes d'abord différenciés il ne reste qu'un, celui de l'expression sociale d'un pouvoir. Il pourrait bien ne pas s'agir du même pouvoir cependant puisque, selon la seconde différence l'élu tranche pour exposer publiquement ses convictions, alors que le juge décide impartialement de la justice. Encore que justice et convictions ne soient pas si éloignées au sens où les convictions du juge décideront du lieu où se situe la justice. Mais surtout, il s'agit du même exercice social du pouvoir en ce que l'un et l'autre produisent, via des moyens divergeants certes, une discrimination. Discrimination, nous dit la troisième différence entre le bien commun et les intérêts spécifiques pour le législateur et entre justice et injustice pour le juge. Dans un cas comme dans l'autre cependant, cette discrimination s'exerce à partir des représentations faites devant l'autorité par les parties antagonistes défendant chacune leur conception de ce qui est et de ce qui doit être. Voilà justement ce qui unit davantage juge et législateur que ce qui ne les sépare: l'être et le devoir-être. Parce que munis chacun d'un mandat - sur l'origine duquel nous ne nous attarderons pas -, élu et juge décident de ce qui est et de ce qui doit être. Et au nom de qui, sinon, en dernière instance, du "sujet"? Car dans l'un et l'autre cas, c'est le même sujet qui gît au centre des préoccupations du législateur et du juge. Ici, sujet politique

et sujet de droit se confondent, indifférenciés et pourtant sollicités différemment, qui au nom du bien commun, qui au nom de la justice. En somme, le sujet est à la fois le sujet de l'intérêt général et des intérêts particuliers.

Apparemment donc, et apparemment de façons distinctes, le législateur et le judiciaire investissent le sujet. Mais quel sujet? Le politique dit l'un; le justiciable dit l'autre; et en dernière instance ils ne font qu'un. Il y a là un discours commun. Discours qui curieusement est commun aussi à certains marxistes analysant le juridique. Ainsi, Pashukanis (1978), bien que cherchant une analyse de la forme juridique dans les relations objectives qui la fondent et qu'elle vient ensuite régler, constate-t-il que la forme juridique correspond en dernière analyse à la forme marchandise de l'échange capitaliste. En d'autres termes, la forme marchandise fétichisée par la valeur acquise dans le processus d'exploitation du travail est transposée dans le domaine juridique via le marché. Dans la forme juridique, se révèle le fétichisme du sujet porteur de droits qui est libre d'échanger et de s'échanger, à valeur égale, sur le marché. De même, Miaille (1976) soutient un raisonnement similaire. Selon lui, seul le concept d'une personnalité juridique pourvue de droits et libre de participer au marché pouvait permettre la réalisation globale du processus de production capitaliste:

En effet, le sujet de droit est sujet de droits virtuels, tout à fait abstraits: animé par sa seule volonté, il a la possibilité, la liberté de s'obliger, notamment de vendre sa force de travail à un autre sujet de droit (Miaille, 1976:132).

Ainsi, là où les relations de production capitalistes se développent, et là où l'échange marchand est fétichisé, il y aura nécessairement création d'un sujet de droit.¹ En somme, la catégorie de sujet de droit permet "la réalisation des échanges marchands généralisés" (Miaille, 1976:132).

Bien que de manière différente, et inspiré plus particulièrement des travaux d'Althusser, Edelman soutient aussi la centralité du sujet dans le discours juridique:

L'idéologie juridique se dénonce en dressant son acte de naissance. Et son acte de naissance, c'est la postulation que l'homme est naturellement un sujet de droit, i.e. un propriétaire en puissance, puisqu'il est de son essence de s'approprier la nature (Edelman, 1973:17).

C'est de là qu'Edelman développe son essai sur le droit et la photographie. Dans ce processus où, en un premier temps le droit nie le sujet photographe en niant son activité comme artistique pour la reléguer au plan d'une technique, et où en un second temps, le capital investissant le champ photographique et cinématographique, le droit reconnaît un sujet de droit qui cependant est le producteur, i.e. le capitaliste, et non plus le "créateur" i.e. le photographe ou le réalisateur - on reconnaît ici les effets de dénégation et de déplacement althussériens - il faut voir, nous dit Edelman, le cycle du capital se refermer sur lui-même. Ce à quoi on assiste ici, c'est donc à une "sur-appropriation du réel", c'est-à-dire à l'appropriation d'un réel "déjà investi par la propriété" (1973:29-30). De dire Edelman, dans ce procès, "le Droit fixe et assure la réalisation, comme donné naturel, de la sphère de la circulation" et simultanément "il rend possible la

production" (1973:87). Le sujet de droit est donc encore l'incarnation privilégiée de son interpellation par le processus de circulation, puisqu'il est constitué libre, volontaire, propriétaire, en mesure de contracter, c'est-à-dire de se vendre comme objet sur le marché.

