

Université de Montréal

Le néo-sujet du droit criminel
Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale

par
Christian Saint-Germain

Faculté de droit
Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur
en droit

Décembre 2012

© Christian Saint-Germain, 2012

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Le néo-sujet du droit criminel
Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale

présentée par :

Christian Saint-Germain

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Jean Leclair, **président**

Jean-François Gaudreault-Desbiens, **directeur de recherche**

Yves-Marie Morissette, **examineur externe**

Margarida Garcia, **membre du jury**

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	VI
ABSTRACT	VII
REMERCIEMENTS	VIII
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 – FILIATION ET IMPUTABILITÉ : LES FICTIONS CAUSALES	34
1.1 LE CONFLIT DES PRESCRIPTIONS : CAUSALITÉ PSYCHIQUE/ARC RÉFLEXE.....	48
1.2 L'IMPORTATION DU « TROUBLE » EN DROIT	51
1.3 L'EXCEPTION PSYCHIATRIQUE MISE EN PREUVE	61
1.4 VERS UNE CRITIQUE DE LA FACULTÉ DE DÉCIDER.....	74
1.5 L'ESPRIT DEVANT LE TRIBUNAL DE LA CONSCIENCE JURIDIQUE.....	79
CHAPITRE 2 – FABRIQUE DU SUJET DE LA MODERNITÉ.....	85
2.1 RÉSILIENCE ET PLASTICITÉ	94
2.2 L'UNICITÉ PROBLÉMATIQUE DU SUJET DE DROIT	101
2.3 LE NÉO-SUJET NE RÉPOND PLUS, IL REBONDIT	110
2.4 LE NÉO-SUJET À L'ÉCOLE DES JIVAROS	115
CHAPITRE 3 – CASSE SUBJECTIVE ET FONCTION CLINIQUE DU TIERS EN DROIT	123
3.1 INEXORABILITÉ DE LA STRUCTURE	133
3.2 LA FRACTION DÉCISIVE : LE TIERS.....	143
3.3 SOI-MÊME COMME UN TIERS.....	156
3.4 CLINIQUE JURIDIQUE	159
3.5 RETOUR À LA CASSE DÉPART	165
3.6 LA DIMENSION ORDALIQUE DE LA DÉCISION DE JUSTICE.....	171
3.7 LE TIERS JURIDIQUE EN SURSIS	186
CHAPITRE 4 – INTENTION, CONSCIENCE ET AUTRES SPECTRES INCRIMINANTS	205
4.1 LE CONTINENT NOIR DU LANGAGE SUR LE « MENTAL ».....	213
4.2 « HANTOLOGIE » DE LA DIVINATION PÉNALE : FAIRE APPARAÎTRE L'INTENTION D'AUTRUI.....	226
4.3 RELIQUAT DE LA CULPABILITÉ : LA CONSCIENCE.....	234
4.4 PARTIALITÉ CONCEPTUELLE ET DRAMATURGIE PÉNALE : LE CAS DU LIBRE ARBITRE.....	241
4.5 QUI DÉCIDE? LE LIBRE ARBITRE COMME PHÉNOMÈNE OPTIQUE	251
4.6 AMBIGUITÉS JURIDIQUES ET PSYCHIATRIQUES DU TERME « CONSCIENCE »	257
4.7 DISCOURS DISCIPLINAIRES ET AUTORITAIRES : ÉVOLUTION ET DÉCOMPOSITION.....	261

4.8 INSTINCTS SANS CONSCIENCE : CONCEPTION PSYCHIATRIQUE DE LA DÉINHIBITION	275
4.9 POLITIQUE DE LA DÉINHIBITION : DU SUJET SOUVERAIN AU SUJET ASSISTÉ.....	281
CHAPITRE 5 – LE NÉO-SUJET VÉRITABLE DU DROIT PÉNAL.....	291
5.1 LE POIDS DES MOLÉCULES SUR LA CONSCIENCE COLLECTIVE	306
5.2 INHUMAIN, POSTHUMAIN : QUALIFIER L’AVENIR?	313
5.3 LE NEW NORMAL DU BRAVE NEW WORLD	321
5.4 PHARMACO-LOGIQUE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE	329
5.5 L’AUTOMATISME : DÉFENSE ET ILLUSTRATION DE L’ABSENCE À SOI-MÊME.....	333
5.6 REFOULEMENT DOCTRINAL ET RENDEZ-VOUS MANQUÉ DE LA JURISPRUDENCE	342
5.7 L’IMPORTANCE STRATÉGIQUE DU COMMENTAIRE ACADÉMIQUE	351
5.8 PHARMACOLOGIE D’AMATEUR ET PARTISANERIE PSYCHIATRIQUE	359
CONCLUSION	373
BIBLIOGRAPHIE	383

À ZOÉ ET MARGUERITE

À MON AMI MAURICE BOUTIN

À LA MÉMOIRE DE JOSEPH SAINT-GERMAIN

Résumé

Cette étude analyse les effets conjugués de la montée du néo-libéralisme et de la consommation de psychotropes sur l'anthropologie pénale. Cette conjoncture modifie les rapports du sujet de droit à lui-même, à autrui et au social. Elle remet en cause la logique de l'imputabilité et la psychologie morale au fondement de la compréhension du sujet pénal. Dans le cadre du procès, les concepts d'intention, de volonté et de libre arbitre ne sont pas neutres. Ils n'ont pas de portée autre que celle permettant la rhétorique incriminatoire. L'intégration de la psychiatrie pour étoffer scientifiquement la scolastique pénale constitue une erreur : l'acceptation devant les tribunaux des prétentions « oraculaires » de cette discipline incertaine de la médecine relève d'une délégation massive du sens commun.

En revenant sur le moment décisif de l'intrusion de la psychiatrie dans le discours juridique, cette étude identifie les stratégies par lesquelles se nouent, au fil de l'histoire, des « affinités électives » entre ces deux univers normatifs qui n'ont finalement en partage que l'absence d'une théorie du sujet responsable. Par-delà cette mésalliance, cette étude saisit, à l'occasion de la défense d'automatisme, un des rares ancrages historiques où le droit criminel réfléchit la condition neurologique de l'esprit. Cette étude épouse l'ambiguïté féconde de l'automatisme : à la fois compris comme défense, mais révélant aussi le noyau physique des processus psychiques, renversant ainsi les présupposés moraux qui fondent le discours sur la conscience en droit criminel.

Cette étude rappelle le caractère fondamental du concept de désinhibition pour comprendre le néo-sujet. Elle décrit le déploiement d'une pharmaco-politique encore dissimulée sous le concept de santé mentale. Elle se conclut par l'analyse de deux procès criminels pour meurtre devant la Cour d'appel du Québec dans lesquels l'admissibilité de la défense d'automatisme a justement été posée lorsqu'il s'est agi de pondérer le caractère causal des antidépresseurs sur le comportement et l'impact de la dépression. Dans les deux cas, le recours à l'expertise psychiatrique n'a su éclairer le droit.

Mots-clés : droit criminel, antidépresseurs, anthropologie pénale, automatisme, psychiatrie, néo-sujet, état mental, désinhibition, conscience, libre arbitre, stratégie dogmatique

Abstract

Abstract : criminal law, antidepressants, criminal anthropology, automation, psychiatry, neo-subject, mental state, disinhibition, consciousness, free will, dogmatic strategy of law

This study analyzes the combined effects of the rise of neo-liberalism and the use of psychotropic drugs on criminal anthropology. This conjecture alters the relationship of the subject of law to himself, to others and to society as well. It questions the logic of accountability and moral psychology at the foundation of the understanding of the criminal subject. During a trial, the concepts of free will and intention are not neutral. They have no other relevance than supporting a rhetoric allowing incrimination. The integration of psychiatry to expand scientifically criminal scholasticism is a mistake. Acceptance by the courts of the "oracles" of psychiatry is a massive delegation of common sense fraught with uncertainty.

With regards to the decisive moment of the intrusion of psychiatry in legal discourse, this study identifies the strategies developed over time involving "elective affinities" between two normative realms which have in common the absence of a theory of the responsible subject. Beyond this misalliance, this study sheds light on the defense of automatism as one of the few opportunities where criminal law ponders on the neurological conditions of the mind. This study points to the ambiguity of automatism : both as a defense and as the physical core of psychological processes, thus putting into question the assumptions at the basis of moral discourse on consciousness in criminal law.

This study emphasizes the fundamental concept of disinhibition in order to understand the neo-subject. It describes the deployment of a pharmaceutical policy hidden in the concept of mental health. It concludes with an analysis of two murder trials before the Quebec Court of Appeal in which the admissibility of the defense of automatism was questioned – particularly with regards to the effects of antidepressants on conduct and the impact of depression on behaviour. In both cases, the use of psychiatric expertise was unable to enlighten the court.

Remerciements

J'adresse mes remerciements à mon directeur de thèse monsieur Jean-François Gaudreault-Desbiens présent à toutes les étapes de ce travail, disponible, ironique, enjoué. En plus de son expertise, j'ai pu bénéficier de son support administratif pour la finalisation de ce travail et de son assistance pour contourner les tracasseries auxquelles un professeur d'une autre université montréalaise s'expose en tentant de mener à bien la rédaction d'un second doctorat. Il n'a jamais manqué de m'appuyer et je ne suis jamais sorti d'une de nos rencontres avec moins d'enthousiasme pour accomplir mon travail que je n'y étais entré.

Je remercie également le professeur émérite Maurice Boutin de l'Université McGill qui a été mon premier directeur de thèse en 1988 et qui a consenti vingt-quatre ans plus tard à renouer avec l'alacrité de ma prose. Enfin, ma gratitude va à ma femme Zoé et à ma fille Marguerite qui ont accepté même à Pupukea et à Santa Fe de se laisser bassiner par la notion d'automatisme.

Le néo-sujet du droit criminel

Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale

Voi la cui barca é troppo piccola tornate alle vostre rive.
(Dante)

Il peut vous arriver d'être furieux à l'égard d'une personne qui vient chez vous, à l'occasion d'une fête, et vous vole tous vos disques de Glenn Gould; mais supposez que vous ayez cru que son acte était déterminé d'avance par sa nature et la situation. Supposez que vous ayez cru que tout ce qu'il a fait, y compris les actions passées ayant contribué à la formation de son caractère, était déterminé d'avance par les circonstances encore précédentes. Pourriez-vous le juger responsable d'un comportement aussi méprisable? Ou ne serait-il pas plus raisonnable de le traiter comme une sorte de catastrophe naturelle – un peu comme si vos disques avaient été dévorés par des termites¹?

Introduction

Soutenir une thèse en droit n'est pas du même ordre que défendre une position juridique dans le cadre d'un litige² : il ne s'agit pas de prendre fait et cause pour une interprétation contre une autre en tentant d'y faire triompher un point de vue particulier, car l'intrigue théorique ne saurait être réduite ni même contenue par l'économie d'un débat contradictoire³. Selon nous, il importe plutôt de tenir un discours qui n'objective pas la discipline comme le ferait, en raison de ses exigences méthodologiques, une sociologie du droit. On ne peut non plus prétendre rendre complètement compte du sort de l'édifice juridique dans le réagencement des continents disciplinaires en sciences humaines⁴.

¹ Thomas NAGEL, *Qu'est-ce que cela veut dire? Une très brève introduction à la philosophie*, (Trad. Ruwen Ogien), Paris, Éditions de L'Éclat, 1993, p. 50.

² Pour Jean CARBONNIER, le droit « est infiniment plus grand que le contentieux » il ajoute : « Le contentieux, c'est le droit pathologique, non le droit normal », J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 21.

³ Dans *Contingence, ironie et solidarité*, Richard Rorty écrit : « Une philosophie intéressante est rarement l'examen du pour et du contre d'une thèse. Habituellement, c'est un débat implicite ou explicite entre un vocabulaire consacré qui est devenu un embarras et un vocabulaire nouveau à moitié formé qui promet vaguement de grandes choses (...). Il dit des choses comme : « Essayez d'y penser de cette manière » - ou, plus spécifiquement : « Essayez d'ignorer les questions philosophiques traditionnelles apparemment inutiles en les remplaçant par les questions suivantes, nouvelles et potentiellement intéressantes ». Cité dans Adam PHILLIPS, *Trois capacités négatives*, Paris, Éditions de l'Olivier, 2009, p. 15.

⁴ Voir là-dessus Hugues Dumont qui met en valeur les contributions importantes de Michel van Kerchove et François Ost. H. DUMONT, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », (2010) 75 *Droit et société*, 275.

À proprement parler, penser « *out of the box* » n'a pas de sens en droit⁵. À moins d'adopter l'horizon nihiliste d'un « à quoi bon des lois? », ou d'imaginer les matériaux utopiques nécessaires à un ordre social soustrait à la sphère du commandement et de l'obéissance. Une forme d'athéisme méthodologique n'a pas plus de pertinence pour le juriste d'aujourd'hui qu'il n'en avait pour le théologien d'hier. Au surplus, on ne saurait concevoir en droit criminel ni ordre spontané en ce qui a trait à l'économie des passions violentes ni un laissez-faire créateur. Les mesures de dissuasion et de répression, de même que le calcul des châtiments appropriés, restent les moments essentiels d'une arithmétique sociale sans lesquels les « artifices du capitalisme »⁶ ne sauraient se déployer : après la machine, c'est l'homme, le sujet, qui doit en quelque sorte être domestiqué afin d'assurer l'efficacité du système.

La présente étude introduit un doute raisonnable, voire méthodique, quant aux usages du langage et des représentations qui ont cours dans cette mise en scène de l'imputabilité qu'est essentiellement un procès criminel. Elle s'éloigne du commentaire historien sur des points de philosophie du droit, tout en ne se faisant aucune illusion quant à la portée pratique immédiate de la remise en cause qu'elle suggère⁷. Elle se détourne du travail apologétique des juristes offert au soutien, voire au renforcement de la cohérence narrative de l'édifice de la

⁵ Comme le remarque Ronald Dworkin, « certes, le droit est un phénomène social. Mais sa complexité, sa fonction et les conséquences qu'il entraîne dépendent toutes d'un seul trait caractéristique de sa structure. L'exercice du droit, contrairement à beaucoup d'autres phénomènes sociaux, repose sur son *argumentation*. Tout acteur de cet exercice comprend que ce qu'il permet ou demande dépend de la vérité de certaines propositions qui ne reçoivent leur sens que de cet exercice, et dans son cadre ». R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 13 et 14.

⁶ Voir Christian LAVAL, *Jeremy Bentham. Les artifices du capitalisme*, Paris, PUF, 2003.

⁷ Lorsqu'il s'agit de remettre en cause un « mode de penser » comme celui de l'imputabilité, mode qui prend forme dans des inclinaisons déjà présentes et actives dans les tournures du langage usuel, une critique ne peut rétablir, dans le meilleur des cas, qu'une perspective et mettre en oeuvre une stratégie de « mise à distance » sans escompter quelque bouleversement empirique. L'usage et la finalité pratique priment sur la signification. Les systèmes clos n'entrent pas en dialogue avec ce qui en constitue l'extériorité, surtout lorsqu'il s'agit des mécanismes de légitimation de l'ordre établi, fussent-ils appartenir aux champs révolus d'une scolastique spéculative ou contradictoire. Ils ne peuvent apparemment ni soustraire ni exclure mais procèdent à l'aide d'autres disciplines par emprunts, ajouts, additions de développements opportunistes selon une orientation déterminée. Ludwig Wittgenstein rend compte de la teneur de cette persistance en ces termes : « La maladie d'une époque se guérit par un changement dans le mode de vie des hommes, et la maladie des problèmes philosophiques ne pouvait être guérie que par un mode de pensée et un mode de vie transformés, et non pas par une médecine inventée par un individu isolé. Imaginez que l'usage de la voiture provoque et favorise certaines maladies et que l'humanité soit tourmentée par cette maladie, jusqu'à ce que, en vertu de causes quelconques, comme résultat d'une évolution quelconque, elle perde l'habitude de rouler en voiture ». Cité dans Jacques BOUVERESSE, « L'animal cérémoniel: Wittgenstein et l'anthropologie », (1977) 16 *Actes de la recherche en sciences sociales*, p. 43, 47.

doctrine pénale. En ce qu'elle participe à la constitution de cette doctrine, la transmission académique du droit criminel au Québec, n'a toutefois guère de visée critique. Spectateur de l'évolution du droit positif, l'enseignement épouse tantôt les hésitations, tantôt les choix de la Cour Suprême du Canada dans son rapport à elle-même et aux précédents qu'elle mobilise. Peu ou prou de remises en cause, de questionnement de l'anthropologie sous-jacente à l'élaboration des grandes décisions de ce tribunal.

Le choix des arguments et des autorités dans cette étude ne manque pas d'être dépayçant en regard des repères habituels du droit positif : ils ne se situent pas immédiatement dans le champ de la philosophie du droit au sens où l'entendent habituellement les praticiens du droit criminel⁸. Réfléchir sur la consistance théorique du droit criminel n'a rien ici de polémique, bien que la réflexion que nous proposerons n'hésitera pas à mettre en cause le bien-fondé philosophico-juridique des références les plus usitées. Critique, cette étude, cette mise à distance, ne se situe aucunement dans un registre pamphlétaire⁹. Il faudra toujours formuler et produire des arguments raisonnables pour punir et décourager des individus d'adopter certains comportements dans une société. Toutefois, à la différence de tant d'autres ouvrages concernant le droit pénal, il ne s'agit pas d'examiner l'articulation d'articles spécifiques du Code criminel canadien dans leurs éventuels rapports au champ nouveau que nous tentons de mettre en relief; il s'agit plutôt de contribuer à penser le nouvel « amont

⁸ L'expression « philosophie du droit » au Québec tantôt comporte un relent spéculatif qui disqualifie ses observations pour cause d'inapplicabilité, tantôt confine à l'étude historique des théories du droit dans des œuvres classiques comme celle de Thomas Hobbes ou encore dans celles, plus récentes, de Ronald Dworkin ou de Herbert Hart. Pour fort instructives que puissent être ces études, elles ne suggèrent aucun changement dans la compréhension du droit tel qu'il est pratiqué dans l'ordinaire de la pratique des criminalistes, que ceux-ci soient assignés à la poursuite ou à la défense. Cette situation « disglossique » paraît aggravée par le fait que la philosophie du droit est elle-même déphasée par les pratiques qui redéfinissent son objet. À l'occasion des thèses de Michel Foucault, Philippe Chevallier observe qu'« un ouvrage comme *Surveiller et punir* peut être considéré comme la démonstration, en creux, des limites de toute philosophie du droit. L'étude du devenir historique de la pénalité au XVIIIe et XIXe siècle montre son décalage notable avec les réflexions des juristes qui lui sont contemporaines. Ces dernières recouvrent les véritables transformations, que seule peut révéler une étude de la rationalité interne des pratiques punitives. (...) Les événements qui intéressent Michel Foucault n'ont pas leur origine dans les formes d'idéologies, que celles-ci soient les théories du droit ou les discours réformistes; une certaine pratique de la raison masque bien souvent les raisons d'une pratique ». Philippe CHEVALLIER, *Michel Foucault Le pouvoir et la bataille*, Nantes, Éditions Pleins Feux, 2004, p. 7-8.

⁹ Il importerait de faire apparaître comment la puissance de la contrainte sociale s'impose aux individus au point de les amener à intégrer à leur mode de vie la consommation de substances qui modifient leurs rapports à eux-mêmes et au monde, de manière à montrer que par rapport à ce fait social, les renvois du droit criminel à la psychologie morale ou encore le grossissement narratif, dans le cours d'un procès, des mécanismes de la faculté de décider d'un individu « autonome » doivent être pris en compte d'une autre manière.

psychique » du sujet pénal. La présente analyse s'inscrit en ce sens, et notamment en s'inspirant des interprétations psychanalytiques¹⁰, comme jalon théorique d'une redéfinition d'un sujet susceptible d'être encore imputable en droit criminel. Elle interroge le déplacement insensible des bornes de la culpabilité pénale à l'époque du triomphe d'un néo-libéralisme planétaire¹¹.

Ce contexte inédit relèverait de la sociologie s'il ne mettait directement en cause le rapport du sujet à l'autorité de la loi et de l'interdit, et finalement à la culpabilité. La référence à la culpabilité comprise autant comme sentiment que comme résultat d'un jugement est

¹⁰ Ce choix tient au fait que le champ juridique, à l'instar de celui de l'inconscient, constitue tout à la fois un savoir *su/in-su* sur la loi, sur la culpabilité et sur la faute et met en scène une subjectivité depuis des montages de paroles qui ne sont jamais déliées de leurs effets normatifs. De manière tout aussi importante, la clinique analytique moderne permet d'apercevoir par où se noue le sujet au social, quels sont les modes d'arrimages originaux, mais aussi quelles sont les exigences nouvelles qui transitent par les processus de subjectivation et d'assujettissement (addiction) initiés par la consommation massive de psychotropes. Avant d'interpeller le sujet de droit comme entité intemporelle construite sur le modèle académique des textbooks de la jurisprudence pénale, encore faut-il être en mesure d'apprécier sa remise en cause dans la mutation des institutions qui traditionnellement en produisaient les attributs ou en imaginaient les facultés. Les liens du sujet au social sont désormais métabolisés par des substances pharmaceutiques dont les effets sont paradoxaux : elles prétendent soigner les maux de l'esprit, mais elles permettent surtout de supporter la cascade des changements des milieux et la fragilité des institutions (famille, école, travail). Le chapitre cinq suggère à cet égard que la double nature des psychotropes répond à un besoin; en réalité, leur finalité thérapeutique n'est qu'un moment, un intermède par rapport aux usages auxquels ils sont véritablement destinés.

¹¹ Si l'on voulait esquisser une description du néo-libéralisme sans risquer une définition susceptible de donner lieu à moult débats et à une foule de raffinements sémantiques de nature économique et politique, retenons celle que formule la professeure Stephanie Lee Mudge en identifiant « trois faces interreliées » à ce phénomène idéologique, politique et économique : « Neo-liberalism's intellectual face is distinguished by (a) its Anglo-American- anchored transnationality; (b) its historical gestation within the institutions of welfare capitalism and the Cold War divide and (c) an unadulterated emphasis on the (disembedded) market as the source and arbiter of human freedoms.

(ii) Its bureaucratic face is expressed in state policy: liberalization, deregulation, privatization, depoliticization and monetarism. This family of reforms is targeted at promoting unfettered competition by getting the state out of the businesses of ownership and getting politicians out of the business of dirigiste-style economic management. Neoliberal policies also aim to « desacralize » institutions that had formerly been protected from the forces of private market competition, such as education and health care.

(iii) Its political face is a new market-centric 'politics'-struggles over political authority that share a particular ideological centre or, in other words, are underpinned by an unquestioned 'common sense'. On the elite level, neo-liberal politics is bounded by certain notions about the state's responsibilities (to unleash market forces wherever possible) and the locus of state authority (to limit the reach of political decision-making). They also tend to be oriented towards certain constituencies (business, finance and white-collar professionals) over others (trade unions, especially) ». S. L. MUDGE, « The State of the Art. What is neo-liberalism ? », (2008) 6 *Socio-Economic Review*, 703, 704-705.

essentielle dans la mesure où elle arrime tout le travail de subjectivation au tissu social¹². C'est la densité institutionnelle du faisceau culpabilisateur qui tient le sujet en état, non l'inverse.

Comme le note Pierre Legendre,

« au stade actuel des évolutions modernes sur la notion de culpabilité, nous vivons une sorte de confusion sociale des idées, qui se traduit notamment par l'incertitude quant à la place respective des psychiatres et des juges et quant à la fonction même d'une procédure. Nous touchons là aux conséquences de la fragmentation extrême du discours normatif chez les Occidentaux, où la simple évocation des montages de fiction arrimant les individus à la construction juridique de la Raison est devenue irrecevable. Mais le prix à payer, pour le *self-service* normatif promu par les idéaux gestionnaires prônant la dé-métaphorisation de la Loi, est lourd : un type nouveau de déshumanisation est apparu. Les nouveaux criminels sont des criminels sans culpabilité, mais qui pour autant ne sont pas fous, de sorte que les interprètes en exercice, psychiatres et juges, se perdent en conjectures ou perdent la tête devant ce qui est devenu incompréhensible : le déclassement du discours de la Raison par élimination de la culpabilité subjective »¹³.

Qu'elle soit de nature morale ou juridique, ou même qu'elle procède d'un sentiment, la notion de culpabilité demeure le passage obligé des processus de la subjectivation. L'incertitude épistémologique quant à son statut fait apparaître la part d'inconnu constitutive des liens nouveaux entre sujet et loi. Le démantèlement insensible de ce rapport à soi et à autrui conduit à revoir, et éventuellement à reconsidérer, la nature des liens qui unissent désormais le sujet à l'espace social :

« La postmodernité produit ainsi des sujets sans consistance surmoïque véritable, insensibles à l'injonction symbolique, mais extrêmement vulnérable à toutes les formes de trauma. Ne refoulant plus, ils deviennent inaccessibles à la culpabilité, mais sujets à la honte. Cette disparition de la culpabilité est aujourd'hui si profonde qu'elle a touché le milieu des responsables politiques – on se souvient de l'historique et atterrant mot d'une ministre de la Santé des années 1980 à propos de l'affaire du sang contaminé : « responsable, mais pas coupable »¹⁴.

¹² « La sanction renvoie inexorablement à la culpabilité. Même la justice utilitaire la plus radicale ne peut éviter de se rapporter à la *culpa* qui établit le démérite du délinquant ». Stamatios TZITIS, *Sanction et culpabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Volume II, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000, p. 7.

¹³ P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989, p. 52.

¹⁴ Dany-Robert DUFOUR, *L'art de réduire les têtes. Sur la nouvelle servitude de l'homme libéré à l'ère du capitalisme triomphant*, Paris, Denoël, 2003, p. 128.

Sans la persistance de la notion de culpabilité, le droit et la morale ne s'exercent que sur la forme vide du sujet délité. Or, le chantier des neurosciences¹⁵ et la mutation des conditions de vie des individus induite par l'ordre néo-libéral – nous y reviendrons plus bas – remettent en question les liens de causalité entre sujet et responsabilité, et éventuellement l'existence même d'un sujet de la responsabilité. Du point de vue du droit criminel, il importe de saisir l'ampleur des répercussions qu'ont ces grands travaux de déconstruction sur la capacité d'imputation de la discipline. L'époque est à la biologisation, c'est-à-dire à la confusion permanente entre *anomalie* et *anormalité*¹⁶, et, dans cette foulée, à l'impérialisme d'une normativité qui culmine paradoxalement dans la désobjectivation.

Les positions critiques dénonçant la mise en place de ces nouveaux processus normatifs de « réduction des têtes »¹⁷ interrogent le droit plus qu'à aucun autre moment de son histoire. C'est en effet dans le paysage du néo-libéralisme que les neurosciences adviennent et qu'elles vont s'employer à dénouer l'intrigue traditionnelle en droit, entre volonté, intention et passage à l'acte criminel. Un sujet de droit posé en apesanteur morale apparaît alors en suspension ou en sursis au milieu des structures institutionnelles anciennes, avatar d'un contexte social désormais révolu en raison de la nature même du capitalisme. En ce sens, Luc Boltanski et Ève Chiapello saisissent bien les particularités d'une économie de marché autonome et affranchie de toutes considérations extérieures à celle de la poursuite du profit et à l'expansion de la consommation. Pour eux,

« le capitalisme ne peut trouver en lui-même aucune ressource pour fonder des motifs d'engagement et, particulièrement, pour formuler des arguments orientés vers une exigence de justice. Le capitalisme est en effet sans doute la seule, ou au moins la principale, forme historique ordonnatrice de pratiques collectives à être parfaitement détachée de la sphère morale au sens où elle trouve sa finalité en elle-même (l'accumulation du capital comme but en soi) et non par

¹⁵ Sur la question des neurosciences et les désir scientifique de rendre transparents les processus mentaux, voir Marc JEANNEROD, *Le cerveau intime*, Paris, Odile Jacob, 2005, en particulier le chapitre 2 intitulé « Voir le cerveau fonctionner », p. 35-60.

¹⁶ Voir le chapitre 3. 7.

¹⁷ *L'art de réduire les têtes* de Dufour demeure un ouvrage incontournable pour comprendre les métamorphoses du sujet moderne soumis au changement de paradigme provoqué par le néo-libéralisme. Dany-Robert DUFOUR, *L'art de réduire les têtes. Sur la nouvelle servitude de l'homme libéré à l'ère du capitalisme triomphant*, op. cit., note 14.

référence, non seulement à un bien commun, mais même aux intérêts d'un être collectif tel que peuple, État, classe sociale »¹⁸.

Pour établir l'état des lieux de la subjectivité pénale, il n'est toutefois jamais question de prendre parti ni pour les ennemis du DSM, ni pour les adversaires des médicaments psychotropes ou encore pour les dénonciateurs de l'ordre néo-libéral. L'outrance verbale pas plus que les imprécations théoriques ne sont à la mesure des effets de reconfiguration subjective du sens moral conditionné par l'établissement des règles nouvelles de la mobilisation capitaliste, l'idée de « reconfiguration subjective » désignant avant tout ici les limites théoriques des moyens déployés par le recours à l'action collective pour contrer des forces disséminées en réseaux, l'évanescence des institutions financières, ou encore la disparition des lieux d'opposition.

L'emprunt d'arguments à une variété d'horizons critiques n'en conserve pas moins une fonction heuristique essentielle, de même que l'insistance sur les contrastes entre la subjectivité d'avant et celle d'après, car ils permettent de voir le dispositif de pondération de la responsabilité¹⁹ à l'intérieur duquel le sujet de droit s'enclasse désormais²⁰. La rhétorique des Cassandre²¹ n'est pas sans vertu et les formules suggestives concernant les retombées concrètes du montage des spéculateurs et de la société des consommateurs ne manquent pas. En fait, « c'est à une véritable intériorisation du modèle du marché que nous sommes en train d'assister – un événement aux conséquences anthropologiques incalculables, que l'on commence à peine à entrevoir »²². Cette rhétorique agit comme les sels d'argent anciennement utilisés en photographie pour précipiter sur pellicule la formation d'une image.

¹⁸ L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2011, p. 59.

¹⁹ « Le substantif « responsabilité » est d'un emploi récent. L'adjectif « responsable », en revanche, est attesté au Moyen-Age, tantôt dans le sens de capable de résister (un château « responsable dur aux assauts »), tantôt pour désigner celui « de qui l'on répond ». (...) Les premières mentions que l'on retrouve datent des années 1783-1787, sans qu'on puisse dire lequel - du français « responsabilité » ou de l'anglais « responsibility » - marque sur l'autre une antériorité ». J. HENRIOT, « Responsabilité », in *Encyclopédie philosophique universelle*, t. II : Les notions philosophiques, Paris, PUF, 1990, p. 2250. Voir aussi J. HENRIOT, « Notes sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, La responsabilité, XXII, 1977, p. 59-62.

²⁰ Rappelons que le terme « responsabilité » et ses diverses applications aux conduites n'est ni ancien ni son usage soustrait aux contingences historiques qui l'ont vu apparaître. Ricoeur souligne son étonnement lorsqu'il constate qu'« un terme au sens si ferme au plan juridique soit d'origine si récente et sans inscription marquée dans la tradition philosophique ». Paul RICEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2005, p. 42.

²¹ L'expression « complexe de Cassandre » est employée par Dominique Lecourt dans, *Humain, posthumain*, Paris, PUF, 2003, p. 15.

²² Marcel GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998, p. 87.

Il s'agit avant tout de comprendre le rôle que joue, et vont jouer, les psychotropes²³ dans leurs rapports à l'imputabilité pénale au sein du capitalisme abouti. Philippe Pignarre écrit à ce propos : « Il faut donc suivre les psychotropes comme des objets actifs, réorganiseurs des milieux qu'ils traversent, et non comme des substances passives qui viendraient s'installer dans les rapports entre humains librement déterminés par leurs seules interactions »²⁴. Il ne s'agit donc pas d'un simple progrès des connaissances pharmacologiques²⁵ à des fins thérapeutiques, ou d'un réarrangement ponctuel du rapport à soi. Il s'agit plutôt de saisir que le droit criminel, situé à l'intersection du social et du psychique, se voit forcé de prendre la mesure en temps réel des réaménagements de la subjectivité morale et de ses conséquences sur les comportements attendus²⁶. L'intuition méthodologique qui gouverne le point de vue de cette analyse repose à cet égard sur le présupposé selon lequel le néo-sujet, en obéissant aux injonctions du discours social actuel, s'articule selon des modalités que la raison morale volontariste et intentionnaliste du droit

²³ Pierre Deniker établit la classification générale des psychotropes selon leur type d'action et leurs compositions chimiques:

« I) **Psycholeptiques** qui comprennent 1. les *hypnotiques* soit les barbituriques et non barbituriques. 2. les *tranquillisants* et sédatifs classiques (Benzodiazépines, etc. Bromures, hydantoïnes, etc.) 3. *Neuroleptiques* (Phénotiazine, réserpiniques, butyrophénones, benzamides, etc. 4. *Régulateurs de l'humeur* (Sels de lithium). II **Psychoanaleptiques** 5. *Stimulants de la vigilance* (Amphétamines) 6. *Antidépresseurs* stimulants de l'humeur (Imipramine et dérivés tricycliques, hydrazines I.M.A.O. 7. *Autres stimulants* (Phosphoriques, acide ascorbique, etc.) III **Psychodisléptiques** 8. Hallucinogènes et onirogènes (*Phantastica* de Lewin) (Mescaline, lysergamide, psilocybine, cannabinoles) 9. *Stupéfiants* (*Euphorica* de Lewin) (Morphine, Héroïne, cocaïne) 10. Alcools et dérivés (*Inebriantia* de Lewin) (Alcool, éther) ». Pierre DENIKER, *La psycho-pharmacologie*, Paris, PUF, 1976, p. 35. Sur l'influence de Pierre Deniker et Jean Delay dans le classement des psychotropes voir aussi D. GINESTET, « L'essor de la psychopharmacologie et son impact sur la psychiatrie », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, vol. 160, no. 10, 2002, p. 767.

²⁴ P. PIGNARRE, *Les malheurs des psys. Psychotropes et médicalisation du social*, Paris, Éditions La Découverte, 2006, p. 51.

²⁵ La tendance des consommateurs est au « détournement » des fins thérapeutiques au profit de la recherche d'une maximisation des performances psychiques et de l'entrée dans une ère moléculaire « post-médicament ».

²⁶ La description des réaménagements de la subjectivité morale n'apparaît jamais à l'intérieur du discours du droit criminel sur le sujet ou sur les facultés comme l'intention, la conscience ou la volonté. Pourtant, chacune de ces instances se trouve avant tout comme lexicale indexable disponible selon des événements sociaux qui ponctuent la trame sociale et forcent à un recalibrage de l'imputabilité. Un décalage important surgit toutefois lorsque de nouveaux contextes - on pense ici à la pharmacologie - remettent en cause les présupposés quant aux liens à établir en droit entre sujet et esprit, ou encore lorsqu'un changement dans les mœurs interdit de tenir pour donné le sujet moral habituellement convoqué par les opérations inculpatrices requises dans l'ordinaire de la fabrication de la culpabilité. À cet égard, comme nous le verrons plus loin, les affaires *Proulx* et *Hotte* constituent chacune à leur manière jusqu'à présent des rendez-vous manqués pour l'évolution de la doctrine pénale. *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277-1300; *Hotte c. R.* 2005 QCCA 625; R. c. *Hotte*, 2006 CSC 8, [2006] 1 R.C.S. 379.

pénal ne pourra ressaisir qu'à travers la reconsidération radicale des principes et prudences à l'œuvre dans l'élaboration de la notion et la défense d'automatisme²⁷.

Pour peu que l'on connaisse l'histoire de l'élaboration de la responsabilité pénale en droit, celle-ci aboutit invariablement à l'énoncé suivant : *n'est coupable d'un acte criminel qu'un sujet capable de l'avoir voulu*²⁸. Cet énoncé génère et engendre le champ topologique du dicible dans la sphère de compréhension de l'action humaine. Le droit pénal est une variation ininterrompue sur ce thème selon des déplacements d'accent opérés sur les notions d'acte volontaire, de conscience, d'intention générale ou spécifique. Le reste des propositions déduites de cet énoncé matriciel²⁹ constitue l'océan des gloses relatives à des situations particulières (par exemple, minorité, intelligence du sujet, circonstances atténuantes) et/ou à des opérations mentales présumées avoir eu lieu dans l'esprit du contrevenant et habilement racontées à un tiers impartial. Procéder à une telle réduction atomistique débarrasse de l'idée naïvement historique des raffinements progressifs d'une discipline et de la propension à trouver en elle-même son origine et ses précurseurs, surtout si l'on comprend avec Michel Foucault qu'en raison de la non-pertinence de la distinction entre original et banal, « il appartient à l'énoncé de pouvoir être répété »³⁰.

Cette analyse répond autant de l'intuition que du malaise ressenti à l'endroit de lacunes explicatives évidentes et du caractère fruste des observations lorsqu'il s'agit, pour les tribunaux, de décrire les intentions, les motivations des actions criminelles commises par le sujet moderne; intentions et motivations comprises d'abord à travers les rhétoriques de la capture de l'intentionnalité ou les représentations présumées de l'état d'esprit.

²⁷ Le vrai sens de la défense d'automatisme eu égard aux comportements et au discernement de la part subjective d'un accusé tient à la nature particulière de l'élément déclencheur du comportement. Voir plus loin le chapitre 5. 8.

²⁸ « Le sujet de droit, c'est à la fois la présupposition majeure de toute investigation juridique et l'horizon de la pratique judiciaire ». Paul RICOEUR, *Le Juste 2*, Paris, Éditions Esprit, 2001, p. 85.

²⁹ « Il n'y a pas besoin d'être quelqu'un pour produire un énoncé, et l'énoncé ne renvoie à aucun cogito ni sujet transcendantal qui le rendraient possible, ni Moi qui le prononcerait pour la première fois (ou le recommencerait), ni Esprit du Temps qui le conserverait, le propagerait et le recouperait. Une phrase renvoie à un auteur, une proposition à un sujet, mais un énoncé renvoie dans une région de son espace à une place déterminée et vide qui peut être effectivement remplie par des individus différents, variable d'un énoncé à l'autre ». Gilles DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, Paris, Fata Morgana, 1972, p. 15.

³⁰ Cité dans G. DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, p. 22.

Plus précisément, notre attention porte sur la manière dont un état d'esprit³¹ est attribué à ce qui reste du *sujet de droit* dans la modernité³², une fois que les institutions qui le fabriquaient et la dialectique de l'autorité qui le posait s'évanouissent avec l'éclatement des milieux³³: dislocation de la famille, du monde du travail, et de tous les segments conducteurs d'un rapport d'obéissance et de commandement dans la dissémination et la refonte de l'autorité³⁴.

Ces rapports dialectiques entre le sujet de droit et la compréhension de son nouveau paysage normatif imposent ici de préciser la portée et la méthode de notre démarche afin de ne pas en surestimer l'ampleur ou en exagérer l'itinéraire véritable.

Observons d'abord que cette thèse se développe à partir de l'alignement ordonné d'une série de *notions* sociologiques, psychologiques, et juridiques. Ces notions ne sont pas développées pour elles-mêmes, mais interrogées quant à leurs interactions dynamiques aux seules fins de préparer une reconsidération de l'imputabilité. Participant d'une « archéologie du présent », les entités néo-libéralisme, expertise psychiatrique, DSM, tiers, intention,

³¹ L'enjeu de la détermination et de la description des états d'esprit présumés n'échappent pas à la remise en cause des certitudes du droit criminel que font subir à distance les développements neuroscientifiques sur le fonctionnement du cerveau. Cette déconstruction s'amorce à travers le recours instrumental à l'expertise psychiatrique par les tribunaux en Amérique du Nord. Autrement dit, même en restant à l'intérieur de la doctrine actuelle en droit criminel autour de questions telles que la recevabilité de l'expertise psychiatrique et des concepts relatifs à la préservation de la présomption d'innocence, ou ceux du droit de garder le silence dans le cadre de la mise en scène du procès, la seule traduction des termes et concepts de la psychiatrie en langage juridique demeurent litigieuse. Cette incertitude tient d'une part aux attentes « morales » implicites quant à la conduite de « l'homme raisonnable » en droit, et d'autre part au fait qu'il n'existe pas de doctrine explicite de la responsabilité propre à la psychiatrie moderne.

³² Pour caractériser l'époque actuelle, nous avons préféré le terme « modernité » à d'autres appellations, contrôlées ou « incontrôlées », comme celle de « postmodernité » (Jean-François Lyotard) ou encore « d'hypermodernité » (Gilles Lipovetsky). Voir Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, 1979, et Gilles Lipovetsky, *Les temps hypermodernes*, Paris, Grasset, 2004.

³³ La question de l'autorité du droit demeure centrale dans la mesure où cette discipline est comprise ici comme artefact moral et institutionnel qui permet la survie de l'espèce humaine et le maintien des possibilités de la subjectivité. L'autorité du droit implique certes l'exercice du pouvoir, de la coercition mais ne s'y résume pas. Elle est un moyen de conservation de la vie sociale, son fondement au sens où Hannah Arendt écrit : « L'autorité reposait sur une fondation dans le passé qui lui tenait lieu de constante pierre angulaire, donnait au monde la permanence et le caractère durable dont les êtres humains ont besoin précisément parce qu'ils sont les mortels - les êtres les plus fragiles et les plus futiles que l'on connaisse. Sa perte équivaut à la perte des assises du monde, qui, en effet, depuis lors, a commencé de se déplacer, de changer et de se transformer avec une rapidité sans cesse croissante en passant d'une forme à une autre, comme si nous vivions et luttions avec un univers protéen où n'importe quoi peut à tout moment se transformer en quasiment n'importe quoi ». H. ARENDT, *La Crise de la culture [1954]*, Paris, Gallimard, 1989, p. 123.

³⁴ Voir chapitre 3.

volonté, culpabilité, automatisme – pour ne nommer que celles-là – servent à circonscrire les facettes du concept central d'imputabilité pour la philosophie pénale.

Problématiser à nouveau frais l'imputabilité implique avant tout deux choses : la déconstruction de ce qui tient l'ancien modèle encore en place, et la proposition, le cas échéant, d'un changement de paradigme. Ce qui est en cause, ce sont les mécanismes sociaux d'une pratique qui fait du discours du droit positif ce qu'il est. À la différence de la démarche scientifique, le droit criminel n'est pas réfutable par des événements extradiscursifs ou des démentis reposant sur des théories nouvelles reliant autrement des faits; il tient tout autant à la personnalité des acteurs institutionnels qui orientent ses recherches qu'à ceux qui les rendent impossibles.

Cette thèse procède à un découpage qui pourrait paraître arbitraire quant à ses sources s'il n'obéissait pas aux particularités de son objet. Tout à la fois *notion*, *concept*, et *processus* – notion générale en éthique, concept causal en droit, et finalement processus même de la subjectivation au plan anthropologique en Occident, l'imputabilité relève de divers champs disciplinaires – éthique, juridique, anthropologique. Ce constat commande d'établir un dialogue interdisciplinaire entre des auteurs dont les travaux présentent un intérêt particulier au regard de certains aspects de l'argumentaire élaboré dans la thèse et de mobiliser ces auteurs afin de recouper leurs analyses à un moment précis du développement de notre entreprise. Sans occuper un espace égal dans la thèse, aucun de ces auteurs n'oriente définitivement, au plan théorique, l'issue de la recherche; chacun contribue seulement à son mouvement d'analyse. C'est dire que cette thèse n'utilise la pensée d'aucun à titre de cadre théorique hégémonique, mais qu'elle se réfère à des aspects particuliers de la pensée de chacun afin d'élaborer un cadre interprétatif assorti à la nature de son objet. À titre d'exemple, si la perspective de Pierre Legendre tient une place importante au début de la thèse, c'est que Legendre permet de faire le pont entre l'anthropologie juridique et les réalités cliniques décrites par des auteurs psychanalystes comme Melman ou Lebrun à propos du néo-sujet; en revanche, le chapitre 5 illustre bien que la perspective de Legendre est abandonnée. Dans ce dernier chapitre, la thèse, prenant une tournure prospective, suggère que l'avènement du Brave New World commande une redéfinition de l'axe normalité/anormalité – une tâche déjà

entreprise par les versions successives du DSM³⁵ et au regard de laquelle les psychotropes seront éventuellement non plus appelés à jouer un rôle seulement thérapeutique, mais à améliorer l'état ordinaire des individus soumis à une « réalité augmentée ». Le remplacement de l'autorité d'un ordre symbolique par la métabolisation des consignes comportementales, l'orthopédie moléculaire ou le « cognitive enhancement », tout cela n'est pas dans les cartons de Legendre; il y voit tout au plus un pas politique en direction de la désobjectivation de masse.

Il convient d'ailleurs de noter qu'aucun des principaux auteurs mobilisés dans cette thèse – qu'il s'agisse de Legendre, de Kojève, de Lacan ou de Gauchet – n'a traité de l'imputabilité dans leurs travaux; chacun a saisi, à partir de son propre horizon théorique (droit, psychanalyse, anthropologie, philosophie), le moment de refonte subjective qui caractérise la modernité française depuis Descartes jusqu'à la *French Theory*. Or, chacune de ces perspectives permet de dégager une optique par rapport à un objet mouvant et complexe. Selon nous incontournable, le recours à ces travaux n'a cependant de sens qu'en direction de notre objet et pour soutenir le développement ponctuel d'un moment particulier de la thèse. Bien qu'accessoire par rapport aux enjeux mêmes de l'imputabilité, notre usage ne porte pas atteinte à l'intégrité de ce qui s'affirme dans ces œuvres, pas plus qu'il ne présume de l'existence d'une identité de perspectives entre des lectures d'origine méthodologique aussi diverse. Ainsi, des passages choisis dans les textes de Kojève, Legendre, ou Foucault ne sont utilisés que pour soutenir un moment spécifique de l'argumentation et décrire une des particularités de son objet : soit établir l'origine historique de l'intrusion de la psychiatrie en droit criminel (Foucault), soit accentuer des effets de contraste entre sujet/néo-sujet (Legendre), soit élaborer une définition de la réalité juridique grâce à la notion de Tiers (Kojève), ou encore soutenir que le néo-libéralisme n'est pas seulement une doctrine économique parmi d'autres, mais implique le redéploiement de l'ensemble des dispositifs institutionnels de la subjectivité moderne en mettant en fabrique un individu autrement constitué au plan psychique (Boltanski, Dufour, Gauchet, Melman).

³⁵ American Psychiatric Association (1994) : *Manuel diagnostique et statistique des maladies mentales*, Paris, Masson, 1996.

Du reste, une notion polymorphe comme l'imputabilité se plie mal au modèle binaire de va-et-vient entre la position d'un seul auteur et l'évolution linéaire de sa réalité dans le temps; elle implique une problématisation qui *distribue* des interrogations de divers ordres dans l'espace de l'analyse, en sorte que l'on se voit contraint de calibrer un « tir à la chevrotine » qui *disperse* des interrogations de divers ordres dans l'espace de l'analyse sans que l'on puisse être certain qu'un des projectiles plutôt qu'un autre n'ait atteint la cible. Cette situation ne tient pas à une imprécision initiale, voire à une incertitude conceptuelle qui minerait notre position finale; elle relève de la complexité même des rapports qu'entretiennent historiquement le droit criminel et les sciences de l'esprit moderne avec les notions de volonté, d'intention, de *mens*. La véritable relation entre ces deux champs est complexe et évolutive. C'est pour cette raison que notre analyse prend soin de ne pas réifier l'ordre des discours ou de réduire l'interaction entre les discours à de simples questions de subordination, comme il pourrait peut-être être un peu trop commode de le faire.

Cette prudence méthodologique peut, il est vrai, agacer et laisser des questions lancinantes sans réponses définitives. Elle a toutefois le mérite de pointer en direction de problèmes épistémologiques peu abordés comme tels par le droit criminel et qui dépassent le strict point de vue de l'admission de la preuve. Dans ce contexte, il est très difficile d'évaluer le degré d'intersection ou d'interdépendance entre le champ du droit criminel et celui de la psychiatrie moderne. La thèse n'hésite toutefois pas à soutenir au chapitre 5 – en utilisant le concept « d'affinité élective » emprunté à la sociologie de Max Weber, lequel permet de dépasser l'unilatéralité des rapports de subordination entre un discours disciplinaire et un autre – que le droit criminel retrouve dans la psychiatrie inspirée du DSM les matériaux requis pour une détermination de la normalité. La question est alors de savoir à quel moment il devient opportun, voire nécessaire, de mettre en question les fondements ayant mené à cette détermination, et par voie de conséquences les réalités idéelles que le droit constitue. La thèse évite, dans cette optique, des descriptions du fonctionnement de l'esprit en termes physiologiques ou anatomiques ou celles qu'on pourrait déduire de l'application de la rationalité pénale. Il ne serait pas possible au juriste le plus érudit de résumer l'état des connaissances actuelles dans le champ des neurosciences en ce qui a trait au continent intentionnel-volitionnel, ou même d'obtenir l'accord des chercheurs sur une définition

neurophysiologique du champ de la conscience. Aussi, dès le chapitre 2, la démarche s'inspire plutôt des travaux de Catherine Malabou et de Luc Boltansky et suggère que la description du cortex et des neurotransmetteurs dépasse le cadre strict des connaissances modernes sur l'anatomie cérébrale, car cette modélisation ainsi que son lexique émigrent jusqu'à l'univers des discours sur l'organisation sociale³⁶.

En insistant tout au long de ses développements sur le discours psychiatrique désormais organisé par le DSM dans son rapport au discours du droit criminel sur les états mentaux, la thèse s'assure de décrire des « effets de pouvoir et de vérité ». En revanche, elle ne prétend pas qu'un discours prend sa source dans la vérité de l'autre. Elle montre par exemple, à partir de l'arrêt *Lavallee*³⁷ (note 836), qu'à notre époque on peut reconfigurer la légitime défense en s'appuyant sur la confection psychiatrique du « syndrome de la femme battue ». La logique interne du droit criminel n'aurait pu y suffire, et elle s'y refusait d'ailleurs expressément avant la décision de la Cour suprême.

Lorsque la thèse décrit les rapports entre droit criminel et discours psychiatrique en disant, par exemple, qu'il n'y a certes pas absorption d'un champ par l'autre ni même fusion des horizons, mais qu'elle constate du même coup un travail d'infiltration de la raison psychiatrique et son émergence de fait dans la raison juridique moderne, ceci pour conclure que l'envahissement du champ pénal par la psychiatrie permet d'apprécier le degré d'interdépendance des discours d'autorité, elle tente simplement de rendre compte d'un état de fait dans la pratique actuelle du droit criminel. Comment, en effet, nier le contenu empirique de ces propositions? Et où peut-on observer en droit canadien des efforts de clarification doctrinale ou jurisprudentielle quant à la relation épistémologique entre droit criminel et psychiatrie?

³⁶ « Toute vision du cerveau est nécessairement politique. Ce n'est pas l'identité de l'organisation cérébrale et de l'organisation économico-sociale qui pose problème, mais au contraire la *non-conscience* de cette identité. La persistance des modèles technologiques depuis longtemps périmés pour représenter le cerveau barre l'accès à la compréhension véritable du fonctionnement cérébral et justifie le désintérêt que nous manifestons vis-à-vis de lui. (...) Au fond, *l'homme* neuronal n'a pas su parler. (...) Le discours neuroscientifique n'aura d'autre conséquence, en dehors des avancées médicales, que de produire à son insu des critères, des modèles et des cadres permettant de réguler le fonctionnement social et de faire valoir un peu plus chaque jour l'impératif de flexibilité comme norme mondiale de la marche idéale des choses ». Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, Paris, Bayard, 2004, p. 108 et 109.

³⁷ R. c. *Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

Adoptant sur ce plan la position de Michel Foucault, la thèse situe cette relation en termes de nécessité historique. Elle souligne que la psychiatrie moderne naissante a su tirer profit de la vitrine des assises criminelles dans sa lutte pour la reconnaissance à l'intérieur de la médecine. Quant à son rapport au droit, l'expertise psychiatrique s'est immédiatement heurtée aux réticences morales des juristes qui ont craint de voir s'étendre, à l'occasion de cette explication inédite des comportements criminels, la simulation des accusés et le laxisme social. Ils ont pressenti que l'élargissement et la dissémination des termes à caractère médical pour excuser des folies partielles allaient simultanément « troubler » les rapports à l'intention, à la conscience de soi, à la volonté et au libre arbitre en tant que continuums anthropologiques. Dans cette histoire de l'expansion des lexiques, Foucault identifie le rôle stratégique du mot *instinct*, mais on peut également songer à la fortune moderne du terme *dissociation* pour expliquer la monomanie homicide d'Esquirol, tout autant que certains comportements commis en état de somnambulisme ou ouvrant à une défense d'automatisme. La thèse reproduit d'ailleurs à dessein des passages de témoignages de psychiatres modernes réputés lors de leurs dépositions à titre d'experts devant jury dans le but d'illustrer le flou théorique actuel entourant les descriptions d'états mentaux.

Nous ne faisons donc pas mystère de notre position quant aux liens entre droit et psychiatrie. Prenant d'abord la précaution de désigner sous une forme plurielle les discours du droit criminel et les discours de la psychiatrie en référant principalement pour cette dernière à l'impact du DSM, nous prenons acte du fait que la psychiatrie moderne ne forme pas un bloc théorique monolithique. Nous nous attardons tout particulièrement au DSM parce que nous observons que ses contenus obtiennent la faveur d'un grand nombre de praticiens en Amérique du Nord et constitue pour les futurs psychiatres leur base de formation en plus de faire office de catalogue raisonné des références pour pondérer devant les tribunaux la normalité de certains comportements. Bien au fait des critiques suscitées en Europe par le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, nous trouvons dans la forme codifiée du DSM des parallèles entre les vignettes nosographiques et le découpage descriptif emprunté par les textes infracteurs. Dans les deux cas, nous décrivons les jeux et glissements entre deux ordres de normativité concourant à une intériorisation de la norme médicale par les sujets et à une régularisation des conduites sociales. La thèse décrit une dépendance sans subordination;

elle suggère que c'est précisément parce que le droit est autopoïétique qu'il peut se permettre de croire et de faire croire qu'il ne se réfère à la psychiatrie que de manière ancillaire ou qu'il dispose des moyens pour forger son propre concept de maladie mentale.

Dans le métissage disciplinaire de la normativité et de la normalité, on doit cependant éviter d'intentionnaliser les rapports de force à l'intérieur des formations discursives. Il s'agit avant tout de surfaces d'inscription sur lesquelles se relancent des stratégies de légitimation mutuelle et non d'effraction. Il importe tout autant d'abandonner des rapports d'engendrement ou de profondeur que d'imaginer des ordres discursifs opérant à l'intérieur de leurs limites ou se référant à un noyau pur, à une origine dont l'évolution des concepts ne serait que le dévoilement naturel et ordonné de ce qui les précède. Les discours de la psychiatrie (relèvent-ils ultimement du fonctionnement du mental, du cerveau, de la neurologie, de la génétique?) et ceux du droit ne détiennent pas de monopole de vérité : ils sont construits selon une architecture stable (catégories, ordonnancement, classe d'objets, etc.) et systématique (champ circonscrit de compétence selon des prérogatives exclusives). Droit criminel et psychiatrie forment en Occident l'entrelacs discursif censé déterminer la nature complexe d'un état d'esprit particulier, trancher entre la nature intrinsèquement coupable de la conscience individuelle ou l'état pathologique avéré par un comportement criminel. Cet exercice de qualification savante procède selon les règles de l'art du diagnostic et du discernement judiciaire. Aussi subtile qu'elle puisse être, la finalité extérieure de ses conclusions n'échappe jamais complètement à la reconnaissance sociale ou à la compréhension générale qu'en a le public. Il n'en va pas de même pour une équation en astrophysique ou pour une modélisation en biologie moléculaire. Historiques, les énoncés sur la nature des états d'esprit mutent avec l'accroissement des connaissances existantes : d'une édition à l'autre du DSM, des troubles mentaux disparaissent, des infractions sont abrogées, d'autres sont créées. Au fil du temps, les versions du DSM sont successivement rendues opératoires par un vote à la majorité de la corporation des psychiatres américains, tout comme le droit reste en tension dialectique avec les changements sociaux.

Deux traits liés à l'exercice du pouvoir décrivent la dynamique de ces dispositifs discursifs : s'ils tiennent lieu de réponse véritable à des problèmes pratiques pour une période historique donnée, ils ne s'excusent pas rétrospectivement pour une classification fautive (par

exemple la classification de l'homosexualité, ou des politiques judiciaires erronées), ce qui risquerait de faire apparaître comme arbitraires des choix ou des orientations et déconsidérerait d'autant le caractère véridique de l'entreprise générale de qualification. Dépositaires exclusifs, investis socialement de l'autorité pour répondre aux questions sur le sens des comportements pathologiques ou criminels, ils n'ont certes pas le monopole de la vérité, mais produisent des effets de vérité. Ce qui ne confine pas au relativisme ou à quelque nihilisme méthodologique, car la vérité du diagnostic psychiatrique, comme celle de la décision judiciaire, existe dans les limites du cadre qui l'énonce et grâce au pouvoir qui la fait reconnaître.

Lorsqu'il est question de l'esprit en Occident, l'idéologie psy traverse à ce point l'espace social que tout se passe comme si elle préformait l'approche juridique et son type d'intervention. Dans cette optique, nous n'avons pas trouvé de décisions judiciaires où un magistrat a, pour un même accusé, rejeté simultanément la plausibilité de deux expertises psychiatriques partisans aux conclusions contradictoires. En droit criminel, une expertise en chasse une autre; son statut *per se* n'est pas discuté parce qu'il s'agit d'une branche de la médecine moderne. On ne s'interroge pas par exemple sur le caractère idéologique de la psychiatrie américaine, pas plus qu'on ne se rappelle qu'à une autre époque, la psychiatrie soviétique était tout aussi rigoureuse dans sa formulation des concepts et des diagnostics. Chacune à leur manière, psychiatrie et droit sont des instances autorisées, des définisseurs comportementaux légitimant des interventions du pouvoir pour une période donnée.

Dépendant sans subordination, le droit cultive les rapprochements intéressés lorsqu'il s'agit de distinguer la nature criminelle ou pathologique d'un comportement. Bonne fille, la psychiatrie n'hésite pas à se prêter au jeu du oui ou du non pour des questions relevant des états passés ou présents d'un accusé. Indépendante du droit, la psychiatrie ne règne dans les prétoires qu'à la condition de se fondre aux formes judiciaires prescrites par la pratique et en traduisant ses explications factuelles en des termes reconnus par le droit criminel (volontaire/involontaire, conscience/inconscience). Elle contribue à reconstruire devant un auditoire la nature criminelle ou non d'une intention. L'expertise psychiatrique est d'ailleurs à ce point ancrée dans les mœurs du droit criminel que certains de ses représentants se spécialisent – à l'instar des avocats de la couronne et de la défense – à rendre tout au long de leur carrière des avis en faveur ou au détriment de l'une des parties. Dans cet ordre d'idées, on

peut soupçonner que les contradictions importantes au niveau du diagnostic et leur justification par chacun des experts en cours de procès heurtent l'entendement judiciaire (surtout lorsqu'elles sont développées et soutenues à partir d'une même base a-théorique et prétendument « objective » comme le DSM), mais jamais suffisamment pour que soit remis en cause le bien-fondé scientifique, médical de l'expertise psychiatrique comme intervention souvent déterminante dans le cours d'un litige.

À cet égard, notre thèse ne dévoile rien de caché. Elle s'inscrit plutôt en rupture d'évidence; elle rompt le charme qu'opèrent des démonstrations et la production de preuves de cette espèce en s'interrogeant tantôt sur leur mode de fabrication (la dimension « oraculaire » rétrospective), tantôt sur la qualité de l'éclairage judiciaire prétendument obtenu par de tels procédés (simplifient-ils dans les faits la prise de décision d'un jury?). Elle tente d'engager une prise de distance par rapport à la facilité avec laquelle semblent se réconcilier des méthodes cliniques et des perspectives pénales. Parce que ces approches participent de régimes de véridicité différents, une erreur diagnostique au plan médical peut donner lieu à un véritable acquittement au plan juridique et vice et versa. Autonome en théorie, le droit reste dépendant en pratique de la psychiatrie en n'élucidant jamais pour lui-même son rapport au mental ou en ne s'y référant qu'à partir des éléments constitutifs de l'infraction (intention, volonté, état d'esprit blâmable, etc.) qui alimentent l'échange rhétorique et les positions opposées des parties. À l'exception de la construction juridique de la défense d'automatisme, défense qui n'a pas d'équivalent exact en psychiatrie moderne et qui renvoie à un mélange nosographique imparfait entre « trouble explosif intermittent » et « trouble dissociatif », les dysfonctionnements de l'esprit sont à charge d'expertise. Dans la hiérarchie des témoignages d'experts en ces matières, celui du psychiatre paraît être le plus efficace pour légitimer une narration descriptive des états intérieurs.

Toutefois, les enjeux supérieurs de la rationalité pénale sont plus importants que les écueils inévitables des fréquentations assidues ou de la cohabitation forcée. La thèse décrit l'union libre entre des discours théoriques se rencontrant à l'occasion de la qualification d'états d'esprit et de leurs implications pratiques subséquentes. Dans cet échange de bons procédés, le droit criminel trouve dans la psychiatrie une alliée « objective » à la poursuite et à la reconnaissance d'états d'esprit susceptibles d'engager la responsabilité des individus. Il voit

en outre se confirmer son intuition fondatrice selon laquelle *Actus non facit reum nisi mens sit rea*, c'est-à-dire que l'acte ne peut être coupable à moins que l'esprit ne le soit. Alors qu'un procès criminel tend à élucider des faits, l'usage du discours scientifique ajoute un élément supplémentaire à l'ensemble de la démarche. Par quel autre lexique un jury pourrait-il aujourd'hui décider de la nature d'un comportement criminel lorsque celui-ci est remis en cause par l'existence possible d'un trouble mental? Comme nous le verrons au chapitre 5, la psychiatrie est devenue nécessaire au droit criminel et indispensable à sa légitimation sociale. En contrepartie, le droit criminel devient utile pour tenir ensemble les « objets » de la psychiatrie revendiqués par plusieurs champs spécialisés dans l'étude du cerveau au sein de la médecine dite « dure ».

Le procès criminel reste la mise en scène formelle d'une confiance socialement organisée autour de la responsabilité individuelle. Les contradictions pratiques générées par la rencontre de la psychiatrie et du droit criminel font ressortir l'incertitude des consensus autour de l'imputabilité. Dans la personne de l'accusé, le dispositif juridique interpelle bien davantage une certaine idée morale qu'il ne tient responsable l'individu à l'origine de ses actions. À divers moments de son histoire, toute société étale une « courtepointe » de situations singulières et de croyances irrégulières ou contradictoires sans jamais pour autant trouver les expressions justes pour qualifier ces états de fait ou simplement en prendre conscience. Elle peut encore moins décrire ces changements d'état de confiance dans ces institutions. Les croyances collectives ne se laissent désavouer ni par la réalité ni par les contradictions rationnelles évidentes; ces dernières sont souvent vues comme des faits désagréables au sens wébérien que l'on préfère ne pas voir ou face auxquels on tend à s'aveugler volontairement. Par exemple, la fin de la pratique religieuse n'est pas nécessairement l'expression laïque d'un état de fait traduisant une volonté de supprimer les signes religieux dans les espaces publics : on peut ne plus adhérer majoritairement à des contenus institutionnels révélés et rendre en même temps obligatoire (par la loi) la formation religieuse pour tous. De la même manière, on peut appairer le dispositif normatif de la psychiatrie à celui du droit criminel sans jamais se rendre compte, mais surtout rendre compte, des tensions entre l'explication morale et l'explication médicale d'un même comportement.

Notre thèse soulève un problème d'adéquation épistémologique dans la mesure où on ne peut identifier dans le droit la source proprement juridique de sa conception de la maladie mentale sans en déduire qu'il ne peut, de fait, que l'emprunter au champ de la psychiatrie. Cela ne veut pas dire qu'il suit aveuglément les orientations psychiatriques du DSM. Il tient par exemple pour inacceptable toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle alors que dans les premières versions du *Manuel Diagnostique*, l'homosexualité y figurait comme un trouble mental au même titre que le désordre obsessionnel compulsif ou la phobie des animaux. Il ne s'agit pas non plus d'établir la question du monopole de la vérité, ou de suggérer une essence à la maladie mentale. C'est bien plutôt l'exact contraire que nous essayons de faire apparaître. D'ailleurs, ces deux considérations n'entrent jamais comme telles dans la rationalité pénale, pas plus qu'elles n'éclairent dans la pratique courante le raisonnement diagnostique. Il s'agit plutôt de voir dans deux discours autoritaires des zones d'ombre où s'entrecroisent à une époque donnée des intérêts normatifs communs pour une société qui investit de manière toujours plus fine le champ des comportements individuels. Il y a dans le DSM une politique du diagnostic, comme on parle en droit des intérêts supérieurs de la justice (ou ce qui est susceptible dans la pratique d'en déconsidérer l'administration), sans qu'on doive en déduire que tous les diagnostics ont une composante politique ou encore que toutes les décisions judiciaires remettent en cause l'impartialité des acteurs ou la neutralité axiologique des principes juridiques.

L'idée, sous-jacente à cette thèse, que le champ médical exercerait une légalité « occulte » ou en tout cas une légalité qui n'est pas encore officiellement perçue comme telle ne relève pas, en outre, d'une intention manifeste de certains acteurs d'imposer la vision de leur discipline à une autre. Ce caractère occulte tient plutôt à des présupposés partagés entre des locuteurs sans que ceux-ci ne s'en aperçoivent ou n'en rendent compte dans leur propre théorie – il s'agit en quelque sorte pour eux d'un impensé. Dans le cas des rapports psychiatrie et droit; nous donnerons l'exemple de l'arrêt *Lavallee*³⁸ pour illustrer une permutation brutale du sens de la juridicité. Toutefois, le véritable problème réside dans le double sens, trivial et savant, par exemple entretenu en pratique lors des plaidoiries devant jury de termes à connotation mentale comme intentionnel/non-intentionnel ou volontaire/involontaire.

³⁸ R. c. *Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Voir note 835.

Comment s'assurer que dans cette mitoyenneté des termes mentaux l'on soit en mesure d'accorder la bonne mesure, le poids exact à chacune des composantes psychiques du comportement d'un accusé? La ligne de partage est mince entre ce qui appartient au registre du déterminisme psychique incoercible chez un individu donné et ce qui doit être tenu pour un trait de personnalité immoral ou cruel. C'est qu'en cours de procès, l'éclairage psychiatrique est tout à la fois un cadre interprétatif servant à faire parler les faits et une hypothèse explicative des comportements parfois en concurrence avec le sens moral d'une action criminelle³⁹. Or, comment s'assurer aussi que lors d'un acquittement ou d'un verdict de non-responsabilité les éléments pris en compte sont toujours ceux du droit criminel plutôt que l'assentiment donné ou non à une explication psychiatrique qui infiltre ou mine jusqu'au verdict les consciences qui délibèrent? Au terme de l'entreprise, personne n'est jamais certain si les acteurs se sont de fait prononcés sur la plausibilité d'un diagnostic ou sur l'adéquation véritable du cas aux règles du droit. Ils ont même très bien pu avoir cru sincèrement faire l'un en ayant fait l'autre. Force est par ailleurs de reconnaître qu'affirmer qu'ils se sont prononcés sur le diagnostic ou sur l'adéquation aux règles de droit, ou sur un mélange des deux, est tout simplement invérifiable; à moins de procéder à des entrevues de ces acteurs, et encore... Nous pouvons alors ne proposer qu'une lecture de ce qui peut se produire, éclairée par l'hypothèse de confusions possibles entre les genres.

Le droit pénal n'est certes pas équipé pour travailler les réalités sous-jacentes à l'idée d'arc réflexe, d'inconscient ou de complexes mentaux. Son champ n'est assurément pas non plus celui des théories de l'esprit, et sa tâche moins encore de produire un savoir positif en ces matières. L'idée d'arc réflexe dans la thèse marque le passage historique d'une frontière quant aux conceptions, en Occident, du fonctionnement de l'esprit comme prolongement du système nerveux aux environs des années 1900 (en opposition aux représentations spiritualistes de la psychologie qui avaient cours à la même époque). L'opération de sauvetage théorique de la défense d'automatisme, qui est tentée dans la thèse, s'inscrit dans l'effort pour désigner un lieu en droit criminel où le système nerveux est pris en compte comme entité psychique autonome

³⁹ « Les confusions du langage juridique proviennent souvent (...) de la différence essentielle entre la nature de la réalité et celle du langage : la réalité change tandis que, pour leur part, les jeux de langage demeurent ou, dans le meilleur des cas, changent à un rythme différent de celui de la réalité ». Eduardo SILVA-ROMERO, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002, p. 130.

en lieu et place du sujet moral. Autrement dit, le droit criminel qui rebute pourtant à l'idée de considérer une topique comme celle de l'inconscient freudien, paraît plus enclin à absoudre un sujet absent à lui-même, inconscient de ses actions (entendons subissant la force autonome d'une décharge nerveuse incontrôlable), qu'à admettre que le sens d'une intention criminelle puisse échapper complètement à son auteur. Pareille admission replierait de manière trop complexe la portée d'un acte criminel sur l'histoire individuelle. L'automatisme représente à ce titre un compromis, une exception à l'économie générale des excuses intentionnelles, (erreur de fait, de droit, etc.) et des explications exonératrices; une sorte de défense d'alibi au plan psychique. Accommodement entre le trop-plein de sens à considérer dans l'appréciation de la part subjective d'une action criminelle et la reconnaissance d'une donnée neurologique pour certaines actions subites et violentes, l'automatisme ne résiste à l'examen qu'en tant qu'il maintient ouvert, au sein d'un système moral où la conscience et la volonté sont magnifiées, l'espace de leur *abolition* – car c'est bien d'une forme d'abolition dont il s'agit ici. En lui-même, il ne justifie pas pourquoi une « interruption de service » du sens moral, la syncope de la conscience de soi, permet l'irruption non intentionnelle d'une action criminelle souvent brutale et répétée. Plus précisément, pourquoi le courant continuerait-il de passer dans certains secteurs de la vie physique d'un individu au point de commander une action musculaire explosive plutôt qu'une autre sans que le sens moral n'ait été alerté? On peut admettre que la convulsion désordonnée de l'épileptique cause des blessures accidentelles pour l'entourage immédiat, pour les témoins de la crise, on admet moins facilement qu'un meurtre puisse être commis sur une victime connue par l'accusé. La thèse de la rupture du faisceau intentionnel censée manifester l'automatisme pur paraît moins convaincante dans le cas des proches que dans celui d'une action criminelle désordonnée sans finalité spécifique. Cette défense n'est disponible que pour constituer une sorte de seuil neuropsychologique par contraste avec d'autres actions criminelles comme la kleptomanie ou la pyromanie dont les composantes neurologiques sont moins apparentes et moins graves que le meurtre et qui ne peuvent être reconnues comme susceptibles d'acquiescement.

On comprend ainsi la position stratégique de la défense d'automatisme dans la logique du discours du droit criminel. Défense peu usitée en pratique, mais contrepoids théorique de première importance pour la logique interne d'un système présupposant la conscience claire et

imprimant au sujet de droit sa vision anthropologique constituée par l'adéquation du fonctionnement des instances psychiques avec la capacité de discernement moral. Il est malaisé d'imaginer le surgissement brusque d'un autre régime de causalité qui aurait un niveau de cohérence similaire à celui que distille la common law depuis des siècles. C'est précisément pour cette raison que dans un système de mise en fabrique de la culpabilité ne peuvent apparaître que des incidents socialement décriés ou des verdicts de non-responsabilité occasionnés par la nature ou la composition particulière d'un jury. Un système pénal ne saurait être construit ailleurs ou autrement que sur sa capacité à rendre rationnellement légitimes des sanctions et à faire reconnaître socialement l'existence de la culpabilité individuelle. Ces deux finalités dépassent la qualité des moyens utilisés pour les atteindre. Les troubles du contrôle de l'impulsion comme tels, ou les conséquences de la dissociation ne seront jamais que des modes explicatifs alternatifs du comportement criminel qui ne constituent pas de défenses nouvelles élargissant dangereusement le spectre des conduites excusables. Il peut y avoir des moments d'incertitude issus de la fréquentation de la psychiatrie par le droit criminel, mais jamais au point de remettre en question le caractère causal de la subjectivité dans l'imputabilité. Si un système explicatif peut en adoucir un autre, il ne peut s'y substituer, surtout s'ils ont des objectifs distincts. L'impact d'une psychiatrisation du droit n'est mesurable que par le degré d'érosion que va imposer au processus d'imputabilité la fortune de certains termes psychiatriques comme la dissociation, le stress post-traumatique ou les troubles adaptatifs qui passeront sous le radar moral à l'occasion de grands procès.

C'est que le droit criminel ne peut tout à la fois rendre justice à des théories neuronales en pleine évolution et s'acquitter de son rôle de protecteur de la société. Il peut cependant s'assurer de mettre un terme à l'indivision des lexiques mentaux lors des procès et faire en sorte que ne soient pas confondus les exigences du droit et les diagnostics de la psychiatrie. À cet égard, s'il peut paraître injuste de punir des malades, il n'est pas moins inquiétant au plan social de ne ramener des actions criminelles qu'à des conditions psychiatriques et au fonctionnement du cerveau compris comme cause causante et de réduire ces dites actions au simple statut de symptômes ou de maladies. L'imputabilité ne saurait être dissoute dans un diagnostic, aussi précis puisse-t-il être. La survie du sujet de droit telle qu'on le connaît est liée

à celle du principe de l'imputabilité, même si ce principe doit être atténué selon le contexte et l'état des connaissances.

Il importe de rappeler ce qui constitue un trait constant de la thèse : l'évocation du champ neuronal ne vise pas à annoncer la venue au droit d'un sujet moral qui pourrait revêtir les habits neufs des neurosciences. Si le paradigme de l'imputabilité pénale bat de l'aile comme la thèse tend à le suggérer en questionnant les efforts réconciliateurs de la psychiatrie légale, ce n'est pas parce qu'il peut être remplacé par le sujet neuronal, synaptique ou biopsychique. Cette instance n'est justement plus un « sujet » au sens juridique du terme, mais bien plutôt le résultat d'une synthèse de processus cognitifs morcelés qui échappent à l'idée d'une représentation simple de la volonté initiatrice de l'action comme à l'usage rhétorique d'une conscience unificatrice et délibérante.

Le démantèlement progressif d'un paradigme comme celui de la culpabilité pénale n'en fait pas surgir un autre. Il n'y a pas de position reconstructrice satisfaisante parce que personne ne peut prédire le tour que prendra l'expansion du champ psychiatrique et dans quelle proportion la position subjective sera décalée. Combien de vignettes nouvelles du DSM vont s'ajouter dans l'avenir à celles déjà existantes pour circonscrire la normalité et faire apparaître l'anormalité comportementale? Dès le chapitre 2 de la thèse, le sujet neuronal figure à titre d'hypothèse idéologique contemporaine de l'ordre néo-libéral; cette hypothèse est issue des institutions de cet ordre néo-libéral; elle exprime un tout autre rapport à l'intériorité, qu'il s'agisse de trauma, de panne dépressive, ou encore de burn-out. L'expression « néo-sujet » pour désigner le sujet du droit criminel actuel ne marque donc pas une valeur ajoutée venant s'additionner à l'ancien sujet moral pour mieux l'expliquer ou le comprendre; il le fait plutôt apparaître comme résultat, une fois qu'il a été soustrait du paradigme moral articulant volonté, intention et conscience dans la rhétorique du discours pénal.

Le discours des sciences cognitives s'est justement construit à contre-courant des présupposés moraux qui guidaient l'ancienne psychologie⁴⁰; il n'a cessé d'en affaiblir la

⁴⁰ « Toute la psychologie est jusqu'à présent restée accrochée à des préjugés et à des appréhensions d'ordre moral ; elle n'a pas osé se risquer dans les profondeurs. (...) Une physio-psychologie authentique rencontre des résistances inconscientes dans le cœur du chercheur, elle a le « cœur » contre elle. La simple théorie de l'interdépendance des « bons » et des « mauvais » instincts semble un raffinement d'immoralité et éveille la détresse et le dégoût dans une conscience encore vigoureuse et courageuse ; plus encore, la doctrine qui fait

portée sociale tout autant que les certitudes pratiques au chapitre de notions cardinales comme le libre arbitre. Le néo-sujet étant la conséquence d'une soustraction, personne ne se risque à dire encore que le roi est nu, parce que le recours à l'expertise psychiatrique vient justement couvrir l'espace ouvert par le démembrement neuroscientifique des instances psychiques traditionnelles en permettant de réaffirmer la pérennité sociale du concept de responsabilité individuelle plutôt que d'en dévoiler explicitement les mécanismes psychiques. Comme nous le verrons⁴¹, l'expertise du psychiatre Morissette dans l'affaire *Proulx* est assez éloquente à ce propos : cette expertise maintient tant bien que mal les liens entre l'ancien ordre discursif de l'imputabilité et les nouveaux agencements comportementaux sous la dictée des effets moléculaires.

Si la psychiatrie légale prolonge ainsi la vie utile du sujet du droit criminel responsable, elle ne le sauve pas. En ce sens, point n'est besoin d'être devin pour promettre à la psychiatrie légale des développements toujours plus amples, des constructions plus hardies pour décrire sociopathes, tireurs fous, et autres figures infâmes à la source des peurs collectives comme de l'augmentation des cotes d'écoute ou du tirage dans les médias. Elle arrive même à accepter – il n'y a pas de dénonciation publique au nom de la Science par les psychiatres – que l'on puisse encore punir un grand nombre de ces criminels sans culpabilité en acceptant qu'ils puissent être certes malades au sens de la psychiatrie, mais néanmoins encore coupables au sens du droit. À cet égard, les références aux cas *Hotte* et *Proulx* nous ont paru d'assez bons exemples de ce compromis⁴².

De ce point de vue, notre critique reste consciente de ses limites. Elle doit être comprise comme un effort d'illustration, une tentative de mise en contraste composée dans les aigus, mais qui doit être lue ou interprétée dans des tonalités plus basses. Elle postule que l'expertise psychiatrique ne peut que s'incruster toujours davantage dans le discours du droit criminel à mesure que s'affinent et se mettent en discours les découvertes sur le fonctionnement du cerveau et ce, malgré les problèmes déjà soulevés par les questions

dérivé les bons instincts des mauvais ». Friedrich NIETZSCHE, *Par-delà le bien et le mal*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1973, p. 57.

⁴¹ Voir le chapitre 5. 7.

⁴² Voir plus loin au chapitre 5. 8. *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277-1300; *Hotte c. R.* 2005 QCCA 625; R. c. *Hotte*, 2006 CSC 8, [2006] 1 R.C.S. 379.

d'admissibilité de la preuve ou ceux de la portée scientifique de cette expertise au sein de la médecine. Parce que le droit criminel a pris ce qu'il a toujours enseigné comme étant la vérité, toute démonstration critique risque d'apparaître comme adverse et d'emblée outrancière. Problématiser plutôt que répondre, faire apparaître et décrire des mécanismes d'influence paraissent des tâches plus urgentes que celle d'esquisser des voies de solution qui ne réussiraient qu'à « faire du vieux avec du neuf ». Il s'agit de faire œuvre d'arpentage bien plus que de mise en chantier. Pour le contexte décrit, une solution immédiate – ou qui engagerait des virages décisifs – pourrait résider par exemple dans la nomination d'un *amicus curiae* permanent afin d'instruire les tribunaux sur la portée à donner à des thèses psychiatriques adverses, ce qui servirait à en désamorcer la légalité occulte souvent en concurrence avec l'explication juridique d'un cas. Cette solution, convenons-en, ne va toutefois pas de soi dans le contexte accusatoire du procès criminel au sein de la tradition de common law. Il n'en demeure pas moins que cet apport d'une ressource disponible neutre permettrait de suivre l'évolution des connaissances en psychiatrie, d'éliminer les explications équivoques en recentrant l'opinion psychiatrique sur les faits d'une cause plutôt que de faire de la plausibilité d'un diagnostic médical un procès en soi à l'intérieur du procès.

Le droit n'a d'ailleurs pas à choisir entre diverses propositions modernes sur le fonctionnement de l'esprit pour les neurosciences; il a à ne retenir que celles qui permettent de distinguer l'intention criminelle de la manifestation pathologique en regard d'une norme sociale acceptable.

Dans le contexte de la thèse, l'automatisme est donc un vestige et une promesse : vestige parce qu'il constitue à la fois l'explication mécaniste d'un comportement violent et une posture discursive qui bloque l'accès à une éventuelle exonération pour des infractions moins graves ou moins spectaculaires, mais aussi promesse parce qu'à l'instar de la révision de la légitime défense proposée dans le cas *Lavallee*, une défense d'automatisme élargie permettrait d'expliquer des comportements aberrants ne relevant ni de l'aliénation mentale au sens de l'article 16 du Code criminel, ni même de l'intoxication volontaire.

Aussi, la thèse cible-t-elle le sujet dit « sous influence » parce qu'elle identifie à une orthopédie moléculaire les moyens pharmacopolitiques déployés par l'ordre néo-libéral. Ce choix n'est pas nouveau. Il a été envisagé dès 1932 par Aldous Huxley dans *Le meilleur des*

*mondes*⁴³, à une époque où n'existaient ni les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine (antidépresseurs) ni la panoplie des redresseurs de l'attention (psychostimulants) désormais associés à l'adaptation scolaire des enfants. Sans contradiction politique externe, la société de consommation ne peut que repousser sur ses sujets son absence de limites. La thèse s'oriente d'ailleurs vers l'analyse des moyens pris pour procéder à la réduction des antinomies idéologiques causées entre autres par la pauvreté ou par le travail précaire grâce à des considérations d'ordre thérapeutique reliant fonctionnement neuronal et déconvenues individuelles. Elle donne en exemple tantôt les retombées politiques du terme clinique de résilience, tantôt la médicalisation des enfants de milieux défavorisés aux États-Unis chez qui un trouble de l'attention avec hyperactivité est diagnostiqué alors qu'ils n'en présentent pas les symptômes, dans le but de les maintenir à l'école alors que leur environnement rendrait impossible cette assiduité.

La référence à un sujet dit sous influence vise à mettre en branle une démonstration à double action. La première consiste à faire ressortir l'incomplétude des théorisations sur la linéarité intentionnelle et volitionnelle du sujet pénal traditionnel dans la mesure où l'usage légal des substances psychotropiques, à l'instar des médicaments pour traiter les dysfonctions érectiles, surdétermine ces opérations psychiques en désinhibant les centres de l'action. Quel statut juridique accorder alors à la délibération, à l'intentionnalité ou au libre arbitre habituellement conçus par la doctrine pénale dans un tout autre contexte? À lui seul, cet élément suggère au moins une redéfinition du régime de la responsabilité pénale. C'est pour cela que nous parlerons de rendez-vous manqué au plan doctrinal lorsque nous traiterons de l'arrêt *Proulx* dans la thèse.

Le choix d'un sujet traversé par des effets moléculaires se justifie d'autant mieux que l'augmentation de la consommation de psychotropes dans les pays développés accompagne l'accroissement du phénomène dépressif. Ce phénomène peut être compris à la fois comme une pathologie des échanges entre neurotransmetteurs et comme une réponse individuelle aux exigences incessantes de flexibilité du néo-libéralisme.

Le second aspect de cette démonstration consiste à interroger la croissance exponentielle du phénomène dépressif par rapport à la fonction éventuellement idéologique du

⁴³ A. HUXLEY, *Le meilleur des mondes*, Paris, Librairie Plon, 1933.

discours de la psychiatrie quant à l'existence d'un véritable diagnostic de cette épidémie⁴⁴. À cet égard, les versions du DSM représentent une codification pour la psychiatrie nord-américaine aussi importante que n'a pu l'être le *Code civil* pour le droit bourgeois, en mettant un terme à un grand nombre de pratiques locales et en instaurant une classification stratifiée et organisée selon des divisions fixes – pour le droit : les personnes, les biens, les contrats, – pour le DSM : par exemple les troubles cliniques, les troubles de la personnalité, les maladies somatiques, ce qui a ébranlé les certitudes de la psychanalyse de même que son modèle d'écoute et d'investigation et qui en a marginalisé la pratique en Amérique du Nord. Le travail par soi sur soi que sous-tendait la psychanalyse a ainsi cédé le pas dans une large mesure au travail du médicament sur le soi d'un sujet de plus en plus passif.

Cela dit, la prise de médicament n'amène ni à l'irresponsabilité ni à la surresponsabilisation des individus. La thèse analyse plutôt le cadre particulier de l'obtention du consentement entourant la consommation de psychotropes en des termes qui amènent à mettre en cause la portée du consentement individuel. En d'autres mots, l'alternative de la responsabilité individuelle en matière de médication n'est pas la même que la décision de consommer des stupéfiants pour commettre un vol de banque. La thèse déplace le centre de gravité sur le contexte plutôt que sur l'agent, car il arrive que des modifications comportementales débordent le simple redressement de l'humeur. Même préalablement informé des effets secondaires, un individu peut-il véritablement consentir aux conséquences imprévisibles de ce traitement sur sa conduite? Consentir à l'amélioration d'un état intérieur est-il compatible avec la conception habituelle des acquiescements admis et tenus en haute estime par la doctrine juridique? Dépassant à la fois la théorie civiliste de l'« acceptation des risques » tout autant que la notion pharmaceutique d'effets secondaires, quel poids accorder au consentement donné par un dépressif qui commet un acte criminel sous l'emprise d'un antidépresseur? Envisagé initialement comme réponse au traitement dans le cadre restreint

⁴⁴ « En 1970, il y avait cent millions de déprimés dans le monde. Trente ans plus tard, ils sont peut-être un milliard! Selon plusieurs rapports d'organismes officiels, la dépression est aujourd'hui la quatrième cause mondiale de handicap et elle devrait passer au deuxième rang dans les vingt-cinq prochaines années (...). En France, le nombre de patients déprimés et soignés a augmenté de 1 million en dix ans (1980-1991), les femmes étant toujours trois fois plus nombreuses que les hommes. Cela représente une augmentation de 60%. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), la dépression sera ainsi dans les prochaines années un des deux grands problèmes de santé publique et peut-être même le premier, avant les maladies cardio-vasculaires ». P. PIGNARRE, *Comment la dépression est devenue une épidémie*, Paris, Éditions de la Découverte, 2001, p. 11.

d'une symptomatologie, l'effet désinhibiteur dépasse parfois le cadre des finalités thérapeutiques. C'est la vraie nature de l'exercice de la liberté individuelle que la métabolisation des substances psychoactives interroge depuis la multiplication des variables et des inconnus psychopharmacologiques. Est-ce à dire pour autant que les conséquences lointaines échappent à la responsabilité de l'agent, du prescripteur, voire du fabricant? Comment établir ce partage? En amont des décisions individuelles, l'instauration de critères médicaux et assurantiels pour déterminer la durée d'un congé de maladie ne rend-elle pas prévisible le consentement à ce genre de traitement? Quels arguments rationnels opposer à un refus de traitement, mais surtout quelles conséquences professionnelles tirer de pareil refus? Les contraintes exercées par les milieux de travail et les pressions économiques agissent bien davantage sur les consciences individuelles que ne le peuvent des réflexions mûries à la lumière de considérations sur le sens existentiel à donner au trouble mental. Peut-on d'ailleurs ramener le désir d'interrompre des symptômes pénibles à autre chose qu'à un assentiment au mieux-être, et peut-on jamais avoir consenti aux conséquences disproportionnées des efforts pour se rétablir?

Si la thèse s'intéresse d'abord aux effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale, c'est pour éviter de faire le procès de la société en général, même s'il n'est pas moins exact de penser que la critique qu'elle contient s'inscrit dans la perspective traditionnelle du droit pénal et à sa manière d'aborder d'un point de vue individuel les questions relatives à la responsabilité et à la culpabilité.

La thèse se situe donc à l'intersection de quatre interrogations majeures. La première revêt un caractère général; elle porte sur ce qu'il advient au droit lorsque les institutions tutélaires et titulaires d'un modèle d'autorité sont à l'agonie sans que l'on puisse passer à autre chose, sans qu'il ne soit possible pour le moment de substituer ou d'inventer d'autres modèles que ceux qui consistent, dans une sorte d'atermoiement palliatif, en une simple conservation des manières de dire et de faire. Comment le droit, qui implique tout à la fois l'idée d'obéissance, de commandement et de respect de l'autorité, peut-il tenir lorsque la fonction parentale, la famille, l'école, le monde du travail – ces institutions au sens fort du terme – sont à la dérive? On comprend mieux, depuis Émile Durkheim (1858-1917), que la dislocation des institutions sociales n'est pas sans incidence sur la structure morale et psychique des individus.

À la différence des observations éclairantes du sociologue, nous nous intéressons ici aux incidences psychiques de ces bouleversements, de même qu'à l'apparition d'un « néo-sujet » ou encore de l'individu « moderne »⁴⁵. Non seulement les conditions institutionnelles constitutives de la subjectivité responsable s'évanouissent dans la réalité statistique (disparition des unions stables et de la famille traditionnelle⁴⁶, raréfaction de l'enseignement marqué par l'effort d'apprentissage, mise en question de la loyauté réciproque du travailleur et de ses supérieurs hiérarchiques au profit de la flexibilité et de la mobilité des parties au contrat de travail), mais elles engagent du même coup la mise en fabrique d'un sujet dont le psychisme est sensiblement modifié par les médications psychotropes consommées depuis le jeune âge jusqu'à la vie adulte⁴⁷. Tout se passe comme si, lorsqu'un certain ordre symbolique est démembré, un mode de régulation moléculaire des conduites sans affrontements ni conflits⁴⁸ devait reprendre en sous-main le travail cosmétique de maintien minimal du fonctionnement social indispensable à la sécurité des échanges. Cette première interrogation forme le paysage à partir duquel s'articulent les trois autres interrogations.

⁴⁵ Pour les fins de cette thèse, il n'est pas opportun d'entrer dans les subtilités lexicales ou distinguos sémantiques des sociologues sur le choix d'une qualification, moderne ou hypermoderne, du sujet. Rappelons seulement que selon Robert Castel, « le type de personnalité que nous qualifions d'« hypermoderne » émergerait dans les années 1970 en Europe occidentale et en Amérique du Nord. Dans la société qui se dessine à partir de ces années-là, société où l'hyperconsommation devient la règle, société flexible, sans frontières et sans limites, société fluide ou « liquide », pour reprendre l'expression de Zygmunt Bauman ». Nicole AUBERT, *L'individu hypermoderne*, Paris, Éd. Érés, 2010, p. 17.

⁴⁶ Dans la *Démocratie contre elle-même*, Marcel Gauchet écrit : « Déinstitutionnalisation de la famille : entendons que la famille cesse d'être une *institution* - mais mesurons bien ce que veut dire institution ! Cela ne concerne pas les formes mais la substance de la chose. Nous avons sous les yeux un phénomène historique majeur, qui marque une inflexion déterminante dans le fonctionnement des sociétés dont l'onde de choc va s'étendre loin dans le temps. (...) La famille cesse d'être ce qu'elle fut depuis toujours, (...) un rouage de l'ordre social. Elle cesse de constituer une collectivité significative du point de vue de l'entretien et de l'établissement du lien social ». Marcel GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 238 et 239.

⁴⁷ Comme le sociologue Alain Ehrenberg le constate, « en l'an 2000, les pathologies de la personne sont celles de la responsabilité d'un individu qui s'est affranchi de la loi des pères et des anciens systèmes d'obéissance ou de conformité à des règles extérieures. La dépression et l'addiction sont comme l'avertissement et l'envers de l'individu souverain, de l'homme qui croit être l'auteur de sa propre vie alors qu'il en reste le sujet au double sens du mot : l'acteur et le patient ». Alain EHRENBURG, *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 292.

⁴⁸ Comme l'indique Michel Schneider, « la substitution d'un mode doux de contrôle social à l'ancien mode autoritaire, le traitement du déviant en malade, le remplacement de la punition par la réhabilitation médicale, l'emprise des professions d'assistance sur la famille et la société, tous ces traits s'inscrivent dans la croyance que tous les conflits peuvent se résoudre par une assistance maternelle publique qui absout l'individu de toute responsabilité morale et le traite comme une victime des conditions sociales ». Michel SCHNEIDER, *Big Mother. Psychopathologie de la vie politique*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 63.

La seconde interrogation découle de la première. Elle tente de répondre de la situation juridique trouble qui surgit lorsque, affrontant des changements sociaux rapides, un nombre croissant d'individus sont amenés à consommer des psychotropes, des antidépresseurs. Le degré de responsabilité demeure-t-il le même pour l'individu en proie à une dépression qui commet un acte criminel, alors qu'il est sous l'influence de médicaments prescrits? Qu'advient-il des exigences morales de *participation psychique* nécessaire à la formation de la *mens rea* dans le contexte de la consommation licite d'antidépresseurs?

La troisième interrogation comporte une portée pratique dans la mesure où elle vise à dénouer l'équivoque psychochimique des conceptions de l'esprit et de l'action en droit. Le droit peut-il conserver sa singulière vue de l'esprit lorsque la discipline juridique requiert du psychiatre moderne son expertise organiciste pour établir la capacité d'un individu à distinguer le bien du mal, voire pour admettre un moyen de défense? Comment peuvent encore cohabiter une représentation cognitiviste de l'esprit et l'usage de notions familières au juriste tels l'« état d'esprit », l'« intention coupable », ou même la volonté qui, depuis au moins un siècle, sont au fondement de la rhétorique de l'incrimination?

La quatrième interrogation a une incidence empirique d'importance. Qu'en est-il du risque de privation de liberté découlant de la disparité entre la rhétorique imputative traditionnelle et sa juxtaposition avec les représentations organiques de la psychiatrie moderne? On ne peut invoquer d'un côté la réalité de la science au support de la vérité juridique, et n'en pas tenir compte si elle réfute ou démentit l'apparente réalité, les « états d'esprit blâmables » en usage dans les mécanismes rhétoriques accusatoires.

Cette étude comprend cinq chapitres qui remettent en cause la subjectivité juridique à l'ère des antidépresseurs. Nous procédons à ce démontage théorique depuis l'intérieur de la doctrine pénale et la philosophie du droit. Cette étude comporte deux ordres distincts de considérations : évaluation de l'état des lieux de la subjectivation moderne (institutions, psychotropes, autorité) et dépliement du raisonnement juridique (intention, conscience, libre arbitre, imputabilité) menant à l'établissement de la culpabilité. Le caractère inchoatif de cette démonstration ne permet pas que l'on puisse tenir *simultanément* un discours englobant chacun de ces cinq anneaux selon leur degré d'intersections spécifiques.

Dans l'hypothèse la plus heureuse, cette étude situe le sujet pénal par rapport aux savoirs actuels; elle débute par l'analyse des fictions causales (filiation, imputabilité) et des problèmes occasionnés par l'importation du trouble mental en droit et la légalité « occulte » de l'expertise psychiatrique. Le chapitre deux examine les nouvelles conditions de mise en forme de la subjectivité moderne et les conséquences de la montée de l'incertitude quant à l'exercice de l'autorité des institutions structurantes pour le sujet. Le chapitre trois a quant à lui trait à la fonction du Tiers et la dimension ordalique de la décision de justice. Le chapitre quatre remet en cause les représentations de la conscience, de l'intention, de l'intériorité, à la base des prétentions introspectives de la philosophie morale qui déterminent la subjectivité pénale traditionnelle. Le chapitre cinq fait apparaître le néo-sujet du droit criminel dans les rapports complexes qui s'établissent entre jugement et diagnostic, normalité médicale et normalisation juridique. Il récapitule à travers la notion d'automatisme⁴⁹ en droit à la fois les ouvertures que permettent les intuitions neurologiques contenues par cette défense et la réalité dans laquelle se profile l'individu moderne lorsque l'ordre institutionnel fait place à l'assistance continue, lors du passage du symbolique au métabolique.

⁴⁹ Évidemment, nous ne croyons pas que la doctrine pénale considère ce moyen de défense comme dépositaire de vertus inédites que notre essai lui prête. Il s'agit avant tout de surprendre dans la défense d'automatisme une vue sur l'esprit qui diffère substantiellement de l'usage rhétorique de l'intention coupable.

CHAPITRE 1 – FILIATION ET IMPUTABILITÉ : LES FICTIONS CAUSALES

L'essentiel peut être ramené, en Occident comme ailleurs, à l'*invention de la causalité*. Le thème paraîtra choquant aux idéologues du scientisme; cependant, il en est ainsi : la science ultramoderne elle-même s'invente comme représentation de la causalité, strictement au même titre humain que les savoirs primitifs déclassés, car elle doit être fondée par un discours, plausible en tant qu'image de sa propre garantie, c'est-à-dire finalement *instituée*⁵⁰.

Ce chapitre dégage les premiers principes d'une mécanique de la subjectivité en Occident. À travers le maniement d'un langage autorisé tenu par des experts, il s'agit pour le droit de faire ressortir l'existence de liens de causalité entre des personnes, des actes et des événements physiques. Cette opération constitue les linéaments de la responsabilité individuelle et les prémisses de notions cardinales comme la faute et la culpabilité, notions reprises dans l'histoire et approfondies par le christianisme. L'accent est mis sur la manière dont, dès l'origine, le discours juridique simplifie des rapports et introduit des fictions dans le but d'établir des liens et de donner une apparence naturelle à des connexions entre des événements qui ne sont de fait ni évidentes ni spontanées. En d'autres mots, le discours juridique vise à produire des « réflexes sociaux » et à ordonner les conduites subjectives sur l'axe de la prévisibilité de leurs conséquences dans la vie sociale. Les notions de paternité, de dette et de responsabilité sont autant d'entités hybrides, réelles et psychiques, investies par le discours juridique en référence à un sujet de la causalité. Jusqu'à l'avènement du néo-libéralisme, les institutions se portaient garantes et gardiennes de ces opérations attributives. Elles s'assuraient du caractère contraignant de chacun de ces moments particuliers du processus plus général de l'imputabilité. Avec l'apparition des technologies de reproduction, l'augmentation des connaissances sur le fonctionnement du cerveau et la reconnaissance du pluralisme moral, les fondements de cet échafaudage linguistique sont inquiétés. En ce qui a trait au droit criminel, ces mutations touchent d'autant plus au cœur de la réalité pénale que celle-ci se rapporte à une anthropologie du « mental » pour laquelle la qualification morale des états d'esprit demeure le critère déterminant autant pour l'existence du crime que pour le degré de participation de son auteur.

⁵⁰ Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992, p. 118.

Devant cette remise en cause des postulats mentaux, le droit criminel canadien s'est adjoind le discours psychiatrique moderne. En acceptant, fidèle à l'habitus de common law, que l'expression « maladie mentale » relève d'une définition jurisprudentielle susceptible d'évolution, il a cru pouvoir poursuivre sa recherche sur la moralité d'états mentaux en réduisant la psychiatrie à une dimension ancillaire. Par cette manœuvre, il escomptait recevoir le discours psychiatrique sous bénéfice d'inventaire, mais surtout conserver la dimension morale de ses descriptions traditionnelles du fonctionnement de l'esprit sans égard pour les changements structurels des institutions. Or, nous montrons dans ce chapitre qu'en assurant à l'expertise psychiatrique contradictoire une place décisive dans l'usage de certaines défenses, voire dans l'issue même du procès, il n'a fait qu'importer le « trouble » dans ses catégories. En plus d'atténuer ses prudences à l'égard de l'admission du oui-dire, il a dû obscurcir la distinction entre preuve véritable et témoignage d'opinion. C'est ce qui permet de suggérer que l'expédient psychiatrique demeure un compromis pratique permettant au droit criminel de continuer de « fabriquer » socialement de la culpabilité tout en s'arrogeant les apparences de l'objectivité scientifique. Les entorses faites au droit de la preuve pour admettre l'expertise psychiatrique amènent à proposer que la définition juridique de la maladie mentale relève dans les faits bien davantage d'une pétition de principe qu'elle ne s'affranchit véritablement de l'idéologie psychiatrique principalement contenue dans les versions successives du DSM. Les notions précisées dans ce chapitre sont l'usage juridique des fictions, la tension entre la définition jurisprudentielle de la maladie mentale et celle du trouble mental et, finalement, l'ascendant qu'exerce l'expertise psychiatrique sur le droit criminel.

* * *

En Occident, la manière d'apprécier les comportements est traditionnellement indexée selon trois niveaux de discours savants : ceux de la religion, du droit, et de la médecine. Le comportement du sujet est apprécié à partir de la grille de ces trois instances prescriptives et selon l'intensité variable conférée par la faveur historique à chacune d'elle. Les institutions religieuses, juridiques et médicales sont ce « grand Autre » vers lequel converge le principe de subjectivité interpellé par l'ordre social. La mutation de l'un de ces « ligaments » entraîne la

mutation des deux autres, puisqu'elle infléchit autrement la subjectivité dans le rapport à son incomplétude propre.

À l'aide des montages relatifs à la paternité et à la filiation, l'ordre social s'établit sur la capacité du langage juridique et de ses fictions à produire l'apparence du lien entre un père et un fils, une cause et son effet, et cela, par la parole instituée; hier encore par présomption irréfragable (*juris et de jure*) et sans égard pour la réalité biologique ou l'action en désaveu de paternité introduite après le délai prescrit⁵¹. La construction juridique de la filiation constitue un moment civilisateur de la plus haute importance. L'efficace de ce trucage se répercute au fondement de la religion chrétienne qui renforce extérieurement le caractère pathétique de cette apparente ingénuité. Ce montage consiste à n'établir rien de moins qu'un principe de causalité dans la performativité linguistique elle-même, dans l'autorité de la parole. Le fondement du droit est fourni par le mécanisme permettant au langage de primer sur l'ordre des choses, de l'infléchir, de le réordonner selon l'ordre du discours⁵². Le juriste Pierre Legendre décrit le caractère prééminent de cette disposition inaugurale en ces termes :

« Avant d'étudier les fondements des productions juridiques, le problème préalable à toute théorie du droit est d'apercevoir le trucage grâce auquel est organisé le lien nécessaire entre une causalité normative et le phénomène de la parole. De ce phénomène, la théorie est elle-même dépendante, et c'est pour ne pas s'être reconnue partie prenante de ce trucage – le trucage institutionnel qui porte le droit – qu'elle tourne autour du pot, sans ouvrir l'interrogation centrale sur la normativité humaine : pourquoi les fondements du droit postulent-ils une paternité des lois, c'est-à-dire pour le sujet de fiction l'enjeu de filiation? »⁵³.

Dans l'axe de cette causalité normative initiale se déploie l'exigence de répondre de ses actes. L'enjeu de filiation qu'évoque Legendre n'est que la manière par laquelle est

⁵¹ « Les présomptions *juris et de jure*, qui empêchent la preuve contraire, visent à garantir contre la mise en question de certaines situations que le législateur ne désire pas voir troublées ». Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 2^e édition, p. 214.

⁵² « Dans un de ses textes sur la rhétorique, Cicéron explique que l'origine du droit est une distinction dans les choses, que c'est une distinction qui ne suit pas le catalogue des espèces (il suffit de voir chez Gaïus comment la répartition des objets pour le droit est arbitraire dans son obligation signifiante), comment il y a donc un principe de division des objets du monde qui est le droit ». Jean-Louis SCHEFER, *L'espèce de chose mélancolie*, Paris, Flammarion, 1978, p. 57.

⁵³ Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, Paris, Fayard, 1988, p. 141.

représenté le lien, visible ou invisible, qui se tisse entre un auteur et son œuvre, entre un acte et ses conséquences.

Établir un sujet responsable commande l'invention préalable de la continuité à travers laquelle toute modification de l'environnement physique ou humain qui apparaît à une certaine distance, spatiale ou temporelle, du sujet peut lui être raisonnablement rapportée. Cette manière originelle par laquelle sont représentées une quantité d'énergie, mentale ou physique, ainsi que sa transmission, est constitutive du sujet de droit lui-même. Autrement dit, il n'y a pas de langue a-subjective et chacune d'entre elles répond à sa manière à cet élément de psychologie primitive : seule la place du sujet dans l'énoncé varie par rapport à l'action selon la particularité de chaque langue. Comme le souligne Cornelius Castoriadis,

« une langue humaine est inconcevable dans laquelle, quelle que soit la forme grammaticale de la *réponse*, la *question* ne puisse pas être posée : *qui* a fait cela? *Qui* a dit ceci? Une langue humaine est toujours langue d'une société; et une société est inconcevable si elle ne crée pas la possibilité *d'imputation* à *quelqu'un* des dires et des actes »⁵⁴.

Comprise comme entité causale mystérieuse par rapport à la réalité et principe de la génération de l'action, l'intention individuelle est réputée précéder celle-ci. Toutefois, intention psychique et causalité physique n'obéissent pas au même ordre de réalité, bien que le droit criminel, dans son effort de narration descriptive, souhaite qu'on puisse confondre l'une et l'autre dans le discours⁵⁵. C'est que le droit criminel *construit* l'intention bien plus qu'il ne la découvre ou ne la déduit. L'imputabilité s'entend selon la présomption qu'il doit bien y avoir une réponse⁵⁶:

« L'idée de rendre compte – *putare, computare*; imputer en son sens le plus général, c'est mettre en effet sur le compte de quelqu'un une action blâmable, une faute, donc une action confrontée au préalable à une obligation ou à une interdiction que cette action enfreint. (...)

⁵⁴ C. CASTORIADIS, *Le monde morcelé. Le carrefour du labyrinthe - 3*, Paris, Seuil, 1990, p. 235.

⁵⁵ Et cela, en faisant fi du fait suivant mis en évidence par Paul Valéry: « Ce qui embrouille l'affaire du libre arbitre - c'est la manie de regarder la série des événements comme linéaire selon l'antique type des causes et des effets. Mais le moindre phénomène physique montre déjà une pluralité inextricable de constituants. Le moindre changement *réel* s'explique par des *produits*, des facteurs *nécessaires* - dont les valeurs respectives sont *libres* dans les limites de l'équation ». Paul VALÉRY, *Cahiers I*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1973, p. 494-495. Nous y reviendrons au chapitre 4. 4.

⁵⁶ Pour reprendre une expression de Montaigne: « Quelles causes n'inventons-nous des malheurs qui nous adviennent ? » Michel DE MONTAIGNE, *Essais*, Paris, Gallimard, 1973, p. 71.

L'imputabilité est la capacité d'être tenu pour responsable de ses actes comme en étant leur véritable auteur »⁵⁷.

Trouver un responsable marque d'abord et avant tout la prééminence du social plus qu'il n'atteste de l'identité morale entre un auteur et des actes posés⁵⁸. Dans le régime civil, le principe de paternité est à la filiation ce que l'imputabilité des actes posés est au sujet du droit criminel. Le causal et l'accusatif paraissent unis par effet de langage jusqu'à la dynamique accusatoire ou la mise en scène de l'expression à *cause de*⁵⁹.

Le principe simple et efficace sur le plan de la représentation tient à la chaîne causale suivante : chaque sujet de droit est présumé, en regard d'un texte infracteur, pouvoir, à chacun des moments qui précèdent la commission d'un acte volontaire répréhensible, interrompre l'enchaînement qui conduit à sa réalisation. Comme dans une règle grammaticale, le verbe (l'acte) et le complément (les conséquences) se rapportent naturellement au sujet. Pareille approche implique un sujet unifié, une adéquation parfaite de la volonté consciente et de l'agir. Autrement dit, il est possible de risquer l'hypothèse suivante sans pour autant en suivre toutes les conséquences pratiques : dans le cours d'un procès criminel, les raisonnements et témoignages n'assurent guère de validité intellectuelle à l'entreprise pénale. L'art du procès consiste dans une mise en scène dont l'effectivité linguistique repose sur des fondements rituels consistant à produire à chaque fois et à renouveler dans l'esprit l'apparence de justice. En droit, sauver « l'apparence » de justice n'est pas une entreprise secondaire; l'apparence n'a pas de caractère superficiel opposable ou incident par rapport à la justice elle-même.

⁵⁷ Paul RICOEUR, *Le juste 2*, op. cit., note 28, p. 96-97.

⁵⁸ La perspective de l'imputation en Occident, la réconciliation objective entre l'identité et l'intention d'un auteur assortie aux conséquences d'un acte correspond à une réécriture anthropologique radicale, si l'on considère que l'histoire de la psychologie est d'une certaine manière l'histoire constrictive des théories de la responsabilité. Jean-Pierre Vernant note à cet égard qu'« il n'y a pas de mot en grec qui corresponde au terme de « volonté ». Il y a des mots grecs qui traduisent le désir, l'affectif... mais rien ne correspond au terme « volonté » et au terme « vouloir ». (...) Il n'existe pas de mot pour exprimer le libre arbitre, la liberté intérieure, le pouvoir humain de prendre l'initiative d'un acte et de l'assumer. Les linguistes (en particulier les maîtres de la linguistique - Benveniste, Vocabulaire des institutions indo-européennes) montrent que dans le domaine linguistique il y a des termes sur l'action et l'agent, mais sous la forme de deux séries – dans le monde grec, ce qui est clairement dessiné, en langue théorique, c'est l'acte comme ce qui est produit. Mais à aucun moment n'apparaît le problème de l'agent en tant que tel. L'agent est posé en quelque sorte comme un objet face à son action : l'agent est comme dilué, entraîné, noyé dans l'acte qui aboutit à un objet ; l'idée d'un agent comme tel n'est pas dégagée ». Jean-Pierre VERNANT, « De la responsabilité tragique à l'engagement contemporain », (2006) 2 *Nouvelle revue de psychosociologie*, 11, 13.

⁵⁹ Sur cette question voir Sophie HAMON et Danielle LEEMAN, « Les verbes de cause à partir de l'exemple de *causer* », (2007) 153 *Langue française*, 74.

Le droit pénal construit un lieu subjectif transparent à partir duquel toute personne – juge ou jury – qui en a entendu la narration peut se placer comme dans un mécanisme optique qui détermine le degré et l'intensité de la conviction malicieuse du sujet au moment de la perpétration de son acte. Cette reconstruction rétrospective ne repose pas tant sur la réalité du fait incriminant que sur l'efficacité de la narration qui réussit à établir le plus directement possible l'intensité du lien entre l'agent, l'acte et les témoins⁶⁰. Ce genre d'analyse des conduites implique un *a priori* indiscutable selon lequel l'agent, à chacune des étapes de son action, dispose des moyens de s'interrompre, de délibérer intérieurement, et possiblement de prendre une décision contraire. Dans cette perspective cinématographique, il suffit de repasser le film des événements à l'envers pour découvrir la genèse de l'intention initiale. Un « dedans » psychique se révèle complètement dans la patence d'un « dehors » fautif. Malheureusement l'élément interne, le « dedans » psychique qui fait l'objet de toutes les attentions du droit criminel, pesé, soupesé à l'aune de l'intention générale ou spécifique, n'est que l'illusion métaphorique que produit l'idée de mécanisme imprudemment décalquée des lois physiques et appliquée aux opérations psychiques. L'intention serait la doublure interne, le présupposé absolu de l'action extérieure.

La réalité du lien de causalité – de filiation ou de responsabilité – est une vue de l'esprit traditionnellement consacrée par un langage déjà contraint par cette prédisposition causale elle-même. Or, de même que les technologies de la reproduction portent atteinte à l'intégrité symbolique et juridique du schéma civiliste, de la même manière la consistance du sujet criminellement responsable apparaît problématique dans une société qui institutionnellement le conçoit et surtout le met en fabrique autrement. Cette mise en forme d'un sujet selon un régime instrumental de contrôle du crime n'a plus rien à voir avec celui du délinquant devant la loi.

⁶⁰ « Dès qu'un témoin oculaire, dit la vérité, raconte ce qu'il a vu à un autre, son témoignage se dégrade aussitôt par le simple fait que ce message est reçu avec une interprétation de la part de l'auditeur et qu'il tend à n'avoir plus de valeur en passant d'un auditeur à un autre ». Ce phénomène de dégradation obéit à la *Loi de Craig* « qui décrit comment se comporte la force probante d'un témoignage, lorsqu'il est repris un certain nombre de fois. À supposer qu'on puisse créditer le premier témoignage d'une probabilité de a/b , et qu'il soit raconté avec la même force de a/b , sa probabilité décroît graduellement de a/b à a^2/b^2 ». Jean-Pierre CLERO, *Les raisons de la fiction. Les philosophes et les mathématiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 209 et 622.

Pour des raisons de stabilité aisément compréhensibles, le droit criminel s'est tenu à l'écart d'une refondation de ses postulats quant à la constitution psychique de la subjectivité⁶¹. Cette position n'empêche pas de voir saillir un point de cassure dans le discours sur la responsabilité pénale au Canada, à l'occasion justement de l'ampleur normative du discours médical. Dans une sorte de concurrence quant aux jugements sur l'ordre des choses, les comportements sont mis en scène dans la double acception que revêt le prescrire en Occident. Cette ambivalence est prolongée dans l'usage d'une double référence qui obéit simultanément à une anthropologie périmée et à des unités du discours psychiatrique (descriptions du DSM-IV, syndromes, etc.), comme si ces deux moments prescriptifs pouvaient coexister sans contradiction. Par une sorte d'ironique aveuglement volontaire, la nature instable des composantes biologiques de la conscience et celle de l'identité sont tenues pour inexistantes. Plus encore, les références à un « état d'esprit blâmable » ou à « l'intention coupable » sont réifiées et invoquées dans le moment rhétorique de la description des comportements fautifs comme s'ils relevaient d'une consistance matérielle évidente⁶². En ce qui a trait aux choses de l'esprit, le droit criminel est un dire rituel qui prétend être un montrer.

La difficulté ne réside pas tant dans la possibilité d'établir le caractère fictif ou purement conventionnel du postulat d'un sujet moral pleinement responsable de ses actes et de leurs conséquences, que dans le pouvoir de s'affranchir de la croyance même en l'imputabilité. Tout se passe comme si le sujet de droit n'était que le nom que prend un lieu vide, un point mathématique essentiel à l'équation sociale où se forme le nœud de l'imputabilité. La remise en cause de ce principe vouerait non pas tant l'appréciation des actions humaines à l'apesanteur morale, qu'elle n'introduirait une incertitude quant à la consistance du sujet lui-même. Ce saut théorique hors de ce qui semble être la condition obligatoire au principe de la responsabilité, de même que tout ce qui contredit la doctrine établie, constitue une atteinte aux certitudes sur lesquelles repose la subjectivité juridique

⁶¹ Sur cette question, voir Oliver R. GOODENOUGH, « Can Cognitive Neuroscience Make Psychology a Foundational Discipline for the Study of Law ? » dans Belinda BROOKS-GORDON et Michael FREEMAN, *Law and Psychology*, Current Legal Issues, 2006, vol. 9 ; p. 77-93.

⁶² « Il est enfantin de chercher à placer dans le cerveau, à tel lieu, telle faculté. Ce n'est pas que cet ensemble de masses cellulaires ne soit composé de parties spécialisées et des connexions de ces parties - c'est que les notions « psychologiques » que l'on veut caser sont généralement trop grossières (...) ». Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 1066.

dans son rapport à la loi. Adopter cette posture théorique revient presque à entériner cette position du juriste viennois Hans Kelsen :

« On a souvent voulu sauver le libre arbitre en cherchant à prouver que la volonté humaine n'est pas soumise au principe de causalité, mais de tels efforts ont toujours été vains. On a prétendu, par exemple, que chaque homme fait en lui-même l'expérience du libre arbitre. Cette expérience n'est cependant qu'une illusion. (...) Pour les lois causales, les comportements humains font partie du domaine de la nature. Ils sont entièrement déterminés par les causes dont ils sont les effets. Ne pouvant échapper à la nature et à ses lois, l'homme ne jouit d'aucune liberté »⁶³.

Pour Kelsen, « ce n'est pas parce qu'il est libre ou responsable qu'on punit l'homme, mais c'est parce qu'on le punit qu'il est libre et responsable »⁶⁴. Autrement dit, ne serait essentiel à l'univers juridique que l'élément de contrainte extérieure, sans égard pour l'assentiment moral de ceux sur lequel il s'exerce.

Reste que le droit criminel canadien, sauf dans le cas des infractions de responsabilité absolue, n'est pas enclin à faire l'économie du moment subjectif de la décision qui mène à la commission d'un crime. Bien au contraire, il prétend même être en mesure de retrouver *l'empreinte*, la signature psychique de son auteur sur ses actes. La juge McLachlin dans l'arrêt *Hundal* écrit :

« Une infraction peut exiger la preuve d'un état d'esprit positif, tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Si c'est le cas, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'état d'esprit requis. Il s'agit d'un critère subjectif, *fondé sur ce qui s'est vraiment passé dans l'état d'esprit de l'accusé* »⁶⁵.

Les troubles de l'esprit, éventuellement les maladies mentales, permettent une perspective contrastée quant à l'acquiescement intime d'un sujet par rapport à ses actes. Mais ce qui « s'est vraiment passé dans l'état d'esprit de l'accusé » n'est malheureusement pas accessible, à moins de soumettre ce dernier à une tomographie axiale en temps réel.

Déconstruire la perspective du droit ne tient pas seulement à l'exaltation de la structure même du langage. Il faut encore accuser la nature en trompe-l'œil de deux régimes : un régime

⁶³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éd. De La Baconnière, 1953, Trad. Henri Thévenaz, p. 37-39

⁶⁴ Morand KLEIBER, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1981, p. 20.

⁶⁵ R. c. *Hundal*, (1993) 1 R. C. S. 867 ; 882-883. Nous soulignons.

de faits institutionnels, et un régime de faits bruts. Le droit moderne cultive cette confusion.

Le philosophe américain John R. Searle évoque ce partage délicat en ces termes :

« Les faits institutionnels sont appelés ainsi parce qu'ils ont impérativement besoin d'institutions humaines pour exister. Pour que ce bout de papier puisse être un billet de cinq dollars, par exemple, il faut que l'institution humaine de l'argent soit là. Les faits bruts n'ont pas impérativement besoin d'institutions humaines pour exister. Bien entendu, pour énoncer un fait brut, l'institution du langage est requise, mais le *fait énoncé* doit être distingué de son *énoncé* »⁶⁶.

Cette entreprise vise les fondements de la mécanique linguistique de l'imputation dans son rapport à la réalité psychique qu'elle prétend décrire. L'intention, la volonté, l'état d'esprit coupable sont autant de notions opératoires pour assurer la vraisemblance de l'inculpation d'un prévenu. Or, ces mêmes entités linguistiques qui prétendent décrire une logique de l'action sont devenues en elles-mêmes des références problématiques pour la pensée moderne.

L'apparente trivialité d'une mise en rapport entre l'« intention coupable » et l'action répréhensible, et partant l'efficacité de la démonstration juridique incriminatrice repose sur une confiance immodérée placée dans le langage ordinaire. Dans cette optique, remettre en cause le degré réel de connexion entre l'intention et l'action, ne pas croire dans le trajet psycholinguistique qui relie intention coupable et crime, affirmer qu'il ne s'agit que d'un postulat commode relève d'une atteinte grave à l'intelligence des évidences communément admises par la communauté des juristes. Reconsidérer les règles d'établissement de l'imputabilité juridique tient de l'inversion du régime théologique des présupposés juridiques, d'une « dé-substantiation » des éléments linguistiques « coagulateurs » à la base de la culpabilité, et partant des agencements implicites du droit positif⁶⁷.

La causalité narrative du droit criminel est mise à mal par la notion d'arc réflexe⁶⁸. Les *automatismes*⁶⁹ découverts sur le continent neurologique entr'aperçu dans les années 1900 et

⁶⁶ J. R. SEARLE, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 14.

⁶⁷ Cette situation peut trouver une explication dans la « croyance implicite que le droit positif est non seulement engagé dans la production de propositions valides, mais aussi objectivement et acontextuellement vraies. Cette fonction de production de vérité explique d'ailleurs le travail de réduction du doute qui s'opère en doctrine ». Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie « doctrine » en droit », dans Karim Benyeklef (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 109-152; p. 119.

⁶⁸ « Lorsqu'on se rapporte à l'âge d'or de la psychiatrie classique (1880-1910) qui correspond exactement à la grande chasse des vagabonds, la *neurologie* est souveraine : la théorie de l'arc réflexe a trouvé sa vocation

dérivant jusqu'aux neurosciences, à la pharmacologie et vers la psychiatrie moderne désavouent la participation transparente d'un sujet moral à ses actions⁷⁰. Alors que l'invention de la causalité juridique obéit aux règles du langage et à l'ensemble des outils fictionnels qui réordonnent la réalité sociale, les comportements humains et leur processus sont désormais compris comme échappant en partie à la conscience⁷¹ tout autant qu'à une délibération morale

explicative générale, à travers une conception associative de la vie psychique qui se rapporte aux images de divers « complexes mentaux » correspondant aux modes d'accès au réel que propose notre psyché. L'« inconscient » apparaît alors à travers certaines enclaves, certaines possibilités de l'activité psychique normalement en repos mais toujours en attente, prête à envahir et conquérir le psychisme - selon un schéma dynamique qui trouve enfin sa schématisation supérieure : les fonctions sont étagées le long de la ligne des grands centres fonctionnels du neuraxe ». Jean-Claude BEAUNE, *Le vagabond et la machine : essai sur l'automatisme ambulatoire : médecine, technique et société en France, 1880-1910*, Paris, Champ Vallon, 1983, p. 227-228.

⁶⁹ L'expression plurielle de la notion d'automatisme tant sous sa forme pathologique (automatisme ambulatoire pour Charcot, automatisme mental chez de Clérambault, automatisme psychologique chez Pierre Janet) en psychiatrie que sous celle juridique de moyen de défense en droit criminel révèle son caractère centrale comme paradigme servant aux déterminations de l'esprit. Bien que ne devant jamais être confondues entre elles et que ce syndrome ait été remplacé en psychiatrie moderne par l'expression de « phénomènes productifs » (hallucination, délire), ces diverses acceptions de l'automatisme forment le carrefour d'autres entités décisives pour interpréter l'action humaine en Occident. La constellation « automatiste » attire à elle des oppositions structurantes pour le discours des juristes comme volontaire/involontaire, intentionnel/non-intentionnel, conscience/inconscience. Or, l'un des dilemmes théoriques de la modernité pénale réside dans la découverte de la présence des automatismes sur les conduites conscientes. Les observations cliniques sur le fonctionnement de l'esprit interdisent désormais de « moraliser » cette prédominance neurologique de l'impulsif sur le réflexif. Dès lors, comment apprécier le degré d'impulsivité idiosyncrasique d'un comportement? Depuis l'éducation, l'origine sociale ou l'évaluation objective de la maturité du système nerveux d'un individu? Mais alors comment déterminer où finit le pathologique et où commence la nécessité sociale de la répression sans devoir s'en remettre exclusivement à l'expertise médicale? Sur la diversité des automatismes pathologiques et leurs délimitations nosographiques dans l'histoire de la psychiatrie, voir pour l'automatisme psychologique le texte classique de Pierre Janet (1859-1947), *L'automatisme psychologique*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998. Pour l'automatisme ambulatoire, Jean-Claude BEAUNE, *Le vagabond et la machine*, op. cit., note 68, pp. 184-207. Pour l'automatisme mental, voir Jean-Marc FAUCHER, *L'automatisme mental: Kant avec De Clérambault*, Paris, Érès, 2011.

⁷⁰ Sur cette question, Bernard BAERTSCHI, *La neuroéthique. Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales*, Paris, La Découverte, 2009.

⁷¹ La dimension « mécanique » du fonctionnement de l'esprit, sa capacité de procéder à une suite d'opérations sans recours à une attention de tous les instants ou sans devoir même y penser constituent le *modus operandi* de la conscience elle-même qui n'a pas à réamorcer la constrictio vigilante requise par l'apprentissage de nouvelles habiletés. Dans l'un des fragments de ses *Cahiers*, Paul Valéry saisit cette disposition machinale en ces termes : « L'automatisme tend à s'accroître. Les liaisons possibles réalisées tendent à se modeler sur le type réflexe. L'uniformité tend à régner. Les coordinations tendent à dépendre les unes des autres - les différences à se compenser *en se* liant entre elles, en formant un tout mû d'un bloc. La conscience tend à se porter plus loin - à voir des systèmes compliqués - où à apprécier des différences plus faibles. Elle use toujours des mêmes procédés - mais plus longuement et sur des objets déjà traités et élaborés par elle. Elle apprécie la différence entre elle et son objet - ou entre ses sensations et ses représentations - etc. Pendant un âge de la vie elle prend certains thèmes. Puis d'autres - Puis d'autres. Plusieurs s'arrêtent à tel point. Il y a des choses qui demeurent. *Ce qui change, c'est l'automatisme acquis* qui augmente ». P. VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 899-900.

préalable⁷². Or, traditionnellement la causalité juridique n'a de sens qu'à travers la culpabilité : causer et accuser suivent au plan linguistique une même inclinaison sans laquelle il n'est pas de travail de subjectivation possible ni de sujet repérable. À la causalité linguistique du droit, le champ médical oppose des modèles explicatifs d'un autre ordre. Là où le droit réifie des composantes de la vie psychique, les neurosciences somatisent l'esprit, font planer un doute méthodique au-dessus des certitudes produites par les récits habilement confectionnés des plaideurs et jettent du sable dans les engrenages rhétoriques de l'imputabilité⁷³.

La présente étude épouse, dans cette optique, la duplicité féconde du terme *automatisme* entendu à la fois comme ce qui décrit pour la modernité la hiérarchie des fonctions spécialisées de l'esprit, d'une part, et d'autre part la défense du droit criminel qui tend, quant à elle, à le réduire au simple moment de perte de conscience d'un individu même lorsque celui-ci ne souffre pas d'une maladie mentale.

Ce « bruit de fond » de la préséance neurologique, celle de l'involontaire sur l'élément volontaire des conduites, cette concurrence entre les explications morales et la réalité psychique telle que la comprend la psychiatrie fait irruption ponctuellement dans les décisions de justice, les acquittements ou les déclarations de non-culpabilité pour troubles mentaux⁷⁴.

L'incertitude moderne quant à la légitimité de punir réside peut-être dans l'ambiguïté du droit par rapport à cette contradiction sur le sens à donner à la causalité subjective.

⁷² Le processus paraît inversé. Dans les mécanismes psychiques, l'action est engagée avant la décision ou cette dernière apparaît en retard, légèrement décalée par rapport à l'événement mental.

⁷³ Comme nous le verrons plus loin, la description ordinaire des états de conscience et de l'imputabilité imprègne la plupart des usages linguistiques et répond à la structure même du langage. La conception d'un sujet moral unifié est d'ores et déjà comprise comme une sorte de « retombée grammaticale ».