Le problématique du sujet de droit n'appartient donc pas qu'au juridique lui-même. Bien sûr, elle y est posée en des termes fort différents: en termes idéalistes, théologiques ou "sociologiques"². Ainsi, le sujet juridique y est ici un sujet naturel, i.e. naturellement donné pour le droit soit par la volonté divine, soit par la nature des choses. Ou si le sujet est socialement créé, il sera dans l'ordre des choses qu'une juridicité vienne régler les interactions humaines. Que se soit dans la perspective marxiste ou autre, le sujet occupe donc une position centrale dans le droit. Mais plus particulièrement pour la perspective marxiste, le sujet juridique se confond avec le sujet économique. On essentialise ainsi la forme juridique, c'est-à-dire qu'on lui donne une essence qui est celle de correspondre aux pratiques économiques, et encore plus, de les permettre même. D'autre part, on réduit la forme juridique à son expression fétichiste du sujet comme sujet libre et possédant une valeur (d'échange) égale. Comme le souligne Hirst (1979:111), ce genre d'analyse inverse en les répliquant les perspectives idéalistes. De même, ces approches présupposent une efficace au droit non seulement dans la création du sujet juridique mais dans la régulation des pratiques économiques. Enfin, ces positions ont deux autres effets complémentaires: elles fétichisent la forme juridique,

i.e. en font une superstructure idéologique qui en soi n'est qu'un "dérivé" des conditions infrastructurales, mais paradoxalement, elles accordent au droit une légitimité qu'il se prétend, à savoir sa capacité de définir le sujet et ses comportements.

Débusquer le discours juridique ne doit pas signifier le réduire à un discours extérieur ni lui faire dire - ou faire - ce qu'il ne dit ou ne fait pas. Il ne s'agit pas davantage de chercher derrière le discours juridique comme si l'on cherchait à soulever un voile qui cacherait la "vraie" réalité, bien que ce qui est derrière le juridique serve sans doute à le comprendre dans sa pratique. Nous en donnerons ici un exemple, à partir d'une réalité juridique, celle du "nul n'est censé ignorer la loi", exemple qui ne se veut ni exhaustif de la question ni nécessairement novateur, mais qui cherche plutôt à introduire à une préoccupation plus vaste.

La connaissance du juridique

Le Code Criminel canadien³ dit expressément que "l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction" (a-19). C'est dire que tout individu est réputé connaître la loi. Mais c'est aussi signifier que la loi ne se préoccupe de cette connaissance que chez l'infacteur: chacun est un infracteur en puissance, mais la structure juridique institutionnelle n'a pas à s'assurer de cette connaissance chez tous les individus, a priori, sans parler du fait bien connu qu'on n'enseigne pas la loi à l'école. Certaines règles viennent limiter l'application de ce principe général: l'âge de juvénile par exemple - l'enfant

de moins de sept ans ne peut "être déclaré coupable à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part" (a-12); l'enfant entre sept et quatorze ans doit être "en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal" (a-13) - , ou les cas d'aliénation mentale (a-16) ou de déficience mentale (a-2). Hormis ces restrictions, le principe de la connaissance du droit est assujéti à certaines contraintes. On doit d'abord distinguer les formes de connaissance et ensuite s'assurer de la possibilité matérielle, pour l'individu, de connaître.⁴

1. Les formes de connaissance

La connaissance constitue bien sûr un événement factuel, mesurable. Ou bien l'individu connaît, ou bien il ne connaît pas. Cette dichotomie ne rend certes pas compte des niveaux de qualité de la connaissance. Le droit ne demande pas à l'individu de connaître les subtilités, les interprétations de la loi. Pourtant, on le sait, ces mêmes subtilités ou interprétations peuvent décider de la culpabilité ou de l'innocence. Le droit n'est-il pas d'ailleurs ainsi fait que le résultat d'un litige n'est jamais connu à l'avance⁵? Quoiqu'il en soit, le droit n'exige du sujet que l'effort diligent qu'il est en mesure de faire, pour connaître les lois que le Parlement adopte.

A l'aide d'une situation quelque peu différente, on peut découvrir les formes de connaissance que soulève le tribunal. Le Code Criminel prévoit à l'article 21, qu'"est partie à une infraction quiconque... b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre" (nous

souignons - D.S.). Cet article peut être invoqué pour signifier que l'accusé aurait dû, avait les moyens de connaître la loi, et que son ignorance a permis la commission d'une infraction. R. v Woolworth⁶ soulève ce point. Sans entrer dans les détails de l'affaire, précisons qu'une infraction a été commise par deux individus qui avaient conclu une entente avec un magasin Woolworth de Toronto, pour vendre, dans le magasin, des stylos à bille, moyennant une ristourne de trente pour cent à la compagnie. Condamnée en première instance sous prétexte, entre autres, que la compagnie "aurait dû savoir" ce qui se passait dans son magasin, le tribunal d'appel rejette les motifs, reçoit l'appel et casse le jugement. Il stipule dans son jugement que l'on doit distinguer entre une connaissance de fait qu'une infraction est commise, une connaissance irresponsable où, malgré sa connaissance, le sujet ne s'assure pas de ses fondements ni n'informe d'autres autorités compétentes de cette connaissance, et finalement une connaissance constructive, où l'individu ne savait pas mais avait la possibilité, sinon le devoir, de connaître. Si les deux premières formes relèvent immédiatement de la norme juridique, la troisième, la "connaissance constructive" ne constitue tout simplement pas un cas de droit (R. v Woolworth, loc. cit.: 30)⁷. C'est cette seule forme de connaissance qu'aurait pu avoir Woolworth des délits commis sur sa propriété et le tribunal affirme ne pouvoir en tenir compte.

Dans le cas de la connaissance de la loi, seules les deux premières formes existent. La connaissance de fait est une connaissance postulée chez tous les individus, sous respect

des contraintes d'ordre légal. Quant à la connaissance irresponsable, on parlera ici d'un sujet qui, croyant qu'existe une loi, commet un acte, sans s'être assuré qu'existe cette loi, et l'enfreint ainsi.

2. La connaissance de la loi

Le cas de R. v Catholic (1980) explique l'élément matériel de la connaissance et renferme aussi la question de la connaissance constructive. Ici, un individu est condamné à la peine maximale (six semaines d'emprisonnement), pour avoir enfreint un règlement local - le "Snowdrift Liquor Prohibition Regulations Act" - concernant la possession de boissons alcoolisées sur le territoire de Snowdrift aux Territoires du Nord Ouest. Pendant son emprisonnement, l'individu rencontre un avocat qui lui suggère d'en appeler de la sentence. La cour d'appel constate alors que cette législation n'a pas été proprement publiée par le Conseil législatif, et qu'il est, dès lors, inacceptable en droit, "qu'une personne soit condamnée, punie, et perde sa liberté personnelle par une sentence d'emprisonnement, pour avoir enfreint un règlement dont elle n'avait ni connaissance ni avis à ce moment."⁸ Il appert clairement ici qu'un individu doit faire des efforts nomaux pour connaître la loi, - la connaissance du droit, a contrario de celle d'une infraction, est donc nécessairement constructive - mais que ceci implique aussi que le législateur s'assure que les lois sont publiées correctement et qu'une période temps est accordée aux individus pour prendre connaissance de la loi avant qu'elle ne prenne effet.

Nous avons donc la totalité du principe: Ignorantia

facti excusat, Ignorantia juris non excusat. D'une part, le sujet ne peut construire sa connaissance de la loi que si les circonstances le lui permettent. Le législateur doit fournir au sujet la possibilité de prendre connaissance des lois: par une publication dans une Gazette officielle par exemple. Ce qui nous met ici en présence du sujet-Etat, qui devient sujet-de-droit. De plus, le sujet-individu bénéficie d'une autre possibilité: s'il a fait effort diligent pour connaître la loi, peut-on lui tenir rigueur d'une infraction commise, autrement dit, y a-t-il infraction? R. v Maclean (1974) répond par la négative. Dans ce cas en effet, la cour maintient que l'individu, ayant démontré sa bonne volonté, ayant tenté de construire, par les canaux usuels, sa connaissance de la loi, ne peut être accusé d'une infraction puisque dépourvu de mens rea, d'intention coupable.⁹ Cette autre exception à la règle générale ne peut être invoquée constamment sous peine de rendre inopérant le droit, ni ne peut être invoquée en toutes circonstances; certaines infractions où une responsabilité générale suffit à démontrer la culpabilité ne prêtent pas à une telle excuse.¹⁰

Cette autre exception soulève ici le problème de l'interprétation du droit: c'est par le travail interprétatif des juges que la loi devient droit, i.e. que les intentions du législateur sont accordées aux conditions concrètes de la volonté collective. Autrement dit, les individus, même connaissant une loi, peuvent commettre une infraction qui n'en sera finalement une qu'à la loi et non au droit, en raison d'une part de leur volonté de connaître la loi et d'autre part de l'interprétation du droit. Ce qui ajoute force au précepte impérieux pour le

législateur de divulguer ses prescriptions. C'est donc dire que l'acte législatif, s'il définit les bornes de l'intérêt général, ne peut, en droit commun, spécifier toutes les règles et toutes les applications de ces règles qu'il adopte. Le travail de la cour pourvoiera justement à ces lacunes - qui n'en sont pas. Et c'est dans ce travail juridique que la loi devient droit. C'est aussi dans ce travail que le sujet politique devient sujet de droit, pour utiliser le langage théorique déjà mentionné.