⁷⁴ Comme le souligne le psychologue Thierry Melchior, contrairement à la conception admise d'où procède les comportements individuels et où la liberté des actions est présumée « naturelle », l'affirmation de cette liberté s'élabore plutôt depuis un « construit social ». Il note que ce préjugé tenace tient au fait que « dans le mythe occidental, quand un individu perd son libre-arbitre, parce que l'on a pu déterminer les relations de cause à effet régissant son comportement anormal, il bascule du côté de la nature. Il devient un ensemble de processus naturels à comprendre et si possible à réparer. On veillera certes à prendre soin de lui, on ne le traitera en principe pas comme une bête, mais fondamentalement, on ne se rapportera plus à lui comme à un être humain à part entière. Mais il y a des réalités dont ce mythe occidental peut plus difficilement rendre compte. C'est le cas pour la folie sans base organique évidente ou la folie partielle dans laquelle on conserve une bonne dose de lucidité, ou, plus généralement pour les comportements qui paraissent aberrants. Comment expliquer que l'on puisse être fou ou se comporter en malade alors qu'au niveau organique tout va bien, si l'on est doté de volonté, de libre-arbitre, de conscience et de raison? L'examen du corps dit que l'on devrait normalement « jouir de la plénitude de ses facultés mentales et physiques », et pourtant tel n'est pas le cas ». Thierry MELCHIOR, « La signification anthropologique de l'hypnose », (2005) 44 *Perspectives Psy*, 359, 362.

Remplissant son rôle complexe dans une société technicienne, le droit a perdu pour le sujet le sens et la portée symbolique de sa fonction. En ce qui a trait à l'usage des médicaments psychotropes, il admet une part de désobjectivation issue de l'adoption des représentations psychiatriques de la subjectivité, mais il maintient par ailleurs les conditions morales antérieures à cette admission. Il tente de fixer objectivement le degré de culpabilité, quitte à le réduire, à l'individualiser; mais il n'entend pas tirer pour autant toutes les conséquences de son admission opportuniste, car tirer toutes les conséquences signifierait remettre en cause sa conception du sujet dans le champ social. Ainsi, le droit criminel goûte à l'autorité de la science médicale, mais il répugne pour des raisons pratiques à épouser les conséquences asociales de cette lecture⁷⁵. C'est que les notions de responsabilité personnelle et de culpabilité échappent à la biologisation explicative. Suivre cette logique ferait dérailler l'assurance tranquille du droit qui ordonne la détention d'individus dont il pressent qu'ils n'ont jamais été capables de discernement moral et qui, en toute justice et sans égard au droit actuel, devraient être soignés.

Ce que nous comprenons comme l'autorité du droit procède de ce que Pierre Legendre retrouve sous le terme de « dogmatique »⁷⁶. Pour lui, la révolution biologique

« est l'équivalent d'une sommation : les juristes sont sommés de s'expliquer sur le droit et d'indiquer comment – j'allais dire, en style scolastique : par quelles ficelles (*funicula*) – civiliser la technologie biogeno-industrielle, boîte à surprise pour l'ère nouvelle de l'illusion. (...) Pour les juristes d'aujourd'hui, la difficulté majeure est de renoncer à l'escalade scientifique en se désolidarisant des sciences dites sociales, et à rouvrir carrément la Question dogmatique. (...) Le concept de loi : tel est l'ultime enjeu de la dogmatique »⁷⁷.

À cet égard, est-il toujours possible de concevoir la culpabilité ou la responsabilité pour des actions posées par un sujet dépressif sous médication comme si les bouleversements

⁷⁵ Historiquement, le droit criminel pouvait, dans sa logique imputative, ne pas s'expliquer avec sa doubleur morale. Ce silence devient pesant à mesure que s'accroît dans le discours juridique la confusion entre légalité juridique et légalité scientifique.

⁷⁶ On peut présumer que Legendre, en raison de son application au champ social de l'œuvre de Jacques Lacan, a été un lecteur assidu des thèses d'Alexandre Kojève qui définissait l'autorité de la manière la plus succincte : « L'autorité est la possibilité d'agir sans faire de compromis (au sens large du terme) ». Alexandre KOJÈVE, *La notion de l'autorité*, Paris, Gallimard, p. 59.

⁷⁷ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Paris, Fayard, 1999, p. 113 et 116.

néo-libéraux n'en avaient pas changé la facture psychique? Peut-on encore penser la responsabilité criminelle de la même manière qu'on pouvait le faire dans une société où la notion de devoir, de statut ou de limite garantissait l'intégrité des rôles de chacun? Francis Fukuyama observe que

« la même société qui ne veut « pas de limites » à ses innovations technologiques recherche aussi le même « pas de limites » à maintes formes de comportement individuel, d'où les conséquences prévisibles : augmentation de la criminalité, dislocation des familles, oubli des obligations parentales envers les enfants, refus des voisins de veiller mutuellement les uns sur les autres, rejet de la vie publique par les citoyens. (...) Le message « No limits » pose donc problème »⁷⁸.

Sans s'attarder ici à des intuitions marxiennes⁷⁹, force est de constater que le néo-libéralisme n'atteint sa forme achevée qu'à la condition de dissoudre les liens communautaires qu'il remplace par une normalisation numéraire⁸⁰. L'attention porte ici sur l'intrication entre la nature historique du sujet moderne⁸¹, et ce qui désormais l'explique dans son rapport à une

⁷⁸ Francis FUKUYAMA, *Le grand bouleversement. La nature humaine et la reconstruction de l'ordre social*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2003, p. 33.

⁷⁹ « La bourgeoisie, là où elle est arrivée au pouvoir, a détruit tous les rapports féodaux, patriarcaux, idylliques. Elle a déchiré sans pitié la multiplicité colorée des liens féodaux qui attachaient l'homme à ses supérieurs naturels, et elle n'a laissé subsister d'autre lien entre l'homme et l'homme que l'intérêt nu, que le froid « argent comptant ». Elle a noyé dans les eaux glacés du calcul égoïste les frissons sacrés de la piété exaltée, de l'enthousiasme chevaleresque, de la sentimentalité petite-bourgeoise. Elle a réduit la dignité personnelle à la valeur d'échange, et, à la place des innombrables libertés reconnues par écrit et chèrement conquises, elle a mis la liberté *unique* et indifférente du commerce. Elle a, en un mot, remplacé l'exploitation déguisée sous les illusions religieuses et politiques par l'exploitation ouverte, cynique, directe, brutale. (...) Elle a transformé le médecin, l'homme de loi, le prêtre, le poète, l'homme de science, en salarié à sa solde. La bourgeoisie a arraché aux rapports familiaux leur voile d'émotion et de sentimentalité et les a ramenés à un pur rapport d'argent ». Karl MARX et Friedrich ENGELS, *Manifeste du parti communisme* (1848), Paris, LGE, 1973, p. 54.

⁸⁰ Dans une optique descriptive plus récente mais reprenant les intuitions de Marx de manière fulgurante, le philosophe allemand Peter Sloterdijk dresse un état des lieux en terme d'apartheid plutôt qu'à travers les discours lénifiants sur la progression des droits de l'homme dans le monde: « On a de bonnes raisons d'affirmer que le concept d'*apartheid*, après son élimination en Afrique du Sud, a été généralisé dans tout l'espace capitaliste après s'être défait de sa formulation raciste et être passé dans un état économique-culturel difficilement compréhensible. Dans cet état, il s'est largement mis à l'abri du risque de devenir un scandale. On trouve dans le *modus operandi* de l'apartheid universel d'une part le fait de rendre invisible la pauvreté dans les zones de prospérité, de l'autre la ségrégation des riches dans les zones d'espoir zéro ». Peter SLOTERDIJK, *Le palais de cristal. À l'intérieur du capitalisme planétaire*, Paris, Maren Sell Éditeurs, 2006, p. 278.

⁸¹ « L'histoire du sujet et de la modernité apparaît comme une histoire fragmentée, divisée. Le sujet et la modernité sont en effet parmi les aspects les plus instables de l'expérience humaine. Aucune essence préexistante, aucune cause finale ne viennent organiser leurs apparitions. La disparité, la multiplicité constituent la règle ». Pascal MICHON, *Éléments d'une histoire du sujet*, Paris, Éditions Kimé, 1999, p. 184.

théorie juridique qui l'oblige⁸². La tâche consiste donc à penser *ce qui reste du sujet de droit* et à anticiper *celui qui vient*⁸³.

1.1 Le conflit des prescriptions : causalité psychique/arc réflexe

La narrativité ne constitue pas une solution alternative à l'explication⁸⁴.

La démarche privilégiée dans cette étude prend en compte un bouleversement : l'après-coup d'une atteinte biochimique à la consistance du sujet de droit. Elle est traversée par l'intrigue d'une causalité multiple qui se décline à partir des questions suivantes : comment ajuster le régime de la responsabilité personnelle au contexte particulier des institutions, à la conjoncture psychochimique – celle d'un sujet sous influence – inédite dans l'histoire des institutions humaines qui désormais produisent le citoyen? Comment la normativité médicale, psychiatrique, interfère-t-elle, à travers ses propres définitions des états psychiques, dans l'établissement des conditions de la culpabilité? La référence à la discipline psychiatrique ne sert qu'à attester que des changements majeurs même pour le sens commun sont intervenus dans la compréhension de la conscience, de la volonté, ou même du discernement moral. Le droit criminel ne saurait rester sourd à cette mutation. Il n'est toutefois aucunement question de se référer à la psychiatrie comme modèle de rigueur scientifique même si le discours de la psychiatrie vise essentiellement à produire de l'évaluation contraignante, de la normativité. La présente étude pointe non pas vers la réconciliation des épistémès psychiatrique et juridique, mais attire l'attention sur l'« épanchement » de la vision psychiatrique dans le fonctionnement du droit.

Ce qu'enseigne la rencontre de la psychiatrie et du droit criminel, au-delà des rapports de pouvoirs interdisciplinaires ou des corporatismes, consiste en la nécessité de l'invention

⁸² La double mutation des registres subjectifs et institutionnels peut être comprise selon les guises du déjà-là et du pas-encore. « Les transformations dans l'interprétation de l'action – au-delà de leur inscription dans des formes langagières - accompagnent chaque fois, justifient ou appellent, des transformations institutionnelles, alors même que l'évolution des institutions semble induire de nouveaux modes interprétatifs qu'elles mettent en quelque sorte en œuvre sans disposer encore pleinement des ressources réflexives et cognitives qu'elles sont pourtant en train de sécréter ». J.-L. GENARD, *La grammaire de la responsabilité*, Paris, Cerf, 1999, p. 26.

⁸³ À propos des relations entre le sujet à venir et le contexte néo-libéral depuis les contraintes exercées par l'ordre économique actuelle, voir Dany-Robert DUFOUR, *L'individu qui vient... Après le libéralisme*, Paris, Denoël, 2011.

⁸⁴ Paul Ricoeur cité dans Jacques HOCHMANN, « La causalité narrative », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 1, no. 83, 2011, p. 155, 167.

d'un nouveau paradigme pour la responsabilité criminelle. Paradigme à la confluence du savoir neurologique et de la capacité de délibération morale, *mais qui ne saurait apparaître qu'en dehors de la confusion actuelle des genres*. L'intégration de ces paramètres – qui ne sont pas mutuellement exclusifs – n'est ainsi envisageable qu'à la condition expresse que le droit ne veuille plus soigner ni la psychiatrie punir. Toutefois, comme il ne s'agit pas strictement, dans ces deux disciplines, de questions relatives à l'imbrication des savoirs, mais bien plutôt du déploiement de rapports de pouvoir, on ne saurait faire l'économie de questions pratiques comme celle-ci : comment des institutions sociales peuvent-elles accepter que soient rendus transparents leurs mécanismes de pouvoir (dans la reconnaissance de leurs limites) et exercer celui-ci avec la même autorité? Autrement dit, à quelles conditions des rois nus peuvent-ils gouverner?

L'intérêt de cet itinéraire théorique ne tient pas tant à la découverte d'éléments méconnus ou inconnus du droit positif; il réside davantage dans l'effort de problématisation des théories de l'action⁸⁵ en regard des modèles explicatifs de comportement visés par les raisonnements idoines du droit criminel. Aux fins de cette analyse, les théories de l'action, bien qu'elles constituent une source importante d'enseignement, ne nous intéressent ni en elles-mêmes ni pour elles-mêmes. Elles deviennent toutefois précieuses lorsqu'elles permettent de percevoir ce que le langage, à travers ses contraintes syntaxiques, fait subir aux représentations communes de la réalité. Dans le contexte du droit criminel, leur caractère purement philosophique disparaît au profit de la déconstruction des modes de fabrication de la culpabilité pénale.

Pour ne pas être moins réelle que celle du physicien, la réalité du droit oblige à admettre que dans certaines circonstances de félicité linguistique, une « vessie »⁸⁶ peut

⁸⁵ On pense ici par exemple aux travaux de la philosophe Joëlle Proust sur la volonté dans J. PROUST, *La nature de la volonté*, Paris, Gallimard, 2005, 357 p.

⁸⁶ Il suffit d'évoquer la fiction de « personne morale » dont la portée n'a cessé d'oblitérer le caractère véritable des rapports de domination dans la société industrielle. Le juriste américain T. Arnold le constatait dès 1937, « c'est par son immense pouvoir de mystification que la métaphore de la personne morale qu'est devenue la grande société est vitale au maintien de l'ordre actuel des sociétés démocratique occidentales. (...) Cette idée de conférer à la grande société les droits et les prérogatives de l'individu libre est aussi essentielle à l'acceptation du pouvoir qu'elle exerce dans le monde temporel des affaires que l'a été en son temps l'origine divine du pouvoir des rois ». Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber, 2003, p. 58.

devenir une « lanterne »⁸⁷. Par effort de clarté, le juriste cultive l'équivoque. Écho d'un univers implicite de références et de présupposés, le raisonnement juridique peut ignorer parfois que son paysage se modifie avec le caractère changeant des nuances jurisprudentielles. Marie-Claude Prémont observe à cet égard que

« l'une des convictions fondatrices du droit moderne est que les mots y sont utilisés dans leur sens propre et usuel pour la plus grande clarté et la compréhension de tous. Rien n'est plus éloigné de la vérité, ce qui ne signifie pas qu'il faille rejeter le principe. Il sert une fin et participe également de la nature du droit. Mais si le droit dit vouloir appeler un chat un chat, il faut prendre garde, car un chat n'est pas toujours un chat, ni dans la langue naturelle ni en droit »⁸⁸.

La familiarité du juriste avec les fictions instaure un rapport à la vérité d'une tout autre nature que celle que le discours scientifique fait apparaître. Penser en droit impose un rapport à l'équivocité linguistique.⁸⁹ Tout se passe comme si le langage juridique combinait le plus curieux mélange des conditions d'une communication ordinaire, tout en conservant la capacité de décréter une transmutation des contextes et du statut des personnes, d'imposer au cours des choses sa propre orientation. Le philosophe Michel Serres décrit ainsi les mécanismes de cette efficacité :

« Le droit jamais n'ordonne, et parle ou écrit rarement à l'impératif; ne désigne pas non plus, n'écrit ni ne parle à l'indicatif. Mais au performatif. Cela veut dire que la vérité, la conformité du dit ou du prescrit avec les faits découle immédiatement de son dit ou de son prescrit. Le performatif fait du dire un acte efficace, une sorte de *fiat* : au commencement du monde, le Dieu créateur parle ainsi, performativement : il dit et les choses se font en conformité avec la parole, comme si la création du monde avait été pensée comme une loi. Donc, le droit n'erre pas, il ne peut errer. Il n'y a pas d'erreur judiciaire; ou plutôt, un tribunal peut se tromper sur les faits qu'il doit connaître, mais le droit qu'il représente ne se trompe pas.

⁸⁷ On pense ici aux dispositions de l'article 557, al. 2 du Code civil du Québec qui permet à l'adopté de devenir membre à part entière de sa famille adoptive.

⁸⁸ Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, op. cit., note 86, p. 15.

⁸⁹ On ne peut se détourner complètement, dans le cours de cette thèse, de la difficulté qu'impose le fait de réfléchir en français sur des notions cardinales en droit criminel - esprit, intention, volonté, évidence - qui sont des réalités linguistiques appartenant à la structure même d'une langue comme l'anglais. Décrire le fonctionnement de l'esprit dans une langue particulière et le transposer dans une autre expose à une confrontation avec le génie de cette langue et parfois contraint à une sorte de cécité intra-psychique à l'égard de ce qui est en cause et qui s'exprime familièrement par l'expression : une telle chose ne se dit pas dans cette langue! Est-elle pour autant impensable dans une langue d'accueil?

L'arbitre infallible, parce que performatif, a toujours raison. Qu'il ait tort, et il a quitté l'arbitrage ».⁹⁰

C'est l'idiome même du langage performatif⁹¹ dont les pôles sont contenus par la stratégie d'écriture générale d'un « faire obéir » et d'un « tenir responsable ». Cette langue s'impose depuis un savant mélange de sa courte logique du classement et de son renvoi implicite, quoique constant, aux linéaments d'une moralité commune. Ce cadre rend difficile jusqu'à maintenant une autre conception de la responsabilité. Empire dans l'empire, l'autarcie référentielle du droit ne saurait être conçue autrement qu'à partir de la capacité autopoïétique de la discipline, du passage obligé qu'elle impose au langage de l'autorité et du pouvoir afin que ceux-ci puissent correctement s'exprimer, c'est-à-dire être rendus valides et convenablement obéis. N'ayant en principe jamais le statut d'instrument, le droit constitue sa propre condition de possibilité et en assure la matérialisation. Gunther Teubner évoque cette magie linguistique d'un genre particulier :

« Le droit n'est pas déterminé (...) par une autorité extérieure quelconque, donc ni par l'autorité des textes, ni par celle de la nature, ni par celle de la révélation divine. Mais, bien au contraire, le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité. La validité du droit tient à son autoréférentialité, c'est-à-dire à l'application d'opérations juridiques au résultat d'autres opérations juridiques. La validité ne peut pas s'importer de l'extérieur, elle ne peut être qu'un produit interne du droit »⁹².

1.2 L'importation du « trouble » en droit

Le trouble lui-même, en général, naît de ce qu'un corps étranger en envahit un autre⁹³.

Malgré l'existence d'avancées juridiques novatrices et forçant le changement des mentalités en matière de droits fondamentaux, de respect de l'orientation sexuelle, ou de la réprobation de comportements tels que le harcèlement moral ou sexuel sur les lieux de travail, il faut bien admettre que sous certains aspects, le droit a parfois vingt ans de retard sur la

⁹⁰ Michel SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion 1992, p. 120.

⁹¹ « Le texte normatif a pour particularité, pour spécificité, qu'il survient pour modifier une situation, un ordonnancement juridiques (...). Comme discours, comme événement, le texte produit des normes. Il ne se contente pas de les agencer les unes par rapport aux autres. Il les crée ». Gérard TMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 51.

⁹² Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 8. Cette perspective « cavalière » paraît atténuée en droit criminel par son usage du discours psychiatrique. Nous y reviendrons.

⁹³ François DAGOGNET, *Le trouble*, Paris, Institut Synthalebo, Coll. Les Empêcheurs de penser en rond, 1994, p. 7.

société à laquelle il appartient. Il ne peut en être de même lorsque, pour apprécier les comportements, il doit tenir compte de la nature actuelle du sujet à qui il s'impose. Au cours de son histoire, le droit a su aménager un rapport avec ce qui contrarie la raison et lui échappe. Il a su fabriquer, selon son mode classificatoire, les catégories pour nommer ce qui lui demeure étranger. Sans être désuète, sa manière de tenir la folie en respect, voire à distance à travers la déclinaison des incapacités, n'est plus assortie au profil que prennent les nouvelles figures du dérangement de l'esprit.

« Depuis le droit romain, les fous sont suffisamment punis par leur maladie et sont surtout incapables de l'intention constitutive de la faute qui fonde la peine judiciaire (...). La conception de la folie s'ajuste parfaitement à ces principes puisque la maladie mentale fait disparaître la volonté et même l'identité du fou. La folie est principalement vacuité, absence de volonté, de conscience des actes, de conscience morale. Cette organisation ancienne est renouvelée au XIXe siècle en partie pour des raisons internes au droit. Depuis les Lumières, l'exercice de la justice s'est structurée autour d'une l'anthropologie de la volonté libre »⁹⁴.

L'exercice du discernement juridique devient moins convaincant lorsque la folie ne culmine ni dans le délire, ni dans les allures dépenaillées ou le faciès hébété d'un quelconque énergumène⁹⁵. La notion de trouble ne vient pas éclairer le contexte d'appréciation des états d'esprit présumés, car le trouble mental n'est plus fait du même matériau conducteur qui permettait naguère le jugement sûr du praticien ou le refoulement vers l'espace asilaire. Les dérangements de l'esprit ne débouchent pas non plus nécessairement, dans l'expérience dépressive, sur des postures de prostration.

En droit criminel canadien⁹⁶, lorsque surgit un doute quant à l'état mental d'un accusé, l'intervention du psychiatre vient ponctuer le rythme et toutes les étapes procédurales⁹⁷.

⁹⁴ Laurence GUIGNARD, « Les lectures de l'intériorité devant la justice pénale au XIXe siècle ». (2008) 141, *Revue Romantisme*, 23, 24-25.

⁹⁵ « Les catégories de la psychiatrie modernes ne sont pas des données intemporelles de la nature, susceptibles d'être découvertes par un observateur attentif; elles sont au contraire les produits de la construction même de cette discipline ». Alan SHERIDAN, *Discours, sexualité et pouvoir. Initiation à Michel Foucault*, Bruxelles, Pierre Mardaga Éditeur, 1985, p. 47

⁹⁶ Comme le note la juriste Emmanuelle Bernheim: « En droit criminel, l'expertise psychiatrique est généralement demandée soit pour établir l'aptitude de l'accusé à subir son procès soit pour confirmer le lien entre l'acte reproché et la maladie mentale. Mais l'expert-psychiatre peut également être amené à se prononcer sur la dangerosité d'un accusé déclaré non responsable pour cause de troubles mentaux, d'un prévenu, ou d'un accusé que l'on soupçonne à risque de récidiver. Il évaluera également la prédisposition de l'accusé à commettre des délits ainsi que son caractère et sa moralité. L'évaluation psychiatrique est également nécessaire pour permettre

L'apparition de l'expression « trouble mental » vient d'ailleurs supplanter en les assouplissant des critères beaucoup plus stricts quant aux conditions présumées objectives de certains états d'esprit.

« Comme le recommandait le rapport du ministère de la Justice sur le « projet sur le désordre mental », le projet de loi C-30 a retenu et modernisé le critère de l'aliénation mentale en remplaçant les expressions « imbécillité naturelle » et « maladie mentale » par « troubles mentaux ». Comme c'était le cas avant le projet de loi, l'accusé est toujours tenu d'établir qu'en raison de troubles mentaux, il était « incapable d'apprécier la nature et la gravité de son acte ou omission, et de se rendre compte que cet acte ou omission était mal ». En 1990, la Cour suprême est revenue sur son interprétation antérieure du sens de « mal » dans ce contexte. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, six juges sur neuf ont statué que ce terme signifiait « moralement répréhensible » et non pas « illégal ». Dans une décision rendue en 1994, la Cour a affiné son interprétation de l'article 16 en déclarant que l'« accusé doit avoir la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal au sens abstrait. Cependant, il doit aussi avoir la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'acte criminel reproché ». Comme M. Chaulk devait être arrêté par la suite sur une autre accusation de meurtre, certains se sont demandé si cette interprétation large du trouble mental n'aurait pas pour effet de soustraire trop de gens à leur responsabilité pénale »⁹⁸.

En acceptant la catégorie psychiatrique de trouble mental, le droit criminel paraît sensible à une folie discrète pouvant procéder autant d'un individu dépressif atone que d'un sujet de droit sous psychotrope. Comme le suggère le rapport gouvernemental précité, un

l'ordonnance d'un traitement. Et, bien que l'expert ne puisse se prononcer sur la crédibilité d'un témoin, il peut évaluer la fiabilité de son témoignage ». Emmanuelle BERNHEIM, « Perspective Luhmannienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique », *Lex Electronica*, vol. 13 n°1 (Printemps / Spring 2008), p. 5.

⁹⁷ En ce qui a trait aux éléments cardinaux de la ponctuation procédurale : *la capacité de subir un procès* ; *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1e supp.), art. 672.11 a) et 672.23 et *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. 25.1, art. 213 et 214); *les liens entre l'infraction commise et la maladie mentale*: C. cr., art. 16 et 672.11 b) ; *le niveau de dangerosité de l'accusé atteint d'un trouble mental et déclaré non criminellement responsable* : C. cr., art. 672.65 (2); *l'évaluation des risques de récidive* : C. cr., art. 752.1; *La prédisposition à commettre des actes criminels* : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. p. 17; *l'évaluation de la moralité de l'accusé* : C. cr., art. 757; *l'ordonnance d'un traitement* : C. cr., art. 672.59 (2). Emmanuelle BERNHEIM, « Perspective Luhmannienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique », p. 5. Notons au passage le degré de confiance du droit pénal dans les capacités « oraculaires » de l'expertise psychiatrique quant à l'appréciation rétrospective de l'état d'esprit d'un accusé au moment de la commission de l'acte, et une assurance non moins importante quant aux possibilités d'une évaluation prospective des comportements criminels.

⁹⁸ Maryse PILON, *Troubles mentaux et droit pénal canadien*, Division du droit et du gouvernement, Le 5 octobre 1999. Révisé le 22 janvier 2002. <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/EB/prb9922-f.htm> Document consulté sur Internet le 17 décembre 2010.

esprit troublé n'entre pas obligatoirement dans le champ traditionnel des aliénations ni n'implique pour autant le désordre mental. Dans les faits cependant, les tribunaux n'ont pas ouvert aux dépressifs sous psychotropes des moyens d'exonération spécifiques à cette condition particulière. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'importation de la catégorie psychiatrique de « trouble mental » corresponde à ce qu'entend le droit criminel dans son rapport à la détermination du degré de responsabilité d'un accusé, à moins qu'il n'accepte toutes les conséquences épistémologiques d'une conception médicale de la conscience troublée pour délimiter le champ individuel de l'imputabilité pénale. En pratique, cela ne paraît pas être le cas, bien que l'usage du concept de « trouble mental » à la fois en psychiatrie et en droit engage à sa suite un glissement des domaines et une confusion des champs⁹⁹. Peut-on d'ailleurs faire reposer une évaluation normative sur l'idée de trouble sans introduire une fluctuation permanente et inquiéter toute possibilité de certitude quant à un jugement? Peut-on aussi classer des troubles, apprécier l'intensité d'une confusion à partir d'une mesure étalon, celle de l'unité présumée de la conscience claire?

L'exigence légale d'une expertise psychiatrique pour déterminer l'usage, et éventuellement, le choix d'une défense tend à suggérer que l'acception « trouble mental » des diverses versions du DSM en usage a été implicitement incorporée aux dispositions actuelles de l'article 16 du Code criminel canadien¹⁰⁰. Se pose alors la question de la légitimité conceptuelle d'une telle subsomption. Le concept de trouble mental¹⁰¹ est l'extension de celui

⁹⁹ La définition de trouble mental en droit criminel s'établit selon des critères larges obligeant à se référer aux définitions du DSM si l'on considère que cette notion comprend : « toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion ». *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1159.

¹⁰⁰ « Le trouble mental doit être considéré, dit le DSM-IV, comme un dysfonctionnement comportemental psychologique ou biologique de l'individu. L'accent est mis sur le comportement, ce qui indique qu'un soubassement théorique behavioriste semble avoir été conservé, malgré l'athéorisme revendiqué par ses auteurs ». Michelle LALIVE D'EPINAY, « Évolution des concepts de maladie et de guérison en santé mentale, et travail de guérison en psychanalyse », *Psychothérapies*, vo. 23, no. 1, 2003, p. 23, 25.

¹⁰¹ Comme le remarque Michel Foucault, l'usage de la notion de trouble implique l'intervention sociale du psychiatre, en tout cas son expertise « oraculaire » quant aux comportements éventuels des individus qui en sont affectés : « C'est la question du trouble, c'est la question du désordre, c'est la question du danger, qui se trouve, par la décision administrative posée au psychiatre. (...) L'analyse, l'investigation, le quadrillage psychiatrique vont tendre à se déplacer de ce que pense le malade vers ce qu'il fait, de ce qu'il est capable de comprendre à ce qu'il est susceptible de commettre, de ce qu'il peut consciemment vouloir à ce qui pourrait se produire en lui

de trouble physique¹⁰² tel que le suggère le psychiatre Thomas Szasz dans sa critique de la discipline.

« Les troubles mentaux n'existent bel et bien que si le même concept de « trouble » qui s'applique aux conditions physiques s'applique également aux conditions mentales étiquetées « troubles »; autrement l'extension de « trouble » aux conditions mentales est tout au plus une métaphore. Szasz soutient ensuite que le terme de « trouble mental » est utilisé pour étiqueter des comportements hors normes sur le plan social et que le fonctionnement psychologique étiqueté « trouble mental » n'est d'ordinaire accompagné d'aucune lésion identifiable du cerveau ou de quelque autre partie du corps (Szasz suppose implicitement qu'aucune lésion ne sera finalement découverte, qui pourrait expliquer une telle condition.) Ainsi, le concept de « trouble » en tant que « lésion », valable pour les conditions physiques, n'est pas valable pour les conditions mentales; donc les « troubles mentaux » ne sont pas à proprement parler des troubles »¹⁰³.

La nature de la confusion qui surgit de l'interprétation de ce que constitue un trouble affectant la capacité d'orienter son action est aussi incertaine que le diagnostic de dépression nerveuse lui-même. Comment en apprécier alors l'impact sur des individus, une fois la notion de trouble appliquée à des groupes croissants de la population médicamentés par l'industrie pharmaceutique? Autrement dit, l'appariement de la notion de trouble mental avec le concept actuel flou de dépression nerveuse devrait logiquement déboucher sur un grand nombre d'acquittements. Or, il n'en est rien; le droit reste à mi-chemin, il résiste à « naturaliser » complètement cet « intrus amoral ». L'un des avantages obtenus par l'adoption de la notion de trouble mental réside sans doute dans le fait qu'un tribunal puisse s'en remettre aux bons soins d'une expertise psychiatrique en s'autorisant de l'objectivité apparente de cette discipline même¹⁰⁴. Les évaluations psychiatriques partisans¹⁰⁵ démentent pourtant régulièrement ce

d'involontaire dans son comportement ». Michel FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard, 1999, p. 131.

¹⁰² À l'inverse de la position de Szasz qui remet en cause le rapprochement entre les troubles organiques (lésions, dysfonctionnements) du cerveau pour les accoler à la réalité sociale de certains comportements, Michael Allen Taylor dans son ouvrage *The Fundamentals of Clinical Neurology* écrit : « Psychology and neurology is one field. Mental illness is non « mental » at all, but the behavioral disturbance associated with brain dysfunction and disease ». Cité dans George GRAHAM, *The Disordered Mind. An Introduction to Philosophy of Mind and Mental Illness*, New York, Routledge, 2010, p.75.

¹⁰³ Cité dans Jerome WAKEFIELD, « Fait et valeur dans le concept de trouble mental: le trouble en tant que dysfonction préjudiciable », *Philosophiques*, vol. 33, no. 1, 2006, p. 37, 54-55.

¹⁰⁴ Dès le XIXe siècle, la psychiatrie légale s'introduit dans les raisonnements idoines du droit. Foucault observe que « si le crime est devenu alors pour les psychiatres un enjeu important, c'est qu'il s'agissait moins d'un

préjugé favorable quant à la scientificité de la psychiatrie¹⁰⁶. Le caractère agrégatif du trouble mental¹⁰⁷, et éventuellement celui de dépression nerveuse et de leurs descriptions à une époque donnée font en sorte qu'« une fois qu'on a saisi ce qu'est le syndrome, on le voit partout »¹⁰⁸.

« La prétention affichée de la psychiatrie athéorique est d'appliquer aux affections psychiques le modèle lésionnel de la médecine des organes. (...) Dans la psychiatrie athéorique, le diagnostic de dépression est établi à partir d'échelles de comportement standardisées qui ne recherchent plus les facteurs de déclenchement : au fil des années, les observations cliniques contenues dans les dossiers hospitaliers sont de plus en plus succinctes. L'important est de repérer si le patient est davantage déprimé le matin où l'après-midi, s'il conserve ou non l'espoir de guérison, ou encore si son sommeil est davantage perturbé dans la première ou la deuxième partie de la nuit. Ainsi, la rencontre clinique privilégie la seule prise en compte des signes, objectifs seulement en apparence, qui s'inscrivent dans le postulat d'une perturbation neurobiologique. Les

domaine de connaissance à conquérir que d'une modalité de pouvoir à garantir et à justifier ». Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits* 1954-1988, T. III, 1976-1988, Paris, Gallimard, 1994, p. 449.

¹⁰⁵ Notons au passage que la communauté des psychiatres ne semble pas « troublée » outre mesure par les usages « contradictoires » de l'expertise auxquels se livrent ses membres dans les débats judiciaires pas plus qu'elle ne paraît l'être par la multiplication des diagnostics de dépression. Quant aux juristes, ils ne paraissent pas non plus enclins à remettre le principe de l'expertise psychiatrique comme telle en question, mais à le classer plutôt parmi les ressources rhétoriques dont dispose un plaideur dans le cours d'un procès.

¹⁰⁶ Michel Foucault observe quelques incongruités de l'« expertise » psychiatrique en droit : « On convoque des psychiatres qui tiennent des discours à couper bras et jambes, tant du point de vue psychiatrique que du point de vue judiciaire, et que tout le monde fait semblant de considérer comme des exposés techniques de haute compétence. (...) Il existe en cette matière une circulaire, qui date d'après la guerre, selon laquelle le psychiatre doit répondre, en justice à trois questions – outre la traditionnelle « Était-il en état de démence? » Ces questions sont extraordinaires si l'on y fait attention : « 1- L'individu est-il dangereux? 2- Est-il accessible à la sanction pénale? 3 – Est-il curable ou réadaptable? » Trois questions qui n'ont aucun sens juridique! La loi n'a jamais prétendu punir quelqu'un parce que « dangereux », mais parce que criminel. Sur le plan psychiatrique, cela n'a pas plus de signification : que je sache, le « danger » n'est pas une catégorie psychiatrique. Ni le concept « réadaptable » d'ailleurs ». Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits* 1954-1988, T. III, 1976-1988, op. cit., note 104 p. 294-295. Les remarques du philosophe n'expliquent pas les motifs qui commandent ce « faire semblant » de la communauté juridique, et même des médias, à l'égard de ces « exposés techniques de haute compétence ».

¹⁰⁷ « Qu'il s'agisse des troubles de l'anxiété sociale, des troubles déficitaires de l'attention et de l'hyperactivité, de la dysphorie prémenstruelle, de la dysfonction érectile, des troubles oppositionnels de provocation ou de toutes les nouvelles maladies de l'âme, il s'avère de plus en plus difficile de savoir ce qui, du diagnostic ou du traitement, est premier. Davantage la pathologie se donne dans la *flexibilité* et la *liquidité* de ses frontières, davantage la ligne de partage entre le normal et le pathologique se trouve brouillée, davantage encore il est difficile de faire la différence entre la prescription « thérapeutique » et la prescription « cosmétique ». Roland GORI, « La construction du trouble comme entreprise de normalisation », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, vol. 4, no. 66, 2006, p. 31, 40.

¹⁰⁸ Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique*, Paris, Gallimard, 2004, p. 93.

échelles utilisées sont décalquées de celles utilisées sur l'animal de laboratoire pour tester l'action de nouvelles molécules »¹⁰⁹.

Michel Foucault le rappelle, il existe des maladies « impures »¹¹⁰. La dépression constitue un conglomérat biopsychologique assimilé aux comportements par des considérations biologisantes émergeant tantôt des contradictions sociales du néo-libéralisme¹¹¹ triomphant, tantôt de l'anomie. C'est le « coût de revient » ou le « dommage collatéral » d'une économie qui, à travers son architecture individualiste, vise à administrer le bonheur du plus grand nombre¹¹².

« La notion de « trouble de comportement », fondement de la psychiatrie anglo-saxonne actuelle, constituerait pour Canguilhem une aberration épistémologique puisqu'elle méconnaît le niveau de l'individualité humaine concrète tout autant que le dispositif socio-économique de l'époque qui l'entraîne à adopter cette caricature de scientificité. Cette illusion épistémologique conduit à confondre l'objet d'une « science », qui est toujours immanent à un dispositif, et la « chose réelle », que le sens commun, justement parce qu'il n'a pas la rigueur de la méthode, croit pouvoir saisir »¹¹³.

Le rapport entre le sens commun selon lequel la pathologie dépressive n'entraîne pas de comportement excentrique et le sérieux d'une affection comme la dépression nerveuse met en cause à la fois le diagnostic et le jugement. Dès lors, comment déterminer la responsabilité pénale d'une « folie raisonnable »¹¹⁴? Comment concevoir un sujet dont le passage à l'acte

¹⁰⁹ Samuel LEPASTIER, « La construction de la maladie dépressive dans la psychiatrie athéorique », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 1, no 77, 2008, p. 77, p. 82 et 85.

¹¹⁰ « Il y a des maladies et des modifications de maladies. Des maladies pures et impures, simples et complexes ». Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988*, T. II, 1970-1985, Paris, Gallimard, 1994, p. 676.

¹¹¹ Dans la foulée des analyses de Foucault, le juriste Antoine Garapon rappelle que « le néolibéralisme est un mode de gouvernement des hommes avant d'être une doctrine économique. Il ne doit pas être compris comme une force adverse de l'État, qui l'affaiblirait de l'extérieur, mais comme une production de l'État, à ceci près qu'il ne sert pas la majesté de l'État, ni son retrait comme certains l'affirment trop vite, mais son *amoindrissement*. Amoindrissement n'est pas synonyme d'affaiblissement : il signale simplement un changement de stratégie qui ne retire rien à son ambition de gouverner les hommes ». Antoine GARAPON, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, p. 15.

¹¹² « Chaque société a les maladies mentales qu'elle mérite et la psychiatrie qui lui convient. À distance des idéologies médicales qui font la santé mentale d'aujourd'hui, je dirais que les symptômes au nom desquels les patients viennent consulter portent la marque d'une époque et les valeurs de sa culture. Les dispositifs conceptuels qui capturent et fabriquent ces symptômes pour en établir le diagnostic et le soin ont une histoire ». Roland GORI, *De quoi la psychanalyse est-elle le nom ? Démocratie et subjectivité*, Paris, Denoël, 2010, p. 27.

¹¹³ Roland GORI, *De quoi la psychanalyse est-elle le nom ? Démocratie et subjectivité*, p. 219-220.

¹¹⁴ Il importe de rappeler qu'« après Esquirol, l'on abandonnera peu à peu la notion unitaire d'aliénation mentale, et grâce à l'œuvre de J.-P. Falret, l'on considérera qu'il existe, non pas un processus unique aux expressions cliniques multiples, mais des « maladies mentales », au pluriel, aussi indépendantes d'une racine commune que la

criminel n'est annoncé par aucun comportement antérieur ou conduite répréhensible? Comment déceler un égarement que personne n'aurait su prédire ni voir venir, à partir des manifestations extérieures d'un comportement actuel? C'est par l'énigme du passage à l'acte immotivé qu'entre au 19e siècle sur la scène du droit la science récente du psychiatre¹¹⁵. Elle y vient à l'origine par le biais du crime monstrueux qu'aucun raisonnement moral n'aurait su expliquer.

« Chez quelqu'un qui n'avait donné aucun signe de folie surgit donc un geste à la fois volontaire, conscient et raisonné – tout ce qu'il faut donc pour une condamnation aux termes de la loi –, et pourtant rien, aucun motif, aucun intérêt, aucun mauvais penchant qui permettrait de déterminer ce qu'il faut punir dans le coupable. (...) La raison du crime étant devenue maintenant la raison de punir, comment punir si le crime est sans raison? »¹¹⁶.

Dans le cas de la médication antidépressive, il s'agit de concevoir un intime dérapage, un glissement insidieux vers une part inconnue de soi que le psychotrope révèle brutalement. « La transformation insensible qui change un acte volontaire et composé en automatisme »¹¹⁷. Ni hantise ni possession, mais une causalité moléculaire sur l'esprit supposée aussi efficace dans certains cas que l'effet produit par la médication contre les dysfonctions érectiles. Dans ce contexte prosthétique, il ne viendrait à personne l'idée que l'on puisse en appeler au libre arbitre pour contester l'influence de substances chimiques sur la capacité érectile. Pourquoi en serait-il autrement pour la médication qui désinhibe l'action? Comment être tenu responsable d'une action qu'il était physiologiquement impossible d'empêcher?

Par leur compréhension biochimique du cerveau, les neurosciences font reposer les processus psychiques des individus sur une quantité de faits biologiques observables. Par exemple, la dépression y apparaît causée par l'insuffisante persistance de certains neurotransmetteurs dans des fentes synaptiques particulièrement sensibles à la sérotonine, et cet état physiologique entraîne une modification comportementale de ce qu'on comprenait

dilatation des bronches et l'abcès du poumon ». Georges LANTÉRI-LAURA et Martine GROS, *Essai sur la discordance dans la psychiatrie contemporaine*, Paris, E.P.E.L., 1992, p. 37.

¹¹⁵ « La justice, après s'être laïcisée, détachée de l'emprise religieuse et théologique, renoue avec la psychiatrie de nouveaux liens ambigus qui ne sont pas sans analogie avec le rapport que la justice a toujours entretenu avec la religion ». Paul RICOEUR cité dans Foulek RINGELHEIM, *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, « Le souci de ne pas punir », Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1984, p. 355, 355.

¹¹⁶ Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits* III, op. cit., note 104, p. 453.

¹¹⁷ Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 1061.

naguère comme expression de la volonté. Le caractère purement métabolique des échanges atténué en partie l'existence de la participation d'un sujet comme agent unique cause de ses actes. L'antidépresseur reconfigurerait le comportement humoral de l'hypothalamus au même titre que le technicien informatique dans le système Mac cherche à relancer une machine qui plante en affichant un Sad Mac, ou dans le système X en exhibant un Kernel Panic. Bref, la dépression n'est plus comprise comme une faiblesse de la volonté.

Dans ces conditions, ni la nature des sentiments ni la gravité éventuelle des actes ne peuvent voiler le déterminisme réflexe ou les conséquences induites par ces délicates prothèses moléculaires. Loin d'assimiler le comportement du dépressif sous médication à la dangerosité du monomane, il n'en demeure pas moins que les paramètres d'une action immotivée et de sa conséquence pénale, l'irresponsabilité, entraînent le droit vers le non-lieu moral de la psychiatrie. Michel Foucault évoque cette « croix » pour la pensée juridique en ces termes :

« La liberté juridique d'un sujet est prouvée par le caractère déterminé de son acte; son irresponsabilité est prouvée par le caractère en apparence non nécessaire de son geste. Avec ce paradoxe insoutenable de la monomanie et de l'acte monstrueux, la psychiatrie et la justice pénale sont entrées dans une phase d'incertitude dont nous sommes loin d'être sortis; les jeux de la responsabilité pénale et de la détermination psychologique sont devenus la croix de la pensée juridique et pénale »¹¹⁸.

L'introduction dans le champ des comportements d'une assistance moléculaire, champ où disparaît progressivement l'enjeu moral pour faire place à celui de la pathologie, commande une relecture du paradigme¹¹⁹ de la responsabilité et subséquemment de la

¹¹⁸ Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits* III, op. cit., note 104, p. 455.

¹¹⁹ Changer le paradigme de la responsabilité pénale n'est évidemment pas une mince affaire. Il serait présomptueux de s'imaginer qu'une réflexion isolée puisse s'engager dans ce travail de Titan ou d'Atlas. Alors que les changements de paradigme en science se heurtent à des réticences ou à des objections non scientifiques de la part de ceux-là même qui occupent ce champ, à plus forte raison une mutation qui procéderait depuis des considérations théoriques de philosophie pénale ne saurait s'imposer à un cadre pratique où l'exercice rituel de la mécanique accusatoire donne pleine satisfaction à la plupart des principaux acteurs et procure en punissant l'indescriptible sensation de rendre justice. Toutefois, changer un modèle théorique en science permet souvent des gains réels, des inventions ou retombées futures. L'angoisse de devoir abandonner, pour des raisons de probité ou au terme d'un examen historico-critique, un modèle ou de simplement remettre en cause une pratique établie n'est concevable que dans l'espace de la recherche universitaire. Inquiéter une structure dogmatique par des moyens argumentatifs ne fait, à l'égard de ses processus et de sa légitimité, que nourrir des doutes ou « propager des rumeurs » dans un édifice dont le « chauffage central » est assuré par la confiance de ses locataires. Pour le droit criminel, cela pourrait signifier une catastrophe dans des opérations de classement s'il ne

culpabilité juridiques. Le droit criminel est en outre également contraint de repenser l'architecture de la subjectivité dans l'exacte mesure où l'autorité des formes institutionnelles disparue, les conditions morales de l'assomption subjective passent ailleurs que par le respect de la loi. « Une société qui est sortie du régime de la contrainte tenue pour allant de soi, issue d'une communauté qui toujours précéderait les individus, une telle société, dite émancipée, a plus besoin que la précédente d'autorité »¹²⁰. Mais où peut-elle désormais la trouver sinon que dans la science médicale?

L'incertitude plane au-dessus de l'alternative entre soigner et punir. Dans ce contexte, il devient plus difficile de distinguer, par exemple dans le cas de l'enfant indiscipliné, entre les lacunes d'une éducation et l'insuffisance de sérotonine dans le cortex préfrontal ou ailleurs¹²¹. En quoi le jeune sujet neurologiquement victime de l'une des formes d'hyperactivité est-il si différent de l'enfant turbulent des autres époques?

« On voit apparaître les effets de pouvoir de la médecine partout; que ce soit dans la famille, dans l'école, dans l'usine, dans les tribunaux, à propos de la sexualité, de l'éducation, du travail, du crime. La médecine est devenue une fonction sociale générale : elle investit le droit; elle se branche sur lui; elle le fait fonctionner »¹²².

tentait pas déjà d'amortir sur le long terme l'expertise psychiatrique en l'intégrant par tous les moyens, une intégration qui peut tenir tantôt du calcul inconscient, tantôt de l'aveuglement volontaire - bref, du compromis historique. L'extension et l'ouverture de moyens de défense nouveaux en droit criminel constituent l'élément dynamique dans cette architecture. Un des problèmes réside cependant dans l'acceptation, pour des cas particuliers, de conclusions du savoir psychiatrique, mais dans le refus d'en tirer des conclusions plus générales. Or les comportements déviants sont différents en raison non pas tant de leur structure propre que de l'accentuation de traits pourtant communs à tous. En effet, le fonctionnement réputé « moral » ou « normal » du sujet de droit ne relève pas tant de la décision délibérée d'individus sains ou criminels que des circonstances qui le déterminent. Cette perspective, qui n'a évidemment rien de rassurant quant à l'identité des sujets, ne permet plus d'entretenir l'illusion de l'autonomie morale du sujet si chère à Kant. Cette perspective s'impose par exemple en regard de l'expérience historique relative aux génocides et au comportement des « gens ordinaires » dans ces occasions. De ce point de vue, le « devoir de mémoire » ne doit pas concerner simplement les victimes; il doit aussi contribuer à contrer tout effort déployé pour minimiser, voire supprimer les composantes circonstancielle qui dictent ses comportements au sujet moral pour le meilleur comme pour le pire. Les condamnations rétrospectives véhémentes sont à la mesure d'un refus de penser et aussi de la force d'attachement aux modèles de personnalisation de la responsabilité.

¹²⁰ Marcel GAUCHET cité dans Paul RICOEUR, *Le Juste 2*, op. cit., note 28, p. 189.

¹²¹ Évidemment, cela n'exclut pas que la première alternative soit la cause ou ait pour conséquence la seconde.

¹²² Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits III*, op. cit., note 104, p. 76.

1.3 L'exception psychiatrique mise en preuve

Dans un souci d'objectivité, le droit subordonne la mécanique verbale de la mise en accusation à la détermination biologique d'un état d'esprit au moment précis de la commission d'un crime. Même en supposant que cette opération de l'esprit puisse être acceptable dans certains cas, par exemple lorsque le délire de l'accusé, ses antécédents psychiatriques ou d'autres faits de semblable nature rendent évidente la dissociation, l'appréciation de l'élément moral de la faute heurte le cadre a-théorique des éditions successives¹²³ du DSM sur lesquelles repose désormais la science du psychiatre moderne¹²⁴ : « Le DSM joue ici le rôle de garde-frontière entre le normal et le pathologique, en se réservant le droit de faire toujours de nouvelles incursions pour annexer des domaines qui étaient considérés auparavant comme normaux »¹²⁵. Autrement dit, nous suggérons que le trouble mental en psychiatrie devient ainsi l'équivalent du « faux ami »¹²⁶ dans la langue du droit¹²⁷. Cette translation et ses

¹²³ Pour l'histoire condensée des versions successives et l'évolution de cet appareil diagnostic, voir Michelle LALIVE D'EPINAY, « Évolution des concepts de maladie et de guérison en santé mentale, et travail de guérison en psychanalyse », op. cit., note 100, p. 23, 23.

¹²⁴ Le DSM III, daté de 1980, se veut a-théorique en réduisant l'influence des écoles européennes. Le DSM III-R date de 1987 et le DSM IV de 1992. Voir Philippe VAN MEERBEECK, « Comment penser les folies actuelles? », *Cahiers de psychologie clinique*, vol. 2, no. 21, 2003, p. 23, 32. Le DSM « qui envahit le monde psychiatrique à partir des années 1980 n'est pas un manuel de psychiatrie classique, proposant des méthodes permettant d'aboutir à un diagnostic et à un traitement. Il se présente comme un manuel statistique, par exemple bien utile pour les compagnies d'assurances qui peuvent ainsi évaluer le risque que court un individu présentant tel ou tel symptôme et déterminer le montant de la prime. Les laboratoires pharmaceutiques, quant à eux, peuvent fournir un médicament pour chaque symptôme, permettant ainsi de diminuer le risque, donc la prime ». François BING, « Folie et guérison, éléments d'histoire ». *Figures de la psychanalyse*, vol. 1, no. 15, 2007, p. 131, 136.

¹²⁵ Philippe PIGNARRE « La révolution des antidépresseurs et de la mesure », *Le Carnet PSY*, vol. 1, no. 132, 2009, p. 51, 52.

¹²⁶ Le juge Dickson dans *Cooper* définit en ces termes la maladie mentale : « Permettez-moi de dire au départ que, jusqu'à maintenant, l'expression «maladie mentale» s'est révélée irréductible et que les disciplines médicales et juridiques n'ont pas réussi à la définir avec satisfaction. *Ce n'est pas une expression technique du droit ni de la psychiatrie*. En fait, Glanville Williams (*Textbook of Criminal Law* à la p. 592) dit que l'expression n'est plus utilisée en médecine. [Traduction] «C'est un simple concept de travail, une simple abstraction, comme le péché.» (Wily & Stallworthy, *Mental Abnormality and the Law* (1962) à la p. 20.) Bien que l'expression énonce un concept juridique et que la conclusion découle d'un critère juridique, les connaissances psychiatriques sont directement liées à la conclusion juridique puisque le témoignage médical fait partie de la preuve sur laquelle le juge du fond doit fonder sa décision (...). Les principes généraux, non en litige dans le pourvoi devant cette Cour, ont été réitérés par le juge Martin dans *R. v. Rabey*. Maladie mentale est une expression juridique. (...) En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion». *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1153-1154 et 1158-1159.

conséquences posent un problème d'adéquation épistémologique, à moins qu'elle ne tombe sous le coup d'une restriction mentale. Le droit porte une attention particulière au pur moment imaginé de résonance d'un acte avec l'instant d'une intention intègre¹²⁷. La science du psychiatre permettrait au juge du procès d'identifier cette fausse note dans la partition des comportements, eux-mêmes réduits à la définition jurisprudentielle du mobile distingué ensuite de l'intention générale ou spécifique.

Ce quiproquo quant à la nature du trouble mental commande une relecture qui en précise l'origine et en dénonce la confusion. D'autant plus que la sélection entre des expertises psychiatriques contradictoires oblige à interroger la légitimité du choix par les magistrats d'une version plutôt qu'une autre dans la détermination de l'origine pathologique de certains actes criminels. Cette légitimité repose-t-elle sur la capacité de discerner entre deux diagnostics psychiatriques? Lequel des avis épouse-t-il le mieux une suite logique d'inférences nosographiques dans la discrimination des signes cliniques?

Cette difficulté touche à la nature même du savoir psychiatrique dont les termes – volontaire, involontaire, état d'esprit, état mental, automatisme – font écho à ceux du droit dans le champ de l'évaluation comportementale. La sphère formée par les éléments « mentaux » de l'infraction attire à elle un grand nombre de « corps célestes » théoriques qui n'ont ni le même poids ni une égale portée selon qu'ils sont employés par un juriste ou par un psychiatre. À la rigueur, on peut imaginer l'arrimage des lexiques par un juriste érudit; mais on ne peut relever le tribunal de son incapacité à apprécier la validité scientifique d'une démarche particulière et à justifier scientifiquement son choix. Cette situation relativise le principe même de l'admission d'une expertise psychiatrique dans un litige, bien que la Cour Suprême ait d'abord établi dans l'arrêt *Kelliher* de 1931 que « l'objet de l'enquête doit être tel que les gens ordinaires ne pourront probablement pas en juger à bon escient sans l'aide de

¹²⁷ Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka s'interroge : « En d'autres termes, la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime? Une conclusion affirmative sur ce fondement satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité ». R. c. *Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 35

¹²⁸ Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Kjeldsen*, « Le vrai test est nécessairement cette question: L'accusé, au moment de l'infraction - non avant ni après, mais au moment de l'infraction - à cause d'une affection mentale, était-il incapable d'apprécier tout à fait, non seulement la nature de l'acte, mais les conséquences naturelles qui en découleraient? En d'autres termes, l'accusé, à cause d'une affection mentale, était-il privé de la faculté de prévoir et de mesurer les conséquences de l'acte? ». *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, 622.

personnes possédant des connaissances particulières »¹²⁹. Il ne s'agissait pas dans cette espèce d'une évaluation psychiatrique, mais de l'établissement du principe qui justifie l'intervention de l'expert, en l'espèce, du partage de la responsabilité du conseil de ville d'une municipalité et les actions d'un inspecteur en prévention des incendies. Or, à ce principe d'intervention s'ajoute celui de l'admissibilité de la preuve elle-même dont les critères ont été précisés par la Cour en ces termes :

« L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire »¹³⁰.

Deux problèmes distincts apparaissent ainsi lorsqu'un tribunal, dans le cours de débats, permet l'intervention de psychiatres. Le premier tient à la spécificité de l'avis psychiatrique¹³¹. Sans minimiser la dimension savante de cette opinion médicale particulière, rappelons en quelques traits sa forme, son cadre extérieur, et soulignons finalement la disparité des contextes entre les locuteurs. Il ne s'agit pas d'une évaluation à proprement parler « objective » qui porterait par exemple sur la consistance des sols, la résistance des matériaux, ou encore sur la durée de métabolisation et l'élimination de molécules par un organisme. L'instrument de mesure¹³² réside en partie dans celui qui administre le test ou conduit l'entrevue¹³³. Jacques Derrida décrit ainsi l'essence idiomatique de tout témoignage :

¹²⁹ *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 684.

¹³⁰ *Turner* cité dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42.

¹³¹ Dans le cadre d'une intervention sur l'appréciation d'un état mental, on peut suggérer que la manière dont le psychiatre témoigne à la cour et résiste à un contre-interrogatoire n'est malheureusement pas un élément secondaire à la force de persuasion qu'aura son diagnostic. Les questions peuvent alors porter sur la proximité de ses récentes publications, sa participation à des congrès médicaux sur un sujet donné, ou ses témoignages antérieurs dans d'autres causes. Pour en arriver à telle conclusion plutôt qu'à une autre, la crédibilité de l'expert psychiatre, plutôt que l'examen de ses raisonnements psychiatriques, peut ainsi être mise à rude épreuve.

¹³² Dans une affaire d'abus sexuel à l'égard d'enfants mettant en cause la présentation d'une défense de non-appartenance à un « groupe distinctif » de personnes déviantes décrite par la littérature scientifique, la Cour suprême a rejeté une preuve d'expert obtenue par l'usage de la pléthysmographie pénienne. Ce test apparemment plus objectif qu'une appréciation subjective du profil sexuel d'un individu fut rejeté malgré le fait que « les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer devant les tribunaux criminels. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de l'assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l'origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu'il convient d'appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la « science de pacotille », et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury ». *R. c. J. □ L. J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25. Cette situation se distingue de celle qui nous intéresse dans la mesure où la défense tente d'exonérer un client par une preuve générale de non-correspondance du caractère à

« Quiconque témoigne (*bears witness*) n'apporte pas une preuve. C'est quelqu'un dont l'expérience, en principe singulière et irremplaçable (même si elle peut être recoupée avec d'autres pour devenir preuve, pour devenir probante dans un dispositif de vérification) vient attester, justement, que quelque « chose » lui a été présent »¹³⁴.

L'opinion psychiatrique¹³⁵ repose sur une extrapolation à partir du présent, ou d'une certaine manière, sur la façon dont le psychiatre réussit à « prédire le passé » à l'étape très précise et stratégique de l'avant-procès¹³⁶. Il s'agit d'une scène dont le déroulement a lieu dans un espace où s'exercent contraintes, appréhensions, calculs et qui tranche avec celle de la relation thérapeutique¹³⁷. Tout se passe comme si, dans ces conditions d'exercice du

un profil décrit par la littérature scientifique. Nos objections, peu s'en faut, ne portent pas sur la capacité de la psychiatrie à distinguer le normal de l'anormal, mais à prétendre discerner des états d'esprit rétrospectifs dans la capacité ou non d'un accusé d'avoir pu former une intention coupable.

¹³³ Cette précarité objective du témoignage de l'expert psychiatrique n'est pas en soi redhibitrice. Son administration commande toutefois une circonspection sans égale et une prudence d'un autre ordre que celle des autres expertises lorsqu'il s'agit de l'évaluation de cas limites. Cette attention est sans rapport avec celle qui préside à la remise en cause du calibrage d'un appareil d'ivressomètre ou d'un radar mobile. Son caractère d'« objectivité médicale » doit être à chaque fois remis en contexte par le tribunal et ne peut être reçu avec la même assurance que le résultat chiffré d'une analyse. Autrement dit, le sort d'un accusé ne peut déborder les questions de droit et de fait propres à l'affaire pour migrer vers un procès à l'intérieur du procès à l'égard de la plausibilité d'une thèse psychiatrique. L'avis en lui-même ne constitue pas en principe autre chose qu'un élément d'information parmi d'autres sur l'accusé. Tout porte à croire cependant qu'une pareille distance critique à l'égard de la spécificité du témoignage de l'expert psychiatrique n'est pas maintenue ni même expliquée comme telle à un jury. Notons que l'élaboration de pareils éclaircissements et l'exercice d'une aussi singulière prudence viendraient remettre éventuellement en cause l'utilité même de l'expertise psychiatrique dans le cours du procès.

¹³⁴ Jacques DERRIDA, *Poétique et politique du témoignage*, Paris, Éditions de L'Herne, 2005, p. 35.

¹³⁵ Dans le cas d'une opinion contraire, on parle de contre-expertise, évitant en cela d'avoir à nuancer les conclusions ou la validité de la première (car il est possible d'en arriver à une conclusion opposée tout en suivant un même raisonnement psychiatrique pour une même entité nosographique). Alors qu'en temps ordinaire un diagnostic pourrait être différencié et nuancé tout en partageant un même verdict, le cadre du procès oblige à opter pour une résolution binaire du cas, à répondre à la question: l'accusé était-il, oui ou non, en mesure de distinguer le bien du mal?

¹³⁶ Une prédiction constitue difficilement une preuve, si l'on entend le terme « preuve » dans son acception la plus simple : dissiper un doute, et encore plus difficilement si l'on s'en remet à la définition fournie par le *Vocabulaire de la philosophie* de Lalande pour qui « la preuve est une opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit) à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse ». André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9^{ème} édition, Paris, PUF, 1962, p. 822 et 823.

¹³⁷ Certains praticiens placés devant cette requête et dans cette situation évoquent le Syndrome de Judas défini en ces termes : « La subjectivation de l'usager requise par le modèle amène en effet l'intervenant à considérer sa pratique comme une promotion de la subjectivité du sujet. Tout se passe comme si une demande d'élaboration psychique était au fondement de sa rencontre avec l'usager. Le tiers social ne tarde pas, dans ces conditions, à éprouver le sentiment diffus de trahir le mandataire. Inversement, au moment du rapport, le sentiment de trahir l'usager fait brusquement irruption en lui. Que doit-il retransmettre dans son rapport ? Si l'intervenant veut rester fidèle à la commande et loyal au mandataire, il trahit l'usager. S'il veut rester loyal avec l'usager, il trahit le juge.

diagnostic, la sémiologie psychiatrique n'allait être affectée ni par les circonstances judiciaires ni par celles de la détention. Au-delà de l'emballage psychiatrique de certains comportements par les termes « trouble explosif intermittent »¹³⁸ ou encore « trouble d'adaptation avec humeur anxiodépressive »¹³⁹, il s'agit avant tout d'une forme exquise d'interrogatoire. L'écoute psychiatrique, en principe désintéressée ou impartiale quant à la partie médicale de la réception des propos d'un accusé¹⁴⁰, n'est pourtant pas libre dans ce contexte, car l'économie de cette conversation tourne autour des silences et paroles, de la simulation possible et des gestes non verbaux qui vont constituer les échantillons ou les spécimens recueillis selon les caractéristiques de l'infraction¹⁴¹. Ces éléments sont également reçus selon les sympathies naturelles ou les antipathies spontanées que peuvent éprouver le suspect et l'expert dans le laps de temps très bref de leur rencontre et compte tenu de la nature particulière des circonstances d'un crime. Cette saisie des indices est censée permettre l'étayage d'une position diagnostique objective devant un tribunal quant à l'état présumé dans lequel se trouvait un accusé par rapport à un comportement passé¹⁴². Elle doit en outre avoir tenu

(...) Le syndrome de Judas prend une forme particulièrement virulente lorsque la commande institutionnelle est explicitement une commande d'*expertise*. J'appelle situation d'expertise la situation duelle commandée par un troisième terme physiquement absent de la rencontre, le mandataire ; une situation dans laquelle l'expert part à la recherche d'une information pour le compte de ce troisième terme. L'expertise *légitime* commandée par un juge n'est en ce sens qu'un cas *particulier* de cette situation générale d'expertise ». Jacques ROBION, « Normalisation ou subjectivation ? », *Dialogue*, vol. 1, no. 159, 2003, p. 3, 4-5.

¹³⁸ Cette expression semble remplacer au plan scientifique l'expression disruptive d'un phénomène commun et habituellement décrit par le mot « colère ». Le *DSM IV* en donne la définition suivante : « Plusieurs épisodes distincts d'incapacité à résister à des impulsions agressives, aboutissant à des voies de fait graves ou à la destruction de biens. Le degré d'agressivité durant les épisodes est sans commune mesure avec un quelconque facteur de stress psychosocial déclenchant. Les épisodes agressifs ne sont pas mieux expliqués par un autre trouble mental et ne sont pas dus aux effets physiologiques directs d'une substance ou d'une affection médicale générale ». American Psychiatric Association, *Mini DSM-IV-TR, Critères diagnostiques*. Version française complétée des codes CIM-10, Paris, Masson, 2004, p. 277.

¹³⁹ American Psychiatric Association, *Mini DSM-IV-TR*, p. 282 et 283.

¹⁴⁰ Mais il y a apparemment des psychiatres régulièrement choisis par la couronne, et d'autres, tout aussi assidument, par la défense.

¹⁴¹ Le droit aimerait croire que la collecte des paroles d'un accusé dans le cadre d'une expertise psychiatrique s'apparente à la certitude acquise lors d'un prélèvement tissulaire ou de l'analyse d'une réception objective de matériau neutre.

¹⁴² La saisie rétrospective par le psychiatre d'un état d'esprit, tout comme celui d'un état actuel pour savoir si l'accusé est apte à subir un procès n'est pas une entreprise anodine. À cette scène scientifique à caractère « divinatoire » reposant sur la capacité des psychiatres à tirer le portrait d'un état mental s'ajoute celle, non moins hasardeuse dans le cas où un accusé est déclaré non criminellement responsable, des membres de la *Commission d'examen des troubles mentaux* qui ont, quant à eux, l'obligation de rendre une décision conjecturale sur l'évolution de ce même esprit, certes retrouvé dans un autre état, mais assurément capable du pire. On peut

compte du fait que le prévenu ait pu avoir été sous médication au moment de l'acte, ou qu'il en ait interrompu la consommation, selon qu'il subit son procès sous influence médicamenteuse ou que cette consommation ait été suspendue pendant la période de l'internement avant comparution.

Le second problème réside dans l'aporie que constituent les règles d'admissibilité de la preuve d'expert lorsqu'il s'agit d'un avis psychiatrique. Souvent, loin de « fournir à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury »¹⁴³, l'avis fait intervenir des considérations sur lesquelles les psychiatres ne s'entendent pas entre eux au sein de certains courants de leur discipline¹⁴⁴. Pour paraphraser les considérations retenues par l'arrêt *Abbey*, quelle est alors la portée pour le procès des nouvelles conclusions qu'un juge ou un jury seul n'aurait pu tirer sans ces témoignages contradictoires?

Afin d'éviter de confondre un jury, la Cour Suprême a tenté de dissiper ces inquiétudes quant aux effets du témoignage d'expert sur l'intelligibilité du procès en établissant des critères précis, notamment celui de l'utilité. Les questions de l'utilité et de la pertinence ont été discutées par le tribunal à l'occasion d'un test développé dans l'arrêt *Mohan* et formulé comme suit :

difficilement imaginer « guérir » d'avoir commis ce que l'on a commis et cesser d'être qui l'on a été. Il apparaît pour le moins malaisé d'appliquer à l'acte « insensé » les catégories de la guérison ou de la réhabilitation. Quoiqu'il en soit, sans réduire la rencontre des psychiatres avec les juristes à des séances de « spiritisme », il y a toute une dimension « fantomatique » à devoir juger l'évolution d'un état mental pour l'avenir. En matière d'évaluation d'un état d'esprit, droit criminel et psychiatrie judiciaire évoluent entre divination et conjecture malgré tout le sérieux de leur appareil bureaucratique de captation des preuves et des indices, mais surtout en regard de l'aspect tragique des gestes qui conduisent à pareille mise en examen. Ordalie savante ou réification mécanique du fonctionnement de l'esprit? Voir chapitre 4. 2 sur la dimension « hantologique » de ces captures « spectrales » d'états mentaux.

¹⁴³ Turner dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42.

¹⁴⁴ Au moment d'accepter ou de rejeter une supposition psychiatrique, peut-on et doit-on traduire devant jury la nature des controverses disciplinaires ? Si cette « traduction » a lieu à l'étape du voir-dire, de quels outils le juge dispose-il alors pour procéder à l'exclusion de cette preuve? « Vive polémique autour de la préparation du nouveau manuel codifiant les syndromes des maladies mentales: le DSM 5. À trois ans de sa publication, la préparation de la cinquième édition du manuel codifiant les pathologies psychiatriques, le *DSM 5 (Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders)* fait déjà l'objet d'intenses débats au sein de l'association Américaine de psychiatrie et dans l'univers mondial de la profession. (...) Contrairement à la cardiologie ou à la néphrologie où les pathologies sont bien connues sur le plan de leurs étiologies, le manuel *DSM 5* classe les symptômes en syndromes qui sont très liés aux facteurs individuels tels social, politique et financier ». Pharmactua.com <http://www.pharmactua.com/2009/vive-polemique-autour-de-la-preparation-du-nouveau-manuel-codifiant-les-syndromes-des-maladies-mentales-le-dsm-5/>. Consulté le 25 juin 2012.

« Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à établir, l'analyse ne se termine pas là. Cela établit seulement la pertinence logique de la preuve. D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir si « la valeur en vaut le coût ». Le coût dans ce contexte n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable. (...) La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite »¹⁴⁵.

Sage mise en garde, cette invitation à la prudence devrait aller de soi. Suivie à la lettre, elle aurait toutefois pour effet d'exclure du champ juridique bon nombre d'interventions d'experts. Or cela ne semble pas être le cas pour la simple raison que la situation factuelle n'est jamais à ce point claire qu'elle permette l'application, d'une manière générale, de ces règles pour la direction de l'esprit. Le rapport coût/bénéfice de l'admissibilité qu'évoque la Cour n'est souvent appréciable qu'au terme du procès et après que le « dommage » ait été causé. Les tribunaux ont prudemment tendance à admettre une preuve plutôt qu'à la rejeter péremptoirement à partir de considérations purement théoriques¹⁴⁶. Les problèmes de l'applicabilité de ces lignes directrices¹⁴⁷ tiennent plutôt au fait que les tribunaux ne semblent pas enclins à questionner et à pondérer en regard de la théorie du droit le statut scientifique de la psychiatrie elle-même¹⁴⁸. Cet exercice de discernement, ou encore le fait de devoir émettre

¹⁴⁵ *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. p. 10.

¹⁴⁶ Le rejet d'une expertise étant éventuellement un motif clair d'appel, comme le rappelait la juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer*, « les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable ». *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 611.

¹⁴⁷ Les critères d'admissibilité de la preuve d'expert développés dans *Mohan* ont été récapitulés et repris depuis dans *P. R. c K. Ra*, [2004] A. QC (IJCAN) 20714 (C.S.), paragraphes 21, 22 et 23.

¹⁴⁸ Les tribunaux ont bien saisi les exigences générales de prudence à l'égard de l'admission de la preuve d'expert. Reprenant *Mohan*, la juge Marie Saint-Pierre rappelle éloquemment les écueils d'une admission trop libérale en ces termes : « Il y a également la crainte inhérente à l'application de ce critère que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits. Une conception trop libérale pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter. Ces préoccupations sont le fondement de la règle d'exclusion de la preuve d'expert relativement à une question

des réserves à l'égard de cette branche de la médecine, impliquerait de différencier à partir du sens commun, voire de remettre en cause la valeur probante de l'opinion psychiatrique par rapport aux autres expertises que peut fournir au droit le champ médical. Bref, cela impliquerait la reconnaissance du caractère éventuellement idéologique des « contenus »¹⁴⁹ du « savoir » psychiatrique¹⁵⁰.

De manière plus pratique, il serait éventuellement plus utile de revenir sur la notion ou le statut de témoin expert que l'on attribue habituellement au psychiatre, à la nature mixte des questions de droit et de fait que son témoignage recèle. La désignation de témoin expert emporte avec elle une ambiguïté qui, loin d'être purement sémantique, atteste plutôt de la confusion des rôles. Le critère selon lequel l'intervention d'expert ne doit « pas fausser le processus de recherche des faits »¹⁵¹ s'applique très précisément ici : s'agit-il d'un oui-dire¹⁵²

fondamentale. Bien que la règle ne soit plus d'application générale, les préoccupations qui la sous-tendent demeurent. En raison de ces préoccupations, les critères de pertinence et de nécessité sont à l'occasion appliqués strictement pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale ». *Agropur Coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, 2005 IJ Can 32078 (QC C.S.) paragraphes 148 et 149. Le problème réside plutôt dans la détermination de la nature véritablement « factuelle » d'un fait relié à un état mental et rapporté dans le cadre d'une expertise psychiatrique.

¹⁴⁹ Comme le note Michel Foucault à l'égard de la psychiatrie, « s'attaquer au fonctionnement idéologique d'une science pour le faire apparaître et pour le modifier, ce n'est pas mettre au jour les présupposés philosophiques qui peuvent l'habiter ; ce n'est pas revenir au fondement qui l'ont rendue possible et qui la légitiment : c'est la remettre en question comme formation discursive ; c'est s'attaquer non aux contradictions formelles de ses propositions, mais au système de formation de ses objets, de ses types d'énonciations, de ses concepts, de ses choix théoriques. C'est la reprendre comme pratique parmi d'autres pratiques ». M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 243.

¹⁵⁰ Bien sûr, l'intervention du psychiatre a lieu dans le cadre particulier de l'appréciation de l'état d'esprit d'un accusé. Mais quelle est la nature scientifique de ce savoir à ce point utile et stable qu'il bénéficie d'un pareil statut testimonial ? Certaines versions du DSM n'ont-elles pas établi le caractère pathologique de l'homosexualité, alors que les Chartes de droit canadienne et québécoise ont expressément ou par interprétation exclu toute forme de discrimination basée sur l'orientation sexuelle ? Comme le souligne Jean-François Coudurier, « un autre aspect de l'élaboration du DSM fait porter un très sérieux doute sur le caractère factuel de ce qui y a été retenu comme symptôme: la bataille autour de l'homosexualité, présentée comme pathologie mentale dans le DSM II, puis retirée sous la pression des mouvements gays, mais aussi le « trouble de la personnalité à conduite d'échec », la « paraphilie du viol » (qui aurait été une forme particulière de perversion poussant au viol) ou encore du stress post-traumatique imposé par les anciens du Vietnam et bien d'autres, montreront que les « données empiriques » ne résistent pas longtemps aux données politiques ». Jean-François COUDURIER, « À propos du DSM », (2005) 15 *Essaim*, 21, 25. Autour des débats qui ont secoué aux États-Unis le classement psychiatrique et le statut médical de l'homosexualité : R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry. The Politics of Diagnosis*, New-York, Basic Book, 1981, p. 101-154.

¹⁵¹ R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9. p. 12.

¹⁵² « Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une

quant à des faits dont il n'a pas lui-même eu connaissance *directement*? D'un jugement préliminaire à ce point important que son contenu tient en état la possibilité même de la poursuite du procès? Auquel cas, le caractère véritablement scientifique de sa contribution doit être à chaque fois pesé, soupesé dans chacun des contextes particuliers, et distingué par rapport à l'état d'avancement des connaissances pour telle pathologie précise de l'esprit, et non accordé au prétexte qu'il s'agit du spécialiste des questions générales qui touchent au « mental », au fonctionnement du système nerveux ou à la conscience.

Dans le cadre des assises criminelles, une preuve d'expert en psychiatrie est le plus souvent *prima facie* pertinente, logique et fournie par des professionnels redoutablement crédibles¹⁵³, mais à ce point distincte des autres expertises, notamment de celles obtenues en matière civile, lorsqu'elle porte souvent sur des estimations exactes de coûts, de procédures comptables ou de dommages qu'elle oblige à faire entorse aux règles habituelles de la preuve¹⁵⁴.

Plutôt que d'examiner la contribution du témoignage d'expert psychiatrique depuis les principes généraux applicables en matière de preuve, le droit criminel semble s'être accommodé non pas seulement de l'atténuation de ces principes qu'il présuppose ou présume, mais du fait qu'à toutes les étapes du procès, il sera toujours loisible à un jury comme au

opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatre ». *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42.

¹⁵³ Surtout lorsque souvent assignés, ils ont pris l'habitude de rendre témoignage dans le cadre de débats contradictoires, mais aussi après une préparation minutieuse de leur déposition en fonction des objections prévisibles à partir de la littérature psychiatrique existante et de la congruence de leurs états de service (publications, conférences, etc.) en regard cette fois de la pathologie dont ils soutiennent non seulement l'existence ou l'inexistence et qu'ils identifient comme élément déclencheur ou, le cas échéant, comme quantité négligeable par rapport aux actes criminels reprochés. Personne n'irait toutefois jusqu'à prétendre que le temps consacré à rencontrer ou à connaître l'accusé est moindre que celui employé à faire coïncider les éléments incertains d'un diagnostic avec les exigences légales requises par la poursuite ou l'interruption d'un procès.

¹⁵⁴ L'opinion psychiatrique ne peut contraindre son auditeur à s'en remettre uniquement au caractère scientifique de la psychiatrie et à s'accommoder de cette délégation de confiance. Comment déterminer si les praticiens qui témoignent de manière contradictoire ont suivi les règles de l'art? Les erreurs de lecture sur une mammographie peuvent être décelées; il n'en va pas de même pour un témoignage d'expert en psychiatrie. En psychiatrie, ce qui est faux n'est pas toujours invraisemblable pour autant. Cette incertitude tranche avec la force probante habituelle d'une expertise scientifique. Jacques Derrida fait apparaître cet écart en ces termes : « Quand je souscris à la conclusion d'un syllogisme ou à l'administration d'une preuve, ce n'est plus un acte de croyance, même si celui qui conduit la démonstration me demande de « croire » à la vérité de la démonstration. Un mathématicien ou un physicien, un historien comme savant en tant que tel ne me demande pas sérieusement de le croire. Il n'en appelle pas finalement à ma croyance, au moment où il présente ses conclusions ». Jacques DERRIDA, *Poétique et politique du témoignage*, op. cit., note 134, p. 33 et 34.

tribunal d'accorder à cette opinion son assentiment selon divers degrés et de ne pas l'admettre en bloc¹⁵⁵. Mitigation de l'exclusion du oui-dire et indétermination de la notion de « fait »¹⁵⁶ semblent concorder pour tenir l'opinion psychiatrique, le « témoignage d'opinion »¹⁵⁷ pour science certaine, bien que les propos de l'accusé soient « irrecevables comme preuves de leur propre véracité », mais qu'en revanche l'opinion du psychiatre¹⁵⁸ qui se fonde sur eux puisse

¹⁵⁵ Nous n'entendons cependant pas ici reconstituer les opérations mentales d'un jury.

¹⁵⁶ Le juge Fauteux parle de *preuve de l'idée* dans *Wilband* : « La valeur de l'opinion avancée par un psychiatre peut être amoindrie dans la mesure où elle est fondée sur le oui-dire, mais cela touche sa valeur probante et non sa recevabilité en preuve; en effet, cette opinion n'est pas une preuve de la véracité des informations, mais *une preuve de l'idée faite à partir de ces informations* ». *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14, p. 21.

¹⁵⁷ En reprenant les propos du juge Dickson, l'expression « souffrir des exceptions » ne paraît pas ici un euphémisme; mais elle ne peut pour autant signifier l'admission d'une contradiction dans les termes. On retrouve une ambiguïté linguistique certaine quant à la portée à donner à l'acception « témoignage » lorsqu'on l'utilise indistinctement tantôt pour « témoin expert » et tantôt étendue à la notion de « témoignage d'opinion », alors même que dans « le droit de la preuve le sens du terme « opinion » s'entend de toute conclusion qu'on tire d'un *fait observé*, et le droit dans ce domaine dérive de la règle générale selon laquelle les témoins doivent uniquement parler de ce qu'ils ont observé directement ». *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42.

¹⁵⁸ Autrement dit, les propos de l'accusé peuvent être erronés quant à la réalité décrite; mais les conclusions que l'on en tire peuvent être rigoureusement exactes à condition que le fondement de l'opinion médicale soit « formée suivant les règles professionnelles reconnues ». Comment alors réfuter le contenu de l'hypothèse isolée, réfuter en droit ce qui apparaît comme une question de fait indéterminable? Comment s'apprécie l'erreur diagnostique au fondement de l'*opinion médicale* constitutive de l'avis psychiatrique à l'étape du procès criminel? Ouvre-t-elle sur des recours civils de la part de l'accusé qui en aurait été victime, aurait subi injustement un procès, et aurait éventuellement encouru les conséquences carcérales en découlant? L'immunité fournie à un psychiatre par l'enceinte judiciaire dans un débat contradictoire soustrait-elle des exigences déontologiques médicales dans le cadre de l'établissement d'un diagnostic puisque celui-ci déterminera la suite causale des choses pour l'accusé avec une gravité presque similaire à celle de l'erreur objective d'un pathologiste dans l'identification d'une calcification cancéreuse? Et surtout est-elle compatible avec ces exigences? Le fait que l'accusé ne soit pas un patient des témoins professionnels ne change rien aux obligations médicales de ceux-ci quant aux conséquences prévisibles de leurs diagnostics si l'on considère certaines dispositions du serment d'Hippocrate dont celles-ci libellées en ces termes : « Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. (...) Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences. (...) Admis dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Je préserverai l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de ma mission ». Comme *L'Actualité médicale* le rappelait dans un dossier sur l'expertise, « au Québec, un psychiatre et un interniste ont été poursuivis en Cour supérieure. Il y a même eu un jugement avec des dommages punitifs, ce qui implique qu'il y a eu une faute d'un médecin expert. Ce cas a finalement été réglé hors cours, mais les experts devraient faire très attention, car les dommages punitifs n'étant pas couverts par l'assurance responsabilité professionnelle, ils peuvent avoir à les payer de leur poche ». Fabienne PAPIN, « L'expertise aux bancs des accusés », *Actualité médicale*, 18 août 2010, p. 10. Document www.mae.umontreal.ca/nouvelles/documents/10-19. pdf. Consulté sur Internet le 9 août 2012. Cette sensibilité monétaire ou encore cette mise en garde concernant la non-couverture des dommages punitifs par les assurances responsabilité professionnelles ne rassure en rien sur la compréhension des enjeux éthiques fondamentaux des acteurs lorsque ceux-ci font servir à des fins autres que thérapeutique le savoir diagnostic qui leur vaut la situation sociale exceptionnelle dont ils bénéficient. Un diagnostic médical peut-il servir à des fins partisans

constituer « le fondement de l’opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues »¹⁵⁹. Dans l’arrêt *Abbey*, le juge Dickson ne semble pas se formaliser de ces entorses¹⁶⁰ ou exceptions aux règles habituelles de la common law :

« Il y a en matière de preuve un principe général selon lequel toute preuve pertinente est recevable. Le droit de la preuve repose toutefois sur quelques principes généraux auxquels se greffent d’innombrables exceptions. Ce principe général souffre deux exceptions importantes, à savoir la preuve par ouï-dire et le témoignage d’opinion. Les exceptions connaissent également des exceptions. [traduction] « Les témoins experts peuvent donner leur opinion sur des questions qui relèvent de leur domaine de compétence » (*Cross on Evidence*, 5e éd. [1979], à la p. 20), et ils peuvent également, soit dit en passant, fonder leurs opinions sur une preuve par ouï-dire. (...) Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l’exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n’est pas là l’objet principal de son témoignage. L’expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatres »¹⁶¹.

dans un débat contradictoire, peut-il même être adéquatement posé lorsque de sa conclusion scientifique dépendent des intérêts monétaires – par exemple le fait d’être retenu ou non comme témoin expert d’une des parties - pour celui ou celle qui le formule? Le droit n’a-t-il pas, à l’égard des actes posés par des officiers de justice dans l’exercice de leur fonction, des exigences plus grandes visant à éviter les conflits d’intérêt qu’il n’en escompte des professionnels dont l’opinion reste pourtant susceptible de déterminer la tenue d’un procès ou l’admission d’une défense?

¹⁵⁹ Le juge Ritchie cité *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. p. 44.

¹⁶⁰ La question de savoir si les exceptions aux règles de preuve de la Common law permettant la reconnaissance de l’expertise psychiatrique et lui accordant une valeur probante ne « déconsidère pas l’administration de la justice », cette question dépasse le cadre de cette de recherche. D’une manière générale, on ne peut s’empêcher non plus de s’interroger sur l’admission de preuves « irrégulières » décisives pour l’issue d’un procès, bien que dans *Abbey* le tribunal qualifie d’exception au ouï-dire la preuve de l’expert psychiatrique. Cette confiance accordée à l’interprétation d’un expert étonne si l’on considère le caractère circonspect du droit anglo-saxon influencé par une longue tradition philosophique encline à recevoir justement les témoignages avec réserve, même lorsque ceux-ci mettaient en cause la foi ou l’autorité de l’Église sur des questions fondamentales. On pense ici à la position de Hume et aux arguments relatifs aux témoignages et aux miracles au chapitre 10 de son *Enquête sur l’entendement humain*. David HUME, *Enquête sur l’entendement humain* (1748), Paris, Flammarion, 1983, p. 183-207.

¹⁶¹ *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 40 et p. 42. Sans être désinvolte, cette prise de position du juge Dickson n’en est pas moins inquiétante si l’on considère le fait que le dispositif d’appréciation de la preuve de la Common law en matière criminelle semble adossé sur l’exclusion du ouï-dire et l’exaltation de critères de fiabilité qui ne reçoivent un témoignage qu’à la condition expresse que le témoin ait été physiquement présent en regard des faits rapportés. Le régime des exceptions à l’exclusion du ouï-dire développé dans l’arrêt *Khan* ne s’impose que dans le cas de la nécessité absolue de recevoir le témoignage d’un tiers lorsqu’il s’agit de l’affirmation d’une victime qui n’est pas en âge de témoigner. Or, le départage des avis psychiatriques n’a pas ce caractère de nécessité impérieuse sans laquelle ne pourrait être relatée ou même connue la nature des faits criminels. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

Que valent alors les prudences prescrites quant à l’admissibilité du témoignage d’expert en amont du procès? S’agit-il encore de « faits prouvés », d’une « preuve » au sens fort du terme¹⁶²? Cette équivoque rappelle que l’intrusion de preuves à caractère scientifique dans le cadre du procès implique non seulement que l’on s’assure que le paradigme descriptif et explicatif qui en gouverne la vraisemblance ou même la certitude soit compatible avec les représentations de l’esprit (volonté, intention, conscience) en usage dans le discours juridique courant – ce qui ne paraît pas être le cas dans le cadre de la psychiatrie moderne, mais qu’au surplus le tribunal qui en admet la recevabilité soit en mesure d’en apprécier la pertinence scientifique au-delà de la simple possession des titres professionnels de ceux qui la présentent¹⁶³. Comment *administrer* une preuve au sens fort du terme alors que l’on n’appartient pas soi-même à la communauté scientifique qui en assure la validité? Se référant à la décision d’un tribunal américain¹⁶⁴, la philosophe américaine Avital Ronell évoque ce dilemme épistémologique en ces termes :

« Quelle est la relation entre droit et science? Un juge peut-il administrer la preuve scientifique sans recourir à l’expertise scientifique? Et qu’est-ce qui constitue, précisément, l’expertise scientifique? »¹⁶⁵.

Le droit criminel ne peut faire abstraction du présent et de son poids historique, ni surtout abdiquer son discernement devant la légalité occulte qu’exerce le champ médical. Le renoncement partiel aux règles de la preuve excluant le oui-dire, une libéralité procédurale

¹⁶² Emmanuelle Bernheim rappelle le vertige produit par le préjugé favorable dont semble disposer l’expertise psychiatrique au cours des dernières années. Elle note qu’« il est facile de cerner ici toute l’ampleur de la difficulté que pose le oui-dire: le juge n’est pas en mesure de vérifier tous les faits qui sous-tendent une opinion experte, mais surtout, l’opinion experte, de par sa nature, échappe aux règles de preuve communément établies ». E. BERNHEIM, « Perspective Luhmannienne sur l’interaction entre droit et psychiatrie: théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l’expertise psychiatrique », (2008) 13 *Lex Electronica*, 9. <http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/bernheim.pdf>

¹⁶³ Rappelons que la psychiatrie n’est pas une science exacte, que les enjeux résident ici dans l’établissement d’une preuve « hors de tout doute raisonnable » au final et non dans ceux requis par le critère civil de la « prépondérance des probabilités ».

¹⁶⁴ *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S 579, 1993.

¹⁶⁵ Avital RONELL, *Test Drive. La passion de l’épreuve*, Paris, Stock, 2009, p. 43. Évidemment, la réponse à cette question n’a pas été fournie par l’arrêt *Daubert* qui se contente de baliser les critères de recevabilité en exigeant que l’expertise repose sur une connaissance scientifique et que cette connaissance permette d’éclairer les faits de la cause. Raccourci qui repose sur des considérations pragmatiques et sur les finalités du droit dont l’aboutissement immédiat consiste à rendre justice dans des cas précis et pour une époque donnée. Voir sur *Daubert*, Encinas de MUNAGORRI RAFAEL, « La recevabilité d’une expertise scientifique aux Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, (1999) 51, 621, 628.

dont l'expertise psychiatrique semble être l'unique bénéficiaire parmi les savoirs experts mis à contribution, s'explique en raison même des « affinités électives » que ce discours normatif entretient pour un certain temps encore avec le droit¹⁶⁶. Ce privilège est disproportionné en raison du caractère intrinsèquement contentieux de ses avis dans le contexte du procès, mais surtout en comparaison des dispositions strictes appliquées par ailleurs quant à l'admissibilité de la preuve en provenance d'autres témoignages d'experts. Une « preuve » d'opinion ne peut-elle jamais prétendre au statut de preuve sans engager une suite inextricable de malentendus à partir de cette contradiction dans les termes?

L'ouverture du droit à la psychiatrie dans l'aménagement de ses critères internes de véridicité n'est pas sans bénéfice. Elle lui permet de continuer à deviser sur les états d'esprit, de se saisir du sujet par la conscience plutôt que depuis l'ordre social en mutation ou l'état des institutions qui le produisent. Interroger la psychiatrie sur la capacité d'un accusé de former une intention ou d'avoir agi volontairement ou involontairement permet à la discipline juridique de prendre congé non seulement du travail d'élucidation requis par son usage le plus courant des termes relatifs à l'imputation, mais encore de l'évolution des conceptions de l'esprit dans l'histoire de la responsabilité pénale.

Cette prédisposition de la psychiatrie à investir le droit et à être investi par lui tient à son rapport explicite à la normalité et à son apparente objectivité, c'est-à-dire à la confusion constante entre normalité et capacité pénale. Diagnostics à partir du DSM et jugement préliminaire permettent de saisir le sujet de droit en général sans porter attention à sa réingénierie, aux effets de la désymbolisation. Prêt-à-penser qui a toutes les allures de la démarche scientifique, la psychiatrie permet, à l'instar du droit pénal, une police des conduites, réprime les déviations et offre les traitements en vue de la réintégration des contrevenants¹⁶⁷. Valse-hésitation entre punir et réhabiliter – mieux encore : au lieu de punir

¹⁶⁶ Voir début du chapitre 5 - Le droit criminel n'irait évidemment pas chercher dans les discours anti-psychiatriques au sein de la psychiatrie des éléments critiques ne lui permettant plus de disposer avec autant d'autorité ou de certitudes des cas qui lui sont présentés.

¹⁶⁷ La psychiatrie moderne s'inscrit dans le projet réducteur de la psychologie clinique behavioriste pour laquelle la nature de l'homme se réduit à son instrumentalité et à ses dispositions à répondre aux exigences d'un environnement déhistoricisé. C'est une démarche qui, ne s'interrogeant pas sur ses présupposés ni sur son origine, s'offre comme un prêt à penser dans l'horizon d'une mise au pas de l'ensemble des rouages sociaux. Georges Canguilhem notait dès 1958, bien avant les échafaudages mécanistes des éditions successives du DSM : « Ce qui caractérise, selon nous, cette psychologie des comportements, par rapport aux autres types d'études

ou de réhabiliter, surveiller en permanence. Dans un cas comme dans l'autre, un même mouvement vers la désinstitutionnalisation, une économie de moyens grâce à laquelle s'évanouissent murs d'asiles et barreaux de prisons au profit d'aménagements plus légers : peines purgées dans la collectivité (bracelets électroniques, couvre-feu, etc.), suivis médicaux en clinique externe (fermeture de lits, etc.). D'abord vidées de leur sens, les institutions se désagrègent à mesure que se diffuse dans le corps social le soluté des encadrements électroniques et moléculaires et que s'allègent les mécanismes visibles de la réprobation.

1.4 Vers une critique de la faculté de décider

Ce qui me frappe (...) chez les individus contemporains, c'est l'aisance relative avec laquelle ils admettent dans le principe d'être sous l'emprise de forces intérieures qui leur échappent. (...) On les voit moins embarqués dans cette bataille terrible pour le contrôle d'eux-mêmes que nous rapportent les récits de cas des névrosés de la grande époque. Ils consentent plus aisément à leur dépossession consciente¹⁶⁸.

L'évolution de la psychiatrie amène à comprendre autrement qu'en termes moraux les motivations – mobiles ou intentions – à l'origine de l'action. Pour des raisons pratiques, le droit criminel canadien demeure captif d'une histoire des conceptions de l'esprit¹⁶⁹. Cette fragilité théorique est accentuée lorsqu'apparaissent des conditions impliquant une définition de la maladie mentale et l'appréciation normative d'un état qui engage ou non la capacité pénale d'un sujet¹⁷⁰. Il ne s'agit alors plus de suivre le sens du symptôme, mais de convenir

psychologiques, c'est son incapacité constitutionnelle à saisir et à exhiber dans la clarté son projet instaurateur... Ces psychologues oublient totalement de situer leur comportement spécifique par rapport aux circonstances historiques et aux milieux sociaux dans lesquels ils sont amenés à proposer leurs méthodes techniques et à faire accepter leurs services. Le psychologue ne veut être qu'un instrument, sans chercher à savoir de qui ou de quoi il sera l'instrument... Le psychologue contemporain est, le plus souvent, un praticien professionnel dont la « science » est tout entière inspirée par la recherche de « lois » de l'adaptation à un milieu socio-technique ». Georges CANGUILHEM, *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 1968, p. 92.

¹⁶⁸ Marcel GAUCHET, *La condition historique*, Paris, Gallimard, 2008, p. 266.

¹⁶⁹ Des renvois à la doctrine actuelle en droit criminel mettent en évidence ce singulier anachronisme.

¹⁷⁰ « Les termes « maladie mentale » expriment un concept légal et non simplement une définition médicale. Une « maladie mentale » comprend toute maladie, ou condition anormale, y compris un trouble de personnalité, qui affaiblit l'esprit humain et ses fonctions ». *Cooper. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 51. C.C.C. (2d) 129, 18 C.R. (3d) 138

que ce qui produit les comportements acceptables ou intelligents n'a rien de commun avec la représentation philosophique de l'intelligence ou même de la volonté. Il s'agit d'une critique de la « faculté de décider » du sujet¹⁷¹, plutôt que de celle de sa faculté de juger. Cette théorisation autour de la faculté de décider ne repose plus sur la notion de libre arbitre, sur une capacité abstraite d'un contexte théologico-moral, mais sur la prédominance du biologique, du neuronal sur la dimension morale que l'on ne saurait ni présumer ni surtout inférer du contexte des institutions d'une société néo-libérale où se produit le nouveau sujet. L'apparente factualité scientifique des discours sur le fonctionnement du cerveau absorbe les reliquats moraux encore présents dans les représentations des mécanismes de l'esprit pour le droit criminel. Par rapport à la taxinomie juridique, la psychiatrie crée des catégories interstitielles d'implications psychiques ou de participations subjectives. C'est cette faculté de décider et sa remise en cause qui entrent en conflit avec la détermination tranchée de la capacité juridique des individus. L'empire du droit ne supporte pas le flou artistique; il règne depuis un ordre qui repose sur la qualification stricte des états et leur ordonnancement définitif. On peut certes imaginer la notion de « responsabilité diminuée », mais pas celle de l'acquittement mitigé ou de la culpabilité modérée.

Le champ pharmacologique décontenance la présomption des initiatives véritables de la subjectivité, de telle sorte que le sujet, sans être aliéné, en est substantiellement altéré. C'est cet hiatus, l'indétermination prescriptive entre l'ordre médical et l'ordre juridique, qui questionne la consistance actuelle des rapports de la doctrine et de la jurisprudence pénale au point où ce qu'entend le droit criminel par sujet n'est guère plus aujourd'hui que le rapport réflexe à sa propre rhétorique. Dans son appréciation des comportements, le droit criminel ne

¹⁷¹ La question de la responsabilité pénale pourrait se formuler selon des critères purement neuro-physiologiques en se fondant sur l'évaluation des conditions matérielles du cerveau d'un sujet, autrement dit, de l'état des lieux cérébraux d'où la décision aurait été prise. Cette physiognomie d'un genre nouveau peut fort bien s'appliquer à l'évaluation de la responsabilité criminelle des jeunes contrevenants. Loin de relever de la science-fiction, elle pourrait être soutenue par l'hypothèse suivante formulée sous forme de question par Hervé Chneiweiss, directeur de la section « Plasticité Gliale » du CNRS : « Dans le domaine de la responsabilité morale, le fait de connaître un lien de dépendance entre, d'une part les maturations de certains circuits nerveux au cours du développement, et d'autre part la faculté de discriminer le vrai du faux dans des tests d'apprentissage, implique-t-il que les comportements humains ne dépendent que de la qualité matérielle du cerveau ? Autrement dit, pourrait-on demain se proposer de juger de la faculté de discernement d'un individu, et aussi de sa responsabilité morale et pénale, en évaluant le degré de myélinisation (la quantité de « substance blanche ») de son cortex ventromédian latéral ? ». H. CHNEIWEISS, *Neurosciences et neuroéthique. Des cerveaux libres et heureux*, Paris, Alvik Éditions, 2006, p. 186-187.

paraît pas être en mesure de réduire cette fracture épistémologique. Son désir d’objectivation scientifique et de légitimation lui fait prendre les discours des manuels de la psychiatrie organiciste pour science certaine, et ses diagnostics pour chose jugée. Cette confusion des genres¹⁷² passe inaperçue lorsqu’il s’agit de soustraire un schizophrène paranoïde au courroux de la justice; elle peut devenir une erreur de droit en ce qui a trait aux dépressifs contemporains sous médication. La médicalisation de l’existence, le large horizon qu’ouvre la notion de « trouble du comportement » et le florilège des discours criminologiques sur la réhabilitation qui traversent la communauté juridique ne contribuent pas à éclairer les enjeux des deux disciplines. Quel juriste québécois remettrait publiquement ou théoriquement en cause les discours humanistes entourant l’expectative de réhabilitation mise en œuvre par le système de prise en charge des jeunes contrevenants? Le juriste Foulek Ringelheim saisit en ces termes cet emmêlement des perspectives et des finalités :

« La psychiatrie a investi le système pénal dans son ensemble. Tout savoir est source de pouvoir. Les juges se sont-ils laissés subjugué par le savoir psychiatrique au point de lui concéder un pouvoir de plus en plus large au détriment du leur? On en vient à se demander parfois lequel, du juge ou du psychiatre, est l’auxiliaire de l’autre, lequel des deux est le véritable maître de la décision concernant le sort de l’inculpé. La situation actuelle de la justice pénale est l’aboutissement d’une longue évolution qui a commencé dès la première moitié du XIXe siècle et qui n’est sans doute pas achevée. (...) Le droit pénal a essentiellement pour fonction de protéger la société en punissant les auteurs d’actes prohibés, qualifiés d’infractions. Le psychiatre se donne pour objet le traitement de la maladie mentale. Droit pénal et psychiatrie obéissent à des logiques différentes : l’un réprime, l’autre soigne. La psychiatrisation du pouvoir de punir implique une interpénétration de deux systèmes conceptuels tout à fait distincts. La rationalité médicale vient court-circuiter la rationalité pénale. Le droit pénal ne serait-il pas malade de la médecine? En tout cas il y a là une confusion qui obscurcit l’intelligibilité de notre système punitif »¹⁷³.

¹⁷² La confusion des genres devient évidente et déborde sur le champ juridique à partir du moment où la psychiatrie quitte son rôle d’évaluation des pathologies psychiques et neurologiques et tend à s’imposer comme dispositif de normativisation générale des comportements. Michel Foucault remarque l’extension et la transformation des objets de la discipline en ces termes : « La psychiatrie n’a plus besoin de la folie, elle n’a plus besoin de la démence, elle n’a plus besoin du délire, elle n’a plus besoin de l’aliénation, pour fonctionner. La psychiatrie peut psychiatriser toute conduite sans se référer à l’aliénation. La psychiatrie se désaliénalise. (...) la psychiatrie voit s’ouvrir devant elle, comme domaine de son ingérence possible, comme domaine de ses valorisations symptomatologiques, le domaine tout entier de toutes les conduites possible ». Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 101, p. 148.

¹⁷³ Foulek RINGELHEIM, « Le souci de ne pas punir » op. cit., note, 115, p. 357.

Il s'agit de faire un procès d'intention non pas au droit, mais à la notion d'intention en usage et de faire voir comment l'institution de cette discipline ne peut faire l'économie d'une certaine conception de la subjectivité, d'un sujet compris essentiellement comme autonomie de la volonté et dépositaire de la capacité de libre arbitre. Or, ces propriétés subjectives n'appartiennent pas en propre au sujet, à son intériorité¹⁷⁴; elles sont directement tributaires des mécanismes externes qui les suscitent et les implantent à travers les mécanismes de l'assujettissement¹⁷⁵ institutionnel. Cet assujettissement opère en droit criminel par la sanctuarisation d'instances psychiques. Il instaure en corollaire la présomption que la liberté d'agir culmine dans l'évidence selon laquelle tout sujet de droit a la capacité de décider ou de s'abstenir de poser un acte. Porter atteinte à l'intégrité de cette représentation du fonctionnement de l'esprit introduit un élément d'incertitude dans la délimitation des catégories.

« Le trouble mental, ponctuel ou durable, traverse le droit civil et le droit criminel, et par conséquent toute la procédure, comme un événement incompréhensible, qui perturbe les catégories de la pensée juridique et conduit juges et plaideurs à une censure irrépressible. Il en est ainsi lorsque c'est le fou qui saisit le juge, mais aussi lorsque le plaideur sain est amené à exposer la folie de son adversaire. L'action intrinsèquement folle, ou la folie du juge sont des hypothèses plus marginales, mais qui achèvent le tableau du désordre du Droit. Pour s'être débarrassé (...) de notions comme la démence, la fureur, l'imbécilité, ou l'aliénation, le droit n'en reste pas moins perplexe devant le trouble mental (...) (lequel) est la perturbation la plus radicale de notre système juridique et, singulièrement, de notre système procédural. Il est la négation de ce

¹⁷⁴ À propos de cette « mise en bouche » du soi par les institutions, Michel Foucault qualifie de « moment important que celui où une société a prêté des mots, des tournures et des phrases, des rituels de langage à la masse anonyme des gens pour qu'ils puissent parler d'eux-mêmes - en parler publiquement et sous la triple condition que ce discours soit adressé et mis en circulation dans un dispositif de pouvoir bien défini, qu'il fasse apparaître le fond jusque-là à peine perceptible des existences et qu'à partir de cette guerre infime des passions et des intérêts il donne au pouvoir la possibilité d'une intervention souveraine ». M. FOUCAULT, *Dits et Écrits* II, op. cit., note 110, p. 251.

¹⁷⁵ « L'assujettissement consiste précisément en cette dépendance fondamentale envers un discours que nous n'avons pas choisi mais qui paradoxalement initie et soutient notre action. (...) L'assujettissement est, littéralement, la *fabrication* d'un sujet, le principe de régulation selon lequel un sujet est formulé ou produit. Pareil assujettissement est un type de pouvoir qui ne se contente pas d'agir unilatéralement en tant que forme de domination sur un individu donné, mais qui de plus *active* ou forme le sujet. (...) L'« assujettissement » désigne à la fois le processus par lequel on devient subordonné à un pouvoir et le processus par lequel on devient un sujet ». Judith BUTLER, *La vie psychique du pouvoir*, Paris, Éditions Léo Sheer, 2002, p. 22-23 et 136.

qui fonde la pensée du droit depuis deux siècles au moins :
l'autonomie de la volonté¹⁷⁶.

La consommation d'antidépresseurs fait entrer sur la scène de la responsabilité un sujet résolu à guérir d'un « trouble mental »¹⁷⁷. L'établissement par le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux DSM IV*¹⁷⁸ d'une nosographie « neuronale » établit les barèmes et redessine les critères juridiques pour apprécier la responsabilité un accusé. L'allure descriptive du *DSM* ne doit pas masquer son effectivité normative en regard de l'identification des troubles mentaux en droit, même si dans sa version anglaise les éditeurs du *DSM-IV* révisé en 2000 mettent les utilisateurs en garde contre une application dans d'autres champs que la psychiatrie de ce compendium des sciences du comportement :

« When the DSM-IV categories, criteria, and textual descriptions are employed for forensic purposes, there are significant risks that diagnostic information will be misused or misunderstood. These dangers arise because of the imperfect fit between the questions of ultimate concern to the law and the information contained in a clinical diagnosis. In most situations, the clinical diagnosis of a DSM-IV mental disorder is not sufficient to establish the existence of legal purposes of a « mental disorder », « mental disability », « mental disease », or « mental defect »¹⁷⁹.

Cette invitation à exercer quelque prudence méthodologique constitue davantage une clause de style, une mise en garde du fabricant au sens juridique, qu'elle ne repose sur un véritable souci herméneutique de ses promoteurs. À partir du moment où s'instaure dans une discipline un « monolinguisme » épistémologique, pareil avertissement ne dépasse pas, pour les praticiens de la psychiatrie ou du droit, la figure rhétorique de l'exhortation aux bons usages d'une langue commune tels qu'ils apparaissent justement dans les exemples formatés par les manuels du « Bon usage » Grevisse¹⁸⁰.

La question de savoir si le « continent » dépressif moderne existe véritablement¹⁸¹, s'il existe en psychiatrie telle chose que la sûreté du diagnostic, ou encore si la consommation de

¹⁷⁶ Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, p. 40.

¹⁷⁷ Art. 2 Defn. « Troubles mentaux » « Mental disorder » « Toute maladie mentale ». Code criminel, [L.R., 1985, ch. C-46]

¹⁷⁸ Paris, Masson, 1996, 4e édition.

¹⁷⁹ DSM IV, pp. XXXII-XXXIII.

¹⁸⁰ Le psychiatre français Roland Gori parle de « Novlangue » (voir chapitre 2).

¹⁸¹ Voir à ce propos Monique BRÉMOND et Alain GÉRARD, *Vrai déprimés, fausses dépressions*, Paris, Flammarion, 1998.

médicaments n'est que le résultat d'une inflation du pouvoir publicitaire de commercialisation des médicaments, l'intensité de toutes et de chacune de ces variables empiriques n'est pas pertinente à notre étude¹⁸². La dépression nerveuse et son traitement par l'arsenal psychotrope apparaissent comme un fait social avéré. De tous les troubles mentaux, le descripteur normatif « dépression »¹⁸³ devrait émousser le rapport intentionnel à la commission ou à la participation à un acte criminel surtout si son auteur agit pendant la période de la prise du médicament. La question de savoir si l'on doit considérer toute la période, ou seulement le début de la prise reste une question de fait à déterminer par un tribunal.

1.5 *L'esprit devant le tribunal de la conscience juridique*

Une erreur fondamentale est rarement évincée de la philosophie à la suite d'une seule victoire. Elle se retire lentement, défend chaque pouce de terrain et souvent, après avoir été chassée des aires ouvertes, elle continue de garder prise dans quelque coin reculé¹⁸⁴.

Du point de vue du droit criminel, deux écueils doivent être évités. Le premier consiste à reporter à l'étape du sentencing toute espèce de circonstances particulières, à faire de chaque consommateur d'antidépresseurs un cas d'espèce sans réfléchir à la configuration sociale qui fabrique le nouveau visage de cet éventuel contrevenant. Le second écueil tient au fait de décrire un sujet sous influence, de présumer son libre arbitre, et d'en déduire que ce simple état obéit à un déterminisme pur tout aussi invraisemblable que son opposé théorique. C'est le mécanisme même de l'imputation qui est en cause ici, si on l'entend selon la chaîne causale habituelle, « grammaticale », du rapport d'un sujet à ses actions. Le droit criminel envisage les comportements et mobiles comme s'il s'agissait de l'analyse d'une phrase. À quelles conditions dans la modernité peut-on encore imaginer en position de sujet un individu coupable? Suffit-il d'évoquer l'élément moral de la faute comme s'il s'agissait d'évaluer la

¹⁸² Cette question a été abordée dans Christian SAINT-GERMAIN, *Paxil® Blues Antidépresseur : La société sous influence*, Montréal, Éditions du Boréal, 2005.

¹⁸³ « La notion de dépression présente cette souplesse qui l'autorise à évoluer dans le temps pour donner naissance à des sous-catégories : toutes les anciennes névroses ont été « avalées ». Les antidépresseurs permettent aussi de valider les concepts venus de la psychothérapie, comme les névroses post-traumatiques ». Philippe PIGNARRE, *Comment la dépression est devenue une épidémie*, op. cit., note 44, p. 90.

¹⁸⁴ J. S. MILL, « A System of Logic », dans J. M. ROBSON (dir.), *Collected Works of John Stuart Mill* Vol. VII, Toronto, University of Toronto Press, 1973, p. 114.

qualité du consentement (le degré d'implication) donné au mal par une partie dans un contrat civil? Déjà problématique, la transformation du paysage moral par le nouveau relief de l'explication psychologique est résumée en ces termes,

« ce que l'on appelait au XIXe siècle « l'élément moral » est aujourd'hui devenu « l'élément psychologique ». L'examen par le juriste de la psychologie du délinquant est même assez sophistiqué puisqu'il doit prendre en compte d'une part l'imputabilité, d'autre part la culpabilité. Pour décider de l'imputabilité on prend en considération le libre arbitre, le discernement, la conscience, la compréhension; pour la culpabilité on apprécie la connaissance par le sujet de la dimension transgressive de l'acte et l'intentionnalité de son action en s'attachant à l'état d'esprit de l'auteur au moment des faits »¹⁸⁵.

Cette mutation à peine complétée ne rend pas compte de l'addition addictive, de l'introduction d'une assistance moléculaire dans le champ comportemental qui modifie tout à la fois le rapport du sujet à lui-même et à autrui. Ne vaut-il pas mieux concevoir plutôt comment certaines catégories d'actes criminels doivent se rapporter et s'accorder à un *sujet sous influence*, comme on le fait déjà en droit criminel lorsqu'il s'agit de qualifier des infractions commises dans un état altéré? Ni intelligible depuis l'ancienne philosophie morale ni même encore par les arcanes de la normativité psychiatrique, mais sous les faisceaux désinhibiteurs des comprimés à libération lente ou à action prolongée? Il importe d'interroger les représentations psychomorphologiques et les présupposés philosophiques au fondement de la mécanique incriminatoire du droit criminel canadien. Les narrations du droit sur les « états d'esprit blâmables »¹⁸⁶ et sur « l'intention coupable » sont-elles fidèles à la compréhension moderne du fonctionnement de l'esprit dans le contexte d'un passage à l'acte de nature criminelle?

Un certain nombre de faits divers défrayent de manière récurrente la chronique judiciaire quant à l'urgence d'une doctrine pénale adaptée à l'hybridité des conduites criminelles et des contextes pathologiques autres que ceux compris par la formulation binaire de l'article 16 du Code criminel actuellement en vigueur; comme si dans la modernité la

¹⁸⁵ Marie-José GRIHOM et al., « Intime conviction et subjectivation de l'acte criminel : quelle actualité dans le champ judiciaire ? », *Cliniques méditerranéennes*, vol.1, no. 83, 2011, p. 25, 26.

¹⁸⁶ « Tout d'abord, il faut reconnaître la nature fondamentale de l'exigence d'une *mens rea*. La personne qui a causé un préjudice doit l'avoir fait dans un état d'esprit blâmable (...) » (juge Dickson). *R. c. Bernard*, [1988], 2 R.C.S. 833, p. 843.

formule « responsable, mais pas coupable » – formule rendue célèbre par la politicienne française Georgina Dufoix à l’occasion du procès sur le sang contaminé dans les années 80 – était, à l’échelle du sujet, l’axiome principal à partir duquel s’établit désormais le rapport à la loi. Dans cette affirmation sous un mode mineur, on reconnaît pourtant le rapport inquiétant du sujet actuel à la légalité. Il suffit de penser que la réponse « responsable, mais pas coupable » sied parfaitement comme moyen de défense à la position juridique d’Adolph Eichmann à Jérusalem, ou encore de penser à la récente affaire *Francis Proulx c. La Reine*¹⁸⁷ relative aux effets des antidépresseurs sur la personnalité. Le défendeur est accusé du meurtre au premier degré de la secrétaire de comté d’un ministre québécois. La défense, par le biais de l’expertise d’un psychiatre, tente d’exonérer de la responsabilité criminelle l’accusé aux motifs d’une perturbation soudaine et irrépressible de sa personnalité et de son comportement. L’arrêt *Hotte c. R*¹⁸⁸ illustre également la difficulté à articuler à la consommation des psychotropes les conditions intellectuelles de la prise en considération de la dépression dans son rapport à l’intention spécifique. Il s’agissait dans ce cas d’apprécier la condamnation pour meurtre au premier degré d’un accusé, ancien tireur d’élite et garde du corps de la GRC qui, en proie à des troubles dépressifs récurrents et au terme d’une poursuite automobile, tue une ancienne amie et blesse grièvement les passagers qui l’accompagnent. Compte tenu d’épisodes dépressifs antérieurs, la Cour ne devait-elle pas se demander si l’accusé n’était pas sous l’influence de psychotropes en plus d’être atteint d’une dépression majeure lors de la commission de ces actes?

L’interprétation du droit criminel consiste à lire un comportement à la lumière de la formulation précise d’un texte infracteur afin de découvrir l’intention véritable de son auteur. Interprétation double donc, dans l’entrelacs des intentions du législateur et de ses prohibitions, et celle d’un accusé dans ses agissements. La présupposition vertigineuse du droit criminel est d’établir hors de tout doute raisonnable que l’on puisse conclure à l’intention originale de l’auteur d’un crime depuis les actions manifestes de ce dernier¹⁸⁹. Cette prémisse se heurte à

¹⁸⁷ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277

¹⁸⁸ *Hotte c. R.* 2005 QCCA 625; *R. c. Hotte*, 2006 CSC 8, [2006] 1 R.C.S. 379

¹⁸⁹ « (...) le substitut aurait, suivant les avocates, martelé devant le jury que l’appelant savait ce qu’il faisait en posant ses actes et que ceux-ci étaient bien *volontaires*. Et les avocates de conclure dans leur mémoire: en jouant avec le mot *involontaire* dans son sens populaire par opposition avec le concept juridique, le procureur de la

un obstacle important lorsqu'elle s'engage à remonter jusqu'à la décision moralement fautive d'un accusé sous l'influence d'un psychotrope et accablé au surplus par les brouillards de la dépression.

La puissance active des médications psychotropes agit sur la capacité d'autocompréhension du sujet, sur la perception intime de ses propres états de conscience. Il n'est pas de traitement efficace aux antidépresseurs qui n'implique à divers degrés cette mutation du rapport de la conscience à elle-même. Dans le cas d'une action criminelle sous influence de psychotrope ou/et dans le contexte de la dépression, l'appréciation par la personne raisonnable est rendue difficile en raison de la situation particulière d'un sujet dépressif par rapport à l'évidence spontanée. Les motifs qui conduisent l'action d'une personne normale ne sont plus ceux de la personne dépressive, même si cette dernière n'est pas nécessairement dans un rapport de dissociation psychotique avec la réalité. *La distorsion cognitive d'un sujet dépressif n'est pas traduisible par la projection de l'horizon de compréhension du sujet normal.* Or, la détermination de la culpabilité en droit criminel canadien dépend non pas tant des actions commises que de l'état d'esprit d'un accusé. *Actus non facit reum nisi mens sit rea*¹⁹⁰. Pour la doctrine pénale, il importe que la condamnation vise expressément à réprover l'élément moral constitutif de l'acte fautif.

C'est dans ce contexte que le droit criminel canadien fait usage des mots « esprit », « conscience », « intention » en tant que références cardinales à son économie accusatoire. Mais quelle est la nature de « l'esprit » appelée au soutien de la détermination de la culpabilité? Dans quel état le droit criminel retrouve-t-il le sujet moderne pour procéder à la mécanique performative de l'imputation? Le droit criminel repose sur une conception originaire, une représentation biomorphologique du *mens* qui jusqu'à maintenant demeure non critiquée. Quel est l'esprit du droit? À quel agencement psychique et physique fait-il référence dans la détermination des états d'esprit? Depuis l'arrêt *DeSousa*, « la Cour suprême a réitéré le principe voulant que la responsabilité d'une personne ne puisse être engagée sans faute de sa

Couronne a invité le jury à conclure que c'est au niveau du geste et non de l'intention que le verdict de « homicide involontaire » devait être examiné. Au cours de sa plaidoirie, le substitut a mentionné une bonne dizaine de fois le mot « involontaire » d'une façon incroyable ». *Hotte c. R.*, 2005 QCCA 625 (IIJCan), par. 92 et 93.

¹⁹⁰ À propos de cette maxime cardinale en droit criminel canadien, voir Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAVILLE, Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien, 4e édition refondue et augmentée*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998, p. 357.

part »¹⁹¹. Pour les crimes graves, l'état d'esprit de l'agent prime sur toute autre considération factuelle.

Le renvoi spontané à une certaine conception habituelle du sujet de droit n'est plus guère possible, pas plus que ne l'est la manière de raconter dans quel état d'esprit se trouvait le sujet coupable au moment de son acte. On peut certes continuer à punir et produire invariablement un grand nombre de coupables; mais il n'est plus sûr que la consistance même du sujet de droit moderne permette de tenir pour certain le degré d'implication véritable de l'accusé. C'est le procédé juridique de l'imputabilité qui est inquiété par les modèles de la psychopharmacologie. Il s'agit non pas de dégager le sujet de toute responsabilité, mais de décrire un nouveau mode d'être biopsychique, celui-là même qui est induit par les antidépresseurs modernes et qui ne produit ni intoxication volontaire ni aliénation mentale au sens de l'article 16 du Code criminel canadien¹⁹².

Jusqu'à quel point toutefois un état d'esprit particulier peut-il être rétrospectivement mis en lien de causalité avec une action et cela, « hors de tout doute raisonnable »? Évidemment, la pratique enseigne que l'habileté rhétorique des plaideurs, tout autant que le contexte même du procès, rend aisément plausible cette copule pour des observateurs ou des jurés placés sous le charme du langage. La mise en relief de l'état d'esprit d'un accusé, de ses intentions en regard de ses actes, devrait être rendue plus difficile encore lorsque ce dernier se trouve sous l'influence d'un psychotrope. Dans l'état actuel du droit, rien n'est pourtant moins certain. Si le droit criminel veut garder, pour les infractions graves, l'élément de subjectivité morale constitutif de la faute et qu'il apparaissait par exemple que les comportements sont davantage tributaires des contextes sociaux ou biologiques (chimie du cerveau et des neurotransmetteurs), comment conserver à la notion d'imputabilité sa raison d'être au-delà de son inscription purement linguistique?

Après avoir exposé dans le présent chapitre, les problèmes doctrinaux que posent l'acceptation du greffon « expertise psychiatrique » pour la logique de la preuve, nous verrons dans le prochain chapitre, les mécanismes institutionnels de dé-subjectivation ainsi que les

¹⁹¹ Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE, Jean TURGEON, op. cit., note 190, p. 357.

¹⁹² Code criminel, L.R.C. 1985, c.C-46.

nouveaux modes de mise en forme du sujet avec lesquels le droit criminel ne peut véritablement composer sans refonder sa rationalité pénale.

Chapitre 2 – Fabrique du sujet de la modernité

Comment être conscient de son cerveau et que se passe-t-il lorsque le cerveau devient la conscience d'une époque?¹⁹³

Ce chapitre installe le paysage et l'horizon dans lequel apparaît en surimpression le néo-sujet du droit. Il établit des liens entre la dimension politique du choix des entités descriptives (résilience, fluidité, plasticité) et leur caractère opérationnel dans la production du néo-sujet, tout en tenant compte de la métaphore cinétique des chocs, des impacts et de l'accélération sociale ainsi que de leur contrepartie pathologique par exemple dans les notions de trauma ou de dépression.

Nous ne présentons pas ici l'individu moderne comme un accidenté de la route ou avec la nostalgie d'une société révolue dont il serait tentant d'idéaliser les anciens consensus autoritaires. Il importe plutôt de saisir la transition d'un ordre symbolique vers l'assentiment métabolique que requiert le Brave New World. Une pharmacodynamique, avérée par la croissance exponentielle de la consommation de psychotropes (nous y reviendrons,) tend à remplacer l'ancien ordre institutionnel. Ce mode inédit d'assujettissement ne va pas sans heurts; il absorbe les crises successives de milieux cruciaux pour la socialisation des personnes (famille, école, travail), tous soumis à une redéfinition sous l'impulsion de la logique marchande ambiante. Loin de prétendre à un inventaire sociologique de l'état de ces milieux (une littérature abondante et nuancée existe pour chacun d'eux), nous visons plutôt à faire ressortir dans ce chapitre l'ambivalence de cette déstructuration en la ramenant à une crise des figures de l'autorité. Les notions décrites dans ce chapitre sont le néo-libéralisme comme redéfisseur, à partir d'une logique marchande, des institutions historiquement constitutives de la subjectivité (famille, école, travail) et, en corollaire, la solubilité des entités cliniques de la psychiatrie nord-américaine (résilience, flexibilité) – d'où émane le DSM – comme extensions conceptuelles à une police des comportements.

* * *

¹⁹³ Catherine MALABOU., *De Hegel aux neurosciences*, Paris, Hermann, 2009, p. 237.

Le sujet construit par la psychiatrie moderne s'inscrit dans le paradigme apparemment a-théorique du DSM-IV¹⁹⁴, mais surtout sa conscience et ses comportements sont substantiellement résumés par des considérations biochimiques¹⁹⁵. En fait, sujet construit et fabrique du sujet devraient s'écrire comme mise à mal des processus de la subjectivation, démembrement du soi, fragilité inédite de cette entité psychosociale. L'esprit de la subjectivité est désormais contenu par l'ordre métaphorique qu'imposent les notions de plasticité neuronale, d'altérité synaptique oscillant entre modularité et interconnexion, de processus involontaires et de reconstructions post-traumatiques. Il s'agit d'une mise à plat de l'ensemble des liens, de leur qualité et de leur nature, à l'œuvre dans le fonctionnement en réseau, celui de la duplication et de l'anéantissement de tout autre extérieur transcendant. Selon Dany-Robert Dufour,

« comme le marché ignore le Tiers et ne peut proposer que des relations duelles, c'est-à-dire des interactions, il ne permet pas au sujet de s'ombiliquer à ce qui le dépasse. Or, un sujet privé des questions impossibles de l'origine et de la fin, c'est un sujet amputé de l'ouverture à l'être, autrement dit un sujet empêché d'être pleinement sujet. Le réseau constitue donc une sorte de degré zéro de la socialité puisqu'il forclôt tout rapport à l'être. C'est pourtant ce type de relation qui est aujourd'hui proposé comme le modèle de toute société possible. (...) Or, le réseau ne peut que confronter chacun à la question de sa propre fondation, le laissant absolument seul face à une subjectivation qu'il se trouve contraint d'assumer par lui-même sans pouvoir le faire »¹⁹⁶.

Par le plus curieux des mimétismes, les discours que tiennent les neurosciences sur le cerveau correspondent à ceux que prend l'univers managérial pour se décrire et extrapoler

¹⁹⁴ « Le DSM IV, sans vergogne, annonce qu'en matière de diagnostics, de soins ou d'évaluations des thérapeutiques, il n'y a aucune raison de distinguer la psychiatrie des autres spécialités médicales car les étiologies des maladies mentales sont analogues aux autres pathologies médicales. (...) Dans ce nouveau style anthropologique de la santé mentale, le déviant, le « dys » n'est plus tout à fait un sujet en souffrance qu'il convient d'entendre et d'accueillir dans les énigmes de ses symptômes. Il est devenu une victime de ses gènes ou de ses neurones. Son handicap provient d'un mauvais héritage génétique dont la vulnérabilité a favorisé le développement perturbé de son cerveau et, à terme, le dysfonctionnement de ses stratégies cognitives. Le « dys » de la santé mentale n'est plus tout à fait un sujet, mais un individu dont le gouvernement de ses conduites s'avère plus ou moins en faillite à un moment donné ». Roland GORI, « La novlangue de la psychopathologie aujourd'hui », *Figures de la psychanalyse*, vol. 1, no.15, 2001, p. 151, 155 et 156.

¹⁹⁵ « Les spécialistes de neurosciences considèrent la conscience comme une propriété ou une fonction comparable à la respiration ou à la digestion ; elle devrait se comprendre en termes d'activité de neurones, des synapses et de leur régulation par des signaux chimiques ». Jean-Pierre CHANGEUX, *L'homme de vérité*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 114.

¹⁹⁶ Dany-Robert DUFOUR, *L'art de réduire les têtes*, op. cit., note 14, p. 103.

bien au-delà de ses résultats réels et de son horizon d'efficience. On impute ainsi au fonctionnement social des capacités auto-organisatrices et d'autorégulation¹⁹⁷, à telle enseigne que la confusion métaphorique paraît parfaite entre une crise des liquidités sur les marchés financiers et la tête d'un déprimé dont le taux de sérotonine est au plus bas au terme d'une restructuration d'entreprise¹⁹⁸. Les processus sociaux auraient toutes les allures de la connectivité cérébrale avec leurs moments d'emballements inflationnistes et de surchauffe ou de dépression suite au chômage ou à la récession. L'expression « grande dépression » pour désigner un événement historique, le degré zéro des infortunes du capitalisme moderne, se trouverait réverbérée par le miroir pulvérisé des consciences individuelles. L'incorporation de l'économisme dans la description du fonctionnement psychique ramène le clignotement essentiel du soi à quelques postures : branché ou débranché, invisible sur le réseau ou maintenant disponible¹⁹⁹. L'existence à l'époque des hyperliens obéit aux anciennes logiques

¹⁹⁷ Cette surestimation quant à l'organisation du travail ou de l'économie en réseau, que l'on compare abusivement aux mécanismes subtils du fonctionnement cérébral, est la reconduction moderne ou l'actualisation des métaphores providentielles de la « main invisible » dans la conception du libre marché d'Adam Smith. La force de la métaphore s'arrête pourtant devant l'instabilité actuelle des sociétés. Alors que certaines lésions cérébrales amènent le cerveau à contourner et à « recabler » autrement une zone de transmission de signaux nerveux rendue inopérante, l'effondrement d'une économie en réseau entraîne dans sa chute, par un effet de contagion, l'ensemble des points de contact qui la composent. Il suffit d'évoquer l'impuissance des banques centrales à minimiser les débâcles monétaires et à susciter des reprises. Les hommes sont flexibles, mais les agencements économiques néo-libéraux ne paraissent pas en mesure de modifier leurs connexions en cas d'accident.

¹⁹⁸ Dans l'imagerie sociale néo-libérale, l'individu est devenu lui-même et pour lui-même sa propre entreprise, et ses connaissances sont incorporées au capital. André Gorz note à ce sujet: « Les « compétences » dont il est question ne s'apprennent pas à l'école, à l'université ou dans les cours de formation. Elles ne sont pas mesurables ou évaluables selon des étalons préétablis. Elles sont des « talents » - d'improvisation, d'innovation, d'invention continues – beaucoup plus que des « savoirs ». Cela tient à la nature de l'économie de réseau. (...) Les entreprises disposent ainsi presque gratuitement d'un capital social humain qu'elles se bornent à compléter et à adapter à leurs besoins particuliers. (...) Un néophyte de l'ultralibéralisme a parfaitement exprimé cette idéologie: « La caractéristique du monde contemporain est désormais que tout le monde fait du commerce, c'est-à-dire achète et vend (...) et veut revendre plus cher qu'il n'a investi (...). Tout le monde sera constamment occupé à faire du business à propos de tout: sexualité, mariage, procréation, santé, beauté, identité, connaissances, relations, idées (...). Nous ne savons plus très bien quand nous travaillons et quand nous ne travaillons pas. Nous serons constamment occupés à faire toutes sortes de business (...). Même les salariés deviendront des entrepreneurs individuels, gérant leur carrière comme celle d'une petite entreprise (...) prompts à se former au sujet des nouveautés. La personne devient une entreprise (...). Il n'y a plus de famille ni de nation qui tienne ». André GORZ, « La personne devient une entreprise », *Revue du MAUSS*, vol. 2, no. 18, 2001, p. 61, 62-63 et 65.

¹⁹⁹ La mise en réseau de l'activité économique façonne à son tour les modes relationnels de « proximité ». Les amis Facebook remplacent progressivement les vrais amis ou y sont confondus, comme si le moi n'était plus que le *rolodex* des occasions d'affaires, des opportunités d'achat et des conseils pour la consommation d'objets. Les

pavloviennes et à la délicate soumission apparemment consentie d'une « mise en disponibilité » permanente, d'un effort plastique d'« employabilité » infinie.

« Nous avons compris que survivre aujourd'hui signifie être connecté à un réseau, être capable de moduler son efficacité. Nous savons très bien que toute perte de souplesse signifie la mise au rebut pure et simple. La différence est-elle vraiment si grande, qui sépare la représentation que nous avons du chômeur en fin de droits et celle que nous avons d'un malade d'Alzheimer²⁰⁰?

La volonté de puissance dissimulée derrière le réseautage n'arrive pas à masquer que le gros de son intensité reste tributaire de chacun des « nœuds » qui en distribuent l'espace d'étalement²⁰¹. Dans cet environnement, les individus n'apparaissent que comme des points mobiles et des parties réflexes d'une ellipse à forme humaine dans la recherche du profit. Les individus sont désormais évalués depuis un destin réticulaire²⁰², par leur capacité à intensifier des intrications synaptiques sur une toile qui les dépasse ou les isole et qui renvoie sous une forme agrandie l'image interconnexioniste de la masse cérébrale elle-même. Cette représentation du cerveau réduisant l'identité subjective à l'activité intracrânienne n'est pas sans rappeler le travail idéologique d'incitation à la mobilité personnelle, à la souplesse et à l'initiative personnelle représentant l'idéal de *fluidité*²⁰³ ou de *flexibilité*²⁰⁴ des économies néo-

amis Facebook remplacent progressivement le cercle intime, comme la parentalité se voit relayée par les écrans plasma.

²⁰⁰ Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, op. cit., note 36, p. 26.

²⁰¹ « Le pouvoir fonctionne, le pouvoir s'exerce en réseau et, sur ce réseau, non seulement les individus circulent, mais ils sont toujours en position de subir et aussi d'exercer ce pouvoir ; ils ne sont jamais la cible inerte ou consentante du pouvoir, ils en sont toujours les relais. Autrement dit, le pouvoir transite par les individus, il ne s'applique pas à eux (...). L'individu est un effet du pouvoir et il est en même temps, dans la mesure même où il est un effet, un relais : le pouvoir transite par l'individu qu'il a constitué ». Michel FOUCAULT, *Dits et écrits III*, op. cit., note 104, p. 180.

²⁰² Ce destin réticulaire ou même cette existence synaptique implique d'une part l'interchangeabilité de tous les acteurs et le fait que chacun puisse aussi à tout moment se faire couper « l'axone » sous le réseau. Car « les individus sont toujours, dans cette perspective, moins pertinents que les relations qui les lient. Ils peuvent être traités comme des « nœuds » à l'intersection des faisceaux de relations en sorte qu'il devient possible de faire occuper cette place vide par des être divers ». Luc BOLTANSKI et Ève CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, op. cit., note 18, p. 241.

²⁰³ « Les prophéties historiques du système capitaliste (l'enrichissement de tous dans un monde pacifié, toujours plus libre et toujours plus heureux) ne peuvent s'accomplir que si, et seulement si, chaque individu de la *commercial society* (comme l'appelle Adam Smith) a définitivement intériorisé la nécessité mentale d'être intégralement *flexible*, mobilisable à tout instant, et prêt à vivre quotidiennement comme un atome absolu – ou une « *particule élémentaire* » - pour lequel tout lien et tout engagement envers autrui représentent a priori un obstacle à la poursuite de ses intérêts bien compris, et une dépendance psychologique inacceptable ». Jean-Claude MICHÉA, *Impasse Adam Smith. Brèves remarques sur l'impossibilité de dépasser le capitalisme sur sa gauche*, Paris, Flammarion, 2006, p. 42-43.

libérales²⁰⁵. La description du cortex et des neurotransmetteurs dépasse le cadre strict des connaissances modernes sur l'anatomie du cerveau. Cette modélisation de même que son lexique émigrent jusqu'à l'univers des discours sur l'organisation sociale. L'enchevêtrement synaptique, les éléments de décentralisation²⁰⁶ forment le paysage biopolitique de la nouvelle économie,

« comme si le fonctionnement neuronal se confondait avec la marche naturelle du monde, comme si la plasticité neuronale donnait à un certain type d'organisation politique et sociale son ancrage – et donc sa justification – biologique. Ce qui est précisément le sens d'un « effet de naturalisation ». Il existe aujourd'hui une très étroite corrélation entre les descriptions du fonctionnement cérébral et la compréhension politique du commandement²⁰⁷ ».

La dérive tropique de l'*idéologie neuronale* peut fort bien servir de traduction commode pour décrire des phénomènes complexes sur le plan des échanges économiques en passant par des abstractions de toutes natures. Mais en revanche, l'esprit du capitalisme ne saurait hanter les représentations humorales ou les neurosciences lorsqu'elles prétendent fournir des explications pour les comportements criminels²⁰⁸. La nature des motivations subjectives ne se réduit pas à la poursuite d'intérêts financiers par des voies spéculatives. Au

²⁰⁴ « On remarque que beaucoup de descriptions de la plasticité du cerveau sont en fait des justifications non conscientes d'une flexibilité sans limite. Comme si, sous prétexte de décrire la plasticité synaptique, on cherchait à montrer en réalité que la flexibilité est inscrite dans le cerveau ». Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, op. cit., note 36, p. 31.

²⁰⁵ « C'est encore un lieu commun : les identités modernes sont plus fluides que les divisions bien tranchées des sociétés de classe du passé. « Fluide » peut vouloir dire adaptable. Comment un être humain peut-il se forger une identité et se construire un itinéraire dans une société faite d'épisodes et de fragments ? Dans la nouvelle économie, l'expérience dominante est celle de la dérive de lieu en lieu, de job en job ». Richard SENNETT, *Le travail sans qualités*, Paris, Albin Michel, 2000, p. 101 et 31.

²⁰⁶ « Comme la cohésion neuronale, l'organisation économique et sociale de l'entreprise aujourd'hui n'est pas de type central ni centralisateur mais elle repose sur une pluralité de centres mobiles et ponctuels, elle se déploie sur un mode connexionniste. En ce sens, il semble bien que le fonctionnement neuronal soit devenu la nature du social plus encore que son outil de naturalisation ». Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, op. cit., note 36, p. 88-89.

²⁰⁷ Id., p. 24-25 et 69.

²⁰⁸ « La pensée n'est pas un fonctionnement mental, un appareil psychique ou un agencement cortico-neuronale. Elle n'est pas un attribut accidentel de l'homme ; elle est bien plutôt son trait ontologique fondamental. La pensée qui calcule trouve son expression la plus achevée, de nos jours, dans l'imagerie cérébrale qui détecte le siège des addictions, alimentant au passage l'espoir de débarrasser l'homme de son désir de sens, de l'affranchir de ses manques, de ses tourments existentiels. Le malheur de notre temps est que l'homme ne parvienne plus à se penser autrement qu'en termes de gestion, à l'instar d'un stock d'énergies livré pieds et poings liés à l'expertise des technocrates ou à la bienveillance des directeurs de départements en ressources humaines ». Pierre LE COZ, « Roland Gori, philosophe. Comment repenser l'intimité ? », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 2, no. 82, 2010, p. 53, 57.

chant des sirènes de la flexibilité subjective²⁰⁹ correspond celui des vignettes précises du DSM, sensible à la réalité assurantielle du monde du travail²¹⁰.

« Le scientisme contemporain se nourrit de la vision d'un monde débarrassé des lois – hors celles de la physique – et peuplé d'hommes devenus transparents à eux-mêmes. Dans sa luxueuse plaquette annuelle de présentation de ses activités, Le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) ouvre depuis quelques années les quelques pages consacrées à la connaissance de l'humain par cet énorme titre : « L'humain comment ça marche ? » La plaquette 2006 donnait la réponse en sous-tire : « *L'humain, ça marche à l'électricité, qui parcourt ses neurones et à la communication qui en naît*. Les chercheurs tentent l'incroyable prouesse qui consiste à ce que le cerveau se comprenne lui-même, et ils y arrivent de plus en plus ». Cet horizon grandiose est celui d'un monde rendu entièrement programmable et calculable »²¹¹.

Il est malaisé de déprendre l'esprit des contemporains de cette *idéologie neuronale* lorsque ceux-ci ne se comprennent eux-mêmes que comme des choses parmi les choses²¹². Il est également difficile de rompre avec la représentation commode, le préjugé biologique selon lequel le rétablissement de la santé d'un cerveau, ou encore son vieillissement n'est guère différent de celui du fonctionnement de l'économie et de ses fluctuations. Les termes « fuite des capitaux », « liquidité », « investissement », « délocalisation », « restructuration » peuvent aussi bien s'appliquer au cerveau qu'au marché à travers les notions d'« émondages ou

²⁰⁹ Il s'agit de savoir jusqu'où va l'expression de la flexibilité et si elle ne tend pas à une malléabilité toujours plus grande à l'environnement.

²¹⁰ « Jusque dans le domaine du soin, nous voyons la pensée devenir technique, calculer le « score de gravité » ou « le poids moyen du cas traité ». De quel homme est-il question dans ces catégories? Un homme réifié en réservoir de ressources à entretenir, renouveler, maximiser et exploiter ». Pierre LE COZ, « Roland Gori, philosophe. Comment repenser l'intimité ? », *Cliniques méditerranéennes*, op. cit., note 208, p. 53, 56.

²¹¹ Alain SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 76-77.

²¹² Boltansky et Chiapello décrivent bien l'impuissance d'une critique idéologique qui ne tiendrait pas compte de l'état de malléabilité des individus qui s'y soumettent, malléabilité qui va bien au-delà de la capacité de consentir ou de résister de chacun. « On peut bien parler, d'*idéologie dominante*, à condition de renoncer à n'y voir que subterfuge des dominants pour s'assurer le consentement des dominés, et de reconnaître qu'une majorité des parties prenantes, les forts comme les faibles, prennent appui sur les mêmes schèmes pour se figurer le fonctionnement, les avantages et les servitudes de l'ordre dans lequel ils se trouvent plongés ». Luc BOLTANSKI et Ève CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, op. cit., note 18, p. 45. Une des particularités actuelles de l'idéologie néo-libérale est résumée en ces termes par Slavoj Zizek : « L'énigme d'aujourd'hui est l'énigme d'un savoir inefficace. Voilà quelque chose de clair sur l'idéologie d'aujourd'hui. L'illusion n'est plus l'illusion immédiate, le spectacle : nous ne sommes pas fascinés, et cependant le spectacle marche (...). Ce n'est pas quelque chose de semblable aux idéologies du passé ». Slavoj ZIZEK, *À travers le réel*, Paris, Nouvelles Édition Lignes, 2010, p. 100.

d'élagages synaptiques »²¹³, de « dépravation sérotoninergique », de mort programmée des neurones et toute la suite du vocabulaire de la crise.

À l'instar du fonctionnement véritable et abstrait des forces du marché, les péroraisons savantes autour de la fonction de l'amygdale ou de l'hypothalamus, en passant par l'aire de Broca, exigent une connaissance des mécanismes subtils de la physiologie des hémisphères et des cortex, sans compter le recours à l'imagerie médicale et à l'arsenal d'observations déployées qui font « écran » à leur dimension idéologique. La planète tout en réseaux et interconnexions s'auto-organise comme conscience globale à la recherche de « gratifications immédiates ». Si l'on tenait à conserver le monde et ses interrelations sous la représentation d'un cerveau humain, la situation écologique forcerait à l'imaginer en état de manque perpétuel, cerveau d'un *addict* habitué à toutes les substances susceptibles tout autant d'améliorer ses performances que de camoufler son dysfonctionnement. Pour reprendre une image de Marx, la *camera obscura* des neurosciences semble à ce point bien assortie au discours économique ambiant que le travail de désobjectivation de la subjectivité s'avère une tâche de déconstruction infinie. À propos de la *camera obscura* idéologique, Sarah Kofman note ceci :

« L'idéologie représente les rapports réels voilés, sous enveloppe. Plutôt que comme copie transparente obéissant aux lois de la perspective, elle fonctionne comme simulacre : elle déguise, travestit, brouille les rapports réels. Marx lui oppose les valeurs de clarté, de lumière, de transparence, de vérité, de rationalité. La *camera obscura* fonctionne non pas comme un objet technique déterminé qui a pour effet de présenter inversés les rapports réels, mais plutôt comme un appareil d'occultation qui plonge la

²¹³ Les descriptions les plus ingénues du fonctionnement cérébral n'échappent pas à l'ambiance économique néolibérale. Imaginons que le nom du jardinier soit un dénommé Monsanto... : « Le cerveau ressemble à un vaste jardin. Celui du jeune enfant est un buisson où les branches poussent en toutes directions. Il faut un jardinier pour éliminer certains rameaux, afin que des branches maîtresses puissent se développer. Certaines cellules semblent jouer ce rôle : les cellules microgliales. (...) Rosa Paolicelli et ses collègues ont observé au microscope que ces cellules se referment autour de certaines synapses et les engloutissent dans leur cytoplasme. Les synapses sont purement et simplement détruites, éliminées du paysage cérébral. Ensuite, les membranes des neurones « cicatrisent ». (...) Comment s'effectue le tri entre les « bonnes » et les « mauvaises » synapses ? La question reste ouverte; peut-être les cellules microgliales détruisent-elles indistinctement les synapses, et seules les plus actives parviennent-elles à résister à leurs assauts. *Il est également possible que les synapses moins vaillantes émettent des signaux chimiques qui attireraient les « jardiniers cellulaires ».* *Quoi qu'il en soit, le cerveau est une jungle où règne la sélection des plus forts*, confirmant en la précisant la notion de *darwinisme neuronal* chère au neurobiologiste américain Gerald Edelman ». <http://lemondeintemporel.blogs.lalibre.be/tag/élagage%20synaptique> site consulté le 10 octobre 2011. (Nous soulignons)

conscience dans l'obscurité, le mal, l'erreur, lui donne le vertige, lui fait perdre l'équilibre; appareil qui rend énigmatiques et secrets les rapports réels. (...) Le progrès scientifique, théorique ne dissipe pas les fantasmagories idéologiques. Celles-ci sont aussi « naturelles » et invariables « que la forme gazeuse de l'eau qui est restée la même après comme avant la découverte de ses éléments chimiques »²¹⁴.

La science ne dissipe pas l'idéologie; elle fournit le lexique, la *novlangue* du Nouveau Monde. La duplicité des langages²¹⁵ paraît totale lorsque prétendant percevoir les rapports internes fluides du fonctionnement du cerveau, les individus décrivent de fait leur aliénation définitive dans le monde actuel en y ajoutant une certitude naturaliste issue de la rhétorique de la contingence anatomique. Dans le cadre de cette idéologie, on peut réutiliser la formule de Freud pour qui « l'anatomie, c'est le destin ». À notre époque, c'est le destin des rapports sociaux. À telle enseigne que les discours sur la résilience, les traumatismes, les commotions deviennent les moyens par lesquels les sujets décrivent leur rapport à l'environnement en tant que « segments de population », « archives de l'information génétique », « exemplaires de l'espèce », « performances cognitives et support de réseaux neuronaux »²¹⁶. L'idéologie neuronale culmine dans la destitution subjective.

Est-il étonnant dans ce contexte que la psychiatrie moderne s'ouvre sur des traitements-chocs? Dans un chapitre intitulé : « Secouer, l'ère des traitements de choc », le psychiatre Jean-Noël Missa note l'intensification des protocoles de « traitement » par des moyens violents, « insulinothérapie, électrochocs (encore pratiqués), cardiazol et autres moyens de vexations de l'intégrité psychiques »²¹⁷. L'expérience des heurts caractérise la subjectivité moderne : de l'inépuisable bombardement d'informations jusqu'aux crises de l'économie, de la bousculade involontaire à l'heure de pointe d'individus pressés de remonter l'escalier d'un métro, jusqu'à l'effroi devant le terrorisme. La vie des sujets oscille entre des pôles magnétiques qui les font tantôt se précipiter, tantôt s'attirer, ou même qui repoussent chacune de ces existences atomisées. Le concept de traumatisme, de *trauma* occupe le cœur de

²¹⁴ Sarah KOFMAN, *Camera obscura. De l'idéologie*, Paris, Éditions Galilée, 1973, p. 31-32.

²¹⁵ « Et qu'arrive-t-il si cette langue cultivée est constituée d'éléments toxiques ou si l'on en a fait le vecteur de substances toxiques ? Les mots peuvent être comme de minuscules doses d'arsenic : on les avale sans y prendre garde, ils semblent ne faire aucun effet, et voilà qu'après quelque temps l'effet toxique se fait sentir ». Viktor Klemperer cité dans Roland GORI, « La novlangue de la psychopathologie aujourd'hui », *Figures de la psychanalyse*, op. cit., note 194, p. 151.

²¹⁶ Id., p. 153.

²¹⁷ Jean-Noël MISSA, *Naissance de la psychiatrie biologique*, Paris, PUF, 2006. Voir en particulier p. 189-193.

la subjectivité comme lieu matériel d'un pâtir, d'un subir sans précédent. Il s'agit de la fascination pour une manière d'endurer, d'une endurance dont la finalité tout autant que l'origine échappe à ses victimes. Il n'importe plus tant d'advenir à soi ni même de guérir, que de « tenir le coup », de « rebondir ». Le destin social de l'individu moderne entre trauma et résilience paraît relever davantage d'une cinétique des ondes de choc que d'une relation à des situations à transformer²¹⁸.

2.1 Résilience et plasticité

L'erreur est de penser que l'homme neuronal est simplement une donnée neuronale et pas aussi une construction politique et idéologique (y compris du neuronal lui-même)²¹⁹.

L'existence moderne est pleine de rebondissements. Elle est d'ailleurs comprise comme une suite d'impacts, de microtraumatismes ou même de commotions, selon l'acception récente du terme *résilience*²²⁰, la psychologie et la psychiatrie n'hésitent plus à emprunter au lexique de la science des matériaux en l'appliquant sans plus d'examen à l'ancienne réalité « psychique » dont elles prétendaient naguère détenir les arcanes²²¹.

Les discours sur la résilience permettent de produire deux types d'impression dans l'esprit des contemporains : celle d'un sujet sans qualité, forme extensive débarrassée des anciennes vertus morales comme le courage ou la ténacité, et celle d'un tour apparemment objectivant ou scientifique imprimé au discours de la psychologie. L'époque est à l'objectivation du subjectif, à la désobjectivation active des sources de l'intentionnalité. Le lieu de la décision subjective est absorbé par les contingences du tissu social et réduit à

²¹⁸ Nous reviendrons au chapitre 5 sur la traduction « dynamique » et « cinétique » des anciens affects moraux.

²¹⁹ Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, op. cit., note 36, p. 30-31.

²²⁰ « Le concept de la « résilience » est né au début des années quatre-vingt (...). Le créateur du concept est une femme, Emmy Werner, psychologue dans le pur style américain, c'est-à-dire peu intéressée par ce qui se passe dans la tête et dans l'âme des gens, mais préoccupée par les choses concrètes, visibles ». Stanislaw TOMKIEWICZ, « L'émergence du concept », dans *La résilience : le réalisme de l'espérance*, ERES, 2005, p. 45, 46 et 49. Aussi suggestif qu'il puisse paraître et d'un usage commode, le terme résilience doit peut-être sa faveur au fait qu'il peut s'allier au discours méritocratiques. Il tend à confirmer l'existence d'une capacité innée des sujets à survivre à des environnements peu propices à l'épanouissement de soi, mieux d'y réussir sans aide extérieure. Il s'insère donc très dans la perspective d'un État évanescant et dans celle du rétrécissement des budgets d'assistance sociale.

²²¹ Voir Claude DE TYCHEY « Surmonter l'adversité: les fondements dynamiques de la résilience », *Cahiers de psychologie clinique*, vol.1, no. 16, 2001, p. 49.

l'invariance de la prédictibilité statistique. Bien avant le déferlement de la solution moléculaire ou psychotropique, la loi du grand nombre infléchissait déjà les prétentions à l'autonomie des résolutions individuelles à travers un « *fatum statisticum* »²²².

« Quételet parle de façon très suggestive de « l'effrayante exactitude avec laquelle les crimes se reproduisent ». Pour lui, les lois d'airain de la statistique sociale décrivent des faits généraux d'une certaine sorte, qui se révèlent indépendants des volontés et des décisions individuelles et sur lesquels, à partir du moment où le nombre des individus considérés est suffisamment grand, elles n'ont pas de prise réelle »²²³.

La capacité d'absorber un choc ou d'intégrer un événement dans une histoire personnelle remplace les efforts des discours de l'intériorité pour en déterminer le sens ou la portée. Or, dans la chaîne signifiante reliant l'idée de *fluidité* à celle de *plasticité* du cerveau, la résilience correspond étymologiquement, depuis sa racine latine *resilio*, à la propriété des corps à rebondir. Pour Theodor W. Adorno,

« qui critique la société présente (...) ne peut pas se refuser à voir qu'elle est vécue en chocs, en coups soudains et abrupts, dus à l'aliénation de l'individu par rapport à la société (...). Le caractère (...) est dans une beaucoup plus large mesure l'effet de tels chocs que d'une expérience continue. Sa totalité est fictive : on pourrait presque l'appeler un système de cicatrices qui ne sont intégrées, mais jamais complètement, que dans la souffrance »²²⁴.

À travers les différentes versions du DSM²²⁵, la psychiatrie s'est donné un outil accordé à la fragmentation de l'expérience humaine²²⁶. Elle ne vise pas la recollection d'un

²²² Jacques BOUVERESSE, *L'homme probable. Robert Musil, le hasard, la moyenne et l'escargot de l'histoire*, Paris, Édition de l'Éclat, 1993, p. 50.

²²³ Id., p. 51.

²²⁴ Theodor W. ADORNO, *La psychanalyse révisée*, Paris, Éditions de l'Olivier, 2007, p. 21.

²²⁵ Les diverses versions du DSM comme outils diagnostiques apparaissent comme des composantes essentielles à l'armature idéologique qui permet l'acceptabilité de l'environnement néo-libéral et la suppression de ses contradictions empiriques. La fiabilité de cet appareil de redressement des conduites n'apparaît d'ailleurs pas tant liée à une démarche scientifique véritable qu'à l'établissement d'un consensus entre praticiens et assureurs. Jean-François Coudurier rappelle qu'« aux demandes gouvernementales se sont ajoutées au début des années 1970 les demandes des assurances maladie, qui aux États-Unis, faut-il le rappeler, sont privées, quand s'étendit le système du tiers payant pour les psychothérapies, ce qui conduisit à une augmentation sans précédent des traitements ambulatoires. Les compagnies d'assurances constatant des variations considérables sur les diagnostics et les traitements qu'elles avaient à rembourser voulurent y mettre bon ordre. (...) La construction des DSM est l'histoire des fabuleux forçages nécessaires à l'obtention d'un consensus appelé fiabilité, entre des gens « du Maine à Hawaï », pourtant sélectionnés dès le départ pour leur adhésion aux dogmes fondateurs du comportementalisme ». Jean-François COURDURIER, « À propos du DSM », *Essaim*, vol. 2, no. 15, 2005, p. 21, 22.

sujet en éclats, mais elle fournit un outil de mesure et d'appréciation des sévices psychiques subis et de la force d'impact de contrecoups, en un mot, une « balistique » de l'intériorité. En matière de santé mentale, le discours médical qui, en termes objectifs²²⁷, prétend décrire le fonctionnement de l'esprit impose de fait le sens que doivent prendre les conduites. Dès lors, le projet de la psychiatrie moderne ne s'oppose pas ni ne diffère de la trame de la rationalité économique actuelle. La question de savoir si la psychiatrie appartient véritablement à la médecine reste ouverte. Il n'y a pas lieu, aux fins de notre analyse, de se demander si elle correspond à l'idéologie scientifique dont Georges Canguilhem décrit les manœuvres discursives en ces termes :

« L'idéologie scientifique ne doit pas être confondue avec les fausses sciences, ni avec la magie, ni avec la religion. Elle est bien, comme elles, mue par un besoin inconscient d'accès direct à la totalité, mais elle est une croyance qui louche du côté d'une science déjà instituée, dont elle reconnaît le prestige et dont elle cherche à imiter le style »²²⁸.

²²⁶ Comme le suggère la perspective critique du psychiatre Jean-Claude Maleval : « La publication du DSM-III en 1980 constitue un incontestable tournant dans le discours de la psychiatrie. Pour ses concepteurs il serait parvenu à faire rentrer la psychiatrie dans la science. Tenter d'éliminer la subjectivité, celle du patient, comme celle du clinicien, en serait le prix à payer. Grâce à quoi il serait enfin possible d'user d'une langue commune permettant d'obtenir une grande fidélité diagnostique inter-cotateurs. Le succès des DSM-III et IV repose sur leurs affinités avec des idéaux scientifiques et avec leur appropriation à une clinique du médicament. En privilégiant des symptômes cibles privés de tout dynamisme, ils les mettent implicitement en rapport avec des dysfonctionnements du corps. Vingt ans après l'introduction de cette approche présentée comme athéorique, sa principale justification, la fidélité diagnostique, s'avère non fondée ; tandis que les problèmes de validité diagnostique restent éludés. Les DSM sont entrés dans une logique d'infinetisation des troubles mentaux dont la poursuite conduirait à remettre la psychiatrie aux ordinateurs. Ils produisent un appauvrissement des entretiens cliniques ; ils négligent l'éventuelle réticence du patient; ils génèrent des idéaux normatifs implicites ». Jean-Claude MALEVAL, « Limites et dangers des DSM », *L'évolution psychiatrique*, vol. 68, 2003, p. 39, 39.

²²⁷ Alain Ehrenberg décrit la mutation au fondement de l'application des DSM en ces termes: « Pour améliorer la fidélité diagnostique, la réforme part du principe directeur suivant: dans la mesure où la psychiatrie n'arrive pas à un consensus diagnostique à partir des causes, il suffit de s'en débarrasser. Le raisonnement étiologique est remplacé par un raisonnement syndromique. Faute de consensus sur les causes, une description fine des syndromes au moyen d'outils *ad hoc* (recueil de données fiables avec des critères diagnostics et des échelles d'entretien standardisées) permettra d'obtenir des diagnostics fiables. L'APA a ainsi mis au point un équivalent de ce que les informaticiens appellent un « système expert »: il suffit que le clinicien coche les symptômes, leur durée et leur intensité pour diagnostiquer tel syndrome ». Alain Ehrenberg cité dans Michelle LALIVE D'EPINAY, « Évolution des concepts de maladie et de guérison en santé mentale, et travail de guérison en psychanalyse », op. cit., note 100 p. 23, 24.

²²⁸ Georges CANGUILHEM, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie. Nouvelles études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 1977, p. 44.

La multiplication exponentielle des diagnostics²²⁹ de dépression de même que le développement tentaculaire des articles des DSM s'expliqueraient peut-être à partir de cette fragilité en regard de la science médicale véritable. Toutefois, force est de constater que le projet de la psychiatrie moderne épouse parfaitement la forme du sujet réifié, et sa norme cultive la logique discrète de l'impératif. Cette « partialité » de la norme, ce moment d'apparente objectivité à travers lequel s'exprime le choix d'un ordre et le sens d'une orientation, Michel Foucault la décrit en ces termes :

« La norme est porteuse d'une prétention de pouvoir. La norme, ce n'est pas simplement, ce n'est même pas un principe d'intelligibilité; c'est un élément à partir duquel un certain exercice du pouvoir se trouve fondé et légitimé. (...) La norme porte avec soi à la fois un principe de qualification et un principe de correction »²³⁰.

L'ordre normatif apparaît comme un arbitrage, mais contient de fait l'image inversée des rapports de domination et le projet simplement transposé de leurs conditions. À cet égard, on peut risquer l'affirmation selon laquelle les discours sur la plasticité du cerveau ne reçoivent jamais autant la faveur des scientifiques que lorsque la conscience des sujets historiques apparaît parfaitement réifiée sous la guise de l'idéologie néo-libérale. Le prescriptif transite par le descriptif, et l'usage idéologique de la norme organique demeure essentiel à ce moment réducteur. Le sujet est déclaré en défaut d'adaptation, anormal,²³¹ et cette lacune est assimilable ou absorbée par glissement vers l'anormalité biologique objective.²³² Le rapport entre un sujet et son milieu n'est plus de l'ordre de l'échange. S'agit-il d'ailleurs encore de l'expérience d'un « milieu »? Commentant cette affirmation tirée de

²²⁹ Dans le monde moderne écrivait Karl Kraus, « une des maladies les plus répandues est le diagnostic ». Karl KRAUS, *Pro domo et mundo*, Paris, Éditions Gérard Lebovici, 1985, p. 115.

²³⁰ Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 185, p. 46.

²³¹ Le caractère stratégique des formulations normatives est résumé par les importants travaux de Georges Canguilhem en ces termes : « Le normal n'est pas un concept statique ou pacifique, mais un concept dynamique et polémique. (...) Normer, normaliser, c'est imposer une exigence à une existence, à un donné, dont la variété, le disparate s'offrent, au regard de l'exigence, comme un indéterminé hostile plus encore qu'étranger. Concept polémique, en effet, que celui qui qualifie négativement le secteur du donné qui ne rentre pas dans son extension, alors qu'il relève de sa compréhension ». Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966, p. 176-177.

²³² À la suite des développements de Michel Foucault, Roland Gori rappelle que : « Les normes constituent le point où se croisent la science et l'éthique, le fait biologique et le jugement de valeur, l'organisme et la parole. Proposer pour les sociétés humaines une organisation politique fondée sur les sciences du vivant, c'est, comme le rappelle encore Canguilhem, « au fond rêver d'un retour non pas même aux sociétés archaïques, mais aux sociétés animales ». « Chaque société a la psychopathologie qu'elle mérite », Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, *Revue française de psychanalyse*, vol. 75, no. 4, 2011, p. 1007, 1012.

Canguilhem dans *La connaissance de la vie* : « Les milieux dans lesquels les vivants se trouvent placés sont découpés par eux, centrés sur eux », Guillaume Le Blanc précise :

« Il y a milieu quand il y a recentrement de l'espace extérieur par l'activité du vivant. Le vivant individualise le monde externe, l'incorpore à son fonctionnement. Le milieu ne désigne pas le corrélat mondain extérieur du vivant, mais s'offre comme le prolongement de son organisation. (...) La métaphore de la couture est éloquente. Le découpage du milieu n'est pas fixé par un patron extérieur, une norme transcendant l'activité vitale. Le vivant ne s'abandonne pas au milieu. (...) Le vivant est sujet de son milieu. Ainsi, l'excitation extérieure n'est pas cause du comportement du vivant, mais suppose, à titre d'anticipation, « une attitude du sujet »²³³.

Le subjectif s'objectivise dans l'exacte mesure où la notion de milieu régresse vers le concept plus flou d'environnement²³⁴ avec lequel il n'est de relations possibles qu'en terme de pressions à subir et de soumission. La capacité d'adaptation des individus à un environnement en constante mutation demeure le fin mot des rapports possibles au monde néo-libéral. Entendons par adaptation la capacité de se laisser modifier ou de se mouler à des formes préexistantes dans l'organisation du travail. L'imaginaire de la plasticité n'est pas étranger à cette fascination inconsciente pour le conditionnement; elle cache surtout le fait qu'en psychologie clinique, la subjectivité n'entre désormais dans le discours savant que par le lexique de la physique des matériaux plutôt que par celui de la souplesse adaptative du vivant. Il ne s'agit pas simplement ici d'une rupture de ton. À l'encontre d'une conception réifiante de la subjectivité, Georges Canguilhem décrit le rapport au monde du vivant humain en termes de fluidité et d'échanges :

« Entre le vivant et son milieu, le rapport s'établit comme un débat (*Auseinandersetzung*) où le vivant apporte ses normes propres d'appréciation des situations, où il domine le milieu, et se l'accommode. Ce rapport ne consiste pas essentiellement, comme on pourrait le croire, en une lutte, en une opposition. Cela concerne l'état pathologique. Une vie qui s'affirme contre, c'est une vie déjà menacée. (...) La situation du vivant commandé du dehors par le

²³³ Guillaume LE BLANC, *La vie humaine. Anthropologie et biologie chez Georges Canguilhem*, Paris, PUF, 2002, p. 177-178.

²³⁴ Dans les paysages de la modernité, le mot « espace vert » a remplacé le mot « forêt ». Le milieu se différencie de l'environnement car il implique un travail d'individualisation, la possibilité pour le vivant de se l'approprier et de l'éprouver comme extension du soi.

milieu c'est ce que Goldstein tient pour le type même de la situation catastrophique. C'est la situation du vivant en laboratoire »²³⁵.

Canguilhem décrit un milieu de vie, alors que la modernité conçoit le monde extérieur comme un environnement où il importe avant tout de survivre. Il est difficile de concevoir la dimension pathologique de l'existence sans y retrouver en situation de passivité un sujet exposé à cette conception de l'espace. Or, c'est à partir de ce contexte que la psychologie moderne conçoit ses interventions²³⁶. Dans l'optique où l'environnement se trouve investi des vertus de la normalité, la ligne de partage avec le pathologique, les traits grâce auxquels un diagnostic de maladie mentale pourrait être posé paraissent moins appuyés que n'est le désir du sujet de se trouver assisté, encouragé, maintenu dans son style de vie. Bien qu'omniprésent et nécessaire au standard d'une « qualité de vie » comprise à travers le prisme de la consommation, le travail ne correspond plus à l'extension d'un soi qui se réaliserait par ses efforts ou son mérite. Quant à elle, la « maladie » met plutôt en scène des compromis de toutes natures consentis par un individu résolu à conserver un certain niveau de vie dans l'économie fluctuante. Ce changement du rapport au travail brouille l'interprétation des symptômes dépressifs. La dépression n'apparaît alors plus tant comme une affection endogène ou même situationnelle, mais comme une tentative désespérée d'adaptation, et finalement de compromis, avec un milieu subi. Reprenant les intuitions du sociologue Alain Ehrenberg, Catherine Malabou souligne que

« le dépressif n'est que la face inversée de l'homme plastique, non sa négation véritable, comme en atteste le concept de guérison de la dépression. Comme on le sait, la guérison de la dépression n'en est pas une. « L'individu aujourd'hui n'est ni malade ni guéri. Il est inscrit dans de multiples programmes de maintenance » [A. Ehrenberg]. Il s'engage dans différents traitements, développe différents types d'addiction et « fait avec ». Le remodelage permanent de soi prend le pas sur la guérison. (...) « De plus en plus de gens comprennent qu'il n'y a plus la moindre pertinence à tenter de « guérir » un dialogue de la personnalité. Au contraire, il serait

²³⁵ Georges CANGUILHEM, *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1971, pp. 146-147.

²³⁶ « On doit reconnaître que le psychologue contemporain est, le plus souvent, un praticien professionnel dont la « science » est toute entière inspirée par la recherche des lois de l'adaptation à un milieu sociotechnique – et non pas à un milieu naturel – ce qui confère toujours à ses « opérations de mesure » une signification d'appréciation et une portée d'expertise ». Guillaume LE BLANC, *La vie humaine. Anthropologie et biologie chez Georges Canguilhem*, op. cit., note 233, p. 125.

plus adéquat, semble-t-il, de s'efforcer de la modifier plutôt que de la soigner » [A. Ehrenberg] »²³⁷.

L'insistance sur les capacités plastiques du cerveau n'a d'égal que les injonctions à la réinvention permanente de vies prétendument heureuses dans le décor des sociétés de consommation avancée. Miroir de la structure sociale, la physiologie de l'interconnexion et du modal – cette compréhension réductionniste de l'esprit des sujets – incarne la certitude scientifique actuelle. Comme à d'autres époques, les esprits animaux étaient produits par le cerveau, si tant est qu'on puisse remonter jusqu'à Descartes²³⁸ pour trouver une origine explicative aux fabulations anatomiques actuelles relatives aux comportements. En effet, cet itinéraire causaliste est suggéré par la prééminence qu'accordait Descartes²³⁹ à la glande pinéale, jusqu'au caractère déterminant de régions cérébrales tels l'hypothalamus ou l'amygdale dans la psychiatrie moderne.

La manière de concevoir le soi et le consensus autour de cette représentation oblige à une conception autre de la responsabilité. Tel que mentionné, ce n'est plus le sujet de la morale kantienne²⁴⁰ du devoir et de la loi qui apparaît, c'est une entité subjective en proie à une entreprise de condensation synaptique. Il s'agit non pas simplement de réduire les têtes, mais de dissoudre dans une solution neuronale les contextes sociaux, les déterminismes de classe et autres contradictions extrinsèques à l'horlogerie sérotoninergique²⁴¹. Le *Deus ex machina* inflexible, depuis son extériorité absolue, la volonté du héros tragique paraît avoir été reporté sur la « boîte noire » que constitue l'activité neuronale qui tend à expliquer, depuis des supputations biologiques, l'accident synaptique ou l'agressivité à partir de la baisse de

²³⁷ Catherine MALABOU, *La chambre du milieu. De Hegel aux neurosciences*, op. cit., note 193, p. 225.

²³⁸ René DESCARTES, « Comment les esprits animaux sont produits dans le cerveau », R. DESCARTES, *Œuvres complètes*, Paris, Éditions de la Pléiade, Gallimard, 1953, p. 699.

²³⁹ Sur la question des « esprits animaux » et de la « glande pinéale » dans le texte de Descartes voir Bernard ANDRIEU, *L'invention du cerveau. Anthologie des neurosciences*, Paris, Pocket, 2002, en particulier p. 43-64.

²⁴⁰ « Nous assistons présentement à la destruction du double sujet de la modernité, le sujet critique (kantien) et le sujet névrotique (freudien) ». Dany-Robert DUFOUR, *L'art de réduire les têtes*, op. cit., note 14, p. 11.

²⁴¹ « Les sciences cognitives sont, *grosso modo*, fondées sur un postulat : à chaque état de conscience correspond un ensemble minimal d'événements neuronaux spécifiques, c'est-à-dire un corrélat neuronal. Sur la base de ce postulat, une logistique importante d'imagerie cérébrale (imagerie par résonance magnétique fonctionnelle, tomographie par émission de positrons...) a été mobilisée. Les résultats obtenus sont certainement passionnants, mais ils ne justifient pas que l'on considère l'entité « acteur porteur d'un sens subjectivement visé » comme superflue ». Gérald BRONNER, « L'acteur social est-il (déjà) soluble dans les neurosciences ? », *L'Année sociologique*, vol. 56, no. 2, 2006, p. 331, 340.

sérotonine au niveau du cortex préfrontal d'un individu. La plasticité neuronale met à mal la consistance volontariste et intentionnaliste de l'ancien sujet de droit.

2.2 *L'unicité problématique du sujet de droit*

La métaphore de l'organe central est en effet définitivement dépassée même si elle continue de s'imposer à titre d'obstacle épistémologique et idéologique²⁴².

Peut-on opérer le passage d'une conception mécanique de la physiologie du système nerveux à une conception métabolique? Alors que les juristes postulent l'unité du sujet, qu'ils raisonnent sur des mots, des concepts, des présomptions pour décrire les comportements tout en tenant pour acquis la réalité du sujet – un sujet confondu avec le sujet construit par le droit criminel lui-même, les neurophysiologistes présentent une version bien différente de cette unité. La philosophe de l'esprit Joëlle Proust écrit :

« Les cas pathologiques rendent en outre manifeste ce que les neurophysiologistes savent depuis longtemps; c'est que la manière d'agir, la capacité de délibérer, de s'abstraire du contexte où l'on se trouve, d'ordonner ses actes par étapes successives, sont rendues possibles par des représentations neuronales et par des transmissions chimiques permettant au cerveau d'intégrer des contraintes de natures diverses. Dès lors, une modification même minime des équilibres entre neurotransmetteurs se traduit par des changements saisissants dans l'agir. Ce qui vaut de l'agir vaut également de ses motifs, de la capacité à sélectionner des buts et de hiérarchiser ses préférences »²⁴³.

Or, les mécanismes d'analyse et de représentation de la conscience coupable proviennent parfois encore de traditions philosophiques médiévales²⁴⁴. Avec l'empiètement historique continu de la légalité médicale disparaissent peu à peu les repères juridiques et langagiers qui établissaient de science certaine la pleine participation consciente d'un individu à une action coupable. La description du fonctionnement de l'appareil psychique atténue progressivement l'apparente continuité morale que pose le sens commun entre le contrôle conscient des individus et le sens de leurs comportements.

²⁴² Catherine MALABOU, *Que faire de notre cerveau?*, op. cit., note 36, p. 70.

²⁴³ Joëlle PROUST, *La nature de la volonté*, op. cit., note 85, p. 14-15.

²⁴⁴ Voir à cet égard le schéma d'anthropologie philosophique mis en œuvre dans les traités de droit pénal tel qu'il apparaît dans Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, Tome premier, 2e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2005.

L'acte volontaire supposé irréductible pour initier l'action est le fil rouge qui apparaît évident²⁴⁵ sous la lunette grossissante, et parfois caricaturale, du procès criminel. Le droit criminel, subtil quant à ses règles d'admission de la preuve, n'en carbure pas moins à l'évidence lorsqu'il s'agit d'apprécier le lien entre une action et son auteur, entre une apparente prise de décision psychique et son résultat. La notion d'acte volontaire reste le noyau dur autour duquel gravitent les discours savants autant que les questions spécieuses qui font les délices des plaideurs lors des procès devant jury. Aux yeux des neurosciences, il occupe toutefois le diamètre d'un filament ténu, surtout si l'on consent à se représenter l'action humaine autrement que précédée par son moment intentionnel ou volitionnel. Joëlle Proust observe encore à cet égard que

« la volonté est une des notions les plus classiques de la philosophie. C'est désormais l'une des plus bouleversées. Du fait des acquis des neurosciences, de la psychologie du développement et de la philosophie de l'esprit, les présupposés philosophiques ordinaires ne sont plus de mise – notamment que l'action humaine se distinguerait du comportement de l'animal parce qu'elle serait volontaire et qu'elle procéderait d'une intention libre, dégagée des déterminations naturelles. Il n'est plus possible, aujourd'hui, de penser dans les termes du vieux dualisme : le corps ou l'esprit, l'état physiologique ou l'idée, l'explication causale ou l'intelligibilité rationnelle »²⁴⁶.

Se lancer à la recherche d'un substrat subjectif initiateur des actions, ou remonter leur cours pour prétendre y retrouver une « intention coupable », relève de la poursuite d'un fantôme ou de la *Chasse au Snark* dont parle Lewis Carroll²⁴⁷. L'adéquation entre l'intentionnalité et la responsabilité personnelle dont on pouvait présumer qu'elle existât dans l'esprit des moralistes s'évanouit dès la première critique rigoureuse de la philosophie morale du 20e siècle, puis finalement des neurosciences. Friederich Nietzsche rappelle que

« de même, en effet, que le peuple distingue la foudre de son éclat et prend ce dernier pour une action, pour l'effet causé par un sujet qui s'appelle foudre, de même la morale populaire distingue la force de ses manifestations, comme si l'homme fort cachait un substrat neutre, auquel il serait loisible de manifester ou non la force. Un tel substrat n'existe pas; il n'existe pas « d'être » au-dessous de l'action, de l'effet, du devenir; l'« agent » n'est qu'ajouté à l'action,

²⁴⁵ Cela pose le problème de « contester l'évidence ». Or, écrit Fernando Gil dans son *Traité de l'évidence*, « l'évidence se passe de la preuve. À la différence de la preuve, l'évidence ne renvoie pas à des dispositifs d'évaluations extérieures à la proposition ». Fernando GIL, *Traité de l'évidence*, Paris, Jérôme Millon, 1993, p. 7.

²⁴⁶ Joëlle PROUST, *La nature de la volonté*, op. cit., note 85, p. 368.

²⁴⁷ Lewis CARROLL, *La chasse au Snark*, Paris, Gallimard, 2010.

– l'action est tout. Au fond, le peuple dédouble l'action quand il fait se manifester la foudre en éclair, c'est l'action d'une action : il prend le même phénomène d'abord comme cause et puis comme effet de cette cause »²⁴⁸.

En regard de la responsabilité civile, l'incertitude référentielle quant à la situation du sujet paraît moins apparente si l'on considère la dimension assurantielle, tant privée qu'étatique, de la vie citoyenne; il suffit de songer simplement au régime du *no fault*. Une société qui, aux fins de leur intégration économique, nécessite toujours davantage de ses membres la soumission jusqu'à l'automédication volontaire ou l'addiction permanente rarement interrompue au terme du « traitement », ne saurait faire peser sur ses sujets le même degré de responsabilité quant à leurs actes. Cette condition, loin d'emprunter la voie facile consistant à ranger sous les défenses relatives à la « responsabilité diminuée » ou même à la négligence, les comportements fautifs adoptés sous influence de psychotropes, commande purement et simplement l'acquiescement, sans référence à l'aliénation mentale.

Un des événements décisifs dans l'histoire de la subjectivité occidentale est l'apparition discrète, bien que statistiquement croissante, de la consommation d'antidépresseurs à des fins médicales. L'avènement de ce fait social qui se propage établit une norme de confort psychique assimilée à l'équilibre intérieur et à la santé mentale par l'ordre médico-pharmaceutique moderne. La dépression recoupe quantité de détresses sociales que l'ordre médical souhaite voir attribuées à des conditions physiologiques individuelles, voire à des prédispositions génétiques. Or, il s'agit d'un mal qui semble s'accroître statistiquement à mesure qu'il est décrit dans les médias. Une certaine quantité de souffrances individuelles n'est désormais plus socialement acceptable. Comme le souligne Robert Redeker,

« ainsi, la norme évolue : ce qui peut, physiologiquement, paraître normal à certaines époques, du fait probablement qu'il est impossible de s'y opposer, peut devenir maladif à des époques suivantes. Donnons un exemple de ce jeu de la norme physiologique : normales naguère encore, et même sacralisées, les souffrances de l'accouchement paraissent aujourd'hui nettement moins acceptables. Ces souffrances cheminent sur la voie de leur dénormalisation »²⁴⁹.

²⁴⁸ Friedrich NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, 1971, p. 33.

²⁴⁹ Robert REDEKER, *Dépression et philosophie. Du mal du siècle au mal de ce siècle*, Nantes, Éditions Pleins Feux, 2007, p. 14.

Évidemment, la nature particulière des inconforts et des vicissitudes de nature mentale ne peut être complètement mesurée. Il existe toutefois un certain nombre de moyens d'évaluer, d'apprécier objectivement le degré de sévérité ou l'intensité du vécu dépressif. La méthode la plus connue est sans doute la mesure d'Aaron Beck, communément appelée « Échelle de Beck »²⁵⁰. Il n'en demeure pas moins que la « tendance lourde » des sociétés avancées est de minimiser, par une sorte d'analgésie généralisée, certains aspects perturbateurs de l'expérience humaine²⁵¹. Le dispositif²⁵² pharmacologique dans lequel se reconfigure la subjectivité n'est pas une situation passagère, un « effet de mode »; il est le « pli » singulier que notre époque fait prendre à un nombre croissant de sujets dès leur plus jeune âge²⁵³. Ce pli est imprimé par le continuum pharmaceutique qui enserre désormais les comportements depuis une reformulation moléculaire de la condition psychique des individus :

« Il existe une symétrie déconcertante entre le Prozac et la Ritaline. Le premier est prescrit pour les femmes déprimées manquant d'estime de soi : il leur donne davantage de sentiment du mâle alpha qui accompagne les hauts niveaux de sérotonine. La Ritaline, de son côté, est largement administrée aux jeunes garçons qui ne veulent pas rester tranquilles en classe, parce que la nature ne les a jamais programmés à cette fin. D'un côté comme de l'autre, les deux sexes sont ainsi orientés vers une personnalité androgyne moyenne, satisfaite d'elle-même et socialement conciliante – c'est-à-dire le

²⁵⁰ Voir à ce propos Serban IONESCU, *14 approches de la psychopathologie*, Paris, Armand Colin, 3^e éditions, 2006, p. 56.

²⁵¹ « L'invention de l'anesthésie en tant que dispositif de neutralisation ou de suppression de la douleur va avoir, dans les sociétés modernes, des conséquences *en série*. En bref, on va voir une technique médicale se hisser au rang de paradigme civilisationnel, sans que, généralement, on mesure tout à fait l'ampleur des effets de diffusion de ce modèle ». Alain BROSSAT, *La démocratie immunitaire*, Paris, La Dispute, 2003, p. 54.

²⁵² « Ce qui définit les dispositifs auxquels nous avons affaire dans la phase actuelle du capitalisme est qu'ils n'agissent plus par la production d'un sujet, mais bien par des processus que nous pouvons appeler des processus de désobjectivation ». Giorgio AGAMBEN, *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, Paris, Payot, 2006, p. 43-44.

²⁵³ « Et c'est ainsi que l'on observe aujourd'hui, aux États-Unis, une propension délirante à diagnostiquer des troubles de l'attention et de l'hyperactivité (syndrome ADHD), pour un nombre croissant d'enfants « à problèmes ». Deux millions d'entre eux seraient actuellement passibles de ce diagnostic, qui conduit à des choix thérapeutiques surprenants. De l'analyse de plus de 200 000 enfants du nord-ouest des États-Unis, il ressort que près de 1, 25% d'entre eux suivent (subissent) actuellement un « traitement médical lourd », entre 2 et 5 ans. Proportion qui passe à 3 % pour les enfants entre 6 et 12 ans et qui suit depuis peu une progression véritablement explosive. Le nombre d'enfants américains en âge préscolaire (de 2 à 5 ans) prenant des psychotropes pour troubles du comportement a ainsi doublé aux États-Unis entre 1990 et 1995. (...) Après les stimulants viennent les antidépresseurs, qui sont aussi de plus en plus prescrits, et les neuroleptiques, dont l'emploi n'a que faiblement augmenté. Or, ni l'efficacité, ni l'innocuité de la plupart de ces molécules n'ont été testées chez les enfants. On ignore notamment quelles sont les conséquences des psychotropes sur leur cerveau en développement. Philippe ROBERT-DEMONTROND et Jean-Luc DESPOIS, « La domestication biotechnologique de l'humain », *Revue internationale de Psychosociologie*, vol. 8, no. 19, 2002, p. 177, 180.

courant « politiquement correct » de la société américaine moyenne. (...) Ces deux psychotropes paraissent bien plus efficaces que la socialisation de l'enfance à l'ancienne et les thérapies bavardes du freudisme ne l'ont jamais été. Leur usage s'est répandu à des millions et des millions de gens à travers le monde, suscitant beaucoup de controverses sur leurs conséquences à long terme pour la santé du corps, *mais – curieusement – aucune discussion à propos de ce qu'ils impliquent sur notre compréhension conventionnelle de l'identité et du comportement moral de l'individu* »²⁵⁴.

Il s'agit d'une autre modalité d'assujettissement ou de désobjectivation dont les conséquences structurelles n'apparaissent pas encore tout à fait, sinon dans la multiplication des diagnostics de troubles dépressifs et l'accroissement de l'addiction légale à ces produits²⁵⁵. Pierre Legendre entrevoit à ce propos les bouleversements « anthropotechniques » du nouvel ordre social en ces termes :

« J'appelle mutants les humains devant venir à la vie comme autofondée et qui, sans dommages pour eux-mêmes et leur descendance, auront à vivre affranchis de l'interrogation sur les images et se délivrer des angoisses de la parole par des actes de décharge; apparaîtra enfin l'homme nouveau, géré par des spécialistes de la régulation sociale et des ingénieurs de la psychè, savants méthodiquement entraînés à planifier les cas. Alors, le discours sur la subjectivité aura conquis un statut scientifique, il sera devenu entièrement maîtrisable, par les mathématiques notamment, l'équivalent d'une entreprise expliquant l'humain par ses processus biochimiques, électriques ou moléculaires »²⁵⁶.

Cette subjectivité « sous ordonnance » n'émerge pas tout armée et casquée de la cuisse de Jupiter; l'affaïssement progressif des institutions majeures – famille, école, travail – dissimulé sous des euphémismes de réorganisation en prépare l'avènement discret. Or, une réorganisation ne peut être permanente et doit obéir en principe à des finalités pour lesquelles des consensus sociaux existent. Au plan social, une transition ne peut être permanente; elle doit relier deux états stables. Un mode inédit de régulation des comportements n'est pas mis

²⁵⁴ Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme Les conséquences de la révolution biotechnique*, op. cit., note 108, p. 101 et 102. (Nous soulignons).

²⁵⁵ « Depression continues to be Canada's fastest-rising diagnosis. From 1994 to 2004, visits for depression made to office-based physicians have almost doubled. The majority of visits were made by Canadians aged 40-64, accounting for 57% of visits, followed by those aged 20-39 who were responsible for 29% of visits. Prescriptions of all classes of antidepressants have almost doubled since 1999, climbing to reach 22.5 million in 2004 with a retail value of \$1.1 billion. The most commonly prescribed anti-depressants are SSRIs which accounted for 75% of all prescriptions dispensed last year». http://www.imshealthcanada.com/htmen/3_1_42.htm

²⁵⁶ Pierre LEGENDRE, *Filiation, Fondement généalogique de la psychanalyse, Leçons IV, suite 2*, Paris, Fayard, 1990, p. 200.

en place seulement par une augmentation croissante de la consommation d'antidépresseurs; il est l'expédient par lequel une société anémique répond aux besoins les plus urgents : contenir par exemple les augmentations du taux de suicide dans une population dont les individus ont accès à des soins de santé grâce à des « consultations » auprès de médecins payés à l'acte dont la durée moyenne oscille entre huit et douze minutes.

Une analyse juridique qui manquerait de rendre compte de cette nouvelle inscription sociologique du sujet de droit s'inscrirait fort bien dans la dynamique d'aveuglement – volontaire ou involontaire, c'est selon – qui semble caractériser sur ce plan la doctrine pénale canadienne, laquelle préfère très majoritairement le confort de la glose sur des points techniques de droit à l'inconfort potentiel que susciterait la mise en question de certaines de ses préconceptions fondatrices.

Il va sans dire, cela dit, qu'il ne suffit pas d'être sous traitement, ou encore de se placer sous l'effet d'antidépresseurs, pour se soustraire à la responsabilité criminelle. La présence de ces substances et leurs effets sur l'esprit humain fournissent toutefois une occasion pour la doctrine pénale de prendre la mesure des autres régimes de représentation de ce qu'elle nomme « état d'esprit ». Aussi importe-t-il selon nous de développer une anthropologie pénale qui prenne acte de l'incidence des substances psychotropes sur le sujet de droit, tout en ne manquant pas de saisir le contexte institutionnel et social auquel un pareil sujet est soumis. En effet, par le plus curieux retournement, le travail de socialisation des individus ne dépend plus tant des institutions et de l'ordre symbolique que de la métabolisation moléculaire depuis un continuum pharmaceutique qui va de l'enfance jusqu'à la fin de vie sous sédation. L'effacement des encadrements formels, la désinstitutionnalisation des formes sociales n'aboutit pas à un accroissement des libertés individuelles ou à quelque affranchissement qu'une conscience naïve aurait pu escompter, mais au contraire à une intériorisation plus fine, d'aucuns diraient maligne²⁵⁷, des impératifs dans le champ social de la production de soi. Les anciens modes structurants de la socialisation (famille, école, travail) s'imposent d'autant plus qu'ils sont passés d'une extériorité d'apparence contractuelle à l'invisibilité d'un

²⁵⁷ Sans être soupçonné d'être un adepte des théories du complot, on peut imaginer, comme le suggérait Aldous Huxley en 1932 dans *Le meilleur des mondes* la montée d'une biodépendance (addiction) comme condition d'appartenance au champ fracturé des institutions sans pour autant y voir les desseins machiavéliques d'un état totalitaire. A. HUXLEY, *Le meilleur des mondes*, op. cit., note 43.

acquiescement sans mesure. Nous disons « d'apparence », parce qu'il ne s'agit pas ici d'adopter une position nostalgique à l'égard des institutions pourvoyeuses du sens.

Il en va toujours, au plan social, de la description des modes de coercition légitimes ou illégitimes, d'une longue histoire des moyens de contrôle par la mise en place toujours nouvelle de dispositifs de subjectivation ou de désobjectivation. Par rapport aux anciens, les dispositifs modernes ont toutefois la particularité d'absorber complètement le sujet dans son aliénation, dans l'addiction. C'est une chose de rêver d'une école alternative, de changer ponctuellement de programmes pédagogiques, et finalement de constater que les savoirs et habiletés développés en pareil contexte ne sont peut-être pas à la mesure des défis que nous devons relever à l'âge adulte; c'en est une autre de se sevrer psychologiquement et physiologiquement du Ritalin à la fin du cursus scolaire. L'action pharmacologique directe, la métabolisation sédatrice ou stimulante sur l'esprit ne prêtent pas à discussion.

Cette condition nouvelle n'encourage toutefois pas l'immoralisme libertaire; au contraire, l'éthique fait recette. Mais cette recette est davantage le symptôme derrière lequel se manifeste l'incapacité des sociétés à gérer la suite en cascade des mutations de l'environnement technologique et leurs incidences sur les mentalités. Il n'existe plus de modèles de référence permettant l'articulation du déjà-là des technologies ni de réponses qui fassent consensus sur la diversité des atteintes à la consistance psychique des sujets.²⁵⁸

Plus particulièrement, la modification substantielle des mécanismes de socialisation entraîne un autre rapport au droit et à toutes les formes anciennes de commandement²⁵⁹, d'obéissance²⁶⁰, et éventuellement de soumission aux lois²⁶¹. À d'autres époques, les

²⁵⁸ « Les enfants dont la croissance se produit dans des environnements dominés par les médias ont des cerveaux câblés et connectés (*wired*) différemment des humains qui n'atteignent pas dans de telles conditions la maturité ». Bernard STIEGLER, *Prendre soin de la jeunesse et des générations*, Paris, Flammarion, 2008, p. 139.

²⁵⁹ Comme le souligne Irène Jonas, « au commandement hiérarchique s'est ainsi substituée une pratique de manipulation visant à amener les gens à faire eux-mêmes ce que l'on désire leur voir faire et ce, comme sous l'effet d'une décision volontaire et autonome. Enseignants, parents et managers oeuvrent de concert et tout va être mis en œuvre dès le plus jeune âge pour faire croire que chacun est producteur de lui-même, responsable de son corps, de son image, de ses compétences, de son succès, en un mot de son destin ». Irène JONAS, *L'individu auto-déterminé. Anatomie du nouveau caractère social*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 23-24.

²⁶⁰ Le Ritalin ou la Ritaline est d'ailleurs justement surnommé « pilule de l'obéissance » et présenté dans la vie des enfants comme un allié objectif inoffensif: « La Ritaline, « un compagnon pour la vie », (selon la publicité d'un laboratoire) ». Roland GORI, « La novlangue de la psychopathologie aujourd'hui », *Figures de la psychanalyse*, op. cit., note 194, p. 161.

supérieurs hiérarchiques réclamaient loyauté et obéissance de leurs subordonnés; aujourd’hui ils espèrent trouver en eux un constant esprit d’initiative, une plus-value dans l’exploitation des talents, et de l’inventivité. Autant cette expectative à l’égard des capacités créatrices de chacun que la gestion de cet idéal se heurtent à l’expérience de la « panne dépressive », pointe d’un iceberg dont toutes les ramifications économiques restent encore imperceptibles. À la confluence des décombres des institutions traditionnelles²⁶² surgit un autre type d’être humain – de sujet de droit – en proie à une volonté de s’épanouir sans égard pour la tradition, la transmission de projets intergénérationnels, ou l’élaboration de quelque ordre que ce soit²⁶³. Cette description sommaire de l’état des lieux sociaux renvoie à la description classique qu’en fait Émile Durkheim (1858-1917) sous le vocable d’anomie et que reprend Martucelli :

« L’anomie, c’est l’effondrement de la légitimité des fins de l’action sociale reposant sur des pré-accords normatifs. Les passions personnelles ne parviennent plus à être régulées par la société, suite à des perturbations traversant l’ordre collectif. Les désirs humains, illimités en principe, se déchaînent, ils se manifestent comme « un abîme sans fond que rien ne peut combler », lorsqu’aucune puissance régulatrice ne maîtrise plus les besoins moraux des individus. ...] « Il en résulte qu’ils [les individus] ne sont pas ajustés à la condition qui leur est faite »²⁶⁴.

Une simple démonstration sociologique permet de soutenir qu’il n’est de sujet « qu’assujetti », et que c’est la prolifération des discours psychologisants d’une société, qui le

²⁶¹ « Alors que (...) se déploie le chatoyant discours libéral et universalisant (...), dans l’ombre propice de la coulisse s’élaborent en secret les disciplines. Pouvoir honteux qui ne revendique aucune légitimité, ne se constitue pas en discours solennel et ne prétend pas à la gloire, mais reste cyniquement opératoire ». François BOULLANT, *Michel Foucault et les prisons*, Paris, PUF, 2003, p. 62.

²⁶² Si l’on tient pour acquis que la fonction instituante des phénomènes sociaux n’a plus ce caractère impératif tel que les décrivait Émile Durkheim: « Ce qui distingue les phénomènes sociaux, c’est la force impérative par laquelle ils s’imposent à nous. Ils consistent en une manière de penser, d’agir, de sentir, à laquelle nous sommes obligés de nous conformer. Si donc ils exercent une telle pression sur les consciences individuelles, c’est qu’ils ne sont pas dérivés et, partant, la sociologie n’est pas un corollaire de la psychologie ». Émile DURKHEIM, « L’état actuel des études sociologiques en France » [1885], *Textes*, Paris, Minit, 1975, T. 1, p. 102.

²⁶³ « Aujourd’hui, on ne devient plus du tout adulte comme cela se passait dans les sociétés traditionnelles : le fait de descendre d’une lignée d’aïeux et d’héritier de cette lignée, avec sa langue, ses qualités, sans place dans l’être et ses objectifs existentiels. (...) Il n’y a plus d’« aïeux », plus d’ancêtres pour te transmettre par testament un moule complet du monde et de l’existence. On succède à des gens qui, déjà, étaient dans le brouillard. Ils n’ont pas grand-chose à te transmettre, à part des névroses et des comptes en banque ; ce sont nos valeurs résiduelles. (...) Quand quelqu’un hérite, aujourd’hui, on ne se demande plus de quoi, mais de combien ». Peter SLOTERDIJK, *Essai d’intoxication volontaire » suivi de l’heure du crime et le temps de l’oeuvre d’art*, Paris, Hachette Littératures, 2001, p. 38.

²⁶⁴ Danilo MARTUCCELLI, *Sociologie de la modernité. L’itinéraire du XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1999, p. 39.

constituent et en façonnent l'intériorité morale²⁶⁵. Le sujet de droit n'est jamais différent des institutions qui le produisent ni de l'époque où il advient²⁶⁶.

La refonte actuelle de la subjectivité par des considérations neuronales et sous conditions psychotropiques déjoue l'effort spécieux de différenciation qui voudrait que l'on distingue le sujet de droit des individus qui intéresse le sociologue. Le juriste voudrait pouvoir faire l'économie de la dimension historique, de l'histoire de la subjectivité pour retrouver le masque familier de la notion de personne supposée immuable ou comprise comme simple accessoire à la mécanique textuelle du légiste. Pourtant, ne lui en déplaise, le sujet de l'action n'est pas seulement une figure, un masque, le résultat d'un jugement d'attribution. Le sujet du droit est sans doute acteur, mais là doit s'arrêter le « démon de l'analogie », car la scène juridique se joue toujours de quelque manière dans un « théâtre de la cruauté » où certains protagonistes, comme dans *La colonie pénitentiaire*, peuvent être amenés à déchiffrer la sentence « avec leurs plaies »²⁶⁷. Est-ce nécessairement verser dans une position naturaliste que de refuser les affirmations suivantes de Michel Virally?

« La tentation est grande, pour l'esprit moderne, de confondre sujet de droit (...) au sens large, et individu humain, et d'affirmer que les deux notions doivent se recouvrir. C'est pourtant assimiler deux choses radicalement différentes : une qualité, et celui qui la porte (...). L'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient, et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même²⁶⁸.

²⁶⁵ Dans ses cours de 1973-1974, Michel Foucault évoque la « complicité » entre les sujets et les institutions selon une théorie des vases communicants qui s'applique même au cas limite, à l'expression anarchique de la folie en Occident. Philippe Chevallier note : « Pour prendre l'exemple du pouvoir psychiatrique, objet du cours 1973-1974, on peut remarquer que le fou n'est pas seulement passif, mais se constitue aussi, jusqu'à un certain point, comme sujet devant celui qui le déclare fou. Le phénomène de la *simulation* - « croix de la psychiatrie du XIX siècle » - et en particulier de l'*hystérie*, montre bien le réinvestissement de sa folie par le fou lui-même. Si le rapport éthique à soi-même est bien ce « pli », par l'individu, des forces du dehors, et non l'affirmation d'un lieu originel, fermé et protégé, il convient de reconnaître qu'il traverse déjà l'ensemble des travaux de Foucault sur le pouvoir ». Philippe CHEVALLIER, *Michel Foucault Le pouvoir et la bataille*, op. cit., note 10, p. 16.

²⁶⁶ « Le pouvoir qui apparaît d'abord comme externe, imposé au sujet, le contraignant à la subordination, assume une forme psychique qui constitue l'identité à soi du sujet ». Judith BUTLER, *La vie psychique du pouvoir*, op. cit., note 175, p. 24.

²⁶⁷ « Non qu'il ne se passe rien de plus, simplement l'homme commence à déchiffrer l'inscription, il pointe les lèvres comme s'il écoutait. Vous l'avez vu, il n'est pas facile de déchiffrer l'inscription avec ses yeux ; mais notre homme la déchiffre avec ses plaies ». Franz KAFKA, *La colonie pénitentiaire et autres récits*, Paris, Gallimard, 1948, p. 26.

²⁶⁸ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 121.

Si l'individu humain n'est pas *nécessairement* sujet de droit, que peut-il bien être en regard du droit lui-même pendant la période qui précède son accession à cette grâce d'état? À chaque fois que la tradition juridique a été surprise à refuser ce statut à des individus « humains »²⁶⁹, elle n'a fait qu'accentuer le faciès grimaçant derrière lequel elle avait cru valoriser la notion de personne. Aussi fictive qu'elle puisse paraître, la réalité du discours juridique s'interdit de consommer le divorce entre des conclusions à ce point éloignées de la réalité ordinaire qu'elles finissent par mettre à mal l'architecture linguistique même qui permet justement d'assurer sa légitimité à l'usage même de la fiction. À la littérature fantastique, le droit préfère l'écart modéré d'avec la réalité qu'il compte modifier. L'illustration de la puissance de la fiction juridique n'arrive pas à cacher l'incongruité radicale du jeu de langage. La notion de personne morale fonctionne d'autant mieux qu'elle peut être représentée par le profane non pas comme artifice ou écart ahurissant d'avec la réalité, mais comme « simple » extension analogique de ce que l'on entend par « personne ». Il est cependant d'usage chez les théoriciens du droit de cultiver la forfanterie théorique à l'égard de la puissance supposée du langage juridique. L'enfant à naître, qui n'est pas toujours une personne au sens du droit, est bel et bien un sujet de droit par vocation successorale de par sa seule aptitude à le devenir.

La consistance de l'agent ne peut s'évanouir derrière le maniement de dilemmes sémantiques entre personne et sujet. On ne peut, à notre époque, faire l'économie d'une réflexion sur les conditions nouvelles de la subjectivation. Le sujet de droit est certes construit; mais avant même de pouvoir occuper un rôle ou de se voir assigner une fonction, encore faut-il qu'il puisse avoir été institué, qu'il ait acquis une forme institutionnelle. Or, c'est l'incapacité récente du tissu social à sécréter cette figure consistante de la subjectivité qui pousse le droit en terre inconnue. Il ne peut y avoir de responsabilité pénale par simple répétition de la logique de l'imputation.

2.3 *Le néo-sujet ne répond plus, il rebondit*

L'enjeu d'une réflexion sur le droit à l'époque où nous sommes, après avoir épuisé tant de discours de bourrage,

²⁶⁹ « Le cheval de Caligula peut toujours devenir un consul (donc un *sujet de droit* en tant qu'auteur des actes consulaires reconnus comme valides), tandis qu'à côté de lui un esclave, tout homme qu'il est, peut ne pas accéder à cette qualité ». Christophe GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », (1989) 34, *Archives de philosophie du droit*, 9, 22.

c'est une réflexion sur l'institution du sujet d'Occident »²⁷⁰.

L'existence de la subjectivité implique la reconnaissance de l'espace institutionnel à l'intérieur duquel se pose une limite²⁷¹. Sous quelle structure, sous quel agencement institutionnel nouveau le sujet de la modernité apparaît-il? De quel dispositif de parole reçoit-il désormais réponse à ses questions? C'est la nature étymologique même de l'*hypokeimenon* grec et du *subjectum* latin que de s'appartenir, d'advenir, mais seulement à la condition qu'il puisse y avoir un lieu autre. Le sujet tient son être d'une désappropriation initiale, de n'être soi que sous condition d'altérité dans la négation du donné²⁷². Il tient son être d'un autre, *subordonné* à l'intrication générationnelle qui l'appelle à naître. Cet appel ne procède pas en premier lieu de la dynamique humaine de la reproduction. Il est une manifestation de l'être parlant, une sollicitation. Dans ce contexte, la dimension biologique est l'instrument à travers lequel se manifeste le caractère non naturel du désir humain, désir anthropogène, désir excentrique au besoin. L'économie du sujet en est une de *subsistance*, de sujétion évidente d'un point de vue biologique et impérieuse au plan des instances de différenciation lorsqu'il s'agit de l'intégrité psychique de l'être parlant. Or, l'horizon de la modernité se caractérise par la perspective de l'autoréférence²⁷³, l'illusion d'une autofondation renforcée par la toute-puissance immédiate d'un imaginaire technique désarrimé d'une appartenance à l'ordre symbolique et de la figure d'un grand Autre institutionnel.

²⁷⁰ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 142.

²⁷¹ « Sur 99% de son parcours, l'humanité s'est définie dans le miroir d'une altérité constituante. Ce qui nous constitue nous vient d'ailleurs et du dessus. Nous sommes ce que nous sommes du fait de notre dépendance envers plus haut que nous. (...) L'identité humaine est définie par une altérité. On peut parler d'une structure parce qu'il y a une très grande logique dans les effets de cette manière de penser et de s'organiser ». Marcel GAUCHET, *La condition historique*, Paris, Stock, 2003, p. 199.

²⁷² L'être humain advient à son humanité à rebours du donné selon une logique de la négation qui se décline pour Alexandre Kojève en ces termes : « Son maintien dans l'existence signifiera donc pour ce Moi : ne pas être ce qu'il est (en tant qu'être statique et donné, en tant qu'être naturel) et être (c'est-à-dire devenir) ce qu'il n'est pas. Ce Moi sera ainsi son propre œuvre : il sera (dans l'avenir) ce qu'il est devenu par négation (dans le présent) de ce qu'il a été (dans le passé), cette négation étant effectuée en vue de ce qu'il deviendra. Dans son être même, ce Moi (...) est l'acte de transcender ce donné qui lui est donné et qu'il est lui-même ». Alexandre KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947, p. 12-13.

²⁷³ Emmanuel Picavet décrit ainsi l'aspect moral de l'auto-référence : « Cessons de raisonner en termes de devoir-être, semble-t-on dire, ou du moins réservons cette problématique à la méditation purement privée (*i.e.* au dialogue intérieur) ; faisons tout ce que nous pouvons faire dès lors que nous le voulons individuellement pour des raisons arbitraires, quoi qu'il en soit du jugement des autres, et même s'ils s'estiment concernés à cause de leurs convictions ». Emmanuel PICAVET, *Revue Cités*, Paris, PUF, 2001, p. 118.

Pour le droit, cet accident dans la concaténation symbolique de la fabrique du sujet apparaît dès la mise en service des techniques de procréation assistée²⁷⁴. Une première confusion recouvre la nuance décisive entre la reproduction et l'engendrement : à l'intrigue généalogique de l'altérité, elle oppose la fascination pour le clone.

Dans ce contexte, le sujet de droit ne subsiste-t-il que par l'entremise de l'ordre du discours, ou à l'aune de la fiction juridique? Pour le droit moderne, que signifie entrer dans l'ère d'un sujet décontenancé? Que peut signifier obéir ou désobéir dans le cadre d'une société qui ne sait plus au juste si elle doit punir ou soigner? Réapparaît ainsi en Occident, sous une forme inédite, l'interrogation tragique²⁷⁵: jusqu'à quel point un être humain peut-il être tenu responsable de ses actes? Il s'agit là de ce qui correspond à l'idée même de sujet comme agent rationnel capable de décider et de s'orienter dans l'action par rapport aux lois.

Questionner le contexte social à l'intérieur duquel la scène du droit se déploie n'est pas sans lien avec des préoccupations philosophiques, mais ne relève pas ultimement d'elles. Cette activité langagière performative ne conserve son sens qu'en rapport à une théorie du sujet de droit et à celle d'un Tiers garant institué²⁷⁶. Qu'est devenu ce sujet dans la modernité? Quel avenir pour la culpabilité juridique comprise comme entité morale hybride et normative? D'où le droit criminel, en particulier le droit de punir,²⁷⁷ tire-t-il désormais son autorité?

Il importe de distinguer sommairement ici légitimité et autorité. La légitimité du droit pénal s'établit presque « mécaniquement » dans la nécessité de conserver un certain ordre à l'intérieur de tout groupe humain, de permettre à quiconque l'exercice de ses droits et la possession de ses biens sans être inquiété. L'autorité implique, quant à elle, une dimension fiduciaire beaucoup plus importante. Elle impose, pour se conserver, de justifier la contrainte, voire la violence du droit, d'être fondée par un degré de certitude morale beaucoup plus élevé.

²⁷⁴ La question des origines et aussi celle de la possession d'état se trouvent chamboulées avec la déssexualisation de l'étape de la conception. Par le charme d'un séjour en suspension dans l'azote liquide, on peut désormais naître d'un père mort deux ans avant de sa propre naissance. À l'interrogation : « enfant de qui? » s'ajoute désormais, avec le déploiement de la technologie, celle plus inquiétante de : « enfant de quoi?».

²⁷⁵ « Le problème de l'évaluation des fautes par les tragiques eux-mêmes reste entier, bien qu'il soit le problème le plus important, puisqu'il conditionne, semble-t-il, l'analyse psychologique de la décision ». Suzanne SAID, *La faute tragique*, Paris, Maspero, 1978, p. 147.

²⁷⁶ Voir chapitre 3.

²⁷⁷ « Il est aujourd'hui impossible de dire précisément pourquoi on punit; tous les concepts où se résume tout un processus sémiotique échappent à la définition ». Frederich NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, op. cit., note 248, p. 193.

Elle implique en outre une intelligence générale du discours juridique et de sa logique interne permettant de percevoir de l'extérieur une forme cohérente systémique.

L'expérience de la modernité place le sujet au carrefour de champs d'influence divers, qu'il s'agisse des médias, des produits pharmaceutiques, de la déstructuration des formes institutionnelles (famille, travail, école) qui marquaient jusqu'à tout récemment une certaine stabilité en regard de la vie sociale.

Ce serait manquer à la plus élémentaire probité intellectuelle que de ne pas reconsidérer la position du sujet dans cet environnement incertain²⁷⁸. Le statut de l'enfant hyperactif précocement placé sous médication, tout comme celui de l'adulte dépressif, redessine le rapport à l'intentionnalité. Tout se passe comme si les sociétés de consommation avancée suscitaient – notamment pour les exigences nouvelles du monde du travail – une subjectivité encline à d'irrésistibles impulsions, continuellement mobilisée et attentive jusqu'au point de rupture psychique. Ce contexte exige de considérer la décentration d'un sujet par rapport à ses actes non spontanément assimilables aux catégories de la négligence ni même à celles, plus anciennes, de faute morale. Constamment soumis à des stratégies d'accaparement, le sujet moderne vit sous la contrainte au point de ne plus s'appartenir complètement. Ni marionnette ni automate, le sujet sous influence est sommé de répondre.

Mais redessiner la cartographie de l'intentionnalité n'implique pas l'acceptation de notions telles que l'inconscient freudien. Il importe plutôt de montrer les limites de l'usage anhistorique de l'intériorité préconisé par le droit criminel lorsqu'il entend faire partager une vision commune du sujet coupable. À cet égard, on oublie parfois que l'affirmation *Cogito ergo sum* de René Descartes est tributaire des mots : *in arcem meum*²⁷⁹. La traduction pourrait

²⁷⁸ « Le sujet n'est pas mort; il a perdu sa psychologie restreinte, sa figure familière, il est devenu pulsion, opération, productivité; machine, émetteur-récepteur, réseau, système synaptique enfoncé dans le clignotement des interconnexions sociales et biologiques ». Jean-Joseph GOUX, *Les iconoclastes*, Paris, Seuil, 1978, p. 122.

²⁷⁹ « Quand Descartes pose son *cogito ergo sum*, il indique bien, par rapport à ce qu'était la pensée collective du Moyen-âge, qu'il n'y a de pensée qu'individuelle. D'ailleurs la formule latine dans son entier est plus intéressante : « *cogito ergo sum in arcem meum* », « je pense donc je suis, dans la forteresse de mon esprit ». Cette formule montre bien « l'enclosure » spécifique qui est celle de la constitution de l'individu au début de la modernité. Elle montre bien aussi cette différence fondamentale par rapport à une pensée antérieure qui était collective. Et, il n'est pas impossible que nous retournions ultérieurement à une pensée collective ». Michel MAFFESSOLI, « Société ou communauté. Tribalisme et sentiment d'appartenance », *Corps et Culture*, Numéro 3 (1998), Sport et lien social, [En ligne], mis en ligne le 12 octobre 2007. URL : <http://corpsetculture.revues.org/document520.html>. Consulté le 17 décembre 2009.

donc se lire ainsi : « Je pense donc je suis, dans la forteresse de mon esprit ». Or, c'est bien cette « forteresse » qui est mise à mal dans la modernité. La possibilité qu'un « for intérieur » puisse assurer l'intégrité du sujet se heurte aux puissances obsidionales en provenance non seulement du monde extérieur (média, publicité, techniques de divertissement), mais aussi de l'intérieur même de ce qui semblait être la substance psychique au fondement de la superbe subjective.

Le droit est en lui-même une théorie de l'action où un agent moral est toujours présumé capable de répondre de ses actes en regard d'un texte infracteur. Pour essentiel qu'ait été ce présupposé à la vie sociale, il ne tient plus compte de la réalité des sujets et de ce qui reste des institutions traditionnellement fédératrices de la subjectivité. Loin de concourir à l'émergence d'une subjectivité responsable, l'évolution du contexte social met en scène un sujet décentré, poussé par des forces irrésistibles qui le contraignent instamment à agir, bref : une désobjectivation²⁸⁰. Il importe plus que jamais d'apprécier à nouveaux frais l'acte posé par le dépressif sous médication, acte irréductible à la folie ou même à l'aliénation mentale, bien que s'y apparentant à maints égards. La situation du dépressif moderne commande un autre type de pondération quant à la liberté d'action.

Le sujet occidental surgit au terme d'un autre type de mise en fabrique institutionnelle. La manière dont ses processus intellectuels, sa conscience sont désormais compris par les sciences cognitives constitue un démenti constant des usages linguistiques des termes relatifs à l'« esprit » (volonté, intention, conscience) auquel, pour en arriver à ses fins, le droit criminel fait constamment référence. Une relecture de l'intériorité depuis l'angle d'un sujet sous influence devient nécessaire. Dès 1905, William James, dans *Essais d'empirisme radical*²⁸¹, déclarait :

« Je crois que la conscience, telle qu'on se la représente communément, soit comme entité, soit comme activité pure, mais en tout cas comme fluide, diaphane, vide de tout contenu propre, mais se connaissant directement elle-même, spirituelle enfin, je crois, dis-je, que cette conscience est une chimère, et que la somme des

²⁸⁰ À l'inverse, « instituer la subjectivité signifie fabriquer le dispositif juridique destiné à prendre en charge le sujet du désir, pour l'introduire à l'impératif de la différenciation ». Pierre LEGENDRE, *L'ineestimable objet de la transmission, Études sur le principe généalogique en Occident, Leçons IV*. Paris, Fayard, 1985, p. 354.

²⁸¹ William JAMES, *Essais d'empirisme radical*, (Trad. G. Garetta et M. Girel), Paris, Agone, 2005.

réalités concrètes que le mot conscience devrait couvrir, mérite une tout autre description »²⁸².

Dans la modernité, le sujet est en proie à un prodigieux effet de décentrement. Autrement confectionné par l'ordre social, il apparaît désormais à l'occasion d'un « malaise dans la subjectivation »²⁸³.

2.4 Le néo-sujet à l'école des Jivaros

La grande nouveauté ce serait la réduction des esprits. Comme si le plein développement de la raison instrumentale (la technique) permis par le capitalisme, se soldait par un déficit de la capacité de juger a priori de ce qui est vrai ou faux, voire bien ou mal. C'est très précisément ce trait qui nous semble caractériser en propre le tournant dit « postmoderne » : le moment où une partie de l'intelligence du capitalisme s'est mise au service de la « réduction des têtes »²⁸⁴.

Le droit entretient avec la société des rapports d'échange selon une logique de transformations réciproques : il est tantôt conservateur tantôt avant-gardiste, il s'établit depuis des liens complexes avec l'évolution des technologies et des mentalités. Le droit vise à ordonnancer la totalité des échanges. Traditionnellement, une société imposait, à travers la stabilité de ses institutions, un cadre préétabli aux sujets qu'elle instituait.

L'une des caractéristiques de la modernité consiste dans la disparition d'institutions inspiratrices d'une fin morale élevée. Une logique procédurale tient lieu d'idéal, sans qu'il soit nécessaire pour autant d'appartenir à ces institutions, de s'investir personnellement²⁸⁵, voire de répondre à quelque vocation particulière. Le sujet peut d'ailleurs rester au *dehors* et s'acquitter des exigences bureaucratiques sans qu'apparaisse l'absurdité d'une pareille position ou sans

²⁸² Cité dans Pascale GILLOT, *L'esprit, figures classiques et contemporaines*, Paris, CNRS Éditions, 2007, p. 109.

²⁸³ Jean-Pierre LEBRUN, *Les désarrois nouveaux du sujet. Prolongements théorico-cliniques au monde sans limite*, Paris, Coll. Point Hors ligne, Ed. Érès, 2001, p. 14 et suiv.

²⁸⁴ Dany-Robert DUFOUR, *L'art de têtes*, op. cit., note 14, p. 11.

²⁸⁵ « Jadis l'ouvrier était dépossédé de sa vie au profit du patron; aujourd'hui l'employé est systématiquement « fondu » dans les objectifs de l'entreprise (...). Le salarié modèle est aujourd'hui un homme « engagé » qui doit « croire » en son travail et y trouver son bonheur : adaptable, flexible et polyvalent, il doit trouver épanouissant ce qui l'aliène. (...) En fait, les employés ne savent plus bien quelle est leur place : ils croient être enfin associés à la hiérarchie, mais, en tant que salariés, ils n'ont qu'un rôle de simples rouages (...) ». Michela MARZANO, *Extension du domaine de la manipulation. De l'entreprise à la vie privée*, Paris, Grasset, 2008, p. 61.

que, dans l'exécution des tâches, un degré de conviction personnelle ne soit nécessaire²⁸⁶. Cette conjoncture tombe à point nommé, car l'institution s'est vidée d'une finalité autre que celle qui consiste à légitimer son existence et à assurer sa reproduction au fil des réformes qu'elle-même initie. Les moyens ont supprimé les fins. En ce sens, l'armature institutionnelle des sociétés néo-libérales renvoie une image en miroir de l'éthos du capitalisme qu'a su décrire Max Weber en voyant dans Benjamin Franklin l'« incarnation exemplaire » de cette falsification morale.

« Les vertus ne sont vertus que dans la mesure où elles sont pratiquement utiles à l'individu, en particulier dans le commerce : « L'honnêteté est *utile* parce qu'elle donne du crédit, de même que la ponctualité, l'ardeur à la besogne et la tempérance – c'est *pour cela qu'elles sont vertus*. (...) [Il importe] de bien vouloir se souvenir de ce fragment de texte terriblement visionnaire de Max Weber lorsqu'il définit un des principes de la morale utilitariste de Benjamin Franklin : lorsque l'apparence de la vertu suffit à produire des bénéfices et des profits, ce serait pur gaspillage, péché aussi inutile qu'inefficace et improductif que de s'astreindre à exiger de cette vertu qu'elle soit réelle »²⁸⁷.

Dans ce contexte, il est facile de comprendre que du point de vue des « acteurs » institutionnels, une position de détachement ou de prise de distance dans l'exécution de prestations de services constitue une marque de sagesse, l'unique manière de se prémunir contre les risques d'épuisement professionnel. L'usage de l'expression « burn-out » pour qualifier l'état d'épuisement en milieu de travail n'est pas innocent, pas plus que ne l'est celui de résilience : les individus se trouvent placés dans le champ métaphorique de la pièce jetable, du fusible soumis au risque de combustion spontanée ou, en ce qui a trait à la résilience, à celui de la « fatigue du métal »²⁸⁸. La « servitude volontaire » qu'évoquait Étienne de la Boétie²⁸⁹ est remplacée par la « réification » machinale comprise comme

« une habitude intellectuelle, une perspective figée par la routine, qui, lorsqu'elle est adoptée par le sujet, fait perdre à ce dernier

²⁸⁶ « Le fonctionnement autoréférentiel de l'organisation de type technocratique, où les décisions sont formellement basées sur des critères objectifs et quantifiés, mène au fait, plutôt paradoxal, que les acteurs peuvent répondre aux exigences formelles sans respecter, non seulement les normes et exigences idéales, mais en ignorant les règlements formels de l'organisation ». Mathieu BEAUREGARD, *La folie de Valery Fabrikant. Une analyse sociologique*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 82.

²⁸⁷ Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, *Les exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008, p. 48-49.

²⁸⁸ Voir chapitre 2. 1.

²⁸⁹ Dans *Discours de la servitude volontaire* [1548], Paris, Flammarion, 1993.

l'aptitude à participer de façon intéressée au monde dans lequel il intervient, et le prive tout autant de l'ouverture qualitative à ce monde. La réification constitue une « posture » (*Haltung*), un mode de conduite si développé dans les sociétés capitalistes, que l'on peut parler à son propos d'une « seconde nature » de l'homme (...). Pour que la terminologie morale soit pertinente dans l'analyse de cette posture, il faudrait qu'une intention subjective intervienne »²⁹⁰.

Pour navrante qu'elle paraisse, cette condition est encore aggravée au plan institutionnel par son corrélat : la fausse reconnaissance. L'utilitarisme n'est pas étranger à ce désintérêt du sujet – d'aucuns parleraient de cynisme ordinaire – à se réaliser par le biais d'une perspective plus large que la poursuite de l'enrichissement ou de son avancement dans un ordre hiérarchique²⁹¹. Ce contexte ne serait pas fatal aux processus de subjectivation si l'on pouvait encore imaginer des institutions s'alimentant à d'autres visées et poursuites que celles de l'intérêt immédiat de ceux qui la composent. Il devient problématique lorsqu'il désabrite radicalement ses agents, ne répond de rien, en éconduit les usagers selon une rationalité purement administrative. Se refusant désormais à incarner la limite ou à en être dépositaire, l'institution ne met plus en forme le sujet; elle le laisse « en plan », le réduisant au rôle tantôt de figurant, tantôt de simple exécutant.

Bien que désignant une réalité essentielle, l'expression de « néo-sujet » utilisée par Charles Melman et ses continuateurs Jean-Pierre Lebrun et Dany-Robert Dufour n'est guère satisfaisante. Selon leurs logiques, il ne s'agit pas tant d'une nouveauté ni d'un renouvellement de la substance subjective, à moins de comprendre le terme *néo* dans le sens de néoplasme qui préfigure les désordres tissulaires annonçant l'installation d'une organisation précancéreuse. Il faudrait plutôt concevoir leur usage ce terme dans le sens d'une *atrophie*, d'un sous-développement subjectif ou une dénucléation en regard du sens moral traditionnel de la subjectivité²⁹². Par rapport aux institutions, l'usager est placé non pas en situation de

²⁹⁰ Axel HONNETH, *La réification. Petit traité de Théorie critique*, Paris, Gallimard, 2007, p. 44 et 27-28.

²⁹¹ Pierre Dardot et Christian Laval décrivent la finalité néo-libérale d'objectivation de soi et d'autrui en ces termes : « Il ne s'agit pas ici simplement de transformer autrui en chose selon un mécanisme de « réification » ou de « chosification », pour reprendre un thème de prédilection de l'École de Francfort, mais de ne plus pouvoir accorder à l'autre, mais aussi à soi-même en tant qu'autre, que sa valeur de jouissance, c'est-à-dire sa capacité de « rendre » un « plus ». Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, Éditions La Découverte, 2009, p. 451.

²⁹² Autrement dit, les lectures des psychanalystes paraissent pertinentes dans l'évaluation clinique du présent. Elles cessent de l'être lorsqu'il s'agit d'entrevoir la suite des choses. Les processus de réduction du sujet moral ne doivent pas être ramenés au strict point de vue de l'observateur immédiat. Les mutations dénoncées coïncident

référence absolue, mais plutôt devant des entités qui s'interrogent ouvertement sur la finalité ou encore le bien-fondé de leurs pratiques sans pour autant se démettre. Jamais les institutions n'ont connu autant de slogans managériaux comme : « Le patient au centre du système de santé », ou « L'enfant au cœur de l'école ». Ces truismes involontaires marquent l'ampleur des dérives²⁹³. À cet égard, l'expérience vécue par l'enfant à l'école est instructive : il n'a plus tant à observer les consignes de la microsociété scolaire, qu'à devenir plutôt l'observé du système, pris dans les rets des pseudo-savoirs psychopédagogiques. Comment reconnaître en bas âge les signes précurseurs du décrochage, le prévenir? Comment rendre toujours plus agréable son cursus? L'autorité ne s'applique désormais que dans le contexte d'un voyage organisé exempt des soucis pointilleux à l'égard de l'évaluation authentique ou d'une appropriation véritable de contenu²⁹⁴. Comment serait-il possible par exemple d'exclure quelque candidat dans certains milieux universitaires, alors que les institutions²⁹⁵, se livrent sans relâche à des guerres clientélistes pour assurer leur existence²⁹⁶? La lutte au décrochage scolaire obéit à la une logique identique à celle qui présida à la suppression au 20e siècle des considérations morales réprobatrices à l'égard du candidat au suicide. Dans le nouvel ordre biopolitique, la tentative de suicide n'est pas plus l'aveu d'une lâcheté morale personnelle que l'échec scolaire n'est

avec la montée d'une subjectivité dont la forme n'a pas d'équivalent dans le passé. Les institutions se racornissent dans l'exacte mesure où la subjectivité prend appui dans des formes métaboliques et où se déploie un dispositif d'assistance moléculaire dans le cadre d'une politique globale de l'amélioration des performances. Nous y reviendrons au chapitre 5.

²⁹³ « Depuis plus de vingt ans, la plupart des réformes et des recommandations déontologiques des associations de malades et des commissions d'éthique invitent à considérer le malade comme un sujet et pas seulement comme le porteur plutôt embarrassant d'une maladie ». François DUBET, *Le déclin de l'institution*, Paris, Seuil, 2002, p. 73.

²⁹⁴ « La transformation de l'école vise aujourd'hui, non sans d'énormes tensions, plusieurs objectifs : l'élévation des niveaux de formation pour certaines catégories de jeunes, la limitation de la formation aux seuls horizons de l'utilité productive directe pour beaucoup, la dépendance accrue des jeunes aux desiderata des employeurs pour presque tous ». Christian LAVAL, F. VERGNE, P. CLÉMENT, G. DREUX, *La nouvelle école capitaliste*, Paris, Éditions La Découverte, 2011, p. 108.

²⁹⁵ Il n'est pas opportun ici de questionner plus avant les politiques institutionnelles.

²⁹⁶ « Une nouvelle forme de reconnaissance sociale ne devient pas seulement crédible quand elle est rationnelle sur le plan évaluatif, mais aussi quand elle rend en plus justice à la nouvelle qualité sur le plan matériel - autrement dit, quelque chose dans le monde physique des faits institutionnels ou des manières de se comporter doit changer pour que le destinataire puisse être effectivement convaincu d'être reconnu d'une nouvelle manière ». Axel HONNETH, *La société du mépris. Vers une nouvelle Théorie critique*, Paris, Éditions la Découverte, 2006, p. 270.

assumé par l'étudiant en difficulté, rebaptisé aux fins de l'entreprise, par une suite d'acronymes comme TDAH, TLA, ou TGA²⁹⁷. Cynthia Fleury note que

« la procédure de reconnaissance peut être un leurre et au final fabriquer une dépendance qui sera le lieu d'un prochain asservissement. Le courage, ce serait de se dessaisir de ces procédures de reconnaissance falsifiée, savoir faire la distinction entre deux types de reconnaissance, l'une idéologique, propre à vous faire rentrer dans le rang, l'autre désintéressée, et vous offrant le seul vrai espace de l'estime de soi (...) »²⁹⁸.

Cette substitution n'est pas sans conséquence; elle masque une fin de non-recevoir, le sujet s'y trouve *forclos* – nous reviendrons plus longuement sur ce thème de la forclusion au chapitre trois. Elle signifierait son expulsion si l'institution avait pu conserver un « dedans » alors qu'elle consacre plutôt l'effacement de quelque possibilité d'assomption subjective. L'apparente sollicitude à l'égard des états d'âme remplace alors la culpabilisation morale d'antan, à la différence que le sujet n'est jamais tenu responsable de son sort. Sous les auspices de la plus curieuse intersection, institution et sujet entrouvrent le non-lieu où aboutit le processus de désobjectivation. Cette erreur de justice institutionnelle n'est pas sans conséquence. La forme que prend cette impasse, Mathieu Beauregard la décrit à l'occasion du cas Fabrikant :

« Cette position de référence absolue est impossible, ou invivable, pour un individu qui, justement, vit sur la promesse de reconnaissance, dans le devenir. Avoir toujours raison signifie ne plus rien avoir à faire, ne plus rien poursuivre, et c'est parce que cette position est impossible et insupportable que l'individu revendique sans cesse une limite, un assujettissement, ou en d'autres termes, la reconnaissance de son identité en tant que sujet de raison assujetti aux normes de la rationalité »²⁹⁹.

L'autorité du droit passe d'abord par l'existence d'une conscience morale qui en est l'adjuvant et le précurseur. Or, l'acquisition par les sujets d'une telle disposition s'impose depuis des institutions stables, car à aucun moment un souci de cette nature n'apparaît pour un individu du simple fait d'appartenir à un groupe. La société n'est pas une addition d'atomes.

Une structure sociale, un champ d'extériorité autonome commandent depuis un enchevêtrement d'institutions l'observance de règles et de la discipline. Le caractère

²⁹⁷ Trouble de déficit de l'attention avec hyperactivité, trouble léger d'apprentissage, trouble grave d'apprentissage.

²⁹⁸ Cynthia FLEURY, *La fin du courage. La reconquête d'une vertu démocratique*, Paris, Fayard, 2010, p. 66.

²⁹⁹ M. BEAUREGARD, *La folie de Valery Fabrikant*, op. cit., note 286, p. 102.

contraignant d'un tel dispositif vise à chaque fois, d'une manière ou d'une autre, à soutenir *simultanément* le sujet et la limite. Ce mécanisme social paraît contrarier ceux qui s'y appuient. Son caractère tutélaire recoupe tout à la fois ce qui s'y oppose et ce qui s'y tient. À travers des pratiques matérielles qui régulent son espace, l'institution génère la topique de la subjectivité. Cet engendrement subjectif, Michael Hardt l'observe en ces termes :

« D'abord, on ne considère pas la subjectivité comme quelque chose de fixé ou de donné. (...) C'est un processus d'engendrement constant. C'est l'une des thèses centrales et les plus communes dans les analyses institutionnelles de Deleuze et Guattari, Foucault, Althusser et d'autres : la subjectivité n'est pas donnée d'avance et originelle, elle se forme, à un certain degré au moins, dans le champ des forces sociales. Les subjectivités qui interagissent sur le plan social sont elles-mêmes substantiellement créées par la société. (...) Les pratiques matérielles disposées pour le sujet dans le contexte de l'institution (qu'il s'agisse de s'agenouiller pour prier ou de changer des couches par centaines) forment le processus de production de sa propre subjectivité. Le sujet est donc agi, engendré, de manière réflexive par le biais de ses propres actes. Ensuite, les institutions fournissent surtout un *lieu* discret (le foyer, la chapelle, la salle de classe, l'atelier) où est mise en œuvre la production de la subjectivité. Les diverses institutions de la société moderne devraient être considérées comme un archipel de fabriques de subjectivité »³⁰⁰.

Cette manière pour les institutions de susciter un lieu pour la subjectivité, de la recueillir, de se constituer comme limite interne fait désormais défaut. Soumis à un « dehors » incoercible, le sujet paraît balloté, en état d'apesanteur. Il ne trouve aucun lieu où se poser, il n'est véritablement nulle part à sa place. Dans ce contexte, comment peut-on s'attendre à ce que des enfants restent à leur place, *tiennent leur place*?

« L'individu hypermoderne se situe non plus dans une temporalité et une spatialité uniques, mais dans un espace-temps pluridimensionnel et navigue en permanence dans des temps et des lieux multiples. Le phrase-clé de l'hypermodernité est le « T'es où? » que l'on entend à longueur de journée, dans tous les lieux publics, lorsque quelqu'un décroche son téléphone portable. La personne n'est plus fixée à un lieu. Elle est partout et nulle part à la fois. En même temps absente, ou plutôt errante et en même temps toujours disponible, où qu'elle soit »³⁰¹.

³⁰⁰ Michael HARDT, « La société mondiale de contrôle » dans (Éric Alliez Dir.,), *Gilles Deleuze. Une vie philosophique*, Paris, Synthélabo, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, 1998, p. 371.

³⁰¹ Simone KORFF-SAUSSE « L'enfant de la modernité », *Champ psychosomatique*, vol. 3, no. 247, 2007, p. 23, 34.

Le sujet doit assumer un « rôle » ou une fonction en ne comptant que sur lui-même³⁰². Il est alors toujours sur le point de verser dans l'« im-posture »³⁰³, si l'on entend ce terme selon une double acception : celle d'occuper une position précaire, et celle de devoir en imposer en faisant la promotion de soi et en exerçant une influence par tout moyen. Comment, sans corroboration institutionnelle, peut-on savoir si l'on est bien à sa place³⁰⁴?

À travers l'inflation pharmaceutique, le médicament de l'esprit est l'accompagnateur essentiel de cette logique de la dérégulation. Indifférent aux qualités personnelles du médecin, il « fonctionne » sans que rien d'autre ne soit nécessaire qu'un simple encouragement à l'assuétude de la part du prescripteur. Cette fidélisation au « traitement » est le plus souvent parachevée par l'addiction du patient aux substances prescrites. L'odyssée de la subjectivité et ses mésaventures au cœur du processus de recherche de reconnaissance ne sont pas la simple expression négative d'un rendez-vous manqué; les rencontres organisées avec de faux-semblants institutionnels et le faire-semblant de l'école ou du système de santé forment l'étrange carrefour où s'inverse le rapport du subjectif au social. La société individualise plutôt que de subjectiver. « Pour la première fois, donc, dans l'Histoire, la solidarité entre le fonctionnement social et celui de la famille s'est fracturée : voilà désormais la famille protégeant ses enfants de la société! »³⁰⁵.

Le refus d'une asymétrie des rapports dans la transmission des savoirs ainsi que la non-reconnaissance de formes institutionnelles stables dépassent de loin les explications politiques

³⁰² « La vie devient ainsi une succession complexe de situations transitoires que les individus doivent sélectionner, organiser et contrôler eux-mêmes. Chacun doit se concevoir comme une agence planificatrice des décisions de vie (...). Les normes sociales et les institutions créaient certes une dépendance, mais étaient également vécues comme une aide à conquérir sa place, et notamment sa place d'adulte. ». Irène JONAS, *L'individu auto-déterminé*, op. cit., note 259, p. 36.

³⁰³ Le mot « imposteur », issu du latin *imponere*, implique « l'idée d'en imposer, de mentir sur sa nature et d'adopter ainsi une posture usurpée, d'occuper illégitimement une place ». Belinda CANNONE, *Le sentiment d'imposture*, Paris, Gallimard, 2005, p. 18.

³⁰⁴ La dissipation du tiers institutionnel ne conduit pas à des innovations administratives, à une décentralisation souple et adaptée aux changements, mais plutôt à l'expérience infra-éthique du sans-nom. « Dans le système (...) où le pouvoir a été remplacé par des mécanismes procéduraux de prise de décision et où la bureaucratie a cédé la place à la technocratie, personne n'a d'autorité, et c'est alors à ce moment, paradoxalement, que le besoin d'un pouvoir ou d'une autorité devient plus aigu que jamais, justement parce que les acteurs poursuivent leurs intérêts en dehors de toute limite, parce qu'ils comprennent la justice comme étant intimement liée à leur capacité de mobiliser des ressources et de faire des pressions et surtout, ce qui en est le corollaire, parce qu'ils perçoivent leurs intérêts comme autolégitimes. Pour pallier à la carence d'autorité, les acteurs tentent d'avoir recours à l'influence ». Mathieu BEAUREGARD, *La folie de Valéry Fabrikant*, op. cit., note 330, p. 89.

³⁰⁵ Jean-Pierre LEBRUN, *La perversion ordinaire. Vivre ensemble sans autrui*, Paris, Denoël, 2007, p. 27.

que l'on en donne quant à l'évolution des mœurs. Nous croyons plutôt que ce remaniement vise à chaque fois les conditions de possibilité du droit dans la mesure où il tend à disqualifier les interventions du Tiers. Après avoir décrit dans ce chapitre divers lieux institutionnels qui sont le théâtre d'une remise en cause du Tiers et leurs incidences cliniques sur le sujet, nous précisons dans le prochain chapitre, les rapports de nécessité structurale qu'entretiennent Tiers et justice dans la perspective de la philosophie du droit d'Alexandre Kojève et celle de Pierre Legendre.

Chapitre 3 – *Casse subjective* et fonction clinique du Tiers en droit

L'Interdit est la construction normative, qui consiste à *lier* et *délier* le sujet; le lier par ligature généalogique au système normatif, pour le délier de l'inceste et du meurtre, c'est-à-dire l'inscrire à sa place instituée parmi ses semblables. Faire surgir l'autre comme semblable, et le sujet comme différencié, par la problématisation institutionnelle des images, telle est la visée du discours de l'Interdit. Cet impératif universel met la société, partout dans l'humanité, en position d'être une fonction pour le sujet³⁰⁶.

Ce chapitre transpose les discours cliniques sur le néo-sujet de Dany-Robert Dufour, de Charles Melmann et de Jean-Pierre Lebrun et en souligne les incidences sur la philosophie juridique. À partir de *l'Esquisse d'une phénoménologie du droit* d'Alexandre Kojève et des *Leçons* du juriste Pierre Legendre, il s'agit de montrer le caractère vital des montages juridiques non plus seulement compris comme des éléments historiques constituant une structure contingente, mais comme la condition *sine qua non* de l'assomption subjective impliquant la consistance d'une forme institutionnelle (famille, école) suffisamment stable pour qu'un sujet n'ait pas à devoir s'autofonder ou à demeurer prisonnier d'un imaginaire de toute-puissance. Ces formes n'ont pas à être traditionnelles; elles doivent simplement conserver des figures d'autorité qui soient cohérentes.

Il ne saurait être question de prétendre ici à l'analyse complète des œuvres de ces auteurs; ils n'interviennent dans le débat qu'en raison de leur théorisation convergente autour de la prééminence du Tiers en droit. Legendre et Kojève ontologisent en effet l'idée de justice et font du Tiers la condition transcendantale de son apparition. Plus concrètement, ils ne peuvent concevoir de sujet qui ne soit d'ores et déjà assujetti aux effets inexorables d'une structure institutionnelle, ou qui ne puisse trouver place ailleurs qu'à l'intérieur d'un ordre généalogique. Ce chapitre ne se réfère à leurs œuvres, ainsi qu'à celle de Jacques Lacan, que dans le but de poser l'existence du Tiers comme prérequis incontournable à l'expression d'une justice institutionnelle et au droit lui-même. Dans ce contexte, on comprendra aussi le double rôle tenu par le terme de *forclusion* aux plans tant psychique que collectif. Interface, ce terme désigne à la fois les effets de ratages institutionnels modernes, collectifs s'il en est, et leurs retombées subjectives.

³⁰⁶ Pierre LEGENDRE, *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images, Leçons III*, Paris, Fayard, 1994, p. 39.

En tant que mécanisme psychique subjectif, il départage sur le plan individuel l'entrée ou non dans la psychose de même que d'autres turpitudes moins spectaculaires. Pierre Legendre y regroupe par exemple criminels modernes sans culpabilité, casseurs, taggeurs comme autant de figures subjectives en déshérence par rapport à un ordre symbolique en proie à des bouleversements majeurs. Pour Legendre, la forclusion atteste des effets dévastateurs de l'absence de certaines paroles qui, de n'avoir pas été prononcées « dans les temps », prédisposeraient un sujet à la casse subjective. Au plan collectif cette fois, le terme juridique de forclusion marque l'état dans lequel certaines institutions peuvent tenir un sujet dans une reconnaissance factice ou perverse. Cette problématique est illustrée en partie dans la thèse par la référence qui est faite au traitement qu'accorde Pierre Legendre au *Crime du caporal Lortie* et à l'ouvrage de Matthieu Beauregard sur *l'affaire Fabrikant*. Pour Legendre, un déplacement de la *case* généalogique engage des effets de *casse* subjectifs. La validité de cette « clinique juridique » ne relève pas d'un pessimisme méthodologique et moins encore d'un attachement immodéré à des formes sociales révolues. Elle pose la question du caractère tragique des mutations structurelles lorsqu'il n'est plus toujours possible de distinguer avec certitude évolution sociale et régression morale, dérives de l'expérimentation néo-libérale et progrès véritable. Cette interrogation des limites de la malléabilité psychique et des formes sociales constitue l'enjeu même des redéfinitions de la santé mentale, du normal et du pathologique à notre époque, du moins si l'on s'arrête aux conditions de possibilité du sujet. Comme nous le verrons, les atteintes à la fonction ternaire, celle du Tiers, ne relèvent pas d'un problème anthropologique parmi d'autres; il en va de l'existence de la réalité juridique lorsqu'on la saisit à partir de la singularité de sa fonction décisive. Les concepts observés dans ce chapitre sont le Tiers, la structure et la décision.

* * *

Les travaux de Pierre Legendre³⁰⁷ constituent la forme la plus éclairante d'une analyse du contexte institutionnel entourant la montée en Occident d'un « néo-sujet »³⁰⁸. Ils offrent

³⁰⁷ « L'œuvre de Pierre Legendre est, en France, l'un des principaux monuments intellectuels de ces trente dernières années. La meilleure introduction à cette pensée difficile est, sans doute, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999 ». Jean-Claude MICHÉA, *L'enseignement de l'ignorance et ses conditions modernes*, Paris, Climats, 2006, p. 27.

une contrepartie critique à la tentative d'explication réductrice et à la simplification managériale du sujet moderne. Legendre, poursuivant en droit les intuitions de la psychanalyse, comprend comme « effet de casse »³⁰⁹ les turpitudes existentielles d'un genre nouveau que décrivent les analystes Jean-Pierre Lebrun et Charles Melman sous les traits cliniques d'un « néo-sujet » ou avec l'apparition d'un « homme sans gravité »³¹⁰. Cette conjoncture relèverait strictement de la pathologie personnelle, de quelque singulière vicissitude, si elle n'était d'abord le résultat, le contrecoup d'une dislocation du champ social. Legendre attribue à une forme particulièrement maligne de méconnaissance l'attitude insouciance des juristes quant à la nodalité des enjeux institutionnels et subjectifs du droit et à leurs répercussions actuelles³¹¹.

Pour les juristes modernes, ne pas saisir la dimension psychique dans les montages de la réalité juridique confine parfois à plaquer des textes de loi sur des situations dont les acteurs institutionnels ne connaissent ni le sens ni la portée. Pour Legendre, le « monument juridique de l'Occident » n'est pas ici appréhendé comme fatras de textes anciens, morts-terrains, sédimentation indifférente d'opinions contingentes; il obéit à une logique de différenciation et

³⁰⁸ Jean-Pierre LEBRUN, *La perversion ordinaire*, op. cit., note 305, p. 15.

³⁰⁹ Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 195.

³¹⁰ La notion d'homme sans gravité fait évidemment référence à la plasticité de *L'homme sans qualités*, de Robert Musil (1880-1942), mais également à l'apesanteur morale dans laquelle vit l'individu générique, le consommateur moyen, unité statistique ordinaire utilisée pour calculer le frisson d'indignation ou d'adhésion à la surface des masses et bientôt aussi les réactions neuroéconomiques. Elle désigne en outre l'existence d'un sujet administré depuis les principes managériaux à l'œuvre dans les mécanismes de gouvernance actuelle, c'est-à-dire un sujet biologisé compris en dehors de toute considération tragique. Voir Charles MELMAN, *L'homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Paris, Denoël, 2002.

³¹¹ Cette méconnaissance va jusqu'à douter de l'existence même de Legendre comme le raconte le juriste Peter Goodrich. Dans « *Translating Legendre, or The Poetical Sermon of a Contemporary Jurist* » Goodrich relate ses mésaventures éditoriales en ces termes : « The editor of an established and well-reputed sociological periodical was seeking to commission articles on « major theorists » who have « substantially influenced contemporary understanding of law and society ». I suggested a proleptic article on the French legal philosopher Pierre Legendre, who in terms of bulk publication, I argued, if not necessarily by reputation, was a major theorist. (...) Upon receipt of the article, and here I rely upon a variety of corroborative accounts, the editor of this prestigious review panicked. Knowing that I was associated with disreputable currents within jurisprudence and, specifically, with critical legal studies, and with the founding of the British critical legal studies journal *Law and Critique*, he surmised that the article was quite likely an account of the work of a nonexistent jurist intended as a satire and likely to bring his hitherto reputable journal into disrepute. He immediately embarked upon an inquiry into whether or not Legendre existed ». P. GOODRICH, « *Translating Legendre, or The Poetical Sermon of a Contemporary Jurist* » dans P. GOODRICH et David GRAY CARLSON, *Law and the Postmodern Mind. Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 1998, pp. 223-237 ; p. 224.

d'assignation identitaire.³¹² Cette caractéristique essentielle est mise à mal dans la modernité notamment par les technologies de la reproduction et par l'humanisme apparent de mesures qui visent à banaliser la scène judiciaire³¹³, ou encore par l'effort des États à s'accorder à l'idéologie du « *self-service* normatif »³¹⁴. Il s'agit pour Legendre de penser les conséquences pour la subjectivité d'un défaut, l'économie d'une lacune dans l'architecture d'un système institutionnel. Cette rupture interne n'apparaît jamais mieux qu'à l'occasion des multiples usages que fait le système juridique des experts du psychisme : psychologues et psychiatres sont dans ce contexte comme autant de jumeaux ajustables à la compréhension « idéologique » de la réalité contemporaine. Du point de vue de la clarté des enjeux épistémologiques, l'expertise psychiatrique en droit est davantage un symptôme qu'un service.

« L'indifférence à l'égard de la problématique subjective, dans la plupart des milieux des juristes et sous les régimes issus de la matrice du *Ius commune* européen (*common law*, mais aussi pays de tradition codificatrice, *particulièrement* en France où règne à cet égard un conservatisme effréné), à peine masquée par le recours aux experts psy, eux-mêmes imperturbables devant le monument juridique de l'Occident, serait dérisoire, si elle n'avait pas des effets que j'estime dramatiques; la contribution du système des lois et des

³¹² Il importe de situer Pierre Legendre non seulement comme le disciple que Lacan aimait au point de lui accorder sa lecture dès 1971. Comme le rappelle Élisabeth Roudinesco, « Lacan ne se soucie pas plus de sa collection que de *Scilicet*. Il ne lit pas les manuscrits proposés par ses disciples et laisse à François Wahl le soin de s'entendre avec les auteurs, de corriger les textes ou de refuser les manuscrits. Il fera néanmoins une exception en choisissant lui-même de publier le beau livre de Pierre Legendre, *L'Amour du censeur* ». E. ROUDINESCO, *Histoire de la psychanalyse en France*, vol. 2: 1925-1985, Paris, Fayard, 1996, p. 475. Legendre apparaît est un des rares juristes qui ont identifié la fonction de l'inconscient parmi les mécanismes déterminants dans la constitution subjective et l'analyse des phénomènes juridiques. Notons toutefois que notre thèse ne se réfère pas au premier Legendre, celui de « L'amour du censeur », mais s'inspire plutôt des nombreuses *Leçons* qu'il a publiées par la suite.

³¹³ « L'incapacité d'aborder les problèmes de terrain et de définir une politique judiciaire autrement que sur un mode humanitaire, qui évacue la fonction normative comme fonction humanisatrice des jeunes, cette incapacité se paye par des *effets de casse*. Il y a un phénomène de déstructuration des juges eux-mêmes, qui rencontre cette haine du droit, cet anti-juridisme si traditionnel en France, aujourd'hui masqué par le discours plus ou moins creux des droits de l'homme. Je suis effrayé par les effets de l'incohérence et de la paresse intellectuelles dans notre pays, où les nouvelles générations font les frais du nouvel obscurantisme ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 167. Si l'on saurait difficilement parler d'anti-juridisme dans le contexte canadien de *common law*, on ne peut s'empêcher d'observer que la popularité des modes dits « alternatifs » de règlement des différends ainsi que la montée en puissance de la reconnaissance du pluralisme juridique participent d'un phénomène de normativité à la carte ou, si l'on préfère, d'un marché des normativités qui, en bout de ligne, sont susceptibles d'ébranler le juge comme figure d'autorité.

³¹⁴ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 52.

pratiques juridiques à la casse subjective des nouvelles générations »³¹⁵.

L'expression *casse subjective*, peu usitée en droit, évoque en Amérique du Nord des groupuscules radicaux nommés « casseurs » par les médias. Elle vise des jeunes gens qui surgissent ponctuellement à la faveur de sommets économiques ou aux termes de rencontres sportives avec l'intention manifeste de saccager des biens publics ou privés sous le regard apparemment étonné de milliers de téléspectateurs. La contestation moderne apparaît pratiquement sans contenu idéologique en regard de la résistance marxiste ou n'est aucunement supportée par quelque idée de contre-culture; elle est une tentative paradoxale pour rendre publique l'augmentation de l'invisibilité sociale. Lorsqu'une forte présence policière n'occupe pas préalablement les lieux, la mécanique de cette sombre exubérance fait retour avec la régularité d'une horloge. Cette expérience perturbatrice cache pour Legendre une réalité qui met en cause structure et subjectivité. Nul intérêt pour lui à replier les événements sur les lieux communs de la criminologie ou les poncifs de la psychologie de la délinquance. Un « défaut de fabrication » institutionnel des sujets est susceptible de déclencher ces passages à l'acte criminel.

À cet égard, le déclin de la compréhension par la communauté juridique de la fonction d'autorité incarnée par le Tiers en droit n'est pas étranger à cette débâcle intergénérationnelle; crise auto-immune, violence sans projet d'ordre nouveau, cette contestation chorégraphiée force à penser en dehors du champ convenu des désordres occasionnels. Les sujets qu'elle met en scène paraissent comme des criminels anonymes, individus pulsionnels insignifiants au plan social, aberrants au plan moral.

Envoyer à la casse la fonction symbolique de l'appareil judiciaire implique, par une sorte de nécessité institutionnelle, l'apparition pour Legendre de « casseurs » si l'on saisit bien que l'ordre juridique ne peut tenir un double discours : tout à la fois celui d'une société malade qui génère une jeunesse sans appartenance à la communauté, et celui qui tient responsables des individus qu'il importe de punir sévèrement pour faire exemple, pour dissuader, selon le modèle dont parle Paul Valéry en ces termes : « Il est indispensable à l'ordre qu'un homme se sente sur le point même d'être pendu quand il est sur le point de mériter de l'être. S'il

³¹⁵ Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 195.

n'accorde un grand crédit à cette image, bientôt tout s'écroule »³¹⁶. Le registre ambigu d'une compréhension « psychopathique » de la société ne peut guère être arrimé à celui de l'individu imputable. Legendre n'hésite pas à étendre son diagnostic des effets de la « casse subjective » à la description de l'expérience des *taggers* dans les villes modernes, cette expérience étant comprise à son tour comme protestation contre un bannissement symbolique :

« Que font les jeunes taggers? Ils inscrivent une énigme, l'énigme de leur demande, de cette demande de séparation qui constitue la créance généalogique de tout sujet; mais ils l'inscrivent comme demande non fondée, désespérée donc et condamnée par avance. Les laissés-pour-compte de la symbolisation symbolisent ainsi leur position, qu'il faut bien appeler légale, de déchet, en l'inscrivant partout, sur les murs et les objets en représentation de cette légalité de la demande dont ils sont bannis. (...) La société ultramoderne porte le tatouage de la condamnation du Père. Selon toute probabilité, nous vivons un effondrement historique de l'image du Tiers »³¹⁷.

Legendre prend acte tout à la fois du péril de l'atrophie subjective et de la déssubjectivation³¹⁸ contemporaine pour l'institution du Droit, et de l'incapacité de la discipline à reconnaître, par indigence théorique, sa portée symbolique³¹⁹. Il n'est pas certain que l'étudiant moderne en droit saurait reconnaître les *sources du droit*, pas plus qu'il ne paraît formé pour remonter vers les problématisations séculaires de sa discipline qu'il identifierait éventuellement à des préoccupations surannées³²⁰. C'est sans doute la raison pour laquelle le juriste décrit avant tout l'ordre juridique non pas en tant que contenu positif³²¹, mais en terme

³¹⁶ Cité dans Jean-Michel REY, *La part de l'autre*, Paris, PUF, 1998, p. 163.

³¹⁷ Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 204-205.

³¹⁸ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 23.

³¹⁹ Le sujet de droit ou du droit n'apparaît pas hors la trame sociale qui le met en fabrique : il est la pointe de l'iceberg social qui le fait émerger ponctuellement à l'occasion des dispositions du texte infracteur. Son statut et sa consistance doivent être appréciés depuis une compréhension plus globale du contexte et des enjeux institutionnels qui président à son actuelle mutation.

³²⁰ En plus de la méconnaissance anthropologique de la fonction juridique, la disparition de l'enseignement de la rhétorique dans les facultés de lettres et de droit n'est pas étrangère non plus à cette amnésie des mécanismes et des ressources fondamentales de la discipline. Voir Chaïm PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 2002, en particulier p. 7-15.

³²¹ Ce à quoi s'emploient, avec l'ardeur propre au ressassement académique, un grand nombre de philosophes du droit contemporain. Au contact de l'œuvre de Legendre, on découvre rapidement que sa perspective anthropologique lui permet d'aborder des questions autrement plus profondes que ne le font ou même ne peuvent le faire les philosophies du droit actuel. Legendre prévient d'ailleurs des limites de la félicité circulaire de la philosophie ces termes : « Si l'on n'y prend garde, la théorisation moderne nous emporte dans son tourbillon, de sorte qu'insensiblement nous perdons pied, nous enfonçant dans une représentation de la normativité déliée de son rapport au phénomène de la parole. Je crains fort que les écrits théoriques ne se réfèrent de plus en plus qu'à

de *structure* ou de *système*³²², essentiellement comme histoire de la mise en scène des enjeux « ligamentaires » de la subjectivité³²³. Structure porteuse de la subjectivité, le système³²⁴ du droit est compris dans sa force transversale d'impératif de différenciation (un savoir trancher, un savoir décider au sens étymologique de *decidere*, de couper) comme point de rencontre des nouages (*vincula*) d'une anthropologie dogmatique essentielle à la vie sociale³²⁵. La singularité du discours juridique tient à l'idée d'une parole relevée aux effets superlatifs, psychodrame de l'autorité de la parole humaine mise en scène par le théâtre du droit. Cette trame dramatique qui relie la représentation tripartite du procès et le rôle généalogique des États est supposée immuable, à la manière des sobres intrigues du théâtre Nô.

La structure du droit renvoie pour Legendre au métarécit que constituent en Occident la religion romaine et le droit romain dans leur gémellité native, mais aussi dans leur effort rationnel de différenciation précoce. Bien avant tout savoir ou contenu positif, le droit y apparaît comme structure d'assignation des sujets, de mise en place et de désignation. Savoir insu, inconscient vital à l'assomption subjective des personnes, il ordonne le social à la

eux-mêmes, n'apportant à la société que le bruit léger de controverses vraiment légères ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p.142-143.

³²² « Si j'utilise le terme « structure » au sens de « construction », qui nous entraîne vers la métaphore architecturale, j'ai aussi recours au concept antique de « système », si éclairant pour saisir la Société en tant que Texte, assemblage de discours (...) ». Pierre LEGENDRE, *Le point fixe. Nouvelles conférences*, Paris, Éditions Mille et une nuits, 2010, p. 36.

³²³ Notons qu'autour du champ métaphorique de *l'ob-ligatus*, du lien, de la ficelle se noue inextricablement, au propre et au figuré, une grande partie de l'histoire du droit romain. Dans ce contexte, l'historien John Scheid rappelle le rôle du Flamme de Jupiter, « prêtre le plus fameux et le plus vénérable de la cité (...). Exclu du serment, le flamme de Jupiter signalait que son dieu était le maître du serment, le maître du droit. Cette impossibilité de prêter serment traduit toutefois également la nécessaire liberté de ce maître du droit, de ce maître tout court. Prêter serment, c'est se lier. Or accepter un lien est impossible pour le flamme Dial et son patron divin. Il ne porte pas de noeud sur son *apex*, ni à sa ceinture, ni ailleurs, il n'est pas permis qu'il porte un anneau qui ne soit rompu et creux. Il ne peut ni toucher ni nommer le lierre (...). John SHEID, «Le flamme de Jupiter, les Vestales et le général triomphant. Variations romaines sur le thème de la figuration des dieux», dans: Charles Malamoud (dir.) *Corps des dieux*, Paris, Gallimard, 1986, p. 214 et 218.

³²⁴ « Rappelons qu'un système est un assemblage d'éléments définis (sous-systèmes), en interrelation, le tout possédant une frontière. Il faut considérer un système comme possédant une unité identifiable. Une bactérie, l'équipage d'un sous-marin, une galaxie, le ministère de la Justice sont des systèmes. Certains considèrent que tout système est nécessairement doté d'une fonction (même si cette fonction reste à découvrir), fonction interprétable comme sa raison d'être ». Marcel BOISOT, « Approche systémique de l'ambiguïté de la sanction », dans Stamatios TZITZIS (dir.), *Sanction et culpabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Volume II, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000, p. 55.

³²⁵ Legendre n'est pas sans connaître les réticences issues de l'ignorance des contemporains quant à la portée véritable du terme *dogmatique*. « Mais l'on n'ose pas toucher au mot *dogmatique*, tenu par beaucoup pour une épave de la culture préindustrielle, un déchet venu des sociétés non encore sécularisées ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p. 33.

précérence du Tiers. Il indique dans quel sens les choses doivent être divisées si l'on tient compte des remarques suivantes :

« Un discours inaugural à proprement parler n'inaugure rien du tout; il consiste à dire ce qui doit être dit, à faire ce qui doit être fait, à mettre les textes à leur place, en faisant jouer notre rapport aux dieux. Il s'agit de faire dire aux dieux, à Dieu, à ce qui tient la place de l'Autre fabuleux comment l'humanité doit être divisée, en quel sens. Inaugural, ce terme qui nous vient de la science des augures – la branche la plus antique du droit romain – implique la reconnaissance d'un lieu de la certitude, la zone divine où ça sait. (...) L'inaugural d'une société, en définitive, c'est cela : la mise en scène d'un tiers mythique, qui préside aux échanges et d'abord aux échanges de paroles »³²⁶.

Pour établir le caractère *vital* du discours juridique et de sa forme instituée, Legendre s'appuie sur deux postulats anthropologiques. Le premier reprend l'axiome de Mauss³²⁷ selon lequel, dans la plupart des sociétés archaïques, une force « oblige à rendre quand on a reçu »³²⁸. Le second lie l'interdit de l'inceste aux découvertes freudiennes sur la fonction paternelle et l'inconscient. Ces deux prémisses forment l'entrelacs psychosocial³²⁹ indispensable pour que l'articulation juridique puisse, en redoublant les données anthropologiques, exprimer la notion de dette (*payer un dû*) et le principe abstrait de substitution requis par le Tiers juridique (*au nom de*) fourni cette fois par le déploiement de la fiction paternelle.

Le discernement juridique opère d'abord par la parole juste. Le montage d'une structure ternaire, indissociable d'une conception de l'être humain en tant qu'être parlant, ne prend toutefois pas appui sur l'objectivité de la vérité scientifique, bien que cette dernière puisse être appelée à fournir sa contribution dans le débat contradictoire³³⁰. C'est que la réalité de l'être parlant n'est pas donnée par l'immédiateté des choses mêmes, mais par la détermination linguistique du réel. Ce présupposé n'apparaît jamais plus clairement qu'à l'occasion des usages du langage juridique et de sa capacité à saisir dans ses rets et à retraduire

³²⁶ Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p.160 et p. 163.

³²⁷ *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*; dans Marcel MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 1950, pp. 145-273.

³²⁸ Jacques T. GODBOUT, *Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre*, Paris, Seuil, 2007, p. 183.

³²⁹ Nous verrons à la section 3. 3 jusqu'où la notion de dette est métabolisée dans son discours.