Nous verrons, à partir d'un extrait d'un discours juridique, que la cohérence interne de ces raisonnements logiques n'est pas de toute rigueur, que le discours apparemment évident contient sa propre opacité, et surtout que le sujet de droit n'est plus un mais multiple.

Les sujets du juridique

Le juridique parle. Il se parle à lui-même d'abord: il définit, dans sa pratique, les conditions de sa reproduction. Il parle aux sujets: à l'Etat qu'il interpelle comme son fondateur, lui rappelant aussi les bornes à respecter; aux sujets qu'il prétend souverains et qu'il limite. Il parle enfin d'un sujet: celui de l'ordre à maintenir comme ordre public indispensable.¹¹ Mais ces locuteurs ne sont pas identiques. Pas davantage d'ailleurs que les sujets (matières) de leurs discours. Ainsi cet extrait de R. v Maclean:¹²

It is true that on occasion the word legis has been substituted for juris and the maxim (Ignorantia... - D.S.) does apply to that kind of law, but only when the lex, i.e. the positive command of the Prince or Legislature, has entered into the realm of jus, i.e., the realm of legal right

and obligation generally. This distinction... has become obscured in common law countries by the lack of appropriate legal terminology and the consequent use of "law" for the entire field. Lex becomes part of jus by promulgation and assimilation. For if an enactment is notably at odds with general notions of justice it usually suffers considerable attrition in judicial and other legal interpretations until its rough edges have been smoothed down enough to fit into the general plan. The point of noting this however is that it again accentuates the need in justice to give publicity to an enactment ... if the subject is to be required to conform himself to it.

Un discours démembré

Les acteurs sont campés, ici, comme membres d'un seul et même processus: d'une part les éléments abstraits, lex et jus, la loi et le droit, d'autre part les sujets qui sont déterminés et déterminants de ces éléments, à savoir l'Etat, le tribunal, l'individu. La loi, lex, c'est la volonté du Prince, son activité législative démocratique en tant qu'élu par le peuple; la loi devrait donc exprimer la volonté du peuple. Le droit, jus, c'est la justice faite, c'est l'activité juridique rendue conforme à la volonté du peuple, ce "plan général" où s'exercent les grandes idées d'égalité, de liberté. D'une certaine façon, le discours pose ici le problème de l'être et du devoir-être. Peut-on dire que "lex" est l'être, le fait, et que "jus" est le devoir-être? Une réponse affirmative est tentante puisqu'en effet, la loi demeure un outil imparfait en face du devoir-être, la valeur, réalisée dans le droit. Mais le devoir-être réalisé dans le droit devient fait, et le tribunal nous dit justement que l'activité du juge consiste à effectuer ce passage. De plus, ce devoir-être, le jus, correspond-il vraiment à la volonté collective, aux valeurs des individus qui forment

une société donnée, régie par un corps juridique donné? De même, une volonté collective est-elle possible; de quoi s'agit-il? Enfin, le juridique, de par sa nature ici décrite, d'être-en-devenir, peut-il jamais être donné? Ces questions, le juridique ne les pose pas. Et ces questions ne s'imposent pas, sinon justement, par leur absence.

Les acteurs que sont le Prince, le tribunal et le sujet, le discours les isole. D'un côté, le politique qui décide pour les sujets. De l'autre les sujets qui sont agis dans le droit-jus. Au centre le juge, qui médiatise les deux pôles, muni d'une sorte de super-conscience, capable de comprendre le message de Prince et de connaître la volonté du peuple que d'ailleurs le pouvoir voulait exprimer, bien que parfois gauchement si l'on peut dire. La boucle apparaît: le sujet collectif, expression de la valeur, porte au pouvoir un politique qui émet des règles, transformées par le juridique pour que le sujet "s'y conforme". Première question: Le sujet qui élit le politique est-il le même que celui qui doit se conformer? Autrement dit, notre sujet politique égale-t-il sujet de droit? Bien que d'importance, cette question sera laissée sans réponse ici. Seconde question: ce passage de la loi au droit n'exprime-t-il qu'un problème terminologique comme le prétend le tribunal? Nous suggérerons quelques réponses.

1. Contradictions et répression

Première possibilité, le problème ne relève que d'une question terminologique, dans le corps juridique lui-même. Mais pourquoi cette confusion, déjà au moins bi-centenaire¹³, devrait-elle persister? Le juge n'aurait-il pu suggérer, dans