³³⁰ « Les problèmes du Droit ne se confondent pas avec la Science (...) ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 47.

en ses propres termes la réalité initiale perçue par les parties. L'autarcie théorique ou linguistique du droit ne consiste pas seulement dans la traduction ou la transposition de la réalité extérieure, mais dans l'appartenance de ses acteurs à l'atmosphère contrôlée, au noyau autopoïétique autour duquel gravite l'interprétation juridique dans son orbite constant.

Reprenant les intuitions de Ronald Dworkin, Julie Allard rappelle que

« le droit est une pratique *globalement* interprétative. Pour interpréter les faits et la loi qui s'y applique, je juge réinterprète toujours le droit dans son ensemble, en fonction de la théorie du droit dans son ensemble à laquelle il adhère. Il n'est dès lors plus possible de distinguer entre l'attitude interprétative du théoricien qui décrit le droit et le point de vue interprétatif du juge qui doit l'appliquer. Le droit, dit Dworkin, est un processus d'interprétation qui n'est pas transparent et que nous ne pouvons pas observer. Dworkin rejette donc la position extérieure de l'observateur, car le droit n'est pas seulement un phénomène social. (...) Le droit est pensé non seulement comme un concept *sur lequel* on réfléchit, mais aussi comme un concept *par lequel* on réfléchit : la réflexion (du théoricien comme du juge) reflète autant qu'elle produit le concept de droit. Le théoricien du droit ne peut donc adopter un point de vue de surplomb, mais doit au contraire se placer du point de vue des acteurs »³³¹.

La vérité³³² en droit n'est pas adéquation au réel³³³, mais fonction³³⁴ : elle sert l'autorité à la manière d'un faire-valoir au théâtre. Héritière des formulations latines, cette autorité tient à un acte de parole, à la solennité de son empire lexical.

³³¹ Julie ALLARD, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », *Revue internationale de philosophie*, vol. 3, no 3, 2005, p. 306.

³³² Il arrive même que le droit doive démentir la vérité scientifique. Catherine Labrusse-Riou décrit avec justesse la fonction du droit qui « ne consiste pas à partir d'hypothèses vérifiées expérimentalement, des réalités ignorées ; le rôle du droit consiste, à partir du réel et de ce que l'on en connaît ou peut en connaître, tout en déjouant l'erreur ou le mensonge, à construire et à ordonner l'espace social à l'intérieur duquel les personnes prennent place et nouent leurs relations, dans un jeu de rapports que le droit coordonne selon un ordre de qualifications et de règles conduisant au jugement » Catherine LABRUSSE-RIOU, « La vérité dans le droit des personnes », dans Bernard EDELMAN, *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgeois Éditeur, 1988, p. 159, 161.

³³³ « Dans le procès civil le juge est saisi de deux interprétations contradictoires d'un même fait. Il dispose du litige par l'application de la norme juridique adéquate en un jugement ayant la forme d'un syllogisme. Mais il ne dit pas la vérité: il dit le droit. Et le droit ne propose pas la recherche de la vérité dans la connaissance, mais celle de la justice dans l'action. Elizabeth DE FONTENAY, Foulek RINGELHEIM, «L'historique et le judiciaire», dans Maurice Olender (dir.), *La vérité*, Le Genre humain 7-8, Paris, Éditions Complexe, 1983, pp. 35-52; p. 43.

³³⁴ Legendre conçoit le montage dogmatique du droit essentiellement comme une déictique de la référence, de la case vide qui soutient la suprématie du *au nom de*. « (...) Les institutions nous montrent la vérité comme une fonction. Ce propos porte à conséquences, car la science du procès romano-canonique encercle tout le système objectiviste des preuves dans son propre espace de fiction. Cela, le droit romain de l'Antiquité l'avait dit avec force, dans cette maxime que nous a transmise Justinien et que les juristes européens répètent à satiété : « *la chose jugée est reçue à la place de la vérité* » (*Res judicata pro veritate accipitur*), texte inscrit, (...) au Digeste,

La notion de droit repose intrinsèquement sur l'aspect et les qualités d'une parole singulière si l'on considère que les sentences romaines sont formulées comme *ius*. Émile Benvéniste ajoute : « Ici est l'empire de la parole » (...). Le *iu-dex* [littéralement, juge], de *ius dicere*, est « celui qui dit la règle ». Donc, « ce n'est pas le faire, mais toujours le prononcer qui est constitutif du « droit », soit l'« acte de parole » par excellence »³³⁵.

L'autorité du droit repose sur la performativité d'un langage sans équivalent dans la vie sociale et qui tantôt reconnaît les individus et les identifie, tantôt les désigne et règle l'ordre des dévolutions. Legendre y découvre un dispositif sponsal incontournable, le butoir causal des questionnements humains, des « pourquoi » abyssaux³³⁶. Assemblage ternaire, cette configuration ne souffrirait aucune permutation sans engager des conséquences exceptionnellement ruineuses pour les victimes. Dans le pire scénario de « casse », l'individu n'accéderait à la subjectivité que dans l'après-coup de sa déréliction symbolique, lorsqu'à l'occasion d'un procès concernant par exemple un passage à l'acte, l'ordre juridique, en intimant à un individu de répondre de ses actes, le fait émerger pour la première fois comme sujet. Le cas Lortie illustre cette effectivité de l'ordre symbolique, alors qu'en l'espèce l'accusé interrompt sa tuerie au moment où il est interpellé par une figure paternelle cohérente, le sergent d'armes René Jalbert, ou refuse plus tard de bénéficier de la défense d'aliénation mentale afin de pouvoir s'expliquer avec la Loi.

3.1 Inexorabilité de la structure

Je partirai d'une idée essentielle à la généalogie : il n'y a pas d'autofondation. Pour que l'espèce soit reconnue, il est nécessaire d'organiser la certitude de la descendance, autrement dit d'instaurer le principe de filiation comme

50.17.207. J'ai traduit littéralement la préposition *pro*, qui n'est pas ici sans faire résonner l'équivoque. Quel est cet à la place de? C'est à la fois l'indication topologique dans l'espace du montage dogmatique, et la reconnaissance de ceci : la vérité joue fondamentalement comme garantie du discours du juge, ce discours produit au nom de la Loi. Dans un procès où la doctrine de l'objectivité aurait fait faillite, la sentence n'en serait pas moins vraie ». Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, Paris, Fayard, 1983, p. 186.

³³⁵ Marc DERYCKE, « Autorité: retour aux sources », *Le Télémaque*, vol. 1, no. 35, 2009, p. 113, 118.

³³⁶ « Il n'est au pouvoir d'aucune société de congédier le « pourquoi ? », d'abolir cette marque de l'humain. (...) Les États modernes sont des fictions généalogiques : ils sont construits comme des êtres qui seraient doués de Raison, pour faire obstacle à la dé-Raison. Par les montages du Droit, les États organisent que les humains cèdent leur place à d'autres humains, pour que les fils - les fils de l'un et l'autre sexe - succèdent aux fils ». Pierre LEGENDRE, *La fabrique de l'homme occidental*, Paris, Éditions Mille et une Nuits, 1996, p. 7 et 20.

principe garanti. Avant de dire : il y a du père, la paternité fonctionne en tant que principe légal de séparation, etc. : il faut dire : il y a de l'ascendant³³⁷.

L'inexorabilité de la structure déclencherait l'inéluctabilité³³⁸ d'effets à retardement, comme si Legendre transposait dans le champ social l'hypothèse de la formation de la psychose formulée par Jacques Lacan³³⁹ : ce qui n'a pas été symbolisé au moment opportun dans l'histoire d'un individu fait retour dans le réel sous le mode hallucinatoire, manière la plus directe d'esquisser ce que Lacan formalise sous l'appellation de *nom-du-père*, notion reprise par une kyrielle de glossateurs linguistes, topographes et imitateurs de toutes pointures. Bien qu'ayant développé un aspect clinique dans son œuvre, Legendre ne se saisit des cas particuliers qu'aux fins de la perspective plus large de l'analyse institutionnelle, matrice d'aberrations subjectives potentielles.

Dans la plupart des cas, une ligne de fracture surgit dans l'histoire personnelle à l'occasion d'un changement de statut induit par des éléments déclencheurs symboliquement chargés par le signifiant paternel : paternité, naissance ou perte d'enfant, stérilité³⁴⁰. Pour en expliquer la genèse, la psychanalyse lacanienne emprunte au droit le concept juridique de *forclusion*³⁴¹ et renvoie, dans le contexte de la subjectivité, à ce qui n'a pas été dit, fait ou engagé au bon moment dans l'histoire personnelle de l'individu, et par ricochet voue

³³⁷ Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 156.

³³⁸ Au plan individuel, une nuance doit être apportée. Revenant sur les propos de Lacan dans son séminaire sur la psychose, Philippe Julien écrit : « Le prépsychotique n'est pas reconnaissable comme tel. Il se conduit, semble-t-il, comme tout le monde ; socialement parlant, il réussit assez bien à faire son petit bonhomme de chemin. De quelle manière ? « Par une série d'identifications purement conformistes à des personnages qui lui donnent le sentiment de ce qu'il faut faire pour être un homme », ou de ce qu'il faut faire pour être une femme. Ainsi « par l'intermédiaire d'une imitation, d'un accrochage » à l'image du semblable, du pair, qui lui sert de béquilles, le prépsychotique peut vivre sans qu'une psychose se déclare. (...) Ça se répète dans le pair jusqu'au jour où surgit l'im-pair : il arrive que l'événement comme *rencontre du réel* vienne bousculer cet équilibre ». Philippe JULIEN, *Psychose, perversion, névrose. Une lecture de Jacques Lacan*, Paris, Érès, 2000, pp. 41-42.

³³⁹ Voir Jacques LACAN, *Les psychoses 1955-1956, Le séminaire livre III*, Paris, Seuil, 1981. Sur cette question voir Corinne FELLAHAN, *La psychose selon Lacan. Évolution d'un concept*, Paris, L'Harmattan, 2005.

³⁴⁰ Le modèle « canonique » de ce changement de statut a été décrit par Freud après sa lecture des « Mémoires d'un névropathe » qui rapporte les constructions délirantes du président de la Cour d'appel de Dresde, Daniel Schreber, récit repris et interprété dans Sigmund FREUD, *Cinq psychanalyses*, Paris, PUF, Collection Quadrige, 2010.

³⁴¹ « J'ai indiqué que l'instance sociale du dogmatisme, c'est-à-dire essentiellement l'instance du juridique comme tel, était d'abord là pour entraver la poussée *naturelle* de la psychose. Une bonne façon de l'entendre est de prendre rigoureusement le terme de *forclusion* introduit par Jacques Lacan. J'ai critiqué les traductions qui s'éloignent de la traduction littérale. (...) *Forclusion*, terme issu de la procédure civile, veut dire : les délais sont passés, le temps est arrivé de leur déchéance ». Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 28 et 29.

l'individu au désir de reconstruction de la réalité par ses propres moyens, voire au solipsisme au sens où, pour un individu, l'entrée dans la psychose comporte le plus souvent le sentiment de *concernement* et de *centralité*.

S'éprouver comme centre du monde n'est pas une expérience de tout repos. Le psychiatre Henri Grivois décrit cette expérience de décompensation psychique en ces termes :

« Dans la psychose naissante, un homme soulevé dans un tourbillon se retrouve au centre d'un cyclone qui mobilise autour de lui l'humanité devenue pour lui un phénomène subjectif, animé, quasi palpable. (...) Je n'ai jamais rencontré de psychose naissante qui, sous une forme quelconque, n'ait abordé et ne vive déjà la centralité »³⁴².

Pour Legendre, l'efficacité fonctionnelle de la figure paternelle ne relève pas d'un attachement immodéré pour quelque ordre ancien; elle agit comme un levier émanant des dispositions stables de figures identitaires cohérentes et différenciées. Il s'agit d'épargner les souffrances de l'enfant-roi qui, ne s'étant jamais vu assigner de *place de droit* ni de limite, en récolte les déconvenues³⁴³. L'enjeu réside dans la tâche, pour la génération précédente, de soustraire le nouveau venu au statut d'autodidacte perpétuel. Ce chassé-croisé autour d'une position qui n'a jamais été donnée et occupée véritablement se répercute dans tous les secteurs de la vie adulte. Comment alors s'étonner que tant d'enfants modernes ne tiennent plus en place³⁴⁴? Aux fins de l'analyse, retenons simplement l'idée d'une sorte de retard, de défaut de paiement, ou encore d'une *dette* générationnelle due et donc en souffrance³⁴⁵.

« Légers sommes-nous, trop sûrs du concept de science en usage, et par voie de conséquence, imprudents dans les manœuvres improvisées du principe institutionnel. Et si la formule « fonction symbolique », tant vantée à l'étal des sciences sociales, humaines et gestionnaires d'aujourd'hui, était véritablement comprise, je pourrais dire, assuré d'être entendu, *que nos sociétés ultramodernes vivent symboliquement à crédit*. Cela signifie qu'elles feront payer aux générations qui viennent le prix des naïvetés du présent. (...) Ces

³⁴² Henri GRIVOIS, *Le Fou et le mouvement du monde*, Paris, Grasset, 1995, p. 21.

³⁴³ Dans le tumulte qui secoue l'institution familiale, et pour toute interrogation sur la suite du monde, la question véritable devrait se poser dans les termes formulés par Jaime Semprun qui rappelle que « quand le citoyen-écologiste prétend poser la question la plus dérangerante en demandant : *Quel monde allons-nous laisser à nos enfants?*, il évite de poser cette autre question, réellement inquiétante : *À quels enfants allons-nous laisser le monde ?* ». Jean-Claude MICHÉA, *L'enseignement de l'ignorance et ses conditions modernes*, op. cit., note 307, pp. 65-66.

³⁴⁴ Voir Françoise PAROT, « Mais pourquoi ces enfants ne tiennent-ils plus en place ? » *L'ordre des corps*, *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 122-135.

³⁴⁵ Voir chapitre 3. 3.

naïvetés s'alimentent d'une méprise portant précisément sur la fonction dogmatique, en tant que *savoir faire tenir ensemble* »³⁴⁶.

Pour établir la rhétorique d'un *inexorable de la structure*³⁴⁷, Legendre entrelace histoire du droit romain et psychanalyse. L'inexorable de la structure implique une certaine manière de faire des nœuds et de les trancher. À travers les institutions, le droit devient alors un « point fixe »³⁴⁸ par où passent des ficelles et sans lequel il n'y a justement plus de possibilité d'obtenir la tension requise pour faire tenir ou resserrer des liens. Pour faire image, disons que l'*in-dex* de la main de justice permet d'immobiliser un point précis dans l'espace où doivent s'entrecroiser par exemple les fils généalogiques de la filiation, ou encore ceux du droit successoral. L'argument d'inexorabilité doit être compris dans son étymologie : le sens de *inexorabilis* se déploie depuis l'*exorare* de l'acte d'oraison précédé ici par la négation menaçante du *inexorare* qui signifie « ce qui ne peut être vaincu par les prières ». Legendre construit ses *Leçons* sur cette opposition. L'inexorabilité s'applique à la structure ternaire et désigne le passage obligé par l'Interdit³⁴⁹. Mais dans un même moment, elle suppose une dynamique tragique dont on ne saurait faire l'économie sans encourir des débâcles auxquelles les supplications et prières n'arriveront pas à mettre fin. Le registre de la supplique s'accorde implicitement avec celui du sacrilège et du retour de flamme.

À la fois précaire et inexorable, le droit? *Précaire* – si l'on comprend le latin juridique *precarius* au sens de *obtenu par la prière*, la structure du tiers procède d'un *faire-obstacle* susceptible de céder à tout moment³⁵⁰; l'architecture de cette construction délicate repose sur la fiction, l'invocation, l'artifice. *Inexorable* – parce qu'incontournable sous l'angle de la différenciation. *Indéménageable*³⁵¹ aussi – parce que le dénouement de la structure défait tous

³⁴⁶ Pierre LEGENDRE, *Dieu au miroir*, op. cit., note 306, p. 218.

³⁴⁷ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 28.

³⁴⁸ Voir Pierre LEGENDRE, *Le point fixe. Nouvelles conférences*, op. cit., note 322.

³⁴⁹ « L'enjeu de l'Interdit, résumons-le : la capacité, pour chaque être humain, d'*entrer dans les liens*, en métabolisant ce qui fait obstacle à la vie, l'inceste et le meurtre sous toutes leurs formes ». Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 322, p. 12.

³⁵⁰ « Le Tiers, en tant que notion structurellement nécessaire au Droit, est l'équivalent, dans le jeu des discours constitutifs d'une société, d'une *case vide*. Évacuer ce concept et ses traductions politiques, c'est se condamner au comportementalisme et ouvrir les vannes de la désobjectivation par le duel généralisé ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 109.

³⁵¹ « Voilà le plus difficile à considérer, l'idée d'un *indéménageable de la représentation*, pour lequel il n'est pas possible de mobiliser la conception habituelle de l'historicité, au sens de l'histoire sociale, économique, etc. ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 137, p. 236.

les points nodaux d'un même plan sans les trancher. Et finalement *catastrophique* – si l'on prétend s'y soustraire. Il importe de comprendre l'apposition comme lien intime unissant *precarius et inexorabilis* : prière au sens de soumis à la discrétion de celui ou celle à qui s'adresse la demande; inexorable, c'est-à-dire « littéralement *ce qui résiste aux prières*, l'interdit qu'on ne peut fléchir, dont la transgression développe des effets dévastateurs et irrévocables »³⁵². L'instance juridique ne tiendrait qu'à la structure de l'adresse à un grand Autre. Dans le texte de Legendre, elle est tirillée par la plus étonnante épreuve de souque-à-la-corde : fragile, elle ne tient qu'à l'adresse qui la soutient; mais simultanément elle sert de support à qui l'invoque.

La métaphore ligamentaire et nodale opère constamment dans son texte qui renoue avec la trame institutionnelle en utilisant des ficelles (*funicula*) qu'il importe de savoir tirer tantôt pour faire tenir debout le Sujet monumental, l'État (*potestas ligandi*) à travers les fictions du droit, tantôt pour délier le sujet dont l'image fondatrice est rappelée en Occident par la ligature d'Isaac (Livre de la Genèse 21, 4). Legendre tire les applications anthropologiques de la ternarité grâce aux liens étymologiques reliant *iu-dicere*, *inter-dicere* et *inter-pretium*³⁵³ à la parole d'autorité³⁵⁴. Le Tiers juridique se tient à l'origine sur le bout de la langue latine. Ainsi lové à la justification de l'Interdit et exposé à l'alternative entre différenciation ou anéantissement subjectif, le droit implique le maniement du subterfuge savant, l'arsenal de la temporisation et l'astuce de la division des mots, procédés qui, chacun à leur manière, font obstacle à la fusion avec l'objet absolu³⁵⁵. Lorsqu'elle obéit aux conditions

³⁵² Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 28.

³⁵³ « Dans ce vocable, il y a le latin *pretium*, le prix, précédé de la préposition *inter*, qui renvoie à l'entre-deux, ou au milieu de, c'est-à-dire à la relation d'échange, au marchandage ». Pierre LEGENDRE, *La 901e conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison, Leçons I*, Paris, Fayard, 1998, p. 45.

³⁵⁴ « Le droit est une chose qui est à montrer, à dire, à prononcer ». Bernard RIGAUD, « Théorie du droit et psychanalyse. Un pouvoir absolu de mort à l'origine ? », *L'inactuel*, no 2, 1999, Paris, p. 55, 62.

³⁵⁵ « Pour l'individu comme pour une organisation, le principe de Raison - la non-folie - se joue précisément par les grands moyens symboliques, c'est-à-dire par le travail institutionnel des métaphores destinées à imposer la différenciation d'avec l'Objet absolu – entendez d'abord : d'avec la Demande absolue. On peut être fou de Dieu, fou d'Hitler, de Mao, de la Science, de n'importe quel Objet emblématique promu en absolu. Le lien totalitaire n'est pas un lien, mais un non-lien, un état de fusion avec l'absolu, où la mort elle-même n'est pas représentable - faute d'avoir accès au vide qu'introduit la dimension structurale de l'énigme -, et les meurtres à tout-va ne sont qu'un effet dans une conjoncture non pas de dépersonnalisation, mais de dé-métaphorisation du langage et du support institutionnel de la vie ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p. 174-175.

de félicité linguistique³⁵⁶ que prescrit le rituel juridique à travers la « sanctification des textes »³⁵⁷, cette parole « qui montre »³⁵⁸ (*iu-dicere*) réordonne la réalité. En droit romain, les paroles³⁵⁹ sont des actes de désignation³⁶⁰ et le juge accompagne d'un geste³⁶¹ de l'*in-dex* le moment de « dire le droit »³⁶² ou de se prononcer³⁶³.

Le règne du droit s'établit depuis la causalité abstraite que représente la fiction paternelle, d'une part, et l'exigence d'un saut au-delà de la certitude sensible, de l'autre. Il n'y a pas de vie sociale sans que ne s'impose l'abstraction fictionnelle, la prévalence métaphorique. La puissance de nommer ne s'étend pas seulement au découpage de la totalité;

³⁵⁶ Rappelons que le juge est compris en droit romain comme « gardien des formulaires » connaissant l'agencement rituel des mots justes et les subtilités laïques de l'invocation, de l'évocation ou de la révocation.

³⁵⁷ « Sanctification des textes veut dire qu'aucun système (...) ne peut se dispenser d'une rhétorique d'apparat, destinée à faire entendre que le Pouvoir institué, juridiquement qualifié pour s'adresser normativement à ses sujets, fonctionne au nom de. La théâtralité est l'essence même des organisations (...). Pierre LEGENDRE, *Paroles poétiques échappées du texte. Leçons sur la communication industrielle*, Paris, Seuil, 1982, p. 117.

³⁵⁸ Benvéniste écrit à ce propos : « Montrer, mais quoi ? une chose visible, un objet existant ? Voici le dernier trait de la signification de *deik* - : c'est montrer ce qui doit être, une prescription qui intervient sous la forme, par exemple, d'un arrêt de justice (...) On rendra *dix* littéralement comme « le fait de montrer avec autorité de parole ce qui doit être », c'est-à-dire la prescription impérative de justice ». Émile BENVÉNISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2. Pouvoir, droit, religion*, Paris, Éditions de Minuit, 1969, p. 109.

³⁵⁹ Notons que la parole du Tiers en droit renvoie à sa position de contrainte *ordalique*, car elle ne saurait se retrancher dans le silence de loi, l'obscurité du texte à interpréter pour éviter de se dire. Voir chapitre 3.6.

³⁶⁰ Le droit serait-il donc la reprise langagière d'une vaste extrapolation de déictique manuelle ? Au-delà des effets de toge, des envolées oratoires et de tous les procédés de la rhétorique verbale, la gestuelle du droit paraît concentrée sur le sens figuré de ce que peuvent saisir ou abandonner les mains humaines. Ambidextre par nature le droit, mais en imaginant deux mains droites. Le plus souvent, l'usage des mains est réduite au singulier : une seule main suffit pour tenir en mainmorte l'étonnante dextérité manuelle de toutes les figures de la captation juridique. Rappelons la chaîne métaphorique qui relie aux « mains de justice » : l'*é-mancipatio*, le créancier chirographaire, la saisie en main tierce, sans compter les références à l'*index* (étymologiquement, qui annonce) et au pouce qui ratifie. Les jeux de mains sont-ils pour autant des formes rudimentaires condensées dans la signature, ou accentuent-ils la fonction anthropologique du lien ?

³⁶¹ Cette fascination du droit romain pour la transposition du travail manuel dans la sphère des concepts ne s'arrête pas seulement au rôle de l'*index*, « en droit français, celui qui promet d'acheter ou de vendre est encore appelé dans la littérature juridique le pollicitant. (...) Si l'on veut bien admettre que le mot *polliceor* (promettre) est dérivé du mot *pollex* (pouce), on peut imaginer qu'une coutume semblable, c'est-à-dire d'engagement par le pouce, devait exister dans la Rome antique ». André CARENINI, « L'homme, la parole et le geste » dans Jean Poirier (dir.), *Histoire des moeurs II. Modes et modèles*, Paris, Gallimard, 1991, p. 82.

³⁶² « La décision ne suffit pas à faire justice, encore faut-il qu'elle soit *prononcée* selon les règles ». Antoine GARAPON, *L'âne portant les reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985, p. 131.

³⁶³ « Ce n'est pas le faire, mais toujours le *prononcer* qui est constitutif du « droit » : *ius* et *dicere*, *iu-dex* nous ramènent à cette liaison constante. En même temps que *ius*, le verbe *dicere* commande les formules judiciaires, telles que le *multam* (*dicere*) « amende », *diem* (*dicere*) « jour d'audience ». Tout cela relève de la même autorité et s'exprime dans les mêmes locutions. C'est par l'intermédiaire de cet acte de parole : *ius dicere*, que se développe toute la terminologie de la vie judiciaire : *iudex*, *iudicare*, *iudicium*, *iuris-dictio*, etc. ». Émile BENVÉNISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2.*, op. cit., note 358, p. 114.

elle va jusqu'à la division des mots et permet le maniement des ficelles, des fictions qui réordonnent le réel selon un principe généalogique. Dans ce contexte, se tromper dans le choix d'un nom, dans celui que l'on entend porter de la naissance jusqu'à la mort ou décider d'en changer engage en réalité des résonances aux conséquences déterminantes³⁶⁴. Si la « puissance paternelle » est inséparable de la capacité de nommer l'enfant³⁶⁵,

« le don d'un nom à l'enfant est un moment crucial de l'accès à la paternité. *A parte subjecti*, il permet aussi à l'homme devenu père de subjectiver cette nouvelle dénomination qui modifie sa condition. C'est là où la dimension institutionnelle de la paternité s'impose dans l'évidence : comme l'exhibe l'acte de donation du nom, devenir père est un événement fondateur de sens qui implique une reprise du passé et une transmission de vie orientée vers l'avenir. Le nom propre comme nom du père enracine ainsi la vie des vivants doués de paroles dans une tradition qui renvoie à un au-delà du perçu, déterminable comme horizon temporel passé (l'ancêtre) et comme horizon futur (la descendance).] C'est dire que le nom du

³⁶⁴ Le psychiatre Maurice Czermack rappelle à travers une histoire de cas, les retombées d'une mutation patronymique. « Partons du cas de ce sujet qui vivait entre sa mère et son beau-père. Son père, à l'étranger, interné. De tout temps il avait présenté des phénomènes élémentaires se résumant à ceci : « un objet à disparu », ou encore « on veut me voler un objet » ou encore « on veut ma mort » ou « on veut m'enlever ». Pour des raisons d'héritage, il est amené à prendre le nom de son beau-père cependant que son père renonce à sa paternité. Il change donc de nom et alors se déclenche le délire : « on veut m'enlever, me tuer », et arrivé à l'hôpital, il s'éjecte par une fenêtre. On voit là comment rien ne lui avait été ôté dans le réel, mais bien dans le symbolique. Quand on lui a ôté le patronyme qui n'avait de valeur que réelle, s'est déclenchée sa mort comme sujet et son éjection. L'enlèvement juridique du nom produit alors le même effet que celui qui apparaît dans ces cas où le sujet psychotique étant affronté à un acte à effectuer, déclenche sa psychose par l'hallucination de son nom. Dans le cas que nous venons d'évoquer, c'est comme nom que notre patient s'est trouvé recraché par le trou de la fenêtre ». M. CZERMACK, *Patronymies. Considérations cliniques sur les psychoses*, Paris, Masson, 1988, p. 61-62.

³⁶⁵ Dans une perspective psychanalytique, le nom constitue la cheville, l'articulation de l'institutionnel et de la singularité subjective. À l'instar « des dettes qui collent à la peau et aux os », la décision de changer de nom n'est pas une opération anodine. L'ancien nom demeure toujours, même et peut-être encore plus lorsque son porteur décide d'interrompre la lignée de ses ascendants et de procéder à l'amputation symbolique du patronyme en vertu des lois civiles qui concernent le changement de nom. Les noms de famille qui connotent un état, ou un animal, ne sont pas les plus faciles à assumer pour leur porteur, qu'il suffise de penser à Cauchon, Therrien, Ratté, Trouillard. Commencer à vivre, à exister « sous un autre nom » relève du meurtre déguisé, de l'accouchement provoqué par auto-engendrement. « Tout sujet est pris généalogiquement dans une histoire, et être pris dans une histoire c'est être pris dans l'histoire d'un nom. Dès lors, nous percevons que le nom est pour le sujet *catégorie à la fois historique et normative*. C'est du déjà décidé par avance, à quoi celui-ci ne peut se soustraire et dont il ne peut disposer librement ; indisponible pour le sujet, ayant comme attribut essentiel l'immutabilité, le nom porte la marque de ce qui dépasse les personnes et ressortit à l'institutionnalité. Aussi, les changements de nom ne peuvent se réduire à une simple succession anecdotique, et les règles de sa transmission sauvegardent, pour chaque culture, le champ où se joue l'*enjeu subjectif d'identité* ». Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 125.

père est une condensation paradigmatique de la fondation institutionnelle d'un sens »³⁶⁶.

L'idée de « justice généalogique » est coextensive de la reconnaissance de la position paternelle, de cette place inventée et soutenue par le tissu social³⁶⁷. L'institution du droit et la fonction paternelle sont en quelque sorte « débiteurs solidaires » de la réalité psychique des individus. Toute l'œuvre de Legendre tourne autour de la démonstration des *effets de la solidarité* entre le sujet et le droit. Il y voit pour l'Occident le processus civilisateur même :

« Le juridisme a son poids pour une raison fort simple : l'inconscient lui aussi est juriste et toute la vie humaine n'est qu'une déchirante démonstration où l'axiome ne défaille jamais. La vérité nous tient. Quant à savoir le vrai sur le vrai, nous pouvons toujours courir »³⁶⁸.

L'anthropologie juridique de Legendre met en œuvre une singulière théorie des nœuds qui doit toutefois être distinguée de la faveur consentie au nœud borroméen par les épigones de Jacques Lacan³⁶⁹. Aux amateurs de la topologie borroméenne, Legendre oppose le nœud gordien. Plus précisément, il propose un supplément nodal à l'intrication borroméenne. Il aime apparemment la constriction des ficelles, en particulier les attaches qui ne peuvent se dénouer et que l'on doit trancher³⁷⁰, plutôt que celles qui, à l'instar du nœud borroméen, ne sont que le résultat de l'assemblage de trois ronds de ficelles autonomes qui peuvent d'elles-mêmes se défaire³⁷¹. Ce faisant, Legendre ramène l'essentiel de la fonction juridique à la qualification

³⁶⁶ Guy-Félix DUPORTAIL, *Les institutions du monde de la vie. Merleau-Ponty et Lacan*, Paris, Millon, 2008, p. 177-178.

³⁶⁷ « De même la notion d'autorité s'éclaire-t-elle ; l'autorité ne procède pas d'un contenu, mais de la place de l'émission du message : cela est dit *parce que cela doit être dit*, qu'il faut entendre *dit à la bonne place* ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 47.

³⁶⁸ Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 27.

³⁶⁹ On comprend ici que la fascination de Legendre pour le « nodal » ne tient pas à un fétichisme du lien mais engage la théorie du droit à travers son régime métaphorique privilégié, celui du rattachement. Rattachement du sujet au social, des parents aux enfants, des personnes aux biens et finalement, extériorisation des figures de ces interdépendances causales dans ceux des effets de la parole.

³⁷⁰ Le tissu social suppose toujours le tressement d'un grand nombre de fibres. Bien que le nœud puisse être considéré comme les mésaventures d'un cercle, le droit n'a pas affaire à des *noeuds triviaux* mais à une série limitée, quoique complexe, de formes de liens qui ne peuvent être dénoués sans avoir été tranchés, rompus. Inventer un nœud n'est pas une mince affaire surtout lorsqu'il s'agit du point d'aboutissement d'un lien singulier. Le domaine de l'intrication est celui du droit, de la psychanalyse et, dans un degré moindre, celui de la sociologie. Il implique le discours sur les manières dont les choses et les êtres se tiennent, se retiennent et finalement sont tenus. En mathématique, « un problème central est de pouvoir décider de façon calculable si le nœud est trivial (peut se défaire sans couper la ficelle) ou non ». Tiré de <http://planetesciences.fr/gd/Theorie-des-Noeuds.htm>. Consultation Internet, 25 juillet 2011.

³⁷¹ À propos des insuffisances funiculaires lacaniennes, il écrit « que la familiarité avec des théoriciens dogmatiques devait me mettre sur la voie de comprendre pourquoi les observations de Lacan sur le nœud

entourant la détermination du statut généalogique des individus, au *départage* savant des biens et des choses et à la capacité symbolique de cette discipline d'engendrement du sujet. Il traduit en termes de ternarité juridique ce que Lacan soutenait en termes de primauté du tiers langagier, de prééminence de l'ordre symbolique comme lieu d'engendrement du sujet. Il n'est de dynamique duelle qu'à la condition de l'existence d'une instance *implicite*. Même s'il est au fondement de la subjectivité, le sujet n'en reconnaît pourtant pas immédiatement l'importance décisive. Comme le rappelle Jean-Pierre Cléro,

« l'auteur des *Écrits* et des innombrables séances du *Séminaire*, a, d'un bout à l'autre de son œuvre, montré que cette opposition binaire, éventuellement avec son dépassement ne suffisait pas; qu'il fallait ajouter un troisième terme, qui condamnait l'opposition sujet/objet au statut de simple relation imaginaire, et qu'il fallait invariablement situer ce troisième terme du côté de ce qu'on pouvait appeler le symbolique. (...) Le symbolique est le véritable fondement de la subjectivité, même s'il est inévitable que la subjectivité se prenne pour le véritable fondement, reléguant le symbolique à une place mineure, alors qu'elle en dépend »³⁷².

Cet horizon descriptif conduit à procéder par la voie négative pour approcher ce que Legendre entend sous les termes « autorité » et « droit »³⁷³. Le droit est la mise en forme de ce qui permet à la fois le nouage du sujet à une réponse causale et la reprise institutionnalisée d'enjeux inextinguibles dans le psychisme humain comme le désir de meurtre³⁷⁴ et d'inceste. Pour Legendre, le sujet pâtit en proportion des atteintes portées à cette structure pérenne. C'est que le droit se constitue en réponse et comme un arrangement à l'amiable avec ce qui ne cesse de faire retour dans la dynamique inconsciente de chaque individu et demeure continûment en

borroméen, telles qu'il les a formulées, exigent d'être complétées de telle sorte que leur facture fondamentale de discours ne soit jamais perdue de vue. (...) Posant la problématique du lien d'humanité, le noeud borroméen appelle d'autres développements, en particulier quant à la notion même de lien. (...) Le gordien est le nombre de fois qu'il faut trancher dans la ficelle pour défaire ce nœud; il mesure la complexité du nœud ». Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 89.

³⁷² Jean-Pierre CLERO, *Y-a-t-il une philosophie lacanienne ?*, Paris, Ellipses, 2006, p. 60.

³⁷³ Le droit ne saurait être réduit à un discours technique parmi d'autres dans le champ des sciences sociales, pas plus qu'à une instance passive susceptible d'entériner tous les agencements opportunistes issus du changement des mœurs. Cette réduction est attribuée le plus souvent à une insensibilité aux droits de minorités enclines à occuper l'espace public, mais étonnamment désireuses d'épouser des formes institutionnelles dont auparavant elles dénonçaient le conformisme. Sur les débats entre le caractère indéménageable de certains aspects de la structure juridique et l'ère des droits individuels, Voir Bruno PERREAU, « Faut-il brûler Legendre? », *Vacarme 25*, Automne 2003, pp. 62-68. Pour une plus substantielle diatribe soixante-huitarde, voir Michel TORT, *Fin du dogme paternel*, Paris, Aubier, 2005.

³⁷⁴ « Les institutions, dans leur principe, ont affaire au meurtre ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p. 354.

souffrance pour toute société. Il implique une structure³⁷⁵ en mesure de manœuvrer, de décoller le sujet par le truchement de l'image, des représentations, du désir indestructible et intemporel (*zeitlos*) de toute-puissance. Le sujet de droit se voit ainsi soustrait à toute compréhension biologisante, enchâssé qu'il se trouve, avant sa naissance, dans la trame d'un ordre symbolique qui le précède et soumis au texte juridique que chacun, dès son entrée dans la vie sociale, ne saurait ignorer³⁷⁶. De ce point de vue, toute réduction du sujet à sa réalité physiologique apparaît comme un processus de désobjectivation, une mise au silence.

C'est sous cet angle que Legendre entend montrer, en dehors de tout psychologisme, sur quoi repose la subjectivité et par quoi elle est tenue. Le « tenir » institutionnel est seul garant de la capacité du sujet et de l'élaboration subséquente de l'*ob-ligatus* juridique et moral. Toutefois, le droit ne peut ignorer la rupture actuelle entre les processus traditionnels de subjectivation et les institutions. Dans cette perspective, la structure tripartite qu'emprunte l'exercice de ce savoir ne se résume pas simplement à une forme historique contingente ou transitoire; elle recèle une portée universelle exprimée à travers la finesse des montages dogmatiques³⁷⁷. Pour la modernité, cela signifie que la plasticité des individus et des formes institutionnelles n'est ni indifférente ni illimitée. L'intérêt pour l'autorité du droit échappe à la confusion avec les mécanismes sociologiques qui permettent d'établir le degré de confiance des individus à une époque donnée pour cette discipline. La crise des institutions n'est plus

³⁷⁵ « J'insiste donc sur la nécessité de penser l'histoire du droit romano-canonique et de ses développements au-delà du Moyen-Âge en termes de phénomène de structure. Aussi ai-je à m'élever de nouveau (...) contre la folklorisation de l'histoire juridique en général, tâche à laquelle semblent s'être voués, en France particulièrement, les tenants d'une érudition sans concept ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p. 319.

³⁷⁶ « C'est parce que la loi est sue, même par ceux qui de toute évidence l'ignorent, que la loi fonctionne normativement, comme texte, par personne interposée ». Pierre LEGENDRE, *Paroles poétiques échappées du texte*, op. cit., note 357, p. 41.

³⁷⁷ « Le terme grec *dogma* renvoie à ce qui paraît, qui apparaît, qui semble et se fait voir, jusque dans la feinte ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 78. Legendre précise: « (...) est dogmatique le discours qui traduit en termes normatifs la mise en scène sociale de la causalité. Sur ce point la confusion est aujourd'hui totale entre le Droit et la Science, du fait que nous ne comprenons plus ce qui les sépare quant à la notion de causalité : la causalité juridique relève du déterminisme de l'Interdit, elle est affaire de représentation et de sens; la causalité scientifique se place, non pas sur le terrain de l'Interdit, mais de l'efficacité instrumentale. Autrement dit, la normativité juridique est dogmatique, parce qu'elle fonctionne sur la base d'un *a priori* de la signification dont elle assume la traduction à l'adresse du sujet; elle n'a rien à voir avec le concept de loi auquel ont affaire les sciences expérimentales ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 326.

une affaire de degré de confiance si l'on considère le diagnostic général posé par le sociologue Julien Freund pour qui

« la caractéristique fondamentale de notre époque réside dans le fait que toutes les activités humaines sont soumises en même temps à la contestation interne et à une critique radicale. Aucune n'est épargnée. Il ne s'agit donc plus d'une dissension limitée à la politique, à la religion, à l'économie ou à la pédagogie, mais dans leur ensemble elles sont assaillies jusqu'y compris la morale, le droit, la logique (...) avec l'intention supplémentaire, plus ou moins avouée, de les discréditer. La conséquence en est une lente érosion conflictuelle de toute la société »³⁷⁸.

Freund saisit bien que la critique moderne des institutions ne relève pas seulement de l'objection intellectuelle, mais prend aussi une tournure hostile, celle d'une destruction sans désir d'inventer quoi que ce soit d'autre, à travers la posture apparemment critique du cynique ordinaire. L'intention de discréditer est peut-être, quant à elle, une retombée des mécanismes de fausse reconnaissance précédemment décrits³⁷⁹. La question de savoir si l'homme de la rue a accès aux tribunaux ou s'en remet aux décisions des officiers de justice dans le cours de la vie sociale reste secondaire, car du point de vue même de la subjectivation, l'autorité n'est pas tant affaire de confiance que de mise en scène.

« L'événement de juger fait partie de la justice au même titre que le droit : il en est la fondation. Or la justice, souvent réduite au droit, c'est-à-dire au texte, est présentée amputée d'une partie d'elle-même. La philosophie du droit contemporaine fait penser à une théologie privée de liturgie ou à une critique de théâtre qui ne verrait jamais la mise en scène »³⁸⁰.

3.2 La fraction décisive : le Tiers

Sans le Tiers rituellement mis en scène par le théâtre politique, sans le Miroir fabriqué par la culture, la normativité n'aurait aucune prise sur le sujet, elle serait pur conditionnement; la société deviendrait une animalerie, sous le règne des signaux et du comptage, dont aucune instance instituée n'aurait à répondre³⁸¹.

³⁷⁸ Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 9.

³⁷⁹ Voir chapitre 2. 4.

³⁸⁰ Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 19.

³⁸¹ Pierre LEGENDRE, *Dieu au miroir*, op. cit., note 306, p. 15.

Cet assemblage singulier est une triangulation dont le zénith ou plutôt l’apex est orienté par la position transcendante du Tiers³⁸². Cette distribution des rôles et des fonctions constitue la « scène originaire » de la subjectivité. Il importe de distinguer ici entre la suréminence du Tiers juridique et sa manipulation symbolique trop souvent pratiquée par les idéologies politiques. Pour l’anthropologie dogmatique³⁸³, le pouvoir de l’autorité n’est pas l’autorité du pouvoir; il s’exerce comme fonction, non pas seulement comme effet. Il s’agit d’une structure d’authentification, d’un montage théâtral de la causalité qui répond en miroir – le miroir venant à la place de l’abîme causal – à l’étrangeté de l’animal parlant³⁸⁴. Dans ce contexte de haute voltige du discours juridique, déconstruire l’institution de la limite n’a rien d’une tâche émancipatrice, même pour le droit. Legendre parle du

« *tapage postmoderniste*, riche de promesses intenables, parce qu’il corrompt le principe institutionnel, l’idée même des montages symboliques. (...) Pourquoi le postmodernisme est-il intenable? Considérons le terrain juridique, où toujours sonne l’heure de vérité. Non pas que les thèses affichées – par exemple *legal pluralism*, *unofficial law*, formulations symptomatiques [Legendre réfère ici au titre de la revue *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* publiée aux États-Unis] soient comme telles inassimilables par le système historique de la tradition européenne, mais cette revendication de créativité normative refuse toute assimilation à une relance des concepts classiques tels que la coutume, les statuts personnels, etc. ; elle se veut outre-histoire et *désinscrite* en somme, de par une réitération indéfinie de la déconstruction. Mais que peut signifier *déconstruire*, quant au travail normatif autour du sens et quant à ses conséquences symboliques? »³⁸⁵.

³⁸² « Notons seulement que, dans le langage ordinaire, il n’y a *pas de lien significatif entre autorité et tiers*. Cette absence de lien me semble tout à fait symptomatique. (...) Cela signifie que les figures d’autorité sont tellement évidentes que leur intervention en tant que tiers n’a pas besoin d’être problématisée ». André BERTEN, « Du tiers au Tiers », dans Jean-Pierre LEBRUN et Élisabeth VOLKRICK (dir.), *Avons-nous encore besoin d’un tiers ?*, Paris, Érès, 2005, p. 44.

³⁸³ « Le champ auquel j’ai donné le nom d’*Anthropologie dogmatique* a pour postulat la reconnaissance de ceci : le primat du statut langagier, avec ce qu’il comporte comme spécification, marquage ineffaçable de l’homme et du monde par le langage ». Pierre LEGENDRE, *Le point fixe. Nouvelles conférences*, op. cit., note 322, p. 101.

³⁸⁴ « L’humain vient à la conscience d’exister dans l’ordre de la causalité, comme effet d’une cause. Et il remonte la chaîne causale, tant que les causes qu’il découvre ont elles-mêmes statut d’effets. Mais, s’il remonte jusqu’à l’aporie d’une cause première, à la cause n’ayant pas statut d’effet, il rejoint la représentation (...) l’Abîme auquel la société procure sa forme théâtrale par un *mythe adéquat* et par ses rites d’accompagnement. En somme, le « pas d’effet sans cause » débouche *nécessairement* sur la question, de fonder le fondement, sur *l’aporie d’un butoir causal* ». Pierre LEGENDRE, *La 901e conclusion*, op. cit., note 353, p. 243.

³⁸⁵ Pierre LEGENDRE, *Dieu au miroir*, op. cit., note 306, p. 267-268.

Déconstruire l'institution de la limite revient à vandaliser un funiculaire suspendu au-dessus d'un gouffre, ou à détourner malencontreusement l'attention d'un funambule. L'image du travail sur le fil symbolise l'équilibre toujours incertain de la condition humaine assorti au dispositif de parole des montages dogmatiques³⁸⁶. Paul Auster, préfacier de l'ouvrage d'un funambule célèbre, observe l'exposition volontaire au vertige en ces termes :

« Chaque fois que nous voyons un homme marcher sur un fil, une partie de nous le rejoint là-haut. À la différence de ce qui se passe dans les autres arts, l'expérience du funambule est directe, immédiate, simple, et ne nécessite aucune explication. L'art est la chose elle-même, une vie dans son tracé le plus nu. Et s'il y a de la beauté là-dedans, c'est à cause de la beauté que nous sentons en nous³⁸⁷.

Pour Legendre, l'engouement contestataire postmoderne omet de distinguer entre les formes et la fixité d'une structure construite autour de l'imparable de l'Interdit. Cet *imparable* n'a rien d'une mystique de l'indicible, mais rappelle plutôt que l'Interdit est sans « fondement scientifique, en ce sens que sa justification ne peut être qu'usage métaphorique du vide »³⁸⁸. La dogmatique est un édifice d'interprétations, une mise à distance par la parole des risques d'écrasement duel. À l'instar de la décision de justice, l'interprétation juridique repose sur l'échafaudage vertigineux d'une parole débarrassée de sa gangue « communicationnelle », au sens où l'on infère l'omniscience du législateur dans l'interprétation des lois.

L'élément dogmatique réside dans le fait que la vérité apparaît non pas sous une forme objectivable, démontrable, mais dans le mécanisme d'une parole prononcée à la bonne place³⁸⁹. Dans la vie et l'histoire du sujet criminel, le droit est de la « parole écrite » par la mise en scène du procès³⁹⁰, et le destin de l'individu s'y retrouve le plus souvent réconcilié

³⁸⁶ « L'humanité tient par les institutions de la différenciation, de même que la vie, dit-on, tient à un fil ». Pierre LEGENDRE, *L'ineffable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 331.

³⁸⁷ Cité dans Philippe PETIT, *Traité du funambulisme*, Paris, Actes Sud, 1997, p. 20.

³⁸⁸ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 85.

³⁸⁹ « On notera que ce qui se déclare et s'enseigne par l'expression *dogme* se rapporte au discours de la *vérité légale et honorée comme telle*, discours de ce qui est dit *parce que cela doit être dit*. Ce qui est *dû* dans ce *doit* être dit, entendons-le au sens d'une dette rituelle, non pas au sens de devoir reconnaître le vrai dans une démarche scientifique ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 78.

³⁹⁰ Fort utile en terme de délai et peu coûteux au plan de l'efficacité managériale, le *plea bargaining* ne correspond peut-être pas à ce que l'on doit comprendre, du point de vue de la subjectivité, par l'expression « administration de la justice ».

avec celui de la communauté³⁹¹. Le Tiers dit vrai par rapport au montage où il apparaît comme auto-extériorisation de la normativité sociale accordée à la hiérarchie d'un système d'interdits dont il constitue le lieu d'expression. Pierre Legendre décrit en ces termes la fragilité de cette ressource appuyée sur le déterminisme symbolique de la condition humaine :

« Techniquement, un système dogmatique est un système d'interprétations et se définit donc socialement comme organisation étagée de places d'interprètes. Cela, sur la base suivante : si une société humaine est dépendante de la logique de l'espèce, cela veut dire en définitive que le *déterminisme symbolique* de l'animal parlant doit se traduire par des montages d'institution de la parole en tant qu'institution de la vie même »³⁹².

Le législateur est présumé « ne pas parler pour ne rien dire ». Toute répétition du libellé de différents textes de loi ne peut signifier une redondance, mais commande, dans le cours d'une argumentation, de déduire d'un même principe l'ajout d'une nuance nouvelle plutôt qu'elle ne confine à la redite ou à la plate répétition. Interpréter en droit ne consiste pas en un acte de lecture ordinaire. Pour Legendre,

« l'interprétation est une affaire de meurtre et le lieu des affrontements sanglants, parce qu'il s'agit de guerre pour la vérité. Ces choses, apparemment fort oubliées, reviennent de temps à autre sur la table, chez les hauts gestionnaires du système, quand celui-ci se heurte à l'absolutisme des autres (par exemple, à l'Islam), mais nous avons horreur de penser que notre organisation gérée si scientifiquement puisse reposer sur une querelle d'interprétations et de textes, et non seulement sur des rapports de domination économique »³⁹³.

Dans son souci pour la mise en scène de la parole juste, le droit réitère l'assujettissement des individus à la vérité comme fonction. Le travail d'analyse de Legendre ne passe pas par l'exemple³⁹⁴, mais par la description des pièces du *mécano* juridique

³⁹¹ À la suite des travaux de Michel Foucault sur la déviance, Ian Hacking évoque en ces termes la puissance des institutions dans la « fabrication » des individus : « Telle est la différence entre les hommes et les choses : ce que font les chameaux, les montagnes, les microbes ne dépend pas de nos paroles. Ce qu'il advient des bacilles de la tuberculose dépend du fait que nous bombardons de vaccin BCG ou non, mais pas de la façon dont nous les décrivons (...). C'est le vaccin et non les mots qui les tue. L'action humaine dépend plus de la discipline humaine que l'action bactériologique ». Cité dans Mary DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, Paris, Éditions de la Découverte, 2004, p. 145.

³⁹² Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 71.

³⁹³ Pierre LEGENDRE, *Paroles poétiques échappées du texte*, op. cit., note 357, p. 48.

³⁹⁴ Encore qu'il n'hésite pas à citer, dans *Filiation*, quelques décisions des tribunaux français et une décision aberrante à ses yeux du *Tribunal de la Jeunesse* rapportée dans le *Recueil de jurisprudence du Québec*, 1988, pp. 1138-1144. Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 197.

occidental et de ses emboîtements nécessairement limités. C'est alors toute la question du fonctionnement de la parole d'autorité en Occident, de l'autorité du droit en tant que forme distincte du pouvoir qu'annonce l'enjeu de la ternarité et conséquemment celui de la justification du punir moderne.

« L'autorité est donc à différencier du pouvoir, car elle s'exerce à partir de la reconnaissance symbolique de la différence des places alors que le pouvoir désigne davantage le registre imaginaire où c'est la puissance de l'un qui prédomine sur celle de l'autre. L'autorité reconnue symboliquement implique que cette reconnaissance ne dépende pas seulement de l'accord de l'autre, mais bien plutôt de l'adhésion à un pacte qui antécède et dépasse les interlocuteurs en présence et qui légitime celui ou celle qui occupe cette place différente »³⁹⁵.

L'autorité du droit s'impose par étalement et s'augmente par refondation transgénérationnelle de l'institué. Elle passe par l'institution plutôt que par les personnes, car elle n'entend pas tant être crue qu'obéie. Lorsqu'il s'agit des discours entourant le montage de l'interdit, la perte de confiance n'est pas du même ordre que la remise en cause des autorités politiques ou que la défaillance symbolique dans le registre de la subjectivité. Étymologiquement, Droit et Tiers paraissent isomorphes de la notion d'autorité :

« Pour les Romains, la *potestas* n'est pas l'*auctoritas*. Le mot *auctoritas* vient de la langue juridique romaine : il vaut dans plusieurs sphères – droit public et droit privé –, où il prend diverses significations. (...) Elle est la valeur qui s'attache à un acte juridique, une loi, une décision judiciaire »³⁹⁶.

L'institution juridique occidentale et son caractère « d'artifice vital » coïncident avec les dispositions d'une structure sociale qui ne conçoit l'idée de justice qu'à la condition expresse qu'un Tiers puisse intervenir depuis une position instituée et disposer de l'autorité requise³⁹⁷. La force du droit tient tout autant de la modalité de cette interaction que de l'extériorité formelle qu'elle consacre. La perception et l'existence du phénomène juridique ne

³⁹⁵ Jean-Pierre LEBRUN, *Les désarrois nouveaux du sujet*, op. cit., note 283, p. 277.

³⁹⁶ Myriam REVAULT D'ALLONNES, *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*, Paris, Seuil, 2006, p. 25.

³⁹⁷ « Dire qu'une autorité est « reconnue » est une sorte de pléonasme : toute autorité est une autorité reconnue, c'est-à-dire tenue pour légitime. Il n'y a donc aucun sens à parler d'autorité « illégitime » ou « illégale » : c'est, souligne Kojève, une contradiction *in adjecto*. (...) La légitimité tient à une certaine « supériorité », à la « prééminence » du détenteur de l'autorité. (...) L'autorité n'a donc aucun besoin de s'affirmer sur le mode « autoritaire », sauf à se récuser elle-même ». Myriam REVAULT D'ALLONNES, *Le pouvoir des commencements*, op. cit., note 396, p. 69.

tiennent donc pas d'abord à des contenus³⁹⁸. Le postulat de l'intervention désintéressée du Tiers constitue en quelque sorte la condition transcendante de l'existence de la réalité juridique. Lorsque le lieu de la loi, le lieu du Tiers sont occupés par des énoncés scientifiques plutôt que par un certain ordre de parole, les sociétés basculent dans le totalitarisme. Il importe de distinguer les lois de la science de celle des législateurs³⁹⁹. L'argument d'autorité prend appui à partir de la position d'exception qu'occupe celui qui l'énonce et qui le distingue de l'autorité scientifique.

« L'argument d'autorité ne cache nullement d'où il tient sa légitimité, n'occulte pas la dimension de semblant dans laquelle s'origine son énonciation. Ceci l'amène à se situer dans le registre d'une certitude que nous qualifions d'*incertaine*, alors que l'autorité des énoncés scientifiques aboutit en revanche à laisser croire à *une certitude certaine*. (...) L'autorité de la science donne dès lors au profane l'impression d'une légitimité à toute épreuve et se propose comme une autorité supérieure puisque se référant au registre de la science certaine. En éludant sa dimension d'énonciation, elle permet de croire que nous pouvons échapper à l'argument d'autorité, et surtout à son irréductible part d'arbitraire. Elle se présente comme un tiers impartial et dégagé de toute implication subjective »⁴⁰⁰.

Le télescopage des deux régimes conduit à la démétaphorisation de la loi. L'expérience nazie illustre cette permutation tragique⁴⁰¹. La vérité pour l'être parlant n'arrive pas par le réel désymbolisé des choses crues, mais par l'entremise de la représentation et des montages.

C'est la dimension proprement dogmatique du droit que la modernité n'arrive plus à reconnaître; elle ne comprend plus l'ordre social comme mu par des fictions et des montages langagiers et ne reconnaît aux lois leur force obligatoire qu'à la condition que le législateur puisse en démontrer l'utilité ou en justifier l'existence. Les régimes juridiques perdent de leur

³⁹⁸ « De même la notion d'autorité s'éclaire-t-elle ; l'autorité ne procède pas d'un contenu, mais de la place de l'émission du message : cela est dit parce que cela doit être dit, qu'il faut entendre dit à la bonne place ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 47.

³⁹⁹ « Ainsi vivons-nous le temps où le pouvoir revendique sa propre disparition, en même temps que l'idée de loi de la vie sociale et subjective ne ferait plus qu'un avec le concept scientifique de loi – quiproquo redoutable pour l'humanité ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 64.

⁴⁰⁰ Jean-Pierre LEBRUN, *Les désarrois nouveaux du sujet*, op. cit., note 283, p. 41.

⁴⁰¹ L'affaïssement progressif du principe d'autorité ne se résume pas dans la confusion épistémologique des légalités, mais doit être payé au plan social. Par exemple, « Adorno a essayé de montrer comment l'antisémitisme reflète les besoins des gens qui, ayant le sentiment de n'avoir pas connu dans leur enfance de puissantes personnalités douées d'autorité, se sentent faibles et cherchent à blâmer des étrangers. Le concept de « personnalité autoritaire » se situe au point de rencontre de deux sortes de forces : des forces psychologiques qui poussent les gens à ressentir un besoin désespéré de fermeté, et des forces historiques et sociales qui façonnent l'expression que vient à revêtir ce besoin ». Richard SENNETT, *Autorité*, Paris, Fayard, 1981, p. 39.

autorité parce qu'ils sont compris depuis les règles d'établissement de la vérité scientifique, de la falsifiabilité. Pour le sujet, le caractère structurant de l'interdit est assimilé à une intrusion capricieuse, aux multiples inconvénients ou contrariétés de la vie sociale⁴⁰². Jean-Claude Liaudet observe cette caractéristique de l'ordre néo-libéral en ces termes :

« L'originalité de la névrose libérale consiste peut-être bien à refuser tout grand Autre, par un étrange tour; on pourrait dire : à le démocratiser, si l'on veut bien détourner les mots à la manière libérale. À savoir que l'Autre c'est moi, l'Individu de l'individualisme! Car je me fonde de moi-même, et ma volonté est la loi. Ainsi, le *Je* n'aurais pas besoin d'un tiers »⁴⁰³.

La troisième dimension de la réalité juridique trouve un écho linguistique dans l'enveloppe pronominale la plus impersonnelle. L'embrayeur anonyme « il »⁴⁰⁴, troisième personne du singulier, annonce le plus souvent, sous une forme positive, l'absence au-delà du genre dans la mesure où « elle » est comprise comme la forme dérivée du « il » générique. Les mots anglais *Man* et *Wo-man* ou encore la forme hébraïque *Ish* et *Isha* dans les premiers récits du livre de la Genèse font mieux apparaître ce télescopage de l'altérité. Le neutre en latin⁴⁰⁵ permet par exemple l'expression de la forme impersonnelle, un effet de mise à distance, l'empan requis par le *dés-inter-essement*. Il ne faut pas conclure trop rapidement que la forme logique du *dés-inter-essement* du tiers conduit nécessairement au contenu substantif ou procédural de l'impartialité en droit. Freund décrit des situations où le tiers a intérêt à ce que la confusion et le conflit persistent : « Simmel le dénomme *tertius gaudens*, c'est-à-dire le troisième larron. Le tiers n'est pas impliqué directement dans le conflit, mais il en tire profit pour lui-même »⁴⁰⁶. Les formes pronominales ou les instances linguistiques qui président à

⁴⁰² « La promotion politique, commerciale, intellectuelle du sujet-Roi suppose que la société soit conçue comme agglomérat d'individus *pris un à un*, de groupes *pris un à un*, par conséquent condamnés au rapport duel ; mais on ne saurait pour autant abolir la logique de la triangulation, indisponible par principe ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 60.

⁴⁰³ Jean-Claude LIAUDET, *L'impasse narcissique du libéralisme*, Paris, Climats, 2007, p. 61.

⁴⁰⁴ « En français, ce triangle des personnes verbales énonciatives se figure aisément par le système des trois pronoms personnels ; *je*, *tu* et *il*, où *je* représente celui qui parle, *tu* celui à qui l'on parle, et *il*, celui dont on parle. Il existe donc, logiquement parlant, trois et seulement trois pronoms personnels sujets. Cet ensemble compose, une « structure » à trois termes : aucun ne peut être défini sans que les deux autres soient évoqués. Dans cette définition, l'un quelconque implique les deux autres, si bien que trois termes sont au total nécessaires pour définir ici ce rapport ». Dany-Robert DUFOUR, *On achève bien les hommes. De quelques conséquences actuelles et futures de la mort de Dieu*, Paris, Denoël, 2005, p. 126.

⁴⁰⁵ On ne saurait évidemment attribuer l'invention du droit romain à cette seule particularité linguistique.

⁴⁰⁶ Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 289.

l'établissement du champ intersubjectif contiennent tout à la fois et sans déchirement l'espace intercalaire de l'intervention et la troisième personne elle-même, l'ici et l'ailleurs, le lieu et l'horizon.

Dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit*⁴⁰⁷, Alexandre Kojève fait de l'intervention désintéressée, de la modélisation ternaire, la caractéristique déterminante et la condition de possibilité essentielle du réel juridique. La référence au Tiers comme révélateur de l'existence de la réalité juridique relève chez Kojève du texte inspiré, sans qu'il soit possible de décrire complètement ce que peut signifier en droit, par rapport à un texte littéraire, l'expression « texte inspiré ». L'élégance stylistique d'un article de code, d'une solution doctrinale, relève de la dimension esthétique au même titre que l'architecture d'un palais de justice ou l'enceinte d'un tribunal. L'inspiration en droit ne signifie pas au premier chef nouveauté, car l'invention juridique doit, pour s'assurer d'une autorité, être dissimulée ou feindre les retrouvailles (la fausse ou vraie reconnaissance) avec des éléments plus anciens ou méconnus de la doctrine⁴⁰⁸. De fait, elle ne peut apparaître qu'à la condition d'être appuyée sur d'autres textes, *c'est-à-dire* ailleurs et autrement que sur sa propre virtuosité. L'une des caractéristiques de l'inspiration juridique réside peut-être dans l'efficacité d'une description concise et dans la simplicité déconcertante avec laquelle un phénomène éminemment complexe est circonscrit ou inclus à l'intérieur de paramètres souples, quoique précis, de cette définition même. À cet égard, *l'Esquisse* de Kojève doit être rangée parmi les textes inspirés non seulement en raison de son articulation de la fonction tierce, mais par la mise en abîme du rendre-justice compris essentiellement à partir de la maxime *Fiat justitia, pereat mundus*⁴⁰⁹.

Kojève tient pour acquis que l'existence du droit se résume à la force d'une articulation entre un savoir abstrait et son application au cas particulier :

« Il suffit de remarquer qu'on peut constater la présence du Droit en se basant uniquement sur le fait de l'intervention d'un tiers. Et l'on peut ajouter qu'il suffit de savoir par ailleurs qu'on se trouve en

⁴⁰⁷ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*. Paris, Gallimard, 1981.

⁴⁰⁸ Bien entendu, cela implique la cohérence interne du discours juridique tout autant que l'ajout de notions nouvelles.

⁴⁰⁹ Comme le rappelle Marco Filoni dans une récente biographie intellectuelle à propos du rôle important de *L'Esquisse* dans l'œuvre de Kojève, « ce livre, bien qu'il porte de sous-titre *Exposé provisoire*, constitue l'une des œuvres les plus achevées de Kojève, qui du reste s'en déclarait satisfait. Resté inédit, il fut publié de nombreuses années plus tard, grâce à la volonté de Raymond Aron ». M. FILONI, *Le philosophe du dimanche. La vie et la pensée d'Alexandre Kojève*, Paris, Gallimard, 2010, p. 92-93.

présence d'une situation juridique, pour être forcé de postuler (ou de prévoir) une telle intervention (tout au moins en tant que possible). Il faut donc dire que le Droit ne peut se révéler à l'homme sans que celui-ci constate ou postule une intervention désintéressée d'un tiers »⁴¹⁰.

L'entre-deux d'où procède l'intervention décisive du Tiers ne saurait se résumer à la médiation entre deux termes. Il tient davantage du registre de l'*effraction* si on le comprend selon une représentation par laquelle l'inter-prétation, l'*inter-pretium* s'inscrit comme distance, marchandage, ajustement avec la réalité. Effraction d'abord, mais surtout ouverture de l'*inter* qui permet l'interprétation, le décollement d'avec l'obvie; le Tiers n'est pas la déclinaison des deux premiers termes. Comment le peu de réalité d'une articulation linguistique peut-elle donner lieu, prendre la forme de la justice? À moins que cette inflexion linguistique ne soit d'ores et déjà comprise ou incluse par l'effet structurant, la négativité de l'interdit au fondement du social.

Dans un autre registre que celui des grands psychodrames trinitaires de la théologie chrétienne, il s'agit pour le droit d'un subordinationisme radical⁴¹¹: le Tiers est à la fois l'*inter*, ce qui le rend possible, et plus que lui; il n'y a pas d'égalité entre les termes de ce paradigme.

« Le latin *interpretes* donne sur le sens de ce terme des précisions particulièrement intéressantes; l'*intermédiaire*, celui qui se charge d'une affaire *pour le compte de*. Relevons que le vocable signifie aussi, bien entendu, celui qui se charge d'expliquer, le commentateur (...). La fonction d'interprétation se situe au point précis où se produit ce que j'appellerai l'*écart de légitimité*, espace frontalier entre les sujets (...). Le juriste est un spécialiste de la mise à distance (...). En tant qu'interprète, le juriste exerce une fonction structurale, en ce sens qu'*il notifie dans la société le principe généalogique de la dissymétrie*, grâce auquel le pouvoir comme tel devient repérable et la normativité socialement et subjectivement efficiente. (...) Cette fonction est une forme structurale, qui ne peut être confondue avec ses contenus successifs »⁴¹².

⁴¹⁰ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Esquisse provisoire*, Paris, Gallimard, 1981, p. 24.

⁴¹¹ « Lorsqu'on parle du Droit ou de son autonomie, on a tendance à s'attacher trop exclusivement aux « justiciables », pour ainsi dire. (...) Mais en réalité l'existence des « justiciables » ne suffit pas encore pour qu'il y ait Droit. Il faut qu'il y ait un tiers « impartial et désintéressé ». Et on peut même dire que la spécificité du Droit réside précisément dans la présence de ce tiers. Une interaction quelconque devient une situation juridique uniquement parce qu'elle provoque l'intervention d'un tiers ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 191.

⁴¹² Pierre LEGENDRE, *L'ineffable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 368-369.

Lecteur de Kojève⁴¹³, Legendre ressaisit le point d’ancrage que constitue le Tiers dans *L’esquisse d’une phénoménologie du droit*, alors qu’une grande partie des intellectuels français des années 1960⁴¹⁴ met plutôt à profit la dialectique du maître et de l’esclave dans *l’Introduction à la lecture de Hegel*⁴¹⁵. Kojève et Legendre sont de prodigieux donneurs de *Leçons*⁴¹⁶ et tentent de fournir les fondements théoriques d’une anthropologie dogmatique et d’une phénoménologie de l’autorité juridique dont l’existence repose essentiellement sur la primauté du symbolique⁴¹⁷. L’enjeu théorique de ce moment hégélien et de cette réécriture marque une torsion épistémologique consécutive à la continuité « naturelle » suggérée par l’image de la bande de Moëbius⁴¹⁸. Cette continuité n’implique rien de moins qu’une soudaineté sans antécédent : celle qu’impose l’acquisition du langage dans son rapport à la transmutation du réel. Claude Lévi-Strauss formule l’hypothèse de ce Big Bang symbolique en ces termes :

« Quels qu’aient été le moment et les circonstances de son apparition dans l’échelle de la vie animale, le langage n’a pu naître que tout d’un coup. Les choses n’ont pas pu se mettre à signifier progressivement. À la suite d’une transformation dont l’étude ne relève pas des sciences sociales, mais de la biologie et de la psychologie, un passage s’est effectué, d’un stade où rien n’avait un sens, à un autre où tout en possédait⁴¹⁹».

⁴¹³ La référence à Alexandre Kojève apparaît à diverses occasions dans les *Leçons* de Legendre sans toutefois qu’il lie la fonction ternaire, dimension originaire du droit, à ses propres développements sur l’incidence psychique de cette fonction.

⁴¹⁴ À propos de la réception de l’œuvre de Kojève en France, voir Gwendoline JARCZYK et Pierre-Jean LABARRIÈRE, *De Kojève à Hegel. 150 ans de pensée hégélienne en France*, Paris, Albin Michel, 1996 et Judith BUTLER, *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, Paris, PUF, 2011.

⁴¹⁵ A. Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, op. cit., note 272.

⁴¹⁶ *L’introduction à la lecture de Hegel* est un cours donné de 1933 à 1939 et dont les leçons ont ensuite été réunies et publiées par l’écrivain Raymond Queneau.

⁴¹⁷ Sur le débat dans la pensée française entourant l’acception du terme « symbolique », voir Vincent DESCOMBES, « L’équivoque du symbolique », *Revue du MAUSS*, no. 34, vol. 2, 2009, p. 438-466.

⁴¹⁸ « Cette surface présente la propriété étrange d’avoir un seul bord et une seule face, de sorte que ce qui est « dessous » peut être considéré comme le « dessus » en effectuant une simple translation à la surface. On peut imaginer une fourmi occupée à la parcourir sans discontinuer : à chaque instant, celle-ci a la preuve concrète qu’il y a bien un envers, un autre côté que celui sur lequel elle pose ses pattes. Et cependant poursuivant son chemin et faisant un tour complet, elle ne manquera pas de se retrouver de l’autre côté sans avoir pourtant franchi le moindre bord. À cet instant, ce qui était précédemment l’endroit est devenu envers ». Franck CHAUMON, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Paris, Michalon, 2004, p. 15.

⁴¹⁹ Claude LÉVI-STRAUSS, *Introduction, dans Marcel Mauss, Sociologie et anthropologie (1950)*, PUF, coll. « Quadrige », 2001, p. 47-48.

Dans ce contexte, pour comprendre l'axe ontologique du droit, l'inférence ou la déférence suivante doit être admise sans transition ni hiatus⁴²⁰ : des événements relevant de la réalité empirique sont réputés soumis ou conditionnés par d'autres qui relèvent quant à eux de la fiction institutionnelle. Cette soumission n'est pas causale puisque l'effet se retrouve dans la cause elle-même. Autrement dit, l'expérience de l'institué paraît plus « naturelle » pour l'être humain que l'ingénuité d'un accès au sensible⁴²¹, à tel point que la désignation de ce seuil n'est plus guère pertinente pour certains et demeure éminemment litigieuse pour d'autres. Le sensible ou l'immédiateté organique ne saurait être conçu autrement que comme point de départ imaginaire⁴²². Primauté de l'artefact sur le donné sensible;⁴²³ un fait culturel (le Droit) s'impose aux éléments spontanés du surgissement subjectif et subsume les conditions chronologiques objectives du développement humain dans une co-incidence atemporelle.

Réalité et subjectivité⁴²⁴ sont des constructions autant que des vues de l'esprit; leur statut ne s'en trouve pas de ce fait amoindri, bien au contraire. Le symbolique pèse plus lourd que la réalité qu'il surplombe et subordonne à ses règles⁴²⁵. Ce renversement de perspective

⁴²⁰ Pour les sociétés occidentales, le sort de cette continuité entre le sensible et l'institué engage la question de la biologisation du sujet. Les montages interprétatifs qu'évoque Legendre sont les garde-fous des processus de subjectivation.

⁴²¹ Pour Kojève, qui reprend la perspective de Hegel, la réalité n'est jamais autre que « la transformation de la nature en fonction d'une idée non matérielle qui est le travail au sens propre du terme, travail qui crée un monde non naturel, technique, humanisé, adapté au désir humain d'un être qui a démontré et réalisé sa supériorité sur la nature par le risque de sa vie pour le but non biologique de la reconnaissance ». Alexandre KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, op. cit., note 272, p. 147.

⁴²² Kojève explique l'opposition apparente entre réalité empirique et surdétermination idéale en ces termes : « Les phénomènes humains sont spécifiques et autonomes vis-à-vis des phénomènes naturels. Mais ils n'existent pas en dehors de ces derniers, et sont néants à l'état pur ou isolé. Ils n'existent que dans et par leur *opposition* aux phénomènes naturels, car ils ne sont rien d'autre que leur *négation* en acte ou en puissance, et ils les présupposent par conséquent ». Id., p. 245.

⁴²³ « Ce que nous oublions dans la vie quotidienne, c'est que notre univers humain n'est rien d'autre qu'une incarnation de la « négativité abstraite » radicalement in-humaine (...). Disons que l'homme est l'animal dont la vie est gouvernée par des fictions symboliques ». Slavoj ZIZEK, *L'intraitable Psychanalyse, politique et culture de masse*, Paris, Éditions Anthropos, 1993, p. 42.

⁴²⁴ La situation de la subjectivité apparaît simultanément avec la non-naturalité du désir : « Le sujet est créé à travers l'expérience du désir et est, en ce sens, un moi non naturel. Le sujet ne précède pas ses désirs, il ne récolte pas ensuite à partir de ses désirs le reflet d'un Moi déjà constitué. Au contraire, le sujet est essentiellement défini à travers ce qu'il désire. En désirant un certain type d'objet, le sujet se pose lui-même involontairement comme un certain type d'être. (...) En tant que transformation effective des donnés biologiques ou naturels, l'action historique est le mode à travers lequel le monde de la substance se trouve redéfini comme monde du sujet ». Judith BUTLER, *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, Paris, PUF, 2011, pp. 94-95.

⁴²⁵ Slavoj Zizek rappelle la puissance de ce renversement de la perspective usuelle : « Hegel est tout émerveillé de cette faculté mortifiante de l'Entendement devant laquelle la substance vivante est sans ressource aucune, de

est l'une des conséquences inéluctables du caractère non naturel du désir humain⁴²⁶, de la même manière que pour Ferdinand de Saussure, cité par Legendre, « l'exercice de la parole ne constitue pas une fonction naturelle »⁴²⁷. Les héritiers des *Leçons* de Kojève tirent toutes les implications logiques de cette destitution du sens biologique de la réalité humaine : la parole elle-même n'entre en jeu que depuis la primauté de la fonction symbolique.

Cette destitution du sens biologique ne convertit pas la primauté du symbolique en prothèse théorique ou en prémisse inconcevable qu'il faudrait admettre pour suivre les démonstrations subséquentes de Legendre ou de Kojève. On peut même affirmer que cette primauté du symbolique ne surgit que de la condition néoténique de l'être humain⁴²⁸, de sa situation biologique même. Dany-Robert Dufour décrit les particularités de l'exception humaine en ces termes :

cette puissance formidable qui arrache l'un à l'autre ce qui « naturellement » s'appartient, et se trouve ainsi à même de soumettre la réalité même du processus vivant aux « fictions » symboliques. Pour lui, cette inversion où la fiction soumet la réalité démontre plutôt la *nullité ontologique inhérente à ce que nous appelons réalité*. (...) L'une des grandes leçons de la psychanalyse lacanienne - et le point où Lacan rejoint Hegel - consiste dans l'affirmation de la radicale discontinuité entre l'immédiateté organique de la « vie » et l'univers symbolique. La « symbolisation de la réalité » implique un passage par le point zéro de la « nuit du monde ». Slavoj ZIZEK, *L'intraitable*, op. cit., note 466, p. 41-42.

⁴²⁶ On reconnaît ici les formulations « canoniques » de Kojève pour qui, reprenant Hegel, *le désir est toujours le désir du désir de l'Autre* et non celui d'un objet naturel pour lui-même. Le besoin se trouve inféodé au désir et non l'inverse. Dans *L'esquisse d'une phénoménologie du droit*, il rappelle la vérité anthropologique indépassable selon laquelle « le Désir humain doit porter sur un autre Désir. Pour qu'il y ait Désir humain, il faut donc qu'il y ait tout d'abord une pluralité de Désirs (animaux). Autrement dit, pour que la Conscience de soi puisse naître du Sentiment de soi, pour que la réalité humaine puisse se constituer à l'intérieur de la réalité animale, il faut que cette réalité soit essentiellement multiple. L'homme ne peut donc apparaître sur terre qu'à l'intérieur d'un troupeau. C'est pourquoi la réalité humaine ne peut être que sociale. Mais pour que le troupeau devienne une société, la seule multiplicité des Désirs ne suffit pas; il faut encore que les Désirs de chacun des membres du troupeau portent - ou puissent porter - sur les Désirs des autres membres. (...) De même, le Désir qui porte sur un objet naturel n'est humain que dans la mesure où il est « médiatisé » par le Désir d'un autre portant sur le même objet: il est humain de désirer ce que désirent les autres, parce qu'ils le désirent. Ainsi, un objet parfaitement inutile au point de vue biologique (tel qu'une décoration, ou le drapeau de l'ennemi) peut être désiré parce qu'il fait l'objet d'autres désirs. Un tel Désir ne peut être qu'un Désir humain, et la réalité humaine en tant que différente de la réalité animale ne se crée que par l'action qui satisfait de tels Désirs: l'histoire humaine est l'histoire des Désirs désirés. Alexandre KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, op. cit., note 272, p. 11 et 13.

⁴²⁷ « Le parler de l'homme n'est pas l'équivalent d'une fonction dont l'homme, comparé aux autres espèces, se trouverait pourvu *en plus*, se surajoutant aux autres fonctions (se déplacer, se nourrir, etc.). (...) La parole définit le phénomène spécifiquement humain, en tant que celui-ci n'existe et n'est pensable que *porté par la fonction symbolique*. Le corps lui-même n'est pas le corps, en ce sens que cette entité où siège la vie que nous appelons corps n'entre comme élément du montage humain qu'arrimé *aussi* au travail de la symbolisation (...) ». « *La coupure psycho-somatique n'en est pas une, c'est une affaire intérieure au langage* ». Pierre LEGENDRE, *La 901e conclusion*, op. cit., note 353, p. 121 et 153.

⁴²⁸ La notion de néoténie renvoie aux découvertes de l'anatomiste et biologiste Louis Bolk (1866-1930) qui observait le caractère de prématurité exceptionnelle de l'être humain par rapport aux autres mammifères.

« Remarquons tout d’abord qu’avec la néoténie humaine, l’in vraisemblable est arrivé dans l’histoire naturelle : le triomphe d’une espèce qu’on peut qualifier de débile. La néoténie humaine bouscule en effet le strict darwinisme au sens où il est à peu près impossible d’expliquer cette victoire dans le seul cadre du grand modèle d’intelligibilité dont nous disposons en histoire naturelle. (...) La néoténie humaine constitue en effet un contre-exemple à la loi darwinienne de la sélection naturelle puisque, en ce cas, c’est l’espèce la plus inapte qui a été sélectionnée⁴²⁹.

La morphologie et même l’évolution des organes phonateurs ne sont alors plus comprises comme des conditions suffisantes pour accéder au langage humain. Depuis cette puissance d’abstraction *et dans cette perspective*, le déterminisme linguistique supplante tout déterminisme biologique. La loi du langage qui préside aux constructions sociales commande à la totalité du champ de l’expérience humaine. L’ordre symbolique, la lutte pour la reconnaissance deviennent pour le sujet humain ce qu’est la force de gravité dans le contexte de la physique des corps solides.

Appliquée à la qualification des comportements individuels, cette perspective récuse tout horizon qui prétend tirer sa validité de la capacité adaptative des sujets ou même se comprendre depuis un horizon a-théorique. La finalité des conduites humaines ne peut être appréciée ailleurs ni autrement qu’à travers le désir de chacun de faire reconnaître sa réalité, non de se soumettre à ses conditions, ou encore de s’adapter à son environnement.

L’idée de s’appuyer sur la culture et l’histoire du droit pour soutenir que l’équilibre des individus dépend de la prééminence de la structure ternaire et des déterminismes symboliques inhérents à la faculté du langage rompt avec les régimes de démonstrations habituelles en sciences humaines. Legendre n’emprunte ni la voie des statistiques ni celle des données sociologiques ou encore des enquêtes de terrain. Aucun goût pour colliger le soi-disant matériau brut; plutôt l’approfondissement des conséquences sur l’inconscient individuel du réaménagement gestionnaire des institutions. Ce mode d’analyse est posé sur l’axe de la dimension anthropogène, l’argument d’une réalité *sui generis* utilisée par Kojève. La réalité humaine soumise à l’arbitraire linguistique et à sa condition ne peut qu’épouser un nombre limité de formes sociales.

⁴²⁹ Dany-Robert DUFOUR, *On achève bien les hommes*, op. cit., note 404, p. 87-88.

Dans pareil contexte, les références à l'œuvre de Pierre Legendre et à celle d'Alexandre Kojève apparaissent opportunes. Conscient du fait qu'elles nécessiteraient en elles-mêmes une étude particulière, qu'il s'agisse uniquement de *l'Esquisse de la phénoménologie du droit* ou encore de *L'Inestimable objet de la transmission* récemment réédité, elles servent ici à recadrer la dimension fonctionnelle et l'autonomie de la discipline juridique sans égard pour la force d'attraction et la simplification qu'exercent les discours de la psychiatrie. Les deux œuvres ont en commun la reconnaissance de la transcendance du Tiers en tant que structure articulant milieu et subjectivité à partir du désir humain tantôt initié par la conscience tantôt mû par l'inconscient. Elles partagent également un refus de ne considérer le droit qu'à partir d'une théorisation sur le contenu des règles ou des normes, et une volonté de l'approcher directement depuis l'insistance des effets de l'ordre symbolique sur la conscience et le réel. Il s'agit donc pour ces auteurs de réfléchir sur des contenus substantiels concernant non plus les « droits de l'homme » en contexte de libéralisme, mais des droits qui permettent de tenir la subjectivité en état. Comment assurer que le Tiers de la démarche descriptive de Kojève soit la forme externalisée de la triangulation institutionnelle et psychanalytique chez Legendre?

3.3 *Soi-même comme un Tiers*

Institutionnellement, le narcissisme doit subir un forçage,
qui le rende apte à servir la cause de la vie⁴³⁰.

Originaire au contenu substantif de l'idée de justice, l'intervention du Tiers tient en état la réalité juridique. Ici, la forme précède le fond et le rend possible si l'on considère l'interdit de l'inceste⁴³¹ et la triangulation œdipienne comme des invariants⁴³² des sociétés

⁴³⁰ Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 216.

⁴³¹ « Telle est la fonction de représentation qui s'applique d'abord à soi, pour s'étendre à l'ensemble du monde. Ainsi seulement l'homme et le monde deviennent-ils pensables par l'homme, à travers le phénomène de dédoublement et de (re)présentation, de mise sous les yeux, par le truchement d'un support externe, avant d'être ensuite intériorisés. Ce dédoublement résulte de l'intervention, transmise et imposée à l'enfant, du pouvoir séparateur dont le paradigme le plus connu est l'interdit de l'inceste. Inceste est synonyme de confusion, refus ou déni de la séparation entre les êtres et à l'intérieur d'eux-mêmes, rejet de la différenciation, de l'attribution à chaque humain d'une place à la fois limitée, unique et inaliénable selon l'universelle structuration généalogique (la fameuse « juste place ») qui lui interdit de les occuper toutes. Nous comprenons à présent que sujet et objet renvoient l'un à l'autre sans se confondre. Qu'en conclure, lorsque les significations conscientes partagées tendent à abolir leur différenciation structurelle ? ». Christina GAUTHERON-BOUTCHATSKY, « Assujettissement », *Le Télémaque*, vol. 1, no 23, 2003, p. 21, 27.

humaines. Elle s'impose également comme structure au plan psychique et comme corollaire de l'accession à la subjectivité dès que s'acquiert, au cours du développement de l'être humain, la capacité d'auto-présentation, de déhiscence par rapport à l'envahissement du monde extérieur des images et des sensations. S'autoprésenter⁴³³ implique, dès les premiers balbutiements, l'articulation linguistique entre soi et non-soi. S'autoprésenter consacre la possibilité de se *projeter*, de faire retour à soi, sur soi, de s'imaginer dans ces mouvements mêmes en regard du tiers⁴³⁴. Là où l'*infans* était, le sujet apparaît dans un bruissement déictique inaugural⁴³⁵. Tout a lieu pour le sujet depuis l'assignation linguistique; *apparaître* signifie avant tout être nommé, dénommé, et pouvoir dire. Legendre décrit ainsi cette opération de discrimination où s'esquissent les premiers traits de la subjectivation dans un *se poser* :

« Se désigner sur le mode de l'objet, c'est résonner du langage, ce n'est pas encore l'habiter. Dire « Ça, c'est X » n'équivaut pas à « Je m'appelle X », bien qu'il s'en approche. L'*infans* est emporté par le langage, plus précisément par l'institutionnel du langage, il réside d'abord en son lieu. Je veux dire : l'*infans* d'emblée se loge dans la fiction du Lieu absolu du pouvoir de séparer les mots et les choses, et c'est pourquoi en se désignant sur le mode de l'objet l'enfant sépare et classe, se découvrant lui-même comme pouvoir de séparer,

⁴³² « L'instauration du *ne pas*, de l'*écart* signifié par la prohibition de l'inceste, irradie le système de la culture, parce qu'il y a là le foyer des représentations instituées de la causalité, à partir du *pourquoi des lois* ? ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 84.

⁴³³ Ce terme vient ici à la place de *s'apparaître*, verbe qui ne souffre pas en français l'usage de la forme auto-réflexive. Toutefois, dans le travail d'émergence du sujet et grâce à l'expérience du stade du miroir, on peut affirmer que le sujet au sens strict s'apparaît comme image détachée de son corps, que ce soit dans une anticipation de lui-même ou dans une perspective spéculaire.

⁴³⁴ Le philosophe Robert Redeker insiste sur la dimension proprement épiphannique de l'être au monde en ces termes: « Être humain n'est pas seulement être une apparence, c'est être une apparition : à soi et aux autres. Souvent moquées par les esprits forts, les apparitions d'entités plus ou moins divines, attestées toujours et partout, dans toutes sortes de civilisations, expriment par le détour de l'imagination quelque chose d'essentiel : l'homme est un être d'apparition. Sans doute est-ce la spécificité même de l'homme - l'apparition -, qui différencie aussi nettement qu'irréductiblement l'homme de tous les autres animaux, qui se manifeste, à sa façon, dans les phénomènes dont on a tort de se gausser ». Robert REDEKER, *Dépression et philosophie*, op. cit., note 249, p. 16-17.

⁴³⁵ « La présence de l'humain s'élabore, se construit, à partir d'une sorte de défaite des choses, d'une déréalisation, au sens de s'éloigner du réel du monde - ce que la phénoménologie éclairait à sa façon en évoquant la fonction irréalisante de la conscience. (...) Cette mise en ordre, nous devons la comprendre comme mise en scène de *ce qui est autre* au regard du sujet, c'est-à-dire mise en scène d'un *non-soi* qui n'est pas donné par avance, mais construit, spéculairement construit (...) le sujet, d'abord immergé dans l'opacité, ne se différencie pas du monde, n'accède au temps second du retour vers le monde, que s'il a reconnu sa propre image et, de ce pas, s'est reconnu comme *n'étant pas* le monde, avec lequel il noue un lien ». Pierre LEGENDRE, *La 901e conclusion*, op. cit., note 353, p. 66-67.

faisant corps avec ce pouvoir. (...) Ce dont il s'agit, dans cette *primauté*, c'est que se crée le *vis-à-vis de l'apparition*; il s'agit fondamentalement de rendre possible que le monde apparaisse comme objet projeté devant soi, selon l'ordre d'une vérité aussi irréfragable que sa propre image, l'autre de soi découvert dans le miroir⁴³⁶.

La double nature du droit, réalité à la fois institutionnelle et psychique, ne peut selon cet auteur être comprise qu'à la condition de cet entrelacs. À ce carrefour, l'activité juridique dépasse son horizon instrumental.

L'ontologisation du droit opérée par Pierre Legendre relève d'une entreprise d'une grande originalité si l'on considère l'épaisseur des déterminations techniciennes dont est désormais recouverte la discipline. Faire du droit romain et de ses continuateurs médiévaux la clé de voûte de la vérité anthropologique du sujet et en faire dépendre tout l'horizon destinal de la subjectivité relève d'une singulière audace. Justinien aurait-il donc une importance civilisatrice égale pour l'histoire occidentale à celle des philosophes de l'antiquité⁴³⁷? Cette interrogation n'est peut-être pas dénuée de fondement si l'on considère avec Philippe Nemo qu'« ayant inventé le droit privé, *les Romains ont inventé la personne humaine individuelle*, libre, ayant une vie intérieure, un destin absolument singulier, réductible à aucun autre – un *ego*. Le droit romain est, de ce fait, la source de l'*humanisme* occidental »⁴³⁸.

Ce qu'on appelle « philosophie du droit » à notre époque désigne davantage le florilège académique des discours qui tendent à distinguer l'activité juridique de celles des autres

⁴³⁶ Pierre LEGENDRE, *La 901e conclusion*, op. cit., note 353, p. 117.

⁴³⁷ Sur les rapports complexes entre la philosophie classique et la pensée romaine l'historien Aldo Schiavone observe que « les concepts juridiques pouvaient prendre ainsi une valeur qui faisait du droit une véritable métaphysique, certes d'un type assez particulier, visant exclusivement à transformer des schémas abstraits de relations sociales en figures de l'être, où l'expérience concrète de la vie se réduisait à un nombre défini de modèles archétypiques : une véritable ontologie, qui se posait comme le moteur de tout développement du *ius*. L'obligation, le contrat, la propriété, la possession, la tutelle, l'usufruit, la servitude, le gage, la stipulation, le prêt, le dépôt, l'héritage, le legs, la vente, la location, la société, mais aussi l'équité, le dol, la bonne foi, l'erreur, ainsi de suite - ce petit groupe de formes qu'un très long usage nous a rendues familières - allaient devenir les acteurs d'une scène invisible, quasi spectrale, mais capable d'influer de façon décisive sur la réalité matérielle de la vie, qui finirait par apparaître totalement privée de sens (juridique) hors leur présence. La grande invention de la pensée romaine se révélait dans la capacité qu'elle avait eue d'associer dans un circuit unique la recherche d'un ordre juridique rigoureux et la découverte d'une métaphysique qui la justifiait d'un point de vue non pas éthique ou de pouvoir, mais ontologique ». A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, p. 215-216.

⁴³⁸ P. NEMO, *Qu'est-ce que l'Occident?*, Paris, PUF, 2004, p. 31.

champs des sciences humaines ou même de la morale (Hart ou Kelsen)⁴³⁹. L'action de classer des discours ou de s'émerveiller devant les espaces de non-droit qui échappent à l'ordre juridique ne revêt pas le caractère polémique ou subversif que peuvent prendre par exemple des méditations institutionnelles sur l'involution de l'espèce humaine, la « conception bouchère » de la filiation, ou encore la possibilité de suicide ou de folie des États de droit. Les enjeux ne sont pas de même niveau de profondeur. Poser le Droit comme philosophie première à laquelle s'indexent des questions de vie ou de mort pour l'espèce parlante a pour effet de contraindre les juristes aux exigences d'un tout autre questionnement. À cet égard, l'articulation entre subjectivité et institution dans l'architecture des *Leçons* de Legendre semble l'extension démultipliée et érudite de l'histoire du droit au champ social de l'expérience lacanienne du *Stade du miroir*⁴⁴⁰. L'institution comme miroir : séparé de la mère qui tient l'enfant (le sujet) et lui dit : « Tu es cela », le soi n'apparaît qu'à la condition de cette « séparation structurante » de l'ordre des choses que confère l'accès à la parole. Le passage à l'ordre symbolique constitutif du *je* est institué par ce rapport d'identité et de différence; il met un terme à l'image fragmentée de soi et permet la récollection du regard et de la parole⁴⁴¹.

3.4 Clinique juridique

La foule des suicidés d'aujourd'hui témoigne d'abord
d'un vice de construction [de la fonction de sauvegarde du

⁴³⁹ Legendre affiche un enthousiasme modéré à l'égard de l'œuvre de Hans Kelsen, tout comme à l'endroit de l'incontournable *Théorie de la justice* de John Rawls : « (...) l'analyse de la fonction du juriste ne peut aller au-delà des descriptifs hérités de Weber ou des ressassements protocolaires où s'enlise la philosophie du droit d'aujourd'hui, par exemple chez Rawls. (...) Malgré son importante érudition, la *Théorie de la Justice* est un livre très réducteur. Voyez ce que devient l'œuvre de Freud p. 500 et 582 ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu*, op. cit., note 53, p. 300. Quant à Kelsen, Legendre note qu'« auteur d'un vigoureux traité sur la *théorie pure du droit*, dont les écoles ont fait un point de mire, [il] s'est élevé contre la dissolution du juridique, (...) ses explications manifestent à la fois un sens aigu de la structure et, si j'ose dire, une rigueur extrême dans l'impasse (...), Kelsen n'étant pas encore en mesure de saisir le lien du droit aux procédures de la représentation et, plus généralement, au statut anthropologique du langage et de la parole ». Id., p. 144.

⁴⁴⁰ Sans entrer dans des querelles d'écoles, le passage de la relation duelle à la ternarité est l'un des ajouts décisifs de Pierre Legendre aux inventions lacanienne. Le psychanalyste Jean Allouch note : « Certes, il y eut chez Lacan, une doctrine du lien social [...]. Mais là encore, le lien en question paraît bien conserver quelque chose du partenariat duel dont nous relevons la prégnance. (...) Une des grandes finesses indissociablement clinique et théorique que l'on peut reconnaître chez Lacan est d'avoir su avancer une ternarité qui ne cesse d'être hantée par le deux (jusqu'à tenter, avec le borroméen, de produire le deux à partir du trois) ». Jean ALLOUCH, *Le sexe du maître. L'érotisme d'après Lacan*, Paris, Exils, 2001, p. 185. Au risque de renouer avec le mystère amical des nombres pythagoriciens, on aura compris qu'à l'inverse de Lacan, Legendre produit du ternaire avec du binaire.

⁴⁴¹ Sur la question du *stade du miroir* voir Jacques LACAN, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966, p. 93-100.

sujet] ie. de nos propres défaillances pour penser le rapport institution/sujet⁴⁴².

Le droit noue la subjectivité à l'institution⁴⁴³: il désigne la place du sujet. Les spécialistes des droits modernes de l'enfant, de la famille, de la personne travaillant dans l'un ou l'autre des champs complexes de leur discipline n'ont guère le temps de se pencher sur la portée anthropologique de leurs bons offices. Dans la perspective inédite⁴⁴⁴ ouverte par Legendre, la discipline juridique n'est rien de moins qu'une clinique du sujet. Certes, elle engage la fonction structurante de la parole humaine et les effets de vérité sous un autre registre que celui de la psychanalyse; mais elle atteste en revanche de la primauté pour l'être humain d'un rapport de vérité à la parole⁴⁴⁵.

La notion de clinique du sujet de droit renvoie pour Legendre à la notion de « justice généalogique » comprise comme « l'art du bon et de l'égal entre les générations »⁴⁴⁶. Elle met en scène l'ensemble des procédés juridiques (lois, règles, interprétations) qui, depuis le foyer que constitue l'Interdit majeur, notifie à chacun l'existence de la limite. Les fonctions étatiques, parentales et juridiques obéissent quant à elles à une même logique de séparation et font obstacle à l'emprise mortifère du principe de plaisir.

L'argument du travail civilisateur des institutions, en particulier celui de l'institution juridique, repose sur la prémisse psychanalytique selon laquelle le début de la vie psychique des individus est constitué non seulement par l'histoire de renoncements pulsionnels, mais surtout par l'adaptation, l'ajustement traumatique de l'appareil psychique conduit originellement par le principe de plaisir vers celui de la réalité.

⁴⁴² Pierre LEGENDRE, Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 212.

⁴⁴³ « (...) la problématique subjective et la problématique institutionnelle ne sont pas de nature différente. Le plus privé, le plus intime, ce qui est au coeur du concept même de *sujet*, à savoir le *fantasme*, est déjà marqué du sceau institutionnel généalogique. Tout sujet emporte avec lui, si je puis m'exprimer ainsi, l'institutionnel sous la forme d'abord de l'institution familial ». Id., p. 56.

⁴⁴⁴ Inédite dans la mesure où il fait servir son érudition d'historien du droit à autre chose qu'à une application strictement historique et retourne sur elle-même l'analyse anthropologique occidentale traditionnellement fascinée par les autres cultures. Cette « conversion » du regard coïncide selon lui avec l'occasion offerte par l'apparition de la précarité des liens sociaux qui tiennent encore en place le sujet occidental. « Nous vivons donc un moment privilégié, où nous avons quelque chance d'apercevoir la structure, sa fragilité de principe; je dirai même, reprenant le vocabulaire des naïfs glossateurs médiévaux, que les *ficelles (funicula)* des institutions sont en train de devenir parentes ». Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 140.

⁴⁴⁵ « Le langage est traversé de part en part par la question de la vérité ». Moustapha SAFOUAN, *La parole ou la Mort. Comment une société humaine est-elle possible?*, Paris, Seuil, 1993, p. 38.

⁴⁴⁶ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 143.

Chacun à sa manière, droit et psychanalyse s'adressent aux enjeux intemporels des désirs inconscients. L'affaîssement de la subjectivité et la montée de l'individualisme grégaire, traits déterminants de la modernité précédemment décrite à travers les élaborations cliniques entourant le « néo-sujet »⁴⁴⁷, sont l'occasion d'un appel en garantie du discours juridique. Pénélope ou Cassandre, Legendre soutient que le discours juridique s'inscrit au revers de la trame des enseignements de la psychanalyse, elle-même mise à mal par l'idéologie pharmacologique par les temps qui courent. Il impute à l'institution juridique bien comprise des vertus thaumaturgiques jusque-là insoupçonnées. Le psychanalyste Franck Chaumon décrit le théâtre de ces opérations symboliques :

« Dans sa théorie, le droit n'est pas seulement ce qui témoigne de l'identité et de la différence, il est ce qui l'organise voire ce qui l'engendre. Il est ce qui réinstitue, ce qui répare, ce qui restaure. Le droit n'est pas seulement architecte, il est médecin. Et si un vice de construction se manifeste comme une défaillance de l'ordre symbolique qui affecte l'élément atomique et crucial qu'est le sujet, seule une « médecine du sujet » (ou une « clinique du droit ») pourra renouer les fils rompus »⁴⁴⁸.

Legendre conçoit les affections sociales contemporaines chez les jeunes générations (drogue, suicide des jeunes, violence dans les banlieues) comme autant de retombées tributaires de ces paroles (*Fatum*) qui n'ont pas été prononcées au bon moment par l'une ou l'autre des instances évoquées. Le droit est le rappel d'un impératif de différenciation pour le vivant humain. Cet impératif repose sur le fait qu'il y a des places assignées et que l'autorité procède de la reconnaissance d'une dissymétrie quant au rôle de chacun. La confusion sur l'identité des rôles et des sexes porte à conséquence⁴⁴⁹. Legendre note à ce propos :

« Nos sociétés ne cherchent pas à éliminer le père, social et concret, mais à se débarrasser de la question du père, en ruinant le statut du tiers œdipien. La dernière version de l'annulation du père, c'est la promotion, sous prétexte d'égalité des sexes, de la paternité sur le mode de la maternité, comme une qualité de la « parentalité », concept qui frise l'absurdité. Autant dire : faire du père et de la mère

⁴⁴⁷ Voir chapitres 2. 3 et 2. 4.

⁴⁴⁸ Franck CHAUMON, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, op. cit., note 418, p. 91.

⁴⁴⁹ « Sous cet éclairage, on aperçoit combien dangereuse pour les générations neuves et à venir est l'image du Père fraternel, construite par le discours social d'aujourd'hui : le jeu de l'image fondatrice se trouve faussé, chaque fois que pour la nouvelle génération le père n'a pas renoncé à sa position d'enfant ». Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 67.

des pions interchangeables, ce qui signifie, dans la représentation, l'inassimilable pour les enfants »⁴⁵⁰.

À l'aide du concept de fonction, il importe ici de distinguer d'une instance normative structurelle la réalité du père concret ou du paternalisme dont l'histoire a déjà été faite et refaite. Toute atteinte à la *fonction*⁴⁵¹ paternelle n'augure rien de bon pour la consistance du sujet qui vient, car elle implique un *détressement* du tissu social par démétaphorisation, destitution subjective. Les tribulations actuelles de la plupart des figures d'autorité apparaissent directement tributaires de ce fléchissement et cela, sans même que soit impliquée l'infinie variété des discours égalitaires ou féministes. L'enseignement de Legendre conduit à ne pas concevoir les mécanismes institutionnels depuis l'agitation des idéologies en surface.

N'en déplaise aux porte-voix des discours sur le genre, un père n'est pas, selon Legendre, interchangeable avec une mère, et il relève encore moins de l'évidence naturelle⁴⁵². Legendre conçoit l'émergence psychique du sujet depuis le travail successif d'identification et de désintrication de ce dernier à des places fixes. Il ne saurait y avoir de travestissement par rapport à ces passages obligés qui ont lieu à des moments ou à des étapes précises du développement du sujet. L'addition de deux mères pas plus que celle de deux pères ne sont à même de remplacer les imagos au soutien de l'identité sexuelle des enfants. Faisons l'économie, à ce stade, des arguments relativistes selon lesquels tous les agencements familiaux se valent et que rien n'empêche que deux mères ou deux pères élèvent leurs enfants et que tout cela puisse finalement être bien meilleur pour ces derniers. À vrai dire, cet arrangement produit à notre époque tous les émerveillements de la rectitude politique.

⁴⁵⁰ Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 430.

⁴⁵¹ « Le père d'aujourd'hui ne se sent plus reconnu à cette place de poseur de limite, car cette dernière est précisément ce dont le social de la modernité croit s'être émancipé. Abandonné par un discours social qui lui assurait sa légitimité et donc son autorité, il quête auprès de son propre enfant l'appui qui lui a été retiré. Le résultat est évidemment en conséquence : l'enfant se voit protégé par le père de l'épreuve de confrontation à la limite, ce qui n'a d'autre effet que de rendre plus difficile l'inscription de cette dernière dans l'appareil psychique de l'enfant (...). Nul besoin d'être prophète pour prédire qu'il aura beaucoup de difficultés à être remis à sa place (...) ». (Nous soulignons) Jean-Pierre LEBRUN, *Les désarrois nouveaux du sujet*, op. cit., note 283, p. 22.

⁴⁵² Citant l'écrivain Lichtenberg, Freud note que « l'astronome sait à peu près avec la même certitude si la lune est habitée et qui est son père, mais il sait avec une toute autre certitude qui est sa mère ». Il ajoute : « Ce fut un grand progrès de la civilisation lorsque l'humanité se décida à adopter, à côté du témoignage des sens, celui de la conclusion logique, et à passer du matriarcat au patriarcat ». Sigmund FREUD, *Cinq psychanalyses*, Paris, PUF, 1954, p. 251.

Personne ne doute que dans certains cas de telles dispositions puissent fonctionner; mais il en va tout autrement lorsqu'il s'agit pour un État d'en consacrer juridiquement le statut.

« À l'instar de la formule « *Dieu est mort* » avancée par Nietzsche, ce poncif proclame la *disparition du Père*; le principe logique du Tiers Mythique ayant été liquidé par la pensée scientifique s'ouvre l'ère de l'Homme Nouveau, libéré de l'artifice institutionnel – l'ère des pères préfabriqués ou fonctionnels, dispensés de venir habiter une place dans la structure, pères sans attache au discours de la Référence, autrement dit pères conditionnels, sous condition qu'ils le veuillent bien ou qu'on veuille bien d'eux. (...) En fait, nous assistons à des tentatives réitérées, non pas d'éliminer le principe du Tiers – tâche impossible –, mais de se débarrasser de la question comme question, c'est-à-dire d'abolir l'incessante relance des casuistiques relatives au sujet »⁴⁵³.

Incertain, fragile au plan symbolique comme le sont les institutions⁴⁵⁴, le père surgit à travers une permutation décisive qui lui permet d'accéder à son statut. Legendre décrit en ces termes la dynamique de cet échange et la dimension psychosociale de cette investiture :

« Lorsqu'un humain devient père, il n'est pas *subjectivement* en place automatique de père vis-à-vis du nouveau venu, il doit conquérir cette place en renonçant à son propre statut d'enfant. (...) Il doit mourir à sa condition d'enfant pour le céder à son enfant. Contrairement aux apparences, cela ne va pas de soi; une telle bascule ne peut s'accomplir que si déjà son père lui avait cédé sa propre place, et ainsi de suite. Or cela ne peut se faire et la place du père ne peut être opérante que si le Tiers social, en tant que garant de toutes les paroles échangées, se déclare, ie. énonce ce qu'est la vérité de cette place en mettant en scène précisément l'image institutionnelle du Père »⁴⁵⁵.

L'opération n'est pas innocente; il s'agit d'un décollage, d'une commutation dramatique qui carbure au meurtre symbolique⁴⁵⁶. Chacun doit trouver sa *place de droit*⁴⁵⁷. Ce

⁴⁵³ Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 107.

⁴⁵⁴ La tentation d'escamoter le tiers tient à la tendance des sociétés, des individus à se replier sur du même, sur des relations duels ou en miroir, à constamment souhaiter pouvoir s'adresser à un autre moi. Legendre ne se raconte pas d'histoire sur la nécessité du tiers et sur ce qui y résiste, « la chose la plus inhumaine, c'est d'être trois. Inhumaine, non seulement par rapport aux souffrances du déchirement, mais en raison de la difficulté de le penser. Il est hors du champ de l'évidence qu'intervienne la fonction du tiers dans la génération humaine, autrement qu'au titre d'un *comme si*, d'une sorte de bricolage comportant une certaine note d'inacceptable ». Pierre LEGENDRE, *L'ineestimable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 136.

⁴⁵⁵ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 67.

⁴⁵⁶ « Permutation, car tout sujet qui a accès au statut de parent permute, ou si vos préférez troque, dans le fantasme, sa place de fils ou de fille contre la place de son père ou de sa mère. *Symbolique*, en ceci que ce troc relève de la représentation et que cet accès au statut parental n'advient qu'au prix d'un double renoncement : mise à mort symbolique, par le sujet, du parent, et mort concomitante à sa propre qualité d'enfant, afin de la

qui circule entre les générations met en scène le savoir-faire inconscient des ascendants, leur capacité à changer de statut⁴⁵⁸, à régler leur compte avec des attachements aux premières figures de l'amour et de la souffrance, en un mot à la jouissance. Legendre conçoit le discours généalogique selon les logiques de la temporalité inconsciente. En droit, ce discours équivaut à l'extériorisation d'une temporalité familiale, au destin de la transmission.

« Qui dit généalogie, dit double histoire du sujet, à travers ses deux lignes paternelle et maternelle. La généalogie comporte, à chaque génération, des places assignées ou interdites : on n'est pas à la fois le fils et le père, la fille et la mère. Cela veut dire qu'on n'est pas à la fois fils et père, fille et mère *de la même personne*⁴⁵⁹ ».

Le sujet normal apparaît à la croisée de trois générations, comme si dans cette commutation générationnelle trois boucles successives devaient s'aligner selon une dramaturgie silencieuse qui n'a pas le caractère spectaculaire de l'accouchement, mais n'en est pas moins déterminante pour le sort du sujet; dans les faits, elle l'est davantage.

« *Trois générations constituent le module de la reproduction subjective*. Nous pouvons dire cela autrement : la structure œdipienne n'est décidable, ne boucle la preuve de sa validité symbolique qu'au bout de la troisième génération⁴⁶⁰ ».

Certes, l'enfant peut parvenir à se libérer du giron maternel et à collaborer au marathon douloureux de sa venue au monde. Il n'en demeure pas moins captif de la matière symbolique de l'arbre généalogique au bout ou au milieu de la branche duquel il voit le jour. Pour Legendre, les êtres humains naissent d'un arbre généalogique bien davantage que de la gésine et des glaires de l'enfantement; ils ne sont ni l'arbre tout entier, ni la branche elle-même, mais surgen, sève en transit. Naître à soi-même veut dire recevoir, hériter, descendre d'un autre.

céder, cette qualité, à son enfant, dans la *responsabilité de principe* d'avoir à remettre la mise de la vie pour le nouveau venu ». Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 99.

⁴⁵⁷ L'expression *placement* d'enfant est révélatrice des enjeux inconscients du lieu perdu et à occuper.

⁴⁵⁸ Cette opération est décrite par Legendre en ces termes : « Un père est un fils qui cède sa place d'enfant à son propre enfant; derrière cela, il faut lire: céder sa demande d'enfant (demande inconsciente inconditionnelle adressée à ses propres parents) à son enfant, lequel subjectivement peut ainsi avoir accès au statut de fils. Autrement dit, entrer *subjectivement* dans la filiation ne va pas de soi, cela suppose que les parents, chacun pour son compte, se soient dessaisis de leur propre demande inconsciente, laquelle renvoie au statut du Père dans la famille d'origine de chacun. (...) Si l'on a compris le fonctionnement de la permutation symbolique, après avoir reconnu que la loi du vivant parlant passe par l'institution du sujet, la réponse ne fait aucun doute: l'enfant est créancier quant à la représentation du Père et c'est le père (dans l'économie parentale les fonctions que j'ai appelées croisées) qui en est débiteur à ce titre: il doit au fils un paiement sous la forme de lui infliger la limite, c'est-à-dire de le fonder symboliquement comme sujet séparé de la mère ». Id., p. 219-220.

⁴⁵⁹ Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 73.

⁴⁶⁰ Id., p. 105.

La difficulté, on l’aura deviné, réside dans la synchronicité intergénérationnelle requise par cet alignement de rendez-vous afin que puisse arriver, à point nommé pour ainsi dire, l’enfant à naître. L’existence d’un inconscient familial suppose qu’à chacune des mailles d’une chaîne signifiante s’exerce la puissance de virtualités destinales. Il s’agit de concevoir les modalités d’expression d’un amont psychique dont la temporalité propre ne saurait se conjuguer autrement que sous le mode augural du futur antérieur.

3.5 Retour à la casse départ

L’efficacité du tiers social constitue le futur antérieur des conditions subjectives, les fils rompus ou tressés du destin⁴⁶¹ où s’arrime le sujet. Legendre appelle *effets de casse*⁴⁶² la désintrication du maillage intergénérationnel dans la transmission des interdits. Son pronostic repose sur la primauté du déterminisme symbolique des êtres parlants et s’annonce à travers les conséquences du désassemblage massif des institutions⁴⁶³. Symptôme ambiant extérieur au symptôme que Legendre décrit, le discours social n’est plus à l’utopie ou à la réinvention des formes de la solidarité; il est tout absorbé par les injonctions répétées quant à l’imminence d’un cataclysme économique appréhendé.

Au plan individuel, *l’effet de casse* implique que le sujet paye l’indu sans toutefois obtenir quelque restitution. Le sujet de la « casse » paye donc une dette qui n’est pas la sienne, paye *à la place de*, à travers le lien généalogique sous les espèces du malaise, de l’addiction ou même éventuellement du suicide comme s’il était placé sous l’emprise d’une subrogation inversée : « Le psychotique vient au monde pour être sacrifié »⁴⁶⁴. À vrai dire, si l’on suit la logique de Legendre, il ne paye pas : il est lui-même monnaie d’échange d’une transaction intergénérationnelle dont il est l’instrument ou fait les frais, selon l’adage : « Tant que subsiste une erreur, un compte n’est pas définitif ». Les ratés généalogiques modernes peuvent être considérés comme l’équivalent sacrificiel de « l’exposition » de l’enfant dans l’antiquité.

⁴⁶¹ Fileuses dans la mythologie grecque et romaine, les Moires ou les Parques, au nombre de trois, sont filles de Thémis.

⁴⁶² Pour désigner la destitution du sujet, Legendre parle de *casse* du sujet : « Au bout de la chaîne : la généalogie de consommation et de desubjectivation de masse, avec leurs effets inévitables, que j’ai résumés par l’expression *casse du sujet* ». Pierre LEGENDRE, *Filiation*, op. cit., note 297, p. 186 et 195.

⁴⁶³ Entendons ici pour revenir à la théorie des nœuds qu’il faut un nombre minimal de croisements de fils pour obtenir une forme nodale qui ne soit pas triviale. Or l’époque n’est pas au pli complexe.

⁴⁶⁴ Pierre LEGENDRE, *L’empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 61.

« Les sociétés d'aujourd'hui ne pratiquent plus l'exposition et l'abandon légal de l'enfant, procédés juridiques auxquels avaient recours les sociétés antiques ou préindustrielles pour régler certains comptes (...). La psychose est un équivalent du sacrifice d'enfant, sous la forme de la mise à mort non sanglante du sujet; elle est en passe d'être intégrée, de différentes manières, comme institution dans le système administratif et juridique; elle devient progressivement incluse dans la problématique sociale des filiations »⁴⁶⁵.

Dans les *Leçons* de Legendre, l'argumentaire du vice de construction institutionnelle renvoie aux conséquences tragiques d'une échéance de parole reportée, d'un solde impayé entre les individus d'une même famille. « Le fou est alors quelqu'un qui paye les dettes inconscientes impayées, et cela nous reporte à l'espace justificatif, à l'enclos sacré du *pourquoi*, auquel le discours familial a lui aussi affaire »⁴⁶⁶. Dernier nœud défait d'une lignée, d'un règlement de compte qui n'a pas eu lieu entre les parties intéressées, il paye de sa personne comme *monnaie vivante*⁴⁶⁷. Tout se passe comme si dans la transmission d'inconscient à inconscient entre parents et enfants, il existait une telle chose que des arrrages psychiques, des dettes ancestrales en souffrance selon l'adage classique : « *Nomina ossibus inhaerent*, mot à mot *dettes et créances sont collées aux os* » (*nomen* signifie à la fois *nom* et *créance*) »⁴⁶⁸. Legendre recourt à cet adage classique pour camper, hors des murs de la biologisation et du côté de la dette de parole, la scène généalogique d'un principe de différenciation des sexes et de la structure.

« Nous retrouvons l'impasse positiviste, l'impossibilité de faire admettre aux sciences de la vie technologiquement les plus avancées que « la parole tient aux os » et que par conséquent l'*intrication structurale* des matériaux anthropologiques – l'image, le corps et le mot – constitue l'obstacle, le mur, auquel se heurte l'objectivation systématique »⁴⁶⁹.

Pour Legendre, le texte juridique opère en extériorisant la logique de l'inconscient; l'adage latin sert ici d'embrayeur; il métabolise la réalité juridique en relation à l'inconscient compris depuis l'idée de structure incoercible. Non seulement l'inconscient est-il « structuré

⁴⁶⁵ Pierre LEGENDRE, *L'ineestimable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 325.

⁴⁶⁶ Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 70.

⁴⁶⁷ Titre de l'ouvrage de Pierre KLOSSOWSKI, *La monnaie vivante*, Paris, Joelle Losfeld, 1994.

⁴⁶⁸ Pierre LEGENDRE, *De la Société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001, p. 193. Pour l'histoire de cet adage latin: Voir E. GENZMER, *Mélanges Meylan*, Lausanne, Imprimerie centrale, 1963, I, p. 159-165.

⁴⁶⁹ Pierre LEGENDRE, *L'ineestimable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 337.

comme un langage », mais le droit romain fournit le plan de la dévolution généalogique, de l'identité et de la différenciation des sexes. La fonction de l'adage ou de la formule juridique ne tient pas à l'enluminure historienne ou érudite, à l'irruption fantomale d'une culture révolue; elle agit en contrepartie à l'objectivation scientifique et constitue la « parole écrite » de la vérité de la structure telle que formulée et retenue dans sa parcimonie énonciative. Comme Françoise Dolto avait l'habitude de dire, « il faut donc trois générations pour qu'apparaisse une psychose : deux générations de grands parents et parents névrosés dans la génétique du sujet, pour qu'il soit psychosé »⁴⁷⁰.

Davantage que la clinique individuelle, Legendre vise celle des institutions, la capacité intrinsèque des États à fabriquer des fous, des individus sans culpabilité, comme ce fut le cas pour beaucoup d'Allemands ordinaires sous le régime nazi.⁴⁷¹ La chaîne générationnelle tient la succession d'État, elle lie les représentants actuels par rapport aux actions passées de l'entité juridique. À la différence des États toutefois, le défaut de paiement de ces derniers n'est pas métabolisé par les individus, bien que puissent s'imposer pour eux d'importants réaménagements sociaux. Ici, le *défait de paiement* intergénérationnel, la fin de non-recevoir doit être appréhendée comme substrat de la condition humaine, comme lieu dont le sujet doit s'arracher par tous les moyens institutionnels déjà fournis par une culture. L'État est maître du droit en ce qui a trait au *grand procès mythologique* qui met en scène le sujet.

« Le travail d'arrachement du sujet humain pour entrer dans la condition mythique de son désir consiste à entrer dans l'espace de la Loi, en temps voulu, dans les temps, comme disent les sportifs. Forclusion signifie que les délais, dans la perspective du temps pour l'inconscient, n'ont pas été tenus, le Grand Procès mythologique du sujet n'a pas été noué; autrement dit, l'instance de la Loi n'a pas fonctionné et le Temps du Nom-du-Père s'en trouve destitué »⁴⁷².

La démonstration de Legendre met en évidence qu'à la différence des déficits de la fonction parentale des individus, les États ont une obligation de résultat, celle de faire en sorte que les sujets n'aient pas à s'auto-fonder⁴⁷³ à la manière du baron de Münchhausen qui, en se

⁴⁷⁰ Françoise DOLTO, *Le cas Dominique*, Paris, Seuil, 1974, p. 242.

⁴⁷¹ Voir Daniel GOLDHAGEN, *Les bourreaux volontaires de Hitler. Les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, Paris, Seuil, coll. Point, 1997.

⁴⁷² Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 29.

⁴⁷³ « Dans une culture de la tradition, le lien de société n'est pas posé comme ce qui découle de l'action des individus, il est posé, au contraire, comme un modèle qui les précède radicalement. Nous sommes des héritiers,

tirant lui-même par les cheveux, croyait avoir échappé à la noyade. Au plan collectif, les États ont surtout la capacité de fabriquer des lendemains qui déchantent. Selon Legendre, toute atteinte à la structure du droit peut ouvrir un abîme sous les pas de ceux qui viennent. D'où la lancinante question de Legendre : « Allons-nous produire des enfants fous, qui seront la monnaie avec laquelle nous réglerons la note de nos désirs de toute-puissance? »⁴⁷⁴.

Les concepts d'obligation, de dette, de paiement, de faute, tout comme les notions d'innocence ou de culpabilité recèlent une résonnance inconsciente à laquelle le sujet ne peut se soustraire⁴⁷⁵. À travers l'exercice – un bien-dire – de qualification juste, le droit décline tous les modes d'assujettissement, de sujétion par rapport à la vérité des effets de la parole⁴⁷⁶. L'enjeu de la clinique conçu depuis l'anthropologie juridique tient à un *rendre* qui accorde un statut, modifie un état ou le restitue. La provenance des exigences de justice n'est pas la simple manifestation d'une instance surmoïque se résumant à l'exigence unilatérale ou à la contrainte. Le sujet n'est pas uniquement tributaire : il a droit à son dû, à la justice comme créancier de cette place inventée⁴⁷⁷. Rendre justice a fonctionnellement le sens d'un *rendu* chez Legendre, comme dans l'expression « chose promise chose due », et selon la même nécessité impérieuse qu'un père, quoique sous un autre registre, doit la limite à son enfant⁴⁷⁸.

nous arrivons dans un monde tout constitué (...) mais qui s'ordonne aussi autour des formes préétablies de coexistence avec les autres. (...) des formes par lesquelles il nous est signifié et au travers desquelles nous admettons, en les pratiquant, que le social nous préexiste. (...) Qui dit forme dit : mon lien avec les autres obéit à une norme qui n'est pas de moi, même si j'en ai à en personnaliser l'usage. C'est le consentement à cette antériorité qui rend possible un espace organisé de coexistence. En mettant des formes en œuvre, je reconnais et je pose que la société est avant tout au-dessus de moi, indépendante de moi ». Marcel GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, op. cit., note 46, p. 247.

⁴⁷⁴ Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, op. cit., note 280, p. 161.

⁴⁷⁵ « Probablement dans l'inconscient des hommes, existe déjà l'idée de droit ». François TERRÉ, Paris, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e édition, 2000, p. 1.

⁴⁷⁶ Selon l'expression juridique célèbre: « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Cette maxime de Jérôme Loysel, juriste français du XVII^e siècle, nous instruit de l'importance du fait langagier caractéristique de l'humain ». Jacques CABASSUT, « Clinique et éthique des écrits institutionnels : en dire quelque chose... », *Vie sociale et traitements*, vol. 1, no. 97, 2008, p.106, 106. Cité dans Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Paris, Mille et une nuits («Les Quarante Piliers»), 2004, 140 p.; p. 67.

⁴⁷⁷ « En termes juridiques, l'art du bon et de l'égal doit faire son œuvre, il faut rendre à chacun son dû. Mais lorsque dans l'économie symbolique arrimée à l'inconscient l'obligation et son lien de droit (le *juris vinculum* en jargon romain) ne sont pas reconnus, il n'y a plus de lignée, plus de justice ; c'est la confusion et la charpie ». Pierre LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, op. cit., note 334, p. 135.

⁴⁷⁸ « *Croyance, créance*, ces mots sont significatifs, ils balisent le champ auquel, par l'interrogation sur l'incroyable, nous sommes introduits : le fils est à la fois celui qui met sa foi en un père et le créancier qui attend de ce père un paiement ». Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, op. cit., note 13, p. 127.

Rendre⁴⁷⁹ justice signifie également différencier, tantôt mettre un terme à une confusion des patrimoines, tantôt déterminer un degré de responsabilité. Il s'agit d'un exercice de délimitation, d'un effort de départage selon la définition du droit la plus commune : rendre à chacun son dû ou selon son dû, *suum quique tribuere*, selon la formule du *Digeste* de Justinien (533); c'est-à-dire départager le tien du mien. Ce *rendre* doit être compris à son terme précisément comme un *rendu* : à la fois acte de parole et remise. Cette définition vise chez Legendre à insister sur la notion de créance généalogique inconsciente. L'exigence de justice a une portée inconsciente; la justice est due à la manière d'une créance de vérité. Il faut toutefois distinguer ce rendre de la remise; pour Jacques Derrida par exemple, le rendre-justice vise un au-delà de la justice, l'incalculable, un rendre nietzschéen dégreuvé de quelque esprit de vengeance, un don⁴⁸⁰. Ce rapport n'est jamais mieux illustré qu'à l'occasion de procès dont les victimes n'escomptent pas tant obtenir d'un tribunal une réparation monétaire pour un préjudice subi que voir une instance tierce reconnaître et dénoncer publiquement une condition inique vécue.

Le discours de Legendre demeure paradoxal quant au statut du juriste et à la fonction du droit; il leur accorde une importance démesurée en comparaison des lacunes qu'il décèle par ailleurs dans leur formation et dans l'ordinaire de la profession. Cette rhétorique en spirale repasse par séquences érudites sous des angles divers – fonction parentale et généalogique de l'État, de l'Image, du Texte, de l'interprète – pour s'assurer de désigner adéquatement l'imparlable de l'interdit et l'*indéménageable* de la structure. Le sous-texte implicite des *Leçons* n'arrive toutefois pas à épuiser la contradiction entre le caractère salutaire, voire indispensable d'une structure et le degré de conscience ou d'inconscience de ses acteurs. L'argument formulé de manière plus prosaïque peut se résumer par l'aporie suivante : les juristes modernes connaissent peu leur rôle véritable, entendons ici avec Legendre, la fonction

⁴⁷⁹ « Un texte romain classique décrit la fonction du juge comme opération du *rendre* (*reddere*) : on dit qu'il rend le droit, même lorsqu'il décide injustement, car on ne considère pas ce qu'il a fait, mais ce qu'il a fait *en tant qu'il doit le faire*. Dans ce commerce de paroles, le juge *donne en retour ce qu'il doit*, sous les espèces d'exercer la fonction en tant que telle; ce n'est pas le contenu d'une décision qui fait la décision, mais son inscription dans les formes, prenant en quelque sorte le statut d'oracle. Il faut entendre que la fonction dépasse celui qui l'exerce et que, par conséquent, le discours dans la fonction est discours *de* la fonction (...) ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 401-402. L'expression *rendre à chacun son dû*, de rendre justice dans le cadre du droit.

⁴⁸⁰ Voir chapitre 3. 6.

anthropologique du droit. Ils ne savent pas ce qu'ils font lorsqu'ils assument par exemple des positions qui portent atteinte au système identificatoire du droit en faisant tantôt intervenir des considérations humanitaires, tantôt des préoccupations idéologiques, ou encore pour satisfaire aux exigences de la rectitude politique. Pour Legendre cependant, le discours juridique autant que ses interprètes demeure l'unique référence susceptible de faire obstacle au relent eugénique des sociétés techniques ou à la technologie comprise comme mise en forme rationnelle de la barbarie et déploiement d'une gestion globale des stocks humains. Sans avoir été donnée de toute éternité, la structure romano-canonique du droit prime sur les contingences historiques de son apparition.

La pierre d'achoppement de cette aspiration de remise en ordre tient aux statuts des représentations entourant la mise en acte d'une structure. Pour qu'une structure puisse assumer sa fonction, on ne peut imaginer qu'elle soit en mesure à la fois de « tenir debout »⁴⁸¹, de « faire tenir ensemble » et d'informer ceux qui, aux divers niveaux de ses articulations, exercent des fonctions⁴⁸². Au mieux peut-elle élargir leur horizon, les rendre sensibles à ce qui dépasse leur entendement immédiat. Les effets d'une structure peuvent, certes, dépasser la conception même de ceux qui les produisent⁴⁸³; mais elle ne peut exercer véritablement son effectivité en reposant sur des acteurs qui ignorent complètement – comme c'est le cas dans la description de la réalité juridique actuelle par Legendre – le sens de la pièce qu'ils sont en train de jouer, voire le lieu d'où ils parlent. Autant dans ses « effets de casse » que dans son efficience sociale, la structure implique une solidarité organique de ce qui la compose. Commentant *l'Anthropologie structurale* de Claude Lévi-Strauss, Catherine Malabou écrit :

⁴⁸¹ « Faire tenir debout la construction de la référence, c'est affronter la menace d'anéantissement du sujet ; autrement dit, faire obstacle à la déraison et au meurtre du sujet de la parole. En posant l'expression *faire obstacle*, j'ai en vue ceci : tâcher de mettre en évidence un nœud de contradictions, que les montages institutionnels ont pour vocation de trancher ; je ne dis pas démêler, mais *trancher* ». Pierre LEGENDRE, *Les enfants du texte*, op. cit., note 50, p. 41.

⁴⁸² « La notion de *faire tenir ensemble* s'applique au concept d'État (du latin *stare* = *se tenir debout*), tout autant qu'à celui du *Totem*, en ce sens que ces montages circonscrivent la place du discours surplombant celle du sujet particulier et à laquelle est référée, comme à l'instance causale, la série des effets normatifs (généalogie des images, enchaînement des catégories) concernant le statut du sexe, la parenté, les filiations, en un mot *le nœud social de l'identité*, que traduit l'interdit de l'inceste ». Pierre LEGENDRE, *De la société comme texte*, op. cit., note 509, p. 30.

⁴⁸³ Comme le note Maurice Merleau-Ponty, « les sujets qui vivent dans une société n'ont pas nécessairement la connaissance du principe d'échange qui les régit, pas plus que le sujet parlant n'a besoin pour parler de passer par l'analyse linguistique de sa langue. La structure est plutôt pratiquée par eux comme allant de soi ». Maurice MERLEAU-PONTY, *Signes*, Gallimard, 1960, p. 146.

« Faut-il rappeler que chez Lévi-Strauss, plus clairement peut-être que chez tout autre, la structure ne désigne jamais un simple assemblage d'éléments? (...) La structure « ne peut être directement appréhendée dans la « réalité » concrète ». N'étant pas intramondaine, la structure ne peut donc être assimilée à un plan de montage. (...) Les relations qui existent entre les différents termes d'une structure ne sont pas des « frontières rigides », mais des seuils qui interdisent tout morcellement ou dislocation »⁴⁸⁴.

Par d'autres moyens que Legendre, Charles Melman et Jean-Pierre Lebrun articulent *néo-sujet* et *casse* subjective depuis l'éclipse du patriarcat en rendant évidente l'atteinte au principe d'autorité. Fait notable dans cette leçon d'anatomie des processus de désubjectivation, aucun de ces auteurs ne réfère explicitement aux travaux de Legendre à l'exception de Dufour qui, dans *L'art de réduire les têtes*, critique chez Legendre ce qu'il appelle « un dogmatisme du père »⁴⁸⁵. Les accusations portent sur la dissipation des figures d'autorité consécutives aux nombreux affaissements institutionnels. Leurs observations ont tantôt une portée clinique, tantôt une portée générale. Malgré la finesse, l'acuité théorique de ce constat, on ne saurait souscrire à ces raisonnements sans en conclure à un marasme irréversible. Ces trois lectures accentuent de manière hyperréaliste la toile anémique des descriptions durkheimiennes. Jusqu'à où une machine détraquée, emballée par la fuite en avant, peut-elle produire en série des effets désubjectivants? La dépression en est-elle le symptôme général et la psychose la manifestation aiguë? Pour aussi précieuses que puissent être ces analyses, le sens inverse de cette déroute n'est pas indiqué ni non plus quelque esquisse d'un mode d'emploi pour remonter correctement la machine symbolique. Un point de non-retour est-il concevable dans l'involution symbolique? La conception de la santé mentale chez Melman, Lebrun et Legendre se réduirait-elle au simple fait d'avoir échappé à la dépression nerveuse, ou encore de n'être point devenu fou?

3.6 La dimension ordalique de la décision de justice

Tout serait encore simple si cette distinction entre justice et droit était une vraie distinction, une opposition dont le fonctionnement reste logique, réglé et maîtrisable. Mais il se trouve que le droit prétend s'exercer au nom de la justice et que la justice exige de s'installer dans un droit qui doit être mis en œuvre (constitué et appliqué) par la

⁴⁸⁴ Catherine MALABOU, *La chambre du milieu. De Hegel aux neurosciences*, op. cit., note 193, p. 115-116.

⁴⁸⁵ Voir Alain EHRENBERG, *La société du malaise*, Paris, Odile Jacob, 2010, p. 388.

force – « enforced ». La déconstruction se trouve et se déplace toujours entre les deux⁴⁸⁶.

Le droit criminel réprime des comportements et détermine le périmètre des libertés individuelles et le maintien d'un certain ordre social. Mettre en œuvre l'interdit n'est pas une mince affaire. Le Tiers détient en droit⁴⁸⁷ une position de vérité en vertu notamment du caractère ordalique⁴⁸⁸ de son lieu⁴⁸⁹ d'intervention⁴⁹⁰. Cette caractéristique de la décision de justice ne paraît pas avoir beaucoup retenu l'attention des philosophes du droit, bien qu'elle offre une tout autre perspective de la façade idéalisée de l'édifice juridique construite à partir d'un aménagement délicat de la proportionnalité et du sens de la mesure⁴⁹¹. Or, l'instant de la décision de justice de même que la position du Juge échappent d'une certaine manière au fondement rationnel du droit, à l'impression spontanément utilitaire ou conservatrice de cet exercice de discernement. Les conditions requises pour que puisse exister la justice comme événement requièrent non seulement l'intervention désintéressée d'un Tiers, mais en outre que ce Tiers s'engage jusqu'à sa perte, que l'ordre qu'il réinstaure à chaque fois dans l'acte de décider soit lui-même mis en balance au moment même de trancher⁴⁹².

Sans passer par la mise en scène dramatique ni exagérer indûment l'hyperbole décisoire, il n'est en principe de décision véritable que celle qui est en mesure d'assumer l'« envers et contre tous ». Plus simplement, et aussi pour rappeler l'expression tautologique

⁴⁸⁶ Jacques DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, pp. 49-50.

⁴⁸⁷ Kojève définit le droit de la manière la plus synthétique en ces termes : « Le Droit n'est rien d'autre que l'application d'un idéal de Justice à des interactions sociales données, cette application étant faite par un tiers impartial et désintéressé, c'est-à-dire agissant uniquement en fonction de son idéal de Justice ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 267.

⁴⁸⁸ Afin d'éviter les dérives sémantiques contemporaines dans l'usage du terme « ordalique », la position ordalique du Tiers est comprise ici sans rapport avec les expressions en vogue chez certains analystes et anthropologues qui qualifient d'ordaliques des « conduites » ou encore des « comportements » de certains toxicomanes ou casse-cou de tout âge et horizon. Voir par exemple David LE BRETON, *Passions du risque*, Paris, Métailié, 1991. Pour prendre sa décision, le Tiers juridique ne s'en remet pas au hasard.

⁴⁸⁹ Comme l'indique Jean-Philippe Levy, « en même temps qu'une preuve, l'ordalie est aussi, fort souvent, le jugement même (d'où son étymologie) et parfois son exécution ». Cité dans Michel VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 92.

⁴⁹⁰ « Une « intervention » modifie la situation dans laquelle elle se produit. Et pour qu'une « intervention » puisse modifier une « interaction », elle doit être « action » au sens d'« acte ». Elle doit modifier le milieu ambiant, elle doit être objectivement opérante, constatable du dehors ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 69.

⁴⁹¹ « L'instant de la décision est une folie ». Soeren Kierkegaard, cité par Jacques DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, « Points-Essais », 1967, p. 51.

⁴⁹² Sur la capacité sécatrice de la parole juridique dans son registre inconscient, voir Denis VASSE, *Un parmi d'autres*, Paris, Seuil, 1978, en particulier le chapitre 2 intitulé « Le tranchant de la parole » aux p. 37-45.

qui semble obtenir actuellement la faveur des politiques, l'« accommodement raisonnable » représente l'antinomie parfaite de ce qui constitue le fait de décider. L'acte de décider en droit se distingue du concept traditionnel entourant la prise de décision comprise habituellement comme ce qui renvoie

« le plus souvent à un problème de choix, à cette troisième phase qui clôt le processus, après celles de la conception, puis de la délibération : ce qui est généralement admis, c'est l'aspect volontaire et, surtout, rationnel de cette résolution. Par exemple, dans la théorie des jeux, on « s'appuie sur l'idée d'une certaine cohérence des préférences (...) et sur l'hypothèse d'un comportement rationnel. Dans d'autres domaines, une véritable « ingénierie de la décision » se développe depuis quelques décennies, concrétisée par des logiciels informatiques et des procédures codifiées »⁴⁹³.

Martin Heidegger décrit plutôt en terme d'*Entfernung*, i.e. de mouvement à l'encontre du lointain, le moment de trancher :

« Dans la décision, chacun est séparé de tout autre *d'une manière telle que seul un être humain peut l'être d'un autre*. Il en va ainsi dans chaque décision, même dans une décision qui touche uniquement à une communauté, comme peut l'être celle de faire naître une amitié. *Cette décision aussi éloigne l'un de l'autre ceux qui décident, et elle les éloigne aussi loin que porte la possibilité d'un éloignement* »⁴⁹⁴.

Il importe de saisir le double registre du décisif : non pas d'abord ni seulement son sens spontanément moral, mais surtout le fait que l'acte décisoire procède de la nature même de la parole qui instaure le monde comme espace humain. Ce qui constitue l'intégrité du processus de Justice n'est alors plus tant ni uniquement l'élément moral d'impartialité du Tiers, mais une intégrité consacrée par la capacité d'inscrire la distance, de l'ouvrir à la fois comme condition et résultat de la décision juste. « L'éloignement est ici au cœur de la chose », ⁴⁹⁵ i.e. le mouvement concomitant de faire apparaître, de mettre en réserve et de conserver le lointain. Si l'exigence de justice est nécessaire à l'existence humaine, elle ne relève pas moins pour autant d'un souci utilitaire éventuellement subordonné aux impératifs

⁴⁹³ Pierre BONJOUR, « Au risque de la décision », *Reliance*, vol. 2, no. 20, 2006, p. 93, 94.

⁴⁹⁴ Martin HEIDEGGER, *La logique comme question en quête de la pleine essence du langage*, Paris, Gallimard, 2008, p. 75-76.

⁴⁹⁵ Jacques DERRIDA, *Parages*, Paris, Galilée, 1986, p. 27.

de la conservation de soi ou au maintien politique d'un état de paix⁴⁹⁶. Plus nécessaire encore que l'utile, elle transcende les intérêts immédiats des parties. Kojève dégage en ces termes le caractère souverain de cette subsomption de toutes les formes de la partialité par l'acte instaurateur de la réalité humaine :

« il suffit donc d'introduire dans l'étude du phénomène juridique l'élément constitutif essentiel du « tiers désintéressé » pour s'apercevoir que ce phénomène n'admet pas d'interprétations « utilitaristes ». Il y a un intérêt *sui generis* qui pousse l'homme à agir juridiquement, tout au moins en tant que Juge. Et cet « intérêt » n'a rien à voir avec l'intérêt biologique, ou économique, ou social ou politique. (...) Il est inutile de discuter les « théories » biologiques du Droit. Il est trop évident que le Droit est un phénomène spécifiquement humain qui ne se trouve pas dans la nature non humaine »⁴⁹⁷.

Le phénomène juridique apparaît alors solidaire de la conscience, elle-même inséparable de la communauté. Paradoxe de la mise en mouvement de l'idée de Justice : l'intérêt pour sa réalisation est désintéressé. Comment comprendre un « intérêt désintéressé », oxymore énigmatique d'une poursuite à ce point radicale qu'elle échappe à tout contrôle de l'esprit de mesure? Débarrassée de l'utilitarisme, la justice paraît sans prix si l'on s'éloigne de la conception proposée par Nietzsche dans *La Généalogie de la morale*, telle qu'exposée par Wotling :

« La constitution de la justice tient avant tout à la généralisation de l'idée de compensation possible, ou à l'élimination de l'idée d'exception : c'est à partir du moment où l'on s'impose l'idée que rien n'est sans prix, que rien n'est sans mesure, ni sans équivalent, qu'aucune perte, si douloureuse qu'elle soit, qu'aucun acte, si grave qu'il soit ne sont absolument irréversibles, c'est à partir de ce moment qu'est posée la condition essentielle de la justice. (...) Pour toute situation d'atteinte, de dommage, de conflit, il est possible de trouver un arrangement. (...) Le début de la justice tient bien à l'universalisation du rapport contractuel, ainsi que l'indique la fin du

⁴⁹⁶ Dans son ouvrage *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Pierre-Joseph Proudhon écrivait : « La justice, sous des noms divers, gouverne le monde, nature et humanité, science et conscience, logique et morale, économie politique, politique, histoire, littérature et art. La justice est ce qu'il y a de plus primitif dans l'âme humaine, de plus fondamental dans la société, de plus sacré parmi les notions et que les masses réclament aujourd'hui avec plus d'ardeur. C'est l'essence des religions, en même temps que la forme de la raison, l'objet secret de la foi, et le commencement, le milieu et la fin du savoir. Qu'imaginer de plus universel, de plus fort, de plus achevé que la justice ? ». P.-J., PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Bruxelles, Nouvelle édition, 1868, p. 44.

⁴⁹⁷ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 194-195.

§ 8 du second traité de *La généalogie de la morale* : « tout à son prix »⁴⁹⁸.

Cette conception rend la justice impossible d'un point de vue kojévien. Pour Kojève, l'idée de Justice se donne à la conscience, et si la justice peut être *rendue*⁴⁹⁹, ce n'est pas au sens d'une remise et encore moins par échange contractuel. Pour Derrida, « la question de la justice, celle qui porte toujours au-delà du droit, ne se sépare plus, dans sa nécessité comme dans ses apories, de celle du don »⁵⁰⁰.

À l'instar de l'extranaturalité de la parole, le droit émerge comme une construction linguistique constamment aimantée par une poursuite inconsciente : l'aspiration à la justice. Cette condition préside à l'apparition de la réalité juridique en raison du fait qu'il existe, du point de vue de la subjectivité (l'intérêt *sui generis* qu'évoque Kojève), un savoir sensible de l'injustice, une perception de l'inique au sein du droit, même lorsque celui-ci affirme sa prétention d'universalité. Cette tension n'est jamais mieux illustrée que par l'expérience d'Antigone, et elle demeure solidaire de la lutte pour la reconnaissance chez Kojève. Étrange aspiration qui opère selon deux registres distincts : celui de la victime d'une injustice correspondant à l'expérience humaine d'une vexation psychique qui n'a guère d'équivalent dans l'existence et n'est pas même à proprement parler quantifiable⁵⁰¹, et le désir de respecter

⁴⁹⁸ Patrick WOTLING, « Quand la puissance fait preuve d'esprit. Origine et logique de la justice selon Nietzsche » dans Patrick Wotling (Dir.), *La justice*, Paris, Vrin, 2007, p. 119.

⁴⁹⁹ Il importe de ne pas confondre ici le *rendu* de la Justice conçu depuis la théorie du don implicite au travail de Derrida de la créance généalogique dans les textes de Legendre (voir chapitre 3. 4).

⁵⁰⁰ Bien rendue, la justice est donnée. À l'instar du don, c'est un rendu sans équivalence ni réciprocité. Il n'y a pas lieu ici d'ajouter un long développement sur la question du don chez Derrida sinon pour rappeler son caractère impossible, caractéristique que l'on peut attribuer aussi à la notion de Justice comprise comme aspiration, appel; incalculable mis en apposition parce que non symétrique plutôt qu'en opposition avec le calculable, l'évaluation du droit. La dissymétrie fait foi du non-retour du don authentique comme de rupture avec la réciprocité. « Au-delà du droit, et plus encore du juridisme, au-delà de la morale, et plus encore du moralisme, la justice comme rapport à l'autre ne suppose-t-elle pas au contraire l'irréductible excès d'une disjointure ou d'une anachronie, quelque *Un-Fuge*, quelque dislocation « *out of joint* » dans l'être et dans le temps même, une disjointure qui, pour risquer toujours le mal, l'expropriation et l'injustice (*adikia*) contre lesquels il n'est pas d'assurance calculable, pourrait seule faire justice ou rendre justice à l'autre comme autre ? Un faire qui ne s'épuiserait pas dans l'action et un rendre qui ne reviendrait pas à restituer ? ». Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx, L'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*, Paris, Galilée, 1993, p. 53-55. Pour la question de la distinction entre droit et justice chez Derrida voir : Björn THORSTEINSSON, *La question de la justice chez Jacques Derrida*, Paris, L'Harmattan, 2007, en particulier pp. 328-366. Pour l'analyse des apories du don « impossible » voir : Jacques DERRIDA, *Donner le temps I, La fausse monnaie*, Paris, Galilée, 1974, en particulier p. 21-50.

⁵⁰¹ Préférant la conciliation et le plus souvent sans vouloir quantifier, le droit du travail reconnaît, à travers la notion de harcèlement moral ou psychologique, la réalité de ce savoir sensible aux vexations psychiques. Le droit

par exemple des règles de partage, expérience très tôt assimilée dans la vie d'un enfant. Kojève va plus loin : en regard du juste ou de l'injuste, la conscience de soi n'échappe pas à l'examen lucide de sa situation⁵⁰². Cet examen s'impose dès lors comme le plus inconfortable « donné » qui soit, cruel⁵⁰³ éclairage devant lequel le sujet ne saurait se dérober sans en pâtir. Kojève réfère à la conscience de soi comme si elle comprenait l'inconscient et comme si elle tenait la « comptabilité » de la conscience de l'Autre en tant qu'elle ne saurait être parfaitement distincte ou complètement détachée du social. Aucun passage des topiques freudiennes de l'inconscient et même du surmoi ne paraîtrait ici parfaitement assorti à la cruauté d'une instance que le sujet tenterait en vain de réduire au silence; seulement l'image de la doublure qui juge ou jure depuis l'ourlet du discours intérieur.

L'idée de Justice apparaît donc comme surjet et repli du tissu social, supplément incoercible *sui generis*, écho et miroir à peine déformé de ce qui s'y trame. Rien d'étonnant à ce que la lecture de Hegel par Kojève ait pesé si lourdement sur les théorisations analytiques ultérieures de ses auditeurs les plus célèbres qui, eux, passeront par la logique de l'inconscient pour en arriver à cette lucidité crue du soi. Dans l'optique de la psychanalyse, Hélène l'Heuillet observe que « le sujet est ainsi fait qu'il n'a pas besoin de policier derrière lui pour

civil reconnaît quant à lui le *solatium doloris*, mais l'admissibilité de cette catégorie de dommage a toujours fait l'objet de vives controverses doctrinales.

⁵⁰² Alain Juranville place du côté du savoir inconscient ce savoir insu de la conscience sur elle-même qu'évoque Kojève en terme de conscience : « L'inconscient est ce savoir (pour Lacan, « savoir insu ») qui, par rapport à la conscience ordinaire, surgit imprévisiblement comme son Autre. Autre qui fait s'effondrer l'identité fautive de cette conscience, et qui apparaît lui-même comme lieu premier de l'identité vraie. D'une identité qui est principe du savoir, d'un savoir certes toujours déjà là, et cependant à recréer imprévisiblement ». Alain JURANVILLE, « Inconscient et justice », *Cités*, vol.4, no. 16, 2003, p. 87, 88.

⁵⁰³ L'examen lucide de la conscience qu'évoque Kojève, la possibilité de ressentir l'« injustice » de son propre bonheur, cette capacité auto-réflexive de « se faire souffrir » en raison d'une vérité éventuellement connue qui déplace l'idée d'aspiration *sui generis* à la justice vers celle de la topique de l'inconscient. De cette disposition particulière de la subjectivité rappelle Jacques Derrida, la psychanalyse française en a fait une préoccupation essentielle : « S'il y a quelque chose d'irréductible dans la vie de l'être vivant, dans l'âme, dans le psyché (...) et si cette chose irréductible dans la vie de l'être animé est bien la possibilité de la cruauté (...), alors aucun autre discours – théologique, métaphysique, génétique, physicaliste, cognitiviste, etc. – ne saurait s'ouvrir à cette hypothèse. Ils seraient tous faits pour la réduire, l'exclure, la priver de sens. Le seul discours qui puisse aujourd'hui revendiquer la chose de la cruauté psychique comme son affaire *propre*, ce serait bien ce qui s'appelle, depuis un siècle à peu près, la psychanalyse ». Jacques DERRIDA cité dans René MAJOR, *Lacan avec Derrida : analyse désistentielle*, Paris, Flammarion, 2001, p. XVI.

respecter la loi. Le sujet de l'inconscient est un sujet sévère avec lui-même. Bien peu d'entre nous sont capables de désobéir à une loi sans se punir eux-mêmes »⁵⁰⁴. Kojève note qu'

« il est vain de vouloir déduire la Justice et le Droit du seul besoin du bonheur (...). Il suffit pour le montrer de faire appel à la notion courante du « bonheur injuste ». Même l'heureux lui-même peut se rendre compte du fait qu'il l'est « injustement ». Et toutes choses égales, un bonheur « juste », c'est-à-dire universellement reconnu, a plus de valeur qu'un bonheur « injuste », c'est-à-dire purement subjectif, personnel »⁵⁰⁵.

La « vérité tient le sujet »; non pas parce qu'il serait foncièrement honnête, mais parce que, du point de vue du philosophe hégélien, il est essentiellement social, soumis et préconstitué par le discours de l'Autre. Pourtant, pas plus que son utilité, le double aspect psychologique de l'aspiration à la justice n'est suffisant pour expliquer l'origine de l'idée de Justice et le fait qu'elle puisse éventuellement s'imposer dans l'histoire. Sans échapper à toute contingence, cette idée n'apparaît qu'à la condition qu'une franche rupture s'établisse avec des conduites économiques ou politiques, de la même manière que le droit implique obligatoirement l'intervention désintéressée du Tiers⁵⁰⁶.

Cette manière de supprimer l'immédiat pour concevoir les interactions juridiques traverse le commentaire de Kojève. Le désintéressement infini préside à la fondation de l'institution du droit, qu'il s'agisse de la poursuite de l'idée de Justice ou de l'intervention du Tiers.

Sans faire de l'argument *sui generis* l'équivalent d'une déduction ontologique dans l'histoire de la philosophie, son développement par Kojève s'emploie à purger de leur caractère particulier toutes les représentations juridiques afin d'enserrer dans la démonstration l'idée d'un « donné » anthropologique à travers lequel s'élève l'idée de Justice. Il ne s'agit pas d'un décalque de l'argument d'Anselme de Canterbury (1033-1109) sur l'existence de Dieu repris par Descartes dans la cinquième *Méditation métaphysique* en ces termes :

« Je ne puis concevoir Dieu sans existence, il s'ensuit que l'existence est inséparable de lui, et partant qu'il existe véritablement : non pas que ma pensée puisse faire que cela soit de

⁵⁰⁴ Hélène L'HEUILLET, *La psychanalyse est un humanisme*, Paris, Grasset, 2006, p. 91.

⁵⁰⁵ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 202-203.

⁵⁰⁶ « L'idée de Justice, qui est à la base du Droit en tant que tel, est une catégorie spécifiquement juridique, en tout cas une catégorie irréductible aux catégories spécifiquement politiques ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 203.

la sorte, et qu'elle impose aux choses aucune nécessité; mais, au contraire, parce que la nécessité de la chose même, à savoir de l'existence de Dieu, détermine ma pensée à le concevoir de cette façon »⁵⁰⁷.

Mais c'est plutôt par simple permutation des termes qu'il est possible d'obtenir la formulation synthétique suivante : *Je ne puis concevoir l'idée de Justice sans postuler son existence, il s'ensuit que l'idée de Justice est inséparable de l'existence humaine parce que la nécessité de la chose même, à savoir cette idée, détermine ma pensée à la concevoir de cette façon.*

Cette formulation de l'argument *sui generis* tient son autorité d'une structure qui rend transparent le rapport de la conscience à elle-même. C'est lorsqu'Hegel reprend à son compte l'intuition portée par l'argument ontologique et la relève au niveau de l'entendement pur que l'idée de Justice devient l'abstraction requise pour que puisse être saisi le droit dans chacun de ses moments apparemment disparates ou contingents, en fait pratiquement sans égard à son histoire⁵⁰⁸. Dans cette optique, les discours du droit ne sont que les faire-valoir de l'idée telle qu'en elle-même. Cette perspective se précise lorsque Kojève place l'impartialité au-dessus de toute alternative altruiste ou égoïste de la part du Tiers :

« Or le « tiers » qui nous intéresse doit être non seulement « désintéressé », mais encore « impartial ». Car le Juge s'intéresse aux *actes* et non à l'*être* de ses justiciables. Détachés de leur interaction ils ne sont rien pour lui. Au contraire il détache d'eux leur interaction et il la juge sans tenir compte des agents pris isolément. (...) S'il poursuit un « intérêt », ce n'est ni le sien propre, ni celui d'autrui, il agit uniquement dans l'intérêt de la Justice, comme on dit. (...) L'action juridique n'est ni égoïste, ni altruiste : elle est absolument neutre par rapport à cette opposition. (...) Et cette *neutralité* absolue de l'action juridique en tant que telle est un argument important en faveur de la thèse de la spécificité et de l'autonomie du Droit »⁵⁰⁹.

L'idée de Justice, qui paraît surjeter à l'évolution du droit, s'impose par-dessus le marché comme supplément d'origine, grâce superlative additionnée par l'acte anthropogène

⁵⁰⁷ René DESCARTES, *Oeuvres et lettres*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, 1953, p. 313.

⁵⁰⁸ « C'est dans l'atmosphère diaphane et glaciale de la *neutralité* absolue, de la parfaite « impartialité » et du « désintéressement » total, que s'effectue dans et par le Droit ou mieux encore en tant que Droit, la réalisation de l'Idée de Justice. Et c'est dans la même atmosphère que naît et se développe cette idée en tant que telle, l'idée *sui generis*, qui est la base et le fondement de tout Droit quel qu'il soit ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 229-230.

⁵⁰⁹ Id., p. 228-229.

au désir de reconnaissance. Alain Supiot décrit la puissance de cet ancrage anthropologique en termes de relève, comme si » il s’agissait d’un appel d’air au sens propre :

« L’aspiration à la justice n’est donc pas le vestige préscientifique, mais représente, pour le meilleur et pour le pire, une donnée anthropologique fondamentale. L’homme peut tuer et mourir pour une cause qu’il estime juste (sa Liberté, sa Patrie, son Dieu, son Honneur, etc.) et de ce point de vue il y a en chacun de nous une bombe. Nier la fonction anthropologique du Droit au nom d’un prétendu réalisme biologique, politique ou économique est un point commun à toutes les entreprises totalitaires »⁵¹⁰.

Dans la perspective kojévienne, le désir de reconnaissance distingue la conduite humaine des comportements animaux et commande le déploiement de moyens exorbitants qui n’ont rien à voir avec l’utilitarisme. L’idée de Justice paraît tout à la fois fixée (*sui generis*) en tant qu’elle découle de la condition humaine, et mise en acte par les rapports maître-esclave qui constituent, à travers la lutte des classes, le moteur de l’histoire. Cette poursuite de l’idée de Justice implique par conséquent que la justice n’est jamais ni complètement atteinte ni parfaitement rendue. Même dans son effectuation, elle reste en deçà de l’idéal⁵¹¹ qui en constitue l’horizon asymptotique, à l’encontre des simulacres de la rectitude qui n’en seraient que la caricature ou la grimace résumée par l’adage *Summa jus, summa injuria*. Pour Kojève,

« dire que l’idée de Justice est une idée *sui generis*, spécifique et autonome, c’est dire qu’elle est contemporaine à l’homme lui-même, étant directement ancrée dans l’être humain en tant que tel, indépendamment des autres phénomènes qui naissent de cet être. Étudier l’origine de l’idée de Justice c’est donc montrer pourquoi et comment elle est engendrée par l’acte anthropogène lui-même (...)»⁵¹².

Ici, l’expression *sui generis* ne définit pas une sorte d’innéisme et n’obéit pas non plus aux dispositions psychologiques des intéressés. Il ne s’agit pas d’une idée qui descendrait du ciel ou qui s’imposerait depuis son rayonnement éternel; son origine correspond au travail de l’histoire humaine en marche de sorte que le concept d’« origine de l’idée de Justice » ne

⁵¹⁰ Alain SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 9 et 11.

⁵¹¹ « L’idéal de Justice est rarement donné sous une forme explicite ; il est généralement donné implicitement, dans quelques règles de droit à valeur axiomatique, que les autres règles ne doivent pas contredire ; autrement dit l’application des nouvelles règles ne doit jamais aboutir à des situations incompatibles avec celles auxquelles aboutit l’application des règles axiomatiques ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d’une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 331.

⁵¹² Id., p. 234.

aurait émaner que du désir de reconnaissance, du duel⁵¹³, acte anthropogène par excellence. L'idée de Justice devient « naturelle » dès qu'il y a société; ou encore, il n'y a société que parce que l'idée de Justice surgit naturellement au sein même de la violence duelle. Luc Boltansky observe que

« dans la dispute en justice, les personnes ne se mesurent plus seulement *l'une à l'autre*, comme c'est le cas dans la comparaison violente. Elles prennent appui pour asseoir leurs mesures sur une équivalence générale, traitée comme universelle. Cette équivalence générale introduit dans leur relation la référence à un second niveau qui n'est pas occupé par des personnes, puisque le juge lui-même ne peut arbitrer qu'en s'y référant. Sa tâche, (...) consiste seulement à aider chacun des contradicteurs à détacher son attention de la personne de son adversaire pour la tourner vers cette équivalence de second niveau, en réactivant le savoir commun qu'ils en ont. La dispute peut ainsi passer de la violence à la justice lorsque chacun reconnaît l'équivalence générale et reconnaît que l'autre la reconnaît et que l'autre reconnaît qu'il la reconnaît lui-même, et ainsi de suite »⁵¹⁴.

Dans la relation à la justice, la réciprocité entre les parties relève non pas de l'épiphanie d'un concept de justice, mais de la dynamique même de la dispute ou du différend⁵¹⁵. La logique des interactions duelles implique une reconnaissance dépersonnalisée en faveur d'un principe d'équivalence⁵¹⁶. Le Tiers juridique n'est ici ni contenu ni solution à proprement parler, bien qu'il doive ultimement trancher; il est le tenant-lieu d'un rapport d'équivalence dans la mécanique de la lutte pour la reconnaissance.

⁵¹³ « Certes, la Lutte anthropogène est une « construction » théorique, un phénomène hypothétique inobservable. Mais le phénomène du Duel en a conservé les traces. C'est donc en analysant le phénomène du Duel que nous pouvons décrire l'aspect juridique de la Lutte anthropogène. Seulement, les Duels connus de nous présupposent toujours l'idée de Justice, et même sa réalisation dans le Droit, tandis que la Lutte anthropogène, étant la source de l'existence humaine en général, est la source de l'idée de Justice en tant que telle ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 250.

⁵¹⁴ Luc BOLTANSKI, *L'Amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, op. cit., note 1009, pp. 164-165.

⁵¹⁵ Comme le note Simone Weil, « c'est quand deux être humains se rencontrent dans des circonstances telles qu'aucun ne soit soumis à l'autre par aucune espèce de force et que chacun ait à un degré égal besoin du consentement de l'autre. Chacun alors, sans cesser de penser à la première personne, comprend réellement que l'autre aussi pense à la première personne. La justice se produit alors comme un phénomène naturel ». Cité dans Luc BOLTANSKI, *L'Amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, p. 164.

⁵¹⁶ « La violence est illégitime quand les exigences qui la motivent ne sont pas générales (ou généralisables) ». Alberto BURGIO, « Du discours à la violence. Avec Hegel, après Hegel », dans *Discours, violence et langage : un socratismes d'Éric Weil*. Collège Internationale de philosophie, Paris, Éditions Osiris, 1990, p. 69-107; p. 75.

La rhétorique hégélienne reprise par Kojève implique l'automobilité de l'idée de Justice (et non de la justice comme telle) à travers la suite des avatars que constituent les systèmes juridiques particuliers. N'étant pas toute constituée d'avance, cette idée est une intuition qui se précise pour éventuellement s'affranchir du droit, en dissoudre les particularismes. Kojève n'hésite d'ailleurs pas à anticiper l'existence d'un horizon fini, du mouvement achevé ou encore du point oméga⁵¹⁷ où se réconcilierait finalement l'idée pure avec elle-même : « On peut se demander ce que sera la Justice de l'avenir, la Justice « absolue » en ce sens qu'elle sera universellement et éternellement valable, étant acceptée par l'humanité tout entière »⁵¹⁸.

La justice sépare et unit à la fois la décision et le droit. La justice n'est pas le droit, mais elle n'est pas sans le droit. Le droit précède l'accomplissement de la justice; mais cette précérence chronologique n'est pas créditée d'une préséance de l'idée de Justice en termes d'accomplissement. Quelle est l'instance tierce du droit et de la justice? Comment concilier le contradictoire et le complémentaire?

L'acte de décider lui-même est la dimension ordalique qui complexifie la décision de justice. À la fois insérée par le droit dans l'histoire, la justice est placée hors du droit; elle est conservée, et cette conservation constitue le mode d'apparition même du droit dans son éloignement.

Cette perspective dynamique arrive certes à faire comprendre la manière par laquelle l'idée de Justice est mise en mouvement depuis l'histoire de la lutte pour la reconnaissance, mais elle ne parvient pas à faire voir comment le droit historique s'y raccroche autrement que comme accident de parcours. L'expectative eschatologique globale de l'Idée de Justice ne permet pas d'établir de liens entre l'exigence interne au droit qui en est pourtant la condition et sa reconnaissance finale présumée par le mouvement lui-même. La connexion intime entre cette exigence et cette reconnaissance, le déchirement du transcendantal et de l'empirique demeure ce qui dans le phénomène juridique donne le plus à penser. La décision de justice

⁵¹⁷ À cette altitude où rendre justice n'a plus valeur d'un rendu mais d'un donné, Derrida écrit dans *Spectres de Marx* : « Si le droit tient à la vengeance, comme semble s'en plaindre Hamlet - avant Nietzsche, avant Heidegger, avant Benjamin -, ne peut-on soupirer après une justice qui un jour, un jour qui n'appartiendrait plus à l'histoire, un jour quasiment messianique, serait enfin soustraite à la fatalité de la vengeance ? Mieux que soustraite : infiniment étrangère, hétérogène en sa source ? ». Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx*, op. cit., note 500, p. 47.

⁵¹⁸ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 234.

apparaît comme l'écharde⁵¹⁹ dans le progrès de la reconnaissance, car elle implique qu'une des parties prenant part au duel ou à cette lutte n'est pas supprimée, mais conservée. C'est que Kojève fait reposer l'autorité véritable du droit sur la proposition programmatique contenu dans l'adage *Fiat justitia, et pereat mundus*⁵²⁰. Selon lui, le sens véritable de cette maxime est le suivant :

« La Justice doit s'accomplir, c'est-à-dire le Droit doit exister, même si le monde doit périr. S'entend le monde avec tout ce qu'il implique, c'est-à-dire en particulier avec le Juge qui applique le Droit. Autrement dit le Juge n'est vraiment « désintéressé » que s'il accepte sa propre ruine en fonction de son intervention. Et il n'y a de situation juridique authentique que si cette situation implique l'intervention d'un tel Juge »⁵²¹.

Le droit a pour fonction d'accomplir l'idée de Justice qui, bien que *sui generis*, a besoin de l'articulet, de la médiation de ce qui n'est pas encore elle-même. L'identité parfaite entre justice et droit devant advenir seulement lorsque la Justice « absolue » aura été « acceptée par l'humanité tout entière ». L'hypothèse de ce besoin paraît une figure rhétorique, bien qu'elle confère à l'exigence de justice préséance sur l'existence même du monde sur lequel elle s'exerce. La Justice doit s'accomplir même si le monde doit périr. En particulier avec le Juge qui applique le Droit.

Le moins qu'on puisse dire, c'est que le Tiers ne « cède pas sur son désir » de justice, qui va jusqu'à sa propre autosuppression, à mourir pour la Justice, à un double

⁵¹⁹ « Dire qu'une décision responsable doit se régler sur un savoir, cela paraît définir à la fois la condition de possibilité de la responsabilité (on ne peut prendre une décision responsable sans science et conscience, sans savoir ce qu'on fait, pour quelle raison, en vue de quoi et dans quelles conditions on le fait) et la condition d'impossibilité de ladite responsabilité (si une décision s'ordonne à ce savoir qu'elle se contente de suivre ou de développer, ce n'est plus une décision responsable, c'est la mise en œuvre technique d'un dispositif cognitif, le simple déploiement machinique d'un théorème) ». Jacques DERRIDA, *Donner la mort*, dans *L'éthique du don. Jacques Derrida et la pensée du don. Colloque de Royaumont décembre 1990*, Paris, Métaillé, 1992, p. 30-31.

⁵²⁰ La formule attribuée à l'Empereur Ferdinand Ier de Habsbourg, (1503-1564) est reprise et commentée par Kant dans son *Essai philosophique sur la paix perpétuelle* qui tente d'en atténuer la portée, non la rigueur en ces termes : « La sentence un peu cavalière, mais vraie : *fiat justitia, pereat mundus* : c'est-à-dire: « que la justice règne fussent périr les scélérats de tout l'Univers », cette sentence qui a passé en proverbe est un principe de droit bien énergique, et qui coupe hardiment tous les chemins tortueux tracés par la ruse ou par la force. Mais il faut bien la comprendre. Elle n'autorise pas à faire valoir le droit en toute rigueur, la morale s'oppose à un tel absolutisme (...) ». La maxime latine ne contient pas l'ajout de « scélérats » mais surtout ici Kant tente de subordonner le principe juridique à l'argument d'une morale qui s'oppose à un « pareil absolutisme ». Dans la perspective de *l'Esquisse d'une phénoménologie du droit* toutefois, Kojève prend bien soin de ne jamais confondre, à l'instar de Kelsen, la sphère du droit et celle de la morale. Emmanuel KANT, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fishbacher Éditeur, 1880, p. 54-55.

⁵²¹ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 78.

anéantissement⁵²². Folie de la décision de justice, déplacement ordalique proche de la formule de Saint-Just pour qui « les circonstances ne sont difficiles que pour ceux qui reculent devant le tombeau (...). Je méprise la poussière qui me compose et qui vous parle; on pourra la persécuter et faire mourir cette poussière »⁵²³.

Afin de se manifester sans prévarication, il faut une justice qui puisse s'engager à tout perdre, à courir à sa perte et dont l'avoir-lieu tourne le dos au calcul (« S'entend le monde avec tout ce qu'il implique »). Décision pure, désintéressée de ses effets sans l'être de ses conséquences, et qui ne saurait être que depuis un idéal en tension⁵²⁴ constante avec la fonction conservatrice du droit⁵²⁵. Le risque bien compris à travers la libre mise en jeu de soi et du monde jusqu'à la décision n'est pas universalisable comme l'est la tension entre l'idée de Justice et le droit. À la différence des parties dans la lutte anthropogène⁵²⁶, il ne saurait exister de consentement du point de vue du Tiers à disparaître au nom même du droit. La décision fait faux-bond à l'échange ou au mode d'arrangement binaire, à la synthèse dialectique entre idée de Justice et droit.

La Justice a lieu au risque du droit⁵²⁷. Plus précisément, elle doit subsister comme tension et recherche pour que puisse exister le droit. Compte tenu des inclinations naturelles

⁵²² La vérité de la parole pèse comme exigence inexpiable. « Au dernier terme, ce dont le sujet se sent effectivement coupable quand il fait de la culpabilité, de façon recevable et non pour le directeur de conscience, c'est toujours, à la racine, pour autant qu'il a cédé sur son désir ». Jacques LACAN, *Le Séminaire, Livre VII : L'éthique de la psychanalyse*, leçon du 6 juillet 1960, Paris, Seuil, 1986, p. 368.

⁵²³ Louis Antoine Léon de SAINT-JUST, *Fragments sur les institutions républicaines*, Paris, Éditions 10/18, Collection Fait et Cause, 2003, p. 5.

⁵²⁴ La formule d'un idéal en tension « ne rend justement pas justice » à la complexité des rapports entre droit et justice, à cette énigmatique engendrement non dialectique : « Je veux tout de suite insister pour réserver la possibilité d'une justice, voire d'une loi qui non seulement excède ou contredit le droit mais qui peut-être n'a pas de rapport avec le droit, ou entretient avec lui un rapport si étrange qu'elle peut aussi bien exiger le droit que l'exclure ». Jacques DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., note 486, p. 47.

⁵²⁵ Le statut d'une décision pure, désintéressée de ses effets sans l'être de ses conséquences demeure tempérée par le fait que: « L'illogisme judiciaire fait naître un immédiat sentiment d'injustice. Quels que soient les fondements de la décision, il est inadmissible aux justiciables qu'en présence d'un groupe de cas résolus d'une certaine manière, il soit tranché différemment d'un nouveau cas rigoureusement semblable aux précédents. ». LOUIS ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 205.

⁵²⁶ « Il n'y a pas que *consentement* dans l'acte anthropogène de Lutte pour la reconnaissance ; il y a encore *consentement mutuel* ». Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 251.

⁵²⁷ Comme le rappelle Pierre-Yves Quiviger, la justice est « ce qui pour Derrida « excède » le droit, est irréductible au droit, est incalculable. La position de Derrida devient beaucoup plus originale quand, s'appuyant sur Lévinas, il caractérise le droit par la calculabilité et la justice par l'incalculabilité. Derrida avance alors l'idée que le droit travaille la question de la jonction sur le modèle du lien commercial, alors que la justice travaille la

des êtres humains, on imagine la double quantité de violence requise d'une part pour fournir un cadre étatique à la hauteur d'une telle décision, et d'autre part pour qu'un magistrat s'y aventure⁵²⁸. La nature statique du droit resterait secrètement soumise à la guise du déchirement. Derrida décrit la dimension aporétique de la décision de justice en ces termes :

« Pour être juste, la décision d'un juge, par exemple, doit non seulement suivre une règle de droit ou une loi générale, mais elle doit l'assumer, l'approuver, en confirmer la valeur, par un acte d'interprétation réinstituteur comme si à la limite la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à chaque cas. (...) Bref, pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice et suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la rejustifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe »⁵²⁹.

Dans son moment décisionnel, il s'agit d'une résolution, d'une séparation sans commune mesure avec l'ordre moral ou le fonctionnement de la raison : le moment de la décision de justice est d'une certaine manière au-delà du bien et du mal. L'existence d'une

question de la jonction sur le modèle du don (que les juristes désignent de façon signifiante comme une libéralité) ». P.-Y. QUIVIGER, « Derrida : de la philosophie au droit », □ *Cités*, vol. 2, no. 30, 2007, p. 41, 45 et 47.

⁵²⁸ Des limitations au principe du Droit pur tel que formulé par Kojève apparaissent rapidement lorsque par exemple un État fournit des services de santé gratuits et se dote d'un appareil judiciaire par des mécanismes dont le mode de nomination des magistrats reste modeste en regard de leur indépendance et place ces derniers devant le dilemme de devoir indemniser complètement pour un préjudice subi une victime d'erreur médicale. L'on peut arguer que, de manière inconsciente, les tribunaux ne peuvent s'empêcher de tenir compte dans leur décision du fait qu'un débiteur collectif et unique en assume ultimement les coûts.

⁵²⁹ Jacques DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., note 486, p. 50-51. Cet intérêt pour le droit et la justice apparaît dans ses travaux, selon certains commentateurs, à partir des années 1990. Dans l'œuvre de Derrida, ce tournant reste sujet à discussion, l'auteur estimant que son chantier antérieur de déconstruction se situait déjà de plain-pied dans le champ de l'éthique et du droit. Ce détail ne doit cependant pas faire oublier que l'apport de Derrida à la philosophie du droit reste à peu près inconnu des Facultés de droit francophones. Il existe à l'inverse une abondante littérature anglo-saxonne sur sa contribution notamment au courant américain des *Critical Legal Studies* (CLS) à partir de son intervention en 1989 sur « La déconstruction et la possibilité de justice » à la prestigieuse *Cardozo Law School* de New-York qui a servi, avec une autre de ses interventions en 1990 à l'Université de Californie à Los Angeles, à la publication de *Force de loi* en 1994. À l'instar de Pierre Legendre, bien qu'opérant dans un registre autre, les contributions de Derrida à la philosophie du droit francophone restent dans les limbes administratives des facultés de droit. Comment expliquer cette surdité du champ juridique sans l'assimiler à la capacité immunitaire de la rectitude positiviste? Ce paradoxe tient peut-être au fait que la philosophie du droit reste captive d'une certaine manière de retenir les questions de la philosophie du droit dans l'enceinte du ressassement académique, ou de s'assurer que l'élément théorique ne puisse exister qu'à la condition de ne jamais entrer en dialogue ou en conflit avec les certitudes du droit positif. De sorte que la constellation formée par des auteurs comme Pierre Legendre, Jacques Derrida ou Michel Foucault qui interrogent pourtant le plus radicalement le fonctionnement de la discipline sont réputés ne travailler que dans le champ de la littérature en général.

réalité juridique pure, voire autonome, ainsi que les règles qui président à la prise de décision doivent nécessairement se distinguer de celles qui ont cours dans le cadre de la délibération morale⁵³⁰. Kojève distingue finement les sphères morale et juridique en ces termes :

« Disons donc que l'idée de Justice peut être utilisée pour des fins morales, mais que dans sa réalisation authentique elle engendre non pas une Morale, mais un Droit. Et ce Droit en tant que tel n'a plus rien à voir avec la Morale proprement dite, car il peut faire se réaliser la Justice même parmi des hommes profondément amoraux, voire immoraux, ce qui, bien entendu, n'intéresse nullement la Morale. Car la Morale n'a que faire d'une Justice même parfaitement réalisée par un Droit, si cette réalisation n'implique pas la perfection « intérieure » des hommes qui agissent conformément à ce Droit. Or, puisque la Justice tend à se réaliser dans et par un phénomène qu'on appelle le Droit et qui n'a rien à voir avec la Morale, on peut dire qu'elle est une idée juridique *sui generis*, essentiellement distincte des idées spécifiquement morales »⁵³¹.

De la même façon que pour Legendre, la déconstruction du droit ne saurait se ramener à une dénonciation idéologique, sous peine non seulement de nier au sujet son désir inconscient de justice, mais aussi et surtout de nier le sujet en tant que désir inconscient de justice. Le droit n'est pas la justice; il reste soumis à la force d'ensevelissement de l'idée de Justice, au maintien d'un principe subversif, « auto-disrupteur » au sein de l'ordre établi par la force elle-même. Derrida décrit en ces termes la fondation paradoxale du droit, toujours susceptible de se trouver en porte à faux avec l'idéal de Justice :

« La justice – au sens du droit (*right or law*) ne serait pas simplement mise au service d'une force ou d'un pouvoir social, par exemple économique, politique, idéologique qui existerait hors d'elle ou avant elle et auquel elle devrait se plier ou s'accorder selon l'utilité. Son moment de fondation ou d'institution même n'est d'ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d'une histoire puisqu'il le déchire d'une décision. Or, l'opération qui revient à fonder le droit (...) à justifier le droit, consisterait en un coup de force, en une violence performative et donc interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste et qu'aucune justice, aucun droit préalable et antérieurement fondateur, aucune fondation

⁵³⁰ On peut risquer que la décision de justice au terme du jugement appartient à l'essence même du décideur et que cette performativité n'existe, dans sa forme la plus pure, qu'en droit. Il n'est pas certain qu'une telle sémiotique du trancher ne s'exprime aussi radicalement dans d'autres disciplines bien que les termes s'y apparentent en management ou dans le fonctionnement des organisations. Sur cette question, voir Olivier GERMAIN et Jean-Louis LACOLLEY, « La décision existe-t-elle ? », *Revue française de gestion*, no. 225, 2012, p. 47-55.

⁵³¹ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 223-224.

préexistante, par définition, ne pourrait ni garantir ni contredire ou invalider »⁵³².

Pour Derrida, la justice est au droit ce qu'est pour Legendre la structure ternaire dans son rapport au droit positif. Performatif absolu, la décision de justice est acte de parole qui passe complètement dans l'événement qu'il ouvre et où il advient. L'institution du juste n'a lieu qu'à l'occasion de ce dispositif langagier : institution de la diachronie, miroir sans tain de la réponse tragique. De ce point de vue, les modes alternatifs de règlement des conflits constituent d'efficaces « semblants » qui n'ont qu'en apparence le caractère de la justice rendue. Transiger n'est pas statuer.

3.7 *Le Tiers juridique en sursis*

Deux ne constituent pas encore une Société au sens propre du mot. Mais en fait il y a toujours un « spectateur », un « troisième »⁵³³.

La transcendance du Tiers dans une société qui s'est autonomisée par rapport à l'existence même de toute transcendance décentre le discours juridique. Le Tiers demeure pourtant en droit criminel le mécanisme extérieur d'un « faire-obéir » au nom de la Loi, et pour que s'exerce sa fonction répressive, il n'est pas même nécessaire qu'ait été accompli l'acte délictueux. La fiction du Tiers comme arbitre permet la représentation d'une surveillance invisible étalée sur la totalité du temps qui articule l'universalité de la loi aux circonstances particulières. Historiquement,

« *l'arbiter* est en réalité un *iudex* qui agit en tant qu'*arbiter*, il juge en survenant entre les parties, en venant du dehors, comme quelqu'un qui a assisté à l'affaire sans être vu, qui peut donc juger librement et souverainement du fait, hors de tout précédent, et en fonction des circonstances »⁵³⁴.

En revanche, on peut imaginer en droit civil une faute sans dommage, faute qui, pour cette raison même, ne sera jamais sanctionnée. Le montage du Tiers et son effectivité transitent par la fonction d'autorité qu'occupe le juge⁵³⁵ compris comme « bouche de la loi ».

⁵³² Jacques DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., note 486, p. 32-33.

⁵³³ Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op. cit., note 410, p. 140.

⁵³⁴ Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., note 380, p. 87.

⁵³⁵ « L'autorité, c'est la personnalisation des règles, leur incarnation, ou encore la transfiguration symbolique de certains individus qui prennent à leur charge les normes collectives, et font de leur réalisation une responsabilité personnelle ». François BOURRICAUD, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon, 1961, p. 389.

Reprenant cette expression de Montesquieu dans *L'esprit des lois*, Gérard Timsit insiste sur cette opération métaphorique indispensable à l'articulation du rapport texte-parole qui consacre l'autorité de la loi :

« Il ne s'agit plus d'une simple métaphore. Au-delà de la comparabilité des figures, c'est désormais toute la structure – l'ordre interne le plus profond – de l'ensemble des relations du juge et de la loi qui se trouve mis à jour par la métaphore de la bouche de la loi. Ce n'est plus une ressemblance approchée qui est utilisée pour conclure au statut exact de la réalité. C'est désormais la réalité même, au plus profond de sa vérité, qui se trouve décrite par la métaphore – qui en devient une fausse métaphore. Non seulement Montesquieu, assimilant la relation du juge et de la loi à la relation de la parole et de l'écriture, n'en propose pas une métaphore, mais il rend par là exactement compte des mécanismes les plus essentiels de la relation loi/jugement⁵³⁶.

La dimension d'extériorité transcendante reste inséparable de l'intervention juridique en matière de droit criminel. Jean-Pierre Cléro décrit l'efficacité fictive du principe d'autorité en terme de « supposé savoir » :

« Le juge est aussi celui qui est promu dans la position de celui qui sait. En cas de différend entre deux parties, ou entre un justiciable et une loi, il fait comme s'il existait entre un homme et un autre, entre la loi et le cas concret, une position qu'il est seul à pouvoir détenir. Là encore, c'est le langage qui permet de prendre cette position, laquelle n'existe pas réellement. Ce sont des abstractions, des positions supposées, mais jamais prises en réalité qui constituent l'autorité. Jamais personne ne l'exerce par le simple fait de son individualité empirique, sans invoquer ces abstractions imprenables et efficaces dans ces rôles parce qu'elles sont imprenables. De même que les morts ont plus d'importance que les vivants par l'espèce de culte qu'on leur rend, dans la transmission des valeurs, les fictions ont plus d'importance que les entités réelles pour l'efficacité de l'autorité »⁵³⁷.

En principe, les exigences du Tiers ne supportent pas d'aménagement ni ne souffrent d'exception; elles procèdent de la supériorité hiérarchique de celui ou de celle qui impose au nom du Tiers. Or dans la modernité, c'est le statut et l'utilité même de cette fonction, de cette troisième personne, qui sont insidieusement remis en cause, car l'époque est à la

⁵³⁶ Gérard TIMSIT, « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 38, no. 117, 2000, p. 83, 92.

⁵³⁷ Jean-Pierre CLÉRO, *Qu'est-ce que l'autorité ?*, Paris, Vrin, 2007, p. 39.

négociation⁵³⁸, à la binarisation des rapports qui débouchent sur ce que Pierre Legendre nomme le « *self-service* » normatif. Les institutions obéissent elles-mêmes à cette logique clientéliste : elles n'ont désormais cure que pour la satisfaction des usagers tant et aussi longtemps que leur pérennité n'est pas elle-même remise en cause. « Nous sommes entrés dans l'ère de la communication binaire et de la quantification des rapports duels, ce qui dans l'ordre de la subjectivation signifie l'avènement du sujet-Roi, autrement dit du sujet qui ne connaîtrait pas la limite »⁵³⁹. Le droit pénal français dispose déjà des « mécanismes réflexifs » dans lesquels le condamné participe à l'élaboration de sa peine⁵⁴⁰. Selon François Desprez,

« il semble que désormais les mécanismes réflexifs se concentrent principalement autour de la participation du justiciable à la détermination de la réponse pénale concernant l'infraction qui lui est reprochée. Par cette intervention dans le processus judiciaire, le justiciable participe alors à la production du droit »⁵⁴¹.

Cette sollicitude humaniste confond la fonction de référence du droit avec le processus de réhabilitation. Peut-on en effet imaginer se voir reconnaître un statut dans le processus d'imposition de sa propre peine, et que cela demeure compatible avec la rigueur même du droit⁵⁴²? Le sujet moderne ne voit pas l'utilité d'un recours au Tiers dans le contexte plus large du néo-libéralisme, qui non seulement vante les bienfaits d'un État évanescent et les charmes de la dérèglementation, mais surtout suggère que l'épanouissement des citoyens passe par la défiance à l'égard de l'ordre des lois⁵⁴³. La libre initiative des individus paraît en contradiction

⁵³⁸ « La disparition progressive des modèles normatifs stables, délimitant le permis de l'interdit, a des conséquences sur la constitution des identités. L'articulation de la volonté personnelle et des normes du groupe et l'articulation des normes du groupe particulier et de la société dans son ensemble semblent désormais en constante négociation. (...) La négociation aujourd'hui n'est plus seulement une pratique localisable dans certains secteurs délimités, elle semble s'étendre à la plupart des aspects de la vie sociale ». Marie-Elisabeth VOLCKRICK, « Les usages du tiers dans la négociation », *Négociations*, vol. 2, no. 12, 2009, p. 13, 33.

⁵³⁹ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., note 77, p. 41-42.

⁵⁴⁰ Le droit pénal canadien n'est pas en reste eu égard à cette sensibilité ; lui aussi prend acte des suggestions personnalisées des parties quant à la peine.

⁵⁴¹ François DESPREZ, « L'éventualité de mécanismes réflexifs dans le cadre du procès pénal français », (2009-2010) 40 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 479, 485.

⁵⁴² « Pour certains, la question du Tiers est vue comme celle de l'autorité structurante à la fois du sujet et de la société. (...) Il faut convenir que la désaccréditation des figures traditionnelles a souvent été poussée loin. Tout le monde donne son avis sur tout. Tout aujourd'hui doit être négocié, discuté et est à chaque fois susceptible d'être remanié ». Jean-Pierre LEBRUN et Élisabeth VOLCKRICK (dir.), *Avons-nous encore besoin d'un tiers ?*, op. cit., note 382, p. 11-12.

⁵⁴³ « Le libéralisme, (...), est traversé par le principe : « on gouverne trop » - ou du moins, il faut toujours soupçonner qu'on gouverne trop. (...) Le soupçon qu'on risque toujours de trop gouverner est habité par la

avec le respect d'un ordre commun⁵⁴⁴. La réussite du sujet néo-libéral advient sans égards au bien collectif; elle ne s'embarrasse pas de transgresser si nécessaire les règles de la vie sociale⁵⁴⁵. La tentation du droit d'évincer tout décorum sous prétexte d'humaniser la justice n'est pas étrangère à l'asocialité de cette perspective. Irène Théry critique cette propension du droit au compromis simplificateur, à l'économie de la décision de justice :

« La justice dialogante et gestionnaire se révèle aux antipodes de ce que Habermas a nommé l'« éthique de la communication », et le sens perdu du rituel judiciaire prive les individus d'une part d'eux-mêmes, sous prétexte de les respecter. Elle n'est jamais ce moment symbolique où l'instance tierce qu'est le juge dénoue les fils de la séparation psychologique en se plaçant sur un autre plan. (...) Si l'horizon du discours de la justice est toujours de dire « trouvez un accord », n'est-ce pas parce qu'elle est bien embarrassée de trancher le litige? Voilà sans doute pourquoi elle est si peu solennelle, et pourquoi il serait vain de chercher à mettre des formes à la cérémonie judiciaire, sans avancer sur le fond, sur les principes et les normes du jugement »⁵⁴⁶.

Le sujet moderne n'a cure de l'asymétrie qu'une relation au Tiers met nécessairement en acte; il aspire à se faire justice lui-même et à ne rencontrer dans la loi que des moyens susceptibles de conforter son désir d'autofondation. N'admettant ni interdit ni limite, il cultive à l'instar du marché des velléités d'expansion continue et n'accepte de vivre en société qu'à la condition de n'y être pour personne. La littérature moderne sur l'autorité qui s'interroge sur le mode suivant : *Avons-nous besoin d'un tiers?*, suggère que l'esprit du temps n'admet l'autorité qu'au terme de la négociation et confond autorité et confiance⁵⁴⁷.

question : pourquoi donc faudrait-il gouverner? ». Michel FOUCAULT, *Résumé de cours 1970-1982*, Paris, Julliard, 1989, p. 111-112.

⁵⁴⁴ La tâche du droit à venir dans le contexte d'une « société asociale », pour reprendre l'expression de Ost et de De Kerchove, n'est-elle pas de préserver le rôle du tiers et de sauver le sens de la culpabilité ? François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 520.

⁵⁴⁵ L'existence de la figure tierce apparaît comme l'un des foyers de différenciation garant de la consistance institutionnelle du tissu social. À l'inverse, rappelle Luis de Miranda, « le capitalisme ronge ce qu'il prétend promettre, et le désir, à suivre ses chimères, s'autoconsomme. « La société n'existe pas » : cette phrase de Margaret Thatcher restera dans l'histoire comme l'expression du nihilisme qui meut le Capital. Elle est à entendre comme un : « La société doit mourir ». Luis DE MIRANDA, *Peut-on jouir du capitalisme ? Lacan avec Heidegger et Marx*, Paris, Max Milo Éditeur, 2009, pp. 21-22.

⁵⁴⁶ Irène THÉRY, « Les désarrois du démariage », dans Henry-Pierre JEUDY (dir.), *Tout négocié. Masques et vertiges des compromis*, Paris, Éditions Autrement, 1996, p. 75, 84.

⁵⁴⁷ « La négociation apparaît comme une condition de légitimation de l'autorité. Décider aujourd'hui, c'est se soumettre à une logique de la discussion et de la justification ». Jean-Pierre LEBRUN et Élisabeth VOLKRICK (dir.), *Avons-nous besoin d'un tiers ?*, op. cit., note 585, p. 13.

Cette mécompréhension ne serait qu'un reflet des mentalités ambiantes si elle n'était assortie d'une absence d'interrogation, d'un impensé aux conséquences incalculables. L'évanouissement du Tiers au profit d'une binarisation « duelle » des rapports implique à chaque fois une violence meurtrière fondamentale. Dans ce malheureux « affranchissement » des figures de l'autorité, il ne s'agit plus tant de départager le tien du mien par l'intervention de l'Autre que de basculer dans l'affrontement direct du toi ou moi, du toi à ma place⁵⁴⁸. Or, l'opération psychique pour le sujet est d'un autre ordre : la soustraction implicite du « chacun selon son dû » fait place à l'imminence du passage à l'acte, à la suppression de l'autre.

« Pour qu'il y ait sujet, et de la relation entre sujets (du social), en bref pour qu'il y ait un monde humain, il faut qu'il y ait un autre transcendant, un tiers permettant à ce qu'on appelle un système symbolique d'exister; un tiers fait de langage qui permet de ré-unir soi et l'autre dans une relation sociale chargée de sens, qui dès lors n'est plus duelle – dans les deux sens du terme. Sinon n'existe que l'affrontement, sinon l'homme n'est qu'un loup pour l'homme »⁵⁴⁹.

L'effondrement des figures d'autorité demeure un problème sociologique captivant : les individus des sociétés modernes sont peu enclins à admettre la préséance des rapports hiérarchiques⁵⁵⁰. Cette préséance se heurte au nivellement égalitaire ou au cynisme grégaire; elle se bute en outre aux velléités autofondatrices, à la toute-puissance imaginaire des sujets. Dans le refus de l'ordre hiérarchique réapparaît l'inépuisable question pour la modernité des places, du sujet à sa place⁵⁵¹ et du lieu pour advenir, et aussi de la possibilité d'un monde commun. Un monde désordonné hiérarchiquement peut-il produire autre chose au plan subjectif qu'un indéfinissable malaise? Ce que les modernes n'arrivent plus à concevoir, ce sont les effets du démontage institutionnel sur l'esprit : la dimension privative ouverte par l'impossible restauration de la fragilité « funiculaire » du Tiers. Lorsqu'il n'est plus possible

⁵⁴⁸ Pour les institutions de la modernité, toujours revient l'interrogation topique : à la place de qui ?, l'inquiétude quant à la survie du travail psychique, de l'identité de soi.

⁵⁴⁹ Jean-Claude LIAUDET, *L'impasse narcissique du libéralisme*, op. cit., note 403, p. 59.

⁵⁵⁰ « La relation autoritaire entre celui qui commande et celui qui obéit ne repose ni sur une raison commune, ni sur le pouvoir de celui qui commande; ce qu'ils ont en commun, c'est la hiérarchie elle-même, dont chacun reconnaît la justesse et la légitimité, et où tous deux ont d'avance leur place fixée ». Hannah ARENDT, *La crise de la culture (Qu'est-ce que l'autorité?)*, Paris, Gallimard, 1972, p. 123.

⁵⁵¹ L'hyperactivité des enfants modernes, le fait qu'ils ne tiennent plus en place est peut-être tributaire de cette incertitude sociologique tout autant que du diagnostic neurologique.

de « tirer les ficelles », apprécier la portée subjective de cette disparition devient à son tour inconcevable⁵⁵².

Il est toutefois bien difficile d'attendre des individus une compréhension anthropologique de leur situation en contexte institutionnel, alors même que font défection, derrière une logique procédurale, les structures porteuses de la subjectivité. C'est la manière dont les institutions pensent, pour reprendre le titre d'un ouvrage de l'anthropologue Mary Douglas⁵⁵³, ou plutôt ont cessé de penser à travers la poursuite de l'efficacité gestionnaire qui incite à prendre la mesure de la précarité des sujets. Le refus de la composante dogmatique du droit, la dé-métaphorisation de la loi, conduit à la désubjectivation; non pas au chaos spectaculaire, mais à une posture sociale indiquée aux individus de ne plus répondre d'eux-mêmes, au démontage du principe d'humanité, si tant est que l'on comprenne que « le droit a le pouvoir d'obliger les hommes à rester humains ».⁵⁵⁴ Or, une société néo-libérale axée sur le profit rapide et les mutations économiques constantes n'a que faire de l'intégrité psychique ou morale des individus, sinon en les interceptant à travers les trois cycles de vie utile ou de traitement de la ressource humaine : formation, recyclage, mise à la retraite. Entre ces trois périodes, ils sont susceptibles de transiter, et de plus en plus nombreux à le faire, par le marché en expansion constante que constitue l'offre pharmaceutique antidépressive. Cette offre est désormais comprise comme le « marché de la dépression ». Il faut cependant se garder de concevoir cette condition comme une conséquence cruelle ou une dureté particulière à notre époque; il s'agit au contraire de la réponse immédiate à une détresse qui ne porte plus de nom, à l'exception du concept médical protéiforme de dépression nerveuse, et forme une sorte de *Lumpenproletariat* psychique au sein d'un univers prétendument affranchi du concept d'aliénation et d'idéologie.

⁵⁵² Cette mutation de l'horizon au fondement de la structure psychique des individus paraît modifier la mise en mouvement du paysage lui-même. Pour Legendre, ce déplacement a pour conséquence bien plus qu'une sorte de « malaise dans la culture », mais bien davantage une sorte de « cénesthésie » du désespoir, la fabrique institutionnelle d'individus déportés par l'absence de limites vers une détresse qui n'a pas encore de nom car elle échappe au principe de Raison. Pour résumer les effets de ce démontage institutionnel, le titre d'un article de François FLAHAULT, *L'Homme et la société*, vol. 3, no. 181, 2011, p. 17, 17.

⁵⁵³ Mary DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, op. cit., note 391.

⁵⁵⁴ Aurel DAVID, *Structure de la personne humaine*, Paris, PUF, 1955, p. 131.

Sa position d'exception une fois gommée, l'autorité du Tiers engage des mutations pour le psychisme qui en est privé. Cette absence fait perdre les catégories psychiques essentielles au principe de la primauté d'un Tiers garant. Conflits d'intérêts et prévarication deviennent pour les acteurs institutionnels l'ordinaire du fonctionnement administratif amoral parce que justement l'action n'est plus jamais soumise à un regard extérieur impartial ou susceptible d'imputabilité véritable. Dans ce qui reste des institutions, le naufrage du Tiers ne laisse que des symptômes derrière lui : le bavardage éthique ou la rectitude politique.

Legendre résume cet effondrement en cascade comme suit :

« Nous sommes entrés dans l'ère des humains non construits symboliquement, l'ère de la généralisation du signal, et de la parole-acte (...). Le mouvement d'abolition des montages de l'Interdit dans les sociétés occidentales – mouvement accompagné d'une débâcle de la pensée – est-il une réaction provisoire de détresse ou autorise-t-il à se demander si le langage, tel que nous le connaissons, a fait son temps? (...) Ainsi abordée, l'interrogation anthropologique ouvre sur l'immense horizon : *l'espèce humaine peut-elle involuer?* »⁵⁵⁵.

L'ombre de ce bouleversement anthropologique pèse sur l'institution du droit. En proie à de radicales mutations, le sujet de droit serait, à l'instar des institutions qui le produisent, dans un rapport inverse à l'imputabilité : s'il a conservé la capacité d'agir sur soi, il n'a plus d'intérêt à s'appartenir en raison de la disposition du champ social; il n'est plus constitué en rapport avec la loi,⁵⁵⁶ pas plus que n'est restée intacte la capacité volitionnelle d'un nombre important d'individus normaux soumis à la prise de psychotropes pour fonctionner dans le monde du travail. Le sujet n'est plus posé devant la loi comme telle au sens d'être sujet de la loi; il fait plutôt face à un environnement qui l'incite à calculer les inconvénients ou les risques qu'une entreprise éventuellement illicite réussisse ou non. Simple variable dans un environnement social contrôlé, le sujet apparaît lui-même non pas tant comme une chose, mais d'ores et déjà comme réduit par le primat de la chosification de l'esprit⁵⁵⁷. Il calcule, certes,

⁵⁵⁵ Pierre LEGENDRE, *La 90^e conclusion*, op. cit., note 398, p. 23.

⁵⁵⁶ « Le crime devient un risque à calculer (à la fois par le délinquant et la victime potentielle) ou un accident à éviter, plutôt qu'une aberration morale qui doit être expliquée spécifiquement ». Jean DE MUNCK, « Les métamorphoses de l'autorité », dans Antoine GARAPON et Sylvie PERDRIOLLE (Dir.), *Quelle autorité?*, Paris, Hachette Littératures, 2003, p. 24-50; p. 45.

⁵⁵⁷ « La réification n'est pas seulement le dispositif par lequel on traite les autres personnes comme des objets et comme des choses. La réification est aussi le processus par lequel on se traite soi-même comme un objet, dans un « rapport à soi-même de type purement cognitif » (...). La possibilité d'une *autoréification* pour un sujet consiste à « faire l'expérience de ses propres sentiments et de ses propres désirs selon le modèle des entités chosales ».

mais il ne compte pour rien. Son action n'est plus susceptible de lui être attribuée en propre dans la mesure où cette « chose » qui le surmonte apparaît quant à elle autonome. Par rapport aux actes criminels fous, l'individu est décrit comme ayant pu exercer autant de contrôle sur ses agissements que le cardiaque sur la survenue d'un infarctus. Évoquant l'instrumentalisation sociale de la répression « douce » moderne, Jean de Munk écrit :

« C'est qu'en définissant le crime comme un « événement probable », le dispositif réduit également la sanction à un simple « risque » que court le délinquant. Celui-ci est donc traité comme un stratège qui doit calculer sa chance et sa malchance. *Avec la loi, il n'entretient qu'un rapport comportemental et non un rapport signifiant. ...*). Dès lors, la question de la (re) socialisation du délinquant ne se pose plus : la lutte contre la criminalité ne passe plus par une « pédagogie de la loi », mais par la construction d'un environnement dissuasif »⁵⁵⁸.

Une fois transposée sur la scène du droit, la médicalisation des comportements implique un lent, mais inexorable processus de désobjectivation déjà entrepris par l'effort social de déculpabilisation des conduites. C'est l'environnement et non le sujet qui doit répondre, et le contexte soigneusement décortiqué conduit à concevoir le champ social comme produisant des résultats prévisibles par une mécanique inéluctable, voire par génération spontanée. « L'univers morbide de la faute »⁵⁵⁹ s'y trouve prétendument remplacé par celui où s'imposent le catalogue biochimique de l'innocence réflexe, l'apesanteur psychique, le traitement en vase clos des individus sans égard pour la gravité objective des actes posés. Dans cette logique de la désobjectivation, l'acte inconcevable au plan moral est immédiatement présumé ou compris comme appartenant au registre du trouble mental. À partir du moment où la notion de trouble mental fait tache d'huile, la psychiatrie s'adresse à un sujet comme s'il n'en avait jamais été un ou encore n'avait jamais été en société. Tout se passe désormais comme si un comportement criminel relevait d'abord et avant tout de la biologie plutôt que d'une configuration sociale ou d'une entorse à un dispositif normatif spécifique à une époque. Héritière de l'histoire de l'acte réflexe, cette « idéologie neuronale » réduit à la part congrue toute implication subjective ou processus de subjectivation, l'individualisation de la peine ne

Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, *Les exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, op. cit., note 287, p. 115.

⁵⁵⁸ Jean DE MUNCK, « Les métamorphoses de l'autorité », dans Antoine GARAPON et Sylvie PERDRIOLLE (Dir.), *Quelle autorité?*, Paris, Hachette Littératures, 2003, p. 45 et 47.

⁵⁵⁹ Angelo HESNARD, *L'univers morbide de la faute*, Paris, PUF, 1949.

pouvant conduire qu'à déporter le discours juridique vers une fonction thérapeutique⁵⁶⁰, mais surtout, paradoxalement, qu'à détacher l'intention coupable de son auteur en envisageant des régularités statistiques de la même manière qu'en santé publique l'imminence d'épidémies peut s'apprécier selon certains signes. L'acuité de ces prédictions reste sujette à critique, et aussi à l'économie vaccinale de la peur. Le magister médical de l'Organisation Mondiale de la Santé n'est jamais étranger à l'interprétation des données oraculaires. Il suffit de se rappeler le vent de panique entourant la grippe porcine de 2009, et plus récemment celui de la grippe aviaire.

« Les lois du hasard ont précisément constitué le terreau sur lequel l'individualisation de la peine a germé au tournant du XXe siècle. Ce mouvement reposait sur la nouvelle science du crime, sur l'idée qu'il existe des causes identifiables aux actes criminels et que nous pouvons y accéder et les étudier »⁵⁶¹.

Dans la confusion entre l'attention des sciences humaines aux individus et l'expansion du discours médical, le droit se voit contraint de formuler un discours normatif sans référence à lui-même, déboussolé. Incertitude de la discipline à assumer sa vocation répressive, sa capacité à défendre la société, valse-hésitation entre soigner et punir, mais surtout cécité partielle à l'égard du champ social comme horizon véritable de son action. Autrement dit, la vérité de la peine n'est jamais ailleurs que dans son exemplarité sociale, quel qu'en soit son auteur ou le contexte particulier qui la justifie. Tant à travers la notion d'individualisation de la peine que par souci humaniste issu de l'époque des Lumières, les mœurs judiciaires s'adoucissent jusqu'à l'oubli de leur visée initiale. À travers les œuvres de Jeremy Bentham (1748-1832) et Cesare Beccaria (1738-1794), l'humanisme des Lumières combattait en droit la cruauté des châtiments et l'absolutisme des États en faveur de l'exercice d'une proportionnalité rationnelle⁵⁶². Toutefois, dès que la discipline juridique se met à raffiner le

⁵⁶⁰ « La nature de la peine, c'est la nature de l'individu qui doit la déterminer : système d'adaptation individuelle, c'est la définition même de l'individualisation ; et les peines devront se différencier par rapport aux classifications de criminels et non plus par rapport aux catégories de crimes ». Raymond DE SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, dans *L'Individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Reynald OTTENHOF (Dir.), Paris, Érès, 2001, p. 124.

⁵⁶¹ Bernard E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel », *Déviance et Société*, vol. 35, no. 1, 2011, p. 5, 9.

⁵⁶² Il importe de remarquer la nuance par rapport à la peine à l'époque des Lumières. Bentham et Beccaria poursuivent avant tout une « réforme des institutions » plutôt qu'un raffinement du sentencing. Comme le note Christian Laval, « Bentham s'inscrit dans cette ligne de penseurs des Lumières révoltés par la marche erratique et

sens des peines par souci d'individualisation et qu'elle y introduit un volet traitement, le dilemme entre fonction sociale et thérapeutique individuelle se trouve posé. Michel Foucault résume cette oscillation en ces termes :

« Regardez quelles difficultés éprouve aujourd'hui l'institution pénale elle-même à accepter en tant que tel l'acte pour lequel elle est faite : porter une sentence. Comme si punir un crime n'avait plus guère de sens, on assimile de plus en plus le criminel à un malade, et la condamnation veut passer pour une prescription thérapeutique. Cela est caractéristique d'une société qui est en train de cesser d'être une société juridique articulée essentiellement sur la loi »⁵⁶³.

Cette confusion croissante, cette nébulosité épistémologique conjointe au déploiement de l'autorité de la psychiatrie moderne aboutissent à semer le doute quant à la capacité du droit à fabriquer son jugement à partir de critères idoines. Cette situation tient au fait que la mise en scène du droit se voit contrariée par le souci disciplinaire d'une société qui n'a plus cure pour la conscience morale individuelle, mais vise plutôt à exercer des contraintes sur les conduites extérieures : corriger, redresser, retravailler la « pâte comportementale » des délinquants à punir. Le discours pénal – et en particulier la sentence – cesse d'être une finalité « dramatique » pour passer au rang d'instrument « orthopédique » en regard de la réhabilitation individuelle. Paradoxe de l'individualisation : le délinquant n'apparaît plus pour lui-même, mais comme spécimen, symptôme pur d'un malaise social que son histoire personnelle ne vient alors que confirmer par les bons soins des rapports criminologiques. Un lent glissement s'opère du sujet de droit jusqu'à l'individu anormal.

« Ce n'est plus un sujet juridique que les magistrats, les jurés ont devant eux, mais c'est un objet : l'objet d'une technologie et d'un savoir de réparation, de réadaptation, de réinsertion, de correction. En bref, l'expertise a pour fonction de doubler l'auteur, responsable ou non du crime, d'un sujet délinquant qui sera l'objet d'une technologie spécifique »⁵⁶⁴.

Le droit criminel n'a pas la vocation du travail social, pas même celui de réhabiliter les coupables. La régression vers ce genre de souci le condamne à faire perdre à la longue toute légitimité à l'acte de punir. Transiger n'est pas statuer, pas plus que punir n'équivaut à

la brutalité des tribunaux, lignées d'où se détachent la figure et l'œuvre de Cesare Beccaria. Son *Traité des délits et des peines* (1764) illustre cette grande revendication en faveur, non d'une moindre punition, mais d'une sanction mieux proportionnée aux délits, régulière, explicite ». Christian LAVAL, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007, p. 203.

⁵⁶³ Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits* III, op. cit., note 104, p. 75.

⁵⁶⁴ Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 185, p. 20.

soigner. La confusion des registres marque la fin de la souveraineté pénale. Foucault rappelle l'intrusion de velléités disciplinaires dans le processus du jugement et de la condamnation en ces termes :

« À l'intérieur même de la modalité judiciaire du jugement, d'autres types d'estimation sont venus se glisser modifiant pour l'essentiel ses règles d'élaborations (...). Les normalisations disciplinaires viennent buter de plus en plus contre le système juridique de la souveraineté (...). C'est précisément du côté de la médecine que l'on voit (...) se réduire l'écart ou s'échanger ou s'affronter perpétuellement la mécanique de la discipline et le principe du droit »⁵⁶⁵.

Dans un chapitre intitulé « *Vers l'autoabolition de la justice?* », Paul Valadier rappelle l'ironie nietzschéenne quant à l'humanisation de la justice :

« La justice qui a commencé par poser : « Tout peut être payé, tout doit se payer », finit par fermer les yeux et par laisser courir l'insolvable – elle finit comme toute bonne chose sur terre, par s'abolir elle-même (*sich selbst aufhebend*). Cette autoabolition de la justice, on sait quel beau nom elle se donne – c'est la *grâce*. Entendons sous l'ironie du propos (« le beau nom ») qu'il ne s'agit nullement d'une évolution positive et heureuse... S'agit-il alors d'une pente fatale, qui serait particulièrement caractéristique des illusions modernes sur la justice et qui aboutirait à un effondrement de l'idée même de justice institutionnelle, avec le risque concomitant de voir la communauté, si elle se sent à nouveau menacée, en revenir, sur un mode réactif à des pratiques « primitives? »⁵⁶⁶.

Aussi clémente que puisse apparaître l'irrésolution théorique actuelle du champ pénal à l'égard de l'appréciation des comportements criminels, elle encourage sa contrepartie brutale, le « populisme pénal ». Denis Salas décrit cette surchauffe des mécanismes de la répression en ces termes :

Loin d'être l'apanage des partis extrêmes, il [le populisme pénal] caractérise tout discours qui appelle à punir *au* nom des victimes bafouées et contre des institutions disqualifiées. Il naît de la rencontre d'une pathologie de la représentation et d'une pathologie de l'accusation : réduite à une communauté d'émotions, la société démocratique « surréagit » aux agressions réelles ou supposées, au risque de basculer dans une escalade de la violence et de la contre-violence. Toute hésitation serait l'indice d'une faiblesse. Toute

⁵⁶⁵ Michel FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* » *Cours au Collège de France*. 1976, Paris, Gallimard/Seuil, 1997, p. 35

⁵⁶⁶ Paul VALADIER, *Nietzsche. Cruauté et noblesse du droit*, Paris, Éditions Michalon, 1998, p. 65.

prudence, une marque de complicité. Seul compte l'exaltation populiste de l'unité du peuple en péril⁵⁶⁷.

L'inadéquation entre la gravité des actes et l'intensité des sentences engage à sa suite des débordements répressifs qui prennent quant à eux des formes plus larges adaptées aux technologies de surveillance⁵⁶⁸. Dans sa préface à l'ouvrage de Wolfgang Sofsky *Le citoyen de verre*, Olivier Mannoni rappelle que

ce que l'on tente de nous inculquer aujourd'hui est l'idée que notre corps individuel, censé servir le grand corps collectif, donne à la collectivité un droit de regard sur chacun de nos actes jusqu'aux plus intimes : ne va-t-on pas jusqu'à nous ordonner aujourd'hui, sous prétexte de sécurité, *de ne pas sourire* sur les photos qui expriment notre *identité*? »⁵⁶⁹.

Tout se passe comme si l'individualisation des peines et la dédramatisation apparente des conduites criminelles commandaient l'extension des procédures générales de contrôle sur les populations. Michel Foucault décrit cette extension du champ de la norme en ces termes :

Nous sommes entrés dans un type de société où le pouvoir de la loi est en train non pas de régresser, mais de s'intégrer à un pouvoir beaucoup plus général : celui de la norme. Ce qui implique un système de surveillance, de contrôle tout autre. Une visibilité incessante, une classification permanente des individus, une hiérarchisation, une qualification, l'établissement des limites, une mise en diagnostic. La norme devient le partage des individus »⁵⁷⁰.

Un État policier n'est plus un État de droit, et l'embrasement des discours « sécuritaires » contribue à la régression des droits individuels, à la généralisation des pratiques intrusives et de soumission, à la négation des droits fondamentaux par des procédures infantilisantes. Un champ diffus, mais enveloppant de surveillance jalonne le parcours du citoyen ordinaire, depuis l'implantation permanente dans son environnement des

⁵⁶⁷ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachettes Littérature, 2005, p. 14-15.

⁵⁶⁸ « L'idée fondamentale du dispositif de protection était d'une part d'interdire que des décisions relatives aux individus soient prises à partir de leur « profil informatique », d'autre part qu'aucun fichier ne soit créé sans que sa finalité soit précisément déterminée, les informations ne pouvant être utilisées pour une autre fin. Aujourd'hui, à l'inverse, le recueil et la conservation des informations nominatives constituent une action louable en soi car, selon l'affirmation communément admise, « si vous n'avez rien à vous reprocher, vous n'aurez pas de problème ». Ce que l'on oublie de décrire, c'est la finalité de ce fichage, qui variera au gré des besoins futurs du pouvoir ». Gilles SAINATI et Ulrich SCHALCHLI, *La décadence sécuritaire*, Paris, Éditions La Fabrique, 2007, p. 83.

⁵⁶⁹ Sofsky résume en une phrase lapidaire la conséquence de l'obsession sécuritaire sur le citoyen auto-intoxiqué par la peur : « Celui qui croit qu'il n'a rien à cacher a déjà renoncé à sa liberté ». W. SOFSKY, *Le citoyen de verre entre surveillance et exhibition*, Paris, Éditions de L'Herne, 2011, p. 10.

⁵⁷⁰ M. FOUCAULT, *Dits et Écrits III*, op. cit., note 104, p. 75.

photos radars, des caméras sur certaines rues, et le désir des gouvernements de forcer les tribunaux à imposer des « peines planchers » pour certains crimes sans prendre en compte l'exercice du discernement des instances judiciaires.

« Petit à petit, l'ordre civilisé n'est plus celui qui protège le citoyen de la violence de son voisin ou de la délinquance en général. Il se restreint à l'ordre défini par les forces de l'ordre. C'est dans cette optique que s'est créée la notion de « zone de non-droit », qui ne désigne pas la revendication des droits qui pourraient émaner des citoyens et des habitants et qui n'existeraient plus, mais qui a trait au comportement de la population vis-à-vis la police. Le renversement est total. (...) Une carte des quartiers sensibles est établie, avec une carte des « établissements scolaires sensibles [...] ». »⁵⁷¹.

L'acte criminel ne saurait être apprécié ailleurs qu'à travers les mésaventures d'un désir singulier de reconnaissance. Dans le contexte où la référence au Tiers juridique, à la loi, n'a plus d'effets structurants et que son existence même est remise en cause, pèse sur le discours juridique la menace de ne s'énoncer que sous la tutelle des connaissances des sciences humaines et de leur apparente empiricité.

Il ne s'agit pas ici de se désintéresser des sciences humaines, mais d'éviter qu'à travers l'interdisciplinarité ou la multidisciplinarité la fonction sociale du droit ne soit insularisée comme un discours parmi d'autres. Ost et de Kerchove ne nourrissent pas beaucoup d'illusions quant à la capacité agrégative des ouvertures disciplinaires.

« La pluridisciplinarité ou la multidisciplinarité consiste à juxtaposer, à propos d'un objet d'étude censé commun, un ensemble de disciplines différentes développant leurs points de vue spécifiques. De cette *juxtaposition* des savoirs ressortent évidemment autant d'objets différents que de perspectives mises en œuvre. Seule une conception magique du travail scientifique pourrait en effet donner à penser que de la simple sommation de disciplines pourrait surgir une problématique commune »⁵⁷².

Sous-produit des vérités de la criminologie comportementale et préposé d'un autre âge au travail social, le discours juridique ne resterait lui-même qu'à l'occasion de formulations contractuelles complexes, adjuvant formulaire des langages subtils du commerce moderne. L'enjeu paradoxal de l'autonomie du discours juridique revient à faire tenir la primauté des institutions en faveur des individus, à faciliter l'équilibre psychique par la transmission d'interdits à l'encontre des exigences invraisemblables actuelles de réinvention des limites à

⁵⁷¹ Gilles SAINATI et Ulrich SCHALCHLI, *La décadence sécuritaire*, op. cit., note 568, p. 80.

⁵⁷² François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, op. cit., note 544, p. 467.

chaque génération. L'histoire récente enseigne que les individus n'ont pas plus de capacité d'autorégulation véritable qu'en ont les marchés. La dislocation institutionnelle qu'impose le néo-libéralisme pour fonctionner à plein régime force non seulement à réimplanter l'idée de règles, de limites, de loi, comme si les conséquences catastrophiques de leur franchissement pour l'économie psychique des sujets devaient ramener la théorie du droit à devoir réinventer socialement le sens de la culpabilité. Que peut d'ailleurs signifier aujourd'hui être trouvé coupable d'un crime, hormis le calcul des barèmes applicables à une peine, les inconvénients de la détention? C'est toute la consistance symbolique du droit qui requiert d'être rédimée sans pour autant imaginer, comme semble le suggérer Pierre Legendre, qu'elle puisse devenir à elle seule l'instrument de salut de la subjectivité.

Les sociétés modernes se mirent dans le miroir mouvant de la normativité médicale⁵⁷³. Elles n'y reconnaissent pas tant l'équilibre optimal des individus qu'elles réajustent l'apparente impartialité d'un concept de santé physique ou mentale aux mutations néo-libérales de leur environnement contrôlé. Cette entreprise de redressement moléculaire poursuit le mirage selon lequel une société composée d'individus parfaitement en santé éliminerait progressivement le nombre de crimes commis parce que l'ordre social s'imposerait de lui-même, à l'image des conceptions idéalisées de l'ordre libéral. C'est l'extension idéologique du concept de santé mentale qui règle la mécanique de la normalité et de l'acceptabilité de l'environnement économique actuel. La confusion est alors parfaite lorsque les descripteurs du fonctionnement neuronal sont aussi les prescripteurs des solutions moléculaires, lorsqu'il y a recherche scientifique d'identité entre la perception du bonheur et l'apologie d'un mode unique d'appartenance à l'univers de la consommation. La démarche expérimentale est alors inversée⁵⁷⁴ lorsqu'un problème de santé mentale est formulé à partir

⁵⁷³ Comme le fait remarquer Michèle d'Epina, « le DSM est d'ailleurs en constante révision (le DSM-V est en cours d'élaboration), il doit abandonner des catégories qui perdent leur pertinence et en absorber de nouvelles du fait de la mouvance et de la flexibilité de ces dernières, proposées comme le reflet des plaintes enregistrées et des souffrances exprimées. Celles-ci, nous le savons, se modifient dans le temps et selon les contextes sociaux. La disparition des concepts de névrose et de maladie, autrement dit la mutation des maladies mentales, annonce-t-elle la disparition de la notion de guérison en santé mentale? ». M. LALIVE D'EPINAY, « Évolution des concepts de maladie et de guérison en santé mentale, et travail de guérison en psychanalyse », op. cit., note 100, p. 25.

⁵⁷⁴ « Dans son livre célèbre, *L'homme neuronal*, Jean-Pierre Changeux présente sans sourciller l'invention des psychotropes comme un sous-produit des découvertes de la neurobiologie (contre toutes les évidences, mille fois racontées par les témoins, qui montrent plutôt que l'histoire s'est faite dans le sens inverse (...)). Philippe PIGNARRE, *Le grand secret de l'industrie pharmaceutique*, Paris. Édition la Découverte, 2003, p. 16.

d'une réponse pharmacologique déjà existante ou récemment découverte et rendue disponible par la puissance promotionnelle des médias.

La stratégie entourant la médicalisation de la timidité illustre ce contresens surtout si la réponse moléculaire réside dans l'usage du Paxil[®]. L'utilisation de ce médicament pour supprimer les symptômes de la « phobie sociale » relève de l'usage d'une force démesurée au plan pharmacologique, si l'on considère que la paroxétine sert au traitement du stress post-traumatique des vétérans du conflit en Bosnie, des guerres d'Irak et d'Afghanistan. Cette désinvolture publicitaire entourant désormais la banalisation et la distribution des psychotropes rappelle, d'une part, qu'il y a plus de fonds consacrés à la publicité qu'à la recherche et, d'autre part, que le soi-disant discours humaniste de « dé-stigmatisation » de la maladie mentale prend une tournure pour le moins lucrative. À moins que ne s'ajoute à ces deux attitudes un horizon pharmacopolitique plus large⁵⁷⁵. Jörg Blech décrit la mise en discours de la société SmithKline-Beechman pour soulager les timides des maux de la sociabilité.

« L'histoire de la timidité montre bien comment fonctionnent les roues de l'engrenage lorsqu'il s'agit d'établir une nouvelle maladie sur le marché. En 1998 l'entreprise SmithKline-Beecham demande auprès de la FDA que le Paxil[®] soit autorisé pour un phénomène que l'on appelait alors la « phobie sociale » et qui sera plus tard baptisé « trouble d'anxiété sociale » (*social anxiety disorder*, SAD). Il s'agissait là d'une forme d'insociabilité ou de timidité pouvant prétendument être diagnostiquée. Le trouble avait fait en 1980 son entrée au catalogue du DSM, où il était répertorié comme « extrêmement rare ». Il semblait toutefois possible de développer ce syndrome. Qui en effet n'a pas le cœur qui bat la chamade au moment de tenir un discours? Qui ne souffre jamais du trac? Dans des sondages, 50 % environ des personnes interrogées se qualifient de plutôt timides. Alors que le processus d'autorisation n'avait pas encore abouti, le laboratoire pharmaceutique commença à faire connaître le potentiel pathologique de la timidité. Comme le rapporte *PR News*, journal destiné aux professionnels des relations publiques, l'agence de relations publiques Cohn & Wolfe fut chargée « de positionner le trouble d'anxiété sociale comme un état sérieux ». Peu après, celle-ci présentait un slogan qui faisait allusion à l'allergie de certains individus vis-à-vis de leurs prochains : « Imagine Being Allergic to People »⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Nous y reviendrons au chapitre 5. 2.

⁵⁷⁶ J. BLECH, *Les inventeurs de maladies. Manœuvres et manipulations de l'industrie pharmaceutique*, Paris, Actes Sud, 2005, p. 114-115.

Pareille façon de procéder a beau tenir d'une présumée bienveillance thérapeutique appuyée sur des constats objectifs de méthodes, de statistiques et d'études scientifiques; elle n'entretient pas moins l'apparence d'impartialité de normes scientifiques, l'illusion de pouvoir transcender l'histoire des conceptions sociales en s'appuyant sur l'immuabilité physiologique du cerveau. L'exigence de « mise en marché » d'une maladie mentale par rapport à l'objectivité supposée de la science médicale ne rend plus aussi nette la coupure épistémologique entre ce qui est de la science et ce qui relève de l'idéologie. Ce départage apparaît d'autant plus difficile que la justification des découvertes et des avancements repose en partie sur une rhétorique de l'expertise telle que l'observe le psychiatre Roland Gori en ces termes :

« L'ensemble des expertises nous invite à avaler les mêmes substances : « les données internationales suggèrent », « les études épidémiologiques (...) principalement dans les pays développés », « l'accord d'une communauté de spécialistes », « l'analyse des données de la littérature internationale », « la base de critères internationalement reconnus », « les avancées scientifiques récentes » avec à chaque fois la même rengaine. (...) Ces expertises se trouvent placées sous l'emprise d'un modèle animal et expérimental des souffrances psychiques et sociales. Et ce, jusque dans les expressions linguistiques qui parlent de l'éducation comme de « l'élevage à l'occidentale », qui désignent « l'être humain comme chez les autres espèces » et qui dénie ainsi les effets de parole et de désir de l'environnement sur les sujets »⁵⁷⁷.

Cet environnement idéologique contraint le langage du droit à constituer son jugement et à faire appliquer ses sentences en tenant compte des énoncés de la psychiatrie et de leurs références conceptuelles. Toutefois, bien que faisant référence dans son discours aux deux pôles que sont le normal et le pathologique, la médecine n'introduit ni ne recherche pour autant de caractère intentionnel. L'intention du malade n'est aucunement pertinente pour apprécier le passage de la frontière qui départage état de santé et état pathologique. Pour le champ médical, la maladie constitue une entité mettant en échec la possibilité de rectification subjective sans intervention extérieure, ou elle comporte une autonomie (l'évolution de la maladie) devant laquelle le statut de sujet s'éclipse derrière celui de patient. Cette manière d'observer et de décrire devient équivoque lorsqu'il s'agit de prétendre apprécier des états mentaux en attestant de leurs liens à un « soubassement » organique qui leur serait

⁵⁷⁷ Roland GORI, « La novlangue de la psychopathologie aujourd'hui », op. cit., note 194, p. 151, 160.

correspondant. Entorse à la normalité organique, l'existence d'une pathologie devient finalement, selon un régime de causalité bien différente, ce qui au cours du procès criminel met en échec les mécanismes de l'imputation. Procédant d'une causalité distincte, l'intersection descriptive d'états mentaux pathologiques et de définitions des comportements criminels exige une attention extrême de leurs concepteurs. L'inventeur d'un « trouble mental » et le tribunal qui reconnaît par la doctrine et la jurisprudence une catégorie de défense se retrouvent bien involontairement dans une position apparentée. Comme le font remarquer Kirk et Kutchins à propos de la forme « géographique » particulière d'un trouble,

« créer un « trouble mental » suppose de bien spécifier les singularités de ces comportements et donc de tracer une ligne de démarcation là où, habituellement, normal et anormal se confondent. Dégager un trouble d'un autre trouble demande seulement que toutes leurs caractéristiques ne se confondent pas, même si certains critères peuvent leur être communs et leurs symptômes se chevaucher partiellement. (...) Que le seuil de constitution du trouble soit placé trop bas, que trop de comportements banals deviennent indices de trouble mental, et le diagnostic tourne au ridicule »⁵⁷⁸.

En principe, le diagnostic psychiatrique ne contient pas ni ne constitue de jugement moral quant aux comportements d'un individu. Toutefois, la mitoyenneté de ses sphères et la logique de ses raisonnements demeurent susceptibles de se confondre lorsqu'il s'agit de faire intervenir des critères de santé mentale. Puisqu'il s'agit d'apprécier des comportements pathologiques ou criminels, les mêmes mécanismes descriptifs doivent établir des seuils et des paramètres pour évaluer des comportements. Jusqu'à quel point le seuil de l'anomalie⁵⁷⁹ et

⁵⁷⁸ Stuart KIRK et Herb KUTCHINS, *Aimez-vous le DSM? Le triomphe de la psychiatrie américaine*, Paris, Éd. Les empêcheurs de penser en rond, 1998, p. 322.

⁵⁷⁹ « Comme le montre Canguilhem dès 1943, dans *Le Normal et le pathologique*, la confusion entre l'anomalie et le pathologique est loin d'être innocente tant sur le plan épistémologique que politique. L'anomalie, en toute rigueur sémantique, désigne un fait bizarre, c'est un terme descriptif pour rendre compte d'un phénomène insolite, inaccoutumé, irrégulier, une variation individuelle. C'est un concept purement empirique ou descriptif, elle est un écart statistique. Toute anomalie n'est pas anormale ou pathologique et Canguilhem donne les exemples du pied-bot, du bec de lièvre ou du *situs inversus*, voire de l'hémophilie dans certaines conditions, ou encore parfois des mutations génétiques favorisant la diversification d'une espèce. « Anomalie » vient du grec *anomalía* qui signifie « inégalité », « aspérité », « rugueux », « irrégulier », « inégal », au sens que l'on donne à ces mots en parlant d'un terrain. Or, une confusion étymologique, que l'on pourrait élever à la dignité d'un lapsus psychanalytique, a conduit parfois à l'erreur consistant à faire dériver « anomalie » de *nomos* qui signifie « loi ». Façon de transformer l'anormal en hors-la-loi ». Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, « Chaque société a la psychopathologie qu'elle mérite », op. cit., note 232, p. 1007, 1010-1011.

celui de l'anormalité⁵⁸⁰ ou encore de la pathologie sont-ils différents? Déviance et anormalité⁵⁸¹ sont susceptibles de se retrouver sur une même échelle lorsqu'il s'agit d'apprécier, à l'aide d'un texte infracteur ou d'une vignette clinique du DSM, un « état mental » et ses conséquences juridiques ou morales. Reprenant les thèses de Georges Canguilhem, le psychiatre Jean Clavreul note que cette ambiguïté réside d'ores et déjà dans la particularité sémantique des termes « anomalies » et de « anormalité » :

« Canguilhem note une curiosité linguistique : « anormal » est un adjectif auquel ne correspond aucun substantif. Et « anomalie » est un substantif auquel ne correspond aucun adjectif. D'autre part, deux étymologies *amalos* et *normos* sont à retenir pour ces deux mots. En fait, nous avons deux ordres de différence différents. Dans un cas, notre référence est descriptive. Ce qui est anormal, c'est ce qui est différent de ce que nous connaissons généralement de l'individu. (...) « Anormal » se rattache à un *concept descriptif*. Une anomalie, au contraire, désigne une particularité de l'individu qui n'est repérable comme telle que par référence à ce que nous savons d'autres individus. (...) Il faut un concept normatif pour qu'une anomalie soit considérée comme telle. Mais il y a là plus qu'une curiosité linguistique. Car il y a deux ordres de référence distincts qui sont l'*individu* et l'*espèce* »⁵⁸².

La constitution de lignes de partage en santé mentale entre le normal et le pathologique, entre le comportement qui engage la responsabilité criminelle d'un sujet et celui qui atteste d'une pathologie invalidante, n'a jamais été aussi litigieuse. Cette situation résulte du passage, d'une modélisation de la maladie mentale comprise comme opposition (symptôme névrotique, psychose) à une autre conçue cette fois comme déficit des neurotransmetteurs.

En regard de l'autonomie du droit et de son autorité, cette conjoncture tient en trois questions. Premièrement, la notion de culpabilité peut-elle échapper aux « effets de vérité » du

⁵⁸⁰ L'interrogation des seuils et des passages entre des états physiologiques constitue pour le médecin l'espace d'intervention. Au plan conceptuel toutefois, se demande Georges Canguilhem, « pathologique est-il un concept identique à celui d'anormal? Est-il le contraire ou le contradictoire du normal? Et normal est-il identique à sain? Et l'anomalie est-elle même chose que l'anormalité? ». Georges CANGUILHEM, *La connaissance de la vie*, op. cit., note 275, p. 155.

⁵⁸¹ Faut-il rappeler que « la construction de l'anormal est un effet de l'irruption du pouvoir médical comme élément majeur d'un contrôle du corps social. (...) La psychiatrie n'est pas tant ce savoir médical porté à sa pointe mentale la plus fine que cette institution disciplinaire qui construit, en vue de les neutraliser, les différentes figures du danger social. La médicalisation du social n'est alors rien d'autre que la réponse des disciplines, dans la société elle-même, aux formes de l'indiscipline qui menacent la société. Seulement le développement du pouvoir médical excède cette fonction de défense sociale ». Guillaume LE BLANC, *La pensée Foucault*, Paris, Ellipses, 2006, p. 112.

⁵⁸² Jean CLAVREUL, *L'ordre médical*, Paris, Seuil, 1978, p. 232.

discours médical? En second lieu, est-il encore possible de concevoir cette référence, tout autant que celle de peine, dégrevée des représentations biologiques de l'environnement humain sans que ces concepts n'apparaissent comme des atavismes d'un contexte social révolu? Enfin, le concept d'imputabilité peut-il survivre à l'idéologie de la science et au comportementalisme?

Dans le contexte du bouleversement des modes de penser des néo-sujets qui vient d'être évoqué, le chapitre suivant interroge les formes traditionnelles par lesquelles le droit criminel postule encore l'existence d'un élément moral dans l'intention criminelle. Nous décrivons les stratégies grâce auxquelles il lance sa rhétorique incriminatoire contre les nébuleuses psychiques « intention », « état d'esprit », « volonté » et autres « corps célestes », dont l'existence présumée lui permet encore de produire de la culpabilité à moindre coût théorique. Par cette convention scolastique entre locuteurs du champ pénal, ces manières de dire ont l'avantage de tenir en partie à l'écart de la rationalité pénale les circonstances sociales nouvelles qui poussent le sujet à agir, mais surtout qui permettent au droit criminel d'éviter d'avoir à prendre en compte les mutations institutionnelles d'où émerge désormais le sujet de droit.

Chapitre 4 – Intention, conscience et autres spectres incriminants

Aussi longtemps que nous concevons l'âme comme une chose, un corps logé dans nos têtes, nous avons affaire à une hypothèse qui n'est pas dangereuse. Le danger n'est pas dans ce que cette image présente d'incomplet et de grossier, mais dans son absence de clarté. Les choses commencent à devenir dangereuses lorsque nous nous apercevons que le vieux modèle n'est pas suffisant, et qu'au lieu de le changer nous le sublimons, pour ainsi dire. Aussi longtemps que je dis que la pensée est dans ma tête, tout va bien, mais ce qui serait très dangereux, c'est de dire : la pensée n'est pas dans ma tête, mais dans mon esprit⁵⁸³.

Il s'agira alors de plonger dans l'esprit de l'accusé, de remonter, comme à contre-courant, la courbe subjective à la base de ses actions. En s'interrogeant sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé au moment du crime, le juge des faits doit retracer l'élément de faute prévu au terme de l'infraction; bref, il doit rechercher ce qui, dans les gestes, les actes ou les paroles de l'accusé, trahit la présence d'une intention, d'une insouciance ou d'une forme quelconque de connaissance⁵⁸⁴.

Ce chapitre remet en question les prétentions du droit à remonter le cours de l'intention criminelle, à trouver « ce qui s'est vraiment passé dans l'esprit de l'accusé ». Les entités psychiques convoquées par cette mécanique accusatoire sont qualifiées de « spectrales », car dans le cours du procès criminel elles se prêtent en raison de leur imprécision philosophique à toutes les approximations, mais surtout elles rendent facilement suspecte la description du comportement d'un accusé.

Dans ce contexte sémantique trouble, nous procédons à un double renversement. Le premier vise à rappeler que les instances psychiques de la psychologie pénale reposent sur une conceptualisation grevée par la morale religieuse. À cet égard, nous faisons ressortir le caractère illusoire des alternatives fournies par la notion de libre arbitre. Nous relierons ensuite

⁵⁸³ Ludwig WITTGENSTEIN, cité dans Jean-Pierre COMETTI, *Ludwig Wittgenstein et la philosophie de la psychologie*, Paris, PUF, 2004, p. 75. La remarque de Wittgenstein pourrait s'appliquer à l'histoire récente du droit criminel dans sa mise en forme ou son objectivation des choses de l'esprit. « Lorsque nous nous apercevons que le vieux modèle n'est pas suffisant, et qu'au lieu de le changer nous le sublimons », alors la maladie mentale devient un concept juridique, et l'avis du psychiatre, un « témoignage d'opinion ». Le fonctionnement de l'esprit et de ses composantes mentales n'ont jamais été considérés à d'autres fins qu'à illustrer la dimension psychique de la culpabilité.

⁵⁸⁴ Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », (2011) 41 no 2, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 469, 511.

le primat accordé en droit à la conscience et à ses états multiples non pas à l'affirmation d'une transcendance subjective, mais à un sous-produit de la notion de culpabilité qui reprend des perspectives philosophiques déjà présentes au début du vingtième siècle. La fin du chapitre ouvre sur un bref historique de l'intrusion du discours psychiatrique dans le champ pénal à l'occasion de la description nosographique de la monomanie homicide. Dans ce contexte, le droit criminel se voit contraint d'admettre une dimension affective qui échappe à son analyse habituelle de la vénalité ou de la malice des comportements criminels. Cette définition prépare la voie à une reconceptualisation neurologique de la subjectivité moderne où les pôles du bien et du mal laissent place à des notions comme l'inhibition et la désinhibition. Le sujet qui en surgit n'est alors plus cartésien ou kantien; il répond à une architecture réflexe où des processus psychiques comme l'automatisme et l'impulsion irrésistible jouent un rôle de premier plan dans l'effort pour expliquer les comportements.

La psychiatrie fait entrer en droit criminel la possibilité de moments qui échappent à la conscience en soulignant leur caractère insensé. En droit, ces moments sont tenus comme des exceptions qui confirment la règle de la conscience délibérative. Or, ce partage commode néglige le fait que non seulement le fonctionnement psychique est morcelé, mais que la plupart de ces processus même normaux échappent à la conscience du sujet. L'automatisme cesse alors d'être compris comme un accident ponctuel à une suite d'opérations incompréhensibles, mais bien plutôt comme le maître d'œuvre des processus conscients eux-mêmes, tendance lourde et raccourci économique du système de la conscience. Les concepts analysés dans ce chapitre sont l'intention, la volonté, la conscience, le libre arbitre et la désinhibition.

* * *

Un des problèmes posés par l'insistance sur la notion d'intention⁵⁸⁵ criminelle tient au fait qu'il s'agit d'une représentation, de la projection rétrospective du résultat d'une action sur son point d'origine. Il est malaisé de distinguer entre le rôle central de cette notion et d'autres

⁵⁸⁵ Sur la question de l'intention, de la *mens rea* en droit criminel canadien, voir la synthèse remarquable du juge Louis LeBel de la Cour suprême dans son article : « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés », (2009) 50 *Les Cahiers de droit*, 735.

entités linguistiques, qu'il s'agisse de l'état d'esprit blâmable ou de la volonté⁵⁸⁶. Avoir l'intention de poser un acte volontaire au sens d'engager sa responsabilité criminelle suppose essentiellement que l'agent en soit informé et conscient⁵⁸⁷. Faire, ne pas faire, cela ne tient pas tant au contenu originaire d'une intention ou à la matérialité d'un acte qu'au fait que l'agent en ait pris conscience. Dans ce contexte, Joëlle Proust rappelle, à la suite de Jennifer Hornsby, que le véritable débat n'est plus de déterminer si un accusé a ou non objectivement voulu ce qu'il a fait, mais devrait plutôt porter sur

« les causes qui sont intelligibles pour l'agent, celles qu'il est disposé à avancer pour expliquer son action. Il faut (...) écarter de l'explication de l'action les éléments « subpersonnels » – les états informationnels qui ne sont pas accessibles à la conscience de l'agent, mais qui néanmoins affectent ce qu'il fait – parce qu'ils n'appartiennent pas au registre explicatif de l'agent »⁵⁸⁸.

Dans le discours pénal, la description de l'intention relève de l'anthropologie du projet : un accusé aurait eu à un moment précis l'intention de transgresser une loi, pour après-coup décider de le faire. Or l'état d'esprit requis pour la commission d'une infraction, état que l'on entreprend de disséquer pour ensuite le décrire comme blâmable, malicieux ou coupable, n'a de réalité que dans la rhétorique du poursuivant. La chirurgie reconstructive de l'anticipation et de l'expectative comprise comme ce qui donne accès à l'intention véritable d'un accusé ne résiste pas à l'examen, car si nous pouvons certes observer des mouvements, « pouvons-nous observer les intentions? Faut-il penser qu'elles existent indépendamment des mouvements? »⁵⁸⁹. Autrement dit, moraliser l'inchoativité des « états d'esprit » revient à confectionner un herbier de fantômes :

⁵⁸⁶ La notion de volonté en droit pénal s'inscrit comme une extension de la conscience; elle ne la précède pas ni ne l'alimente. Dans un récent arrêt, la Cour suprême revient sur cet élément de ses constructions autour du fonctionnement du psychisme. « La volonté d'un individu se manifeste par le contrôle conscient qu'il exerce sur son corps (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 249). La nature de ce contrôle peut être physique, auquel cas l'acte volontaire réfère aux mouvements musculaires effectués par une personne qui exerce un contrôle matériel sur son corps. (...) *La volonté est aussi un produit de la raison*». *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 47. (Nous soulignons).

⁵⁸⁷ La distinction entre acte volontaire et involontaire ne se réduit pas à la compréhension juridique de ce que peut être la volonté en elle-même ou pour elle-même, mais elle répond à la question suivante simplifiée pour les besoins de la cause: l'accusé était-il *conscient* de ses actes au moment de les commettre? Cela évite de poser d'autres questions éventuellement disculpatrices comme les suivantes: l'accusé voulait-il véritablement ce qu'il a fait? Pouvait-il même s'empêcher de le vouloir, tout en étant parfaitement conscient de l'illégalité de son acte?

⁵⁸⁸ J. PROUST, *La nature de la volonté*, op. cit., note 85, p. 21.

⁵⁸⁹ Pierre LIVET, *Qu'est-ce qu'une action ?*, Paris, Vrin, 2005, p. 8.

« La plupart de nos actions ne sont pas exécutées sous le contrôle de la conscience et lorsqu'elles le sont, le sentiment d'en être conscient n'est peut-être qu'une illusion. (...) Selon l'interprétation de Libet (Libet et al., 1983), qui pose de nombreux problèmes aux théories du « libre arbitre » vu comme un phénomène conscient et délibératif, le cerveau décide de préparer l'action bien avant que le sujet lui-même en soit conscient. Il semble plutôt que nous faisons nôtre, que nous endossons en quelque sorte, une décision implicite⁵⁹⁰.

Distinguer dans les faits ce qui relève de la rhétorique incriminatoire et des mécanismes qui poussent à agir ne clarifie pas les rapports d'un sujet à une infraction. La doctrine juridique tient pour des enchaînements causaux, ce qui lui permet de faire apparaître la culpabilité d'un individu comme si elle décrivait le fonctionnement de l'esprit lui-même. Elle prend sa logique narrative incriminatoire pour un révélateur de ce qu'elle définit elle-même sous la dictée du texte infracteur comme étant un état d'esprit blâmable essentiel à ce qu'elle présente ensuite comme étant la « réalité » subjective du crime. Selon cette perspective, être conscient et décider d'une action sont une seule et même chose pour un agent, et distinguer entre les deux, pour utile que cela puisse être au plan rhétorique, n'en est pas moins une vue de l'esprit parmi d'autres, une reconstitution. Décider n'implique aucunement la superposition et la prééminence de cet état sur la conscience en général. La distinction entre deux états de conscience présumés distincts n'apparaît que dans l'après-coup narratif qui permet de produire l'illusion, dans l'esprit d'un observateur, que l'agent aurait bien pu ne pas faire ce qu'il a fait. Ainsi, en décomposant chacune des séquences successives d'une action, l'impression produite sur les auditeurs du récit ou sur les membres d'un jury est que l'accusé était en rapport continu et conscient avec toutes les étapes de sa perpétration, de son point d'origine jusqu'à son accomplissement, qu'il y a donc identité entre la nature criminelle de l'acte et celle de son auteur.

Il importe au représentant de l'accusation de donner à penser que vous êtes en quelque sorte témoin de la scène. Pour l'agent, cette guise narrative de la préméditation ou de la délibération consciente ne se pose pas; ou lorsqu'elle survient, c'est que le passage à l'acte n'a pas eu lieu. En d'autres termes, l'engrenage des fausses alternatives ne fonctionnerait

⁵⁹⁰ Marc JEANNEROD, « Conscience de l'action, conscience de soi », □ (2004) 129 *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, vol. 194, no. 3, 2004, p. 325, 328-329. Voir B. LIBET : « B. Libet, C. A. Gleason, E. W. WRIGHT et D. K. PERL, « Time of conscious intention to act in relation to cerebral activities (readiness potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act », *Brain*, no. 102, 1983, p. 193.

parfaitement que si l'individu n'avait jamais agi ou n'en avait jamais eu de fait la capacité. L'art du discours accusatoire réside dans la capacité de prétendre à l'élucidation du sens d'une action d'une première personne (l'accusé) par le point de vue d'une seconde personne. C'est sans doute pour cette raison que remonter jusqu'à l'intention positive de négligence en droit n'est pas aisée; il faut justement recourir à la fiction, à l'extrapolation de l'homme raisonnable placé dans une situation semblable. En matière de négligence criminelle, « la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte »⁵⁹¹. Mais peut-on jamais rendre compte d'une intention véritable en dehors de son extériorisation? Revenant sur les débats philosophiques entourant l'intentionnalité, Vincent Descombes réfute en ces termes l'existence d'un espace intermédiaire, d'un hiatus entre l'activité mentale intentionnelle⁵⁹² préalable et le fait d'agir :

« De même que l'archer a une intention quand il manipule son arc, de même le terme qui figure dans la proposition est utilisé dans une intention. L'intention de l'archer est d'atteindre un but par sa flèche. (...) Dire que l'archer a une intention, ce n'est pas dire qu'il ait une activité mentale qui s'ajouterait à sa manipulation de l'arc, c'est plutôt dire qu'il use des moyens qu'il juge appropriés pour arriver à une fin qui est la sienne. L'archer ne procède pas à deux visées, l'une physique et l'autre mentale »⁵⁹³.

La conceptualisation de la doctrine en droit criminel canadien laisse apparaître un certain désarroi eu égard aux mécanismes de l'esprit. Lorsqu'il n'est plus possible de formuler une théorie pénale du sujet qui soit à la hauteur du bouleversement des conceptions subjectives – qu'il s'agisse de la psychanalyse, de la pharmacologie ou des neurosciences, la tentation semble grande de se replier sur une histoire des conceptions de l'intention. Par le plus curieux enchevêtrement de références, les représentations de l'intériorité du sujet de droit sont grevées d'anachronismes sans que ceux qui les évoquent ne paraissent en avoir pleinement

⁵⁹¹ R. c. *Creighton*, [1993] 3 R. C. S. , p. 58.

⁵⁹² À l'encontre du redoublement de l'intention par l'action, Gilbert Ryle note que « froncer intentionnellement les sourcils ne consiste ni à faire deux choses dont l'une a lieu sur le front et l'autre dans un endroit (au sens métaphorique du terme) différent, ni à faire une chose avec les muscles de son front et une autre avec quelque organe non corporel. Plus précisément, cela ne consiste pas dans l'exercice préalable de quelque pseudo-muscle occulte qui causerait le froncement de sourcils. Il a intentionnellement « froncé les sourcils » ne relate donc pas deux épisodes. Cet énoncé rapporte un seul épisode, très différent de celui auquel renvoie l'énoncé « il a involontairement froncé les sourcils »; photographiquement, néanmoins, les deux froncements peuvent être identiques ». G. RYLE, *La notion d'esprit (The Concept of Mind)*. Pour une critique des concepts mentaux, Paris, Payot, 1978, p. 72.

⁵⁹³ Vincent DESCOMBES, *Les institutions du sens*, Paris, Minuit, 1996, p. 18-19.

conscience : tantôt Aristote⁵⁹⁴, Augustin, Thomas d'Aquin, tantôt Bracton ou même Blackstone⁵⁹⁵, comme si les représentations psychologiques ou anthropologiques de ces auteurs demeuraient intemporelles et que la tradition philosophique n'avait suscité aucun contradicteur pour chacune de leurs perspectives⁵⁹⁶.

On ne peut s'empêcher de s'interroger sur l'absence d'une problématisation en théorie du droit pénal qui tienne compte des bouleversements qu'amènent la psychiatrie et les neurosciences dans le champ de la subjectivation⁵⁹⁷. Autrement dit, si la doctrine accepte d'emblée et sans remettre en cause le statut épistémologique des expertises psychiatriques, elle n'entend pas non plus contester à partir de ses sources propres leur rapport à la notion juridique de culpabilité. Ce vide juridique pourrait s'avérer plus grave que ne le sont les lacunes législatives du droit positif lorsqu'il s'agit d'encadrer des phénomènes sociaux inédits.

⁵⁹⁴ Le professeur Hugues Parent réfère spontanément à Aristote pour établir l'élément de connaissance réelle ou actuelle nécessaire à la formation de cette « nébuleuse » qu'est l'esprit, ou l'état d'esprit blâmable. Il écrit : « Comme l'indique son origine étymologique (du latin : *cognoscere, noscere*) la connaissance désigne la faculté de celui qui comprend ou saisit, à travers les impressions que lui communiquent ses sens et les représentations mentales qui en découlent, les rapports entre le sujet pensant et le monde extérieur. D'après Aristote, «le principe de notre connaissance est le sens». «Mais parce que les images qui proviennent de nos sens sont incapables de modifier l'intellect possible, elles doivent être rendues intelligibles en acte par l'intelligence agent. Donc, la connaissance résulte de la conjugaison des sens (qui nous fournissent les images, les impressions des corps sensibles) et de l'intelligence (qui opère en nous la transformation des images en concepts intelligibles) ». Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, La culpabilité (actus reus et mens rea)*, Tome second, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 77-78.

⁵⁹⁵ Il suffit de penser à l'œuvre de Jeremy Bentham qui, pour une grande part, s'attaque aux obscurités de la Common Law et à l'apparente rigueur des commentaires de Blackstone. Voir à ce propos, Christian LAVAL, *Jeremy Bentham. Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF, 1994, en particulier p. 28-32.

⁵⁹⁶ Il ne s'agit pas de faire reproche de l'usage d'auteurs anciens mais d'y référer au « premier degré » comme s'ils apportaient aux problématiques du droit criminel un éclairage actuel autre que celui de l'apparente autorité que leur confère leur notoriété.

⁵⁹⁷ Cette indifférence du droit à l'égard de ce qui remettrait éventuellement en cause le noyau moral sur lequel repose l'armature déductive de l'imputabilité n'est pas tant assimilable à de la négligence qu'à une certaine manière de faire usage des discours étrangers. Le fait que des psychiatres experts puissent dire qu'ils connaissent exactement ce qu'il faut dire ou ne pas dire les mots précis à employer à l'intention du juge en faveur d'un accusé lors de leur déposition, rappelle les épisodes historiques -ceux du droit romain jusqu'à la naissance de la Common Law - où en droit la « forme emportait le fond ». Plus exactement, la discipline juridique manifeste la plus curieuse faculté : celle de s'abstraire des implications théoriques des contenus qu'elle utilise et du sens qu'elle leur donne pour sa perspective et ses finalités. Non pas une manière de ne point penser, mais plutôt celle d'un faire-usage sans éprouver la moindre obligation d'éclairer avec sa doctrine propre les tenants et aboutissants théoriques de ses emprunts.

Pour l’observateur de la scène judiciaire, il existe une étrange césure entre le développement technologique des moyens de saisie de la preuve⁵⁹⁸, et l’état de sous-développement théorique des conceptions de la subjectivité⁵⁹⁹. Dans l’art du procès, le droit criminel peut difficilement se soustraire à la compréhension générale de ce que sont des notions telles que l’*intention*, la *conscience*, ou la *volonté*, car il s’adresse aux citoyens⁶⁰⁰ à travers l’institution du jury sans pouvoir nécessairement élucider les sous-entendus, voire la complexité philosophique qui préside à la représentation de ses instances volitionnelles⁶⁰¹. Jusqu’où peut-on aller dans la présentation de la vraisemblance ou de la plausibilité dans la recherche de la vérité sur le sens des comportements? On ne peut s’empêcher de porter l’interrogation éthique sur les limites de la réduction explicative, car l’apparente transparence des enchaînements dans les raisonnements en droit pénal est habitée tout autant par un impératif de vulgarisation à l’usage de l’observateur que par la réalisation de la justice. Il n’est

⁵⁹⁸ Il suffit de penser par exemple à l’acceptation par les tribunaux de la collecte d’éléments d’une scène de crime par le biais de la récupération sophistiquée de l’ADN. Ce qui fait dire à Nita A. Farahany dans le contexte du droit criminel américain que « In *Schmerber v. California*, the Court codified the basic dichotomous principle that the Self-Incrimination Clause ensures that no person shall be forced to give self-incriminating testimony in a criminal case, but may be compelled to provide real or physical evidence. The Fifth Amendment protects against « coercion [to] prove [a] charge against an accused out of his own mouth », but not extracting saliva from the same ». Nita A. FARAHANY, « Incriminating Thoughts », (2012) 64 *Stanford Law Review*, 351, 352.

⁵⁹⁹ À cet égard, on peut se demander si l’évolution des technologies d’enquête ne relèguera pas au second plan l’art de l’interrogatoire d’un prévenu si l’on considère les moyens déployés dans l’épuisement du sens d’une scène de crime et dans la capacité technique de faire parler les objets plutôt que de confondre les accusés dans le choix de leurs versions.

⁶⁰⁰ On ne saurait trop rappeler le caractère paradoxal de la scène du procès criminel lorsqu’il est requis par le juge d’instruire en droit les membres d’un jury quant à la recevabilité ou à l’exclusion de telle élément de preuve et de devoir pondérer, lorsqu’il y a témoignage d’experts psychiatriques, la valeur probante de leurs interventions surtout si l’on considère que l’ouverture à une preuve d’expert est conditionnée par le fait que « l’opinion d’un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge ou d’un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l’opinion de l’expert n’est pas nécessaire ». *Turner* dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42.

⁶⁰¹ En matière criminelle, le droit demeure tributaire des exigences de la compréhension immédiate du fonctionnement de l’esprit. L’obligation de ne pas dépasser le sens commun ni d’ignorer les références au langage ordinaire limitent le champ d’application des explications neurologiques. Voir V. HANS, « An Analysis of Public Attitudes towards the Insanity Defense », (1986) 24 *Criminology*, 393, 411. Voir également J. ENGLISH, « The Light between Twilight and Dusk : Federal Criminal Law and the Volitional Insanity Defense », (1988) 40 *Hasting Law Journal*, 1.

pas moins important non plus au plan social de raviver l'adhésion à une croyance commune dans la possibilité de punir autrui⁶⁰², dans un faire-payer⁶⁰³.

4.1 *Le continent noir du langage sur le « mental »*

Dans notre langage il y a en dépôt toute une mythologie⁶⁰⁴.
L'instabilité mentale est chose si importante qu'on ne saurait trop l'observer⁶⁰⁵.

Dans le langage ordinaire, les notions d'intention, de conscience⁶⁰⁶ ou de volonté comportent malheureusement l'inquiétante propriété d'être parmi les références les plus usitées celles dont les contenus et les définitions forment sans plus ample examen le fonds commun d'une compréhension approximative partagée⁶⁰⁷. Dans le cours des choses, il ne vient

⁶⁰² De tous les désirs humains, celui de punir n'est pas le moindre. La désignation d'un coupable par les voies ordaliques est instructive (de même que les procès intentés aux animaux au Moyen Âge) quant à la propension irrésistible, au désir illimité de vengeance qui ne trouve jamais d'équivalent dans l'obtention d'une décision rationnelle de justice. Le droit est un pâle succédané de la vengeance si l'on considère le régime de disproportion qu'implique la susceptibilité humaine décrite par Hume dans son *Traité de la nature humaine* : « Il n'est pas contraire à la raison de préférer la destruction du monde entier à une égratignure de mon doigt. (...) Il est aussi peu contraire à la raison de préférer à mon plus grand bien propre un bien reconnu moindre et d'aimer plus ardemment celui-ci que celui-là. Un bien banal peut, en raison de certaines circonstances, produire un désir supérieur à celui qui naît du plaisir le plus grand et le plus estimable ; et il n'y a là rien de plus extraordinaire que de voir en mécanique un poids d'une livre en soulever un autre de cent livres grâce à l'avantage de sa situation ». David HUME, *Traité de la nature humaine : Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, T. 2, trad. A. Leroy, Paris, Aubier, 1946, p. 525.

⁶⁰³ L'analyse par Nietzsche du rapport créancier/débiteur dans *La Généalogie de la morale* ne manque pas d'être éclairante aujourd'hui encore lorsqu'elle lie l'origine de l'institution du droit à l'« évolution » d'un réflexe de cruauté initiale : celui du mécanisme social qui fait « droit » au principe de rétorsion et rend légitime la prise en paiement d'une partie du corps de son débiteur; paiement de chair abandonné à regret par l'espèce humaine et péniblement remplacé par celui du paiement en espèce. « Le créancier pouvait notamment infliger au corps du débiteur toute sorte d'humiliations et de tortures, par exemple en découper un morceau qui paraissait correspondre à la grandeur de la dette : de ce point de vue, très tôt et partout, il y a eu des estimations précises parfois atroces dans leur minutie, estimation ayant la force de droit, de chaque membre et de chaque partie du corps ». F. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, op. cit., note 248, p. 68.

⁶⁰⁴ Ludwig WITTGENSTEIN, *Remarques sur le rameau d'or*, suivi de Jacques Bouveresse, *L'animal cérémoniel : Wittgenstein et l'anthropologie*, Paris, L'Âge d'Homme, 1982, p. 242.

⁶⁰⁵ Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 907.

⁶⁰⁶ L'usage du mot *conscience* en droit criminel n'implique pas une dissection minutieuse des propriétés ou de la multitude des états. Être conscient se définit davantage par son acception contraire ; l'action involontaire, l'automatisme ou les états qui s'y rattachent (somnambulisme, épilepsie, etc.). Il n'y est jamais question d'inclure ou de différencier les opérations autonomes de reconnaissance visuelle, du retour à soi après le sommeil, de la computation mathématique ou de l'attention requise par un jeu ou celle diffuse lors de la concentration d'un sujet sur une tâche particulière.

⁶⁰⁷ La faveur dont jouit l'usage imprécis du langage décrivant pourtant avec moult détails la participation différenciée des diverses instances psychiques peut s'expliquer par le fait que la nature humaine n'échappe pas à

d’ailleurs à personne l’idée d’exiger d’un interlocuteur qu’il fournisse, à chacune de ses formulations, le « poids atomique » exact de chacune des entités linguistiques mises en circulation; elles sont prises pour « argent comptant » dans les tableaux descriptifs, et davantage encore dans les récits qui tendent à mettre à plat les tenants et aboutissants d’un projet criminel. Les mots sont présentés comme des copies conformes de la réalité psychique, miroirs sans tain derrière lesquels le plaideur disparaît grâce à sa stratégie de présentation de la cause.

Cette économie des signes et indices tient en état toute une déictique de l’intériorité au terme de laquelle, lorsque sont atteintes des conditions de félicité rhétorique, celles-ci conduisent à persuader un jury qu’il « voit » l’ensemble de la situation, mais surtout que ce procédé correspond au simple dépliement d’un enchaînement naturel de faits bruts⁶⁰⁸ rassemblés dans une narration dite « factuelle ». Grâce à cette disposition, l’auditeur en vient à

la fascination qu’exerce les impressions sensorielles induisant le sentiment de causalité. L’être humain ne saurait s’imaginer du reste localisé dans un monde où il n’est ni centre ni levier ou encore réduit au statut d’observateur ou relégué à la périphérie de ce qui s’y passe. Cette surestimation focale a pris dans l’histoire des proportions cosmologiques, elle suit aussi dans le développement des théories morales un versant microcosmique où l’exaltation philosophique de la conscience coïncide historiquement avec le démenti neurologique de son importance véritable. Dans l’un de ses fragments posthumes, Nietzsche explique en ces termes cette propension anthropologique à la suffisance causale: « (...) Nous n’avons absolument aucune expérience sur ce qu’est une *cause* □: en termes de psychologie, toute cette notion nous vient de la conviction subjective que nous sommes cause, par exemple, du fait que le bras bouge... *Mais c’est une erreur* : nous nous distinguons, nous, les agents, de l’action, et nous faisons partout usage de ce schéma, - nous cherchons un auteur à chaque événement... : qu’avons-nous fait? nous avons *pris à tort* pour cause un sentiment de force, de tension, de résistance, une sensation musculaire, qui est déjà le début de l’action : ou bien conçu comme cause la volonté de faire ceci et cela, parce que l’action suit cette volonté - comme cause, c’est-à-dire - - - Une « cause » cela ne se rencontre jamais: dans les quelques cas où elle nous semble donnée et d’où nous l’avions projetée pour *comprendre ce qui se passait*, il est prouvé que nous nous abusions. Notre « compréhension de ce qui se passe » consistait en ceci, que nous inventions un sujet qui devenait responsable du fait que quelque chose se passait, et de la manière dont cela se passait. □ Nous avons concentré dans la notion de « cause » notre sentiment de la volonté, notre « sentiment de la liberté », notre sentiment de la responsabilité et notre intention d’agir: *causa efficiens* et *finalis* sont finalement une seule et même chose, dans leur conception fondamentale. Nous pensions qu’un effet était expliqué quand on pouvait désigner un état auquel il était déjà inhérent. En fait, nous inventons toutes les causes selon le schéma de l’effet: ce dernier nous est connu... Inversement, nous ne sommes pas en mesure de dire à l’avance d’une chose quel « effet » elle aura. La chose, le sujet, la volonté, l’intention, - tout cela est inhérent à notre conception de « cause ». Nous cherchons des choses capables d’expliquer pourquoi quelque chose s’est modifié. (...) Linguistiquement, nous ne pouvons nous en débarrasser. (...) La cause est un *pouvoir de produire des effets*, inventer après-coup pour ce qui s’est passé... ». Friedrich NIETZSCHE, *Oeuvres philosophiques complètes*, XIV, *Fragments posthumes*, Début 1888 - début janvier 1889, Paris, Gallimard, 1977, [Frag. 98], pp. 69-71. Les tirets indiquent des blancs dans l’original allemand.