le même effort, une solution à cette navrante situation? Les linguistes compétents en langue anglaise feraient-ils défaut? Fut-elle aussi technique et concise, cette langue doit tout de même permettre de résoudre de telles embûches. S'il s'agit d'un problème terminologique, nous pouvons supposer qu'il est entretenu par le droit lui-même qui ne fait pas d'effort diligent afin de le solutionner. Mais encore faudrait-il savoir pourquoi cette confusion particulière et pas une autre est entretenue. Si le droit, comme le prétend la théorie de la division des pouvoirs, est en relation d'indépendance et de collaboration tout à la fois avec le législatif, il se trouve peut-être là une explication. Nous avons déjà entamé cette question. Il s'agit de tenter ici d'aller un peu plus loin. Nous avons vu plus haut que, dans les différences apparentes entre le travail législatif et le travail judiciaire se trouvent des similitudes certaines. Mais il y a plus encore: il y a peut-être le fait, comme le prétend Miaille (1978: 70-87; 105-124) que le système juridique s'est élevé, dans l'Etat, à l'époque de l'extinction du féodalisme, en accord avec la transformation du fief en bien économique, permettant ainsi "la privatisation de toute la vie sociale" de sorte que "les rois purent, par la suite, donner l'image d'un intérêt "public"" (1978:60-61). De sorte encore que l'Etat libéral a pu se spécifier "sur une double séparation: séparation entre la société civile et l'Etat...; séparation des pouvoirs dans l'Etat..." (1978:87), qui ne constituent que les "figures" de l'autonomie de l'Etat. Figures recouvrant donc en fait la nature de classes de l'Etat et la cachant sous le voile juridique. Ainsi, le droit

et la loi seraient deux figures d'une seule réalité: "law". Mais alors, comment se fait-il que le droit anglais n'ait pas exigé cette même distinction et n'ait pas créé sa propre figure de style? S'agit-il des conditions historiques sur lesquelles s'est élevé l'Etat anglais? Il appert pour sûr que le droit de la common law et que le droit continental existent bien ... et non pas comme simples figures de style. Faudrait-il supposer dès lors que ce sont des différences propres aux systèmes juridiques d'abord, systèmes qui eux originent de conditions matérielles particulières, qui expliquent ici l'absence et là la présence? Nous sommes enclins à penser qu'avant de chercher du côté des fonctions de ce manque et de sa relation avec d'autres pratiques, il y aurait lieu de chercher d'abord à le saisir dans le juridique lui-même.

Seconde possibilité, le problème n'est pas terminologique. Ou bien l'habitude est tellement bien ancrée, qu'on a renoncé, dans la profession, à combler cette lacune. Là encore, on ne répondrait qu'imparfaitement à la question puisque ce qui est ici en jeu c'est bien la raison de cette habitude. Ou bien alors c'est que de lacune il n'y a que dans les subtilités juridiques, c'est-à-dire que lorsque le droit est confronté à lui-même. Et de fait nous assistons bien, dans ce cas-ci, à une réflexion du droit sur lui-même: placé dans une situation où il y a erreur dans la loi, le tribunal doit éviter une erreur de droit. L'erreur de loi, c'est celle du politique, qui, par son pouvoir impositif, pour assurer la dissuasion et la conformité, instaure à la fois une responsabilité légale universelle: la connaissance de la loi, et une défense contre

cette responsabilité, au nom de la volonté libre. L'erreur de droit serait donc de condamner un individu qui ne pouvait savoir - comme dans la cause R. v Catholique - ou qui croyait savoir - comme dans la cause R. v Maclean - bafouant alors les idées générales du citoyen quant à la justice. Le juriste se doit donc de créer une différence, pour fins de résoudre une contradiction temporaire.

D'où une troisième possibilité déjà suggérée: il n'y a pas, comme le prétend le juge, confusion juridique ou terminologique. A contrario, il y a là une situation qui est caractéristique au droit commun, c'est-à-dire une situation qui correspond au développement historique de la pratique juridique britannique. Et avec cette pratique juridique, en elle et derrière elle, une évolution historique particulière qui ne se résume pas à une détermination en dernière instance ou autrement, mais qui possède sa propre signification. Et si l'on accepte l'argument présenté plus tôt sur le rôle du juge comme médiateur entre le sujet-Etat et le sujet-individu, ce qu'on constate ici c'est bien plus une répression par le juge de son rôle médiateur, où par une inversion, le juge désoriente ce rôle. En effet, le juge remet le fardeau au législateur, son collaborateur jumeau, de faire en sorte que le sujet-individu reconnaisse le sujet-Etat et se reconnaisse ensuite dans le Droit (Law) comme sujet-de-droit.

Un discours décentré

Ce que le juge signifie ici, explicitement, c'est son inquiétude comme médiateur, devant les incongruences des deux protagonistes que sont l'Etat et l'individu. Ce qu'il ne sig-

nifie pas clairement, c'est la nature de ce rôle de médiateur. Dans le premier cas, il propose un moyen de sortir de l'impasse, et crée la division loi-droit. Dans le second cas, il s'instaure comme centre du processus juridique, médiateur neutre, parfait interprète de deux ensembles de volontés.¹⁴

L'un ne peut aller sans l'autre. Le juge ne peut se donner comme médium sans l'existence de deux pôles qu'il relie. Il ne peut se donner comme exerçant ce passage de la loi au droit, que comme médium neutre, sujet central.

C'est donc à soi-même que s'adresse le juridique. Puisqu'en effet, en s'adressant au législateur, comme à son double, le juriste s'adresse en fait au juridique comme ne pouvant en fait se contenir tout entier. Car de même que le droit n'est pas dans la loi mais est obtenu par un processus de transformation (et de dénlacement?) que le juge appelle promulgation et assimilation, de même, le juridique ne peut contenir tous les sujets de droit. Le juridique s'adresse ainsi aux sujets-de-droit qui sont pourvus en droit d'obligations et de droits, et de ce fait, il les crée. Mais il les crée de façon imparfaite et provisoire. Imparfait tant que lex ne devient pas jus; provisoire tant que lex n'est pas connue, ou changée par le législateur. Ainsi donc, cette catégorie de sujet de droit que visent aussi bien le juriste que certains marxistes n'est-elle pas fixe ni stable ni unique mais au contraire mouvante, changeante et multiple. Celui qu'on nomme théoriquement - ou juridiquement - sujet de droit apparaît plutôt multiple qu'unique. La boucle qui origine du sujet collectif - sujet de droit - pour se refermer sur lui, pose, dans sa circularité même, des

sujets qui ne sont pas nécessairement sujets-de-droit. Le sujet politique, on l'a déjà mentionné, n'équale pas de facto le sujet de droit. L'Etat on le sait, peut être hors le droit,¹⁵ il peut même être contre le droit. Mais il demeure sujet de droit au moins dans certaines de ses fonctions. Le juridique d'autre part, se parle avons-nous dit. En ce sens, il se crée lui-même comme sujet de ses propres transformations. Et le sujet économique pourrait aussi être mentionné. En somme, d'une sujet unique il faut bien plutôt passer à une multiplicité de sujets dans le droit. Ce qui par ailleurs, ne signifie pas que la catégorie sujet de droit soit éclatée à tel point qu'elle ne permette plus de comprendre le fonctionnement du droit. Il semble au contraire que c'est bien à un processus de création de sujets de droit que s'affaire, entre autres, le droit, et en ce sens, l'analyse de la pratique juridique implique un recours à cette catégorie. Il faut cependant se garder de réduire cette catégorie à une expression simpliste.

Conclusion: L'analyse de la pratique juridique

La question de jus et lex, et devoir-être et être, soulève donc avec acuité la nature sociale du droit,¹⁶ sa matérialité comme corps normatif formel, et son idéologie comme ensemble déjà orienté, dans une certaine mesure, par une pratique discursive de classe, au sens où se laisse percevoir le droit, c'est-à-dire comme relation sociale spécifique, inscrite dans une formation sociale historique, celle de la société bourgeoise, et non pas comme simple reflet de la volonté bourgeoise.¹⁷

A travers la catégorie sujet de droit, c'est non seulement toute une pratique mais aussi toute une pratique théorique qui sont en cause. Il ne s'agit plus ici, de concevoir le juridique à travers les catégories qu'il présente pour le démasquer comme une absence ou un reflet, fut-il spéculaire. Le juridique peut bien être une persona (au sens grec du terme), tout comme il instaure une "personne" juridique. Mais c'est justement à travers cette personnalité qu'il faut le découvrir et l'analyser.

De plus, le juridique se présente dans l'Etat et dans une formation sociale donnée. Mais les liens qui l'unissent à ces autres pratiques ne peuvent être réduits à des déterminismes formels. Le juridique a une histoire plus longue que l'Etat et que le capitalisme, faut-il le rappeler. Faut-il souligner aussi que le juridique n'est pas soumis aux mêmes crises que l'Etat ou que le mode de production économique. Que le juridique puisse servir certaines fonctions et, comme le suggèrent par exemple les auteurs d'un récent ouvrage¹⁸, participer dans l'Etat à assurer la domination hégémonique, et en temps de crise, à s'affirmer comme le rempart de l'ordre établi, ne saurait résumer tout le juridique. Ne serait-ce que parce que le juridique véhicule une pratique idéologique particulièrement vivace, ramifiée et éctérique, il ne se résume pas, selon nous, à quelques liens mécaniques ou expressifs.

Ce sont là du moins quelques principes généraux à partir desquels nous travaillons présentement à une recherche sur la privauté au Canada. La Loi sur la vie privée au Canada

- Loi C-176 adoptée en 1974 par le parlement canadien - se situe justement au carrefour d'une pratique juridique apparemment centrée sur le sujet de droit puisque son objectif est, officiellement, de délimiter les zones publiques et les zones privées via les pratiques policières. L'analyse de cette loi tentera de déboucher non seulement sur une compréhension historique de la pratique juridique mais aussi sur une vision théorique plus globale de l'articulation du juridique dans l'Etat.