⁶⁰⁸ On ne saurait trop rappeler les effets dévastateurs de l’« illusion référentielle » (*referential fallacy*) que peut produire le style verbal d’un bon plaideur qui prétend faire simplement « parler les faits » par leur recollection dans l’ordre « ingénu » de l’accusation.

considérer que l'accusé n'aurait pu agir autrement qu'il ne l'a fait et ce, dans le contexte précis de la définition du crime et exclusivement dans celui-ci⁶⁰⁹. Devant cette mise en forme, il ne suffit plus alors au plaideur de la défense de se réfugier dans la notion de « doute raisonnable » pour se déprendre de l'effet « constricteur » de ce tableau factuel même s'il s'agit en principe de son droit le plus strict. Pas plus qu'il ne lui suffit de rappeler à un jury⁶¹⁰ que la tâche de la défense ne consiste qu'à soulever ou à semer un « doute raisonnable » pour escompter voir son client acquitté par des jurés⁶¹¹.

⁶⁰⁹ L'expression « thèse de la couronne », sans être un abus de langage, n'a pas le sens d'une opinion ou d'une proposition susceptible d'être contredite ou réfutée, bien qu'il soit obligatoire pour le ministère public de présenter ce qui, dans la connaissance de la preuve, pourrait desservir ses prétentions. La pureté dans l'observance de cette règle, à l'instar de celle du bénéfice du doute raisonnable en faveur d'un accusé, est le plus souvent tempérée en amont par la manière dont les policiers ont conduit leur enquête et décidé par exemple de retenir une hypothèse unique à l'exclusion d'un champ plus large. Le principe de divulgation de la preuve est édicté dans l'arrêt *Stinchcombe* en ces termes: « Le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Les fruits de l'enquête qui se trouvent en sa possession n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. L'obligation de divulguer est assujettie à un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment et de la forme de cette divulgation. Il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret et de taire l'identité des indicateurs. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence des renseignements. Le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès qui doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. R. c. *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326

⁶¹⁰ Le simple fait de le rappeler trop souvent au terme d'une plaidoirie suffit à fragiliser la défense ou même à faire ressortir le caractère téméraire ou désespéré de la décision de ne pas présenter de défense, option qui reste pourtant en principe valable du strict point de vue du droit à une défense pleine et entière.

⁶¹¹ Sans insister sur l'expérience de la différence des mondes entre celui de l'accusé et ceux des jurés rappelons qu'« il paraît difficile de « juger » l'action d'un accusé sans être tenté d'en expliquer les causes. C'est pourquoi certains auteurs se sont référés à l'erreur fondamentale d'attribution qui stipule que nous avons tendance à surestimer l'acteur comme cause de l'événement et sous-estimer les circonstances de la situation, privilégiant ainsi des explications dispositionnelles plutôt que situationnelles. Cet effet est d'autant plus observé que la personne impliquée dans l'action appartient à l'exogroupe (...). L'influence d'un certain nombre de variables extralégales ont également été étudiées, comme l'attractivité physique, l'appartenance ethnique, les attitudes et comportements non verbaux des juges, les témoignages des experts psychologues ou encore les émotions exprimées par l'accusé ou les victimes. Cette dernière variable nous enseigne que la mention d'une attitude distante et non concernée de l'accusé augmente la perception du risque de récidive et l'attribution de traits de personnalité négatifs. Dans la même étude, les auteurs ont montré que des informations sur la biologie des accusés, dans le cadre d'expertises médico-psychologiques, avaient pour conséquence de faire baisser le degré de pitié envers l'accusé et augmenter la peine de prison, tout comme le délit de fuite, reconnu comme circonstance aggravante ». Annette BURGUET, « L'abstraction langagière dans le récit d'un fait divers : des circonstances accablantes pour l'accusé », (2011) 24 *Revue internationale de psychologie sociale*, 23, 24-25.

La question de la perception des faits par un jury reste une tâche immense non plus seulement en regard du droit et de ses règles, mais surtout par rapport à l'idée de Justice⁶¹². Le ministère public a certes le « fardeau de la preuve », mais il pourrait peut-être d'un abus de langage⁶¹³ ou d'une figure de style si l'on considère les effets de la mise en scène du procès⁶¹⁴ de même que le caractère linguistique particulier des matériaux avec lesquels l'imputabilité est mise en fabrique. Pour nécessaires qu'elles soient, les mises en garde d'un juge à l'endroit d'un jury à l'effet d'éviter de tirer des inférences d'un élément de preuve en particulier tiennent à bien des égards d'un pari et, en ce sens, n'ont rien de rassurant quant à l'intégrité du processus⁶¹⁵. S'il existe un élément idéologique mystificateur dans l'exercice de la justice criminelle⁶¹⁶, ce dernier ne réside pas tant, ou seulement dans le fait que des individus, les plus souvent punis, appartiennent statistiquement à des groupes économiquement défavorisés, mais plutôt dans la surestimation de la capacité des jurés à manœuvrer parmi les concepts juridiques ou même à décortiquer la facture narrative des récits selon qu'ils sont produits par l'accusation ou la défense.

⁶¹² Cette question dépasse le cadre de la présente analyse.

⁶¹³ C'est sans doute pour cela que dans le procès avec jury, le juge reste maître du droit car comme le rappelle Élias Canetti qui observe un « phénomène familier à tout le monde, la *joie de trancher*. (...) C'est une joie dure et cruelle que rien n'égare. Le jugement n'est jugement que lorsqu'il est porté avec une sorte d'assurance inquiétante. Il ignore la clémence, comme la prudence. Il est vite trouvé ; le plus conforme à son essence est de se former sans réflexion ». É. CANETTI, *Masse et puissance*, Paris, Gallimard, 1966, p. 315.

⁶¹⁴ Il suffit de rappeler à titre d'exemple les enjeux symboliques qui entourent le fait pour un avocat de la défense d'obtenir lors des procès devant jury que son client puisse prendre place à ses côtés plutôt que de subir le cours des procédures assis dans le box des accusés. Ce simple déplacement dans le monde empirique du procès paraît porter à conséquence au moins autant que l'observance des principes quant aux règles à suivre. Sous un mode humoristique, les exhortations d'un tribunal aux membres d'un jury de se livrer aux exercices « spirituels » qui consistent à écarter tel élément de preuve déjà entendu, ou encore de se garder de se former une opinion quant à la culpabilité de l'accusé avant la fin de l'audition de la totalité de la preuve, ne résistent pas au fait qu'« il y a des gens qui croient raisonnable ce qui est fait avec un visage sérieux ». Georg Christoph LICHTENBERG, *Le miroir de l'âme*, Paris, José Corti, 1997, p. 262.

⁶¹⁵ Le contexte généralisé de suspicion amplifiée que constitue la mise en scène d'un procès mine considérablement l'efficacité de ce genre de précaution. Si l'on décide de placer sous une loupe des comportements que l'on qualifie de criminels dans un acte d'accusation et que l'on entend établir comme tels leur nature en regard de la loi, comment empêcher qu'un observateur ne tente pas de deviner ce qu'il aurait fait en pareilles circonstances et d'inventer ce que la preuve ne lui révèle pas explicitement ne serait-ce que pour envisager l'application du doute raisonnable ?

⁶¹⁶ La poursuite et l'établissement des règles pour l'organisation d'un procès « juste et équitable » ne relèvent pas uniquement de questions procédurales mais mettent directement en cause au-delà des prudences prévues aux règles de la Common Law, la tension déjà évoquée entre justice et droit.

Dans ce contexte, l'usage des termes *conscience*, *intention*, *volonté* marque la mise en place d'une familiarité certaine avec la conviction d'approcher rétrospectivement l'effusion naissante de l'intention d'autrui et de ses effets. La causalité psychique n'est alors comprise ou rapportée qu'à travers un rapport de contiguïté ou de succession narrative.

Ce flou artistique quant aux désignations des mécanismes de l'intériorité conduit tantôt à la permutation, sans conséquence apparente pour l'auditeur, d'un terme par un autre, ou encore à l'usage ponctuel, arbitraire et contextualisé de distinctions spécieuses purement verbales entre le statut de l'intention et celui de la volonté⁶¹⁷.

Cette condition de plasticité extrême des vocables pour décrire le fonctionnement de l'esprit génère un sentiment de confiance, l'assurance de la compréhension d'une réalité factuelle partagée. En droit, cette situation engage à sa suite la possibilité pour un tribunal de simplifier l'appréciation d'un comportement à l'immédiate certitude produite par ce dispositif rhétorique. Cette confiance abusive vient de la description du passage dans le monde physique d'un élément psychique constitutif non pas tant de l'intention elle-même que d'une infraction particulière. L'imprécision linguistique quant aux choses de l'esprit est évoquée par Judith Robinson en ces termes :

« Toutes nos idées concernant l'esprit ont toujours été exprimées dans un langage imprécis et confus. Quand nous parlons de la vie mentale, nous employons des termes que personne n'a tellement jamais définis, et dont le sens est par conséquent aussi large et aussi vague qu'on voudra. Pour s'en convaincre, il suffit de penser à des termes tels que « conscience », « âme », « volonté », « libre arbitre », « intellect » (...). Le vocabulaire de la psychologie

⁶¹⁷ Dans l'arrêt *Hotte* rendu par la Cour d'appel du Québec, le juge Beauregard, récapitulant l'un des motifs soulevés par la défense auquel il ne souscrira pas dans sa dissidence, rappelle un passage significatif des écueils qui surgissent autour du maniement linguistique des termes reliés aux éléments mentaux devant jury: « La théorie de l'appelant, suivant ses avocates, n'était pas qu'il n'avait pas posé les actes qu'on lui reprochait. Sa défense était que, posant ces actes, il n'avait pas la *mens rea*, élément essentiel au crime de meurtre puisqu'il n'avait pas la capacité d'avoir cette *mens rea*. Au lieu de montrer le contraire, le substitut aurait, suivant les avocates, martelé devant le jury que l'appelant savait ce qu'il faisait en posant ses actes et que ceux-ci étaient bien *volontaires*. Et les avocates de conclure dans leur mémoire: en jouant avec le mot *involontaire* dans son sens populaire par opposition avec le concept juridique, le procureur de la Couronne a invité le jury à conclure que c'est au niveau du geste et non de l'intention que le verdict de « homicide involontaire » devait être examiné. Au cours de sa plaidoirie, le substitut a mentionné une bonne dizaine de fois le mot « involontaire » d'une façon incroyable. Dans la très grande majorité des cas, sinon toujours, il rattachait le mot « involontaire » à un élément de preuve. Par exemple, il suggérait qu'on ne pouvait croire que les gestes de l'appelant avaient été involontaires du fait que celui-ci avait bien pris soin de viser plusieurs fois la victime, du fait qu'il s'était approché à quatre pieds de celle-ci pour ne pas la rater, du fait qu'il avait un mobile et du fait que, pendant qu'il tirait sur la victime, il pensait à se suicider par la suite ». *Hotte c. R.*, 2005 QCCA 625 (IJC), par. 92-93.

traditionnelle est presque entièrement composé de mots de ce genre, qui ont fini par signifier tant de choses différentes pour les différents individus qu'on peut se demander s'ils signifient en réalité quoi que ce soit »⁶¹⁸.

À la différence d'un usage spontané de la langue dans l'art de la conversation, la théorie du droit ne peut se permettre de ne pas éclairer, ne serait-ce que d'un point de vue doctrinal, son rapport explicite à l'« élément mental » requis pour la commission d'une infraction. L'attachement de la doctrine pénale à des anthropologies philosophiques d'un autre âge⁶¹⁹, le transport dans la réalité contemporaine d'une philosophie pénale incritiquée dans une psychologie morale reflètent bien la situation de nébulosité croissante des régimes linguistiques relatifs à la volonté ou à l'intention. Dans ce contexte, la définition de l'intention coupable tient d'abord, en droit criminel canadien, à l'élément de certitude avec lequel un sujet pose tel acte plutôt qu'un autre qui tiendrait, lui, de l'accident ou du faux mouvement⁶²⁰.

⁶¹⁸ J. ROBINSON, *L'analyse de l'esprit dans les Cahiers de Valéry*, Paris, Librairie José Corti, 1963, p. 11.

⁶¹⁹ Pour s'en convaincre, on relira le professeur Hugues Parent dans son *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001. C'est celui qui, de tous les auteurs des grands traités de droit pénal au Canada, exprime avec la plus grande minutie la position doctrinale dominante et ses fondements philosophiques sans toutefois chercher à s'en distancer. C'est ce qui explique que nous nous attardons de manière toute particulière à ses travaux. Pour d'autres traités moins pertinents pour les fins de notre étude, voir : K. Roach, *Criminal Law*, 4th ed., Irwin Law, 2009; D. Stuart, *Canadian Criminal Law*, 5th ed., Carswell 2007; P. Rainville, G. Côté-Harper, et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4^{ième} éd., 1998, Édition Yvon Blais; *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th Hardback, Westlaw (éditions à feuilles mobiles). Dans ce contexte, le professeur Parent analyse la question 83, article 3 sur le libre arbitre dans la première partie de la *Somme Théologique* de Thomas d'Aquin. Cette lecture n'est pas sans intérêt, bien qu'elle s'inscrive davantage dans le cadre de l'interprétation comparatiste d'un médiéviste ; elle demeure révélatrice du fait qu'en droit criminel on ne tient pas compte ni ne fait état de ce qu'apporte pour l'anthropologie pénale l'introduction à partir des années 1900 d'une « raison neurologique » dans l'explication des actes volontaires. Hugues Parent n'hésite pas non plus à reprendre ce procédé d'argumentation anthropologique dans ses « Traités » ultérieurs. Cette occupation du champ théorique par la collection de passages d'auteurs anciens n'est jamais neutre, puisqu'elle permet d'éviter une mise en discussion des apports des neurosciences et de la philosophie moderne lorsqu'il s'agit de la conceptualisation du droit criminel dans ses rapports au langage ou encore au système nerveux. La possibilité de replier le droit criminel sur des considérations de cette nature risque ainsi de faire oublier les enjeux véritables de la modernité et leur problématisation au sein de la discipline pénale. Échappant à toute forme de « falsificabilité », c'est le « charme » discret de la discipline juridique que de permettre la survie de perspectives qui ne sont ni vraies ni fausses sans qu'elles ne soient contestées ou que celles-ci ne soient remises en cause par des discours extérieurs. Voir H. PARENT, *op. cit.*, en particulier p. 133 et suivantes.

⁶²⁰ Dans l'arrêt *R. c. Théroux*, la juge McLachlin rappelle au sujet de la *mens rea* que « le terme *mens rea*, interprété correctement, n'inclut pas tous les éléments moraux d'un crime. L'*actus reus* comporte son propre élément moral : pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte de l'accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l'intention coupable, illégale, de l'accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente - qui ne comprend pas ni ne souhaite les conséquences de ses actes - soit déclarée

L'éminent juriste britannique Glanville Williams rappelle en ces termes la composante subjective inhérente à l'idée d'intention criminelle :

« What (...) does legal *mens rea* mean? It refers to the mental element necessary for the particular crime, and this mental element may be either intention to do the immediate act or bring about the consequence or (in some crimes) recklessness as to such act or consequence. In different and more precise language, *mens rea* means intention or recklessness as to the elements constituting that *actus reus*. These two concepts, intention and recklessness, hold the key to the understanding of a large part of criminal law. Some crimes require intention and nothing else will do, but most can be committed either intentionally or recklessly. Some crimes require particular kinds of intention or knowledge »⁶²¹.

Cette définition ne vise pas tant à définir le contenu ou la nature intellectuelle de l'intention qu'à replier plutôt des éléments psychologiques sur les composantes de la notion de crime qu'elle relie ensuite au mot « intention ». L'intention désigne de fait « l'élément mental »⁶²². Sous cet angle, « l'élément mental » tient lieu d'intention criminelle et ne requiert que la connaissance et l'acquiescement continu pendant la commission d'un acte par son auteur⁶²³. Avoir conscience de faire ou d'avoir fait, de poser ou d'avoir posé tel acte particulier attesterait de l'élément mental requis par une infraction. Cette perspective

coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé ». *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 17

⁶²¹ G. WILLIAMS, *Criminal Law – The General part*, 2e éd., London, Stevens, 1961, p. 31.

⁶²² « Il existe deux approches distinctes de l'acte volontaire en droit pénal canadien. La première, qui est générale et qui s'applique à l'ensemble des causes de non-responsabilité pénale, associe la commission d'un acte volontaire à la réalisation d'un acte libre et réfléchi ; c'est la vision intellectualiste ou classique de l'acte volontaire. La seconde, qui est spécifique et beaucoup plus étroite, envisage l'acte volontaire dans une perspective purement physique ; c'est la vision matérialiste de l'acte volontaire ». Hugues PARENT, « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien », (2000) 45 *R. D. McGill*, 976, 976. Il n'est pas certain que cette distinction entre les approches dites matérialiste et intellectualiste de l'acte volontaire précise quoi que ce soit quant à la simplification de la compréhension de l'acte réflexe par le droit pénal ni qu'elle éclaire les rapports à l'« élément mental » tantôt compris dans sa composante neurologique, tantôt entendu depuis une décision morale prise par le sujet.

⁶²³ Comme le souligne encore H. Parent « à la suite de John Austin, le droit pénal anglais et canadien envisage l'acte volontaire à l'intérieur des limites réductrices de l'approche matérialiste. La volonté étant désormais affranchie de toute référence à l'intelligence, l'acte volontaire désigne donc uniquement le processus psychophysique à l'origine duquel résulte la contraction des membres du corps. Ainsi, dans le fait de tirer à l'aide d'une arme à feu, l'expression « acte volontaire » réfère aux mouvements musculaires par lesquels l'agent soulève l'arme, la pointe sur la victime et actionne le mécanisme d'ignition. Au point de vue psychologique, l'exigence du caractère volontaire de l'acte matériel en droit criminel signifie essentiellement que l'acte interdit par la loi doit être désiré et accompli sous le contrôle conscient de son auteur. (...) Reconnue sous des expressions différentes, - « guilty mind », « some blameworthy condition of the mind », « wicked mind » - mais qui recouvrent le même domaine, la *mens rea* est une notion fondamentale en droit pénal anglais et canadien ». Id., p. 1008 et 1011.

n’informe guère sur la capacité volontaire d’un sujet d’avoir véritablement « intentionné », voulu ou pu s’empêcher de vouloir l’acte posé et ses conséquences. Ici, l’intention qui semble l’élément déclencheur, l’indice précurseur à la motricité ou au passage à l’acte reste subsumée au simple fait pour le sujet d’en être ou d’en avoir été conscient⁶²⁴.

Afin de rendre manifeste l’intention criminelle, il importe donc qu’une action entreprise n’échappe pas au contrôle conscient et physique de celui ou celle qui s’y engage. Par ailleurs, l’insouciance ou la négligence qui sont pour Glanville Williams en quelque sorte les « clefs de voûte » pour la compréhension du système ne renseignent guère sur l’intégrité conceptuelle de cette psychologie morale lorsqu’elles apparaissent comme la part négative de l’intention coupable. Décisive dans l’ordinaire des enchaînements verbaux qui permettent l’obtention d’une condamnation, l’intention ne constitue pas la *signature* personnalisée de la turpitude morale de son auteur ou même de sa participation psychique la plus authentique⁶²⁵, pas plus que la négligence n’est caractérisée par l’intention spécifique de n’avoir point voulu « prêter attention » à une conduite dangereuse ou répréhensible. Dans les vécus psychiques, deux négations n’ont pas les propriétés de produire une réalité positive telle qu’on pourrait la retrouver dans l’usage des signes linguistiques ou mathématiques.

Opposons à l’acception ou à la définition « criminogène » de l’intention du distingué juriste, le cas de figure suivant : l’individu kleptomane⁶²⁶, habitué depuis sa jeunesse par l’impulsion irrésistible⁶²⁷ de subtiliser certains objets qui ont par rapport à son histoire personnelle une valeur symbolique, n’a pas plus l’intention véritable de dérober ces objets

⁶²⁴ « Les actes matériels interdits doivent avoir été accomplis sous le contrôle conscient de leur auteur ». *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, 249.

⁶²⁵ Pour le droit actuel, l’intention constitue bel et bien la signature personnalisée et la participation psychique la plus authentique de son auteur. En cela, elle se distingue du caractère général de la notion de conscience, terme qui surplombe le théâtre des opérations psychiques conçues par l’anthropologie pénale. Le caractère ancien de cette « distribution » ou de cette « mise en scène » anthropologique est décrit précisément par Hugues Parent, quoique avec une certaine candeur si l’on observe le droit criminel depuis les développements des neurosciences et des questions portées par la philosophie de l’esprit notamment avec les travaux de Gilbert Ryle (*The concept of Mind* -1946).

⁶²⁶ Sur la question de la kleptomanie : Voir Hugues PARENT, « L’automatisme mental en droit pénal » dans *Développements récents en droit criminel*, Vol. 211, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 5, 53.

⁶²⁷ Dans l’arrêt *Abbey*, le juge Dickson rappelait que « l’impulsion irrésistible ne constitue pas un moyen de défense, mais elle peut être symptomatique d’une maladie mentale donnant lieu à une défense d’aliénation mentale. Le juge du procès a fait ses observations dans le cadre de son étude de la défense d’aliénation mentale et il a formellement rejeté l’existence d’une défense de responsabilité atténuée ». *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 25

pour satisfaire quelque finalité vénale⁶²⁸ qu'il n'est ignorant des conséquences de ses actes. Du point de vue du droit, il n'en réunit pas moins toutes les composantes à la réalisation du crime de vol : à la fois l'« intention » requise par la définition du vol au Code criminel et le comportement fautif susceptible d'entraîner sa condamnation. Peut-on dire pour autant qu'il avait à proprement parler l'« intention » de commettre un vol? Quelle est, d'un point de vue subjectif, la valeur probante d'une pareille déclaration de culpabilité? Peut-on en outre affirmer que la définition précitée de l'intention coupable résumée en ces termes par la juge McLachlin pour laquelle « son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente – qui ne comprend pas ni ne souhaite les conséquences de ses actes – soit déclarée coupable »⁶²⁹ correspond, dans le cas soumis, à la finalité du droit criminel? En l'espèce, cette définition ne permet pas d'éviter au kleptomane, qui ne souhaite ni les conséquences de ses actes ni n'est à même de contrôler cette turpitude involontaire, d'échapper à la rigueur de la loi. Le droit criminel ne fait pas reproche ni ne tient rigueur au somnambule⁶³⁰ ou à l'épileptique des conséquences de ses comportements éventuellement criminels; pourquoi en serait-il autrement de celui qui, en toute connaissance de cause, n'a pas la capacité d'échapper à une contrainte pulsionnelle dont il est par ailleurs tout à fait conscient, mais devant laquelle il demeure impuissant? Dans l'arrêt *Perka*, le juge Dickson doit introduire, en ce qui a trait à la défense de contrainte, une variation sur le sens à donner aux termes *contrôle conscient* et *volonté* :

« Littéralement, l'exigence du caractère volontaire signifie simplement que les actes matériels interdits doivent avoir été accomplis sous le contrôle conscient de leur auteur. Sans ce contrôle, il n'y a pas d'acte pour les fins du droit criminel. L'excuse de nécessité ne vise pas le caractère volontaire dans ce sens. L'alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s'introduit par effraction dans un chalet de montagne isolé n'agit pas littéralement de façon volontaire. Il a le contrôle de ses actes au point d'être physiquement capable de s'abstenir d'agir. En réalité toutefois son

⁶²⁸ La plupart du temps, les objets dérobés sont détruits ou donnés. Voir Jacques GASSER, *Le voleur pathologique*, Cours de psychiatrie légale - Faculté de droit et des sciences criminelles, UNIL, février 2007. Consulté en ligne 6 juin 2012. <http://www.unil.ch/webdav/site/fbm/shared/psyleg/le-voleur-pathologique.pdf>

⁶²⁹ *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 17

⁶³⁰ Sur cette question: P. FENWICK, « Automatism, Medicine and the Law », (1990) 17 *Psychol. Med. Monogr.*, 1, 1; D. YELLOWLESS « Homicide by a Somnambulist », (1998) 24 *J. Ment. Sci.*, 451; R. CATWIRGHT, « Sleepwalking Violence a Sleep Disorder, a Legal Dilemma and a Psychological Challenge », (2004) 161 *AM J. Psychiatry*, 1148.

acte n'est pas « volontaire ». Le « choix » qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain »⁶³¹.

On retrouve dans ce passage la même confusion entre contrôle conscient et volonté : dans un sens ou dans l'autre, l'alpiniste agit volontairement; il n'a toutefois pas l'intention requise à la définition du crime. Le kleptomane n'est-il pas, quant aux circonstances intérieures, dans la même situation de contrainte que l'alpiniste? Le « choix » qu'il a d'enfreindre ou de ne pas enfreindre la loi est-il un choix véritable?

La fragilité de la constitution de l'intention criminelle telle que définie paraît symétrique au caractère spécieux des moyens prévus pour s'y soustraire. Tantôt la justification, tantôt l'excuse font figure de stratégie exonératoire non plus quant à l'intention, mais quant au sens à donner à *l'actus reus*. Dans le cas de l'exécution d'une fonction particulière, la *justification* peut rendre légale la commission d'un acte criminel : voies de fait par des parents qui administrent une correction ou des châtiments corporels à leurs enfants ou usage d'une force déraisonnable dans le cas d'une arrestation « musclée » par un membre de la force constabulaire. On voit mal comment la nature intrinsèquement criminelle (l'intention *ab initio*) d'un acte peut être retraduite ou même atténuée par le point de vue subjectif de son perpéteur; surtout si, comme le rappelle l'arrêt *Hibbert* « en toute logique, la question de savoir si un accusé peut invoquer une excuse ou une justification ne se pose qu'après que le ministère public a prouvé l'existence de tous les éléments de l'infraction, y compris la *mens rea* »⁶³².

La description que fournit la doctrine pénale des éléments psychiques constitutifs d'un acte criminel, de même que le caractère blâmable de l'intention, doivent certes être soumis au contexte. Mais peut-on pour autant déterminer *a posteriori* la nature criminelle véritable de l'intention à partir des « conséquences de l'*actus reus* prohibé »⁶³³? L'incertitude qui vient de

⁶³¹ *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, 249.

⁶³² Dans l'affaire *Hibbert*, l'accusé accompagnant un criminel et se trouvant sur les lieux d'une tentative de meurtre ne peut invoquer pour être exonéré, sa crainte de l'agresseur alors qu'il aurait pu se soustraire sans danger à cet élément de contrainte. *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, 1003.

⁶³³ Dans l'affaire *Théroux*, un promoteur immobilier sollicite des fonds pour construire des maisons en prétendant que ces investissements sont garantis alors qu'il est conscient du fait que ces garanties sont inexistantes. Le fait de croire qu'il n'aura pas à honorer ces garanties parce que le projet immobilier se concrétisera est contredit par une faillite de l'entreprise. Les conséquences de l'*actus reus* sont suffisantes pour déterminer rétrospectivement la nature véritable de la *mens rea* initiale. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 17.

l'inconsistance des éléments psychiques requis par la théorie du droit pour « découvrir » la culpabilité se dissipe à la condition de comprendre qu'ils prospèrent à même la dynamique de l'incrimination et se développent au gré des objections factuelles posées par l'application des textes de loi. L'architecture anthropologique qui se dégage de la compréhension par les tribunaux des mécanismes de l'entendement est à géométrie variable. La qualification des éléments psychiques et leur différenciation n'ont de sens qu'incluses dans un dispositif accusatoire qui ne vise à les clarifier qu'aux fins d'en constituer les engrenages les plus efficaces pour réaliser et convaincre de la rationalité des objectifs rhétoriques de l'imputabilité criminelle.

Si à l'instar de la théologie, le droit « n'a que faire des nouveautés »⁶³⁴, son formalisme et sa pérennité ne s'épuisent pas dans des représentations anciennes, dussent-elles venir des auteurs les plus illustres de l'Antiquité ou du Moyen Âge. En fait, le renvoi à ces autorités fait apparaître le caractère pittoresque de constructions sémantiques, l'architecture bancaire, quoique détaillée de maisons abandonnées par l'évolution des contributions de la philosophie et de la science dans les débats autour du sujet moderne. Le trait commun de cet arrêt du développement des théories du sujet est la confusion d'éléments de la psychologie avec ceux de la morale chrétienne⁶³⁵. Tout se passe comme si le commentaire thomiste d'Aristote tenait lieu de psychologie définitive et constituait la forme arrêtée et indépassable de l'autocompréhension des sujets. Dans cette optique, le professeur Hugues Parent n'hésite pas à convoquer, au soutien de la description de l'armature psychique relative à l'intention, le docteur universel de l'Église Catholique :

« Sur ce point, nous nous accordons avec la plupart des théologiens pour dire que la raison possède principalement deux vertus, deux fonctions prédominantes que sont la connaissance et la délibération. (...) D'après saint Thomas d'Aquin, l'intention est à la fois un acte de connaissance et de volonté. De connaissance, tout d'abord, puisqu'une personne ne peut tendre vers quelque chose sans connaître, au préalable, l'objet vers lequel elle ordonne sa volonté. « Or pour qu'une chose soit ordonnée de manière droite à la fin qui lui est due, il faut, en effet, une connaissance de cette fin, du moyen

⁶³⁴ « La théologie n'a que faire des nouveautés ». Pierre CARIOU, *Pascal et la casuistique*, Paris, PUF, 1993, p. 41.

⁶³⁵ La plupart des débats entourant les conceptions de la volonté ou de l'intention pourraient tenir dans une glose rafraîchie des travaux célèbres de Odon LOTTIN, *Psychologie et morale aux XIIIe et XIIIe siècles*, T. I, Gembloux, J. Duculot Éditeur, 1942.

de parvenir à cette fin, et de la juste (*debita*) proportion entre les deux. ». L'intention est donc un acte d'intelligence qui présuppose un minimum de connaissance. De volonté, enfin, car l'intention implique la notion de mouvement, ce qui est le propre de la volonté en tant que cause motrice. Donc, l'intention est un acte de volonté à l'égard de ce qui est connu par l'intelligence. En effet, « ce n'est pas la volonté qui met en ordre, mais elle tend vers quelque chose selon l'ordre de la raison; ainsi le mot intention désigne-t-il un acte de volonté, mais présuppose une ordination par la raison de quelque chose vers une fin ». L'intention est donc un acte de la puissance appétitive et de la puissance de connaître, conclut le Dominicain »⁶³⁶.

Les définitions de la volonté et de l'intention sont certes présentes chez Thomas d'Aquin; mais constituent-elles pour autant des données factuelles et actuelles? Force est pourtant d'admettre qu'un peu comme en médecine où l'expérience clinique a porté un coup mortel aux explications herboristes, humorales ou astrologiques des époques antérieures, les observations de la psychiatrie et de la psychanalyse naissante opèrent un déplacement paradigmatique qui guide encore la manière actuelle de concevoir la subjectivité. Or la définition de la raison et celle de l'acte volontaire en droit criminel canadien restent encore tributaires des conceptions de Matthew Hale (1609-1676), d'Edward Coke (1552-1634), et de William Blackstone (1723-1780). Ces derniers sont convoqués au soutien des représentations psychomorphologiques du sujet de droit. Les conceptions du sujet du droit criminel qui prétendent en expliquer tantôt les actions, tantôt les motifs ou les intentions dans la modernité se trouvent ainsi conceptualisées avec les outils philosophiques des grands juristes des 17^e et 18^e siècles⁶³⁷, à cette nuance près que le développement de la psychiatrie oblige le droit criminel à importer l'avis et le lexique des médecins de l'esprit actuels. Cet anachronisme donne à penser, surtout lorsqu'on considère que cette vision surannée de l'acte volontaire a été confirmée par la Cour Suprême du Canada dans les arrêts concernant l'acte volontaire dans *Perka, Hibbert et Ruzic*.

⁶³⁶ Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, op. cit., note 244, pp. 19-20. Voir Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, tome 2, question 12, article 1, Paris, Éditions du Cerf, 1997, p. 99.

⁶³⁷ Pour une histoire des rapports du droit criminel aux troubles de l'esprit : Daniel ROBINSON, *Wild Beasts and Idle Humours, The Insanity Defense from Antiquity to the Present*, Cambridge, Massachusetts & Londres, Harvard University Press, 1996, 299 p. Voir également P. E. ERICKSON, S. K. ERICKSON, *Crime, Punishment, and Mental Illness : Law and the Behavioral Sciences in Conflict*, New Brunswick, New Jersey & Londres, Rutgers University Press, 2008, 224 p.

« Ce lien serré entre la responsabilité morale et pénale est « noué d'une manière si serrée » qu'il résistera, pendant plus d'un siècle, aux assauts répétés du positivisme juridique. S'il est vrai que l'acte volontaire s'est retiré graduellement de la sphère juridique à la fin du XIXe siècle, son retour en force dans les arrêts *Perka*, *Hibbert* et *Ruzic*, nous confirme qu'il a su résister aux épreuves du temps ainsi qu'aux vaines tentatives visant à conjurer ses périls. Résultat : l'acte volontaire est désormais constitutionnalisé. Sa victoire est totale »⁶³⁸.

L'incertitude vient de la mise en cause de l'esprit compris justement comme cause à travers le prisme d'une volonté inquiétée par les représentations modulaires que propose la modernité. Friedrich Nietzsche en a déjà l'intuition fulgurante lorsqu'il note :

« Tout ce qui nous devient conscient est d'un bout à l'autre préalablement arrangé, simplifié, schématisé, interprété – le processus réel de la « perception » interne, l'enchaînement causal entre les pensées, les sentiments, les convoitises, comme celui entre le sujet et l'objet, nous sont absolument cachés – et peut-être pure imagination. Ce « monde intérieur apparent » se voit traité selon des formes et des procédures identiques à celles dont on traite le monde « extérieur ». (...) La « causalité nous échappe; admettre entre les pensées un lien originaire immédiat comme le fait la logique – voilà la conséquence de l'observation la plus grossière et la plus balourde »⁶³⁹.

L'esprit n'est pas un tout; chaque module décompose en actions spécifiques et indépendantes les perceptions visuelles, les opérations de la mémoire ou la reconnaissance des couleurs. Pris en eux-mêmes, chacun de ces mécanismes n'accède pas à la conscience du sujet; si l'on pouvait enfin le situer, le centre unificateur de ces transports et séquences apparaîtrait comme l'« esprit du sujet ». Or, à l'inverse de la définition de Dieu que donnait Nicolas de Cuse (1401-1464)⁶⁴⁰, on peut dire de la topique de l'esprit que sa périphérie est partout et son centre nulle part. L'apparente consistance unitaire du sujet de l'action ne surgit qu'à l'occasion de l'ordonnement grammatical. Selon Paul Ricoeur,

« assumer la phénoménalité du monde intérieur c'est en outre aligner la connexion de l'expérience intime sur la « causalité » externe, laquelle est également une illusion qui dissimule le jeu des

⁶³⁸ Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, op. cit., note 244, p. 18.

⁶³⁹ Friedrich NIETZSCHE, *Fragments posthumes Automne 1887-1888*, T. XIII, Paris, Gallimard, 1976, p. 248. - Voir l'étude du philosophe américain Jerry A. FODOR, *La modularité de l'esprit. Essai sur la psychologie des facultés*, Paris, Éd. Minuit, 1986, 178 p. et également le chapitre 3 intitulé « Le concept de modularité à l'épreuve de la neuropsychologie » de Max COLTHEART et Martin DAVIES dans l'ouvrage collectif sous la direction de Daniel ANDLER, *Introduction aux sciences cognitives*, Paris, Gallimard, 1992, p. 109-130.

⁶⁴⁰ *Deus est sphaera infinita, cujus centrum est ubique, circumferentia nusquam.*

forces sous l'artifice de l'ordre. C'est encore poser une unité tout à fait arbitraire, cette fiction appelée « penser », à part de la foisonnante multiplicité des instincts. C'est enfin imaginer un « substrat de sujet » dans lequel les actes de pensée auraient leur origine »⁶⁴¹.

4.2 « Hantologie » de la divination pénale : faire apparaître l'intention d'autrui

Ce qui compte c'est « ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause »⁶⁴².

Notre pensée, disaient les Scolastiques, est « intentionnelle »⁶⁴³.

Dans l'imaginaire du droit, les états de conscience sont à peu près tous narrables, à l'exception des moments d'atteinte physiologique. Cette présomption est accentuée par l'admission des pouvoirs « oraculaires » de l'expertise psychiatrique réputée quant à elle en mesure de pouvoir déterminer rétrospectivement l'état d'esprit d'un accusé, d'instruire le tribunal sur sa capacité de former une intention criminelle. Cette candeur, le fait de présumer qu'une branche de la médecine puisse avoir la compétence de remonter la chaîne causale d'une intention, tranche avec la suspicion habituelle, l'attitude circonspecte avec laquelle les juristes admettent les autres expertises mises à contribution dans l'art du procès. Raconter, présumer des états de conscience d'autrui constitue la technique générale de la mise en accusation pour un poursuivant⁶⁴⁴. Cette familiarité explicative avec le sens à donner aux comportements d'autrui repose sur le fait que le droit criminel tient pour acquis qu'il y a identité entre l'intention en général et l'intention criminelle, qu'elles sont de même nature; plus exactement que la participation ou l'initiative requise par la commission d'un crime atteste d'un fonctionnement psychique similaire, du consentement à la commission de l'acte prohibé par le texte infracteur qui n'est pas si loin, quant à ses moments de formation, de l'échange contractuel des volontés en droit civil.

⁶⁴¹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 26.

⁶⁴² R. C. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3, par. 110.

⁶⁴³ Ignace MEYERSON, *Les fonctions psychologiques et les oeuvres*, Paris, Albin Michel, 1995, p. 31.

⁶⁴⁴ Rappelons que le terme « hantologie » appartient au lexique et à l'horizon déconstructeur derridien qui apparaît à l'occasion de son travail sur Marx. « Appelons cela une hantologie. Cette logique de la hantise ne serait pas seulement plus ample et plus puissante qu'une ontologie ou qu'une pensée de l'être (du « to be », à supposer qu'il y aille de l'être dans le « to be or not to be », et rien n'est moins sûr) ». Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx*, op. cit., note 500, Paris, Galilée, 1993, p. 31.

Reliquat des conceptions de l'Âge classique pour Foucault, ce schématisme qui réifie l'acte volontaire et en simplifie outrancièrement la complexité, renvoie de manière plus large au contexte historique d'une « théorie juridico-politique du pouvoir, qui est centrée sur la notion de volonté, son aliénation, son transfert »⁶⁴⁵. Le fonctionnement de l'esprit n'est alors jamais autrement conçu que dans la perspective du continuum stable et du dualisme⁶⁴⁶. Par sa rigidité, sa simplicité et surtout sa commodité, ce paradigme contraint l'ensemble des raisonnements explicatifs jusqu'au moment où il se bute à des éclipses, à des interruptions neurologiques⁶⁴⁷ ou biochimiques dans le courant continu du rapport à soi et à autrui. Avant que ne surgissent les exceptions neurologiques⁶⁴⁸ « interruptives » à cette règle, que signifie avoir, ou avoir eu, l'intention du point de vue d'autrui? Par quelle magie, ou sous quelles conditions l'intention criminelle se manifeste-t-elle au grand jour? Qu'est-ce qui, pure opération de l'esprit ne se présentant pas en propre, permet de déduire une participation complète d'autrui à une action criminelle et d'obtenir des condamnations? Il manque une « hantologie » à la doctrine pénale et à ses constructions conceptuelles, pour reprendre un néologisme de Jacques Derrida⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 101, p. 45.

⁶⁴⁶ « Mind is primarily a verb. It denotes all the ways in which we deal consciously and expressly with the situations in which we find ourselves. Unfortunately, an influential manner of thinking has changed modes of action into an underlying substance that performs the activities in question. It has treated mind as an independent entity which attends, purposes, cares and remembers ». John DEWEY, *Art as Experience in John Dewey: The Later Works, 1925-1953*, vol. 10, 1934 (Carbondale, Ill.; southern Illinois UP, 1991), p. 268.

⁶⁴⁷ Sur les débats juridico-psychiatrique entourant la question des « interruptions neurologiques ». Voir Laura BOSSI, « L'impulsion irrésistible » dans L. Bossi (dir.), *Crime et folie. Les entretiens de la fondation des Treilles*, Paris, Gallimard, 2011, p. 187-232.

⁶⁴⁸ On pense ici à la convulsion épileptique et au tempérament dit « épileptoïde » dans son rapport aux diverses formes d'automatisme. Sur cette question : M. REUBER, R. D. MACKAY, « Epileptic Automatism in the Criminal Courts : 13 Cases Tried in England and Wales Between 1975 and 2001 », (2008) 49, *Epilepsia*, 138; D. M. TREIMAN, « Epilepsy and Violence : Medical and Legal Issues », (1986), 27 suppl. 2, *Epilepsia*, 177.

⁶⁴⁹ Faut-il pour autant, plutôt que de l'analyser, exorciser le droit, expulser les entités conceptuelles qui le possèdent? Gagnerait-t-on à raffiner ou à préciser le langage et les mécanismes de la culpabilité pénale? « Bien que chacun se vante de n'en avoir jamais vu, tout le monde sait à peu près ce qu'est un « spectre ». Pour Derrida, c'est d'abord un être indécis. En toute rigueur, on ne devrait même pas l'appeler un « être », puisque, précisément, il n'« existe » pas. Le spectre « est » et « n'est pas », c'est un mort qui vit encore, un « revenant », dont la « venue » est toujours déjà un « retour », et dont le mode d'être ou d'apparaître est donc redoublé, dédoublé ou paradoxal ». Charles RAMOND, « Matérialisme et Hantologie », □ *Cités*, vol. 2, no. 30, 2007, p. 53, 54-55.

Lorsqu'il s'agit d'établir la participation d'un prévenu à une infraction criminelle, le droit ne peut faire l'économie d'une cartographie de l'intériorité, d'un dispositif rhétorique pour permettre de faire saillir, de surprendre la présence d'un élément mental indispensable et constitutif de la plupart des infractions : l'*intention*. Visant à rendre compte des opérations de l'esprit, le droit n'utilise pour ce faire que les mots qui appartiennent au champ des représentations psychologiques de l'intériorité. Il lui importe de traduire dans l'espace du tribunal et à l'attention d'un jury le lien intime qui unit l'intention de commettre un acte illicite à son contexte, à son mobile et aux circonstances qui l'ont rendu possible ou l'auraient empêché. Initiation de l'action et poursuite d'un comportement dans la durée, l'intention ou la volonté, à supposer qu'elles désignent des moments différenciables, réifiables de la vie psychique et éventuellement distincts de la conscience elle-même, n'existent jamais ailleurs que dans la conscience de l'agent. Dans la narration juridique, tout se passe comme si les indices de la scansion, les signes de ponctuation devenaient pour eux-mêmes le sens et le contenu de la phrase.

L'intention, la conscience, le libre arbitre sont alors autant d'entités fictives, matières premières des jeux de langage théoriques. Ils gravitent dans le champ de l'intériorité et possèdent jusqu'à la hantise le droit criminel et son monde constant de références stables aux états d'esprit ou à l'esprit. À l'instar des « vrais » fantômes, personne ne les a jamais vus, mais chacun tient leur existence pour certaine de la même manière que le fait qu'on ne puisse avoir voulu faire quelque chose sans en avoir eu préalablement l'intention, ou le fait que sans égards aux circonstances antérieures à une décision, il soit toujours loisible d'échapper au déterminisme causal⁶⁵⁰. Cette extrapolation quant aux capacités volitionnelles d'autrui constitue la « substance » des artifices conceptuels nécessaires à la mécanique de l'incrimination.

Certes, l'empathie existe et il est même courant d'anticiper ou de soupçonner entre soi et autrui une communauté de perceptions internes. Extension conjecturale de la psychologie individuelle, cette projection ne saurait pour autant conduire à des certitudes sur le sens de

⁶⁵⁰ Comme le fait observer Vincent Descombes, « le mythe philosophique de l'intériorité est passé d'autant plus facilement dans la culture générale qu'il s'enracine dans des images et des façons de parler parfaitement ordinaires et en elles-mêmes anodines ». V. DESCOMBES, « Un dedans derrière ce qui est le dedans », *Rue Descartes*, vol. 1, no. 43, 2004, p. 8, 8.

comportements criminels⁶⁵¹. En usage constant en droit criminel et à la manière d'« ectoplasmes » psycholinguistiques, la forme de même que la circonscription logique de ces concepts mentaux ne sont pas précisément délimitées⁶⁵²; ils constituent pourtant la trame et le filet des présomptions de ce « Mind Made World », le « ciment » langagier grâce auquel la mécanique de l'imputabilité accomplit son office. Ils permettent apparemment de localiser à travers des enchaînements verbaux l'intention coupable comme l'un de ces petits « esprits frappeurs » signale sa présence sans que ne soit jamais attestée sa consistance logique autrement qu'à partir du régime des métaphores hyperboliques d'un « dedans » causal⁶⁵³. Les formes autoréflexives n'apparaissent que depuis la logique de la réverbération asymétrique des instances pronominales je/il⁶⁵⁴. Ce trait introspectif dans la recherche habituelle des « faits »

⁶⁵¹ « La caractéristique du mental semble consister dans le fait que, chez les autres, il faut conjecturer d'après quelque chose d'extérieur, et qu'on ne le connaît que lorsqu'il s'agit de soi-même ». Ludwig WITTGENSTEIN, *L'intérieur et l'extérieur*, Paris, Stock, 2000, p. 82.

⁶⁵² Comme Gottlob Frege le rappelait « eu égard aux concepts, il faut exiger que pour tout argument ils aient une valeur de vérité, que pour tout objet on puisse dire s'il tombe ou non sous le concept. En d'autres termes, il faut que les concepts soient finement délimités, et si cette exigence ne pouvait être satisfaite il serait impossible d'établir les lois logiques qui les régissent ». G. FREGE, « Fonction et concept », *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971, p. 103.

⁶⁵³ La logique de l'imputation repose certes sur un « Mind Made World », mais elle apparaît bien davantage comme un effet de langage, une retombée syntaxique qui réorganise notre perception du monde, en particulier les rapports entre sujet et événement. Pascale Gillot remarque à cet égard que « l'idée d'un esprit immatériel participe ainsi, dans la philosophie classique, d'une sorte de « sublimation » de la logique de notre langue ». Revenant aux intuitions de Ludwig Wittgenstein elle ajoute : « Dans les *Recherches philosophiques* par exemple, se trouve pointée toute la difficulté d'une distinction entre le vouloir, ou la disposition à agir, et l'action elle-même, ainsi que le caractère obscur de l'identification du vouloir à une cause mentale du comportement. Le problème traditionnel de l'efficace de la volonté, s'il ne peut se résoudre par la réduction pure et simple de l'action humaine à une activité mécanique ou automatique gouvernée par des lois, n'est pas non plus résolu par l'identification de l'acte de vouloir à un acte mental interne dont la conséquence serait l'agir observable, sur le modèle de la relation cause-effet. S'il existe une différence entre le fait de s'efforcer de lever le bras et le fait que le bras se lève, cette différence ne peut se dire dans les termes d'une antécédence causale de l'un par rapport à l'autre ». Pascale GILLOT, « La pensée sans lieu. La critique de l'intériorité de Spinoza à Wittgenstein », *Philosophie*, vol. 3, no. 87, 2005, p. 78, 85-89-90.

⁶⁵⁴ « C'est pourquoi les points de vue de la première et de la troisième personne peuvent être tenus pour indissociables, bien que ou parce que asymétriques. Mais cette asymétrie qui permet aussi de dire à la première personne ce que je ne peux pas dire à la troisième - par exemple - si je peux dire « je porte mon chapeau sur la tête » ou quelque chose du même genre - ou de dire à la troisième ce que je ne devrais pas dire à la première - « je vois que j'ai de la peine » - est une asymétrie grammaticale; elle n'est pas liée à quelque dispositif ontologique ou psychologique qui entrerait en rapport avec l'essence du moi. Le propre de l'introspection et du point de vue à la première personne, en tout cas lorsqu'il est mal compris, est de nous plonger dans des perplexités sans fin que nourrit l'idée d'objets ou d'expériences intimes dont on voit bien le lien avec le mythe de la signification. Nous y avons affaire à un « jeu de langage » qui n'est pas seulement illusoire en ce que l'objet de l'introspection devrait constamment être placé en observation, mais surtout en ce que parler d'« observation » est ici tout à fait égarant ». Jean-Pierre COMETTI, op. cit., note 583, p. 30.

de la culpabilité ne renvoie pas tant à la conscience en particulier qu'à la dynamique des instances pronominales.

« Sans aller jusqu'à dire, à la suite d'Auguste Comte, que l'adepte de l'introspection est un homme qui croit pouvoir se mettre au balcon et se regarder passer dans la rue, on conviendra du moins que l'usage du « je » qui en est solidaire ne se concevrait pas sans les usages corrélatifs d'un « il », ce qui témoigne déjà, quoique sur le mode d'une confusion, de l'indissociabilité de l'intérieur et de l'extérieur, telle qu'elle est impliquée dans la grammaire. L'introspection transpose ainsi *au-dedans* ce que certains jeux de langage permettent de pratiquer *au-dehors* »⁶⁵⁵.

Cette suite d'opérations, de manières de dire, ces efforts d'encerclement de l'élément mental et la tentative de démonstration de la participation psychique d'un individu relèvent de la puissance de suggestibilité du langage⁶⁵⁶. Non pas tant de la fabulation si l'on s'en tient au sens précis qu'en donne le *Robert* pour lequel il s'agit d'un « récit imaginaire présenté comme réel, mais sans adaptation aux circonstances », mais bien plutôt d'une narration tissée à partir des sous-entendus de son dénouement, d'une reconstitution biaisée par la mise en rapport constante tantôt de motifs extérieurs tantôt d'émotions particulières que l'on impute à l'accusé selon les circonstances – les éléments inexplicables ou les blancs – dans l'établissement des faits de la cause. La dynamique fabulatrice réside dans le va-et-vient constant entre la fausse reconnaissance, l'identification de mes propres états d'âme avec ceux que l'accusé est présumé avoir ressentis ou a pu ressentir. Cette mise en forme constitue en quelque sorte les effets de contagion produits à la fois par la référence dans le discours à l'élément mental et par l'extension du lexique de la vie intérieure censé offrir une vue imprenable sur « ce qui s'est vraiment passé dans la tête de l'accusé ». La dimension précompréhensive du comportement d'autrui pour expliquer l'intention criminelle reste difficilement dépassable⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Id. p. 29.

⁶⁵⁶ Entendons par suggestibilité l'une des propriétés du langage humain observée et critiquée tout au long de l'oeuvre de Paul Valéry en ces termes: « Dans le moindre dire, le faire-croire est déjà à l'œuvre, sans qu'on puisse le plus souvent déceler son efficace, la reconnaître ou en mesurer les effets. (...) « Quantité de mots sont insolubles (...). On remplace le *pouvoir voir* (ou faire) par le *pouvoir « exprimer »*, lequel n'exige que des conditions qui dépendent seulement du fonctionnement des signes - et ne dépendent pas des choses signifiées ». Jean-Michel REY, *Paul Valéry l'aventure d'une œuvre*, Paris, Seuil, 1991, p. 142 et 144.

⁶⁵⁷ « Quand une conception imprègne suffisamment fortement un collectif de pensée, quand elle pénètre dans la vie quotidienne, jusque dans la manière de parler, quand elle devient une évidence au sens premier du mot, alors une remise en cause apparaît comme impensable, unimaginable ». Ludwick FLECK, *Genèse et développement d'un fait scientifique*, Paris, Flammarion, 2008, p. 56-57.

Cette caractéristique « spectrale » des effets de langage tient au charme par lequel le langage de l'imputation, de la causalité, nous tient⁶⁵⁸. « Toute explication repose sur le dressage (c'est une chose dont les éducateurs devraient se souvenir) », écrit Wittgenstein⁶⁵⁹. Envoûtement du lexique de l'intériorité, mais surtout irruption de concepts spatiaux (intériorité/extériorité) dans la sphère mentale pour finalement leur attribuer une composante morale. Pourtant, comme le rappelle Jacques Bouveresse, « la distinction intérieur/extérieur n'est qu'une image inadéquate, puisque si elle est utilisée de façon littérale, elle exclut logiquement que nous puissions être sûrs et donc que nous puissions également ne pas l'être »⁶⁶⁰. Cette méprise préside certes à la construction des certitudes sensibles quant à la culpabilité des individus; mais sa dangerosité ou son efficacité ne tient pas tant à l'impossibilité structurale ou formelle d'une telle présomption qu'à la précipitation⁶⁶¹ avec laquelle elle

⁶⁵⁸ En matière d'établissement de la responsabilité, il importe de renverser de la perspective selon laquelle l'événement primerait sur les moyens de sa description. Pour reprendre une formule de Paul Valéry qui s'applique à la dimension linguistique des enjeux de la narration incriminatoire, « il m'a fait (...) concevoir et placer *au-dessus de toutes les œuvres* la possession consciente de la fonction du langage et le sentiment d'une liberté supérieure de l'expression au regard de laquelle toute pensée n'est qu'un incident, un événement particulier ». P. VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 660.

⁶⁵⁹ L. WITTGENSTEIN, *Remarques sur la philosophie de la psychologie*, II, par. 327; cité dans Philippe DE LARA, « Une anthropologie du point de vue juridique ? », *Le Débat*, vol. 4, no. 21, 2002, p. 149, 151.

⁶⁶⁰ Jacques BOUVERESSE, *Le mythe de l'intériorité*, Paris, Éditions de Minuit, 1976, p. 663.

⁶⁶¹ Cette précipitation relève de l'apprentissage dans toute langue d'un « savoir-enchaîner » les propositions plutôt qu'elle n'est issue du refus conscient d'éprouver la consistance logique des distinctions à caractère psychologique. Pour Wittgenstein, l'acquisition d'une langue maternelle ne peut faire l'économie d'un « dressage » par rapport à ce réflexe d'enchaînement. Plínio W. Prado Jr. décrit en ces termes la nature de cette soumission à des formes pré-contraintes: « On part ici des formes « primitives » de jeu de langage, à travers lesquelles s'opère le « dressage (*Abrichtung*) » de l'enfant à la grammaire des jeux de langage et des formes de vie d'une société donnée, sur fond d'une perspective anthropologique, voire éthologique, qui est celle de Wittgenstein particulièrement à partir des *Blue and Brown Books* (1933-1935) ». (...) « A apprend à B quelque chose à propos de quelque chose que celui-ci ne savait pas. On appelle cela conduire (*agogê*) ou sortir (*educere*) autrui hors d'un état d'ignorance initial (quelque nom qu'on donne à celui-ci, impréparation ou insuffisance, inexpérience, incompetence). Mais une chose est d'apprendre un « savoir » ou un « savoir-faire » à partir d'un langage commun pré-supposé (par exemple apprendre à B l'arithmétique au moyen du langage ordinaire, d'une langue donnée), une autre chose est d'avoir à apprendre à B, *infans*, la langue maternelle, c'est-à-dire un langage premier qui par définition ne saurait s'aider d'un langage préalable. (...) « On dresse les enfants à l'enchaînement, au savoir-enchaîner, c'est-à-dire : « On y entraîne (*erziehen*) les enfants à exécuter ces actes-là (*diese Tätigkeiten*), à user (*zu gebrauchen*) de ces mots-là en les exécutant, et à réagir de cette manière-là aux mots d'autrui ». Autrement dit, on dresse les enfants *in situ*, à agir de telle façon, en tant que « il » / « elle », à parler de telle manière, en tant que « je », à réagir à telle forme, en tant que « tu ». Plínio W. PRADO JR., « La norme et l'idiome. Notes sur Wittgenstein, le dressage et l'*infans* », *Le Télémaque*, vol. 2, no. 36, 2009, p. 57, 58-59.

acquiert dans le cours du procès valeur de « combustible » pour obtenir la « conviction »⁶⁶² d'un prévenu et sa condamnation. Une fois qu'est transposée l'opposition linguistique entre intérieur/extérieur⁶⁶³ et que cette chimère psycholinguistique du langage ordinaire a été élevée au rang de concept mental, le problème de l'intention d'autrui reste tout de même entier⁶⁶⁴. Sandra Laugier résume en questions succinctes l'aporie de la connaissance psychologique par les formules suivantes :

« Comment avoir un critère extérieur de l'intérieur, du caché? C'est toute la question du privé. La question que Wittgenstein pose est en réalité la suivante : lorsque vous avez expédié vos signaux et que j'ai eu ainsi l'occasion d'être instruit de votre monde intérieur, est-ce que je connais vraiment ce monde, ou est-ce que les signaux proviennent d'une source pour moi à jamais invérifiable, secrète, et sont ainsi le signe de quelque chose que je ne peux jamais connaître? »⁶⁶⁵.

Cette objection préliminaire quant à la nature ou à la consistance des procédés linguistiques de l'imputabilité, et aussi quant à la valeur de la connaissance « extrospective »,

⁶⁶² L'ambivalence sémantique du terme « conviction » compris à la fois comme adhésion lorsqu'il s'agit d'un moment fort de la confiance subjective ou encore, dans l'usage d'une « pièce à conviction », preuve qui s'ajoute au montage d'une accusation, contraste avec le statut de celui qui est reconnu coupable d'une accusation, et est dit « convicted ». Tout se passe comme si dans le registre de la confiance, il n'existait jamais de certitude aussi forte que dans le jugement porté sur la culpabilité d'autrui. Plus encore, l'équivoque sémantique doit être ici retenue parce qu'elle appartient à la réversibilité irrépressible de la signification des mots dans une langue. En français, le mot « remercier » tient tout autant d'une marque de gratitude que de l'acte qui consiste à procéder à un congédiement. L'écart de sens n'est pas minime. Cette mitoyenneté des oppositions et la fluctuation selon le contexte doit être retenue pour l'usage que feront la psychiatrie et le droit criminel du rapport conscience/inconscience. Cette particularité des mots, le caractère inexpugnable de l'indécidabilité de certains termes contraint au travail constant de stabilisation du sens pour éviter cette infestation, le fourmillement des ambivalences. Selon Derrida, « la philosophie dans son ensemble, de Platon à Marx, en passant par Rousseau, se caractérise essentiellement par un effort constant pour refuser, dénier, rejeter, dissimuler, se cacher à soi-même cette structure indécise et paradoxale de la réalité elle-même. L'effort de la raison est en effet de bâtir des distinctions claires (être/ne pas être ; vivant/mort ; premier/second). La philosophie ou la rationalité ne peuvent donc que rejeter les fantômes ou les spectres, ou toute forme de hantise, c'est-à-dire de présence à la fois vague et inquiétante : illusions, hallucinations, idéologies, superstitions, croyances ou idées fixes. Toute « analyse » enveloppant un « exorcisme », une philosophie du « clair » et du « distinct » pourra être appelée « exorçanalyse », ce qui n'entraîne d'ailleurs de la part de Derrida, contrairement à ce qu'on veut croire souvent, aucun irrationalisme de principe ». Charles RAMOND, « Matérialisme et Hantologie », □ op. cit., note 649, p. 53, 55.

⁶⁶³ « Le discours philosophique sur l'« introspection » ou le « sens interne » est métaphorique. Une fois de plus, il projette sur le mental des caractéristiques physiques ». Hans-Johann GLOCK, *Dictionnaire Wittgenstein*, Paris, Gallimard, 2003, p. 326.

⁶⁶⁴ « L'intérieur » est une illusion. Ce qui veut dire que tout le complexe d'idées auquel on fait allusion en employant ce mot est comme un rideau de scène peint, tiré devant la scène de son emploi effectif ». Ludwig WITTGENSTEIN, *L'intérieur et l'extérieur*, Paris, Stock, 2000, p. 108.

⁶⁶⁵ S. LAUGIER, « Le privé, le secret, la vérité », □ *Cités*, vol. 2, no. 26, 2006, p. 55, 59.

ne saurait faire oublier la partialité des concepts eux-mêmes⁶⁶⁶. C'est que le rapport entre la justice et le droit est constitué par une tension qui oblige à l'analyse minutieuse du langage et à la déconstruction immanente des outils conceptuels du droit⁶⁶⁷.

Cette articulation fondamentale commande une sorte de « devoir de déconstruction »⁶⁶⁸, de reconsidération permanente des raisonnements, des présomptions, des certitudes qui fournissent à la discipline juridique cette apparence extérieure de « bon droit ». Or, du point de vue de la justice, le bon droit n'est encore qu'« apparence de justice »⁶⁶⁹. La recherche du juste ne s'effectue que par le travail de l'histoire et la reconnaissance des limites d'un discours, et en particulier de la contingence de *l'épistémè*⁶⁷⁰ d'un système général qui rend à chacun « évidente », selon les époques, la culpabilité d'un individu.

Langage ordinaire de l'intériorité, simplification de la complexité des caractères, du fonctionnement psychique des individus, tout concourt à l'amenuisement de la réalité psychosociale véritable d'un accusé⁶⁷¹. Cette première réduction ne serait éventuellement pas fatale à l'intégrité d'une théorie cohérente ou au déploiement d'une constellation conceptuelle de références précises susceptibles de révéler la responsabilité pénale, si la conscience en droit n'était pas elle-même comprise à la partir de la culpabilité.

⁶⁶⁶ Nous y viendrons à l'occasion de l'analyse de la notion de libre arbitre à la section 4. 5 .

⁶⁶⁷ Cette exigence commande de garder davantage qu'une distance critique à l'égard de la mécanique apparemment fluide et rationnelle du procès, d'inventer une perspective à l'égard de son fonctionnement même, de faire le procès du procès.

⁶⁶⁸ Pour Derrida, la déconstruction, le geste déconstructeur constitue non pas tant la justice elle-même mais *l'appel à la justice*. « La justice en elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du droit, n'est pas déconstructible. Pas plus que la déconstruction elle-même, si quelque chose de tel existe. *La déconstruction est la justice* ». Jacques DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., note 486, p. 35.

⁶⁶⁹ Derrida place la justice du côté de l'horizon infini, toujours incertain quant à sa rigueur ou ses principes, incertain par principe, rigoureux parce qu'incertain : « Il n'y a pas de justice sans cette expérience, tout impossible qu'elle est de l'aporie. La justice est une expérience de l'impossible. Une volonté, un désir, une exigence de justice dont la structure ne serait pas une expérience de l'aporie n'aurait aucune chance d'être ce qu'elle est, à savoir juste *appel* de la justice. Chaque fois que les choses passent ou se passent bien, chaque fois qu'on applique tranquillement une bonne règle à un cas particulier, à un exemple correctement subsumé, selon un jugement déterminant, le droit y trouve peut-être et parfois son compte mais on peut être sûr que la justice n'y trouve jamais le sien ». Jacques DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., note 486, p. 38.

⁶⁷⁰ Nous reviendrons plus loin sur l'élément organisateur, unificateur de la vision que constitue pour les discours savants la notion d'*épistémè* élaborée par Michel Foucault.

⁶⁷¹ Ces considérations reviendront éventuellement en défense à l'étape de la détermination de la peine.

4.3 Reliquat de la culpabilité : la conscience

Le principe fondamental de notre droit pénal est qu'une personne n'est responsable que des actes conscients et délibérés⁶⁷².

Ce que la conscience a de désarmant, c'est qu'elle ne semble pas relever du comportement. Elle est tout simplement – toujours là avec ses objets multiples et simultanés, toujours inéluctablement nôtre. C'est un processus (...) difficile à analyser. Nous savons ce qu'elle est pour nous-mêmes, mais nous ne pouvons juger de son existence chez les autres que par analogie⁶⁷³.

On peut dire à propos de la conscience en droit qu'elle ressemble à ce qu'affirmait un personnage de théâtre hypocondriaque : « Tout homme bien portant est un malade qui s'ignore »⁶⁷⁴. Son statut est celui d'être virtuellement conscience coupable; elle n'est d'ailleurs jamais comprise pour elle-même ou autrement qu'à travers cette perspective inversée. La conscience juridique n'est donc pas pure contemplation de la dynamique intime du temps. Elle est d'ores et déjà soumise à l'impératif de faire ou de ne pas faire, susceptible d'être compromise tantôt en regard d'une interdiction⁶⁷⁵, tantôt par rapport à une obligation implicite de s'informer⁶⁷⁶. Elle n'existe pas depuis la neutralité d'un plan axiologique, mais par rapport à une ou à des interactions avec un milieu dans un contexte précis⁶⁷⁷. C'est sans doute la

⁶⁷² *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S., 513, 522-523.

⁶⁷³ Gerald M. EDELMAN, *Biologie de la conscience*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 171.

⁶⁷⁴ Cette affirmation attribuée à Claude Bernard est tirée d'une pièce de théâtre intitulée « Knock » écrite en 1923 par Jules Romain.

⁶⁷⁵ Nul n'est censé ignorer la loi.

⁶⁷⁶ C'est l'une des raisons pour laquelle nous faisons usage du terme « conscience » plutôt que de suivre la doctrine qui l'assimile indistinctement à la notion de « connaissance ». La doctrine pénale comprend la conscience comme déjà ordonnée à une exigence implicite de circonspection minimale, à un devoir d'information de la part du sujet du droit criminel. « La connaissance des faits constitutifs de l'infraction est la condition fondamentale du *mens rea* ». Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE, Jean TURGEON, op. cit., note 190, p. 124. L'autre motif qui fait préférer à la notion de « connaissance » celle de conscience tient au statut épistémique de la conscience elle-même comprise ici comme enjeu unificateur des discours normatifs de la psychiatrie et du droit. Les discours sur la conscience relient discours psychiatrique et discours juridique et attestent du développement parallèle de leur évolution historique dans le redéploiement des conceptions de la subjectivité. Pour des motifs qui tiennent à son développement interne (importance de la neurologie, des neurosciences etc.), le discours psychiatrique, autant que celui du droit, va progressivement atténuer sa perspective morale au profit d'une perspective comportementaliste.

⁶⁷⁷ La doctrine y réfère à travers la notion de « connaissance imputée ou présumée [qui] consiste à attribuer la connaissance d'un fait ou d'une circonstance lorsque, à la suite d'une preuve présentée par la poursuite, on peut inférer qu'une personne raisonnable aurait eu la connaissance de ce fait ». G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE, J. TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4e édition refondue et augmentée, op. cit., note 190, p. 396.

raison pour laquelle l'« innocence » en droit n'est jamais donnée⁶⁷⁸, et c'est d'ailleurs pour cela qu'il faut la présumer, que le droit au silence (*Right to Silence*) est protégé⁶⁷⁹, et que si elle était acquise, ce serait un peu à la manière de l'adage *Autrefois acquit autrefois convict*⁶⁸⁰. L'acquiescement est reçu comme une quittance et il faut avoir été déclaré innocent en droit par l'instance compétente pour prétendre l'être. Or, même au terme d'un procès, cette déclaration n'emporte jamais totalement l'adhésion des observateurs, car elle ne dissipe que très rarement les doutes à l'égard de la culpabilité d'un accusé, tant l'insuffisance de preuves ou encore l'effet conjugué de la « présomption d'innocence »⁶⁸¹ et l'exigence de trouver coupable « hors

⁶⁷⁸ C'est le résultat d'un processus, même si on aimerait croire qu'il s'agisse seulement d'une présomption.

⁶⁷⁹ Cette protection n'échappe malheureusement pas aux effets de la « pragmatique conversationnelle » selon laquelle le refus de répondre sans être un aveu est rarement interprété en faveur de l'accusé. Comme le souligne Renaud Dulong, « Selon Perelman, « le silence peut être interprété, soit comme l'indice qu'aucune objection ou réfutation n'a été trouvée, soit comme l'indice que l'affaire est indiscutable »; à l'appui de cette affirmation, il cite Quintilien selon lequel le juge est en droit de faire fond sur « ce que l'adversaire ne nie pas ». R. DULONG « Le silence comme aveu et le « droit au silence » », *Langage et société*, no. 92, 2000, p. 25, 44.

⁶⁸⁰ Ce principe réitéré et explicité dans l'arrêt *Kienapple* est une reprise de l'adage latin *nemo debet bis puniri pro uno delicto* selon lequel un accusé ne peut être accusé deux fois pour une même infraction. *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. , 729.

⁶⁸¹ Édith GUILHERMONT souligne que l'expression « présomption d'innocence » reste inusitée jusqu'au 20^e siècle » et que même à l'époque de Bentham le principe n'est pas explicité : « L'idée qu'en matière probatoire il doit exister une présomption favorable à l'innocence apparaît très clairement dans le *Traité des preuves judiciaires* de Bentham publié par Dumont au XIX^e siècle. L'auteur invoque même dans l'un des passages de ce texte la maxime selon laquelle il vaut mieux laisser échapper un coupable que de condamner un innocent, qui doit être la maxime du juge. Pour autant, Bentham n'étudie pas la « présomption d'innocence », formule qu'il n'utilise d'ailleurs pas ». Guilhermont ajoute pour la période moderne que « la définition de la présomption d'innocence se révèle imprécise, floue, ouverte, et par là indéterminée. La doctrine l'admet parfois en évoquant une « auberge espagnole ». La difficulté de définir les termes qui composent les expressions « présomption d'innocence » et « présumé innocent » n'y est pas étrangère. Les termes composant ces expressions n'appartiennent pas exclusivement au langage du droit et il est difficile de dire s'il y a rupture de leur sens lorsqu'on les envisage selon leur double appartenance au langage courant et juridique ». E. GUILHERMONT, « Qu'appelle-t-on « présomption d'innocence » ? », *Archives de politique criminelle* no. 29, vol. 1, 2007, p. 41, 46 et 54. Risquons l'hypothèse que si dans l'histoire du droit pénal, la présomption d'innocence ne vient pas spontanément guider la prudence des institutions, c'est qu'elle requiert un tour de force pour les esprits plutôt enclins à adhérer aux mentalités religieuses ambiantes. Elle oblige encore aujourd'hui à opérer une délicate rupture prophylactique d'avec les outils conceptuels conduisant à la fabrication de la culpabilité au sein même des processus accusatoires, plutôt qu'elle ne constitue une réalité manifeste pour un jury. En pratique, elle relève tantôt d'un souhait méthodologique en ce qui a trait au jury, tantôt d'un exercice de discernement constitutionnel lorsqu'un texte de loi y porte atteinte. D'un point de vue empirique, il est en effet bien difficile de réconcilier le fait qu'une personne puisse à la fois faire l'objet d'un nombre détaillé de chefs d'accusation et être détenue pendant toute la durée des procédures sans que la « présomption » en soit affectée. Les développements ultérieurs sur la partialité de certains concepts et l'importance du libre arbitre permettront de mettre en contexte les situations de fausses alternatives morales en droit criminel (voir chapitre 4. 5) Préciser le renvoi. À ce stade, on peut toutefois soulever la question suivante: la présomption d'innocence est-elle dans un rapport de connexité avec les simulacres de transparence des opérations de l'esprit requis par la tenue d'un procès? Le droit n'arrive

de tout doute raisonnable »⁶⁸² ont pu jouer en sa faveur. Isomorphe du dispositif du procès, la conscience en droit n'est pas celle du phénoménologue et ne saurait être comprise depuis quelque ingénuité énochale. Le droit de garder le silence et celui d'être présumé innocent constituent la modeste contrepartie de la singulière mise en mouvement du dispositif optique et de la puissance inquisitrice de la mise en examen judiciaire. Autrement dit, la présence et la participation d'un accusé à la mise en scène judiciaire ne laissent jamais intacte la réputation de quiconque s'y voit engagé. La scène du procès est un vecteur de contagion de la culpabilité par association ou par interpellation. La prudence des États démocratiques à initier la mise en place d'un pareil dispositif – en particulier, lors de la tenue de commissions d'enquête – implique ce souci de ne pas causer préjudice aux citoyens susceptibles d'y prendre part comme accusés ou même comme témoins.

La doctrine pénale utilise la notion de conscience à la manière d'un artefact psycholinguistique. Pointe d'un geste déictique, la conscience ne nomme rien en particulier⁶⁸³; elle initie plutôt le dédoublement ubiquitaire des scènes par le mouvement de navette qui s'instaure entre la réalité substantielle du sujet quant à sa capacité ou ses incapacités physiologiques d'agir ou de s'auto-inhiber, et sa condition textuelle, simple indice rhétorique de son état de sujet syntaxique, *grammatical*⁶⁸⁴. Référant à la forme duplex du sujet, la notion de conscience ne réapparaît subrepticement sous son sens moral que lorsqu'il est établi que rien ne l'entravait et au terme des modalités descriptives du récit d'un plaideur, lieu qui

pas à concevoir complètement la « positivité » de l'innocence précisément parce qu'il fait usage et à ce titre reste traversé par un enchaînement de concepts religieux non critiqués.

⁶⁸² Dans l'arrêt *Lifchus*, le juge Cory rappelle en termes littéraires les liens insécables qui unissent la présomption d'innocence à la notion de « doute raisonnable » : « Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a une importance vitale puisqu'elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d'innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l'un à l'autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. Si la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé ». *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27

⁶⁸³ Alors que l'usage du terme « intention » introduit la désignation identitaire d'un auteur et de son acte.

⁶⁸⁴ « En français, la syntaxe prescrit l'ordre, et la succession des mots révèle l'exacte architecture du régime. La phrase latine, elle, peut obéir simultanément à deux ordonnances : celle de la syntaxe que les déclinaisons rendent sensible ; et une autre, purement plastique, que dévoile un ordre des mots toujours libre mais jamais gratuit ». Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988*, T. I, 1954-1969, Paris, Gallimard, 1994, p. 425.

consacre la réunion narrative de l'intériorité intentionnelle et de l'extériorité d'un acte ou de son omission. « Avant de trouver un équivalent dans les choses, le sens construit au-dehors un jeu de relations internes au langage : c'est là l'espace rhétorique »⁶⁸⁵. Le sens du terme « conscience » implique une multiplicité d'acceptions infimes qui varient selon leur localisation dans la doctrine, dans la jurisprudence ou dans la phrase juridique. Cet étrange vacillement, ce glissement constant n'affectent aucunement son caractère porteur ni la stabilité et les familiarités permises par sa vicariance.

En droit criminel, conscience devrait s'écrire avec une lettre capitale. La Conscience est le sujet du droit, un Sujet donné une fois pour toutes et sans égard à l'Histoire en tant qu'entité psycholinguistique en rapport constant à l'intériorité, au soi, et donc vecteur de continuité individuelle. Fiction majeure du discours juridique pénal, la conscience s'offre comme une donnée intemporelle regroupant l'intention et la volonté, miroir de l'identité parfaite entre un sujet unifié et son acte, trait d'union entre les composantes d'un état de conscience particulier et la spécificité de chacun des actes illicites décrits par le Code criminel. La doctrine juridique paraît solidaire de cette forme incritiquée de transparence psychique. La conscience tient en état tout l'engrenage de la responsabilité, elle surplombe – quoiqu'on les distingue en théorie – la volonté et l'intention comme s'il s'agissait de satellites naturels inféodés à son pouvoir de surveillance. Foyer, point de convergence, elle ne désigne pourtant pas une réalité positive qui ne résiderait qu'en un seul lieu. À la fois tout, peu et presque rien, elle serait un résultat si ce qui la désignait relevait du processus plutôt que de la présupposition. Il importe de l'entendre à partir de sa réalité inférentielle dédoublée et de son statut particulier dans l'argument accusatoire. Dans la jurisprudence, elle affleure comme monument brut, comme le tout de la réalité sensible d'un sujet en tant que celle-ci se donne apparemment à lire dans sa pleine adéquation à la raison et à l'identité.

Astre unificateur des puissances de l'esprit, la référence à cette forme fixe n'est jamais liée à quelque spéculation philosophique sur son statut épistémologique ou sur la nature de son existence dans ses rapports à l'activité psychique ou au cerveau. Le terme « conscience » n'est jamais discuté pour lui-même en droit. Lorsqu'il apparaît sur la scène jurisprudentielle, il ne s'y trouve qu'en tant que conscience particulière, celle où un tribunal tente d'apprécier les

⁶⁸⁵ Francesco Paolo ADORNO, *Le style du philosophe. Foucault et le dire-vrai*, Paris, Éditions Kimé, 1996, p. 41.

influences externes auxquelles aurait pu être soumis un accusé (dans le cas de la défense de contrainte), ou pour déterminer si une cause interne ou adventice avait pu réduire le sujet à l'impuissance à l'occasion de l'automatisme, du somnambulisme ou encore de la psychose toxique. Cette acceptation tacite des fluctuations du terme « conscience » correspond au fait que « l'empire du droit se définit par une attitude, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes de procès »⁶⁸⁶.

Ellipse de la responsabilité en droit, la conscience comme entité linguistique se prolonge dans la conscience morale en tant que lieu de réfraction des enjeux pratiques entourant la distinction du bien et du mal. Point focal non pas d'une perspective singulière qui pourrait la relier par exemple à l'histoire d'un sujet particulier, mais réflexion du sens commun, reflet du personnage conceptuel de l'accusé découpé depuis les inflexions d'un texte infracteur et les représentations que projettent les magistrats sur l'homme ordinaire à une époque donnée. Le sujet du droit criminel se profile depuis le trompe-l'œil factuel d'une conception de l'esprit projetée par la situation historique des instances qui prétendent le juger. Paradoxalement, la référence à la conscience coupable et l'exaltation de la certitude sensible que confère au jugement la morale d'une époque correspondent en fait à un repli idéologique, parfois à une attitude qui assure de ne rien voir.

Localisée en plein centre du travail de synthèse de la responsabilité individuelle, la conscience se résume à l'effet grossissant d'un appareil d'optique rudimentaire, à une sorte de loupe; à moins qu'elle n'opère plutôt à la manière d'un prisme. Lorsqu'il enserme cette notion, la déduit ou s'y réfère dans le phrasé d'un énoncé, le texte juridique s'étale selon une étonnante mise en lumière, une distribution par couches successives. « L'énoncé est en lui-même une répétition, bien que ce qu'il répète soit « autre chose », qui peut pourtant « lui être étrangement semblable et quasi identique »⁶⁸⁷. Alternance moirée entre conscience morale au sens strict et état de conscience supposée éclairer la ligne de partage entre le corps et l'esprit, l'énoncé juridique sert de soutien aux traits d'une désignation incriminatrice. Tantôt lié à la

⁶⁸⁶ Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., note 5, p. 449. Le droit criminel canadien paraît donner plus d'importance à l'expertise psychiatrique comme philosophie pratique incriminée qu'il n'entend remettre en cause son usage philosophique des termes qui constituent pourtant le cœur de son appréciation morale des comportements.

⁶⁸⁷ Gilles DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, op. cit., note 29, p. 25.

dimension physiologique de la subjectivité et à ses aléas, tantôt inclus dans une figure rhétorique qui désigne l'individuation subjective en général, le vocable « conscience »⁶⁸⁸ se décline selon des degrés constitutifs : *apposée*, *opposée*, plutôt que véritablement *posée*. Donnée, la conscience n'est pas posée. Ce qui la détermine comme substrat apriori et ipsité dans le discours juridique n'a valeur d'évidence qu'à la condition d'être ou bien *apposée* à ce qui, dans le cortège des dysfonctionnements et des troubles dans la vie psychique, demeure susceptible de la nier (aliénation mentale) ou de l'altérer (intoxication, troubles du comportement, etc.), ou bien inférée par *opposition* à l'acte involontaire, à l'impulsion irrésistible, ou encore à la dissociation psychique. La conscience en droit n'est ainsi jamais autrement comprise qu'en concurrence avec le degré de contrôle neurologique du sujet susceptible de trahir l'expression d'une intention blâmable. Elle n'apparaît pas en propre ou pour elle-même; elle ne vient à l'idée qu'à travers la présomption subjective selon laquelle l'auteur d'un acte est réputé avoir eu la capacité de le commettre et est conséquemment en mesure d'en répondre. Elle implique la connaissance immédiate, spontanée de l'environnement du sujet selon la permutation constante dans le langage ordinaire entre « En étiez-vous conscient? » et « En avez-vous eu connaissance? »⁶⁸⁹. Être conscient en droit signifie avant tout être supposé dépositaire, sous réserve d'une démonstration contraire, de la connaissance immédiate non seulement du contexte d'une action, mais également de ses conséquences.

Les descriptions explicatives du fonctionnement psychique du sujet du droit criminel ne correspondent plus à l'état des connaissances en philosophie de l'esprit ou même en

⁶⁸⁸ Il ne s'agit pas ici de prétendre à l'exhaustion des acceptions du mot « conscience » en droit mais d'en décrire l'effcience dans le cadre du droit criminel. Ainsi, il n'est pas certain que les expressions relatives à l'objection de conscience ou encore à celles entourant les protections fournies par la Charte en regard de la liberté de conscience n'aient la même portée. La conscience en droit criminel ne désigne pas tant un contenu positif qu'elle ne renvoie à la capacité d'être sensible, d'avoir connaissance d'un événement présent, en bref de réunir les conditions psychiques minimales pour se trouver imputable par rapport à une situation ou en posant un acte prohibé par la loi.

⁶⁸⁹ En droit, la conscience implique plus que le simple fait d'être présent à soi-même et à son environnement; elle suppose l'exigence implicite de chercher à savoir. En avoir eu connaissance signifie en avoir été conscient, et le fait de ne point vouloir savoir - de ne pas avoir cherché par exemple à s'informer de l'âge d'une victime -, renforce la perception non seulement que l'on était conscient de la commission de l'infraction, mais que ce manque de curiosité (aveuglement volontaire) ne saurait être retenu comme motif d'exonération. Voir *Papajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

psychiatrie moderne⁶⁹⁰. Il peut être difficile au juriste d'admettre qu'une intention et une action soient les derniers maillons d'une chaîne d'événements psychiques sur lesquels le sujet n'a pas de prise consciente⁶⁹¹. En droit criminel, les mobiles⁶⁹² des actes de ce même sujet ne sont appréciés ou identifiés que par les derniers moments interprétatifs, conservatoires d'un réseau purement sémantique sans contact avec la compréhension des substrats biologiques de la subjectivité. Ce que le juriste croit repérer comme le moment intentionnel initial d'une action criminelle n'est en fait que l'aboutissement d'une suite d'écarts entre la conscience et le contexte dans lequel elle s'exerce. Les opérations de l'esprit qui conduisent à former l'intention et le passage à l'acte ont lieu depuis l'instance subjective, mais ne lui appartiennent pas en propre⁶⁹³. Comme le note John R. Searle,

« à chaque étape, nous faisons l'expérience d'états conscients qui ne nous paraissent pas suffisants pour imposer l'état conscient suivant.

⁶⁹⁰ Nous y reviendrons au chapitre 6 lorsque nous analyserons les conceptions des juges du contenu de la défense d'automatisme et de ses conditions d'application.

⁶⁹¹ « Tout ce qui arrive en tant qu'unité à la conscience est déjà monstrueusement compliqué : nous n'avons jamais qu'une apparence d'unité ». Cité dans Patrick WOTLING, *La pensée du sous-sol. Lire Nietzsche*, Paris, Éditions Allia, 1999, p. 31.

⁶⁹² La notion de mobile, toujours distinguée de l'intention, n'est pas sans illustrer la difficulté constante entre la description conceptuelle des états d'esprit et le fonctionnement psychique des sujets désignés. Pour aussi claire qu'elle puisse être sur papier et d'un point de vue moral, la prétention à décrire ce qui se passe dans l'esprit d'un contrevenant n'en n'est pas moins obscure du point de vue de la réalité subjective. En matière d'appréciation des comportements dans leur rapport à la nature véritable de la participation psychique des individus, comment distinguer une erreur de fait d'une erreur de droit? Où finit le mobile d'une action, et surtout où commence l'intention? À propos de ce dilemme, le professeur Simon Roy note que « plusieurs jugements ont souligné l'importance de distinguer l'intention et le mobile de l'accusé. Par exemple, le juge Dickson spécifie, dans l'arrêt *Lewis*, que l'intention consiste en « l'exercice d'une libre volonté d'utiliser certains moyens pour produire certains résultats », tandis que le mobile est plutôt « ce qui précède et amène l'exercice de la volonté ». Toujours au sujet de cette distinction, l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Dynar* édicte qu'il faut éviter de prendre en considération le mobile de l'accusé pour plutôt s'attarder à ce qu'il avait l'intention de faire. Selon la Cour, la plupart des accusés commettent des infractions pour des motifs autres que celui de contrevenir à la loi, ce qui n'élimine pas pour autant leur intention de commettre l'infraction. Bref, acquitter un accusé au motif que ses mobiles sont innocents constitue sans contredit une erreur de droit ». Simon ROY et Julie VINCENT, « La place du concept de *minimis non curat lex* en droit criminel canadien », (2006) 66 *Revue du Barreau du Québec*, 228, 229. Pour les arrêts cités : *R. c. Lewis*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831 et *États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

⁶⁹³ De la même manière que la pensée du sujet n'est jamais « commandée ». Friedrich Nietzsche observe que « si l'on parle de la superstition des logiciens, je ne me lasserai jamais de souligner un petit fait très bref que les gens atteints de cette superstition n'aiment guère avouer; à savoir qu'une pensée vient quand « elle » veut et non quand « je » veux, en telle sorte que c'est falsifier les faits que de dire que le sujet « je » est la détermination du verbe « pense ». Quelque chose pense, mais que ce soit justement ce vieil et illustre « je », ce n'est là, pour le dire en termes modérés, qu'une hypothèse, une allégation; surtout ce n'est pas une « certitude immédiate ». Enfin c'est déjà trop dire que d'affirmer que quelque chose pense, ce « quelque chose » contient déjà une interprétation du processus lui-même. On raisonne selon la routine grammaticale : « Penser est une action, toute action suppose un sujet actif, donc... ». Friedrich NIETZSCHE, *Par-delà le bien et le mal*, Paris, UGE, 1975, p. 48.

....] Il y a un écart entre un état conscient et le suivant, et non pas entre des états constants et des mouvements corporels ou entre des stimuli physiques et des états conscients »⁶⁹⁴.

L'indétermination flottante et l'équivoque médico-morale portées par le terme « conscience » requièrent d'être levées. Dans l'histoire du droit criminel, cette clarification conceptuelle devait attendre la saturation de l'espace social par les discours médicaux, en particulier celui de la psychiatrie dans sa volonté hégémonique de retenir principalement le modèle biochimique⁶⁹⁵ et comportementaliste de l'hypothèse anthropologique. L'orientation comportementaliste pourrait se résumer en ces termes :

« Ne plus permettre la naissance d'un « déviant »; soumettre les thérapies psychiques à la seule appréciation de critères d'efficacité quantifiables; rendre le corps et le cerveau transparents par l'image; lire l'avenir dans la séquence des gènes : pour une société de plus en plus avide de certitudes, voilà la nouvelle vérité qui réduit les valeurs d'humanité aux seules caractéristiques visibles et mesurables du corps biologique. (...) Un être « normal », au devenir psychique et somatique sans incertitude, sera de plus en plus inscrit dans une toile prédictive tissée de chiffres, d'images, de gènes »⁶⁹⁶.

4.4 Partialité conceptuelle et dramaturgie pénale : le cas du libre arbitre

Le travail du philosophe du droit sera précisément de rechercher le sens de cette opposition déterminisme/libre arbitre, sorte de lieu commun passivement redémontré. (...) Le philosophe du droit interrogera les mots, fera apparaître le concept, non comme réponse, mais comme faisceau de questions. (...) Il faudrait aussi mettre à jour les raisons du succès dont jouit le « libre arbitre », pourtant franchement irrationnel et rejeté par les philosophes, en replaçant dans le système juridique considéré ce mythe de l'avoir-pû-faire-autrement, cette formidable initiative transcendante de la créature qui serait au fondement de la faute en droit⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ J. R. SEARLE, *Liberté et neurobiologie*, Paris, Grasset, 2004, p. 18.

⁶⁹⁵ Comme le souligne le psychiatre André Haynal, « la psychiatrie contemporaine est caractérisée par une hypothèse sous-jacente selon laquelle les maladies psychiques sont le résultat d'un déséquilibre chimique dans le cerveau [malgré le fait] que « 82% des placebos s'avèrent aussi efficace que les six antidépresseurs majeurs testés (entre 1987 et 1999 : Prozac[®] (Fluoxetine), Paxil[®] (Paroxetine); Zoloft[®] (Sertraline), Celexa[®] (Citalopram), Serzone[®] (Nefazodone), Effexor[®] (Venlafaxine). Sur l'échelle d'Hamilton, les médicaments étaient meilleurs de 1, 8 points». A. HAYNAL « Critiques des bases de la psychiatrie actuelle », *Psychothérapies*, no. 4, vol. 31, 2011, p. 227, 229.

⁶⁹⁶ Ingrid FRANCE, « L'homme qui voulait être coupable. Le comportementalisme à l'œuvre », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 2, no. 74, 2006, p. 173, 176.

⁶⁹⁷ Pierrette PONCELA, « La philosophie pénale: une inscription en marge et dans le texte », dans Foulek RINGELHEIM, dans *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, op. cit., note 115, p. 47, 51-52.

La responsabilité criminelle en droit pénal repose sur l'acceptation des conséquences laïques de la faculté de libre arbitre⁶⁹⁸. À l'exception de la notion de responsabilité absolue présente pour certaines infractions, ce concept est la structure porteuse de la plupart des fictions de droit visant à arrimer un sujet à ses actes et à lui en imputer les conséquences⁶⁹⁹. L'application de cette fiction linguistique consiste à découvrir, dans des propos et/ou des actes, « l'intention coupable » ou l'un de ses facsimilés⁷⁰⁰, de remonter à l'état d'esprit dit blâmable. Cette manière de comprendre l'action du sujet de droit permet son individualisation et son assujettissement aux rouages des textes infracteurs. Cette conception doit être comprise depuis sa genèse dans l'histoire de la « conscience coupable » en théologie, plutôt qu'à partir de l'apparente dignité d'une liberté humaine qu'elle aurait paru découvrir pour ensuite l'affirmer comme attribut ou disposition particulière de l'espèce humaine.

Par une sorte de continuum théorique, le droit pénal s'élabore solidairement, quoiqu'en parallèle, avec des dimensions essentielles de la morale chrétienne. En vertu de la logique même de son architecture conceptuelle, il rencontre dans son édification apparemment logique des apories semblables à celle de la théologie chrétienne; à la différence que les suaves discussions qui jadis pouvaient diviser catholiques (dominicains et franciscains) ou protestants sur la nature effective ou métaphorique des mystères prennent ici une tournure toute concrète dans la détermination de la culpabilité d'un prévenu moderne.

⁶⁹⁸ Hugues Parent écrit à ce propos : « Doué de libre arbitre, l'homme est le monarque de ses actes, le souverain de cet espace sur lequel il règne en maître absolu » et, il ajoute, au soutien de cette perspective, l'affirmation de Sir Mathew Hale (1609-1676) pour qui « Every reasonable man hath a reasonable will; and every reasonable man may know what it is he wills, and what would or would not another do to him : for the will is a rational power in man; and, indeed, it is the complement of the rational procedure in the soul, and that which doth, or should, immediately follow the last act of the understanding; willing it the full complete ripe fruit of the rational soul in things to be done ». Hugues PARENT, *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, op. cit., note 244, p. 2 et p. 30. Malheureusement, la modernité enseigne ironiquement, en conservant la métaphore du monarque, que dans l'exercice de sa volonté, « une certaine ignorance dans laquelle on maintient le monarque au sujet des opérations de détail et même des troubles de la collectivité fait partie des conditions qui lui permettent de régner ». Marcel GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, Paris, Seuil, 1992, p. 142.

⁶⁹⁹ « En ce qui concerne, (...) le fondement du « droit de punir », celui-ci s'inscrit dans un système basé sur le libre arbitre ». Hugues PARENT et Julie DESROSIERS, *La peine, Traité de droit criminel*, Tome 3, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012, p. 7.

⁷⁰⁰ Les substituts des états d'esprits coupables sont compris comme « Wicked Mind » ou encore « Guilty Mind » comme si un jugement moral pouvait être attribué à la complexité d'un état mental.

D'origine théologique, le débat qui oppose le libre arbitre à la prédestination⁷⁰¹ devient en droit pénal celui de l'appréciation subjective des actes par rapport à leur dimension objective. Cette observation n'aurait l'effet que d'une agréable remarque introductive à caractère historique si elle ne venait pas grever toutes les représentations de la subjectivité pénale moderne comme configuration indépassable, voire atavisme inexpugnable. Sans affirmer imprudemment que le droit pénal n'est que le jumeau séculier de la théologie chrétienne, il n'en demeure pas moins que la précompréhension du sujet de droit ne peut dépasser les paramètres théologiques dont elle reste l'héritière captive. Aux fondements actuels du droit de punir actuel sont reconduits des présupposés théologiques non interrogés ni problématisés appartenant au dispositif de la culpabilisation chrétienne.

« On comprend ainsi que la philosophie pénale soit une inscription en marge : elle réfère le vocabulaire juridique – ou sur le juridique – à des systèmes de pensée d'appartenance qui lui donnent sens et permettent d'en retracer l'histoire. Dans le texte, elle doit chercher la philosophie implicite. Ainsi, elle rend conséquent par rapport à une conception du monde, à une finalité ou à une nature de l'Homme, ce que dit ou ce qui est dit sur le droit : elle restaure la cohérence interne d'un discours ou d'un système. Le droit – c'est-à-dire la loi juridique, mais plus encore ce à quoi elle donne lieu – s'inscrit dans une philosophie ou se démantèle dans son absence. (...) La philosophie pénale est aussi texte elle-même, texte dispersé dont les fragments se trouvent dans des contextes théoriques et disciplinaires divers⁷⁰²».

Ces remarques rappellent que les marges informent le plein texte de la théorie pénale plus encore que ne saurait le faire le contenu positif à travers lequel cette dernière surgit depuis son apparente transparence ou autonomie. Les marges historiques ne relèvent pas de considérations historiennes en périphérie du droit pénal, pas plus que la philosophie du droit n'est exclusivement tributaire de questions philosophiques adressées au droit. Une chose est l'aspect général que peut revêtir l'identification d'un cadre historique; une autre est de bien distinguer, au sein même du droit pénal, les questions pratiques de nature philosophique qui restent impensées dans l'ordinaire de la mise en accusation, les méthodes d'analyse de la « faute » pénale et l'ensemble des raisonnements idoines apparemment « actuels » qui en

⁷⁰¹ Dans le contexte laïc du droit, la prédestination devient le déterminisme social ou psychologique.

⁷⁰² Pierrette PONCELA, « La philosophie pénale: une inscription en marge et dans le texte », *Revue de l'Université de Bruxelles*, op. cit., note 115, p. 47, 52 et 53.

découlent⁷⁰³. Les couches successives des développements récents du droit criminel, les échafaudages raffinés sur tel ou tel autre aspect des règles n'arrivent jamais à oblitérer la structure grâce à laquelle carbure la machinerie de l'imputation pénale.

La psychologie implicite à la compréhension de l'intériorité du sujet en droit criminel se serait arrêtée aux conceptions rudimentaires de la psychologie thomiste, à cet amalgame entre une conception individualisante, moralisatrice, et théologique d'un sujet à peine autrement compris que comme celui des anciennes doctrines pénales de l'Église et de certains philosophes du XVIIIe siècle. Dans son traité *Les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, le professeur Hugues Parent n'hésite pas à faire siennes les considérations générales de réputés criminalistes canadiens comme Jean Fortin et Louise Viau pour lesquels l'anthropologie du sujet pénal moderne paraît reposer sur l'inquiétante simplicité d'auteurs du XVIIIe siècle et qui résument ainsi les conceptions présidant à la compréhension de la complexité de l'appareil psychique ayant cours en droit criminel :

« La rationalisation de la responsabilité pénale par la théorie du libre arbitre fait qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale que dans la mesure où existe une responsabilité morale. C'est la doctrine classique du droit pénal prévalant encore aujourd'hui, doctrine qui repose sur un certain nombre de postulats familiers aux philosophes du XVIIIe siècle. Ces postulats sont les suivants : 1) l'homme est composé de deux entités distinctes : l'âme et le corps; 2) l'âme est composée de deux facultés fondamentales, l'intelligence et la volonté, et douée du libre arbitre, c'est-à-dire de la faculté d'agir bien ou mal. Si l'homme agit mal, alors qu'il pouvait discerner le bien du mal et exercer un choix, il doit répondre des conséquences de son acte en subissant la peine prévue »⁷⁰⁴.

Pourtant, dès 1890 des théoriciens du droit voyaient, avec la montée des sciences sociales, la référence à la libre volonté comme indéfendable. Pour le juriste Gabriel Tarde, « considérer la responsabilité comme une conséquence du libre arbitre, c'est la rendre incapable de résister à l'opposition du déterminisme »⁷⁰⁵. Est-il encore possible de soutenir –

⁷⁰³ Beaucoup de praticiens du droit criminel, ont l'habitude de ne pas considérer leur activité comme déjà traversée de part en part par de formidables références implicites, par des concepts non critiqués pris en eux-mêmes comme éclairant de manière naturelle les activités linguistiques de la communauté de leurs usagers immédiats.

⁷⁰⁴ Hugues PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, op. cit., note 619. p. 101. (nous soulignons).

⁷⁰⁵ Hélène L'HEUILLET, « La question de la responsabilité chez Gabriel Tarde », *Champ pénal*, Les criminologiques de Tarde mis en ligne le 14 septembre 2005, p. 3. URL :

sauf pour des motifs de sécurité sociale – la légitimité morale de de réprover socialement par les voies juridiques, voire de tenir pour coupables⁷⁰⁶ des comportements dits criminels alors que ceux-ci obéissent à la logique clinique du trouble psychiatrique?

Mesurée à l'aune du libre arbitre, la notion de conscience en contexte théologique prend une expansion inégalée : extension de l'intériorité, de l'intime, théâtre des dilemmes moraux dont chacun des scénarios s'écrira sous la forme de « cas de conscience ». Inséparable de cette invention chrétienne⁷⁰⁷, la vie psychique apparaît accaparée par la dynamique retorse du scrupule, du remords, de l'attrition et de la contrition, de la résipiscence⁷⁰⁸ et de la syndérèse⁷⁰⁹. Ce prurit des figures de la mauvaise conscience – du retournement contre soi⁷¹⁰ – produit la contrepartie d'un amour immodéré pour les soins à porter à la conscience coupable et à son traitement extérieur par le châtement, à l'imaginaire d'un punir-vrai à dimension ontologique. L'apparente liberté conférée à la dimension subjective doit être secondarisée par rapport à l'idée de culpabilité qui tient le sujet en état⁷¹¹. Les processus de subjectivation passent ainsi par le rapport à la faute dans l'exigence du retournement permanent, de la reconsidération des mobiles véritables de l'action et des inflexions et tangentes susceptibles d'être prises sans l'exercice préalable d'un examen rigoureux de la conscience pratiqué selon

<http://champpenal.revues.org/document291.html>. Gabriel Tarde est issu d'une famille de juristes et a été juge d'instruction à Sarlat.

⁷⁰⁶ « Parce qu'elle crée une classe bien circonscrite de délinquants, la prison permet de s'assurer que les criminels sont connus, mais les pouvoirs de surveillance peuvent être étendus à des objectifs politiques beaucoup plus larges. La prison ne contrôle pas tant le criminel qu'elle contrôle les classes laborieuses en créant le criminel ». Bertrand GUILLARME, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, p. 2.

⁷⁰⁷ Pour viser la raison droite, Aristote n'utilise pas « conscience » mais *suneidêsis*.

⁷⁰⁸ Le Littré définit la *résipiscence* comme la reconnaissance d'une faute avec amendement.

⁷⁰⁹ La *syndérèse* désigne une partie de la conscience incorruptible et susceptible de ne pas être abusée par les « fausses raisons » qui font choisir le mal au détriment du bien; elle constitue dans cette optique l'élément impavide de la faculté de juger, de se juger. Sur la notion de syndérèse, voir Odon LOTTIN, « Les premiers linéaments du Traité de la Syndérèse au moyen âge », *Revue de néo-scholastique*, vol. 28, no. 12, 1926, p. 422-454.

⁷¹⁰ Dans leurs formes incontrôlables, la psychanalyse y verra tous les éléments de la névrose et de la cruauté psychique propre au tourment obsessionnel.

⁷¹¹ Entendons ici par « tenir en état » la perspective nietzschéenne selon laquelle : « la possibilité de rendre compte de soi résulte seulement d'une accusation ou, du moins, d'une allégation faite par une personne en position d'infliger un châtement si un lien de causalité peut être établi. (...) Pour Nietzsche, la moralité émerge comme réponse terrorisée au châtement, mais cette terreur s'avère étrangement féconde. La moralité et ses préceptes (l'âme, la conscience, la mauvaise conscience, le fait d'être conscient, la réflexion sur soi et le raisonnement instrumental) sont tous pénétrés d'une cruauté et d'une agressivité retournés contre elle-même ». Judith BUTLER, *Le récit de soi*, Paris, PUF, 2007, p. 11 et 15.

les règles de l'art. On retrouve ici le développement parallèle du cycle de l'admission, de l'aveu, de la peine et de la réhabilitation comme essentiel à la revivification sociale plutôt que morale, et l'impression que la criminologie n'est encore que le « bras pastoral » accompagnant les conséquences pratiques du grand « mystère » de l'imputabilité pénale.

L'ensemble des affects moraux précités mis à l'avant-scène par l'histoire du christianisme suivent un mouvement rétrograde autoréflexif et présupposent la capacité en chacun de s'amender, de revenir à de meilleurs sentiments, et en cas de refus, d'assumer d'en pâtir⁷¹². Fiction qui vise à suggérer qu'en toutes circonstances l'existence du libre arbitre rend possible pour un moment l'assomption d'un sujet affranchi et toujours capable du meilleur comme de s'empêcher du pire⁷¹³. La pointe imaginée de ce dilemme de la liberté intérieure est pourtant déjà contredite par les constituantes de l'anatomie de la conscience chrétienne, les dispositions à s'infliger à soi-même les supplices invisibles de la mauvaise conscience. La propriété véritable d'un outil psychologique⁷¹⁴ comme le libre arbitre tient tout entier dans sa force persuasive et non dans la découverte ou la description d'une qualité sublime de l'âme humaine. Ce qui importe, c'est ce que l'artefact psycholinguistique permet d'imaginer, d'escompter et de produire comme obligation dans la réalité. La réalité approximative qu'il prétend avoir surprise ou mise en lumière dans les mécanismes de la conscience paraît alors inversement proportionnelle aux exigences qu'il entend faire peser et aux champs des attentes qu'il circonscrit. Le « est » de la colonisation introspective devient « naturellement » un « doit » lorsqu'il est imposé à la multiplicité des consciences. À partir de ce premier détournement du rapport à soi, ce qui prime n'est plus ce qui, dans la conscience

⁷¹² Sans compter l'atermoiement illimité accordé à la conscience débitrice et au cycle de la chute et de la rechute qui tiennent le gros des ruminations subjectives entre les colonnes des profits et pertes. « La goutte de vin ne disparaît pas dans la mer, le grain de fausseté ne se noie pas dans un océan de vérité, la peccadille ne s'efface pas dans la conscience de l'honnête citoyen ». Pascal CARIOU, *Pascal et la casuistique*, Paris, PUF, 1993, p. 46-47.

⁷¹³ La distinction entre acte volontaire et involontaire, activité consciente ou inconsciente, est un sujet sur lequel les casuistes catholiques ont beaucoup écrits. À l'instar du « populisme pénal » prestement scandalisé par le relâchement des mœurs judiciaires, les auteurs classiques se sont élevés contre les formes nouvelles d'un laxisme éclairé par le probabilisme.

⁷¹⁴ Outil psychologique d'abord, mais surtout arme de guerre qui permet l'instauration d'une police des consciences, de la conscience comme police du comportement.

particulière de l'agent, s'est véritablement passé, mais ce qui doit toujours s'y passer⁷¹⁵ lorsque celui-ci fait usage de sa raison, et parfois même sans égard aux circonstances :

« La *mens rea* se rattachant à une infraction criminelle peut être subjective ou objective, sous réserve du principe de justice fondamentale qui veut que la faute morale liée à cette infraction soit proportionnelle à la gravité de celle-ci et à la peine qui la sanctionne. La *mens rea* subjective exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face au risque. Même dans ce dernier cas, toutefois, ce qui compte c'est « ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause ». Dans le cas de la *mens rea* objective, par contre, les intentions de l'accusé et ce qu'il savait n'entrent nullement en ligne de compte. Au contraire, la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte. La *mens rea* objective n'a rien à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement⁷¹⁶.

Sans revenir sur l'expression « ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause » opposée à ce qui ne s'y est malheureusement pas passé ou aurait dû s'y passer, les « modes de capture » de l'intention ont peu à voir avec la nature de celle-ci, mais davantage avec le contrôle des comportements. Prétendant prendre origine dans la fiabilité descriptive d'une anthropologie de l'intériorité, de l'intention, du mental et des actes conscients, ces « modes de capture » visent finalement à soumettre l'expression des comportements à une règle rationnelle de prévisibilité et d'acceptabilité depuis les barèmes de la conduite de l'être humain raisonnable. La question n'est plus de savoir laquelle des visions ou des oppositions entre le libre arbitre et le déterminisme doit prévaloir, mais de comprendre ces alternatives comme les sous-produits d'un problème mal posé et d'apprécier l'efficace, ici comme ailleurs en droit criminel, de la mythologie langagière à l'œuvre lorsqu'il s'agit de mettre la culpabilité en fabrique et de manière plus générale d'admettre que « la magie et le fétichisme sont, d'une certaine manière, installés au

⁷¹⁵ « On comprend ainsi que la subjectivité soit absente des cas de conscience. Sa fonction est annulée par le fait même qu'elle désigne ce qui peut être systématisé par la Loi. Le cas de conscience, parce qu'il se produit et s'énonce toujours à l'intérieur d'une structure normée d'avance, est le cas d'un homme inhabité. La singularité du cas ne renverra donc pas à la subjectivité ; elle ne pourra être pensée que comme difficulté inédite, imprévue, mais toujours en droit dominable par l'analyse ». Pascal CARIOU, *Les idéalités casuistiques. Aux origines de la psychanalyse*, op. cit., note 712, p. 132.

⁷¹⁶ R. C. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3, par. 110 & 111.

cœur même du langage. L'utilisation incomprise d'expressions linguistiques en elles-mêmes parfaitement anodines engendre constamment des objets étranges et des processus étranges »⁷¹⁷.

Ce vestige des querelles morales demeure entier dans la manière avec laquelle le droit criminel entend aujourd'hui encore distinguer, parfois jusqu'à l'abscondité, ce qui départage l'acte volontaire de l'involontaire, l'automatisme de la conscience claire⁷¹⁸, la contrainte de l'action posée délibérément. À l'instar des constructions morales du christianisme⁷¹⁹, les éléments conceptuels qui composent ou servent d'outils à l'intelligibilité pénale n'ont pas le caractère de neutralité axiomatique qu'ils pourraient avoir dans la démarche philosophique. Solidaires et coextensifs du concept d'imputabilité⁷²⁰, ils ne reposent pas tant sur le désir d'observer des faits, d'aller aux « choses mêmes », comme une certaine phénoménologie pouvait le prétendre, qu'ils ne constituent plutôt l'ensemble des « poids » qu'utilise, dans son expression doctrinale, le système judiciaire pour en arriver à ses fins. Autrement dit, le dispositif incrimatoire repose sur le fléau horizontal d'une balance, et les pesées conceptuelles en usage sont toutes orientées vers un même plateau⁷²¹. À l'accusé d'en surprendre ou d'en émouvoir la stabilité théorique⁷²².

⁷¹⁷ Jacques BOUVERESSE, « L'animal cérémoniel: Wittgenstein et l'anthropologie », op. cit., note 9, p. 43, 54.

⁷¹⁸ Le droit criminel est une « science emprunteuse » qui tient l'évaluation psychiatrique dans un rapport tantôt de prépondérance pour permettre par exemple l'ouverture à une défense d'automatisme, tantôt d'ancillarité lorsqu'il s'agit de définir la notion de « maladie mentale ». Insatisfaisante, cette contradiction apparente dans l'administration des autres disciplines ou des champs attenants rappelle que la fonction sociale du droit prime sur des considérations de légitimation conceptuelle ou d'écart épistémologique. Ces manœuvres sont excusables au plan pratique si l'on considère que le droit *doit répondre* d'autorité à des problèmes concrets; moins convaincants sont les dispositifs institutionnels de reproduction d'un discours dogmatique qui ne cherche pas à remanier au plan théorique ses lacunes mais tente d'en raffiner à la pièce et selon les règles d'une géométrie variable des réponses désormais inadmissibles.

⁷¹⁹ C'est trop peu dire que de rappeler que la faute en droit est héritière de la notion de péché si l'on n'entend pas rendre visible la parenté des présupposés, des notions et objets conceptuels qui en permettent le rapprochement à travers d'une part la dimension « psycho-somatique » de la *mens rea* et de l'*actus reus*, et ultérieurement la portée somato-psychique du dualisme cartésien corps/esprit, et d'autre part les formes similaires de démonstration qui en justifient l'exclusivité opératoire.

⁷²⁰ L'acharnement à fabriquer les réflexes moraux conduisant au principe d'imputabilité qui prédéfinit ce que le droit retiendra de la notion d'intention trouve par exemple sa limite dans le fait que le droit criminel n'hésite pas à assimiler à l'auteur d'un crime celui qui s'en fait le complice, comme s'il s'agissait de la participation à une seule et même intention. L'intention apparaît bel et bien comme dérivée de la fiction de l'imputabilité puisque, dans le cas de la complicité et du complot, l'intention est sanctionnée autant que la participation à l'acte proprement dit.

⁷²¹ La sagesse du procureur consiste non pas à essayer de démonter les concepts juridiques même s'ils sont en un certain sens en constant déséquilibre dans une direction (ne pas céder à l'appel des sirènes), mais à dissiper les

La vérité du droit advient par le biais des moyens théoriques, doctrinaux, et factuels mis en scène par l'accusation. Les dés ne sont pas pipés, leur sens est cependant univoque. Bien qu'impartial du point de vue du Tiers, l'engrenage de l'imputabilité ne consiste pas en premier lieu en une recherche désintéressée de la vérité pour elle-même⁷²³. Dans un texte célèbre tiré du *Crépuscule des idôles* et intitulé *Quatre grandes erreurs*, Nietzsche rappelle la nécessité méthodologique et historique d'un rétablissement de la perspective. Ce rétablissement commande un renversement optique :

« *Erreur du libre arbitre*. Nous sommes désormais sans pitié pour l'idée de « libre arbitre » : nous ne savons que trop ce que c'est, le tour de force le plus louche des théologiens, destiné à rendre l'humanité « responsable » en leur sens à eux entendez : à la rendre dépendante d'eux... Je me contente ici de donner la psychologie de toute entreprise de responsabilisation. Partout où l'on cherche des responsabilités, c'est habituellement l'instinct qui veut punir et juger qui est à l'œuvre. (...) La doctrine de la volonté a été essentiellement inventée en vue du châtement, c'est-à-dire d'une volonté de trouver coupable. (...) Les hommes n'ont été présentés « libres » que pour pouvoir être jugés, punis, pour pouvoir être coupables : il était donc indispensable de concevoir toute action comme voulue et de

mirages d'innocence qui peuvent subsister dans l'esprit ingénu de l'accusé. Sans assimiler cette suggestion à la mise en garde de Dante au-dessus de la porte de son Enfer : « Oh, toi qui entre ici, abandonne tout espoir ! », l'entrée dans la mécanique du procès laisse peu de chances véritables à quiconque s'étant trouvé physiquement sur les lieux d'une infraction, fait face à un représentant du ministère public résolu à utiliser tous les moyens techniques dont dispose un État moderne pour obtenir un verdict de culpabilité.

⁷²² Dans la dynamique du procès, nous avons évoqué précédemment le caractère modeste des bénéfices apparents de la capacité pour la défense à recourir à la notion de « doute raisonnable », de même que le caractère hyperbolique de l'expression « fardeau de la preuve » pour l'accusation (voir à la section 4. 1). Le fardeau apparaît en effet moins lourd lorsque toutes les circonstances extérieures et la mise en scène judiciaire grossissent comme sous une loupe les comportements particuliers d'un individu et font ressortir tous les sous-entendus, l'implicite de conduites qui en temps ordinaire apparaîtraient comme normales. Vu sous cet angle, l'accusé ne combat plus alors à armes égales non pas seulement en raison des ressources et des moyens techniques dont dispose l'État, mais en raison surtout de l'efficacité théâtrale de la scène du procès qui, comme le courant invisible d'un fleuve apparemment tranquille en surface, le fait dériver pour finalement l'entraîner à sa perte. Pour les avocats de la défense, rien n'est plus risqué que le témoignage d'un accusé qui se croit innocent. Cette distorsion produite par les conditions « scéniques » du procès contraint parfois à enregistrer des plaidoyers de culpabilité afin de subir des condamnations moindres pour des crimes dont des accusés se savent parfaitement innocents.

⁷²³ Comme le fait observer Pascal Richard, « sous cet angle, le droit n'est jamais un acte de connaissance qui peut être logiquement vérifié mais un ensemble de faits sociaux spécifiques issus de la volonté humaine et liés entre eux dans un tableau de relations. Il y a là une relation évidente avec les théories dites réalistes. La prémisse mineure n'est pas susceptible de vérification, elle n'est qu'une décision prise sur le fondement de l'usage commun de la langue en relation avec certaines pratiques téléologiques ». P. RICHARD, *Prolégomènes à une anthropologie du droit : une ontologie naïve*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 43.

concevoir toute action comme prenant son origine dans la conscience »⁷²⁴.

L'argument généalogique de Nietzsche permet d'apprécier l'invention de la responsabilité et de la liberté morale non plus à partir d'une vision édifiante qui les établirait depuis les hauteurs d'une prise de conscience ou d'une évolution des mœurs, mais bien plutôt à partir d'un coup de force : « Je me contente ici de donner la psychologie de toute entreprise de responsabilisation ». Entendons ici que jusqu'à maintenant, toute psychologie ressemble à une entreprise qui ne vise que modestement les faits cliniques, mais établit plutôt les bases d'une responsabilisation construite par l'horizon du christianisme. L'être humain ne s'interroge pas en dilettante sur son implication dans les phénomènes du monde sans que n'interviennent souvent même à son insu des considérations secondes qui échappent à l'observation immédiate. Se référant à David Hume, Jean-Pierre Cléro observe que

« lorsqu'on nous conteste la prétention [de la soumission de nos actions à notre volonté], invités à la mettre à l'épreuve, nous sentons alors que la volonté se dirige sans peine en tout sens et qu'elle produit d'elle une image, même du côté où elle ne réside pas réellement. Nous nous persuadons que cette image ou que ce mouvement fictif aurait pu s'accomplir dans la réalité même; parce que, cela dut-il être contesté, nous trouvons, lors d'un second essai que c'est possible ». Il est en effet possible que je puisse faire, dans la situation présente, ce que je n'ai pas fait dans la situation précédente : cela prouve-t-il que j'avais toute liberté de le faire? »⁷²⁵.

La difficulté reste toutefois entière lorsqu'il s'agit de déconstruire l'articulation nécessaire entre le principe de responsabilité et la certitude ou la consistance morale d'un sujet. Il est malaisé de renverser le réflexe moderne de présomption de l'identité parfaite entre l'intention d'un sujet et la matérialité de ses actes. La puissance de cette conjecture pèse sur les mentalités au moins depuis le Moyen Âge, surtout lorsqu'on considère qu'elle pousse à l'instruction de procès intentés même aux animaux. Loin d'être une *curiosa ridiculosa* dans l'histoire du droit, cette inclination démontre l'attachement immodéré de la discipline juridique pour les débordements incriminateurs. L'historien Michel Pastoureau note à cet égard :

« En France, du XIVe au XVI siècle, l'intervention de la justice semble se dérouler presque toujours selon un même rituel : l'animal

⁷²⁴ F. NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, Paris, Hatier, 2007, p. 44.

⁷²⁵ J.-P. CLÉRO, *Déterminisme et liberté*, Paris, Ellipses, 2001, p. 23.

capturé vivant est incarcéré dans la prison appartenant au siège de la justice criminelle du lieu; celle-ci dresse procès-verbal, conduit une enquête et met l'animal en accusation; le juge entend les témoins, confronte les informations et rend sa sentence, qui est signifiée à l'animal dans sa cellule »⁷²⁶.

Dans ce contexte, peut-on imaginer le droit sans l'usage du « noble mensonge » de l'imputabilité au simple motif que celle-ci n'aurait été qu'une exagération, ou de l'une des autres fables utiles de la métaphysique occidentale? Plus particulièrement, comment modifier l'épistémè, initier dans une discipline autoritaire un changement de paradigme? Le philosophe américain John R. Searle illustre cette délicate situation théorique en ces termes :

« Si l'on montrait que la prise de décision libre et rationnelle n'existait pas, est-ce que, rationnellement et librement, vous prendriez la décision d'accepter le fait que de telles décisions n'existent pas? »⁷²⁷.

4.5 Qui décide? Le libre arbitre comme phénomène optique

Pourriez-vous, par exemple, vous blâmer d'avoir succombé à la tentation et d'avoir pris du gâteau? Y aurait-il du sens à dire « J'aurais dû, vraiment, prendre une pêche à la place », si *vous ne pouviez pas* avoir pris une pêche à la place? (...) Outre le fait que vous ne pouvez plus raisonnablement vous blâmer d'avoir pris du gâteau, vous ne pourrez plus, non plus, raisonnablement blâmer qui que ce soit pour avoir fait quelque chose de mal, ou le louer pour avoir fait quelque chose de bien⁷²⁸.

Incertain quant à la consistance neurologique de sa conscience, dubitatif en raison des avancées de la philosophie du langage quant aux mécanismes grammaticaux de l'imputation, le sujet de droit moderne demeure enclin pour un temps encore à préférer l'illusion d'optique du libre arbitre. Il paraît difficile d'admettre socialement toutes les conséquences du déterminisme tout en abandonnant l'idée d'ordre social aux bons soins des thérapeutes. Bien que l'opinion publique soit ponctuellement ébranlée par les témoignages d'experts de branches incertaines⁷²⁹ de la médecine comme la psychiatrie⁷³⁰, lorsque ceux-ci viennent

⁷²⁶ M. PASTOUREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Âge occidental*, Paris, Seuil, 2004, p. 41.

⁷²⁷ J. R. SEARLE, *Liberté et neurobiologie*, op. cit., note 694, p. 73.

⁷²⁸ Thomas NAGEL, *Qu'est-ce que cela veut dire? Une très brève introduction à la philosophie*, op. cit., note 1, p. 50.

⁷²⁹ Entendons ici : dont le degré de certitude diagnostique n'atteint pas celui de l'hématologie ou de la cardiologie.

⁷³⁰ Bien que critique, notre rapport à la psychiatrie ne remet pas en cause par exemple la justesse des observations sur la situation clinique limite des sujets modernes.

présenter le plus sérieusement du monde, avec la composition digne des personnages du théâtre de Molière, des opinions contradictoires sur les états d'esprit rétrospectifs d'un accusé, il importe de conserver un espace dans la subjectivité qui échappe à la tendance lourde de l'idée d'automatisme comprise au sens large. Le critère de rigueur intellectuelle ne tient pas tant à la trame des raisonnements entourant la survie du libre arbitre (elle concorde avec la structure subjective préexistante à l'usage des langues) qu'à l'espace utopique de la décision libre autour de laquelle et sur laquelle s'est construite la logique de l'imputabilité.

À l'égard de la probité intrinsèque, de l'intégrité conceptuelle du libre arbitre, les modernes ne sont pas plus tendres. Gilbert Ryle n'hésite pas à décrire les tenants et aboutissants de cette pseudo-description des processus psychiques de la décision individuelle comme étant constitué d'un « agglomérat de problèmes enchevêtrés et, pour la plupart, mal posés, qui dérive partiellement de cette extension inconsciente du terme « volontaire » et des applications fallacieuses des expressions « pourrait » et « aurait pu s'empêcher » qui s'ensuivent »⁷³¹.

Dans l'établissement de la logique de l'action subjective, l'usage de la notion de libre arbitre pose deux problèmes distincts : celui de l'autocompréhension par l'agent de sa propre action, et celui de la communication à des observateurs de ce qui pouvait motiver le passage à l'acte. La réalité de l'enchaînement syntaxique précontraint l'événement litigieux en versions divergentes. Miroir aux alouettes, la notion de libre arbitre inclut tout autant l'observateur que l'observé selon un même effet de perspective culpabilisateur : le sujet se croit spontanément lui-même l'agent⁷³², et l'observateur rétrospectif se convainc que le prévenu à titre d'initiateur

⁷³¹ Gilbert RYLE, *La notion d'esprit (The Concept of Mind)*. Pour une critique des concepts mentaux, Paris, Payot, 1978, op. cit., note 592, p. 69. Ryle dit plus loin (pp. 156-157) : « Dans certaines discussions philosophiques sur le caractère volontaire ou involontaire des actions, (...) les termes « volontaire », « involontaire » et « responsable » sont utilisés, non dans leur sens restreint qui concerne les erreurs, réelles ou apparentes, mais dans un sens élargi, englobant toute activité susceptible d'être jugée plus ou moins favorablement selon n'importe quel critère d'excellence ou de conformité. (...) Pour sauver le droit à utiliser des concepts d'évaluation, il fallait montrer que leur champ d'application se situait ailleurs que dans le monde extérieur; c'est alors qu'on a pensé qu'un monde intérieur de forces non mesurables mais pourvues de fins remplirait cet office ».

⁷³² De même que le sujet n'a pas la capacité d'engager volontairement la contraction systolique de son muscle cardiaque, il n'a pas davantage le loisir de modifier ou d'anticiper l'enchaînement de ses pensées qui l'amènent à agir d'une certaine manière plutôt que d'une autre. Il n'a pas plus la possibilité d'avoir pu choisir l'architecture cérébrale qui le conduit devant des choix dont les décisions sont préfigurées par cette disposition même. Ce niveau d'évidence physiologique n'entraîne pas pour autant chez les négateurs de la faculté de libre arbitre la

absolu pouvait au terme de la narration, bifurquer et infléchir à son avantage l'inclinaison coupable. Comme le note Jean-Pierre Cléro,

« L'affirmation du libre arbitre relève de l'illusion symbolique (...), car il s'agit, à partir d'une situation que nous occupons réellement, de nous projeter en des situations que nous n'occuperons jamais, puisque : ou bien nous nous imaginons fictivement dans le passé en position où la situation que nous occupons actuellement apparaît symboliquement comme un simple possible, ou bien nous nous projetons en des situations qui ne seront jamais réelles dans la mesure où elles ne peuvent nous apparaître comme ayant quelque réalité que du point de vue de cette situation que nous occupons et qui ne sera jamais plus la même »⁷³³.

Ce travelling vers la situation d'un auteur anonyme compris dans le texte de loi comme « quiconque » fait partie de la charpente des délégations permettant le montage de l'illusion perceptuelle nécessaire au faisceau culpabilisateur. La cascade des délégations aveugles de confiance⁷³⁴ à l'égard de concepts comme celui de « fait juridique » ou de « crédibilité des témoins » relève d'un usage de la langue d'une imprécision vertigineuse. La culpabilité d'un prévenu ne se soutient que de la simplification factuelle d'un récit bien raconté passé dans le goulot de l'entonnoir d'une suite ininterrompue de restrictions mentales. La confusion constante entre une position subjective et objective, entre une interprétation qui découle de la

licence complète ou une compréhension absolutrice générale. Les membres d'une société doivent être protégés contre des individus violents peu importe le niveau de contrôle qu'ils sont capables d'exercer sur eux-mêmes mais les éléments de justification du punir doivent reposer ailleurs que sur des supputations sur leur capacité morale. Sur la réfutation de la faculté de libre arbitre d'un point de vue neuroscientifique: « *Free will is an illusion. Our wills are simply not of our own making. Thoughts and intentions emerge from background causes which we are unaware and over which we exert no conscious control. We do not have the freedom we think we have. Free will (...) cannot be made conceptually coherent. Either our wills are determined by prior causes and we are not responsible for them, or they are the product of chance and we are not responsible for them* ». Sam HARRIS, *Free Will*, New-York, Free Press, 2012, p. 5.

⁷³³ Jean-Pierre CLÉRO, *Déterminisme et liberté*, Paris, Ellipses, 2001, p. 22.

⁷³⁴ Pour Jacques Derrida, « témoigner est hétérogène à l'administration de la preuve ou à l'exhibition d'une pièce à conviction. Témoigner en appelle à l'acte de foi (...) ». Derrida décrit ainsi non seulement le décalage existant entre le témoin et son destinataire, mais aussi l'intime transport de la conviction essentielle à la performativité de l'adresse : « Le destinataire du témoignage, lui, le témoin du témoin ne voit pas ce que le premier témoin dit avoir vu; il ne l'a pas vu et ne le verra jamais (...) Il faut bien entendre ce « vous devez me croire ». « Vous devez me croire » n'a pas le sens de la nécessité théorico-épistémique du savoir. Il ne se présente pas comme une démonstration *probante* qui fait qu'on ne peut pas ne pas souscrire à la conclusion d'un syllogisme, à l'enchaînement d'une argumentation, voire à la monstration d'une chose présente. Ici, « vous devez me croire » signifie « croyez-moi parce que je vous le dis, parce que je vous le demande » (...). À l'inverse de la situation précaire de l'affiant celui qui assiste à une démonstration n'a pas à prêter foi au témoignage ». Jacques DERRIDA, *Poétique et politique du témoignage*, op. cit., note 134, p. 30 et p. 32.

mise en scène du procès lui-même et une observation libre n'est pas le moindre des écueils dans une scène qui se propose pourtant de faire surgir la vérité de son économie procédurale.

Une situation de langage supposée être une copie conforme de la réalité devient plus réelle une fois détachée de celle-ci et simplifie ce qui de fait s'est produit, aurait dû ou aurait pu se produire. Le langage qui prétend traduire ainsi les faits suscite une adhésion au vraisemblable plutôt qu'à la factualité d'une chaîne de décisions. Alors que l'on serait enclin à croire que libre arbitre ne consiste qu'en un examen des conditions objectives et circonstances particulières en vertu desquelles un individu donné aurait pu, ou du, agir de telle manière, faire mieux ou même s'abstenir d'agir, le concept permet plutôt d'aménager le point d'entrée, d'appliquer après-coup des catégories d'opérations institutionnelles d'un autre ordre.

« Du point de vue de la science, le « pur libre arbitre » est inutile pour la production des connaissances. Ceci n'est pas très différent d'expliquer un comportement par le concept d'instinct. En suspendant l'opération de compréhension, on dégage un espace plus « libre » pour poser, par après, un jugement moral, juridique ou politique. En ce sens, le libre arbitre augmente l'espace de liberté décisionnelle des autorités et des autres systèmes sociaux, conditionnant la justesse de la décision seulement à leurs propres principes internes d'appréciation. Le libre arbitre libère un système de droit où la morale peut décider. Ceci est important pour qu'un tel système puisse fonctionner. Par après, ce système peut alors réintroduire, dans l'espace de liberté ainsi créé, les éléments de « compréhension des cas » dont il juge important de tenir compte pour ses propres opérations. (...) Ce type d'erreur dans les tentatives de construire des explications s'appelle « *fallacy of transgressing the level of generality* (idée fautive résultant d'une transgression du niveau approprié de généralisation) »⁷³⁵.

Retenons particulièrement le coefficient symbolique qui sous-tend l'illusion du libre arbitre. La duperie se trouve dans le lien entre la situation, le langage par lequel on en rend compte à soi-même et à autrui, et l'auditeur qui perçoit cette situation à travers le langage, sans que personne n'ait véritablement ni même toujours l'intention de tromper. Celui qui raconte une situation ou qui la prend en charge verbalement la simplifie et l'axe en fonction d'un intérêt ou d'un désintérêt, d'un avantage ou d'un désavantage; il laisse nécessairement de côté une infinité d'aspects de la situation qui l'a conduit à jouer ou à se plaindre du résultat. L'auditeur qui ne connaît la situation qu'à partir de ce qu'en dit le narrateur en a une version

⁷³⁵ Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 3, Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960)*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 48-49.

nécessairement tronquée et falsifiée qui resterait telle quand bien même il en ressentirait l'artifice. D'ailleurs, le lien privilégié à un agent actif ou passif tient fallacieusement lieu, au sein de l'expression symbolique même, de l'intégralité de la situation. La « coupe » et la « taille » symboliques sont les véritables causes de l'illusion du libre arbitre : les situations n'apparaissent que tramées par la réduction symbolique et à travers elle. Thomas Nagel décrit le renversement de la perspective culpabilisatrice en ces termes :

« Il peut vous arriver d'être furieux à l'égard d'une personne qui vient chez vous, à l'occasion d'une fête, et vous vole tous vos disques de Glenn Gould; mais supposez que vous ayez cru que son acte était déterminé d'avance par sa nature et la situation. Supposez que vous ayez cru que tout ce qu'il a fait, y compris les actions passées ayant contribué à la formation de son caractère, était déterminé d'avance par les circonstances encore précédentes. Pourriez-vous le juger responsable d'un comportement aussi méprisable? Ou ne serait-il pas plus raisonnable de le traiter comme une sorte de catastrophe naturelle – un peu comme si vos disques avaient été dévorés par des termites? »⁷³⁶.

Pour le droit pénal, tous les êtres humains sont d'emblée dans une relation causale directe avec leurs actes; ils sont présumés libres de les choisir ou d'en interrompre le cours. À cet égard, la notion de liberté de tous permet de voiler l'influence décisive des déterminations sociales de chacun. Pour que le libre arbitre puisse conserver quelque pertinence ou probité dans l'appréciation des intentions de chacun, il faudrait que tout un chacun puisse être assuré de conditions sociales initiales similaires, plus encore, qu'ils aient pu se vouloir tels qu'en eux-mêmes. Pareille situation existentielle n'est évidemment pas possible. Le philosophe Clément Rosset remarque à cet égard :

« Vous n'avez aucune expérience du donné. Une fois que votre personne purifiée de toutes les déterminations accidentelles ou extérieures, vous restez aveugle devant votre principale détermination, savoir l'être que vous êtes. En somme, vous considérez votre personne comme allant de soi, comme « naturelle », un peu même comme quelque chose qui vous serait dû si elle n'était pas là, restant par là insensible à tout ce qu'il y a d'inattendu, de surprenant, de gratuit en vous-mêmes. Vous oubliez que vous êtes un événement, que vous êtes né du hasard, qu'il n'est rien en vous qui ne soit d'abord donné d'emblée et dont vous ne

⁷³⁶ Thomas NAGEL, *Qu'est-ce que cela veut dire? Une très brève introduction à la philosophie*, (Trad. Ruwen Ogien), op. cit., note 1, p. 50.

dépendiez d'une dépendance infiniment plus intime et plus directe que celle de la causalité⁷³⁷ ».

Le droit ne peut certes pas faire le deuil d'une notion princeps comme celle du libre arbitre sans miner toute la syntaxe sociale de la responsabilité, la courte logique de l'imputation. Cette perspective se bute pourtant à un point de vue philosophique plus vraisemblable tel que le constate Michel Onfray :

« Entre Lacenaire et le professeur Barnard, Robespierre et Landru, Sade et mère Teresa (...) Marc Dutroux et monseigneur Lustiger, je vois moins effet de libre arbitre et responsabilités individuelles que travail de la nécessité, œuvre du déterminisme, tropismes irrésistibles, énergies impérieuses, puissances de logiques dans lesquelles la liberté compte pour rien – ou presque. Ni les grands hommes dans la vertu, ni leurs semblables dans le crime ne sont responsables d'eux-mêmes puisque ce qui les construit suppose un enchevêtrement de dynamiques, de vitalités plus tard nommées des individualités (...) Or qui peut dire, qui peut se dire à lui-même, en son for intérieur, qu'il le peut, s'il le veut, être autre qu'il n'est? »⁷³⁸.

Sans disqualifier l'appareil conceptuel à la base de la logique de l'imputation, et bien qu'« il reste difficile de comprendre en quel sens nous *pouvons* faire ce que nous ne faisons pas »⁷³⁹, force est d'admettre que tout se passe dans la modernité comme si la psychiatrie avait été adoptée par le droit pénal comme son autre théologie⁷⁴⁰, héritière légitime de l'influence « occulte » qu'exerçaient, et qu'exercent encore les concepts de la théologie chrétienne sur les mécanismes mentaux de production de la culpabilité : une même fascination pour la qualification des événements psychiques, des processus de l'esprit réputés correspondre à l'ordonnement des opérations conscientes depuis la « surimpression » causale indispensable à l'imputabilité pénale.

Ce n'est pas déconsidérer l'entreprise que de reconnaître dans le droit criminel, les réflexes d'une scolastique dont le gros des transports procède par construction linguistique, fétichisation des termes et concepts qui renvoient à la centralité de la responsabilité subjective.

⁷³⁷ C. ROSSET, *Le monde et ses remèdes*, Paris, PUF, 2000, p. 181.

⁷³⁸ M. ONFRAY, *L'archipel des comètes*, Paris, Grasset, 2001, p. 157.

⁷³⁹ THOMAS NAGEL, *Qu'est-ce que cela veut dire? Une très brève introduction à la philosophie*, op. cit., note 1, p. 53.

⁷⁴⁰ Entendons ici qu'elle débarrasse le discours pénal de son vocabulaire moral pour le remplacer par celui plus objectif de la nosographie scientifique; la sévérité d'un symptôme remplace la gravité de la faute morale en la dédouonnant subjectivement. Au surplus, elle fournit non seulement un cadre normatif supposé correspondre à ce qu'aurait fait un individu normal dans des circonstances similaires mais fait peser sur l'ensemble des conduites ordinaires, le spectre des interrogations sur le normal et le pathologique.

Trouver coupable implique l'exaltation de la présence à soi, la simplification de toutes les dimensions de l'intériorité entourant le fait d'agir, en particulier celui d'avoir commis un crime.

Il importe ici de ne pas réactiver le « for interne » de la théorie du droit à la faveur de débats académiques entre déterminisme et libre arbitre, mais plutôt de profiter des modes et formes de réaménagement que va emprunter un discours, celui-là même de l'autorité, pour réduire la fracture qui sépare le savoir mettre en forme de la responsabilité et son objet : la conscience. Comment le réalisme de la pratique judiciaire s'arrime-t-il à la fragilité théorique de ses représentations psychologiques du sujet actuel?

4.6 Ambiguïtés juridiques et psychiatriques du terme « conscience »

La conscience est un accompagnement, un plus. Elle n'est pas une source. On mesure l'ampleur de la remise en cause où conduit l'exploitation systématique d'une réflexologie généralisée. Il ne s'agit plus seulement ici du constat étayé sur la physiologie de ce qu'une grande part de la vie mentale se déroule en dehors de la conscience. Il s'agit d'une mise hors jeu de la conscience au regard d'un fonctionnement plus large et plus profond à la fois qu'elle réfracte en partie sans la mener. Sans doute cette « conclusion fondamentale » comme Laycock l'appelle ailleurs, selon laquelle « les changements cérébro-mentaux surviennent indépendamment de la conscience et de la volonté (...) »⁷⁴¹.

La conscience n'est pas une activité réfléchie⁷⁴².

Cette redéfinition du rôle physiologique de la conscience par Thomas Laycock (1812-1876) tranche avec le caractère protéiforme du terme dans la littérature juridique. Les enjeux autour du sens à donner au fonctionnement de la conscience dépassent toutefois la validité descriptive des disciplines. Rappelons simplement que la destitution de la primauté de la fonction directrice de la conscience par la psychologie scientifique naissante⁷⁴³ relevait d'un effort pour dégrever les représentations du fonctionnement psychique de leur appartenance au champ de l'explication morale. L'imposture « monarchique » de la conscience est décrite par Michel Haar en ces termes :

⁷⁴¹ Marcel GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op. cit., note 698, p. 60-61.

⁷⁴² Vincent DESCOMBES, *Le complément du sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004, p. 173.

⁷⁴³ Sur cette question, voir l'article remarquable de Serge NICOLAS et al. « La psychologie au XIXème siècle », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, vol. 1, no. 2, 2000, p. 57.

« Alors qu'elle croit donner des ordres, elle ne fait qu'enregistrer, qu'exécuter. Elle attribue les différents états psychiques à une cause unique, elle-même. (...) Elle croit même – illusion suprême – qu'elle est un substrat qui « contrôle » tout le sujet, détermine et guide jusqu'à la bonne marche des fonctions corporelles »⁷⁴⁴.

Les motifs pour lesquels le droit intègre progressivement dans son évolution l'autorité des psychiatres et reconnaît leur pertinence dans son dispositif de savoir et de pouvoir obéissent à une logique discrète qui ne repose pas sur un savoir scientifique quant à l'inscription corporelle de l'activité consciente⁷⁴⁵. Sous l'apparence immuable du référent « conscience » utilisé à différentes époques jurisprudentielles au gré des guerres de prérogative et des combats d'arrière-garde gît tout un ensemble d'interprétations et d'objections, tout un magma de gloses en lien avec la survie de l'exercice de l'autorité à partir d'une psychologie morale.

Il importe ici de travailler le champ pénal à partir de ce qu'il laisse voir, et non d'imaginer son épaisseur fictive ou quelque conception philosophique particulière au revers de sa trame. Inaperçu parce que trop visible, le motif « conscience » apparaît sans relief ni aspérité, fédérant depuis sa proximité écrasante la plupart des sous-entendus moraux qui mettent en mouvement les figures de l'accusation et de la responsabilité. Indexeur protéiforme de la subjectivité, il n'a pas valeur de concept philosophique ou neurologique. Il est bien davantage ponctuation répétitive qu'attribut véritable du sujet dans l'exercice calligraphique inculpatoire qui relie la lettre de la loi au corps du sujet. Pour le droit, le terme « conscience » rend possible « un discours absolument sans épaisseur qui court à la surface des choses,

⁷⁴⁴Michel HAAR, « La critique nietzschéenne de la subjectivité », dans R. ELLRODT (dir.) *Genèse de la conscience moderne*, Paris, PUF, 1983, p. 334, 341.

⁷⁴⁵ Comme nous le verrons plus loin (chapitre 4.8), l'introduction de l'expertise psychiatrique coïncide avec la réponse que donne la théorie de la monomanie homicide d'Esquirol à la compréhension judiciaire de l'acte monstrueux. Elle met en évidence la possibilité de cohabitation du concept d'instinct avec celui de non-altération complète de la conscience morale. Aujourd'hui comme hier, la doctrine pénale ne paraît pas inquiétée outre mesure par les vues théoriques qui diminuent l'importance de la conscience, ou l'insistance mise sur la description du fonctionnement des automatismes en général. Autrement dit, s'il devenait incontestable et que l'on puisse prouver au plan scientifique que les sujets ne sont pas responsables de leurs crimes, la mécanique ordinaire du langage de l'imputation et le désir de punir comme passion primitive pallieraient aisément à ce défaut d'objectivité. Le droit a besoin de la science pour reconduire sous une forme contemporaine sa perspective morale et prendre part au relent d'inaffabilité que recèlent les discours du magistère scientifique, même si sur le fond les horizons épistémologiques diffèrent ou même se contredisent.

s'ajustant à elles par une adaptation native, sans effort apparent, comme si la luminosité qui ouvre le cœur des êtres offrait de surcroît les mots pour les nommer »⁷⁴⁶.

Cet usage particulier d'une notion au fondement de la discipline juridique n'équivaut pas à l'usage d'une entité capricieuse, arbitraire ou éventuellement mystificatrice par son imprécision. Le droit évolue au gré de la communauté de ses acteurs depuis sa logique interne, ses règles autoréflexives et le changement des mœurs.⁷⁴⁷ Il intéresse la philosophie, mais il n'a pas à rendre compte de son emploi idiomatique de concepts partagés ou à s'expliquer devant elle. Il ne faut pas confondre philosophie et droit. Si le droit n'est jamais exempt de philosophie, la philosophie du droit, elle, peut ne concerner que des débats sans rapport avec les raisonnements de la discipline dans le cours du procès ou dans l'élaboration de sa doctrine. À cet égard, les intuitions de Ronald Dworkin permettent de saisir les limites de la distanciation critique possible à l'égard du phénomène juridique et la complexité des intrications entre le champ d'autres disciplines et sa traduction pratique. Poreuses, perméables, les frontières du paysage juridique se reconfigurent toutefois selon la nature changeante des formations discursives autoritaires ambiantes :

« Le droit, son domaine, son lieu, son territoire ne sont pas strictement délimités : ils se définissent, à chaque fois différemment, par une *attitude*. Par extension, on peut donc dire que le droit ne se laisse délimiter que par le point de vue, par l'attitude, de ses acteurs. En ce sens, le droit est une pratique dont les juges, par exemple, ont une interprétation, et c'est l'ensemble de ces interprétations qui définit ce qu'est le droit ou ce qu'est son territoire. Mais si les juges ont leur propre idée du droit, l'ensemble de toutes ces conceptions n'épuise jamais la définition du droit. De plus, ces conceptions évoluent, de sorte que le droit lui-même ne constitue pas un territoire aux frontières immuables »⁷⁴⁸.

Souveraineté qui n'a rien de la superbe, la finalité du droit n'est pas la vérité scientifique ou l'adéquation au réel, car ses exigences et sa rigueur proviennent de forces

⁷⁴⁶ Michel FOUCAULT, *Raymond Roussel*, Paris, Gallimard, 1963, p. 144.

⁷⁴⁷ Sous l'expression « changement des mœurs », il faut entendre l'avènement d'un ordre économique néo-libéral à dimension planétaire, sans contradicteur véritable ou doctrine consistante, et dont l'influence est difficile à pondérer. Le droit est moins susceptible de varier selon le « changements des mœurs » que ne peut le faire la psychiatrie soumise quant à elle aux révolutions pharmaceutiques dans le déploiement de son discours.

⁷⁴⁸ Julie ALLARD, « Dworkin: une philosophie critique du jugement », *Revue internationale de philosophie*, op. cit., note 331, p. 303, 306-307.

propres de contrainte qui, en regard d'un éventuel processus de réfutation objective, déclarent un jugement valide ou invalide plutôt que faux.

La détermination de la nature véritable de la conscience, ou l'indétermination fonctionnelle dans laquelle ce concept traverse l'histoire du droit comme une coquille de noix sur une mer démontée d'implications morales, linguistiques ou neurologiques, constitue un enjeu fondamental : la condition même de possibilité de l'imputabilité pénale. Dans la modernité, le discours de la responsabilité pénale épouse la tension entre l'idoine et l'adventice et témoigne de l'échange complexe entre ce qui reste de la sphère morale et les constructions ambitieuses de la psychiatrie. Or, à partir du moment où les points de repère sociologiques pour évaluer une conduite fautive répréhensible trouvent moins d'échos dans les sociétés modernes, l'apparente objectivité du discours médical est appelée en renfort pour écarter la possibilité qu'un trouble mental particulier ait pu induire un comportement répréhensible et soutenir le bien-fondé de la sanction. L'économie de la réprobation devient fluctuante⁷⁴⁹ dans un univers traversé par le sentiment de son historicité et l'attitude circonspecte des citoyens à l'égard des interventions de l'État. Il importe alors bien davantage de défendre la société, de se prémunir contre les individus dangereux, que de punir des coupables. De ce point de vue, le droit criminel canadien demeure tenté par « un projet scientifique de défense sociale »⁷⁵⁰. Par rapport au diagnostic psychiatrique qui porte sur des « états de conscience », l'horizon pénal repose sur une série de dispositions lexicales en miroir qui impliquent la mise en cause du fonctionnement d'une conscience morale unifiée, unitaire. De fait, la réalité de ces deux disciplines se rencontre à l'intersection des enjeux linguistiques et physiologiques d'une référence commune donnée et faisant que des modes d'exposition, des jugements de valeur sont unis par une *épistémè* commune⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ Pour le droit, cette fluctuation se reflète dans la valse-hésitation de la doctrine entre le sens objectif de la faute dans l'acte volontaire ou sa portée subjective. Pour le champ médical, « l'idéologie psychiatrique dominante tend à écarter l'homme coupable de la psychanalyse au profit de l'homme comportemental », Roland Gori cité dans FRANCE, « L'homme qui voulait être coupable. Le comportementalisme à l'œuvre », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 2, no. 74, 2006, p. 173, 185.

⁷⁵⁰ Marc RENNEVILLE, « D'un Cesare à l'autre. Le droit de punir à l'aune de la science » dans Frédéric Chauvaud (Dir.), *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 85, 92.

⁷⁵¹ « Par *épistémè*, Foucault désigne en réalité « un ensemble de rapports liant différents types de discours et correspondant à une époque historique donnée : « Ce sont tous ces phénomènes de rapport entre les sciences ou

4.7 Discours disciplinaires et autoritaires : évolution et décomposition

Ce que j'ai appelé épistémè dans *Les mots et les choses* n'a rien à voir avec les catégories historiques. Quand je parle d'épistémè j'entends tous les rapports qui ont existé à une certaine époque entre les différents domaines de la science (...) Ce sont tous ces phénomènes de rapport entre les sciences ou entre les différents discours dans les divers secteurs scientifiques qui constituent ce que j'appelle épistémè d'une époque⁷⁵².

Le traitement médical d'un état n'est ni nécessaire ni suffisant pour que ce dernier soit pathologique⁷⁵³.

L'évolution vers une *épistémè* de la responsabilité qui serait commune à la psychiatrie et au droit implique des stratégies textuelles différentes. Avant d'y songer, il importe de comprendre le travail d'infiltration de la raison psychiatrique et son émergence de fait dans la raison juridique moderne. Sans s'exposer à l'accusation d'amalgamer des unités de discours réfractaires en raison de leur finalité, rappelons que la psychiatrie et le droit s'établissent depuis la mise en forme de discours normatifs qui visent essentiellement à apprécier des comportements à partir d'états d'esprit présumés, à déclarer des statuts et des capacités depuis le cadre offert parfois par la clinique, mais le plus souvent par le truchement de textes formateurs d'objets, de concepts, ou descripteurs de déviations. Dans chacun des cas, il s'agit de rendre une décision qui prend la forme tantôt d'un jugement, tantôt d'un diagnostic⁷⁵⁴. Une autre des caractéristiques du discours autorisé tient au statut social particulier de son énonciateur. Foucault rappelle qu'à l'instar des privilèges du juriste

« la parole médicale ne peut pas venir de n'importe qui; sa valeur; son efficacité, ses pouvoirs thérapeutiques eux-mêmes, et d'une

entre les différents discours scientifiques qui constituent ce que j'appelle épistémè d'une époque ». Judith REVEL, *Foucault, une pensée du discontinu*, Paris, Mille et une nuits, 2010, p. 35.

⁷⁵² Michel FOUCAULT, « Sur la justice populaire », *Dits et écrits II*, op. cit., note 194, p. 371.

⁷⁵³ Christopher BOORSE, « A Rebuttal on Health », dans J. M. HUMBER et R. F. ALMEDER (dir.), *What is Disease?*, Totowa, Humana Press, 1997, p. 3-134, 92.

⁷⁵⁴ Ascèse du regard, mais surtout une manière de faire-voir selon la concaténation sélective d'un certain nombre d'intérêts tactiques visant à reconduire l'impression de cohérence apparente de toutes les parties d'un système ouvert. En dehors de tout essentialisme, l'oeuvre de Michel Foucault décrit l'innervation scopique requise pour la mise en place et l'émergence des objets d'une discipline. Cette perspective générale utilisée pour saisir la mécanique de « visionnement » du champ psychiatrique cache dans son travail de mise à plat le fantasme d'une isomorphie entre regard et langage. À l'instar du jugement en droit, le diagnostic psychiatrique repose sur un découpage : « L'évidence, l'observation du « malade » par le « regard » de la médecine clinique sont en fait produites dans un véritable travail du concept, de même que la « folie » est une formation culturelle complexe tributaire de toute une série de pratiques et d'idéologies, médicales, juridiques, religieuses et politiques. Nul « objet » empirique, immédiat, n'est ainsi disponible ». Bernard VANDEWALLE, *Michel Foucault. Savoir et pouvoir de la médecine*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 25.

façon générale son existence comme parole médicale ne sont pas dissociables du personnage statutairement défini qui a le droit de l'articuler, en revendiquant pour elle le pouvoir de conjurer la souffrance et la mort⁷⁵⁵».

La dynamique intime qui unit visibilité et invisibilité reste au cœur de ce qui, à une époque, peut ou non être vu⁷⁵⁶, dit ou entendu. Les observations de Foucault ne sont cependant pas uniquement des instructions méthodologiques pour mener à bien une véritable histoire des sciences; en regard du développement du raisonnement pénal, elles permettent de comprendre l'admission non critiquée de considérations ou d'expertises psychiatriques se rapportant au comportement criminel⁷⁵⁷. Plus exactement, elles localisent dans le champ visuel de la discipline juridique la présence d'une tache aveugle qui impose au droit un étonnant strabisme en lui faisant prendre pour du comptant l'anthropologie implicite de cette branche récente de la médecine. Foucault interroge la position du juge moderne dans les rapports troubles qu'entretient désormais la psychiatrie avec la sanction pénale :

« La justice est fascinée par sa fonction thérapeutique – ça, c'est l'un des traits dominants qui marquent l'évolution de la justice depuis la fin du XIXe siècle. Si on disait à un juge : « Vous avez à dire le droit, éventuellement à définir une sanction, mais le reste ne vous

⁷⁵⁵ Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, op. cit., note 149, p. 69.

⁷⁵⁶ Analysant et critiquant l'illusion scopique unifiante, Bernard Vandewalle note à propos des intuitions de Foucault sur l'effet de perspective qui constitue tout savoir, que « la positivité d'un savoir donné passe toujours par l'institution d'un certain régime de visibilité et donc aussi bien de l'invisibilité. (...) La vue n'est plus alors le fait d'un sujet individuel, doté d'une faculté du voir qu'il exercerait soit dans l'attention, soit dans la distraction; la vue est le fait de ses conditions structurales, la vue est le rapport de réflexion immanent au champ de la problématique sur ses objets et ses problèmes ». Id., p. 25-26.

⁷⁵⁷ Rappelons que pour Foucault, « la psychiatrie du crime, au XIXe siècle, s'est inaugurée par une pathologie du monstrueux. (...) Ce que la psychiatrie du XIXe siècle a inventé, c'est cette entité absolument fictive d'un crime folie, d'un crime qui est tout entier folie, d'une folie qui n'est rien d'autre que crime. Ce que pendant plus d'un demi-siècle on a appelé la monomanie homicide. Il n'est pas question ici de retracer l'arrière-plan théorique de la notion. (...) Je voudrais seulement souligner ce fait étrange que les psychiatres ont, avec beaucoup d'entêtement, cherché à prendre place dans les mécanismes pénaux. Ils ont revendiqué leur droit d'intervention non pas en allant chercher autour des crimes les plus quotidiens les milles petits signes visibles de folie qui peuvent les accompagner, mais en prétendant - ce qui était exorbitant - qu'il y avait des folies qui ne se manifestaient que dans des crimes énormes, et nulle part ailleurs. Et je voudrais souligner cet autre fait : malgré toutes leurs réticences à accepter cette notion de monomanie, les magistrats de l'époque ont fini par accepter l'analyse psychiatrique des crimes, à partir de cette notion si étrange et pour eux si inacceptable ». Michel FOUCAULT, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale du XIXe siècle », dans M. FOUCAULT, *Dits et Écrits III*, op. cit., note 104, p. 448-449; il s'agit d'une communication au symposium de Toronto «Law and Psychiatry», 24-26 octobre 1977.). Sur la question de la monomanie homicide, voir Frédéric CHAUVAUD, « Le prétoire, la monomanie et l'expertise judiciaire : la difficile naissance des « experts de l'âme » (1791-1832) » dans Philippe ARTIÈRES et Emmanuel DA SILVA (dir.), *Michel Foucault et la médecine. Lectures et usages*, Paris, Éditions Kimé, 2006, p. 213-230.

regarde pas », il se sentirait éminemment frustré. Car il trouve très gratifiant son rôle thérapeutique qui est pour lui une justification morale et théorique. Puisque ça existe, il faut bien en tenir compte, mais il faut poser la question : est-ce bien sain? (...) Celui qui punit n'a pas à se croire investi de la charge supplémentaire d'amender ou de guérir »⁷⁵⁸.

Même lorsqu'à l'occasion d'un procès, un juge rappelle au jury que ce dernier n'est pas lié par les expertises psychiatriques, cette apparente souveraineté ne résiste pas à l'examen. On imagine mal de situation où un jury aurait rejeté en bloc l'une et l'autre des expertises psychiatriques présentées, et on n'a jamais vu non plus de juge qui, au nom du droit, de la théorie juridique à l'exception des exigences requises par la protection de la société refuserait de donner suite ou même de tenir compte du consensus entre psychiatres à l'égard de l'état d'insanité d'un accusé.

Faire ressortir les conditions de l'enkystement de la psychiatrie dans le champ discursif du droit revient à établir le périmètre du pensable ou du concevable à un moment de l'histoire. Or cela recèle une difficulté particulière : la manifestation des objets historiques, des conventions informulées résiste et constitue tout à la fois la matière même de ce qui donne le plus à penser.

« L'archéologie foucauldienne cherche à faire émerger d'autres relations, d'autres modalités du changement, en faisant jouer les rapports d'implication, d'opposition, d'exclusion, de manière non seulement verticale (c'est-à-dire chronologiquement), mais aussi horizontale (d'un type de discours à l'autre, d'un savoir à l'autre, d'une pratique à l'autre) »⁷⁵⁹.

Cette réorganisation optique de l'histoire des développements internes d'une discipline et des événements silencieux qui la ponctuent permettent de marquer les points de rupture, les séismes minuscules présidant à l'exigence de la conversion des regards. Questionnant ce qui n'a jamais cessé d'être évident, l'approche de Foucault permet de formuler à nouveaux frais des questions à l'encontre des privilèges ou du prestige des évidences dites « naturelles ». Pourquoi par exemple, dans un passé récent, la vue d'un enfant exagérément agité déclenchait dans l'esprit de la plupart des observateurs la conviction qu'une bonne éducation ne saurait faire l'économie de châtiments corporels, alors qu'à notre époque l'exubérance incontrôlée commande immédiatement une interrogation sur la prise en charge psychotropique? Que

⁷⁵⁸ M. FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988, T. IV, 1980-1988*, Paris, Gallimard, 1994, p. 695.

⁷⁵⁹ REVEL, *Foucault, une pensée du discontinu*, op. cit., note 751, p. 77.

voyons-nous désormais dans l’incapacité qu’a un enfant à se contrôler? L’immaturité du système nerveux, le déséquilibre neuronal? À moins qu’il ne s’agisse du sujet moderne tel qu’en lui-même, pour qui ni la conscience ni la volonté ne sont en mesure de réprimer la conduite dans un univers de constantes sollicitations. Foucault décrit l’importance structurale des mutations épistémiques⁷⁶⁰ par un exemple tiré de l’histoire des sciences :

« Buffon, un jour, s’étonnera qu’on puisse trouver chez un naturaliste comme Aldrovandi un mélange inextricable de descriptions exactes, de citations rapportées, de fables sans critique, de remarques portant indifféremment sur l’anatomie, les blasons, l’habitat, les valeurs mythologiques d’un animal, sur l’usage qu’on peut en faire dans la médecine ou dans la magie. (...) Aldrovandi n’était ni meilleur ni pire observateur que Buffon; il n’était pas non plus crédule que lui, ni moins attaché à la fidélité du regard ou à la rationalité des choses. Simplement son regard n’était pas lié aux choses par le même système ni la même disposition de l’épistémè »⁷⁶¹.

La régression de la conscience morale dans celle que propose la psychiatrie, et surtout le fait que peu de théoriciens du champ pénal en dénoncent le télescopage, correspond à la porosité des phénomènes discursifs dans leur quête d’autorité.

Il y a assez peu de philosophes du droit qui s’intéressent à l’apport des thèses de Foucault dans le champ de la théorie juridique proprement dite. Si la criminologie a retenu certains des développements de *Surveiller et punir*, et la psychiatrie des années 1970 *L’Histoire de la folie à l’âge classique*, le droit canadien ne s’est guère aventuré dans les développements critiques du philosophe, pas plus qu’il ne s’est senti interpellé par l’anthropologie dogmatique de Pierre Legendre. Ces deux auteurs ont en commun de ne pas tenir en très haute estime théorique les constructions normatives de la criminologie et de la psychiatrie en les ravalant à des stratégies de justification disciplinaire ou administrative. Il

⁷⁶⁰ L’articulation du voir et du faire-voir dans la production de la vérité est également illustrée par Foucault dans *L’ordre du discours* lorsqu’il répond en ces termes aux interrogations historiques entourant la naissance de la biologie moderne : « On s’est souvent demandé comment les botanistes ou les biologistes du XIXe siècle avaient bien pu faire pour ne pas voir que ce que Mendel disait était vrai. Mais c’est que Mendel parlait d’objets, mettait en oeuvre des méthodes, se plaçait sur un horizon théorique, qui étaient étrangers à la biologie de son époque. (...) Mendel disait vrai, mais il n’était pas « dans le vrai » du discours biologique de son époque : ce n’était point selon de pareilles règles qu’on formait les objets et des concepts biologiques; il a fallu tout un changement d’échelle, le développement de tout un nouveau plan d’objets dans la biologie pour que Mendel entre dans le vrai et que ses propositions alors apparaissent (pour une bonne part) exactes ». Michel FOUCAULT, *L’ordre du discours, Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971, pp. 36-37.

⁷⁶¹ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, op. cit., note 105, p. 54-55.

reste cependant sans doute à écrire une histoire de la surdité juridique et de ses mécanismes institutionnels bien avant d’établir des passerelles interdisciplinaires avec les sciences humaines. Autrement dit, si les auteurs qui saisissent avec le plus d’acuité les grandes articulations du discours juridique sont absents du cursus de formation des juristes, comment concevoir que d’autres approches qui ne traitent pas directement des questions d’autorité, de pouvoir, de responsabilité puissent trouver quelque écho dans le renouvellement des problématiques juridiques? Curieux phénomène que celui où des œuvres qui s’affrontent aux questions fondamentales de la discipline juridique sont reçues comme excentriques, inquiétantes manifestations d’une érudition inutile. Le rapport du droit à ce qui n’est pas lui, mais le critique de l’intérieur implique des tactiques de confinement institutionnel autrement plus complexes que l’apparente ouverture ou l’établissement d’un dialogue imaginaire entre les discours juridiques et ceux des sciences humaines. Ce n’est peut-être que lorsque la psychiatrie sera à même de prendre ses distances à l’égard de son enrôlement dans la justification des processus de normalisation néo-libérale que le droit criminel remettra en question cette influence étrangère quant à sa finalité propre. L’événement de cette découverte semble peu probable. Si toutefois il advenait, l’expertise psychiatrique qui apparaît au droit comme un puits de vérité quant à l’appréciation d’ tats de conscience pourrait s’avérer, malgré son apparente pertinence instrumentale, bien davantage une source de contamination.

L’envahissement du champ pénal par la psychiatrie permet toutefois d’apprécier le degré d’interdépendance des discours d’autorité. La spécificité du droit tient certes à son architectonique textuelle; mais elle n’est pas à même de soustraire ses contenus à la puissance sociale d’autres discours normatifs. Le discours juridique a beau croître enroulé à ses tuteurs idiomatiques; ses métaphores, ses divisions et ses prudences n’échappent pas pourtant, malgré son travail constant de contextualisation, à l’intensité des vents nouveaux qui l’infléchissent. Hypercontextualis  par ses formes, il peut se trouver mis hors contexte par les forces de contrainte qui l’amènent à croître en dehors de ses limites naturelles⁷⁶².

⁷⁶² Sur le destin et l’histoire du déploiement de la discipline juridique autour de la métaphore de l’arbre, voir Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, op. cit., note 86, en particulier, pp. 25-28.

Cette mutation s’annonce à l’occasion d’un double événement majeur : d’une part, la « surmédicalisation de l’existence »⁷⁶³ en tant que mode de la sollicitude néo-libérale et processus de disciplinarisation, et, d’autre part, l’adjointement d’un *épistémè* opérant selon un régime similaire⁷⁶⁴ de classement, de dénominations. Foucault écrit qu’à l’instar du pouvoir lui-même qui est sans dehors « la médecine n’a plus aujourd’hui de champ extérieur »⁷⁶⁵, comme si le politique et le juridique en Occident devenaient isomorphes d’une « médecine sociale » à grande échelle ou soluble dans l’arsenal des discours préventifs et sécuritaires.

L’inchoativité apparaît comme le mode d’être des formations discursives. Michel Foucault rend compte du déroulement non linéaire des champs disciplinaires et de leurs discours de la façon suivante :

« L’*épistémè* n’est pas une *sorte de grande théorie sous-jacente*, c’est un espace de *dispersion*, c’est un *champ ouvert et sans doute indéfiniment descriptible de relations*. Il permet en outre de décrire, non pas la grande histoire qui emporterait toutes les sciences dans une seule et même envolée, mais les types d’histoires – c’est-à-dire de rémanence et de transformation – qui caractérisent les différents discours. (...) L’*épistémè* n’est pas un *stade général de la raison*; c’est un rapport complexe de décalages successifs »⁷⁶⁶.

L’imbrication de l’*épistémè* psychiatrique à l’ordre du discours juridique réinvestit le champ de la conscience en y injectant un nouveau sens commun : la trivialité du rapport à la conduite normale telle que déjà prescrite par la logique des comportements économiques.

⁷⁶³ Roland GORI, « La surmédicalisation de l’existence est un désaveu du « souci de soi », *Champ psychosomatique*, vol. 2, no. 42, 2006, p. 55-83.

⁷⁶⁴ Si l’on considère qu’à l’instar de la psychiatrie, le droit vise l’atteinte et le maintien de l’ordre social comme l’une de ses finalités importantes bien avant la constitution d’un savoir théorique. Comme le note Bernard Vandewalle, « l’ordre disciplinaire est posé comme la condition de l’opération thérapeutique. La discipline des sujets est antérieure à la connaissance objective de leurs pathologie, et donc avant de fonctionner comme savoir, l’instance médicale fonctionne d’abord comme pouvoir. Il s’agit bien ici d’établir la généalogie du pouvoir médical, dont la psychiatrie propose un modèle remarquable ». B. VANDEWALLE, *Michel Foucault. Savoir et pouvoir de la médecine*, op. cit., note 799, p. 98

⁷⁶⁵ Foucault note que, « la prépondérance conférée à la pathologie devient une forme générale de régulation de la société. La médecine n’a plus aujourd’hui de champ extérieur ». Cité dans Guillaume LE BLANC, *La pensée Foucault*, op. cit., note 581, p. 113. Foucault comprend bien le rôle de la médecine et en particulier de la psychiatrie comme levier des pouvoirs dans leur effort de prise en charge des individus tout en obtenant leur consentement. À cette enseigne, la psychiatrie joue un rôle crucial puisqu’elle entre en concurrence avec les mécanismes pénaux détenant le monopole de l’évaluation du degré de dangerosité et éventuellement de responsabilité des individus.

⁷⁶⁶ M. FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988, T. I, 1954-1969*, op. cit., note 684, p. 676-677.

C'est sous cette forme hybride que la psychiatrie informe le droit et que se rencontre une volonté normalisatrice qui met en fabrique le sujet assisté de la modernité.

À cet égard, la rigueur du discours psychiatrique paraît inversement proportionnelle à son autorité⁷⁶⁷. La frivolité scientifique de la psychiatrie n'est d'ailleurs jamais mieux illustrée que par l'explosion statistique des diagnostics de dépression, sans que cette évidente intempérance dans le dépistage des maladies mentales ne soit dénoncée par les fournisseurs de soins⁷⁶⁸, les tiers payeurs (les compagnies d'assurance) et l'État, ou même le Collège des médecins. Ce silence trouve peut-être l'une de ses explications dans la transparence des dispositifs de pouvoir, une transparence invisible, parce que trop présente, une puissance de ce qui, dans son immobilité même, n'affleure jamais, échappe à la mise en question, s'y soustrait.

Le jeu entre visibilité et invisibilité des conditions de production du discours psychiatrique et les faveurs actuelles relatives à l'explication médicale des comportements mettent en évidence la fragilité du droit à retrouver ses esprits. Autopoiétique dans son élaboration, ses prudences, ses ordonnancements, le droit est incapable de prendre toute la mesure de la puissance normalisante en provenance du champ médical, et éventuellement de la réfuter.

Au lieu de se contenter des discours autoritaires, il faudrait plutôt décrire la formation, l'évolution et la décomposition de la nature des évidences scientifiques dans les rapports de

⁷⁶⁷ On pense ici au titre évocateur de l'article de Roland GORI : « Thérapies molles recherchent désespérément pathologies flexibles », *Cliniques méditerranéennes*, vol.2, no 74, 2006, p. 143, 143.

⁷⁶⁸ Les discours médicaux sur la dépression évoquent continûment la situation inquiétante de sous-diagnostic de cette pathologie en ces termes : « La moitié des gens qui sont vraiment en dépression ne sont pas soignés, et ce, pour toutes sortes de raisons: parce qu'ils ont peur des préjugés, peur de montrer qu'ils ne sont pas à la hauteur, et souvent parce qu'ils ont peur de prendre des antidépresseurs. Il faut dire que ces derniers ont mauvaise presse, et les médecins sont souvent accusés d'en prescrire à tort et à travers. Mais le fait est qu'une personne en dépression qui n'est pas soignée court un réel danger ». <http://pilule.telequebec.tv/occurrence.aspx?id=948>. Consulté sur Internet le 29 janvier 2012. Ce rapport à la peur, sagement entretenu par la médecine sociale moderne, requiert d'être questionné. Dans l'affirmation précitée, toute la question réside dans la détermination de cette « moitié des gens qui sont vraiment en dépression ». Que signifie aujourd'hui « être vraiment en dépression » hormis les signes évidents de prostration, de mutisme, de prise ou de perte de poids ? Dans la médicalisation croissante de tous les aspects de l'existence, à quoi pourraient bien ressembler les coûts sociaux du plein traitement de cette épidémie discrète ? À moins que cette dédramatisation de la crise existentielle (fin des préjugés, publicité faites par des acteurs et sportifs connus) et sa médicalisation ne soient le fait du désir grandissant de « prise en charge », de pénétration dans toutes les sphères de la vie privée d'un État en mal de reconnaissance quant à sa capacité de réguler les injustices économiques ? À l'impuissance des gouvernements à agir sur l'économie de marché, la sollicitude bio-psychologique à l'égard des citoyens n'est-elle pas en passe de devenir le « prix de consolation » offert aux perdants de tout acabit de la déstructuration du champ social et des crises ponctuelles de l'économie ?

force. Or, malgré des stratégies d'objectivation et de pureté disciplinaire, l'enjeu des « stylistiques » et de la « littérature » d'autorité est de refléter dans le champ de la visibilité sociale l'image de développements homogènes, de suggérer la découverte de concepts propres, sans antécédents, objets inédits de théories idoines⁷⁶⁹. L'auto-engendrement et la scissiparité apparaissent comme les modes de reproduction privilégiés des discours d'autorité. Or, s'il est une expérience de métissage qui permette d'observer l'intrication de la conscience morale avec la raison neurologique, le dépliement parallèle d'un double univers de classement, la construction de catégories hybrides comme celles de « dangerosité psychopathique », c'est bien celui de l'agrégation fonctionnelle du droit pénal et de la psychiatrie. Le discours psychiatrique accentue et complète l'ordre juridique :

« L'histoire de la psychiatrie n'est pas une histoire pour la psychiatrie. Celle-ci vient au contraire s'inscrire dans une forme de conscience, constituée au carrefour improbable d'une réforme législative de l'internement, et d'une réorganisation de la police. (...) L'avènement historique du positivisme psychiatrique n'est lié à la promotion de la connaissance que d'une manière seconde »⁷⁷⁰.

Les progrès de la psychiatrie ne tiennent pas tant à la production d'un savoir positif qu'aux avancées de la pharmacologie, des neurosciences et éventuellement de l'imagerie médicale. Le caractère provocateur de l'entreprise de Foucault tient au renversement de la perspective historique quant à la création de la psychiatrie moderne. L'institution asilaire précède et structure la constitution du savoir médical. Cette perspective déplace la considération principale et la fait reposer sur l'extension d'une capacité disciplinaire oblique. Les murs de l'asile, les stratégies d'enfermement mises en place pour épier l'évolution de folies singulières ne sont que le prodrome de tactiques de surveillance élargie. « Le fou n'est finalement renvoyé à l'espace discret de l'asile que d'être, d'abord, désigné comme fou dans un tissu continu de relations quotidiennes, objet d'une justice exercée par la société sur elle-même, transversalement »⁷⁷¹. L'organisation du savoir psychiatrique repose également à bien des égards sur un rapport à la vérité tout aussi tributaire de l'évolution des mœurs que peut l'être la discipline juridique. Cette particularité n'échappe pas à Foucault pour qui

⁷⁶⁹ On pense entre autres ici aux tentatives de Kelsen pour formuler une « Théorie pure du droit ».

⁷⁷⁰ Mathieu POTTE-BONNEVILLE, *Michel Foucault, l'inquiétude de l'histoire*, Paris, PUF, 2004, p. 38.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 49.

« jamais une science n’absorbe la formation dans laquelle elle se constitue : par exemple, le statut et la prétention scientifiques de la psychiatrie ne suppriment pas les textes juridiques, les expressions littéraires, les réflexions philosophiques, les décisions politiques ou les opinions moyennes qui font partie intégrante de la formation discursive correspondante. (...) Et les révolutions n’y sont jamais que des prises de conscience »⁷⁷².

De la même manière que peut se former un champ intègre ou suffisamment homogène grâce aux forces centrifuges discriminantes qui le maintenaient en état, un même champ peut se disloquer. La psychiatre Gladys Swain observe que

« nous assistons à une décomposition intellectuelle de la discipline psychiatrique par enlisement dans des difficultés épistémologiques inextricables. L’arrivée des neuroleptiques au cours des années 1950 a complètement transformé les conditions d’exercice de la psychiatrie. Ils l’ont aussi intellectuellement sinistrée, en la transformant en une tour de Babel où prolifèrent des langues incompatibles entre elles, souvent jusque dans les mêmes têtes »⁷⁷³.

Une formation discursive condense et exclut à la fois certains des éléments de la condition dispersive initiale qui la constituent. En ce qui a trait à l’évolution d’une discipline, il importe de saisir les mécanismes minuscules de rémanence entre les discours, la manière dont une partie d’un champ discursif en phagocyte un autre, plutôt que seulement les manœuvres d’abordage apparemment plus sérieuses. Pour le champ pénal, cela signifie situer les conditions qui font que la compréhension de la conscience morale du sujet de droit se trouve affectée par d’autres objets qui, sans appartenir à la force d’attraction de l’inconscient freudien, n’en sont pas moins des intrus. Autrement dit, le danger de contamination que représente la psychiatrie moderne pour le droit n’apparaît que lorsque la psychiatrie est régie non plus tant par une armature morale comme à ses débuts⁷⁷⁴, mais par le poids des

⁷⁷² Cité dans Gilles DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, op. cit., note 29, p. 43 et 47.

⁷⁷³ Gladys Swain et Marcel GAUCHET, *Dialogues avec l’insensé précédé de À la recherche d’une autre histoire de la folie*, Paris, Gallimard, 1994, p. VII.

⁷⁷⁴ Comme l’indique Roland Gori, l’histoire de la psychiatrie comporte pour le psychiatre Georges Lantéri-Laura trois moments décisifs : « *La première période* précède de peu le remplacement du terme de « médecine aliéniste » par celui de « psychiatrie » (1803) et prend traditionnellement son origine dans le mythe fondateur de Pinel libérant les aliénés de leurs chaînes et ouvrant à un autre type de savoir sur la folie. (...) Cette médicalisation de la folie s’accompagne de ce que Pinel nomme le « traitement moral » auquel il adjoint les bénéfiques thérapeutiques que l’institution asilaire pourrait porter en elle-même dans la prise en charge de la folie. *La deuxième période* (...) s’étend grosso modo de 1850 à 1926 et entreprend à partir de Falret d’aligner la sémiologie psychiatrique sur la sémiologie médicale que l’école médicale de Paris a perfectionné dès le début du XIXe siècle avec la méthode anatomo-clinique. Sans entrer dans le détail, disons qu’un tournant décisif se trouve pris au milieu du XIXe siècle qui consacre toujours davantage l’entrée du *positivisme* dans l’épistémologie psychiatrique. Les « passions » de

molécules⁷⁷⁵, et que l'appréciation des comportements dans les vocabulaires *psy* tombe sous la coupe du continent « trouble » et de ses affluents qui varient à travers la chaîne des préfixes *dys* dans la multiplication des dysfonctions et la nomenclature des dysthymies (dyslexies, dysphories, dysthymies).

L'analyse de Foucault établit l'histoire ou la chronique conjoncturelle des moments d'osmose, de rupture et d'écarts, en les dépliant dans leur contingence linéaire. Ce geste fait apparaître le patron secret des tissus, l'orientation du discours qui n'est fixée que dans les moments de flexion et d'inflexion plutôt qu'il n'obéit à l'anonymat ou encore à l'apparente homogénéité des discours d'autorité. Bertrand Mazabraud décrit ainsi cette manière d'en découdre avec l'apparent chatoiement étal dans lequel l'autorité se drape :

« En ce qui concerne plus spécifiquement la mécanique du droit, l'analytique du pouvoir, qui mobilise la notion de « dispositif », s'avère être un outil précieux. Il ne s'agit pas tant d'interroger « l'épistémè » du discours juridique que d'explicitier le « comment » du droit en rapportant ses discours et ses pratiques aux dispositifs de pouvoir dans lequel il fonctionne. En décentrant le droit de sa production institutionnelle, l'approche foucauldienne désempêtre la doctrine juridique de l'illusion que lui procure son champ disciplinaire : celle d'un caractère « autopoïéitique » du droit. Si le droit ne se manifeste invariablement qu'à travers des lois, des contrats et des jugements, le sens de ceux-ci ne s'éclaire que dans leur place stratégique au sein de rapports de forces. Autrement dit, le droit n'est qu'une sorte de signifiant impur se trouvant investi et agencé par des dispositifs de pouvoir »⁷⁷⁶.

Pinel vont se trouver dissoutes dans les programmes de recherche des localisations cérébrales des grands syndromes psychiatriques. (...) Mais en même temps qu'elle se médicalise, la psychiatrie se voit toujours davantage confier des missions d'ordre *public*, de normalisation des conduites aboutissant à cette recension des *anormaux* dont l'expertise psychiatrique devient le symptôme le plus grotesque. Dans l'expertise médico-légale, la société demande toujours davantage à la psychiatrie de participer à des techniques de médicalisation de la déviance sociale et de prévention disciplinaire. Non seulement la psychiatrie doit dire « comment le criminel ressemblait à son crime avant même de l'avoir commis » (Foucault), mais encore elle est toujours davantage invitée à participer au pouvoir de normalisation des conduites et au gouvernement des comportements. (...) *La troisième période* s'étend, toujours selon Lantéri-Laura, de 1926 à 1977 et vient marquer le passage au paradigme des grandes structures psychopathologiques. (...) *Mais à partir de 1980*, on entre dans un nouveau paradigme de la psychiatrie que Lantéri-Laura nomme très justement « *post-moderne* ». Comme il le remarque, la légitimité du découpage de ce nouveau champ de la psychiatrie devient de plus en plus incertaine en même temps que la demande sociale à l'adresse des psys se fait de plus en plus étendue et de plus en plus exigeante ». Roland GORI : « Thérapies molles recherchent désespérément pathologies flexibles », op. cit., note 767, p. 156-157.

⁷⁷⁵ Voir à ce propos, Jean-Noël MISSA, *Naissance de la psychiatrie biologique. Histoire des traitements des maladies mentales au XXe siècle*, op. cit., note 217.

⁷⁷⁶ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 2, no. 42, 2010, p. 127, 128-129.

Ces remarques de Mazabraud quant au caractère théorique de la dimension autopoïétique du droit, ou encore sa situation de « signifiant impur », doivent être mises dans le contexte actuel du débordement du champ médical. S'il est exact de suggérer que le droit criminel puisse paraître dans le cadre de l'évaluation psychiatrique réduite au statut d'adjuvant normatif, cette méprise sur sa finalité ne l'y tient pas enfermé. Cette condition repose en grande partie sur la mutation des discours d'autorité auxquels le droit, comme tous les autres discours prescriptifs, ne saurait échapper et à la difficulté de ses acteurs de comprendre les enjeux symboliques de leur pratique. La formation du juriste ne prépare guère à prendre des distances à l'égard du droit positif dans son ensemble et à saisir ses interventions dans un cadre plus large que celui de l'efficacité immédiate requise par l'exercice d'une profession.

L'évolution des idées juridiques et du sens accepté ou admis en droit restent un champ de bataille soustrait à la compréhension immédiate du profane de la même manière que progresse, de réclamations en litiges, le champ de la responsabilité. L'exigence de consistance et de prévisibilité de la discipline juridique rend difficile l'amour immodéré pour la nouveauté. Le précédent se prépare par « élongation » plutôt que par fracture ouverte avec le passé. Le nouveau n'est pas fruit de l'invention de juristes, mais plutôt celui de l'évolution du droit constitué par une communauté anonyme de juristes. Dans les décisions importantes à l'occasion des tournants jurisprudentiels, le nom des parties tient lieu de signets dans le « roman à la chaîne »⁷⁷⁷, bien davantage que n'est accordée d'importance aux plaideurs ou à la doctrine utile qui a rendu possible ces décisions. Car le nouveau est réputé avoir toujours été en germe dans des décisions antérieures, ou préfiguré par elles⁷⁷⁸.

Lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'autorité, rien d'étonnant à ce que ceux qui la détiennent préfèrent la fiction du cours tranquille et du débit régulier à l'épanchement dans les

⁷⁷⁷ Pour la métaphore du « roman à la chaîne » voir Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., note 5, p. 250-254. Pour la critique de cette représentation et ses limites, voir Gérard TIMSIT, « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, « Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales », op. cit., note 579, en particulier p. 86.

⁷⁷⁸ Donald Poirier décrit le présupposé de la préexistence des réponses juridiques à la plupart des cas en ces termes: « Pour un juriste de common law, le droit est considéré comme préexistant dans le réel et dans l'expérience et comme étant complet même s'il n'a jamais été formellement déclaré. De cette attitude, est née de la théorie selon laquelle les juges ne créent pas le droit, mais ne font que confirmer un droit préexistant. L'activité judiciaire consisterait donc à trouver un droit antérieur qui soit a pu être exprimé par d'autres juges, soit a pu être mal exprimé par eux ». D. POIRIER, *Sources de la common law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, p. 106.

méandres ou l'épuisement sur embâcle. Le désir de projeter cette image de progression harmonieuse fait fi des rapports de force et de contrainte exercés par d'autres discours, des situations d'infiltration ou de détournement et de l'ensemble des inflexions requises par les processus de légitimation sociale. Le discours juridique doit constamment s'adapter à ses propres mouvements internes corrigés par le magister des tribunaux supérieurs et son statut au sein des dispositifs explicatifs qui, sans rapport direct avec lui, finissent par s'imposer dans l'espace social.

L'exemple de l'évolution des actions en responsabilité s'avère ici éclairant. Une longue suite de recours en dommages à partir des années 1970 a été nécessaire pour faire reconnaître progressivement la responsabilité des fabricants de cigarettes. Une autre série d'actions se prépare pour établir un lien de causalité entre les commotions cérébrales au hockey et la négligence de l'association des propriétaires de franchises. La causalité juridique n'est pas linéaire ni complètement prévisible. Le droit a un rapport circonstanciel à la vérité et à sa mouvance en raison même de sa perméabilité sociale et du lien essentiel à l'interprétation qui le définit. Ce qui semble relever de l'évidence aujourd'hui – par exemple la responsabilité des fabricants de cigarettes – ne l'a pas été auparavant. Ce différentiel des consensus et des certitudes marque le caractère discontinu des perceptions au sein d'une discipline apparemment unifiée et cohérente. On peut imaginer que des considérations « extradiscursives » qui ne tiennent ni à l'augmentation de la moralité collective ni au souci véritable du bien-être des individus ont pu mettre en branle le champ de la perception interne. Dans le cas de la lutte au tabagisme, l'équilibre rompu entre les coûts d'assurance engendrés par le traitement et la collecte de revenus en taxes de toutes natures ont pu enclencher cette conscience nouvelle du bien commun. Ce *modus operandi* autopoïétique qui consacre la motricité fine d'une certaine mise en ordre des idées juridiques n'est pas exempt de captation et d'encercllement par les effets normatifs d'autres champs qui remodulent la conception de la subjectivité en usage en droit. L'influence extérieure d'une formation discursive comme la psychiatrie, le point d'entrée quasi balistique d'une doctrine hétérogène ou d'une conception ne s'unissent pas à un corpus existant par adjonction naturelle, mais par une sorte de subreption par rapport aux modes de penser antérieur. L'horizon de ce que l'on croyait

connaître, les certitudes morales par exemple grâce auxquelles on condamnait sans arrière-pensée, s'en trouve soudainement inquiété.

Ce qui va de soi en droit tire son caractère indiscutable d'avoir apparemment toujours été en présence. Cette disposition constitue le présent réputé sans histoire à la surface de ce qui, dans l'élaboration des savoirs et du pouvoir, « s'offre à la vue ». Cette manière de s'offrir à la vue doit s'entendre comme manière de s'imposer à l'observateur, de le réduire au silence comme allant de soi, bref comme archi-contexte. Sans histoire, parce que l'intrigante épiphanie par laquelle l'ordre établi par un discours se donne à voir n'obéit pas aux formes englobantes de l'enchaînement nécessaire, à la logique de la raison suffisante, mais à celle du secret. Secret d'autant plus efficace qu'il est sans dissimulation ni mystère, retranché dans une position indistincte ou d'ingénuité par rapport à l'étalement ordinaire des choses. C'est bien pour cela qu'il se donne à voir, dans l'ambiguïté essentielle à tout véritable donné : dissimulation éclatante, manifestation spectrale. Le secret du pouvoir n'est assurément pas du registre de la présence, mais bien plutôt dans celui des relations, de l'échange⁷⁷⁹. Le travail de Foucault épouse un mouvement d'écriture qui retire à la taie des apparences son caractère d'unité; traversée du miroir, dextérité fine du geste, d'un mouvement de dévoilement qui ne vise pas à la mise en lumière, mais à la redistribution focale, au désenvoûtement des transparences⁷⁸⁰. Chirurgie délicate, découpage, déplacement d'exergues, de paragraphes dans les archives du pouvoir et au travers du foisonnement historique discontinu de leur remise en

⁷⁷⁹ « Comme le pouvoir serait léger et facile, sans doute, à démanteler, s'il ne faisait que surveiller, épier, surprendre, interdire et punir; mais il incite, suscite, produit; il n'est pas simplement œil et oreille; il fait agir et parler ». Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits III*, op. cit., note 104, p. 251.

⁷⁸⁰ À l'égard de la critique de l'ordre établi, Foucault se retrouve dans une position proche de celle du sociologue Pierre Bourdieu dont l'œuvre est propulsée par un long démenti des artifices de l'arbitrarité et une analyse des techniques de légitimation du pouvoir. Bourdieu écrit, « Je n'ai jamais cessé, en effet, de m'étonner devant ce que l'on pourrait appeler le paradoxe de la *doxa*: le fait que l'ordre du monde tel qu'il est, avec ses sens uniques et ses sens interdits, au sens propre ou au sens figuré, ses obligations et ses sanctions, soit *grosso modo* respecté, qu'il n'y ait pas davantage de transgressions ou de subversions, de délits et de « folies » (il suffit en effet de penser à l'extraordinaire accord de milliers de dispositions - ou de volontés - que supposent cinq minutes de circulation automobile sur la place de la Bastille ou sur celle de la Concorde, à Paris). Ou, plus surprenant encore, que l'ordre établi, avec ses rapports de domination, ses droits et ses passe-droits, ses privilèges et ses injustices, se perpétue en définitive aussi facilement, mis à part quelques accidents historiques, et que les conditions d'existence les plus intolérables puissent si souvent apparaître comme acceptables et même naturelles ». Cité dans Charlotte NORDMANN, *Bourdieu/Rancière. La politique entre sociologie et philosophie*, Paris, Éditions Amsterdam, 2008, p. 19.

ordre. Cette relecture de la mise en scène des lieux de pouvoir n'est jamais mieux illustrée que par l'apologue autour du secret d'Edgar Allan Poe dans *La lettre volée* :

« Le caractère discret de cette ouverture du secret s'oppose aussi bien à une ouverture spectaculaire et destructrice qu'à l'ouverture plate qui est le propre de ces secrets trivialement ouverts que nous appelons des secrets de Polichinelle. Le décèlement du cèlement propre au secret véritable, la venue dans la présence de ce qui reste nécessairement inapparent en lui, ne peuvent se réaliser que sous forme d'une apparence qui passe presque inaperçue ou, comme dit Heidegger, qui « se distingue par son *Unscheinbarkeit* ». Il en va donc de la chose mystérieuse comme de la chose donnée : elle se donne comme porteuse d'un secret qu'elle ne nous livre pas »⁷⁸¹.

Le microtraumatisme disciplinaire échappe le plus souvent aux juristes parce qu'il a lieu au sein de l'ordre établi par le discours lui-même. Il reste important, car la discipline hôte se voit avec le temps dessaisie de ses objections initiales, incapable de renier ce qui désormais la réordonne à partir du sens commun. Expulser un corps discursif étranger implique une catharsis théorique qui remplace le donné paradigmatique et modifie le champ de la représentation par des élaborations qui récusent la portée d'une orientation actuelle. L'œuvre de Michel Foucault est exemplaire pour saisir la périodisation historique à travers laquelle s'accomplit ce type de rupture et s'effectuent les plus singulières mutations génétiques d'un ordre discursif. On ne peut comprendre comment le droit dans son histoire s'en remet à l'expertise psychiatrique si l'on ne saisit pas d'abord le dispositif judiciaire autant dans son rapport à la vérité d'une pratique que comme instance de subjectivation. Dans *La vérité et les formes juridiques*, Foucault décrit la bilocation des régimes et des lieux de vérité dans l'histoire de l'Occident :

« il y a deux histoires de la vérité. La première est une sorte d'histoire interne de la vérité, l'histoire d'une vérité qui se corrige à partir de ses propres principes de régulation : c'est l'histoire de la vérité telle qu'elle se fait dans ou à partir de l'histoire des sciences. De l'autre côté, il me semble qu'il existe dans la société, ou du moins dans nos sociétés, plusieurs autres lieux où la vérité se forme, où un certain nombre de règles de jeu sont définies – règles de jeu d'après lesquelles on voit naître certaines formes de subjectivité, certains domaines d'objet, certains types de savoir (...). Les pratiques judiciaires, la manière par laquelle entre les hommes, on arbitre les torts et les responsabilités (...) le mode par lequel, dans l'histoire de l'Occident on a conçu et défini la façon par laquelle les

⁷⁸¹ Rudolf BERNET, « Le secret selon Heidegger et « La lettre volée » de Poe », *Archives de Philosophie*, no. 3, vol. 68, 2005, p. 379, 389.

hommes pouvaient être jugés en fonction des erreurs commises, la manière par laquelle on a imposé à des individus déterminés la réparation de quelques-unes de leurs actions et la punition d'autres, toutes ces règles me semblent l'une des formes par lesquelles notre société a défini des types de subjectivité »⁷⁸².

4.8 *Instincts sans conscience : conception psychiatrique de la désinhibition*

La conscience joue un rôle à ce point fondamental dans notre façon de concevoir l'esprit qu'on pourrait être tenté de croire qu'aucun état mental n'existe qui ne soit conscient. En effet, on aurait peine à comprendre ce que pourrait être un état mental s'il n'était pas conscient⁷⁸³.

Le droit criminel n'a pas su répondre avec ses propres instruments à la question de l'acte inexplicable ni rendre compte de la sanction appropriée pour les crimes qui échappent à des intérêts vénaux ou à des motifs immoraux. L'acte insensé qui n'est pas une excroissance du délire ou de l'hallucination déborde le cadre d'une volonté autonome. Une folie lucide, désintéressée et qui porte atteinte aux intérêts de son auteur remet en cause les représentations du volontaire et de l'involontaire, l'équilibre entre le raisonnable et le déraisonnable, surtout si l'acte posé n'a pu l'être sans un degré de préméditation. Le sens à donner au texte juridique dans lequel le sujet de droit traditionnel se profilait ne s'éclaire alors plus de la même manière.

« L'intérêt au crime reconstruit par les psychiatres ne peut plus être l'intérêt de l'ancien système pénal, assimilé à un mobile rationnel, à un calcul qui fait entrer un sujet dans une responsabilité directe à l'égard de son acte. L'intérêt au crime est déplacé de l'intelligibilité à l'affectivité. Du calcul à l'automatisme, de la rationalité à l'instinct. Ce déplacement signe la naturalisation du criminel. (...) La maladie du criminel est ce qui le qualifie en nature, dans la vérité instinctuelle de son être »⁷⁸⁴.

Dans la perspective ouverte par les analyses de Foucault, le concept d'instinct devient l'unité paradigmatique, le nouveau cadre explicatif des comportements insensés dans l'histoire de la psychiatrie moderne⁷⁸⁵. Cette notion réagence l'ensemble des formations discursives en

⁷⁸² M. FOUCAULT, *Dits et Écrits II*, op. cit., note 110, p. 541.

⁷⁸³ David M. ROSENTHAL, « Deux concepts de conscience », dans Denis Fissette et Pierre Poirier (dir.), *Philosophie de l'esprit. Problèmes et perspectives*, Paris, Vrin, 2003, p. 151, 151.

⁷⁸⁴ Guillaume LE BLANC, *La pensée Foucault*, op. cit., note 581, p. 110.

⁷⁸⁵ La question psychiatrique n'est plus localisée à quelques grands crimes, même si on doit lui donner une réponse négative, il convient de la poser à travers le domaine entier des infractions. Or cela a des conséquences importantes pour la théorie juridique de la responsabilité. Dans la conception de la monomanie, le soupçon pathologique se formait là où précisément il n'y avait pas de raison à un acte; la folie était la cause de ce qui n'avait pas de sens et l'irresponsabilité s'établissait dans ce décalage. Mais, avec cette nouvelle analyse de

privilégiant l'axe des conduites involontaires, des automatismes, du somnambulisme, mais en s'inspirant du modèle de la crise épileptique. Il s'agit de ramener non pas tant à la « raison neurologique » que de « rendre raison » des actes qui échappaient jusqu'alors à l'entendement moral ordinaire des mobiles ou des intérêts criminels. Marcel Gauchet décrit l'ampleur de ces nouvelles circonstances atténuantes dans leur relation à l'ordre social :

« On peut avoir prémédité son crime, s'être parfaitement rendu compte des actes qu'on commettait, fort bien s'en souvenir et n'en être pas moins fou, plaideront ainsi les aliénistes, devant les juges fermement attachés pour leur part à la vieille condition de l'aveuglement complet et de l'ignorance de soi. Mais il en résulte alors, et leurs adversaires ne manqueront pas d'appuyer sur le scandale d'une pareille pensée que la présence consciente ne garantit aucunement la maîtrise de ses actes. D'où le retentissement des polémiques soulevées par les grands procès de la « monomanie homicide » à partir des années 1820 : au-delà du choc entre deux conceptions et deux époques de la folie, elles engagent l'essentiel de la vision de l'homme, à savoir l'étendue de sa puissance réfléchie vis-à-vis lui-même. Au travers des propositions des aliénistes, il y va d'une irrémédiable érosion de la disposition de soi qui ne cessera de s'approfondir tout au long du XIXe siècle »⁷⁸⁶.

Foucault prend acte du réalignement des formations discursives produit par l'onde de choc d'un concept qui interpose dorénavant une autre grille d'appréciation des conduites et va permettre de relier à d'autres manifestations moins spectaculaires l'acte monstrueux grâce auquel la psychiatrie avait pu faire irruption dans le discours pénal⁷⁸⁷. La portée disciplinaire que va acquérir la psychiatrie et son élargissement dans le champ social apparaît comme le

l'instinct et de l'affectivité, on aura la possibilité d'une analyse causale de toutes les conduites, délinquantes ou non, et quel que soit le degré de leur criminalité. De là le labyrinthe infini dans lequel s'est trouvé engagé le problème juridique et psychiatrique du crime : si un acte est déterminé par un *nexus* causal, peut-on le considérer comme libre; n'implique-t-il pas la responsabilité? Et faut-il, pour qu'on puisse condamner quelqu'un, qu'il soit impossible de restituer l'intelligibilité causale de son acte ». Michel FOUCAULT, *Dits et écrits III*, op. cit., note 104, p. 456.

⁷⁸⁶ M. GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op. cit., note 698, p. 12-13.

⁷⁸⁷ « C'est à partir de la notion d'instinct que va pouvoir s'organiser, autour de ce qui était autrefois le problème de la folie, toute la problématique de l'anormal, de l'anormal au niveau des conduites les plus élémentaires et les plus quotidiennes. Ce passage au minuscule, la grande dérive qui a fait que le monstre, le grand monstre anthropophage du début du XIXe siècle, s'est trouvé finalement monnayé sous la forme de tous les petits monstres pervers qui n'ont cessé de pulluler depuis la fin du XIXe siècle, ce passage du grand monstre au petit pervers n'a pu être fait que par cette notion d'instinct, et l'utilisation et le fonctionnement de l'instinct dans le savoir, mais aussi dans le fonctionnement du pouvoir psychiatrique ». Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 101, p. 122.

sous-produit direct des conséquences normatives de l'explication de l'acte monstrueux.

Évoquant la position névralgique de cette nouvelle locution, il écrit :

« L'instinct va devenir, au fond, le grand thème de la psychiatrie, thème qui va occuper une place de plus en plus considérable, recouvrant l'ancien domaine du délire et de la démence, qui avait été le noyau central du savoir de la folie et de la pratique de la folie jusqu'au début du XIXe siècle. (...) L'utilisation du modèle de l'épilepsie comme pure et simple libération des automatismes, la question générale des automatismes moteurs ou mentaux, tout cela va occuper une place de plus en plus centrale, à l'intérieur même de la psychiatrie. Avec la notion d'instinct, non seulement c'est tout ce champ de problèmes nouveaux qui va affleurer, mais la possibilité de réinscrire la psychiatrie non seulement dans un modèle médical qu'elle avait utilisé depuis longtemps, mais de le réinscrire aussi dans un modèle biologique »⁷⁸⁸.

Il n'est pas étonnant que moins moralement rebutée par les comportements horribles inexplicables, la psychiatrie naissante saisisse l'occasion de ce qu'elle appelle avec Esquirol (1772-1840) la « monomanie homicide »⁷⁸⁹ pour pénétrer le discours du droit autrement que sous l'angle traditionnel des incapacités, de l'interdiction, de la démence ou de la prodigalité. Marcel Gauchet résume ainsi ce que signifie pour la conscience responsable, telle que comprise par le droit, l'avènement d'une pareille partition intrapsychique :

« L'inacceptable, dans la doctrine des monomanies, c'est cette conception selon laquelle se manifesteraient dans l'homme des penchants contre lesquels il serait désarmé ou se trouverait sans pouvoir de décision. Pur « matérialisme » de la part des aliénistes, soupçonnent les bons esprits, que l'idée que ces prétendues impulsions surgies d'un fond obscur, indéchiffrable pour celui-là même qu'elles agissent, et irrésistibles, en dépit du sentiment de leur absurdité ou de leur horreur »⁷⁹⁰.

Cette incursion réorganise le rapport du droit à la vérité, prétend rendre raison de l'inconcevable. La qualification du monstrueux sous le terme de monomanie⁷⁹¹ tient à la fracture entre rationalité et responsabilité, mais surtout à la découverte de la réalité incoercible

⁷⁸⁸ M. FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 101, p. 123.

⁷⁸⁹ Sur les débats conceptuels entourant la formation de la monomanie homicide en psychiatrie et ses premiers usages devant les tribunaux, voir Michel SANCHEZ-CARDENAS et Marcel ZINS-RITTER, *Une mère tue son enfant. La monomanie selon Esquirol*, Paris, Éd. Synthélabo, Coll. Les empêcheurs de penser à rond, Paris, 1997, p. 14.

⁷⁹⁰ Gladys SWAIN et Marcel GAUCHET, *Dialogues avec l'insensé précédé de À la recherche d'une autre histoire de la folie*, op. cit., note 773, p. 78.

⁷⁹¹ Le terme désigne, « les états que l'on ne peut point qualifier du nom de folie, et dans lesquels il est impossible de vaincre l'impulsion à telle ou telle action ». Robert CASTEL, *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Minuit, 1976, p. 176.

d'une impulsion irrésistible (que Foucault identifie sous le terme *instinct*) détachée de tout contexte moral, impulsion émanant d'un cerveau non lésé et d'un esprit sans délire ni hallucination; « de l'acte sans raison, on est passé à l'acte instinctif »⁷⁹². Dans son cours au Collège de France sur *Les anormaux*, Foucault décrit l'élargissement du champ de la psychiatrie vers des préoccupations sociales relatives au couple sécurité/dangerosité :

« Je vais essayer de vous montrer la formation d'un engrenage psychiatrio-judiciaire, qui s'était fait à partir du monstre ou du problème du criminel sans raison (...). La définition d'un champ commun à la criminalité et à la folie. Champ confus, complexe, réversible, puisqu'il apparaissait que, derrière tout crime, il se pourrait bien qu'il y ait quelque chose comme une conduite de folie, mais qu'inversement, dans toute folie, il pourrait bien y avoir risque de crime. Champ, par conséquent, d'objets communs à la folie et au crime. Deuxièmement (...) à partir de là, la nécessité (...) d'une instance médico-judiciaire, représentée par le personnage du psychiatre, qui commence déjà à être le criminaliste; le psychiatre, qui est, en principe, seul détenteur à la fois de la possibilité de faire le partage entre crime et folie, et de juger ce qu'il y a de dangereux à l'intérieur de toute folie »⁷⁹³.

C'est l'héritage de cette admission déterminante – coexistence chez un même sujet de la conscience pleine et de la conscience erratique – que Foucault interroge depuis les métamorphoses du champ de la visibilité disciplinaire⁷⁹⁴. Plus exactement, l'ordre véritable des choses au présent, ce qui le trame, et surtout la manière avec laquelle ce qui d'abord se voit ne devient jamais, à proprement parler, apparent à ceux qui le regardent. Par quel moyen et surtout pour quelle raison le droit en est-il venu à faire corps avec une discipline dont les présupposés physiologiques et les observations défiaient les a priori moraux à la base de son fonctionnement volontariste? Admettre que puissent exister des moments où se retourne la transparence du rapport à soi sans que ceux-ci ne s'annoncent d'aucune manière ni ne soient anticipables fait peser une menace constante sur l'intelligibilité logique d'un discours. La permanence du vocable « conscience » en droit fédère tout à la fois ce qui relève de l'évidence – « être conscient » – et ce qui s'avère éventuellement inexplicable pour son auteur et ses proches, « l'action meurtrière irrationnelle et désintéressée ».

⁷⁹² Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., note 101, p. 122.

⁷⁹³ Id., p. 259.

⁷⁹⁴ « L'a priori historique de Foucault n'est pas de nature *transcendantale*. Il s'agit au contraire d'épuiser ce *transcendantal* en rapportant l'illusion de l'universalité et de la nécessité à ce qui n'est jamais qu'un ensemble d'événements discontinus, singuliers, hasardeux ». Bernard VANDEWALLE, op. cit., note 799, p. 32.

La psychiatrie se voit alors promue au rang d'auxiliaire de la vérité juridique, et on imagine mal aujourd'hui encore qu'on puisse faire l'économie de ses interventions interprétatives pour expliquer les mécanismes à l'origine de certains comportements criminels (de la pyromanie à la kleptomanie jusqu'à l'ouverture à la défense d'automatisme)⁷⁹⁵ ou de phénomènes de déviance sexuelle. Or, ce statut déterminant dans l'ordre du procès criminel ne va de soi qui si l'on omet de prendre en compte les conditions de la mutation interne du discours qui le permet. Tout aussi décisive que son entrée dans le champ de la rationalité pénale, l'influence persistante du continent psychiatrique reste dans la modernité à l'abri de toute critique. Entendons ici qu'il ne paraît plus possible au droit de ne pas s'y référer. Une fois incluse par la logique du discours juridique, la psychiatrie comme perspective anthropologique explicative échappe à la discussion quant à sa pertinence ou à sa véracité; elle est tenue pour science objective exerçant un discernement impartial de concours avec les règles de la preuve judiciaire.

La psychiatrie a dû s'imposer au droit en faisant admettre l'hypothèse qu'il puisse exister une réduction de la sphère où s'exerce la volonté et l'insistance sur un substrat matérialiste dans les opérations de la conscience; autrement dit, qu'il y ait de fait de l'involontaire au sein de la volonté et des mécanismes au centre de la conscience qui le permette sans pour autant s'y manifester. Poussée à sa limite, l'évolution de cette perspective ouvre sur l'hypothèse du philosophe américain Thomas Nagel pour qui « il se pourrait que l'idée même de personne humaine, bien que j'en doute, soit une notion en voie d'extinction, qui aura le plus grand mal à survivre aux avancées de la psychologie scientifique et de la neurophysiologie »⁷⁹⁶. Automatisme, hypnose, dissociation temporaire lézardent l'unité lisse du rapport à soi et à autrui et signalent, sous des noms inconnus jusque-là, des régions d'intermittence, des états démembrés du soi dont le droit ne soupçonnait pas auparavant l'existence.

Quelle force sociale pousse à l'avant-scène les nouveaux types de subjectivité qui modifient la portée du terme « conscience » en droit? Quels sont les mécanismes qui, finissant

⁷⁹⁵ Voir chapitre 4. 1.

⁷⁹⁶ « It may be (though I doubt it) that the idea of a person, with which these other concepts are bound up, is a dying notion, not likely to survive the advances of scientific psychology and neuropsychology ». T. NAGEL, « Fodor : The Boundaries of Inner Space », dans *Other Minds*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 70.

d'infléchir un sens arrêté, en arrivent à faire dire ou voir autre chose à travers un terme aussi essentiel que celui de conscience et à mettre en place autour d'un même énoncé des formations discursives différentes, inédites⁷⁹⁷?

La conscience du sujet telle que les dispositifs juridiques la façonnent entre alors dans une reconfiguration tributaire du changement de l'*épistémè* psychiatrique si l'on considère que l'histoire d'une discipline implique des « changements qui affectent les objets, les opérations, les concepts, les options théoriques »⁷⁹⁸. Non pas pour que le droit finisse par percevoir le sujet à juger selon des barèmes équivalents à cette branche de la médecine, mais parce que l'afflux massif du discours psychologisant⁷⁹⁹ dans l'espace social réordonne les frontières du droit et engage des stratégies nouvelles pour policer les conduites⁸⁰⁰. Il n'y a certes pas absorption d'un champ par l'autre ni même fusion des horizons⁸⁰¹, ne serait-ce qu'en raison du fait que la psychiatrie préfère faire usage du concept de normalité plutôt que de celui de faute ou d'état d'esprit blâmable. Foucault décrit l'effet de rémanence du champ de la psychiatrie dans son déploiement initial lorsqu'il souligne que

⁷⁹⁷ « Il n'est pas sûr que l'énoncé reste le même, suivant que la description pourra mettre en valeur des unités de mesure, des distances et des distributions, et aussi des institutions tout à fait différentes. Une même phrase-slogan, « les fous à l'asile ! », peut appartenir à des formations discursives entièrement distinctes, suivant qu'elle proteste, comme au XVIIIe siècle, contre la confusion des prisonniers avec les fous ; ou réclame au contraire, comme au XIXe, des asiles qui sépareraient les fous des prisonniers ; ou encore s'élève aujourd'hui contre une évolution du milieu hospitalier ». Gilles DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, op. cit., note 29, p. 23.

⁷⁹⁸ M. FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988*, T. I, op. cit., note 684, p. 677-678.

⁷⁹⁹ « On est passé progressivement du traitement des troubles psychiques (...) à la médicalisation systématique de la simple souffrance existentielle ». Alain EHRENBURG, *L'individu incertain*, Paris, Hachette Littératures, 1995, p. 147.

⁸⁰⁰ Foucault comprend le jeu des interfaces dans l'ordre des discours selon trois axes de dépendances : « dépendances *intradiscursives* (entre les objets, les opérations, les concepts d'une même formation) ; dépendances *interdiscursives* (entre les formations discursives différentes : telles les corrélations que j'ai étudiées dans *Les mots et les choses* entre l'histoire naturelle, l'économie, la grammaire et la théorie de la représentation) ; dépendances *extradiscursives* (entre des transformations discursives et d'autres qui se sont produites ailleurs que dans le discours ; telles les corrélations étudiées, dans *Histoire de la folie* et *Naissance de la clinique*, entre le discours médical et tout un jeu de changements économiques, politiques, sociaux) ». M. FOUCAULT, *Dits et Écrits 1954-1988*, T. I, op. cit., note 684, p. 680.

⁸⁰¹ On doit tout de même saisir le caractère « naturel » de leur appariement qui tient au fait que, « les diagnostics et les traitements psychiatriques s'avèrent un enjeu essentiel de cette normalisation des conduites et de la naturalisation des normes sociales. C'est à la psychiatrie - rebaptisée santé mentale - que l'on confie la tâche de construire des normes et de définir des déviations sociales en masquant leur dépendance culturelle, sociale et politique. Depuis le XIXe siècle la psychiatrie n'a eu de cesse d'être sollicitée pour constituer un sujet éthique. C'est la raison pour laquelle la géopolitique de cette discipline s'est située volontiers dans le pli du médical et du juridique ». Roland GORI : « Thérapies molles recherchent désespérément pathologies flexibles », op. cit., note 767, p. 144.

« dans la psychiatrie, il y a eu, depuis deux siècles maintenant, un désir de l'annexion de la criminalité. Et on ne peut comprendre le fonctionnement de l'expertise psychiatrique actuelle si on ne tient pas compte, d'une part, de la pratique pénale et, d'autre part, de la psychiatrie et du besoin que la pratique psychiatrique en général a de l'expertise médico-légale ». Toute la pratique psychiatrique a besoin qu'il y ait des experts, qu'il y ait des interventions de la psychiatrie en tant que telle dans le domaine pénal »⁸⁰².

Il n'en demeure pas moins que l'intrigue épistémique provoque des situations d'incertitude dans les deux disciplines : punit-on parfois injustement un malade, et soignons-nous un criminel qui devrait être plutôt puni? Le concept d'épistémè⁸⁰³ surprend l'édification des sciences dans leurs tâtonnements, plutôt qu'il ne réaffirme l'assomption intègre ou la splendeur de vérités universelles préexistantes. Il suffit de rappeler la définition que fournit Pinel (1745-1826) pour établir la thérapeutique de la folie comme un « art de subjuguier et de dompter, pour ainsi dire, l'aliéné, en le mettant dans l'étroite dépendance d'un homme qui, par ses qualités physiques et morales, soit propre à exercer sur lui un empire irrésistible et à changer la chaîne vicieuse de ses idées »⁸⁰⁴.

4.9 Politique de la désinhibition : du sujet souverain au sujet assisté

Les inhibitions plus générales du moi suivent un autre mécanisme qui est simple. Lorsque le moi est impliqué dans une tâche psychique d'une difficulté particulière, par exemple un deuil, une énorme répression d'affect (...), il connaît un tel appauvrissement de l'énergie disponible pour lui qu'il est obligé de restreindre sa dépense en beaucoup d'endroits à la fois, comme un spéculateur qui a immobilisé ses fonds dans ses entreprises⁸⁰⁵.

⁸⁰² Michel FOUCAULT, «Table ronde sur l'expertise psychiatrique», dans M. FOUCAULT, *Dits et Écrits* II, op. cit., note 110, p. 664-675; p. 664; paru dans la revue *Actes. Cahiers d'action juridique* [déc. 1974 - janv. 1975 - no. 5-6], p. 46-52.

⁸⁰³ « L'épistémè vient briser le rêve de l'unification des sciences en étudiant plutôt les types différents de transformations qui affectent les objets, les opérations et les concepts dans une formation discursive ». Bernard ANDRIEU dans Stéphane LECLERCQ (dir.), *Abécédaire de Michel Foucault*, Paris, Sils Maria Éditions, 2004, p. 47.

⁸⁰⁴ Philippe PINEL, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, Paris, Cercle du Livre précieux, 1965, p. 58. Nul besoin non plus de rappeler la panoplie des instruments de torture « médicale » inventée pour soigner les malheureux. Sur cette question voir Bernard DE FREMINVILLE, *La Raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous ?*, Paris, Seuil, 1977.

⁸⁰⁵ Sigmund FREUD, *Inhibition, symptôme et angoisse*, Paris, PUF, 1951, p. 5.

(...), Mais puisque l'idée que l'on se fait de l'âme reflète l'état moral de la société, cette idée change quand cet état change⁸⁰⁶.

La philosophie actuelle de l'esprit s'attache à reconsidérer les préjugés moraux qui gouvernaient l'ancienne psychologie⁸⁰⁷. C'est à travers une longue série d'influences morales, en particulier celle du stoïcisme et plus tard celle du thomisme, que la conscience a pu progressivement être confondue avec le sujet de droit moderne. Lieu de la délibération morale, de l'exomologèse⁸⁰⁸, elle culmine dans le geste objectivant inclus dans l'obsession d'un « à partir de soi-même » que la modernité comprend comme son ultime point d'achèvement. Peter Sloterdijk rappelle les paramètres à l'intérieur desquels la subjectivité opère :

« La subjectivité bien comprise implique ainsi constamment la capacité d'agir, cela cependant non pas dans le sens d'un *raptus* irrationnel ou de l'*acting out* de tensions pulsionnelles non résolues (...). Il faut toujours intégrer cette tâche à sa réflexion lorsqu'on parle de l'être-sujet comme d'une « action menée de son propre chef » (...). Un entrepreneur est constamment en passe d'agir, « à partir de soi-même » (...). »⁸⁰⁹.

Sloterdijk prend soin de distinguer la subjectivité de la désinhibition pure et simple, même si l'enjeu de l'inhibition et de la désinhibition reste la matrice à partir de laquelle la subjectivité peut être comprise, voire réduite. Cette condition du sujet moderne est précisée par Sloterdijk en ces termes :

« La figure dominante de la modernité n'est donc pas du tout la surabondance d'intériorité réfléchissante (...) pas plus que l'état d'inhibition persistante qu'induit celle-ci; elle se manifeste dans une hésitation pragmatique à laquelle on parvient le plus souvent à mettre un terme dans des délais raisonnables (...). Il devient manifeste que la mission de la réflexion est de préparer la désinhibition souhaitée. Dans de très rares exceptions seulement, la pensée des modernes prend une fonction visant par principe à ajourner l'acte – ce qui permet du reste de conclure qu'à l'époque de

⁸⁰⁶ Émile DURKHEIM, cité dans *La règle sociale et son au-delà inconscient*, Paul-Laurent ASSOUN et Markos ZAFIROPOULOS (dir.), Paris, Anthropos-Economica, 1994, p. 191.

⁸⁰⁷ Voir sur cette question, Daniel ANDLER, *Introduction aux sciences cognitives*, Paris, Gallimard, 1992. Et Gérard M. EDELMAN, *Biologie de la conscience*, Paris, Édition Odile Jacob, 2000.

⁸⁰⁸ Sur la question importante de l'exomologèse, voir Jean-Michel LANDRY « Généalogie politique de la psychologie. Une lecture du cours de Michel Foucault. Du gouvernement des vivants (Collège de France, 1980) », no. 25, vol. 1, 2007, *Raisons politiques*, p. 31-45. Dans l'histoire du christianisme, l'exomologèse désigne d'aveu détaillé par un pénitent de ses fautes.

⁸⁰⁹ P. SLOTERDIJK, *Le palais de cristal*, op. cit., note 80, p. 86-87.

la modernité, il n'est rien de plus invraisemblable que l'attitude de la philosophie contemplative »⁸¹⁰.

L'expression « à partir de soi-même » résume toutes les circonstances qui précèdent un mouvement brusque ou calculé et renvoie au statut implicite d'être continûment sous pression. Le sujet moderne n'est plus tant celui qui réfléchit à son action avant de la poser, que celui dont la réflexion doit conduire à l'action. Et le penser moderne apparaît comme le point d'embrayage, l'enclenchement d'une résolution inéluctable vers ce qui engage un mouvement extérieur. Le sens de cet agir ne saurait être trouvé ailleurs qu'entre deux moments désinhibiteurs à l'intérieur de l'économie de la contrainte, des figures de l'automatisme et de ce qui, une fois déclenché, ne peut s'interrompre. Directe héritière de la notion d'arc réflexe par son trajet neurologique, cette économie illustre la représentation d'un itinéraire dans lequel

« la volonté va des idées aux muscles, suivant ainsi le trajet de l'« arc réflexe » et l'homme devient un être en état de lutte, de conflit interne entre l'automatisme toujours présent, car primitif, et une volonté qui associe rationnellement les actes aux idées. Il ne s'agit pas d'un simple étagement des structures psychiques antagonistes : le modèle est bien fonctionnel et tout homme, finalement, dans ce conflit, se fixe une « morale de combat » (...). L'automatisme est, à tous égards, primitif et répressif, mais utile, car il désigne aussi le danger perpétuel que chacun porte en soi et qu'il doit s'efforcer de conjurer – sous peine que la société le prenne en charge, on sait comment »⁸¹¹.

Faire naître l'action d'un état neurologique depuis la mêlée réflexe des inclinations plutôt que depuis celle de la délibération intérieure assortie d'un choix conscient déplace le centre de gravité de l'acte volontaire⁸¹². Le glissement du psychologique au neurologique laisse du sable dans l'engrenage de l'imputabilité; bien malin celui ou celle qui pourrait remonter après-coup la chaîne causale des événements déclencheurs, calibrer le quantum d'excitation ou la part de souvenirs désagréables qui enclenchent une action violente ou criminelle. L'*actus reus* n'est ni la copie conforme de l'élément mental de l'intention et l'action son photofinish.

⁸¹⁰ Idem., p. 93.

⁸¹¹ Jean-Claude BEAUNE, *Le vagabond et la machine*, op. cit., note 68, p. 227.

⁸¹² Paul Valéry oppose la spécificité de l'acte libre ou volontaire à la généralité neurologique de l'acte réflexe en ces termes : « L'acte *libre* diffère de l'acte subi, par le temps. Il n'est pas d'acte libre dans un temps de même ordre de grandeur que l'ordre de grandeur du temps réflexe. Il faut que l'acte libre ait eu au moins le temps d'être révoqué. Il est celui qui ne se produit qu'après un temps suffisant pour que son image se soit prononcée et ait pu donner naissance à une réponse négative ». Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 630.

Dans ce contexte, le droit criminel moderne ne s'adresse plus au sujet moral ni ne le rencontre; il trouve désormais sur son chemin les formes inédites d'un sujet cinétique pour lequel prime l'intérêt immédiat, la gratification instantanée. Le temps se condense dans cette agitation; dans ce contexte, une solution *à long terme* n'en est jamais véritablement une. Les troubles mentaux gravitent autour des comportements extérieurs plutôt qu'ils ne résultent de contradictions et de blocages psychiques. Être autonome constitue le maître mot décrivant l'expérience subjective contemporaine.⁸¹³ Or, cette disposition requiert paradoxalement un appui, une sorte de tutorat que les sociétés démocratiques ne sont plus à même de fournir. Cette aporie de l'autonomie démocratique est décrite par Marcel Gauchet en ces termes :

« Nous associons d'évidence instinctive le dégagement de l'individualité avec l'affirmation de la liberté intérieure, traduction psychologique du principe juridique de l'autonomie de la volonté. Ce que ramasse le cliché du sujet « bourgeois », aussi pleinement maître de lui-même qu'indépendant au regard de l'extérieur. Or la réalité est tout autre. Cette image de la souveraineté du dedans correspond historiquement à une phase de compromis : pour s'insérer dans le travail de contestation de l'ordre imposé du dessus, elle n'en suppose pas moins secrètement l'appui de cette obligation d'appartenance que par ailleurs elle contribue à ébranler. De sorte que l'advenue de la société des individus émancipés se traduit en profondeur par la ruine des fondements de la possession de soi. L'homme délié de l'assujettissement au collectif est l'homme qui va devoir se découvrir intérieurement asservi »⁸¹⁴.

Il importe de suivre le glissement qui va de l'affirmation philosophique de l'état autonome du sujet à l'exigence normative d'autonomie à propos de l'imputabilité ou du mérite. Coût social de l'échec d'une pareille requête d'autonomie, la dépression dépasse les milliards de dollars au Canada⁸¹⁵. Aussi étonnante que puisse paraître l'ampleur de ce fait, peu

⁸¹³ Pour l'histoire de la notion d'autonomie dans la philosophie moderne, voir Jerome B. SCHNEEWIND, *L'invention de l'autonomie. Une histoire de la philosophie morale moderne*, Paris, Gallimard, 2001, 774 p. Pour l'histoire du déploiement des notions d'autonomie juridique et de droit subjectif, voir Nicolas ISRAËL et Laurent GRYN, *Généalogie du droit moderne. L'état de nécessité*, Paris, Payot, 2006, en particulier, le chapitre 3, p. 61-77.

⁸¹⁴ M. GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op. cit., note 698, p. 11-12.

⁸¹⁵ « La dépression n'est pas seulement un problème de santé mentale. C'est aussi un gouffre financier. Au Canada, son coût est évalué à 50 G\$ par année (dont 33 G\$ pour les entreprises) par le Centre de toxicomanie et de santé mentale établi à Toronto. La facture a explosé depuis 2001, car Santé Canada estimait le coût de la dépression à 14,4 G\$ à l'époque. Sur 1000 travailleurs, une vingtaine vivra un arrêt de travail pour un problème de santé mentale. La durée moyenne des interruptions est de 65 jours. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), la dépression est d'ailleurs en voie de devenir la deuxième plus importante cause d'invalidité dans le monde, derrière les maladies coronariennes. D'autre part, une productivité moins grande et le coût des

d'experts en sciences humaines ne discutent ou ne contestent la mécanique inflationniste de la dépression tant par rapport à ses coûts qu'en regard du caractère proprement insolite de la multiplication pandémique des diagnostics de cette affection⁸¹⁶. Tout se passe comme s'il s'agissait d'une donnée brute aux conséquences inéluctables.

Cette surdité sociale à l'égard des effets pratiques et du prix de ce mal-être peut trouver bon nombre d'explications. Elle correspond peut-être au refus d'admettre l'apparition d'un néo-sujet, le passage d'une conscience d lib ratrice à l'existence d'une subjectivité purement formelle, d nucl e, dessaisie de sa capacité morale de répondre. En effet, il paraît plus simple pour les sociétés de traiter des individus «   la pièce »⁸¹⁷ et sous l'angle de la normativité médicale que de remettre en cause les processus de désubjectivation qui vont de pair avec le triomphe du néo-libéralisme. Les discours institutionnels ont beau tourbillonner autour de notions comme la reddition de compte, l'imputabilité ou l'autonomie; ils n'en tournent pas moins à vide.

Il importe de dénoncer ici la confusion abusive entre l'existence de l'imputabilité véritable et l'idéologie sous-jacente aux discours entourant l'incitation à ne s'en remettre qu'à soi-même. Irène Jonas plante le décor où se r agencent les figures apprises et les masques convenus de ces nouveaux rapports de pouvoir :

médicaments contribuent à gonfler les dépenses. Les chiffres grimpent notamment parce que l'on détecte mieux le problème, explique Jean-Luc Taschereau, président de la Fondation des maladies mentales. Par contre, ajoute-t-il, «on constate une progression de la dépression, qui a augmenté du tiers de 1995   2001». En plus des absences, la dépression entraîne le présentéisme. «Ce sont des individus qui n'offrent pas la performance à laquelle on s'attend, mais qui sont au travail malgré tout, souligne M. Taschereau. Souvent, les employés pensent que la dépression va passer comme un mauvais rhume. Ils ont peur d'être mal perçus dans l'entreprise, ce qui fait en sorte que trois individus sur quatre n'iront pas consulter un médecin ». Article publié le 3 août 2011 dans la revue *Les Affaires*. Consulté sur Internet le 28 novembre 2011 <http://argent.canoe.ca/lca/affaires/quebec/archives/2011/08/20110803-161846.html>

⁸¹⁶ Il y a bien sûr des analyses sociologiques éclairantes comme celles d'Alain Ehrenberg ou de Philippe Pignarre, mais aucune stratégie de freinage de cette hémorragie humaine et financière. Malgré l'affolante production de diagnostics de dépression, il ne semble pas y avoir d'instance critique dans le milieu de la santé mentale pour en contester l'abondance. Une sorte de fatalisme statistique paraît désormais compris dans le coût de revient du fonctionnement social néo-libéral. Les programmes de prévention en entreprise, ou encore ceux de sensibilisation sociale à la maladie dépressive, ne font apparemment qu'agir comme multiplicateurs dans la découverte de nouveaux cas. Cette absence de distance critique est ce qui donne le plus à penser dans cette dérive comptable.

⁸¹⁷ C'est l'une des caractéristiques de l'idéologie que de produire l'impression de s'adresser en propre à chaque individu en particulier : « Il n'y a d'idéologie que par le sujet et que pour les sujets. Entendons : il n'y a d'idéologie que pour des sujets concrets ». Louis ALTHUSSER, *Positions (1964-1975)*, Paris,  ditions Sociales, 1976, p. 110.

« L'autonomie est à l'ordre du jour. Il est globalement accepté qu'au modèle autoritaire et d'obéissance à la maison, de soumission à l'école et au travail, se soit substituée une socialisation, une éducation et un management qui prétendent rendre les individus autonomes et responsables de leur vie affective, de leurs parcours scolaires et de leur propre sort sur le marché du travail. (...) Chaque société, pour son bon fonctionnement, cherche à faire acquérir à ses membres un type de caractère social qui lui correspond »⁸¹⁸.

Elle prend soin de distinguer « faire acquérir à ses membres un type de caractère social qui lui correspond », de la démarche qui consisterait pour les membres à conquérir de haute lutte leur autonomie. En ce qui a trait à l'autonomie, l'injonction des managers modernes demeure à cent lieues de l'invitation des Lumières à penser par soi-même. C'est que le mode d'assujettissement des contemporains procède par les normes plutôt que par la Loi et il met en cause des liens de vie psychique ou de mort sociale⁸¹⁹. Rien d'étonnant que l'addiction⁸²⁰ soit l'horizon de cette nouvelle tenue de soi dans l'espace. Guillaume le Blanc observe ce lien dans la menace permanente⁸²¹ d'exclusion ou de détachement des individus des bords du social :

« Là se situe l'opération majeure de l'homme typique créé par les normes : construire une autonomie dans l'assujettissement même. L'autonomie ne désigne pas un principe philosophique de réelle

⁸¹⁸ Irène JONAS, *L'individu auto-déterminé*, op. cit., note 259, p. 9 et 11.

⁸¹⁹ Sur cette question des liens vitaux du sujet moderne au social (et non plus tant à la société), Le Blanc reprend aux analyses de Judith Butler et à son important ouvrage *La vie psychique du pouvoir* de même qu'aux conceptualisations de Giorgio Agamben dans *Homo Sacer* pour y ajouter le concept d'« invisibilité sociale » et décrire les modes de disqualification éventuelle des individus selon trois régimes d'anonymisation du soi : « l'invisibilité sociale n'est pas une donnée immédiate de la vie ordinaire mais un effet de la marginalisation dont l'origine est toujours la marginalisation de l'une des formes majeures de l'institution de l'humain, la forme-travail, la forme-famille, la forme divertissement, etc., qui s'accomplit en règle générale dans un cumul des marginalisations [...]. L'invisibilité sociale se comprend alors comme le fait de n'être personne ». Guillaume LE BLANC, *L'invisibilité sociale*, Paris, PUF, 2006, p. 6.

⁸²⁰ La notion d'addiction lorsqu'elle implique des substances thérapeutiques ne doit pas être comprise dans son seul registre pharmacologique. Elle se constitue tout autant comme une politique que comme une nouvelle manière d'être au monde. Tentative individuelle calculée de conjuguer autonomie et assujettissement, elle réalise l'autonomie dans l'assujettissement par les voies du compromis moléculaire. Être avec et sans, y étant tout en n'y étant pas selon le mode d'être syncopé par l'extrême exposition de soi du sujet moderne tout en préservant la décision individuelle de persévérer, de s'y tenir.

⁸²¹ Cette menace permanente et la vulnérabilité des individus entretenue quant à leur statut s'entend comme la méthode de précarisation de la vie ordinaire implicite au fonctionnement normatif du monde néo-libéral et à l'accroissement planifié des hommes en périphérie de l'existence « normale » selon des mouvements de crises, des roulements de personnels ou des restructurations. Le Blanc écrit, « le précaire n'est certes pas hors-société, mais son mode de vie, de plus en plus fantomatique, l'exclut des relations de pouvoir et le prive, potentiellement ou effectivement, de toutes les assises dont une vie a besoin pour se développer. Les précaires, les chômeurs, les surnuméraires, les inutiles forment ainsi une armée fantôme que les nations modernes s'efforcent de cacher par le recours à des mythes différents et à un florilège de mesures ahurissantes ». Guillaume LE BLANC, *Vies ordinaires, vies précaires*, Paris, Seuil, 2007, p. 16.

indépendance. Elle désigne le fait qu'un individu trouve sa raison d'être dans un certain nombre d'expériences même s'il n'en est pas à l'origine. L'autonomie n'est pas non plus une illusion puisqu'elle donne lieu à une justification de l'existence par le sujet qui se pense autonome. (...) L'autonomie et l'assujettissement sont tous deux l'effet des normes sociales qui construisent les comportements individuels et les représentations mentales qui s'y rapportent. Il n'y a alors pas de sens à les opposer puisqu'ils apparaissent comme deux types de normes (...) »⁸²².

L'ouverture sur la panacée moléculaire antidépressive voile ce désarrimage du modèle de la responsabilité. À l'échelle des sociétés et des individus, il équivaut à un déplacement de plaques tectoniques. La modification par les discours des neurosciences de la manière d'expliquer les comportements remet en cause l'architecture de la responsabilité⁸²³. Architecture au sens strict de la représentation du plan même des relations organiques, de la hiérarchie des rôles occupés par la volonté, l'intention et la conscience. L'efficacité de la réponse moléculaire à la détresse objective des individus ne réside pas tant dans la transformation personnelle de ses usagers que dans la promesse de règlement d'une série de problèmes d'une complexité à laquelle aucune pharmacopée ne saurait toutefois répondre. Le caractère idéologique de la promesse pharmacologique réside dans le fait que le comprimé cristallise les contradictions d'une société de consommation axée sur le bonheur, un bonheur granulaire décliné en milligrammes⁸²⁴. Cette rhétorique de l'amélioration de soi est porteuse d'une promesse de réconciliation avec l'état actuel des choses sans modification du contexte économique ou subjectif. Pour que cette doctrine opère, il ne suffit alors que de l'accompagner d'images de neurones et de connexions synaptiques prolongées, et d'études sur la remontée

⁸²² G. LE BLANC, *Les maladies de l'homme normal*, Paris, Vrin, 2007, p. 49.

⁸²³ Sur cette question, Laurence R. TANCREDI « Neuroscience Developments and the Law » dans Brent GARLAND (dir.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*, New York, Dana Press, 2004, p. 71-113.

⁸²⁴ Il faut cependant se garder d'entrecroiser le cours du capitalisme historiquement porteur d'une succession de crises économiques et sociales comme autant d'opportunité d'affaires pour un petit nombre d'individus avec un quelconque usage mystificateur de la médication psychotrope. Les médicaments de l'esprit sont certes des « concentrés idéologiques » surtout lorsqu'ils impliquent la confusion entre le rétablissement de la santé mentale et la poursuite du bonheur. Ce n'est toutefois pas parce que les sociétés néo-libérales en font grand usage que les médicaments serviraient à gommer les contradictions du capitalisme; c'est parce que la finalité des sociétés de consommation n'est jamais ailleurs que dans une certaine idée du bonheur. Autrement dit, derrière la propagation des modes addictifs de conformité, il n'y a pas de calcul sinistre mais un prodigieux effort d'adaptation aux causes et aux conséquences technologiques de la vie moderne. Le spectre du *Meilleur des mondes* demeure l'épouvantail autoritaire commode lorsqu'il s'agit de refuser de penser les enjeux juridiques et politiques de ces passages obligés et des recours aux solutions moléculaires.

dans le plasma sanguin des précurseurs de la sérotonine. C'est la *neurotica obscura* de la condition historique du sujet moderne⁸²⁵. Le monde y apparaît inversé comme dans la critique idéologique de Marx⁸²⁶. Les individus ne ressentent plus les contradictions objectives de leur environnement; ils se saisissent eux-mêmes comme le lieu du problème et de la solution, consentant à suspendre leur faculté critique⁸²⁷. Le charme de ce mirage nécessaire tient au double effet de la survalorisation⁸²⁸ des individus anonymes suscitant des attentions particulières du dispositif social (congé de maladie, remboursement des médicaments, programme d'aide en entreprise, etc.), conjuguée à l'effet démobilisateur quant aux gestes à poser pour se mieux porter. Devant accepter leur souffrance, les raisons d'agir passent par la conviction du lien entre un état présent et une condition neuronale médicalement décrite.

Cette aliénation par rapport au monde des idées médicales pénètre toutes les couches sociales, car elle procède du parfait mélange entre la bienveillance présumée, les miracles répétés des découvertes scientifiques annoncées en grande pompe, et la poursuite des intérêts économiques du plus petit nombre. À l'exception des recherches sur l'armement atomique, la perception de la technique par les populations n'a jamais été appréhendée autrement que dans un enthousiasme sourd; elle suscite les attentes les plus irrationnelles notamment à l'occasion de la biogérontologie pour laquelle le vieillissement est une maladie; le vieillissement tue⁸²⁹.

⁸²⁵ Comme le souligne Danilo Martuccelli, «si une idée essentielle doit être préservée des études sur l'idéologie, c'est justement leur insistance sur le fait qu'elle ne désigne qu'un rapport au réel vécu sur un mode imaginaire. Il s'agit de prolonger l'analyse et de comprendre que le réel ne s'oppose pas à l'imaginaire (comme c'est trop souvent le cas chez Marx), mais que dans notre rapport au monde ils sont inextricablement mélangés. (...) Ce n'est donc pas le vacillement de la frontière entre le réel et l'irréel qui est le véritable problème de la condition moderne, mais le fait que la ligne de démarcation du réel lui-même est désormais d'une nature profondément imaginaire ». D. MARTUCELLI, *Dominations ordinaires. Explorations de la condition moderne*, Paris, Balland, 2001, p. 288.

⁸²⁶ Karl MARX, *L'idéologie allemande (1845-1846), Les intégrales de Philo*, Paris, Nathan, 2001.

⁸²⁷ « Dans l'idéologie, les hommes expriment, en effet, non pas leurs rapports à leurs conditions d'existence, mais la façon dont ils vivent leur rapport à leurs conditions d'existence : ce qui suppose à la fois rapport réel et rapport « vécu », « imaginaire ». L'idéologie est alors l'expression du rapport des hommes à leur « monde », c'est-à-dire l'unité (surdéterminée) de leur rapport au réel et de leur rapport imaginaire à leurs conditions d'existences réelles ». Louis ALTHUSSER, *Pour Marx*, Paris, Maspero, 1965, p. 240.

⁸²⁸ Que s'est-il donc passé au plan social pour que l'on prête attention à de parfaits inconnus qui écrivent : « Vous voulez tout savoir sur moi? Consultez ma page personnelle ! ».

⁸²⁹ Voir Aubrey DE GREY et Michael RAE, *Ending Aging: The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Human Aging in Our Lifetime*, New-York, St. Martin's Press, 2007.

Le discours médico-pharmacologique a permis de justifier et de produire une docilité optimale des populations quant à l'autocompréhension individuelle et au destin politique des États⁸³⁰.

« Prenons l'exemple de la définition que l'OMS donne en 1947 de la santé : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Nous constatons, d'une part, que cette définition provient des aspirations culturelles de l'époque, celle de la Libération, et d'autre part que nos conduites et nos comportements tendent toujours davantage à être placés, du début à la fin de la vie, sous le magistère médical depuis le XVIIIe siècle »⁸³¹.

Bien que tenu de conserver dans l'appréciation des choses leur sens ordinaire, le droit ne devient partie intéressée au plan théorique qu'à partir du moment où la notion de conscience n'occupe plus le foyer central et qu'on soupçonne qu'elle pourrait ne pas jouer le rôle directeur qu'on lui prêtait dans les comportements.

Dans la perspective ouverte par l'inversion du primat de la conscience morale, le prochain chapitre servira d'esquisse descriptive de la réalité du néo-sujet. Il s'agira de montrer comment l'autonomie présumée du sujet du droit moderne est mise à mal par la conjoncture moléculaire du fonctionnement social et aussi comment des dispositifs d'« orthopédies moléculaires », d'assistance, de prise en charge interviennent à chacune des étapes institutionnelles de la mise en forme du néo-sujet pour lui permettre d'affiner sa concentration dans les crises successives des milieux d'éducation ou encore de le consoler des déconvenues du monde du travail. Nous verrons aussi que l'histoire de la subjectivité occidentale est désormais soumise à l'accélération des environnements technologiques, en particulier à la

⁸³⁰ Cette configuration historico-politique s'ouvre sur l'horizon infini d'une prise en charge des populations selon leurs groupes d'âge et d'une sollicitude ambiguë tournant en spirale exponentielle autour de l'allocation des ressources. La logique des dépassements de coût est une donnée admise en santé publique, puisque ce discours de l'apparente dispensation gracieuse ne trouve aucun point d'arrêt économique ni ne s'assigne aucune limite politique. Quel groupe de citoyens québécois s'associerait par exemple, comme ce fut le cas pour de nombreux projets d'exploration énergétique, avec l'intention arrêtée de faire réduire, voire simplement de remettre en cause le prix des services de santé délivrés par un État moderne? Cette folie circulaire culmine dans des scènes qui dépassent l'entendement, alors que se profile dans le jeu de l'offre et de la demande non plus un rapport de force véritable mais plutôt des mécanismes de prise d'otage. Des individus en région dont les impôts ont servi à la formation des médecins les supplient, à travers des stratégies humiliantes de séduction, de venir s'établir à l'extérieur des grands centres urbains, alors que le tarif des actes médicaux est déjà majoré dès que les praticiens daignent sortir de leur pratique citadine. Quel niveau de sidération collective gouverne la situation idéologique du coût des soins?

⁸³¹ Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, « De la société de la norme à une conception managériale du soin », *Connexions*, vol. 1, no. 91, 2011, p. 123, 135.

pharmacologie dont les substances psychotropes constituent un « objet transitionnel » collectif de première importance bien au-delà de son apparente finalité thérapeutique.

Chapitre 5 – Le néo-sujet véritable du droit pénal

On assiste à l'essor d'une nouvelle flore, d'une nouvelle faune d'individus, qui ne saurait croître à des époques plus fermes (...). Ce qui dorénavant ne se construira plus, ne saurait plus se construire, c'est une société dans le vieux sens du terme : pour construire pareil édifice tout fait défaut, à commencer par les matériaux. Nous tous avons cessé d'être des matériaux de construction d'une société : voilà une vérité à l'ordre du jour⁸³²!

Ce chapitre expose les enjeux pharmacopolitiques créés par le fonctionnement des sociétés modernes. Loin de croire que l'augmentation du phénomène dépressif ou encore du diagnostic des troubles de l'apprentissage reflète une sensibilité nouvelle à la santé mentale, les psychotropes opèrent un remaniement subjectif dont nous commençons à peine à percevoir les effets sur le comportement. Plus exactement, ces substances permettent aux individus de supporter les contradictions locales d'un monde dont les moyens de production sont en perpétuelle mutation. Les molécules psychotropes sont en voie de devenir des adjuvants prosthétiques essentiels à la bonne marche des rapports entre sujets et technologies selon la perspective développée par Gunther Anders. Dans ce contexte, nous refermons la boucle ouverte au premier chapitre autour de la validité de l'expertise psychiatrique comme preuve dans un procès criminel, en l'illustrant par deux moments où la Cour d'appel du Québec a eu à pondérer l'existence du trouble dépressif pour un accusé et les incidences de la consommation d'antidépresseurs pour un autre. Dans ce chapitre, les concepts d'affinité élective, de pharmaco-logique, de post-humanisme sont reliés aux notions de défense d'automatisme et de refoulement doctrinal.

* * *

Croyant retrouver dans son analyse des comportements des éléments de ses pré-supposés moraux depuis le dualisme corps-esprit, le droit criminel a toujours été proche de la psychiatrie. Fausse reconnaissance sans doute au plan épistémologique, mais « affinité élective »⁸³³ certaine avec son propre dispositif d'appréciation des conduites, le diagnostic

⁸³² Friedrich NIETZSCHE, *Le Gai Savoir. Oeuvres philosophiques complètes*, Fragments posthumes (1881-1882), Paris, Gallimard, 1967, p. 245 [frag. 356].

⁸³³ La notion d'« affinités électives » (*Wahlverwandtschaften*) n'est pas simplement le maillage alchimique des corps ou encore celle, littéraire, des tempéraments comme l'entendait Goethe. Cette notion a été reprise dans

tantôt précédant le jugement moral pour le permettre, tantôt s’y substituant pour le désavouer et annuler les mécanismes de l’imputabilité. Historiquement, le droit criminel s’est d’abord avisé de tenir la psychiatrie en piètre estime : « Dans le cas où la folie est évidente, point n’est besoin de médecin pour l’affirmer; dans ceux où elle est douteuse, c’est-à-dire là où on aurait besoin d’un expert, la science du médecin ne lui permet pas de juger »⁸³⁴. Entendons ici, pas mieux que ne saurait le faire un juriste. Contiguïté morale apparente en premier lieu, fréquentations assidues ensuite, puis une manière de s’éprendre pour ne plus se déprendre, jusqu’à la logique de la cohabitation selon un partage présumément rigoureux des espaces. La prétention hégémonique du discours explicatif de la psychiatrie naissante exigeait la reconnaissance sociale que seul rendait possible le théâtre du droit. Très tôt à l’étroit dans l’exiguïté du champ asilaire, la publicité des assises criminelles allait désormais conforter le psychiatre dans son rôle d’expert et confirmer son autorité au milieu des luttes de pouvoir entre chacune des spécialités au sein de l’institution médicale⁸³⁵. Vitrine de la psychiatrie en matière d’appréciation des conduites inexplicables, le droit n’a quant à lui guère bénéficié de ce mariage des raisons, de l’union intéressée au terme de laquelle son discours se trouve finalement subordonné à l’apparence scientifique des « faits médicaux », et la superbe morale de son jugement déclassé par l’agrégat conjectural d’entités linguistiques mystérieuses désignant tantôt des états mentaux, tantôt la description de processus psychiques incertains.

Issues de cette mésalliance initiale, les nouvelles représentations du fonctionnement de la réalité psychique des sujets viennent au droit pénal par bribes, tamisées tout autant par l’expertise psychiatrique à l’occasion de moyens de inusités de défense (par exemple le

l’œuvre de Max Weber et elle s’apparente à la familiarité avec laquelle les discours disciplinaires s’assimilent par delà les mutations historiques de leur finalité autoritaire. Weber décrit le fonctionnement de ces « affinités » en ces termes : « Quand les deux éléments - par exemple, un système social et un « esprit » culturel - sont liés par « un degré d’adéquation particulièrement élevé » et entrent en rapport d’affinité élective, ils s’adaptent ou s’assimilent réciproquement (*aneinander anzugleichen trachten*), jusqu’à ce que « finalement, un développement d’une intime et inébranlable unité s’installe ». Michael LÖWI, « Le concept d’affinité élective chez Max Weber », *Arch. de Sc. soc. des Rel.*, vol. 2, 2004, p. 93, 99.

⁸³⁴ Michel SANCHEZ-CARDENAS et Marcel ZINS-RITTER, *Une mère tue son enfant*, op. cit., note 789, p. 42.

⁸³⁵ La contribution involontaire du droit à la reconnaissance du statut social de la psychiatrie se voit aujourd’hui accentuée par le prestige pharmacologique dont jouissent les diverses molécules psychotropes. Sans s’astreindre à quelque effort de théorisation de la conscience ou de la volonté et en se contentant d’invoquer les bases objectives d’une « phrénologie » nouvelle par imagerie médicale, le dispositif psychiatrique voudrait s’arroger le privilège de la distribution exclusive des médicaments et aussi des discours rituels entourant leur dispensation au malheureux. Dans ce cas, on ne parlera plus de mariage intéressé mais bien d’enrichissement sans cause.

« syndrome de la femme battue » repris dans l'arrêt *Lavallee*⁸³⁶), que par l'élargissement progressif des critères de responsabilité sous la dictée du DSM IV. Tout se passe comme s'il suffisait d'incorporer à l'édifice des pratiques courantes quelques appartements aux divisions insolites en feignant de n'avoir jamais porté atteinte à l'intégrité objective de l'architecture volontariste ou intentionnelle à partir de laquelle le droit criminel apprécie les comportements subjectifs. Historiquement, une fracture importante sépare pourtant deux continents de théories

⁸³⁶ R. c. *Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Sans revenir sur la validité formelle de la preuve d'expert fournie par un psychiatre, passage obligé de l'arrêt et question que nous avons traitée en introduction, il importe de souligner que la singularité de l'affaire *Lavallee* réside dans l'effort pour rabibocher un syndrome « psychiatrique » autour de la situation de la « femme battue » (désignant désormais une catégorie de personnes dont les traits psychologiques appartiennent à une entité nosographique de la psychiatrie moderne) en chamboulant les règles d'admissibilité de la légitime défense en droit criminel. J'exclus ici, pour les fins de cette analyse, la pertinence des discours féministes saluant le caractère novateur de cet élargissement de la légitime défense sinon pour souligner que cette sensibilité récente du plus haut tribunal est justement possible non pas tant en raison de la prise en compte sociologique d'un fait social, mais dans sa retraduction médicale par la notion de « syndrome ». Cette influence d'une normativité étrangère à celle du droit illustre assez bien les affinités électives entre des champs de connaissance concernant les états mentaux et cela, malgré les objections entourant l'application de l'article 34 (2) a), b) du Code criminel, ou encore par rapport au sens ordinaire relatif à des moyens de défense traditionnellement établis. Cet effort consiste à étendre la légitime défense à une réaction dans la durée sans la limiter au critère d'*imminence* d'une *attaque* mortelle ou susceptible de causer des lésions corporelles graves. Un pareil réarrangement de la légitime défense implique une reconnaissance de la force probante de témoignages d'experts psychiatres en dépit du sens restrictif reconnu par la communauté juridique dans l'admission de ce moyen d'exonération. Il implique de faire prévaloir la condition *subjective* de l'accusée, victime d'une relation particulièrement orageuse ponctuée par des menaces et de la violence physique faisant en sorte qu'elle pouvait croire que sa vie était en danger même si, au moment de tuer son ancien agresseur, ce dernier lui tournait le dos. Ce n'est que parce que l'expert a apparemment une connaissance supérieure à celle du profane sur l'état d'esprit des personnes qui subissent ce type de sévices que prévaut sa conclusion (de crainte de mort imminente ou de blessures graves) sur la circonspection habituelle du droit relative à l'application de critères stricts dans l'admission de cette défense. La fréquence des agressions physiques et des vexations psychologiques sont susceptibles, aux yeux de l'expert, de créer un contexte psychologique particulier où une victime en vient à craindre *en tout temps* pour sa vie. En désignant par le terme de syndrome les conséquences psychologiques d'une réalité sociologique inacceptable, l'expertise psychiatrique s'écarte de la solution habituelle selon laquelle la violence subie par une femme se résout dans la plupart des cas par l'intervention de la police et des tribunaux (et la protection de la victime en maison d'accueil). Il est difficile de comprendre que la Cour Suprême du Canada n'admette pas d'étendre l'usage du mot « syndrome » à d'autres contextes humains difficiles. Par exemple, l'ouverture d'une défense « d'homicide par compassion » plutôt que de « meurtre par compassion » qui jusqu'à maintenant n'a pas empêché des condamnations sévères. Cette défense non encore admise pourrait-elle « muter » elle aussi dans les cas où des proches, impuissants à apaiser la souffrance d'un être aimé et médicalement convaincus du caractère irrémédiable de sa condition, ne peuvent rien y changer? Selon cette logique, comment ne pas imaginer qu'une défense de « syndrome des aidants naturels » ne puisse être admise et retenue? Renverser les exigences objectives d'une défense pour privilégier des éléments subjectifs peut certes se justifier; mais ce renversement doit être assorti d'un cadre conceptuel qui permette d'établir la portée générale de ce retournement et son applicabilité à d'autres situations. La singularité d'un « cas d'espèce » n'est jamais suffisamment restrictive ou à ce point singulière qu'elle réussisse à faire oublier que le cheminement qui l'intègre à la logique d'une défense établie peut être réemprunté, et que l'exception menace ou demeure susceptible d'annuler à tout moment la règle.

psychologiques en Occident et aurait dû, d'une manière générale plutôt qu'à la pièce, remanier le rôle de la subjectivité par rapport au schème pénal. Les mouvements « sismiques » des paramètres de la psychopathologie et des conceptions subjectives ne peuvent jamais avoir lieu sans engager implicitement, voire obligatoirement, un réajustement des mécanismes de l'imputabilité pénale. Comme le remarque le sociologue Marcel Gauchet,

« à la base de la révolution dans l'idée de sujet que marque, autour de 1900, l'émergence de l'inconscient (...) ce sont les développements de ce double processus d'inclusion de la folie et de la redéfinition de l'individualité que l'on retrouve. (...) Il s'agit de rendre le surgissement de la figure du sujet scindé de lui-même à son inscription dans le devenir. Il s'enracine dans l'extension et dans les remaniements du champ psychopathologique; il s'ancre dans la refonte de l'identité personnelle suscitée par les multiples progrès du régime de déliaison des êtres; il correspond en ultime ressort à l'advenue brutale, au terme d'un siècle de gestation confuse, d'une forme inédite de la réflexivité, d'un nouveau schème général du rapport à soi passant non par l'unité, la proximité ou la présence, mais par la division, au rebours des habitudes de la pensée les mieux assises, et cela aussi bien dans l'ordre du fonctionnement collectif que dans le registre de l'expérience individuelle »⁸³⁷.

Quoi qu'il en soit, l'intégration progressive par les tribunaux des explications à caractère psychologique jusqu'à l'admission ponctuelle du diagnostic comme partie intégrante d'un moyen de défense, ce qui naguère aurait dépassé l'entendement pénal habituel⁸³⁸, révèle l'émergence et la reconnaissance de l'existence d'un continent nouveau de déterminismes psychiques encore inexploré et susceptible d'être soustrait au champ de la responsabilité⁸³⁹. L'intelligibilité des comportements passe dorénavant par la prévalence d'une conception du psychisme en partie dégrevée de son sens moral et résolument attentive aux caractères constitutifs pour la personnalité de facteurs neurologiques, biochimiques et sociaux. Rappelons que la psychiatrie moderne « partage » avec le droit criminel l'absence d'une théorie explicite du sujet; en conséquence, elle ne dispose pas non plus d'une doctrine de la responsabilité. Est-ce la raison pour laquelle ces deux discours normatifs gravitent

⁸³⁷ M. GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op. cit., note 698, p. 14.

⁸³⁸ Évoquons à titre d'exemple la décision récente dans l'affaire du cardiologue Guy Turcotte qui au moment d'écrire ces lignes, n'avait pas été tranchée en appel.

⁸³⁹ Sans entrer dans les polémiques entretenues par le « populisme pénal », cet élément de prédilection masquant l'absence de politique du conservatisme, il n'en demeure pas moins « qu'entre 1992 et 2010, les verdicts de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ont triplé au Canada (...) ». Voir sur cette question les remarques de Jean-Claude Hébert dans la Revue du Barreau, <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol43/201110.pdf>

indistinctement autour des pôles de l'anormalité et de la déviance, de la vignette descriptive comme du texte infracteur dans l'orbe du sujet absent, à la « lumière » de son éclipse⁸⁴⁰?

Cette prise en compte de contingences contre lesquelles un sujet jusqu'à maintenant ne pouvait agir s'inscrit dans une perspective élargie non seulement par le refus de la douleur sous toutes ses formes⁸⁴¹, mais davantage encore par l'extension du concept de « bien-être » solidaire de la définition de la santé formulée en ces termes dès 1946 par l'Organisation mondiale de la santé : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »⁸⁴². La dernière partie de cette assertion n'a plus tant une fonction descriptive que prescriptive : elle ouvre sur l'horizon asymptotique de confort promis par les sociétés de consommation avancées⁸⁴³, sociétés dans lesquelles les formes traditionnelles d'encadrement de la subjectivité se « liquéfient »⁸⁴⁴, pour

⁸⁴⁰ Selon le psychiatre Marcel Czermack, « la question de la théorie du sujet, qui est au cœur de notre expérience, reste tout à fait essentielle. Sans m'avancer sur cette question, je rappelle qu'elle est absente de la psychiatrie et qu'elle se présente avec la spontanéité du sens commun, quand elle ne relève pas de la norme statistique ». M. CZERMACK, « Y a-t-il une doctrine de la responsabilité en psychiatrie ? », dans Thierry Jean (dir.), *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, Paris, Éres, 2009, p. 11, 13.

⁸⁴¹ On pense ici à la mise en place, dans les pays développés, de politiques contre toutes les formes de harcèlement, mais surtout à l'explosion des solutions pharmaceutiques offertes aux citoyens dans le cadre des épreuves et des tensions inhérentes à l'intégration à la vie sociale, de l'école jusqu'au milieu de travail. À titre d'exemple, et sans revenir sur les psychostimulants distribués aux enfants d'âge scolaire, rappelons les efforts récents de Purdue Pharma pour ajouter une « indication » pour l'usage par des enfants de l'oxycotin, puissant opiacé responsable d'un nombre important de décès par *overdose* chez l'adulte et réputé pour induire des effets addictifs rapides : « In a bid to extend the patent on its OxyContin painkiller by six months, Purdue Pharma is running clinical trials on more than 150 children between the ages 6 and 16 years old who have « moderate to severe » pain and would require opioid analgesics, according to reports. If the results pass muster with the FDA, the drugmaker can ring the register for another six months beyond April 2013, when the OxyContin patent expires ». <http://www.pharmalot.com/2012/07/little-addicts-purdue-test-oxycotin-on-kids/>. Consulté le 11 juillet 2012.

⁸⁴² Dans les sociétés développées, cette idéologie du bien-être paraît s'être ajoutée à la liste des droits fondamentaux. Elle constitue en tout cas l'horizon de sens sur lequel se profile dorénavant le néo-sujet réputé hypersensible.

⁸⁴³ La poursuite de cet état de confort implique la médicalisation pratiquement totale du champ existentiel qu'occupait la souffrance psychique dans le développement des individus. Comme le remarque Alain Ehrenberg, « on est passé progressivement du traitement des troubles psychiques (...) à la médicalisation systématique de la simple souffrance psychique existentielle ». A. EHRENBURG, *L'individu incertain*, op. cit., note 799, p. 147. Notons que les thèses connues d'Ehrenberg paraissent s'appuyer sur une réfutation des théories du malaise développées par Melman, Lebrun, Gori et Stiegler. Mais Ehrenberg s'emploie plutôt à découvrir des vertus iréniques à l'émancipation des mœurs ou à l'illustration sociologique des thèses sociologiques de Norbert Élias sur la « société des individus ».

⁸⁴⁴ Ces sociétés sont les héritières de la « liquidation » des structures institutionnelles naguères décrites par Durkheim comme « quelque chose qui fixe, institue en dehors de nous, certains modes d'action et certains jugements qui ne dépendent pas de chaque volonté particulière prise séparément; quelque chose qui se

finalement forcer les sujets à se fondre à leur « réalité enrichie »⁸⁴⁵, c'est-à-dire à un environnement surdéterminé par des impulsions technologiques incessantes. Si les formes nouvelles et la substance de la subjectivité procèdent de la « liquidation » des institutions, elles n'en sont pas pour autant dissoutes. Le sujet moderne obéit aux destins « matériels » et « formels » de la plasticité; état composite qui tient à sa malléabilité, c'est-à-dire tout à la fois à sa capacité à recevoir et à donner une forme, et à sa résistance au choc. Catherine Malabou précise les usages multiples du terme dans leurs fécondes ambiguïtés entre substance et capacité.

« L'enfant, par exemple, est dit « plastique » par comparaison à une matière malléable. L'adjectif « plastique » toutefois, s'il s'oppose à « rigide », « fixe », « ossifié », ne signifie pas pour autant « polymorphe ». Est plastique ce qui garde sa forme, comme le marbre de la statue qui, une fois configuré, ne peut retrouver sa forme initiale. « Plastique » désigne donc ce qui cède à la forme tout en *résistant* à la déformation. (...) La matière plastique est une matière de synthèse susceptible de prendre formes et propriétés diverses suivant les usages auxquels elle est destinée »⁸⁴⁶.