NOTES

1. C'est aussi ce que soutient par exemple, Vincent (1973: 40-41):

La société syllanagmatique, c'est-à-dire fondée sur la réciprocité des obligations, apparaît en réalité comme une société de la division et de la domination dans laquelle l'indépendance personnelle est construite sur la dépendance matérielle ... Le droit trouve par conséquent sa validité dans la garantie et la défense de la séparation ... au sein de la socialisation..., d'où son caractère d'obligation opposable à tous. En ce sens il ne se confond pas immédiatement avec les intérêts des classes dominantes tout en traduisant les valeurs profondes qui les inspirent. Indispensable aux rapports sociaux capitalistes, il en est inséparable.

Sur le formalisme juridique inspiré de Pashukanis, voir aussi Hirsch, 1978: Blanke et al, 1978; Kinsey, 1979; et Jessop, 1980.

2. On pourrait citer ici presque toute la jurisprudence. Contentons-nous, pour la perspective idéaliste, de renvoyer à Villey (1968; 1969), pour la perspective théologique, qui est une section de la précédente, à Schwarz-Lieberman (1978) et pour la perspective "sociologique", à Pound (1942; 1959) et à Podgorecki (1974). On en trouvera une excellente critique dans Poulantzas (1965) et dans Miaille (1976).
3. Code Criminel, S.R.C., 1970, chap. C-34, et Lois connexes par L. Saintonge-Poitevin. Montreal: Wilson et Lafleur, 1978.

4. Il s'agit en somme des deux aspects d'une définition de la connaissance. L'aspect formel, abstrait, correspond aux éléments conceptuels de la connaissance: l'acte de volonté, la curiosité aussi de l'individu, entrent ici en jeu. Dans l'aspect concret-matériel, ce ne sont plus les capacités volitives ou intellectuelles de l'individu que le droit évalue, mais la matérialité des documents légaux disponibles. Dans le premier cas on demandera: le sujet veut-il connaître? Et dans le second cas, le sujet peut-il connaître?
5. Cf. Long v State (Delaware) (1949), cité dans R. v Maclean, 104 (1974).
6. R. v F.W.Woolworth Co. Ltd. (1974) 24
7. Cf. aussi Roper v Taylor's Central Garage (Exeter) Ltd. (1951) et R. v Kester (1980) entre autres.
8. R. v Catholique, loc. cit.: 69, nous traduisons. cf. Lim Chin Aik v Queen (1963), où le juge note que la connaissance concrète d'une règle est un élément essentiel de l'intention criminelle, du principe de "mens rea". Voir aussi R. v Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd., (1976), et R. v Dry bones (1970).
9. Voir aussi R. v De Marco (1973), où le juge réintroduit la notion "d'apparence de droit", qui signifie que là où un individu a agi honnêtement en se croyant dans le bon droit, ou là où l'individu croit honnêtement que les faits sont légaux, il ne peut être tenu responsable, même si, en droit, il a illégalement agi. Voir aussi R. v Howson (1966).
10. Cf. R. v Villeneuve (1968). Voir aussi Long v State (Delaware) in R. v Maclean, loc. cit.: 105: "The reasons for disallowing it are practical considerations dictated by deterrent effects upon the administration and enforcement of the criminal law, which are deemed likely to result if it were allowed as a general defence."
11. Cf. Miaille, op. cit. 127-158. Voir aussi Sala-Molins L. 1977: 101-126 et 131-146.
12. R. v Maclean, loc. cit.: 104; nous laissons en langue anglaise cette citation puisque, telle quelle, elle est au coeur de ce qui suit.
13. Le terme "Law" en effet est hérité du droit britannique
14. On constatera ici l'importance que prendrait une analyse du sujet qui élit et du sujet qui se conforme.
15. Voir entre autres Poulantzas, 1978. Il ne s'agit pas ici que des Etats "spéciaux" ou "anormaux" mais bien de situations particulières dans l'Etat "normal".

16. Nous renvoyons le lecteur à la thèse de Poulantzas (1965), pour un exposé détaillé de cette question.
17. Dujardin P., J. Michel (1978), qui déplorent en premier lieu la trop longue période "stalinienne" de l'économisme, "cette conception linéaire et unilatérale du développement historique conçu comme entièrement déterminé par un schéma économique" (15) et qui "aboutit... à une non-analyse" (15) du droit entre autres. Cependant, il n'en reste pas moins que "la transformation du rapport économique en rapport juridique, donc l'occultation du premier sous le second, sont permises par l'idée d'autonomie du sujet de droit et renvoient encore une fois aux catégories politiques bourgeoises fondamentales" (22), de sorte "qu'il n'y a plus de place que pour une anthropologie économique où le droit trouve la position qui est la sienne" (23) et que finalement "rapporter le droit à la circulation permettrait d'éclairer l'un par l'autre" (27) en tant qu'ils sont tous deux "entrepreneurs" entre le capital - réalisation de la valeur - et le travailleur - moyen de cette réalisation - (cf. 24-26). C'est, dans le cas du droit, poursuivent-ils, le passage incessant du sujet-de-droit à l'objet-de-droit, du propriétaire (potentiel) à la propriété de soi-même. Ainsi l'idéologie n'est pas "mensonge sur-ajouté au réel, mais mensonge de la réalité elle-même" (28). Et s'il faut aller plus loin, c'est à la reproduction qu'on s'adressera.
- En somme, malgré une prétention d'éviter un mécanisme (économiste), les auteurs retrouvent une vieille "vérité" essentialiste, celle de la "réalité" sur l'idéologie, dans laquelle ils donnent à pleines pages. S'il est autorisé, par la "nature des choses" (Poulantzas, op. cit.) de parler de droit bourgeois, qu'on ne lui enlève pas sa logique, sa "vérité" interne.
18. Hall et al 1978: chap. 2 et 7 particulièrement.

BIBLIOGRAPHIE

- Blanke, B., J. Jurgens, H. Kastendiek
1978 "On the Current Marxist Discussion on the Analysis of Form and Function of the Bourgeois State." State and Capital, Holloway J., and S. Picciotto, eds. London: Arnold.
- Code Criminel
1978 S.R.C., 1970, chap. C-34, et Lois Connexes par L. Saintonge-Poitevin. Montréal: Wilson et Laflleur.
- Dujardin, P., J. Michel
1978 "Marx et la Question du Droit: Raisons d'une Approche et d'un Détour." Pour une Critique du Droit : du Juridique au Politique, collectif. Presses Universitaires de Grenoble et Maspéro.
- Edelman, B
1973 Le Doit Saisi par la Photographie. Paris: Maspéro.
- Hall, S et al
1978 Policing the Crisis: Mugging, the State and Law and Order. London: Macmillan.
- Hirsch, J.
1978 "The State Apparatus and Social Reproduction: Elements of a Theory of the Bourgeois State." State and Capital, Holloway, J., S. Picciotto, eds. London: Arnold.
- Hirst, P.Q.
1979 On Law and Ideology. Atlantic Highlands, New-Jersey: Humanities Press.
- Jessop, B.
1980 "On Recent Marxist Theories of Law, the State, and Juridico-Political Ideology." International Journal of the Sociology of Law 8, 4: 339-368.
- Kinsey, J.
1979 "Despotism and Legality in National Deviancy Conference." Capitalism and the Rule of Law. London: Hutchinson.
- Lim Chin Aik v Queen
1963 1 All E.R.:223-237.
- Long v State (Delaware)
1949 65 A. (2d) 489, 5 Terry 262.

- Miaille, M.
1976 Une Introduction Critique au Droit.
Paris: Maspéro.
- Miaille, M.
1978 L'Etat du Droit.
Paris: Maspéro.
- Pashukanis, E.B.
1978 Law and Marxism: a General Theory.
Edited and Introduced by Chris Arthur,
Translated by B. Einhorn. London: Ink Links.
- Poulantzas, N.
1965 Nature des Choses et Droit.
Paris: Pichon et Durand Auzias.
- Poulantzas, N.
1978 L'Etat, le Pouvoir, le Socialisme.
Paris: Maspéro.
- Pound, R.
1942 Social Control through Law.
New York: Yale University Press.
- Pound, R.
1959 Jurisprudence.
St. Paul (Minn.): West Publishing C. S. vol.
- R. v Catholique
1980 49, C.C.C. (ad) 65-77.
- R. v De Marco
1973 13 C.C.C. (2d) 369, 22 C.R.N.S. 258.
- R. v Dry bones
1970 3 C.C.C. (3d) 355, 9 D.L.R. (3d).
- R. v Howson
1966 3 C.C.C. (3d) 348, 55 D.L.R. (2d) 582,
2 D.R. 63.
- R. v Kester
1980 58 C.C.C. (2d) 219.
- R. v Maclean
1974 17 C.C.C. (2d) 84-107.
- R. v Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.
1976 15 N.S.R. (2d).
- R. v Villeneuve
1968 1 C.C.C. (2d) 267, 2 C.R.N.S. 301.

- R. v R.W. Woolworth Co. Ltd.
1974 18 C.C.C. (2d) 24
- Roper v Taylor's Central Garage (Exeter) Ltd.
1951 2 T.L.R. 284.
- Sala-Molins, L.
1977 La Loi: De Quel Droit?
Paris: Flammarion.
- Schwartz-Lieberman von Wahlendorf, M.A.
1978 Les Dimensions du Droit.
Paris: LGDJ.
- Villey, M.
1968 La Formation de la Pensée Juridique Moderne.
Paris: Montchrestien.
- 1969 Seize Essais de Philosophie du Droit.
Paris: Dalloz.
- Vincent, J.M.
1973 Fétichisme et Société.
Paris: Anthropos.