La technologie incite à comprendre l'histoire des sociétés occidentales et la réingénierie des comportements en dehors de la progression linéaire et des transitions. Alors que les êtres humains dont le destin paraît solidaire des technologies s'engagent dans des actions décisives irréversibles, il ne leur est pas loisible de retrouver des états antérieurs. Témoins du caractère irrésistible de cette tangente, les explications humanistes des sciences sociales décrivent avant tout sous le mode objectif ce qui est laissé derrière et ce qu'il en coûte aux individus d'abandonner des formes stables pour des contextes sociaux toujours plus instables. Cultivant parfois le catastrophisme, elles révèlent l'ampleur des nostalgies plutôt qu'elles ne dévoilent des mécanismes inédits de réorganisation pour la simple raison que le contenu des changements excède leur champ immédiat d'application⁸⁴⁷. L'accélération des

« reconnaît au pouvoir de coercition externe » et à la « résistance [qu'il] oppose à toute entreprise individuelle qui tend à lui faire violence ». Nulle « déliquescence » par ailleurs, le sujet moderne est en quelque sorte l'expression et le résultat « plastique » de cette destruction des formes fixes. Cité dans Zygmunt BAUMAN, *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, Paris, La Rouergue/Chambon, 2004, p. 81.

⁸⁴⁵ Pour reprendre l'expression des technologies numériques.

⁸⁴⁶ Catherine MALABOU, *L'avenir de Hegel. Plasticité, temporalité, dialectique*, Paris, Vrin, 1996, p. 21.

⁸⁴⁷ La nouvelle donne d'ajouts technologiques dans le déploiement du dispositif pharmaceutique concerne non plus seulement les patients atteints de « troubles d'apprentissage » ou de « dépression » mais potentiellement l'ensemble des individus dont les tâches ont partie liée avec l'attention méthodique ou encore avec la

impacts technologiques par rapport à la capacité d'intégration des environnements sociaux génère des microruptures successives avec lesquelles chaque individu doit composer sans référence immédiate à des modèles préétablis⁸⁴⁸. Dans une perspective historique plus longue, ceux et celles qui auront su s'accommoder de ces ruptures ne pâtiront pas davantage, si l'on s'en tient à l'horizon statistique, que les victimes des anciennes névroses⁸⁴⁹.

Chaque époque met en scène des formes particulières de souffrance sociale avec d'autres rictus et selon d'autres masques⁸⁵⁰. La souffrance moderne apparaît toutefois sous des aspects d'autant plus aigus aujourd'hui qu'elle est reflétée par l'impavidité des miroirs statistiques et que se multiplient les instruments de mesure de la santé publique, du bien-être et de la dépression ainsi que les centres d'observation et les politiques de prévention du suicide. « L'apparition d'une plainte est interdépendante d'une politique qui puisse y remédier, elle se nourrit même de sa force afin de s'invaginer dans une analgésie politique »⁸⁵¹. Un effort de comptabilité rigoureuse remplace les impressions de malaise. Si la vie en commun n'a jamais été exempte d'inconfort pour les individus, on peut soutenir que les sociétés « fiscalisent » autrement et répartissent selon d'autres modalités le poids psychique des exigences nouvelles sur les populations⁸⁵². N'est-il pas dès lors prévisible qu'une société dont toute l'économie

concentration requise par le travail intellectuel et ce, dans un contexte d'accaparement, d'interruptions technologiques incessantes - recevoir un courriel en rédigeant un texte ou en tentant de répondre avec un téléphone portable en main libre - produites par les médias et l'accomplissement de tâches multiples (*multi task*). Sur un autre plan, il est plus aisé de modifier les comportements individuels que de changer les conditions sociales qui les provoquent. L'exemple de la médicalisation des enfants provenant de milieux défavorisés aux États-Unis en leur accolant un diagnostic de trouble de l'attention avec hyperactivité alors qu'ils n'en présentent pas les symptômes permet de les maintenir à l'école alors que leur environnement rendrait impossible cette assiduité. La justice sociale pourrait-elle mieux transiter et surtout se réaliser par l'entremise des molécules plutôt que par les péroraisons des sciences sociales sur l'inégalité et sur la lutte des classes? Sur cette question, voir Jason KOEBLER, *Adderall Debate Starts « Meducation » Firestorm*, <http://www.usnews.com/news/articles/2012/10/11/adderall-debate-starts-meducation-firestorm>, consulté sur Internet le 15 octobre 2012.

⁸⁴⁸ Sur l'accélération de l'histoire, Alexandre ESCUDIER, « Le sentiment d'accélération de l'histoire moderne : éléments pour une histoire », *Esprit*, no. 6, 2008, p. 165.

⁸⁴⁹ Même si la société moderne représente au plan moral une sorte de cauchemar durkheimien, le social a toujours raison sur la pluralité des opinions ou l'apparente morbidité de leurs conséquences.

⁸⁵⁰ Sur la question de la mesure du malaise des individus en contexte de modernité, voir Emmanuel RENAULT, *Souffrances sociales. Philosophie, psychologie et politique*, Paris, Éditions La Découverte, 2008.

⁸⁵¹ Jean-François LAÉ, *L'instance de la plainte. Une histoire politique et juridique de la souffrance*, Paris, Descartes & Cie, 1996, p. 14.

⁸⁵² Ce qui semble faire défaut pour la sociologie traditionnelle n'aura pas plus de réalité dans deux générations que n'en a eu la disparition des mobiliers en bois noble sur les amateurs actuels d'ameublements en contre-plaqué ou en mélamine.

tourne autour du savoir, de l'attention, de la mémoire courte et des apprentissages procéduraux constants voie augmenter substantiellement son rapport aux médicaments relatives à l'attention et au psychisme et que, partant, le rapport à soi en devienne problématique? Décrivant les intuitions d'Alain Ehrenberg, Pierre-Henri Castel recadre la portée véritable de ces tensions dans une société des individus :

Le discours sur la crise de la société à cause de l'émancipation excessive des individus, qu'il s'agisse de « perversion ordinaire », de jouissance hors castration, d'égoïsme illimité ou de n'importe quoi de ce genre, cela ne nous apprend strictement rien – sauf une chose : que nous sommes dans une société individualiste où les gens se reconnaissent membres de la société en se parlant ainsi. Il existe d'ailleurs un critère sûr du fait qu'il s'agit d'une illusion partagée, qui n'indique aucun fait particulier, mais la façon normative dont nous devons nous inquiéter les uns les autres de ce qui nous arrive : c'est le sentiment exemplaire que « ça va aujourd'hui mal comme ça n'a jamais été ». D'où les yeux ronds de ce partisan farouche de l'aggravation de la « souffrance psychosociale » des travailleurs sous les coups de boutoir du capitalisme néolibéral mondialisé (c'est-à-dire le Mal), découvrant que les infarctus, cancers, dépressions remplissaient les cahiers de notes des médecins du travail à l'époque du plein-emploi ouvrier dans des proportions parfois supérieures à celles d'aujourd'hui »⁸⁵³.

Dans ce contexte ni la litanie des doléances théoriques autour du post-humanisme ni les « moues » conceptuelles, qui ne sont rarement plus qu'un approfondissement du concept d'anomie ne parvient à prendre la mesure de ce qui frappe à la porte. Il n'est guère de changements sociaux importants qui n'aient d'abord été perçus comme les effets d'une décadence, d'un relâchement des mœurs ou encore de forces aveugles incoercibles, alors que cette « dérive » présumée n'est jamais que l'échec des anciens systèmes à conserver ce qui leur apparaît enfin faire cruellement défaut au présent. L'erreur consiste à concevoir comme distinct, ou même séparé, le destin des individus de celui de la technologie en imaginant l'exercice d'une liberté supérieure, ou encore que puisse être humanisé l'effet des contraintes des dispositifs technologiques sur les comportements. De ce point de vue, l'invention d'une capsule contenant un mécanisme breveté de libération prolongée des molécules (empêchant l'absorption immédiate), d'un antidépresseur ou d'un psychostimulant porte davantage à conséquence que les péroraisons académiques sur les conditions a priori d'une société juste ou

⁸⁵³ Pierre-Henri CASTEL, « Lire Alain Ehrenberg : une tâche impossible ? », *Revue lacanienne*, vol. 2, no. 13, 2012, p. 129, 131.

l'art nouveau d'élever des enfants en cultivant le dialogue. Autrement dit, la « formulation galénique » d'un remède, lorsqu'il s'agit surtout d'un psychotrope, engage dans les processus de subjectivation des mutations qui sont sans commune mesure avec la capacité d'en saisir sur le coup non seulement les effets sociaux, mais également les conséquences synergiques (intensification) avec d'autres technologies sans que ces dernières soient nécessairement en rapport immédiat avec les propriétés d'un comprimé⁸⁵⁴. Les transmutations de la conscience subjective n'obéissent plus tant à la rigueur conceptuelle des conceptions de la conscience morale qu'elles ne sont les retombées d'agencements moléculaires nouveaux d'abord à portée médicinale et plus tard de consommation courante. La « libération prolongée » constitue ironiquement l'une des métaphores les plus efficaces pour penser l'étrangeté d'une causalité indirecte, aux conséquences incalculables, du devenir social des technologies⁸⁵⁵.

La vitesse d'adaptation des sujets est inversement proportionnelle à celle du changement des masses si l'on considère que « le collectif n'est rien que le sujet de l'individuel »⁸⁵⁶, ou que le sujet imputable ne peut jamais se constituer comme entité abstraite⁸⁵⁷. L'ordre moral n'est alors plus tant constitué par des contenus stables et des obligations spécifiques que par des vitesses et des temps de réaction⁸⁵⁸, en un mot par des automatismes⁸⁵⁹. Une véritable psychocinétique des comportements déplace les bornes de

⁸⁵⁴ Sur la question de la « formulation galénique », voir Bruno BONNEMAIN et Francis PUISIEUX, « Histoire des formes orales à libération prolongée et de la contribution de la pharmacie galénique dans ce domaine », *Revue d'histoire de la pharmacie*, Paris, Ed. Société d'Histoire de la pharmacie, 2005, vol. 93, no. 345, p. 33-44.

⁸⁵⁵ On peut risquer que si l'histoire politique et juridique mondiale s'achève avec la consécration des processus de reconnaissance (travail qui reste à parachever dans beaucoup de régions du monde, mais principe reconnu) de la dignité et de l'égalité des personnes, il n'en va pas de même quant aux impulsions propres issues de l'histoire parallèle des technologies. C'est la transition entre l'être politique rendu au terme de toutes les expérimentations des modèles politiques et l'être dont l'humanité biologique reste en question qui constitue l'à-venir. Sur cette question, Pierre-Frédéric DALED, « La fin de l'histoire, l'épistémè et la technique », dans Jean-Noël Missa et Laurence Perbal (dir.), *Les philosophes et le futur*, Paris, Vrin, 2012, p. 135-151.

⁸⁵⁶ Jacques LACAN, op. cit., note 441, p. 213.

⁸⁵⁷ « Mais l'essence humaine n'est pas quelque chose d'abstrait qui réside dans l'individu unique. Dans sa réalité effective, c'est l'ensemble des rapports sociaux ». Pierre MACHEREY, *Marx 1845. Les thèses sur Feuerbach*, Paris, Éditions Amsterdam, 2008, p. 15.

⁸⁵⁸ Il est normal que la dépression dans cette perspective apparaisse comme la bête noire ou le fourre-tout symptomatique de tout ce qui résiste à la réalité moderne puisqu'elle se caractérise par la tristesse mais surtout par le « ralentissement psychomoteur ». Daniel WIDLÖCHER, *Les logiques de la dépression*, Paris, Fayard, 1983, p. 37.

⁸⁵⁹ Du point de vue de la morale traditionnelle, il s'agit d'une expérience cauchemardesque telle que Durkheim pouvait peut-être la soupçonner lorsqu'il écrivait qu'« un agent doué de conscience ne se conduit pas comme un être dont l'activité se réduirait à un système de réflexes; il hésite, tâtonne, délibère et c'est cette particularité que

l'acceptable et de l'inacceptable dans la mesure où les sociétés n'ont plus comme caractéristique principale de s'établir sur des points fixes où passent obligatoirement des liens et se forment des nœuds, pas plus qu'elles n'entendent exercer des forces de contrainte extérieure visible. En proie à des évanouissements structurels, la rétrogradation du Tiers social engage à sa suite bien davantage que simplement des déconvenues et des inconsistances de formes anciennes; elle initie le dénouement simultané de la plupart des liens de paroles institués⁸⁶⁰. Les obligations sont périssables, les objets fongibles et leurs liens éphémères. Le passé transmissible n'a plus la pérennité requise à la neutralisation ou à l'absorption de la multiplication des changements, à l'accélération de masse; il n'a d'horizon que des mesures conservatoires, une économie de ses propres moyens de subsistance. Plans et surfaces redessinent le mouvement extérieur d'une topographie dans laquelle les trajectoires priment sur les finalités; les accélérations et collisions individuelles font paraître obsolètes les figures des intrigues nodales. La somatisation des processus de la conscience se déplace vers une physique des matériaux⁸⁶¹ – résilience, traumatisme et post-traumatisme, inhibition, ce qui hier encore était compris à travers les lexiques moraux et sous les vocables de courage, d'abnégation ou de persévérance. L'idée même de tissu social, la fortune de cette métaphore chère à la sociologie autour de l'unité d'une trame, n'est désormais plus compréhensible qu'à la condition de rendre compte de l'écart entre les bords où s'accomplit un déchirement, entendons l'hiatus entre la balourdise des corps et leur potentialisation exquise par la

l'on reconnaît. L'excitation extérieure, au lieu de se décharger immédiatement en mouvements, est arrêtée au passage, soumise à une élaboration *sui generis*, et un temps plus ou moins long s'écoule avant que la réaction motrice apparaisse. Cette indétermination relative n'existe pas là où il n'existe pas de conscience, et elle croît avec la conscience ». Émile DURKHEIM, *Sociologie et philosophie*, Paris, PUF, 1967, p. 3. Malgré la vision du sociologue sur les conditions de la moralité, de l'activité d'un sujet moral, il importe de penser avec lui et contre lui, notamment en ce qui a trait à l'une de ses conclusions générales : la société a toujours raison contre l'individu. Même si elle semble devenue « folle » quant à l'impact de ces changements, une société s'impose toujours *volens nolens* à ceux qui la composent comme à ceux qui la décrivent.

⁸⁶⁰ Effets des faillites personnelles comme des prononcés de divorce, pour ne parler que des mésaventures statistiques de ces liens de confiance, coulent sur le dos du sujet moderne avec une régularité mécanique qui ne paraît pas se démentir.

⁸⁶¹ Voir sur cette question le chapitre 2. 1.

dimension prosthétique des technologies⁸⁶². Günther Anders décrit cette réalité anthropologique seconde pour l'humanité en ces termes :

« Avec cette attitude, à savoir, *la honte de ne pas être une chose*, l'homme franchit une nouvelle étape, *un deuxième degré dans l'histoire de sa réification* : c'est le moment où l'homme accepte la supériorité de la chose, accepte d'être mis au pas, approuve sa propre réification ou rejette sa propre non-réification comme défaut. (...) Depuis la fin des cultes fétichistes, jamais on n'avait vu l'homme s'humilier à ce point devant ses propres productions »⁸⁶³.

Les thèses d'Anders dénoncent en termes moraux les mutations qu'il identifiera par ailleurs comme échappant désormais à la guise de la vie éthique. À son époque, Anders ne saisit pas encore toute la portée de l'accélération cybernétique, génétique et pharmacologique qui reconfigure au 21^e siècle la totalité des rapports sociaux⁸⁶⁴. L'expression « accepte d'être mis au pas » donne toutefois la mesure du renoncement au processus d'autonomisation ou du désaveu de la liberté morale comprise comme contexte *a priori*. La perspective s'inverse et ce retournement s'explique si l'on considère que la misère de la condition humaine n'est plus alors de subir la déshumanisation des processus technologiques, mais de pâtir devant la lenteur de leur avènement définitif. Le corps social ne socialise plus⁸⁶⁵, il rend des informations disponibles, des itinéraires possibles, il gère des paniques ou les prévient, il analyse avant tout la contagion des mouvements sur des ensembles⁸⁶⁶. Vu sous cet angle, rien d'étonnant à ce

⁸⁶² « *L'a-synchronicité* chaque jour croissante *entre l'homme et le monde qu'il a produit*, l'écart chaque jour plus grand qui les sépare, nous l'appelons le « décalage prométhéen ». Günther ANDERS, *L'obsolescence de l'homme. Sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle (1956)*, Paris, Éditions Ivrea, 2002, p. 31.

⁸⁶³ G. ANDERS, *L'obsolescence de l'homme*, op. cit., note 862, p. 45 et p. 46.

⁸⁶⁴ Les analyses d'Anders sont chronologiquement situées pendant la guerre froide et à ce titre obnubilées par la menace atomique dont les effets suspendent le sens de l'histoire en un sursis global, le réduit à « délais ». Bien que cette menace n'ait jamais cessé de planer selon des intensités variables sur le politique, Anders n'a pu imaginer la victoire planétaire du capitalisme et encore moins la modification de l'essence humaine par toutes les anthropotechniques. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, les seuls vestiges des efforts pour transformer la nature humaine résidaient dans l'échec flagrant des idéologies totalitaires et leur corollaire dans l'expérience des camps.

⁸⁶⁵ « Nous assistons (...), à la fin de l'échange symbolique comme ordonnateur du social. (...) L'enjeu mérite qu'on s'efforce d'entrer dans l'esprit de la chose. Ce lien social ne va pas de soi, il n'est pas une simple donnée, il exige d'être instauré et restauré en permanence par une reconnaissance symbolisée et institutionnalisée de la coprésence avec l'autre. C'est cette reconnaissance que la règle de réciprocité est faite pour signifier ». Marcel GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, op. cit., note 46, p. 240.

⁸⁶⁶ « (...) la modernité est marquée par un changement d'obligations, et s'éprouve dans un premier moment au travers de la disparition de la pression extérieure, avant de donner lieu à une expérience de liberté, exigeant des attachements divers. En bref, nous sommes beaucoup plus dépendants de la société dans sa totalité que par le

que les comportements déviants ne soient plus perçus depuis l'analyse morale des intentions véritables et des erreurs de jugement, mais par rapport à la « mécanique » individuelle d'inhibition et d'immaturation du système nerveux ou encore compris depuis les échecs de l'autocontrôle. Par voie de conséquence, le déploiement d'une pharmacopolitique moléculaire révoque, sans même que cette situation ne soit consciemment admise ou partagée par les individus et les institutions, les alternatives hygiéniques entre addiction et conformité (« compliance »), entre assuétude et consommation récréative⁸⁶⁷. Günther Anders situe d'ailleurs le théâtre de ces opérations dans le déplacement des enjeux cognitifs au-delà des alternatives traditionnelles, des oppositions entre le volontaire et l'involontaire, le moral ou l'immoral.

« Les sciences de la nature ont fait passer le monde « par-delà le bien et le mal ». Il en résulte que les problèmes de la morale, et pas seulement ses « problèmes », mais surtout nos actes « moraux » et « immoraux », sont désormais sans racines et dérivent, que nous le voulions ou non, sur l'océan moralement indifférent de l'être, un peu comme des « fleurs métaphysiques » qui ne concerneraient rien ni personne en dehors de nous, les hommes, et sur l'absence des conséquences desquelles nous n'avons désormais plus à nous faire la moindre illusion »⁸⁶⁸.

Dans ces conditions, rien ne serait moins utile pour le droit que de tirer des conclusions moralisatrices et de livrer des combats d'arrière-garde face aux défis lancés par cette transmutation technosociologique. Il est plus urgent pour la théorie du droit de se saisir des inconséquences consistant à conserver une normativité intermédiaire tout en laissant coexister l'ancienne philosophie morale et ses oripeaux scolastiques avec la réalité « psychopathique » du sujet qui vient. Il n'y a pas de retour en arrière possible quant aux conséquences sociales

passé et, en même temps, l'individu moderne est incroyablement indépendant de chaque individu singulier ». Danilo MARTUCCCELLI, *Grammaires des individus*, Paris, Gallimard, 2002, p. 64-65.

⁸⁶⁷ Notons l'adaptation des discours sociaux devant la récente décision de deux états américains, ceux de Washington et du Colorado, de légaliser la consommation récréative de la marijuana afin de pouvoir taxer ces produits de « consommation courante ». Les réticences morales et les arguments de principe cèdent le pas devant l'expectative d'augmentation des revenus fiscaux et la vente par les états de licences de distribution aux anciennes multinationales des produits du tabac. Dans l'espace néo-libéral, on ne connaît guère d'interdit qui ne soit pas rendu complètement soluble par les arguments économiques. La fin des discours moraux et du consensus médical sur le péril de ces substances décrit ce qui devrait arriver dans l'utilisation non médicale des produits qui augmentent la concentration, la vigilance et favorisent le travail intellectuel.

⁸⁶⁸ G. ANDERS, *L'obsolescence de l'homme*, op. cit., note 862, p. 64.

des processus nouveaux de subjectivation⁸⁶⁹ dans la mesure où ceux-ci ne sont pas des initiatives locales, des décisions prises au terme de délibérations individuelles. Ils n'apparaissent qu'en réponse à des sollicitations, à des impératifs qui ne souffrent pas d'atermoiement. Un enfant élevé au Ritalin[®] ou à l'Adderall[®] ne considérera jamais que ces médicaments n'ont eu pour lui qu'une influence thérapeutique ou n'ont joué qu'un rôle instrumental à la manière des effets ressentis par injection sous-cutanée d'insuline ou par usage d'un dilatateur bronchique⁸⁷⁰.

L'articulation du rapport à autrui se trouve reconfigurée dans un rapport sans mesure avec celui que provoque l'interruption d'une crise d'asthme ou la stabilisation du glucose sanguin⁸⁷¹. Suite au développement de nouvelles molécules, tout comme à l'amélioration de celles déjà existantes, la distance séparant le redressement thérapeutique de l'amélioration des

⁸⁶⁹ Les processus de subjectivation désignent les manières dont sont historiquement mises en fabrique et à certains égards « mises au pas » les figures nouvelles de la subjectivité. La compliance à une prescription pharmaceutique de Ritalin[®] ou de Wellbutrin[®] par exemple constitue une façon de « dé-psychologiser » le psychisme de l'enfant hyperactif ou de l'individu dépressif. Plutôt que d'engager des rapports dialectiques entre maître et élève, thérapeute et analysant, le sujet n'est pas plus dans le registre de la conscience « pris par la tête » qu'il n'est compris depuis l'abstraction neuronale du « cerveau ». À grande échelle et par rapport aux dernières décennies, il s'agit d'un mode inédit d'interpellation recalibrant l'assomption subjective selon des paramètres tout à fait autres que ceux présidant à l'exercice de la discipline dans une classe par un professeur ou à la série des rencontres et d'échanges verbaux auxquelles pouvait se soumettre la personne dépressive. Sans être mutuellement exclusif, Pierre Dardot décrit ce glissement des processus vers le sujet en ces termes : « Pourquoi parler de « subjectivation » plutôt que de sujet? On appellera « subjectivation » le processus par lequel se constitue un sujet ou, plus exactement, une subjectivité. « Subjectivation » fait immédiatement entendre un rapport à « subjectivité » : ce qui est une manière de dire que la subjectivité, loin d'être une donnée première, est toujours le résultat d'une subjectivation. (...) Un mode de subjectivation est ainsi le processus par lequel se constitue un certain rapport à soi, dans certaines conditions historiques données, processus qui est lui-même historique en ce qu'il opère par transformation des modes antérieurs de subjectivation. Ce qui est une manière de dire qu'au cours de leur histoire, les hommes n'ont jamais cessé d'être produits ou de se produire eux-mêmes comme subjectivités, sous des formes indéfiniment multiples et renouvelées. En ce sens, les subjectivités sont toujours inscrites dans une histoire qui est celle de leur propre constitution et de leur propre transformation ». P. DARDOT, « La subjectivation à l'épreuve de la partition individuel-collectif », *Revue du MAUSS*, no. 38, vol. 2, 2011, p. 235, 235 et 236.

⁸⁷⁰ Encore que le premier usage des amphétamines avant leur détournement pour des fins non thérapeutiques a consisté à soulager les patients de leurs crises d'asthme.

⁸⁷¹ « L'invention d'un nouveau rapport aux substances psychoactives soulève des questions inédites à ceux qui ont en charge le parc humain moderne (...). Légiférons et substituons à la subversion de soi et du groupe le médicament qui réintègre. Qu'il s'agisse de Ritaline[®], de Subutex[®] ou de Prozac[®], il est toujours question de contenir le mal pour intégrer le bien. Ne s'agit-il pas de contenir l'agitation de l'enfant pour qu'il apprenne et se socialise? De permettre au toxicomane de se réinsérer grâce à un traitement de substitution? De maintenir ou de réintégrer dans le monde par une pharmaco-stimulation le dépressif qui s'en retire? (...) Dans tous les cas, voilà des créatures qui ne participent pas, ou empêchent le bon fonctionnement du troupeau platonicien, et pour qui des molécules font recours ». Serge ESCOTS, « Exilé de soi, la domestication biomoléculaire à l'ère des mégaparc humains », *Empan*, no. 66, vol. 2, 2007, p. 50, 53-54.

performances intellectuelles s'amenuise à mesure que se propage la banalisation des conséquences à long terme. La tendance lourde en pharmacologie ne vise ni les campagnes de sensibilisation aux bienfaits de l'herboristerie ni le raffinement des tisanes à la camomille; elle tend à produire un être humain sans symptôme⁸⁷². De la même manière que s'élargit le décompte statistique des personnes souffrant de dépression, les individus expérimentant les balbutiements d'une pharmacopolitique adaptative répondent à l'appel de la mobilisation infinie des ressources psychiques nécessaires au fonctionnement d'une société technologique⁸⁷³. La dépression n'est le « mal du siècle » que dans la mesure où l'on saisit qu'elle désigne d'abord le trouble-écran, l'alibi masquant l'exigence d'*enhancement* cognitif⁸⁷⁴ et la nécessité de purifier des états mentaux (d'accélérer des temps de réaction) bien davantage qu'elle ne commande de soigner la morosité chagrine censée être le lot des âmes sensibles⁸⁷⁵.

Tout comme la remise en cause cosmologique du caractère central de la terre, le *décentrement* de la position métaphysique volontariste de l'être humain dans l'univers et de la conscience par rapport à l'inconscient relève du vertige théorique de la même manière que les constats de la modernité selon lesquels l'être humain n'est pas maître du langage ou que l'essence de la technique moderne n'est rien d'humain, ou encore que la « science ne pense pas ». L'inversion de la perspective laisse encore voir quelque chose, en plus petit certes, mais

⁸⁷² Le lieu de vérité s'étant déplacé du sens de l'histoire individuelle à la capacité de répondre adéquatement aux contraintes de l'environnement immédiat.

⁸⁷³ Sur les conséquences anthropologiques de cette provocation technologique, l'hypothèse la plus féconde réside dans l'explication qu'en donne l'un des étudiants de Heidegger, Günther Anders, pour qui l'être humain répond à la technique, réagit à elle à partir de ce qu'il nomme la « honte prométhéenne » devant l'humiliante perfection des instruments résumée en ces termes: « Ce qui donne à l'homme honte de lui-même, c'est son origine. (...) Il a honte de devoir son existence - à la différence des produits qui, eux, sont irréprochables parce qu'ils ont été calculés dans les moindres détails - au processus aveugle, non calculé et ancestral de la procréation et de la naissance. (...) Mais s'il a honte du caractère obsolète de son origine, il a bien sûr également honte du résultat imparfait et inévitable de cette origine, en l'occurrence *lui-même* ». La modestie de cette condition initiale engage une riposte à la mesure de cette déconvenue et énoncée par le contenu d'un impératif désormais déterminant pour l'histoire humaine: « Ce dont nous sommes capables signifie désormais ce qui doit être ». G. ANDERS, *L'obsolescence de l'homme*, op. cit., note 862, p. 38 et 57.

⁸⁷⁴ Sur les enjeux de « l'enhancement cognitif » voir Jean-Noël MISSA et Laurence PERBAL, « *Enhancement* » : *Éthique et philosophie de la médecine d'amélioration*, Paris, Vrin, 2009.

⁸⁷⁵ Peut-être faut-il envisager la génération psychotrope à partir d'une généalogie dans laquelle apparaissent la fée amphétamine et sa fille l'antidépresseur à la manière du titre de la toile du peintre Raoul Dufy vantant la magie de la fée électricité dans le développement de la France. La molécule stimulante pour la modernité, c'est l'équivalent au plan social de l'électrification rurale dans les pays sous-développés.

elle n'atteint toutefois pas la réalité intime, psychique, l'identité même de l'observateur⁸⁷⁶. Cette longue prise de conscience n'a cependant pas plus d'incidences pratiques existentielles sur la vie des individus que le fait divers n'en produit sur le téléspectateur moyen. Le drame reste académique et ses conséquences en surimpression par rapport au destin de chacun. La *décentration* des contextes psychiques individuels a quant à elle une tout autre portée; du point de vue subjectif, elle impose la réécriture de la syntaxe du monde, de sa ponctuation et de sa mise en page. Là où la philosophie morale servait de modératrice aux transports des passions et polissait les comportements, la pharmacologie est advenue⁸⁷⁷.

À contre-courant de l'histoire linéaire, ceux qui espéraient au terme du processus de la division du travail l'avènement de la société du loisir, le remplacement du travail abrutissant par la puissance de la machine, ou qui escomptaient que surgiraient des individus émancipés – ceux-là ne trouvent sur leur chemin que l'injonction démultipliée à l'attention intense et à la motricité fine requises par le fonctionnement des appareils, et l'exquise sollicitation en temps continu des « moyens d'information ». Le monde du travail pénètre désormais toutes les sphères des échanges humains.

5.1 *Le poids des molécules sur la conscience collective*

Là où nos anciens mettaient une entité, nous mettons un événement chimique, une molécule très composée et peut-être imaginaire⁸⁷⁸.

La consommation massive de psychotropes inaugure un chapitre inédit dans l'effort de réaménagement de la conscience de soi. Cette production d'un comportement provoqué tend à sortir du strict registre de la prescription médicale pour s'affirmer comme technique de maquillage dans une opération cosmétique complexe faite de dépendance confortable et de substitution des malaises par l'installation d'un climat propre à la condition néo-subjective.

⁸⁷⁶ Sur la question des blessures narcissiques de l'humanité, voir Paul RICOEUR, *Écrits et conférences I. Autour de la psychanalyse*, Paris, Seuil, 2008.

⁸⁷⁷ Cette advenue reste encore marquée par la confusion des rôles du champ social et du champ médical. Il demeure difficile pour les contemporains, en principe pourtant revenus de tout, de concevoir qu'il n'y a pas de continuité spontanée ou inéluctable entre la fonction thérapeutique et l'ordonnement du social par la science médicale. Les expériences cliniques du nazisme pas plus que l'œuvre d'Ivan Illich sur la *Némésis médicale* ne viennent à bout du préjugé tenace selon lequel science médicale et finalité thérapeutique ne forment qu'un seul et même horizon. Sur le caractère mortifère de la médecine moderne, voir I. ILLICH, *Némésis médicale*, Paris, Seuil, 1975.

⁸⁷⁸ Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 569.

« Qu'est-ce alors que la drogue? Un artifice pour fabriquer de l'individu, une chimie de la promotion de soi »⁸⁷⁹. L'automédication dissimulée derrière l'élargissement du concept de dépression n'est pas un moyen pris pour résister à la société actuelle; c'est l'une des tentatives rationnelles pour s'en accommoder. De ce point de vue, le phénomène dépressif désigne certes une pathologie, mais il révèle davantage un comportement transitoire inadéquat face à un environnement en proie à de brusques mutations. L'être humain expérimente un mode d'attachement à l'espace social redessiné par l'économie et les technologies. Il n'est plus certain que sa liberté individuelle pèse aussi lourd dans cette soumission à l'interpellation permanente, au devoir de répondre à un milieu de contraintes : travail flexible, horaires brisés, précarité économique, licenciements en masse, stagnation en maison de personnes âgées.

Cette mise en forme de l'individualisme constitue l'ordinaire des accommodements productifs requis par l'existence salariée. Ce qui reste de la subjectivité apparaît *pour le moment*⁸⁸⁰ sous les traits d'un mode d'assujettissement inédit, l'instance subjective ne se profilant d'abord qu'à travers des réponses réifiées aux exigences sociales. Non pas que la vie sociale à d'autres époques doive être regrettée; mais il importe de saisir la configuration subjective particulière qui fait apparaître une double exigence : manifester de l'initiative personnelle et assumer individuellement l'incertitude des milieux complexes. Le caractère sophistiqué des emplois occupés ne change rien à l'affaire. Qui n'a pas présent à l'esprit les images de restructuration d'entreprises financières ou de crises bancaires aux termes desquelles sortent des employés avec le contenu entier de leur bureau dans une boîte le vendredi, pour se retrouver au chômage le lundi?

« Dans le nouveau contexte de la mondialisation néolibérale, la violence symbolique prend de nouvelles formes : non seulement elle

⁸⁷⁹ Alain EHRENBURG, *Individus sous influence. Drogues, alcools, médicaments psychotropes*, Paris, Seuil, 1991, p. 8.

⁸⁸⁰ *Pour le moment* doit être compris dans la perspective temporelle subjective d'une histoire technologique qui se met en place sans ménagement et sans aménagement. L'inventaire des ruines dans cette « débridation » des couches du tissu social nécrosé par les statuts qu'il isole ne rend pas compte de ce que l'à-venir dépose déjà dans le présent. Comme le souligne Myriam Revault d'Allonnes, « on voit combien l'accélération est socialement et politiquement décisive : que le temps soit dynamisé jusqu'à devenir lui-même une force historique entraîne une tâche d'ordre politique. (...) Les attentes ne sont plus eschatologiques (au sens propre d'un événement qui doit advenir de l'extérieur dans l'histoire) ni même u-topiques ou u-chroniques : elles sont projetées dans l'immanence du réel et liées à la réalisation d'un projet. (...) Le passé n'éclairant plus l'avenir, c'est à l'avenir qu'il revient de justifier le présent ». M. REVAULT D'ALLONNES, *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, Paris, Seuil, 2012, p. 118-119.

structure directement l'organisation et les relations de travail par la procédurisation et l'évaluation généralisée, le modèle entrepreneurial gestionnaire s'imposant jusque dans l'éducation, la santé, la justice et la police, mais aussi le contrôle social, technicisé dans et par le management, passe désormais par l'exigence d'adhésion et d'intériorisation des normes et des mots du libéralisme triomphant dans son échec même »⁸⁸¹.

L'exigence d'adaptation a remplacé le devoir d'obéissance en l'amplifiant. Cette propension des individus à se livrer de leur plein gré au diktat de l'évolution des contraintes de production et des milieux de travail constitue un tournant au point d'effacer progressivement l'opposition entre soi et environnement, état ordinaire et état modifié de conscience⁸⁸². Le sujet s'objective à mesure qu'il intériorise des exigences indépendantes de sa volonté, mais qui ne modifient aucunement la réalité dans un autre sens que celui déjà prescrit par l'ordre des choses⁸⁸³. Ce tropisme de l'esprit déporte l'instance de la plainte du côté de l'intégration toujours imparfaite de soi plutôt que vers le procès de la réalité immédiate. Les individus n'occupent plus tant un emploi qu'ils ne le sont par lui, entendons – occupés au sens militaire : ils ne s'en séparent que rarement, prolongeant en vacances la poursuite à distance des affaires ou reprenant le soir et les fins de semaine des échanges épistolaires interrompus. L'obligation de se rendre disponible en permanence implique un coût psychique; l'attachement à l'univers

⁸⁸¹ Emmanuel DIET, « Management, discours de l'emprise, idéologie et désobjectivation », *Connexions*, vol. 1, no. 91, 2009, p. 65, 78.

⁸⁸² L'opposition traditionnelle entre nature et culture, addiction et non-consommation de substances psychoactives empêche de saisir le travail d'amélioration, de « rehaussement » que l'espèce exerce sur elle-même, et surtout elle reconduit des antinomies rendant impossible l'appréciation du tournant qu'imprime l'ordre actuel à la subjectivité. Dans une perspective évolutionniste, même l'apprentissage de l'écriture et de la lecture constitue une amélioration cognitive au même titre que l'amplification chimique de l'attention. Le fait que la lecture procède d'un apprentissage plutôt que d'une métabolisation moléculaire ne contredit pas le courant continu du travail de modification d'un état donné. La domestication comportementale implique à chaque époque une augmentation de la puissance des capacités psychiques. Pour Joëlle Proust, « reading and writing, for example, qualify as a qualitative cognitive enhancement. The human brain does not come with reading as a natural ability ». Joëlle PROUST, « Chapitre 9. Cognitive enhancement, human evolution and bioethics », *Journal International de Bioéthique*, vol. 22, no. 3, 2011, p. 163.

⁸⁸³ Pour aller au plus court, car le propre de la situation idéologique est qu'elle échappe à la conscience des acteurs, rappelons que l'idéologie dominante est celle de la post-idéologie. S'appuyant sur les travaux de Slavoj Žižek, Maria Kakogianni dépeint cette construction perceptuelle en ces termes : « Si nous vivons dans une époque qui se perçoit comme post-idéologique, une des stratégies majeures de la pensée de Žižek consiste à montrer, point par point, le caractère idéologique de cette perception. Il ne cesse de souligner que le « pragmatisme post-idéologique » relève de la pure idéologie, au même titre que le rejet des utopies émancipatrices, au motif qu'elles sont propices aux totalitarismes, aboutit à l'imposition de l'utopie libérale ». Maria KAKOGIANNI, « Appareils Postidéologiques de Marché : interpellations publicitaires et dette impayable », *Actuel Marx*, vol. 2, no. 52, 2012, p. 164, 164-165.

normatif exige la réécriture des sensibilités et la réponse à l'injonction surmoïque : « Aime ton travail comme toi-même ! »⁸⁸⁴ Même aux échelons inférieurs de l'activité économique, revers de fortune et effets de surprise ponctuent l'existence salariée. Rien d'étonnant à ce que cet univers laborieux dont les liens se rompent ou se renouent au gré des contingences du marché se trouve rassuré par le continuum moléculaire des remèdes de l'esprit⁸⁸⁵. Quelle que soit l'exubérance de l'économie mondiale ou sa déplétion, la constance statistique dans la consommation des substances psychoactives s'inscrit en filigrane; véritable fil rouge de la fonction subjective, elle demeure le premier recours d'une fidélité à soi face aux turbulences et incertitudes extérieures⁸⁸⁶.

Les psychotropes de consommation courante ne font certes pas entrer les individus dans des quêtes de sens ni ne les lancent dans des techniques spirituelles visant à élargir le champ de la conscience. C'est bien plutôt l'inverse. Ils interviennent essentiellement sur les mécanismes de l'agir, et leur finalité ne dépasse guère celui de la modification du psychisme

⁸⁸⁴ Geneviève MOREL, « Aime ton travail comme toi-même ! », *Savoirs et clinique*, vo. 2, no. 14, 2011, p. 108.

⁸⁸⁵ On ne peut s'empêcher d'identifier la montée d'une pharmaco-politique de l'amélioration du travail à une « délocalisation » de l'ancienne « chaîne de montage »; alors que dans les premiers temps, il fallait réunir hommes, femmes et enfants dans un même espace et selon une organisation disciplinaire constituée par la surveillance extérieure des employés et le contrôle du temps, ces contraintes sérielles de temps et de lieux, devenues trop coûteuses pour la production des biens et services dans les sociétés développées, ont laissé place à une chaîne de montage invisible dont les maillons sont précisément les effets de contraintes autonomes produites par les substances psychoactives sur chacun des individus. Graphistes, télémarketers et pigistes de tout acabit forment désormais l'armée fantôme qui, bien qu'ayant tourné le dos aux horodateurs, continue de vendre sa force de travail et ne s'enferme pas moins dans l'autocontrôle programmé, c'est-à-dire désormais une quantité d'attention fine soutenue le plus souvent par des « remèdes » de l'esprit. Les anciennes chaînes se sont défaites au profit de liens plus constrictifs ne permettant plus d'interruption véritable de l'action ni le repli sur la vie privée. Les vertus du travail à la maison vantées par ceux qui en sont les premières victimes n'arrivent pas à dissimuler la mobilisation complète de toutes les sphères de l'existence par l'activité servile. L'intériorisation de la docilité est achevée lorsqu'à l'horodateur s'est substituée la durée d'absorption et d'élimination d'une molécule de même que la disparition, à toutes fins utiles, de contraintes extérieures temporelles autres que celle d'une échéance contractuelle. Cette capillarité des liens permet d'acheter l'ensemble des productions requises selon des prix de référence établis par le marché et sans entrer dans un rapport de force véritable. L'ancien « tâcheron » porte désormais le titre plus seyant de « travailleur autonome », et les tentatives de sa syndicalisation relèvent des efforts d'un tigre pour s'adonner au végétarisme. Chute libre et vol plané ont remplacé les vols sans escales et les destinations connues. Sur l'évolution de l'agencement des « chaînes de montage », voir Benjamin CORIAT, *L'atelier et le chronomètre. Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Paris, Christian Bourgeois Éditeur, 1979.

⁸⁸⁶ Autant en matière de toxicomanie que d'automédication, la substance psychoactive licite tient lieu de moment de réassurance. À l'inverse des rapports changeants avec le monde extérieur, sa présence et ses effets ne font jamais défaut à l'usager.

en vue de l’accomplissement de tâches; ils donnent une extension psychique au taylorisme⁸⁸⁷. Ils sont réputés sérotoninergiques lorsqu’ils agissent comme désinhibiteurs de l’action⁸⁸⁸ (c’est le cas des antidépresseurs les plus connus : Wellbutrin[®], Effexor[®]), et dopaminergiques lorsqu’ils permettent de contrer le déficit d’attention (c’est le cas des psychostimulants Ritalin[®], Adderall[®], Concerta[®]). Ils sont résumés par leur finalité⁸⁸⁹, c’est-à-dire par une sorte de « calvinisme pharmacologique »⁸⁹⁰ dans la mesure où ils ont en commun la sphère unique de l’agir et la modification des comportements apparents⁸⁹¹. Il n’est plus même certain qu’ils guérissent véritablement les troubles qu’ils combattent; il suffit qu’ils en atténuent les symptômes. La durée des prescriptions dépasse d’ailleurs souvent le temps de traitement

⁸⁸⁷ Au sens où l’on peut dire de la pharmacologie dynamique moderne ce que la formule de Clausewitz appliquait à la politique devenue « la guerre continuée par d’autres moyens ». Le monde du travail peut difficilement s’accommoder du rythme des corps réfractaires : il ne transforme pas seulement l’objet mais doit continûment modifier la conscience transformatrice. Le psychotrope supprime le temps intermédiaire de l’apprentissage et de la fixation des comportements adéquats ; il n’est plus besoin de graver les conduites au front du travailleur ou de perdre du temps à contrarier des résistances naturelles. « Pour Ford comme pour Taylor, le problème initial est celui du temps, de la fatigue et de la flânerie ; sur ce plan, la doctrine plus ou moins adaptée demeure la même : il faut graver au front des travailleurs la norme de l’utilité non par une éducation superflue, trop longue, mais par une méthode simple, précise qui leur donne mentalement la maîtrise concrète de leur temps érigée en impératif catégorique ». Jean-Claude BEAUNE, *Le vagabond et la machine*, op. cit., note 68, p. 328.

⁸⁸⁸ « Widlöcher appuie son analyse sur l’action des antidépresseurs classiques : on sait que les antidépresseurs sont particulièrement efficaces dans les formes où la fatigue ne s’accompagne pas de douleurs morales, alors qu’ils sont sans effets sur la tristesse si celle-ci ne s’accompagne pas d’une certaine inhibition. Ce ne sont pas des « euphorisants » ni des « analgésiques », mais des « désinhibiteurs ». *Désinhibiteurs*, voilà un mot clé. Les antidépresseurs traitent les dysfonctionnements du mouvement dans leurs aspects mentaux. D’ailleurs, les cliniciens constatent de plus en plus que les antidépresseurs agissent sur des états morbides autres que la dépression et dans lesquels on ne trouve ni anxiété ni douleur morale ». Alain EHRENBERG, *La Fatigue d’être soi. Dépression et société*, op. cit., note 47, p. 183.

⁸⁸⁹ Ils n’ont rien à voir avec le népenthès de la tradition homérique qui raconte qu’« Hélène, fille de Zeus, eut une autre pensée, et, aussitôt, elle versa dans le vin qu’ils buvaient un baume, le népenthès, qui donne l’oubli des maux. Celui qui aurait bu ce mélange ne pourrait plus répandre des larmes de tout un jour, même si sa mère et son père étaient morts, même si on tuait devant lui par l’airain son frère ou son fils bien-aimé, et s’il le voyait de ses yeux ». Ils ne sont pas des « briseurs de soucis », ils transforment plutôt la conscience de l’enfant dissipé ou de l’adulte désorganisé en un *To do list* pendant toute la période de son activité diurne. HOMÈRE, *Odyssée*, (Chant IV), Paris, Édition Le livre de poche, 1960, p. 89-90.

⁸⁹⁰ L’expression « calvinisme pharmacologique » tient au fait non seulement que le psychotrope vise à provoquer l’accomplissement et la complétion de tâches, mais que l’une des astuces de fabrication du comprimé réside (dans le cas du Concerta[®] par exemple) dans l’impossibilité de potentialiser plus rapidement l’absorption du stimulant en rendant difficile sa fracture ou en emprisonnant ses ingrédients actifs dans des compartiments internes du comprimé. Évidemment, cette précaution pour empêcher quelque effet euphorique a été, dans certains cas, rapidement contournée par les consommateurs enfants qu’elle tentait de décourager. Giulia SISSA, *Le plaisir et le mal. Philosophie de la drogue*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 190.

⁸⁹¹ En cela, ils demeurent bel et bien les formes adjuvantes héritières de « L’éthique protestante et l’esprit du capitalisme » tel que décrit par Max Weber.

suggéré par le fabricant, de la même manière qu’occasionnellement peut être interrompue la prise des psychotropes prescrits aux enfants pendant la période des weekends et des vacances scolaires. Axés essentiellement sur la désinhibition, ils ne tendent qu’à modifier les dispositions psychiques des individus afin de provoquer des initiatives et rompre avec le ralentissement psychomoteur caractéristique de la dépression de même qu’avec l’inattention propre aux troubles de la concentration⁸⁹². Dans ce dernier cas, pour décrire l’insensibilité aux facteurs extérieurs susceptibles de troubler la réalisation d’une tâche, on parle d’« effet tunnel » produit sur la conscience modifiée. Les « pilules de l’obéissance » que sont Ritalin[®], Adderall[®], ou Concerta[®] assurent ainsi un rétrécissement du champ de la conscience propice à l’exécution ordonnée de l’action.

Cette « pharmacie de Procuste » apparaît comme l’une des seules figures du soin économiquement accessible, et elle se confond avec les modalités les plus douces du contrôle social. On peut certes s’indigner devant l’extension des assuétudes, mais on ne peut encore imaginer de réponses différentes devant la tâche actuelle de réarticuler le sujet au social. La critique tous azimuts de ce réaménagement confine à la figure hégélienne de la « belle âme » telle qu’elle apparaît dans l’ouvrage de Bernard Stiegler pour qui

l’enjeu primordial de l’*attention deficit disorder* et tout ce qui procède des effets destructeurs de l’exploitation de l’attention par le psychopouvoir est la fragilisation de l’appareil psychique infantile et de la sociabilité fondée sur la *philia*. (...) C’est pourquoi la destruction de l’attention est à la fois la destruction de l’*appareil psychique* et de l’*appareil social* en tant que celui-ci constitue un système de soin – s’il est vrai que faire attention (*to pay attention*), c’est aussi prendre soin (*take care*)⁸⁹³.

Vue sous cet angle, la modernité ne serait plus seulement une entreprise de « réduction des têtes », mais bien de décervelage généralisé. On ne saurait souscrire au lyrisme de l’impasse ni à celui de la dissolution du collectif dans l’individu compris comme particule élémentaire. Chaque nouvelle traduction de la souffrance individuelle dans l’espace social donne lieu à des outrances théoriques instructives, mais bien insuffisantes pour délimiter

⁸⁹² Ils visent d’abord les troubles en creux pour conquérir la normalité. Le trouble est le prétexte d’une remise au pas, l’ébauche d’une normativité nouvelle qui ne peut jamais se présenter à partir de sa positivité. Qui consentirait comme condition d’embauche à la prise constante de psychostimulants pour acérer sa vigilance ?

⁸⁹³ Bernard STIEGLER, *Ce qui fait que la vie vaut d’être vécue. De la pharmacologie*, Paris, Flammarion, 2010, p. 130.

l'ampleur véritable des changements⁸⁹⁴. Cultivant la critique de la modernité à la manière de Bernard Stiegler, Charles Melman ne croit pas si bien dire lorsqu'il affirme que

si nous avons une nature humaine, autrement dit si nous pouvons nous fier à ce qui est inné, à ce qui est instinctif, à ce qui est spontané, notre tâche serait grandement facilitée. Cette nouvelle économie psychique a précisément l'ambition de corriger ce « défaut ». La grande philosophie morale d'aujourd'hui est que chaque être humain devrait trouver dans son environnement de quoi le satisfaire, pleinement »⁸⁹⁵.

Dans le défilé des figures historiques conduisant à la conscience de soi de l'esprit humain selon ses dispositions somatiques, les échecs du néo-libéralisme illustrent des oppositions douloureuses, mais ils sont aussi les révélateurs des interactions entre la vie de l'esprit et son reflet exact dans le miroir moléculaire fourni par les diverses pharmacopées. Ce n'est qu'à l'occasion des contradictions sociales secrétées par l'accélération inévitable des modes de production (trait historique déterminant du capitalisme depuis sa naissance) qu'il devient essentiel au sujet humain d'accéder au fondement de sa vie psychique autrement que sous les régimes narratifs de la psychologie morale. La totalité des enjeux psychiques se révèle en consonance et corrélation structurelle avec celle des échecs et des inconforts temporaires ou permanents du néo-libéralisme. Le monde des apparences du capitalisme trouve dans l'addiction relative une limite à une certaine idée de liberté, mais aucunement sa pierre d'achoppement si l'on considère que l'automédication n'est qu'un moment parmi d'autres de la conscience vidée de tout autre horizon politique. Face au déploiement du monde contemporain, il n'existe apparemment plus de refuge extérieur⁸⁹⁶ dans l'univers des idéologies contradictoires ou dans celui suprasensible des religions, sinon sous le mode de leur bête instrumentalisation politique. Le subir indistinct et les tribulations individuelles font écho

⁸⁹⁴ Les thèmes de la décadence, de l'imminence de la barbarie tout autant que ceux de la destruction définitive des liens restent le chant de sirènes attirant à elles les discours d'une certaine psychanalyse ou d'une sociologie clinique. Ni inintéressantes ni particulièrement erronées, ces observations sont pourtant d'une accablante faiblesse prospective. L'histoire des grands moments de cette rhétorique de l'effondrement de l'esprit et de l'intelligence collective ou individuelle est rappelée par Julien Freund dans : J. FREUND, *La décadence. Histoire sociologique et philosophique d'une catégorie de l'expérience humaine*, Paris, Éd. Sirey, 1984.

⁸⁹⁵ C. MELMAN, *L'homme sans gravité*, op. cit., note 310, p 37.

⁸⁹⁶ Comme le note Jean-Luc Nancy dans un ouvrage récent, « nous devons arriver à penser une totalité dans laquelle ne vaut plus la distinction entre nature et technique et dans laquelle, en même temps, ne vaut plus un rapport de « ce monde » à un quelconque « autre monde ». J.-L. NANCY, *L'équivalence des catastrophes (Après Fukushima)*, Paris, Éditions Galilée, 2012, p. 57.

à la puissance démultipliée des moyens de communication et à l'exposition à une réalité tantôt enrichie tantôt virtuelle qui déborde la capacité des sujets à l'assimiler complètement tout en ne rendant pas impossible pour autant la position subjective.

5.2 Inhumain, posthumain : qualifier l'avenir?

Envisagez, maintenant, le nombre de ces faits radicalement nouveaux, impossibles à prévoir, qui, en moins d'un siècle et demi, sont venus surprendre les esprits, depuis le courant électrique jusqu'aux rayons X (...), *quel effort d'adaptation s'impose à une race si longtemps enfermée dans la contemplation et l'utilisation des mêmes phénomènes immédiatement observables, depuis l'origine.* (...) Pensez-vous qu'un homme qui aurait vécu entre 1872, par exemple, et 1890, et qui aurait vécu ensuite les années 1890 à 1934, n'aurait pas senti quelque différence d'allure entre ces deux périodes⁸⁹⁷ ?

Le choix des préfixes devant le terme « humain » engage des perspectives apparemment irréconciliables. Il implique au premier chef la tâche de repenser l'imputabilité depuis le caractère des exigences proprement inédites qui redéploient subjectivité et responsabilité sur un autre axe que celui de la morale et selon d'autres limites. Les frontières s'étendent selon la géographie nouvelle des rapports entre inhibition et désinhibition, automatisme et environnement, rapports désormais éclairés par les neurosciences. Les contextes ont préséance sur les sujets, et on peut difficilement prédire les comportements normaux, tout comme les « folies nouvelles »⁸⁹⁸, depuis les critères anciens de la normalité. La postmodernité n'a que faire des idéaux humanistes implicites à la délibération⁸⁹⁷ morale et à son apparente rationalité linguistique; ces idéaux cèdent le pas devant ceux de la productivité et de la normalisation des conduites.

Dans une perspective plus large, bien peu de gens soutiendraient que le mode de compréhension et de réponse aux problèmes actuels passe par les éclairages émancipateurs des sciences humaines. À cet égard, l'époque est grosse d'une redéfinition de l'esprit désamarré de ses entraves morales, mesurant à travers les bifurcations synaptiques et les circonvolutions des

⁸⁹⁷ Paul VALÉRY, *Le Bilan de l'intelligence*, Paris, Éditions Allia, 2011, p. 12.

⁸⁹⁸ Au sens où Julia Kristeva évoque les « nouvelles maladies de l'âme » ou encore où Alain Ehrenberg décrit la « maladie mentale en mutation ». J. KRISTEVA, *Les nouvelles maladies de l'âme*, Paris, Fayard, 1993 ; Alain EHRENBURG et Anne M. LOVELL, *La maladie mentale en mutation. Psychiatrie et société*, Paris, Odile Jacob, 2011.

lobes, les nanosecondes psychochimiques produisant conscience et action, organisation de la pensée et orientation dans l'espace. Il ne s'agit plus de l'odyssée de l'Esprit dans l'histoire comme le prophétisait Hegel, mais bien de celle où l'esprit humain se retrouve lui-même à la fin de l'Histoire. Précisément à rebours de la réification idéologique de la conscience, l'objectivation somatique du cerveau engage à sa suite un remaniement des conceptions sociales, de la moralité et du sens des conduites⁸⁹⁹. Cette objectivation circonscrit la puissance de l'entendement depuis la masse neuronale pour se détourner des hémisphères terrestres et redéployer une cartographie dont les limites ne correspondent à rien de moins qu'au point de surgissement des formes initiales de l'intelligence. Le fonctionnement de l'esprit humain n'avait jamais été conçu qu'à travers le miroir des contextes sociaux inséparable de leurs implications. Les neurosciences en inversent les pôles magnétiques selon la dévolution historique qu'Hegel attribue à la marche de l'Esprit.

Nous sommes, disait Hegel dans un cours du 18 septembre 1806, aux portes d'une époque importante, un temps de fermentation, quand l'esprit avance d'un bond, transcende sa forme précédente et en prend une nouvelle. L'ensemble des représentations, des concepts et des liens antérieurs qui reliaient notre monde se dissolvent et s'effondrent, comme dans un tableau rêvé. Une nouvelle phase spirituelle se prépare. La philosophie spécialement doit accueillir son apparition et la reconnaître, alors que les autres, qui s'y opposent de manière impuissante, s'accrochent au passé⁹⁰⁰.

Rien d'étonnant à ce que ce déplacement du lieu subjectif remette en cause les constructions antérieures d'où la conscience morale tirait sa superbe⁹⁰¹. Perspective

⁸⁹⁹ On comprend qu'il s'agit d'une orientation, du « schéma moteur » de l'histoire des sciences de l'esprit et non d'une révélation définitive exempte de détournements idéologiques. On ne prend pas congé de l'incidence des idéologies sur les sciences par l'opération du Saint-Esprit, fût-il surpris dans son commerce par les appareils de tomographie par émission de positrons (Pet scan). Les actuels réseaux analogiques ou métaphoriques entre l'économie néo-libérale et la plasticité cérébrale ne sont pas sans modérer les transports optimistes à l'égard des révélations providentielles.

⁹⁰⁰ Cité par Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire*, Paris, Flammarion, 1992, p. 64; G. W. HEGEL, *Dokumente zu Hegels Entwicklung*, Stuttgart, éd. J. Hoffmeister, 1936, p. 352.

⁹⁰¹ Dans l'histoire du déplacement des concepts anatomiques liés aux grandes constructions institutionnelles et morales, la première transition s'annonce avec la réduction mécanique du muscle cardiaque et son remplacement par l'ampleur temporaire que prendra pour Descartes le cerveau mais surtout la glande pinéale. « La découverte d'Harvey - circulation du sang et définition du cœur comme pompe mécanique - ainsi que la physiologie de Descartes donneront le signal d'un bouleversement majeur du système figuratif et symbolique qui avait fait du cœur le centre de toutes les fonctions vitales. Ce bouleversement sera aussi marqué par l'émergence du cerveau, dont la rivalité symbolique ébranlera la domination de la figure du cœur ». Milad DOUEIHI, *Histoire perverse du cœur humain*, Paris, Seuil, 1996, p. 166.

« inhumaine » si l'on reste attaché à l'illusion d'une possibilité de surplomb transparent ou rassuré par la simplification narrative des accords entre intention et action, volonté et système nerveux. « Inhumain » signifie d'abord que les arrangements institutionnels et le crédit symbolique accordé aux formes anciennes de la socialisation n'opèrent plus de l'extérieur dans les processus de subjectivation sans être assortis ou accompagnés d'une composante moléculaire jusqu'à leur remplacement complet. Ensuite, « inhumain » désigne bien davantage une phase historique qu'une turpitude morale ou l'insensibilité des acteurs à leur environnement. Cette « inhumanité » doit alors être entendue depuis une posture délivrée de toute arrière-pensée morale ou de rebuffades théoriques à l'encontre d'un quelconque déclin présumé ou d'une déchéance imminente. Günther Anders n'abandonne cependant pas le registre de l'indignation lorsqu'il observe ceci :

« Ce que l'homme recherche en réalité à travers ces expériences, c'est de « *faire un pas supplémentaire* » vers une possible *déshumanisation*. Je dis « faire un pas supplémentaire » parce que, comparées à ce qui arrive maintenant, les formes de déshumanisation, d'avilissement et de privation de liberté qui ont été considérées pendant cent ans comme ce que l'on pouvait concevoir de plus extrême – je veux dire le fait, pour l'ouvrier, « d'être utilisé par ses propres conditions de travail » – n'apparaissent plus que comme des évidences et des banalités. Il n'est plus question pour l'homme contemporain de continuer à associer des idées effrayantes comme celle de souffrance, d'absence de liberté et de malheur à la forme passive « être utilisé ». C'est bien plutôt, au contraire, la limitation de sa propre utilité qu'il considère comme sa misère, *l'éventualité* que sa passivité, son utilité, en un mot, son absence de liberté *puissent avoir des limites définitives* »⁹⁰².

De fait, le terme « inhumanité » décrit l'inter règne historique, les soubresauts de la chrysalide subjective et son remplacement par les formes actives d'une réalité posthumaniste⁹⁰³, néo-subjective. Le caractère épars des indices pharmacologiques et neuroscientifiques ne permet pas encore d'entrevoir l'unité somatique préexistante de l'esprit et du monde en dehors du sentiment de désorientation et d'emportement éprouvés dans l'immédiat par les individus.

⁹⁰² G. ANDERS, *L'obsolescence de l'homme*, op. cit., note 862, p. 59.

⁹⁰³ Sur la question du posthumanisme voir Dominique LECOURT, *Humain, posthumain*, Paris, PUF, 2003 ; Jérôme GOFFETTE, *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain*, Paris, Vrin, 2006 ; Jean-Marie BESNIER, *Demain les posthumains*, Paris, Hachette, 2009.

L’objectivation de l’esprit par les neurosciences et la pharmacologie doit être comprise dans le mouvement de réintégration de la conscience (telle qu’en elle-même et non captive des présupposés moraux) du sujet avec lui-même. Le sentiment de dépossession temporaire, de privation de conscience morale tel que décrit par la sociologie traditionnelle n’est que l’éclipse séparant d’une authentique compréhension des enjeux moraux et de l’imputabilité véritable⁹⁰⁴. Ce qui passait par l’exercice de la contrainte extérieure (les sociétés disciplinaires) et leur corrélat dans la narrativité rationnelle justificatrice transite désormais par l’intériorisation processuelle des intuitions morales dans leurs rapports au fonctionnement de l’esprit.

Le devenir de l’esprit individuel dans l’histoire n’engage de responsabilité morale qu’au terme de l’élucidation des conséquences de sa redéfinition somatique par les mécanismes des neurosciences, même si le développement de celles-ci coïncide avec l’affaïssement des institutions ou avec le triomphe du néo-libéralisme⁹⁰⁵. La détermination de la préséance causale de ces événements n’éclaire pas les questions pratiques que le droit criminel doit désormais prendre en compte si l’on considère qu’

« en ce qui concerne l’individu, chacun est le fils de son temps; de même aussi la philosophie, elle résume son temps dans la pensée. Il est aussi fou de s’imaginer qu’une philosophie quelconque dépassera

⁹⁰⁴ On peut appliquer au contexte pharmacologique moderne une formulation que Jacques Lacan utilisait pour décrire l’ambivalence du processus analytique, « ce qui veut dire que dans ce mouvement qui mène l’homme à une conscience de plus en plus adéquate de lui-même, sa liberté se confond avec le développement de sa servitude ». Jacques LACAN, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966, p. 182.

⁹⁰⁵ La question de savoir lequel de ces phénomènes historiques - affaïssement des institutions ou triomphe du néo-libéralisme - provoque l’apparition de la ressaisie neuroscientifique des données de la conscience et du fonctionnement de l’esprit n’est pas aussi évidente que les dénonciateurs du néo-libéralisme ne laissent croire. Signalons simplement que le rapport à l’interdit dans la problématisation de la consommation des psychotropes à des fins récréatives ou non ressemble à un jeu à somme nulle. Non pas tant parce qu’il s’agit d’un « crime sans victime » mais, comme le souligne Jacques Derrida dans un interview publié sous le titre *Rhétorique de la drogue*, parce que la consommation d’une substance toxique avec ses effets libérateurs annule le travail en principe ou en fait. Or Derrida observe que « c’est toujours le non-travail qu’on disqualifie. L’œuvre authentique, comme son nom semble l’indiquer, doit être le résultat d’un travail (avec mérite et récompense), et d’un travail responsable, jusqu’à cette limite même où le travail s’efface, efface ses traces ou s’efface devant ce qui lui est donné ». Pour cette raison, ajoute-t-il, « la pratique répressive (avec toutes ses variantes brutales ou sophistiquées, punitives ou rééducatives) peut aussi bien ou aussi mal se justifier que la pratique laxiste (avec toutes ses ruses). Comme il est impossible de rendre absolument raison de l’une ou de l’autre, on ne peut condamner absolument ni l’une ni l’autre. Dans l’urgence, cela ne peut donner lieu qu’à des réponses mixtes, des négociations, des compromis instables. Ils devraient être guidés, dans des situations données, et toujours évolutives, à la fois par une analyse sociopolitique aussi large mais aussi fine que possible et par une attention à la singularité de chaque expérience individuelle ». J. DERRIDA, *Points de suspension. Entretiens*. Paris, Galilée, 1992, p. 254 et 252.

le monde contemporain, que de croire qu'un individu sautera au-dessus de son temps, franchira le Rhodes »⁹⁰⁶.

Condamner des individus parce qu'ils ne répondent plus aux critères psychologiques de l'imputabilité traditionnelle n'a pas plus de sens que de condamner l'époque qui provoque cet état de fait. Dans ce contexte, obéissant à la logique du temps court et à celle du gain immédiat autant qu'à celle de la « gratification » instantanée, il n'y a pas pour le néo-sujet de travail possible (au sens d'une élaboration) avec une figure de l'Autre consistante ou inscrite dans la durée.

Le néo-sujet se recompose à l'extérieur des giron institutionnels; subjectivité ectopique, déliée du devoir de transmission parce qu'elle-même déshérente⁹⁰⁷. Le centre de gravité dans l'exercice du contrôle social procède à partir du sujet lui-même, raccourci qui épargne aux néo-sujets le « travail de la culture » (*Kulturarbeit*) pour un temps et sous cette forme; le « faire avec » remplace progressivement le « faire ensemble », et finalement la société elle-même. Le bricolage implicite du « faire avec » et les accommodements requis par la dissipation du « faire ensemble »⁹⁰⁸ expliquent en partie sans doute les motifs pour lesquels toutes les questions relatives à l'avenir des addictions et au statut de consommateur permanent de psychotropes dans un cadre légal n'affleurent jamais autrement que sous des formes anecdotiques de statistiques « alarmantes » ou d'inquiétudes médicales sans que ne soient évoqué le caractère historiquement indépassable de cette prise en paiement direct sur l'esprit des individus d'un corps social autrement articulé⁹⁰⁹. Alors qu'à une époque encore récente la consommation de stupéfiants pouvait receler l'ébauche d'un geste contestataire⁹¹⁰, désormais

⁹⁰⁶ G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 39.

⁹⁰⁷ Sur la question de la déshérence et de la dés-errance de la subjectivité moderne, Peter Sloterdijk note ceci: « Dans une société qui pratique l'expérimentation, on ne devient pas adulte sans franchir un processus de déshéritage. C'est pour cela que l'idée du devenir-adulte, en tant que telle, est devenue plus floue. Il n'y a plus d'« aïeux », plus d'ancêtre pour te transmettre par testament un moule complet du monde et de l'existence. On succède à des gens qui, déjà, étaient dans le brouillard ». P. SLOTERDIJK, *Essai d'intoxication volontaire suivi de L'heure du crime et le temps de l'oeuvre d'art*, op. cit., note 304, p. 38.

⁹⁰⁸ Ce que Jean-Pierre Lebrun appelle, en sous-titre de son ouvrage *La Perversion Ordinaire* déjà cité, « vivre sans autrui ».

⁹⁰⁹ Manière de dire que bien compris, l'antidépresseur, le psychostimulant ou le continent psychotropique qui émerge avec cette condition historique n'est peut-être pas notre meilleur, et pourtant bien notre seul ami, suite aux échecs politiques contestataires et aux projets de réforme des sociétés de consommation de masse. Non plus fuite, mais prise en compte radicale de la réalité.

⁹¹⁰ Notons que les « médicaments » sous ordonnance entrent en concurrence directe et sont en voie de remplacer les substances dites illicites, d'où les pénuries des produits les plus connus comme Adderall[®], ou Oxycontin[®].

l'ordre disciplinaire extérieur⁹¹¹ et son langage traditionnel ont pu assimiler cette disposition et la remplacer par l'autocontrôle et l'expédient psychotropique à des fins productives⁹¹².

Le monde technique d'avant les neurosciences et les recherches sur les psychotropes pouvait encore faire cohabiter l'évaluation morale des comportements et l'usage des mécanismes de l'imputabilité. Et grâce à la psychiatrie, le droit « sous-titre » en quelque sorte et pour un temps le film muet des conduites criminelles par le moyen d'explications d'usage et la mise en scène de raisonnements pratiques pour « trouver » coupable et de paroles rituelles pour condamner. Il n'est pas certain qu'un pareil fonctionnement puisse survivre aux exigences de véridicité inhérentes à la forme occidentale du procès. Bien qu'elles procèdent davantage d'un désir de reconnaissance sociale que d'un besoin de vérité, les inclinations actuelles du droit en faveur de la psychiatrie trahissent le caractère permanent de cette aspiration.

Sans dénier l'importance de la surveillance ou l'affinement du rôle critique des médias par rapport à la cupidité des grandes compagnies pharmaceutiques (profits himalayens, dissimulation de certains résultats d'essais cliniques, expérimentation dans des pays du tiers-monde, etc.), cette suspicion récente cache l'éléphant dans la pièce. Autrement dit, c'est

« The Great Adderall Shortage of 2011 continues to frustrate millions of Americans who depend on the stimulant, a combination of amphetamine and dextroamphetamine, to focus and function. (...) Doctors blame the shortage of generic Adderall® (which is also known as mixed amphetamine salts) on the fact that more kids and adults are being diagnosed with ADHD. Estimates for ADHD patients range from 5 million to 15 million, with the number increasing about 5 percent a year. But others say it's also because more people than ever are abusing the drug, including students who use it to stay awake and cram for tests. (...) Whether or not people really do view a stimulant like amphetamine/dextroamphetamine as interchangeable with a narcotic like oxycodone, Adderall used for unapproved purposes comes mainly from legitimate prescriptions. The implication is that doctors are overdiagnosing and/or overprescribing, a pretty tricky call to make when dealing with an objectively unverifiable psychiatric condition like attention deficit hyperactivity disorder. Notice that the *Tampa Bay Times*, hewing to prohibitionist orthodoxy, describes using Adderall® to study for an exam as « abusing the drug » - unless, of course, the student has jumped through the requisite hoops, saying the right things to qualify for a diagnosis and earn the magical slip of paper that transforms abuse into medicine. Why empower doctors to decide who « really » needs Adderall when adults should be able to decide that for themselves? ». Consulté le 5 août 2012: <http://reason.com/blog/2011/12/28/why-is-there-an-adderall-shortage>.

⁹¹¹ Dont le mouvement de contrôle opère selon des dispositions centrifuges illimitées.

⁹¹² De la même manière que l'embryon a pu être réintégré comme matériel de recherche par l'économie des biotechnologies au terme des discours féministes sur la décriminalisation de l'avortement. « Évolution » des mentalités et « involution » des limites morales paraissent le double mouvement sur lequel s'appuient autant la progression des technologies de contrôle que leur acceptabilité sociale.

paradoxalement parce que l'on tente toujours de retraduire en termes moraux⁹¹³ les enjeux de ces nouveaux rapports d'emprise que sont éludés les horizons éthiques véritables de cette néo-subjectivation. Alain Ehrenberg décrit cette conjoncture en ces termes :

« il est donc inutile de plaider en frissonnant pour un retour de l'interdit, ou de se rappeler inlassablement qu'il faut mettre des limites à des sujets qui n'en connaissent plus. Parce que nous ne reviendrons pas en arrière, il importe au premier chef de comprendre que l'inconnu en nous se transforme, que les coûts se déplacent comme les gains »⁹¹⁴.

Le néo-sujet n'est pas un avatar de l'ancien sujet moral; il appartient à la plasticité des exigences normatives de son époque⁹¹⁵. S'il n'est plus « matériau » du social, comme le suggère Nietzsche, il n'en est pas moins d'une flexibilité et d'une fluidité qui repoussent pour le moment la tentation ou la naïveté de le trouver autodéterminé d'une quelconque manière. S'il est « plastique », ce n'est pas non plus au sens où il saurait encore développer par lui-même une capacité de rupture permettant d'épouser des orientations singulières. Toujours susceptible d'être psychiquement heurté par l'engrenage délicat des sollicitations médiatiques qui le poussent dans des directions prévisibles – tantôt travailler, tantôt consommer ou jouir –, plastique par destination, il s'intègre finalement au paysage vers lequel de toute manière son être-au-monde est soufflé : malléable, bio-disponible, figurant et cobaye du grand laboratoire des opérations sociales de la consommation de masse.

Bien que les capacités des ego surdimensionnés se révèlent inversement proportionnelles à la dimension insignifiante de leur participation subjective au destin d'une époque, peut-il en être autrement au plan individuel? Surtout si l'on considère que l'histoire de la modernité ne peut être racontée qu'à partir de la dissolution de la responsabilité individuelle dans des événements justement inconcevables à l'échelle des paramètres moraux subjectifs. Le déploiement technique apparaît comme « l'inquiétant par excellence », entendons par là la

⁹¹³ À cet égard, on peut se demander si la vogue récente de la « neuroéthique » n'est pas une entreprise de retraduction morale visant à rassurer en projetant des lexiques anciens sur des horizons encore incontrôlables. Sur cette question voir Francesco Paolo ADORNO, « Neuroéthique », *Critique*, vol. 10, no. 761, 2010, p. 865.

⁹¹⁴ Alain EHRENBURG, *La Fatigue d'être soi*, op. cit., note 47, p. 246.

⁹¹⁵ François Ewald décrit la flexibilité de l'articulation normative par rapport à la loi en ces termes : « La norme est mobile, changeante, variable ; elle change comme, avec la société. Mieux, la norme désigne à la fois un fait et une valeur : la norme se constate ; elle a l'objectivité d'une moyenne statistique ; en même temps, elle fournit un principe d'obligations immédiatement conformes à ce qu'exige, à un certain moment, l'ordre social ». F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 473.

précision de ses mécanismes d'éloignement du monde part rapport aux anthropomorphismes antérieurs et aux représentations rassurantes qui ont eu cours jusqu'à maintenant. L'émergence d'une complexité sans visage, d'opérations sans sujet, de modularités décentrées par rapport à des intentions immédiates ne permet plus d'arrêt sur image comme si les miroirs des consciences individuelles manquaient à retenir le contour des formes qui les surprennent et les parcourent.

Dans ce climat incertain, et pour rester dans le registre physique de la résistance des matériaux, il n'est plus utile aux institutions de fabriquer des individualités, fortes ou fermes. Impossible de fait, cette initiative serait contre-indiquée. Nulle perspective d'édification du social ne semble être à l'ordre du jour ni projets inspirés par quelque horizon temporel dépassant la durée de vie de leurs instigateurs⁹¹⁶, ces derniers n'ayant d'ailleurs plus la capacité de s'opposer au cours des choses autrement qu'au nom de principes qui émergent du droit de la personne à la vie⁹¹⁷ ou à la sécurité⁹¹⁸. L'idéologie néo-libérale nomme « opportunités » les déterminismes inflexibles⁹¹⁹ qui enserrant désormais les conditions de vie individuelles, et « mérites »⁹²⁰ l'étalon qui permet de mesurer, de justifier collectivement et de faire accepter individuellement par chacun sa condition immédiate ou ses échecs personnels. Les velléités de développement durable ne visent que les biens et les choses, non les individus qui les produisent ou les consomment. Les personnalités ne sont guère plus stables que le présent technologique dans lequel les existences individuelles se maintiennent en suspension,

⁹¹⁶ D'où la faveur éthique dont jouissent des questions portant sur la transmission en général, mais également les non moins comiques (en raison de la dénégation de la nature totalement invasive du présent moderne) interrogations solennelles autour du thème : « Quelle monde allons-nous laisser à nos enfants ? » Voir là-dessus Jean-Claude MICHÉA, *L'enseignement de l'ignorance et ses conditions modernes*, op. cit., note 307.

⁹¹⁷ Il suffit de penser à l'affaire *Perruche* en France où autour des anciennes questions de la responsabilité civile, les tribunaux ont dû répondre à la question : la vie handicapée doit-elle être compensée lorsqu'elle aurait pu être interrompue pendant la grossesse ? Le simple statut de personne vivante, le fait d'être né, ne constitue plus un bien en soi.

⁹¹⁸ Les récentes manières de contester l'ordre établi ne sont pas sans corroborer ce point de vue si l'on considère qu'elles ne sont que l'appel informel au sentiment d'indignation ou à l'occupation d'espace publics par des démunis rapidement dispersés par les forces de l'ordre. Rien de véritablement consistant ne vient faire barrage à l'ordre établi, sinon l'aveu d'impuissance que constituent ces positions dites « subversives ».

⁹¹⁹ L'exigence de flexibilité qui pèse sur le néo-sujet est directement proportionnelle à l'inflexibilité des contraintes adaptatives.

⁹²⁰ Voir Dominique GIRARDOT, *La société du mérite*, Paris, Édition Bords de L'eau, 2011, p. 276-284.

à flot⁹²¹. Toutefois, la somme des tensions qu'accumule une société en mutation rapide, la sourde agitation, ne doit pas cacher par sa puissance négative le mouvement d'accomplissement qui va de l'imposition extérieure d'un monde moral stable, mais incompréhensible du point de vue de l'affectivité des individus sur lesquels il pesait, à celui proposé à la conscience individuelle par l'objectivation somatique de l'esprit dans une vie sociale assumée.

5.3 *Le New Normal du Brave New World*

It wasn't funny, really, but everybody laughed at the scene in the 1979 film «Starting Over» when Burt Reynolds's character had a panic attack in the furniture department of Bloomingdale's (something to do with terror at the prospect of buying a couch). «Does anyone have a Valium?» his brother called out as Burt hyperventilated. The punch line: Every woman in the store reached into her purse and pulled out a little vial of pills. (...)Taking a pill to feel normal, even a pill sanctioned by the medical profession, led to a strange situation: it made people wonder what «normal» really was. What does it mean when people feel more like themselves with the drug than without it⁹²²?

Dans l'histoire du développement physiologique humain, plus particulièrement celle d'un cerveau actuel âgé d'à peine 25 000 milles ans pour ce qui est de l'acquisition du langage⁹²³, ce qui est récent à l'échelle de l'évolution – par exemple la reconfiguration des

⁹²¹ « À l'heure de l'individualisme triomphant, on assiste à une tension de plus en plus vive entre l'exigence « d'être soi » et l'appauvrissement de l'espace intérieur, la dissolution de l'intériorité qui donne au sujet sa consistance subjective. L'injonction à agir confronte le sujet à une sorte d'acting out permanent plutôt qu'à prendre le temps de l'élaboration psychique et intellectuelle. Condamné à être mobile, flexible, adaptable, l'individu devient flottant, instable, à la limite insaisissable. Que deviennent, dans ce contexte, la consistance, la persistance nécessaire à l'étayage psychique, à la construction de soi comme sujet, à la sécurité intérieure, à la confiance en soi ? L'individu est ballotté, déstabilisé par le changement comme s'il ne parvenait pas à exister dans la continuité. Il flotte au gré des modes et des courants de la société liquide ». Vincent DE GAULEJAC « L'injonction d'être sujet dans la société hypermoderne : la psychanalyse et l'idéologie de la réalisation de soi-même », *Revue française de psychanalyse*, no. 4, vol. 75, 2011, p. 995, 1005.

⁹²² Robin MARANTZ HENIG, « Valium's Contribution to Our New Normal », *The New York Times*, publié le 29 septembre 2012. <http://www.nytimes.com/2012/09/30/sunday-review/valium-and-the-new-normal.html>? Consulté sur Internet le 20 octobre 2012.

⁹²³ L'organe dans sa forme actuelle est récent à l'échelle de l'histoire de l'évolution du vivant. « Les principales spécificités du cerveau d'Homo sapiens se retrouvent chez tous les spécimens fossiles, y compris Cro-Magnon. Pourtant, les résultats obtenus illustrent aussi une diminution de la taille du cerveau et sa réorganisation chez notre espèce depuis 30000 ans. Notre cerveau est plus court, plus bas, comprimé au niveau des lobes frontaux et occipitaux alors que les lobes temporaux et le cervelet se sont élargis, par rapport à nos prédécesseurs. Ceci démontre la plasticité anatomique du cerveau chez Homo sapiens, mais aussi combien les relations entre sa taille

conduites, des attitudes, des réponses et des habiletés procédurales à acquérir – contrarie la lenteur avec laquelle les processus d’adaptation ont eu cours. Il n’est plus possible d’anticiper avec le même degré de certitude les comportements moraux de sujets non seulement soumis à la redéfinition constante de leur environnement, mais surtout tenus de performer dans l’horizon toujours incertain de la réalisation de soi. Le futur n’est plus la dimension ex-statique de l’à-venir en général, mais la dernière étape d’une suite d’opérations qui partent du présent pour y revenir. Or, la plupart des contenus moraux traditionnels ont toujours partie liée avec la dimension de la temporalité, et leur signification ne tourne jamais ailleurs ou autrement qu’autour d’une économie de la promesse tenue envers et contre tous. Sous la férule de l’avenir rapproché, les institutions qui avaient été jusqu’à maintenant des mémoires extérieures reconduisant des postures et des attitudes individuelles font figure de dépôt d’une symbolique désormais obsolète.

Valorisation de la durée contre l’éphémère et de la stabilité contre toutes les formes transitoires, le droit a été le langage instrumentalisé de la captation de l’avenir. Cet engouement pour la pérennité des dispositions concernant l’ordre des choses a été projeté sur la plupart des représentations anthropologiques de l’*homo juridicus*. Traversé de part en part par la dimension morale des décisions individuelles, le droit criminel n’a pourtant pas beaucoup réfléchi aux déterminations sociologiques⁹²⁴ qui infléchissent les comportements⁹²⁵. Il semble exister un fossé entre ce que peuvent dire les sciences humaines sur la nature purement accélérative et vélocité du présent⁹²⁶, et la manière avec laquelle les choses se sont toujours passées, et continuent toujours de se passer en droit. L’apport de ces disciplines est rapidement classé sous la rubrique des informations intéressantes, non sous l’angle plus

et sa forme et les capacités cognitives sont complexes ». <http://www2.cnrs.fr/presse/communiqu/2089.htm>. Voir également Colin RENFREW, *Prehistory (The making of the Human Mind)*, The Modern Library, 2008.

⁹²⁴ S’il en tient compte à l’étape du sentencing, le droit comprend les choix des individus à l’égard de la loi comme obéissant à des formes fixes de discernement.

⁹²⁵ Lorsqu’il intègre la sociologie ou en tient compte, c’est par exemple pour retenir la portée statistique de consultations par questionnaire sur la position des justiciables par rapport à l’accessibilité à la justice, ou la saisie de données sur la satisfaction quant au fonctionnement de tribunaux inférieurs. Rien qui touche aux enjeux d’une époque ou qui suggère des réaménagements substantiels. Il ne faut pas confondre nécessité du « conservatisme » juridique et statisme par manque de vision ou paresse théorique.

⁹²⁶ Voir Hartmut ROSA, *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, Éditions de La Découverte, 2012.

fondamental de la nouveauté que celles-ci recèlent sur le plan de la problématisation des rapports entre l'univers juridique et son environnement immédiat.

Si la psychiatrie a changé le rapport du droit à lui-même, ce n'est pas au sens où ce dernier en aurait compris, et encore moins tiré toutes les conséquences sur sa pratique. Cette modification va de pair avec le fait qu'un champ dogmatique comme le droit n'est jamais interpellé dans son ensemble même lorsque mis en présence de découvertes inédites, ou susceptibles d'être remis en cause par la critique de positions antérieurement tenues⁹²⁷, le problème des structures dogmatiques ne résidant jamais dans la possibilité de l'effraction d'un réel insolite ou incoercible, mais dans des décisions « corporatives » portant sur des noms, des stratégies de classement et l'appartenance ou l'exclusion d'entités descriptives à des catégories⁹²⁸. Étrangères quant à leur finalité, leurs entreprises de qualification des comportements n'en sont pas moins normatives.

La configuration d'un « sujet-cerveau » fait apparaître des modes inédits de la subjectivation que le droit semble désormais prêt à reconnaître en lieu et place de sa sagesse introspective. Tout porte à penser que plusieurs des vignettes descriptives du DSM sont et seront mises à profit pour former en droit criminel le sous-texte des références et critères servant à distinguer à nouveaux frais l'excusable et l'inexcusable selon une échelle de discernement qui exclut toutefois les défenses trop larges ou susceptibles d'être trop faciles à opposer (crainte déjà formulée par la Cour Suprême en ce qui a trait à la défense d'automatisme) et d'autres qui, malgré le fait que les comportements blâmables soient incontestablement de nature pathologique en regard de la psychiatrie⁹²⁹, n'en seront pas pour autant admises en raison cette fois des exigences de protection de la société impartie aux tribunaux.

Ce réaménagement des rapports entre ce que la société exige des sujets et leur capacité morale n'apparaît jamais mieux qu'à l'occasion de la valse-hésitation des tribunaux autour de l'appréciation du phénomène dépressif sur le comportement (notamment la formation de

⁹²⁷ Si l'on peut risquer cet exemple, le Vatican n'a réhabilité Galilée qu'en 1992. Les institutions devenues « transparentes » sont la plupart du temps en perte d'autorité sociale, frappées d'une dépigmentation fatale.

⁹²⁸ « Les troubles psychiatriques sont des « espèces pratiques », non des « espèces naturelles ». Peter ZACHAR, « Les troubles psychiatriques et le modèle des espèces pratiques », dans *Philosophiques*, vol. 33, no. 1, 2006, p. 81, 81.

⁹²⁹ On pense ici au statut des meurtriers psychopathes. Voir *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617.

l'intention) et l'incidence des médications sur les conduites. Tel qu'évoqué, le droit n'a pas encore tiré toutes les conséquences sur sa pratique d'une rationalité « psychopathique » et de l'expansion constante de la sphère des troubles et des *dysfonctionnements*. Alors que les mentalités s'assouplissent au point d'admettre la recrudescence statistique des maladies mentales, notamment la dépression⁹³⁰, la ligne de partage entre le normal et le pathologique se brouille. Comprises comme retombées inéluctables des modes de vie⁹³¹, les affections psychiques se banalisent à mesure même qu'augmentent et se multiplient les vignettes diagnostics des DSM. Non seulement la variété des troubles de l'humeur et du comportement s'accroît avec la dissipation des supports institutionnels, mais encore le délitement du social contraint au remplacement de l'ordre symbolique par l'assistance moléculaire continue et conduit à la banalisation des addictions⁹³².

« Que faire lorsque certaines créatures, mal adaptées aux évolutions de la société, souffrent, refusent de s'intégrer et causent de multiples troubles sociaux par leur abstention même du processus social global? La médicalisation des troubles psychiques, montrée par Foucault, s'est transformée avec l'avènement des psychotropes. L'invention d'un nouveau rapport aux substances psychoactives soulève des questions inédites à ceux qui ont en charge le parc humain moderne »⁹³³.

La société change à une vitesse telle que nombre d'individus n'accèdent à la subjectivation que sous condition d'assistance psychotropique. Le temps de réponse entendu

⁹³⁰ Il importe de saisir la double nature du phénomène dépressif : à la fois trouble spécifique de l'humeur avec une sémiologie propre à ses symptômes (ralentissement moteur, idéations négatives etc.) et sorte de cheval de Troie biopolitique en tant qu'occasion d'intervention et d'unification du champ d'influence du discours psychiatrique sur la société justifiant l'introduction des panacées moléculaires relatives par exemple aux troubles d'adaptation, aux phobies sociales ou encore aux déficit de l'attention.

⁹³¹ Les ministères provinciaux de la santé lancent des campagnes de « sensibilisation » publicitaire pour faire accepter la réalité de cette épidémie en milieu de travail et le respect dû à ses victimes. La reconnaissance des personnes atteintes de troubles mentaux ne tient peut-être pas tant à un élargissement humaniste de la conscience collective qu'au caractère toxique de bien des milieux de travail.

⁹³² La prise en charge moléculaire surgit en lieu et place des mécanismes traditionnels de soutien extérieur par la parole et s'inscrit dans l'histoire personnelle des individus comme réponse non verbale à un désarroi désormais tenu pour incompréhensible autant du point de vue du patient que de la société. Comment arriver à ne pas être heureux dans une société offrant autant d'opportunités et de chances d'épanouissement sans devoir en conclure qu'il ne saurait s'agir d'autre chose que d'un déficit organique pour celui ou celle qui en souffre? Sur le champ des assuétudes où la « compliance » moléculaire remplace l'obéissance traditionnelle, voir Jean-Pierre COUTERON, « Grandir parmi les addictions, quelle place pour l'éducation ? », *Psychotropes*, no. 4, vol. 15, 2009, p. 9.

⁹³³ Serge ESCOTS, « Exilé de soi, la domestication biomoléculaire à l'ère des mégaparc humains », *Empan*, vol. 2, no. 66, 2007, p. 50, 53.

au sens social constitue le nerf de la guerre que se livrent à la surface des écrans à haute définition et des pixels l'ensemble des impulsions et des informations en concurrence pour ravir l'esprit des enfants, des travailleurs, des consommateurs⁹³⁴. Dans ce contexte, l'interface médicamenteuse compose jusqu'à maintenant avec la série des sommations; elle s'offre comme espace tampon entre une pressurisation du temps social qui déborde de toute part l'activité psychique intégrative des individus et l'exigence pour les personnes de socialiser pour elles-mêmes l'écrasement constant du soi par les dimensions de l'immédiat, de l'urgence, ou de la crise. Le comprimé à libération prolongée permet la réponse rapide la mieux adaptée⁹³⁵ à l'envahissement par le monde du travail et des médias⁹³⁶. La dérive du continent psychiatrique parvient encore à absorber en la rationalisant la force inconnue qui anime le paysage des fluctuations sociologiques, à modifier la topographie ancienne des rapports du champ pénal à la culpabilité. Il n'est pas certain cependant que les formulations nosographiques des troubles ne sont pas, d'une part, en deçà de la réalité qui vient, et, d'autre part, qu'elles ne tiennent qu'aux derniers sursauts d'un effort normatif autour d'un concept de santé apparemment plus commode que le maniement socialement daté de l'interdit ou de la limite. Le discours psychiatrique est bien plus rassurant qu'il n'en a l'air : il ne postule rien de moins que l'existence positive, voire la subsistance d'une notion comme celle de la santé mentale. Il ne révèle pourtant rien d'autre qu'un certain rapport historique à la production de

⁹³⁴ Les chaînes de télévision vendent à leurs commanditaires, à travers leur programmation régulière, du « temps de cerveau disponible ». Comme le rappelait Patrick Lelay, directeur de la chaîne de télévision TF1, « pour qu'un message publicitaire soit perçu, il faut que le cerveau du téléspectateur soit disponible. Nos émissions ont pour vocation de le rendre disponible : c'est-à-dire de le divertir, de le détendre pour le préparer entre deux messages. Ce que nous vendons à Coca-Cola, c'est du temps de cerveau humain disponible ». <http://lespostiers.fr/2012/07/19/telecratie-et-temps-de-cerveau-disponible/>

⁹³⁵ Si j'écarte ici l'ensemble des hypothèses dites « spirituelles » ou qui engagent le travail sur soi ou le « développement personnel », c'est qu'elles ne répondent pas à l'ampleur statistique des solutions « granulaires », mais c'est surtout qu'elles ne cadrent pas avec l'engouement pour les solutions immédiates et les enjeux de la socialisation en contexte de post-modernité.

⁹³⁶ Dans la modernité, chaque sujet apparaît en déficit d'existence par rapport au redoublement du ratio d'expériences rendues possibles par l'accélération du rythme de vie. « Le temps perçu du monde (*Weltzeit*) et le temps d'une vie individuelle (*Lebenszeit*) divergent spectaculairement pour les individus du monde moderne. L'*accélération du rythme de vie* apparaît par conséquent comme une solution naturelle à ce problème : si nous vivons « deux fois plus vite », si nous prenons seulement la moitié du temps pour réaliser une action, atteindre un but ou vivre une expérience, nous pouvons doubler la « somme » des expériences vécues, et donc « de la vie », pendant la durée de notre vie. Notre part, ou notre « efficacité », c'est-à-dire la proportion d'options *réalisée* par rapport aux options potentiellement *réalisables*, double. (...) Il va sans dire que cette conception ne tient malheureusement pas ses promesses ». Hartmut ROSA, *Aliénation et accélération*, op. cit., note 926, p. 39-40.

vérité. Foucault décrit la réciprocité des mécanismes à l'œuvre, les échanges en miroir des critères permettant l'établissement d'un diagnostic ou la compréhension de la déviance dans un champ normatif.

« Le discours de la maladie mentale, de la délinquance ou de la sexualité ne disent ce qu'est le sujet que dans un certain jeu très particulier de vérité; mais ces jeux ne s'imposent pas de l'extérieur au sujet selon une causalité nécessaire ou des déterminations structurales; ils ouvrent un champ d'expérience où le sujet et l'objet ne sont constitués l'un et l'autre que sous certaines conditions simultanées, mais où ils ne cessent de se modifier l'un par rapport à l'autre, et donc à modifier ce champ d'expérience lui-même »⁹³⁷.

La santé « mentale » ne désigne ni un état « primitif » ni un état transitoire de la même manière qu'en matière de santé physique⁹³⁸. L'état mental est affaire d'équilibre instable, non d'opposition tranchée, mais d'oscillation continue entre les limites d'états pathologiques⁹³⁹. Or, lorsque la psychiatrie entre sur la scène du droit, elle s'y trouve comme garde-frontière des limites prescrites par le libellé de l'article 16 du Code criminel confondant la normativité du concept de santé mentale avec celui de responsabilité pénale, ou plus exactement faisant correspondre son appréciation de l'état mental d'un individu avec les paramètres du droit⁹⁴⁰. Les deux disciplines postulent un niveau de régularité dans les comportements individuels à la mesure des sociétés stables sur lesquelles elles tiraient leur exemple, à l'instar des visions de l'ancienne psychologie pour laquelle

« les actes sont systématiques. Un acte humain ne nous apparaît pour ainsi dire jamais comme isolé, comme se suffisant à lui-même, mais toujours comme inséré dans une suite, une série, une chaîne plus ou moins longues. Lorsque la série ou des chaînons ne sont pas apparents, l'observateur les suppose, implicitement ou explicitement. (...) Il résulte de là que nous avons la notion d'une certaine régularité et donc d'une certaine prévisibilité des actes »⁹⁴¹.

⁹³⁷ M. FOUCAULT, *Dits et Écrits IV*, op. cit., note 803, p. 634.

⁹³⁸ Il existe bien évidemment des maladies mentales (par exemple la schizophrénie ou l'autisme) dont le caractère permanent et irréversible paraît jusqu'à maintenant réfractaire à tout recouvrement d'un état normal.

⁹³⁹ Selon Claude Bernard « il est très difficile, sinon impossible, de poser les limites entre la santé et la maladie, entre l'état normal et l'état anormal. D'ailleurs, les mots santé et maladie sont très arbitraires. Tout ce qui est compatible avec la vie est la santé; tout ce qui est incompatible avec la durée de la vie et fait souffrir est maladie. (La définition de la maladie a épuisé les définisseurs) ». Cité dans Élodie GIROUX, *Après Canguilhem : définir la santé et la maladie*, Paris, PUF, 2010, p. 5.

⁹⁴⁰ On pense ici à la formulation précise de l'article 16 quant à la nécessité d'apprécier si l'accusé avait la capacité de distinguer le bien du mal, de juger de la portée ou de la conséquence des actes posés.

⁹⁴¹ Ignace MEYERSON, *Les fonctions psychologiques et les oeuvres*, op. cit., note 643, p. 15-16.

Les conceptions de la subjectivité ne sont pas plus figées dans une époque que ne s'arrêtent sur image les échanges avec l'histoire. C'est aussi parce que le droit criminel prend pour données immédiates et de manière « anhistorique » des notions psychologiques comme la conscience, l'intention, ou le libre arbitre qu'il demeure tantôt réfractaire à l'ensemble des changements de contexte historique qui en modifient la portée, tantôt subjugué par le discours de la psychiatrie. Le fait que le sujet humain soit sur le point de se « fabriquer un nouveau psychisme »⁹⁴² ou d'entrer dans l'ère de la « nouvelle économie psychique »⁹⁴³ n'est pas de l'ordre de la science-fiction, car dès les débuts de la modernité, la littérature pressentait déjà l'apparition de collectivités statistiquement imprévisibles composées d'individus éventuellement erratiques :

« Que chacun ignore ce dont il sera capable demain, voilà une pensée qui n'est plus considérée comme une extravagance. Que les transitions de la rigueur morale au crime, de la santé à la maladie, de l'admiration au mépris d'un même objet soient insaisissables et sans limites fixes, voilà qui est devenu pour beaucoup d'entre nous, grâce à la littérature des dernières décennies et à quelques autres influences, une vérité d'évidence. Je ne voudrais pas exagérer. Si nous considérons l'individu isolé, nous voyons que de fortes inhibitions s'opposent encore à ce qu'il soit vraiment « capable de tout ». Mais si nous considérons l'histoire de l'humanité, c'est-à-dire l'histoire de la normalité par excellence, il ne peut subsister aucun doute! Les modes, les styles, les sentiments, les époques, les morales se relaient ou coexistent dans un tel désordre qu'il nous impose l'image d'une humanité pareille à une masse gélatineuse toujours prête à prendre la forme que les circonstances lui suggèrent »⁹⁴⁴.

Robert Musil (1880-1942) pouvait encore évoquer dans la modernité naissante les « fortes inhibitions » qui s'opposent au fait que l'individu soit « capable de tout ». Mais l'enjeu de la médication antidépressive repose sur la remise en marche des mécanismes de la désinhibition. L'identité du sujet, ou encore la manière dont s'organise la perception et s'initie la décision d'agir est, tout au long de l'histoire de la philosophie et de la pharmacologie moderne, en butte à de nouvelles représentations. De même, le sujet comme « aperception » se sentant penser demeure susceptible d'être modifié dans son rapport à lui-même. À l'encontre

⁹⁴² Philippe PIGNARRE, *Les malheurs des psys*, op. cit., note 24, p. 55.

⁹⁴³ Charles MELMAN, *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, Paris, Érès, 2009.

⁹⁴⁴ Robert MUSIL, *Discours sur Rilke (1927)*, cité dans Jean-Pierre COMETTI, *Robert Musil De « Törless » à « l'homme sans qualités »*, Bruxelles, Éditions Pierre Mardaga, 1986, p. 81.

de l'impression commune selon laquelle les mécanismes psychiques seraient dotés d'une consistance identitaire immuable, biologique ou même objective, le psychiatre Daniel Widlöcher n'hésite pas à affirmer qu'

« à la fin des années cinquante, il fut évident que les découvertes récentes concernant l'action de certaines molécules chimiques sur les troubles mentaux constituaient un événement qui dépassait de loin un simple progrès d'innovation thérapeutique. Nous disposions brusquement de molécules venant modifier en quelques jours ou en quelques semaines, de manières assez radicales, le mode de pensée d'un grand nombre de malades »⁹⁴⁵.

Modifier de manière radicale le mode de pensée signifie en clair que l'être même du sujet peut *volens nolens* devenir tributaire d'une intervention extérieure causée par certains récepteurs moléculaires. Cette intervention n'a rien de l'hallucination produite par des stupéfiants connus depuis l'Antiquité comme le pavot ou le chanvre; il s'agit d'une intervention permanente, rien de moins que d'une « direction assistée ». La modification des humeurs n'est alors plus un événement passager, mais le cadre à l'intérieur duquel autant la volonté que l'intention font l'objet d'une remodulation importante. Dans beaucoup de cas d'ailleurs, la prise d'antidépresseurs s'étend bien au-delà des six mois suggérés, et parfois même sur toute une vie. Le for intérieur n'est tout simplement plus ce qu'il était.

La refonte de la subjectivité autour de considérations neuronales décentre le sujet de son éventuelle primauté subjective et accentue le sentiment de sujétion à l'égard de mécanismes échappant à la prise volontaire intentionnelle ou à la direction transparente et résolue. Cette condition biochimique de tous les phénomènes psychiques – identité, mémoire, volonté, anticipation – place le sujet en orbite plutôt qu'au centre de ce système d'interaction complexe, de cet engrenage moléculaire. Ce contexte de décentrement s'avère paradoxalement difficile à admettre dans une société où l'individualisme semble triomphant. Il importe alors de ne pas confondre les effets systémiques déclaratoires de la « fausse conscience »⁹⁴⁶ et la réalité biologique du sujet sous influence.

⁹⁴⁵ D. WIDLÖCHER, *Les psychotropes, une manière de penser le psychisme?*, Paris, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, Ed. Synthélabo, 1990, p. 5.

⁹⁴⁶ Joseph GABEL, *La fausse conscience : essai sur la réification*, Paris, Éditions de Minuit, 1962.

5.4 Pharmacologie de la responsabilité pénale

Dans l'affinement des modes de contrôle des conduites et les enjeux nouveaux de la socialisation, les sociétés avancées tendent à déployer une forme d'orthopédie moléculaire : l'assistance continue aux individus en proie aux mutations anomiques rapides des sociétés. Ce secours direct donne lieu à une inversion des pôles subjectifs et institutionnels. La logique de l'action doit être comprise depuis l'effet de la molécule et non plus seulement à partir du discernement subjectif. Une autre histoire des conceptions de la responsabilité s'écrit en surimpression à cette redéfinition du sujet et de l'action, d'un sujet « sous ordonnance ». À l'occasion de la multiplication des prescriptions de substances psychotropes⁹⁴⁷, l'individu sous influence correspond à une réalité statistique de plus en plus importante⁹⁴⁸.

Les psychotropes comprennent la plupart des antidépresseurs connus sous l'appellation générale IMAO (inhibiteurs de la monoxydase), les anciens tricycliques, et les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine ISRS⁹⁴⁹ (Zoloft®, Paxil®, Effexor®, Luvox®, Prozac®) de même que certains autres appelés antidépresseurs atypiques⁹⁵⁰ (Desyrel®, Zyban®,

⁹⁴⁷ « Le Conseil du médicament du Québec a publié en janvier 2011 un rapport intitulé *Portrait de l'usage des antidépresseurs chez les adultes assurés par le régime public d'assurance médicaments du Québec*. Le régime compte 2 539 559 assurés. En 2009, 14, 4% des adultes assurés par ce régime se sont vus prescrire des antidépresseurs ! Ce qui représente une augmentation de 1, 3 % par rapport à 2005 alors que la proportion était de 13, 3 %. Le coût de ces médicaments a été de \$128, 8 millions en 2009 (soit une moyenne d'environ \$50 par assuré). Entre 2005 et 2009, 50, 1 % des nouveaux utilisateurs avaient 60 ans ou plus et environ les deux tiers étaient des femmes ». <http://www.psychomedia.qc.ca/antidépresseurs/2011-02-08/quebec>. Pour consulter le rapport: <http://www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/CDM/Etudes/CdM-Portrait-antidépresseurs-201101.pdf>. Il faut ajouter à ce portrait psychotropique la consommation des psychostimulants pour les enfants que le rapport n'évalue pas, ni celle des adultes. Sur cette question, Radio-Canada rapporte que « la consommation des médicaments de la famille du Ritalin a atteint un record au Québec en 2008, si bien que 41 % des ordonnances canadiennes proviennent de cette province. Ainsi, pas moins de 41 % des ordonnances de méthylphénidate (médicament psychotrope incluant le Ritalin) au Canada ont été prescrites au Québec. Cela représente environ 33 % de tous les comprimés vendus au pays. (...) Le nombre de prescriptions aurait ainsi augmenté de 14 % en un an, selon Madeline Gareau-Ladgen, d'IMS Health ». <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/sante/2009/01/26/002-ritalin-quebec.shtml>. Consulté le 4 novembre 2012 sur Internet.

⁹⁴⁸ « La dépression est le trouble psychiatrique le plus commun chez l'adulte et peut toucher 13% à 20% de la population (Finley, Laird et Benefield, 2001). Elle est deux fois plus fréquente chez la femme que chez l'homme (Kamil, 1996; APA, 2000). Aux États-Unis, la prévalence de la dépression majeure à un moment ou un autre de la vie est de 12, 7% chez l'homme et de 21, 3% chez la femme (Kessler et coll., 1994). Elle peut débiter à n'importe quel âge et de 50 à 60% des individus qui en ont souffert manifestent des rechutes (APA, 2000) ». Louis LÉONARD et Mohamed BEN AMAR, *Les psychotropes. Pharmacologie et toxicomanie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002, p. 754.

⁹⁴⁹ Inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine.

⁹⁵⁰ « Ces produits sont considérés comme atypiques car ils ont un profil pharmacologique particulier qui les distingue des autres types d'antidépresseurs et ils ne présentent pas les mêmes caractéristiques fonctionnelles et

Wellbutrin®). Les mécanismes d'actions des ISRS sont résumés en ces termes par les pharmacologues Léonard et Amar :

« Les antidépresseurs ont pour effet immédiat d'augmenter la concentration de certains neurotransmetteurs dans les synapses. Selon l'antidépresseur en cause, cet effet résulte généralement d'un blocage du recaptage présynaptique d'une ou de plusieurs monoamines biogènes ou d'une inhibition du métabolisme de ces mêmes neuromédiateurs »⁹⁵¹.

Le premier effet de ces substances consiste à indiquer aux individus dépressifs la sortie du ralentissement psychomoteur. En transitant par la hiérarchie des neuromédiateurs cérébraux précurseurs de l'action, les molécules désinhibent, ce qui implique la levée des freins comportementaux et le retour à un certain état de bien-être susceptible d'encourager le réinvestissement du monde extérieur. Bien que non exempt d'effets secondaires connus (baisse de la libido, prise de poids, fatigue)⁹⁵², ce genre d'approche s'accompagne le plus souvent d'une remise en cause de l'hygiène de vie antérieure et permet d'espérer un retour, mais surtout un maintien en milieu de travail. La simplicité du traitement, le plus souvent prescrit par un médecin généraliste, n'engage pas de crise existentielle majeure sur le sens de l'action dans le monde; elle rend au contraire cette action à nouveau possible.

S'il est un enseignement véhiculé par cette offre pharmacologique, c'est bien qu'un nombre important d'individus passeront la plus grande partie de leur vie à alterner la prise de diverses molécules et préféreront la poursuite d'une vie active « sous influence »⁹⁵³ au retour

structurales que les autres catégories de médicaments (Kamil, 1996). Il comprennent le bupropion (Zyban®, Wellbutrin®), la néfazodone (Serzone-5HT2®) et la trazodone (Desyrel®). La néfazodone et la trazodone agissent principalement sur la transmission sérotoninergique, alors que l'action du bupropion s'exerce surtout sur la transmission dopaminergique (Baldessarini, 2001) ». L. LÉONARD et M. BEN AMAR, *Les psychotropes*, op. cit., note 948, p. 760.

⁹⁵¹ Ibid., p. 762.

⁹⁵² Un grand nombre d'effets secondaires moins connus des antidépresseurs sont énumérés par le fabricant : « akathisie, agitation, désinhibition, labilité émotionnelle, hostilité, agressivité, impulsivité, dépersonnalisation, hypomanie, manie, cauchemars, troubles du sommeil, hallucinations, psychose, perte de conscience, idées délirantes, démence, idées d'homicide, réaction paranoïaque et dépression psychotique ». Ce répertoire de mauvaises surprises qui devrait faire réfléchir les esprits chagrins avant d'entreprendre un traitement n'a manifestement pas l'effet répulsif qu'on pourrait anticiper si l'on en croit l'augmentation statistique de leur consommation. Wyeth Canada, Montréal, Canada, Capsules EFFEXOR XR, antidépresseur-anxiolytique, date de révision : le 16 juin 2008, p. 6, 7, 10, 40 et 46.

⁹⁵³ Devant intervenir comme une banque centrale dans l'économie psychique du sujet, cette influence pourtant inassimilable à l'intoxication volontaire ou à celle de l'ivresse se doit de déjouer morosité, rumination ou torpeur afin de rétablir un climat propice aux investissements, à l'action. En un mot : pour désinhiber.

d'épisodes dépressifs. Ce dernier détail fait élargir la consommation de psychotropes du sens restrictif que l'on pouvait accorder à la notion de traitement.

L'acceptation de cet encadrement humoral tient au fait que les médications actuelles ne produisent plus l'état d'abrutissement des anciennes substances ni même n'exposent leurs usagers au redoutable « Cheese syndrom »⁹⁵⁴. La banalisation de la consommation de psychotropes renvoie cependant à la nature singulière du « consentement » requis et à la redéfinition, dans une certaine mesure, du terme « traitement »⁹⁵⁵. Il arrive que les modifications comportementales escomptées débordent le cadre du redressement de l'humeur.

Le contexte pharmacologique incite à repenser certaines notions cardinales relatives à l'exercice de la libre volonté et du consentement éclairé. En décentrant la position subjective de son point de vue intentionnel, en intervenant sur les centres psychiques de décision, l'*a priori* décisionnel de la subjectivité tel que conçu tant en droit civil que dans la doctrine pénale s'en trouve substantiellement agacé. Comme le note Michèle Marzano,

« Certaines circonstances peuvent fournir aux personnes des motifs pour agir. D'autres peuvent jouer même une fonction causale. Parfois, la situation est telle qu'elle n'influence aucunement l'individu. Parfois, elle est au contraire si contraignante qu'on peut préférer se définir comme libre plutôt que d'admettre sa propre impuissance. Cela n'empêche que, pour devoir qualifier une action de volontaire et libre, il faut qu'elle soit, au moins en partie, intentionnelle et qu'un individu puisse donner des raisons pour l'expliquer »⁹⁵⁶.

Lorsqu'il s'agit d'une politique de santé mentale mise de l'avant par des ministères de la santé et des services sociaux qui vise par exemple à faire reconnaître la dépression comme maladie véritable en milieu de travail, le fardeau de la décision de se traiter, de se prendre en charge est insidieusement déplacé sur les épaules du salarié. Ce qui apparaît dans la publicité étatique comme une invitation à la prise en charge doit être compris comme un encouragement à se soumettre au dispositif médical visant à résoudre une des principales cause de l'absentéisme ou de l'improductivité. Une politique de santé publique s'adresse bien entendu à l'ensemble de la population; elle n'en est pas moins

⁹⁵⁴ Les antidépresseurs de type IMAO ont et avaient la curieuse particularité d'interagir dangereusement (maux de tête, intoxication, etc.) avec la tyramine contenue dans les fromages vieilliss et certains autres aliments.

⁹⁵⁵ L'acceptation habituelle de « traitement » et de « consentement » ne semble pas compatible avec l'extension temporelle requise par cette situation clinique.

⁹⁵⁶ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis. Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006, p. 13.

une manière d’orienter la « conduite des conduites ». Dans une recherche récente, le psychiatre Jari Tilhonen observe que

« among suicidal subjects who had ever used antidepressants, the current use of any antidepressant was associated with a markedly increased risk of attempted suicide and, at the same time, with a markedly decreased risk of completed suicide and death »⁹⁵⁷.

Ces modifications cénesthésiques amènent à reconsidérer la libre capacité d’agir de sujets qui n’appartiennent ni aux catégories traditionnelles des malades mentaux ni non plus à celle des criminels violents. Certains aspects de la personnalité d’un patient sont modifiés sous psychotrope et échappent à sa conscience immédiate. Cette rupture du rapport à soi ne conduit pas toujours à la dissociation psychotique ou à une perte de contact avec la réalité, mais elle préside imperceptiblement à une altération significative du soi. Il importe de considérer cet hiatus et d’examiner ce déplacement dans les conduites d’un sujet qui, bien que consentant à cette consommation sous prescription, ne peut, en raison du caractère idiosyncrasique de la métabolisation des molécules, prévoir et encore moins mesurer la portée de cet effort pour changer ses humeurs. L’intensité de cette variation intime, tout autant que les réactions adverses et les effets secondaires, dépend de la constitution de chaque individu. Cette condition paraît souvent aggravée par le fait que la communication entre le prescripteur et la famille du patient n’est pas assurée puisqu’elle tombe sous le coup du secret professionnel. Ni le patient ni son entourage ne peuvent anticiper une réaction violente : les uns parce qu’ils ne sont pas informés de la situation pharmacologique du patient, et ce dernier parce qu’il peut assimiler son changement d’état à un rétablissement du tonus général ou de l’humeur. Dans un avis, Santé Canada mettait en garde contre la nature « disruptive » des effets de ces psychotropes. Dans ce document daté du 4 juin 2004 l’organisme énonce ce qui suit :

« Santé Canada avertit les Canadiens que les inhibiteurs sélectifs du recaptage de la sérotonine IRSS et d’autres nouveaux antidépresseurs, sont maintenant assortis de mises en garde plus vigoureuses. Ces nouvelles mises en garde précisent que les patients de tous âges qui prennent ces médicaments peuvent présenter des changements comportementaux et/ou émotifs pouvant être associés à un risque accru de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui. Les patients, leur famille et leurs soignants doivent savoir qu’un petit nombre de patients prenant ce type de

⁹⁵⁷ Jari TILHONEN et autres, « Antidepressants and the Risk of Suicide; Attempted Suicide, and Overall Mortality in a Nationwide Cohort », *Archives General of Psychiatry*, no. 12, vol. 63, 2006, p. 1358, 1358.

médicaments ont le sentiment que leur état général a empiré plutôt que de s'améliorer, en particulier durant les premières semaines de traitement ou lors des ajustements de posologie. Ils peuvent, par exemple, éprouver une sensation inhabituelle d'agitation, des sentiments d'hostilité ou d'anxiété, avoir des pensées impulsives ou troublantes, notamment envisager de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui »⁹⁵⁸.

5.5 *L'automatisme : défense et illustration de l'absence à soi-même*

L'impulsion peut être subite, inconsciente, suivie d'une exécution immédiate, sans même que l'entendement ait eu le temps d'en prendre connaissance... L'acte a alors tous les caractères d'un phénomène purement réflexe qui se produit fatalement, sans connivence aucune de la volonté; c'est une vraie convulsion qui ne diffère de la convulsion ordinaire que parce qu'elle consiste en mouvements associés et combinés en vue d'un résultat déterminé⁹⁵⁹.

Le concept d'automatisme est la manière idoine qu'a trouvée le droit criminel pour relier conscience et inconscience au sein de ses propres représentations de l'intentionnalité, sans nécessairement devoir faire intervenir la notion de maladie ou d'aliénation mentale. Cette défense atteste de l'intrusion d'une autre logique que celle qui consiste dans la mise en forme rituelle des artifices de langage et de la performativité linguistique conduisant à la condamnation. Elle décrit un état qui court-circuite la « mythologie » linguistique présidant aux accords tripartites entre volonté, intention, libre arbitre, entités intercalées entre la motricité pure de l'agent et ses actes. Oscillant entre la désignation d'un état volcanique instable et la forme fixe d'une explication jurisprudentielle, cette réponse hybride tente de concilier anormalité neurologique temporaire et irresponsabilité pénale; plus exactement, de faire primer des contingences neurologiques singulières sur les exigences rationnelles de l'égalité devant la loi.

Bien que son usage soit rare, la défense d'automatisme⁹⁶⁰ n'en demeure pas moins, avec la défense d'aliénation mentale, le paradigme à l'intérieur duquel le droit criminel

⁹⁵⁸ http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories-avis/2004/2004_31_f.html

⁹⁵⁹ T. RIBOT, *Les maladies de la volonté*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 72-73.

⁹⁶⁰ Dans son Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux, le Comité permanent de la justice et des droits de la personne recommande que ne soit pas codifiée la défense d'automatisme décrite en ces termes: « Le Comité recommande de « laisser les tribunaux baliser et appliquer le droit relatif à l'automatisme », qu'il soit ou non causé par l'aliénation mentale. Le gouvernement convient avec le Comité qu'il n'y a pas lieu de modifier le Code criminel pour le moment dans le but de codifier le verdict d'automatisme. La réforme éventuelle de l'automatisme doit passer par l'examen global de la partie générale du Code criminel de

canadien *comprend* de la manière la plus explicite le fonctionnement de l'esprit⁹⁶¹. L'automatisme reste le moyen par lequel l'acte inexplicable peut être excusé par la pensée juridique.

Bien qu'imparfaite dans son application actuelle, cette défense pourrait permettre d'apprécier plus justement la nature particulière des troubles qui poussent certains consommateurs d'antidépresseurs sans antécédents judiciaires à commettre des actes criminels graves tels que la conduite dangereuse, les voies de fait ou le meurtre. Il importe cependant d'éviter que cette disposition ne se consume dans l'horizon crépusculaire de la défense d'aliénation mentale⁹⁶². Disposition attenante à l'application de l'article 16 du Code criminel, elle ne saurait être réduite à la notion de « conscience diminuée ». Si cette défense a un avenir, elle doit occuper par différenciation doctrinale l'espace ouvert par les ratés de la nouvelle économie psychique sous influence. L'enjeu de l'élément déclencheur doit alors être considéré bien davantage que l'état présumé de complète inconscience qui n'en fait pour le moment qu'un sous-produit éphémère du somnambulisme ou de la convulsion épileptique⁹⁶³.

Soupçonnant toujours l'existence de la maladie mentale comme cause neurologique de l'automatisme, la jurisprudence néglige cet élément lorsqu'elle réitère dans l'arrêt *Rabey* que

« la question principale qui se pose dans les affaires qui mettent en jeu une défense fondée sur l'automatisme est de savoir si l'accusé

façon à élaborer une théorie des moyens de défense qui soit cohérente et fondée sur des principes solides. Comme le Comité le note, en 1993, le ministère de la Justice a diffusé un document de consultation sur la réforme de la partie des dispositions générales du Code criminel dans lequel était soulevée la question de savoir si la partie des dispositions générales devait codifier le verdict de responsabilité criminelle pour cause d'automatisme, ou plutôt codifier la jurisprudence de façon à autoriser l'acquiescement en cas d'automatisme sans aliénation mentale. Un livre blanc publié en 1993 proposait des modifications qui prévoyaient le verdict de non-responsabilité criminelle pour cause d'automatisme. L'automatisme était défini comme un « état d'inconscience ou de conscience partielle qui rend alors la personne incapable de consciemment contrôler ses faits et gestes. » http://www.doj.ca/fr/dept/pub/tm_md/.

⁹⁶¹ Comprend plutôt qu'il ne décrit, car le moment descriptif du droit criminel vient avec la logique de l'imputation.

⁹⁶² « L'automatisme causé par une maladie mentale est subsumé sous la défense d'aliénation mentale, qui mène au verdict particulier de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, tandis que l'automatisme ne résultant pas d'une maladie mentale mène à un acquiescement absolu ou pur et simple ». *R. c. Rabey*, [1977] 17 O.R. (2d) 1, 12 (C.A. Ont.).

⁹⁶³ La nécessité d'une uniformité des chocs violents ou des traumatismes psychologiques pour déclencher l'automatisme ne semble pas établie par la jurisprudence si l'on considère la situation des personnes atteintes du syndrome post-traumatique susceptible de vivre en temps réel les effets d'un événement qui a parfois eu lieu dans un passé lointain. La similitude des lieux, des odeurs et de toutes situations similaires est susceptible de les replonger dans un état de panique et de les amener à se défendre contre des ennemis imaginaires. Sur la question de l'élément déclencheur, voir *R. c. MacInnes*, [2000] A.J. (Quicklaw) no 1657 (Alb. Prov. Ct), par. 170 à 177.

souffre d'une maladie mentale. Les opinions des psychiatres se limitent à décrire l'état de l'appelant comme un [Traduction] « état de dissociation », mais il est clair, du moins depuis l'arrêt *Bratty v. A.G. Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, que la question de savoir si un tel état équivaut à « une maladie mentale » est une question de droit qui ressortit au juge. La règle générale énonce qu'il revient au juge de décider ce qui constitue une « maladie mentale », car il s'agit d'une question de droit; en revanche, la question de savoir si les faits d'une cause en particulier révèlent l'existence d'une telle maladie doit être tranchée par le juge du fond »⁹⁶⁴.

S'en remettre au juge du procès pour déterminer les particularités ou la « qualité » d'un « état de dissociation » et l'apparier à une maladie mentale elle-même éventuellement comprise depuis l'optique juridique relève de la haute voltige intellectuelle⁹⁶⁵. L'affirmation du principe général en droit criminel selon lequel il est absolument nécessaire qu'un élément moral, un état d'esprit blâmable soient retrouvés pour déclarer coupable et condamner un accusé paraît atténuée par des considérations qui visent la protection du public lorsqu'il s'agit d'un acte dont les conséquences sont disproportionnées par rapport à la cause factuelle immédiate. Cette finalité sociale modère les transports introspectifs du droit quant à la qualité des états mentaux limites. Le juge LeBel décrit les moments charnières de l'évolution de la doctrine enseignée par la Cour suprême lorsqu'il s'agit d'apprécier la défense d'automatisme :

« L'automatisme a posé des difficultés importantes dans le domaine de la responsabilité pénale. Chacun sait qu'il consiste en un état d'inconscience dans lequel un individu demeure apte à agir, mais ne perçoit plus son action. L'esprit et le corps se dissocient. L'automatisme peut d'abord résulter d'une maladie mentale. Sa seconde forme, qui survient en l'absence d'un trouble psychiatrique, est celle qui a particulièrement préoccupé la jurisprudence récente. Celle-ci est restée fidèle au principe que seul un acte volontaire devrait être puni. (...) À l'origine, la Cour suprême avait manifesté une méfiance profonde à l'égard de la défense d'automatisme en raison du risque de simulation et des problèmes de preuve qu'elle provoquait, notamment dans l'arrêt *Rabey*. Cependant, en 1992, elle a admis que le somnambulisme pouvait conduire à un état d'automatisme sans qu'il soit possible de l'assimiler à une maladie de l'esprit. (...) Quelques années plus tard, la Cour a confirmé à nouveau la recevabilité de cette défense. Elle a reconnu qu'elle reposait sur le caractère involontaire de l'acte, ce qui justifiait son

⁹⁶⁴ *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, 519.

⁹⁶⁵ C'est bien la position réitérée dans la récente affaire *Bouchard-Lebrun*, bien que « la qualification d'une condition mentale comme « trouble mental » est un exercice juridique lié au substrat médical et scientifique. (...) Il appartient au juge de décider si l'état décrit est compris dans l'expression « maladie mentale ». *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 60-61.

acceptation. Cependant, à la majorité, la Cour a imposé au prévenu le fardeau de la preuve de son état suivant la norme civile de la prépondérance de preuve »⁹⁶⁶.

Dans les propos du magistrat, notons la solennité magistérielle avec laquelle il rappelle que la Cour « est restée fidèle au principe que seul un acte volontaire devrait être puni »⁹⁶⁷. Quand il discute des incidences sur la pratique, il ne fait que répéter le principe de l'imputabilité pénale comme pourrait le faire un prélat catholique à l'égard des enseignements de l'Église en matière de sexualité ou d'ordination des femmes⁹⁶⁸. Or, la méfiance de la Cour suprême exprimée dans *Rabey* ne tient pas seulement à la possibilité de simulation qui apparaît criante même pour le profane, mais encore à la mise en cause de l'édifice doctrinal par l'immixtion de l'involontaire dans l'acte volontaire. Cette méfiance porte sur les limites de la responsabilité pénale telle que construite de toutes pièces par le lexique des descripteurs mentaux⁹⁶⁹ en usage dans les tribunaux et dont l'automatisme n'a jamais cessé d'être le revers familier quoiqu'inquiétant. Jusqu'où la doctrine peut-elle tenir théoriquement en respect, au sein de sa transparence explicative, l'opacité des processus psychiques humains véritables?

L'automatisme sans aliénation mentale met d'ailleurs en scène un sujet qui, contre toute attente, s'évanouit derrière la disproportion d'un acte dont la gravité est sans rapport avec son contexte ni avec des éléments antérieurs qui auraient pu le justifier⁹⁷⁰. Le défendeur

⁹⁶⁶ Louis LABEL, « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés », op. cit., note 585, 735, 744-745.

⁹⁶⁷ La préservation de la notion d'acte volontaire dans sa compréhension incriminante ou ses formulations culpabilisatrices requiert le même degré de protection institutionnelle - réitération d'une pétition de principe - que celle de l'imputabilité elle-même. Les aménagements sont concevables, mais jamais la discussion de la vérité définitivement révélée.

⁹⁶⁸ Le titre de l'article du juge LeBel ne manque pas d'être suggestif : il déduit que les « fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés » ont été consolidés, alors qu'ils ont été, en ce qui a trait à l'automatisme sans aliénation mentale, « soustraits » à son application par les effets combinés des arrêts *Chaulk* et *Stone* dont le professeur Healy a dénoncé les effets restrictifs sur les droits d'un accusé. Le juge LeBel ne manque pas de relever en termes laconiques les positions dissidentes à son assurance doctrinale en faisant remarquer que « cette solution a été parfois critiquée ». Louis LABEL, « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés », op. cit., note 585, 735, 745.

⁹⁶⁹ D'ailleurs, n'a-t-on jamais su penser la subjectivité autrement que dans le champ trompeur de la métaphore grammaticale? Jeremy Bentham note à cet égard que « la syntaxe qui permet des actes mentaux et en rend difficiles, voire en interdit, d'autres, est sans doute un voile plus redoutable que les écrans partiels des mots ». Jean-Pierre CLÉRO et Christian LAVAL, *Le vocabulaire de Bentham*, Paris, Ellipses, 2002, p. 8.

⁹⁷⁰ « La volonté peut être touchée sans que la raison ne le soit. Cette nouveauté Esquirollienne sera, bien entendu, reprise dans le cadre des monomanies ». Michel SANCHEZ-CARDENAS et Marcel ZINS-RITTER, *Une mère tue son enfant*, op. cit., note 789, p. 14.

doit justement faire ressortir le caractère soudain, inexplicable en soi et pour lui-même, de ce passage à l'acte. Le déroulement de cette parade défensive doit obéir aux exigences édictées dans l'arrêt *Stone* en ces termes :

Il y a lieu d'appliquer une méthode en deux étapes dans toute affaire où l'automatisme est allégué. En premier lieu, la défense doit établir les fondements de l'automatisme. Elle ne se sera acquittée de cette charge que si le juge du procès conclut qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Dans tous les cas, la défense devra présenter une allégation de caractère involontaire, confirmée par le témoignage d'un psychiatre. Parmi les autres facteurs pertinents qui doivent être pris en considération pour déterminer si la défense s'est acquittée de cette charge, il y a l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté. Aucun facteur n'est déterminant à lui seul⁹⁷¹.

Il s'agit d'une preuve par élimination des considérants habituels relatifs aux mobiles de l'acte criminel. Excluant d'emblée le trouble explosif intermittent, la défense d'automatisme ne souffre pas de récidive; c'est l'une des raisons pour lesquelles le tribunal ne doit pas seulement évaluer la spontanéité de l'acte, mais envisager la « théorie du risque subsistant »⁹⁷². Dans l'énumération des prudences, on comprend qu'un accusé qui entend se prévaloir de la défense d'automatisme n'a pas intérêt à se représenter lui-même s'il entend s'insérer au croisement des diverses versions explicatives de son comportement. À la différence de la personne sous hypnose, dont on prétend qu'elle garde en mémoire pitreries ou docilités suggérées, le locuteur qui entend se prévaloir de la défense d'automatisme doit désavouer sa doublure motrice, attester qu'il s'est pratiquement surpris en train de dormir.

⁹⁷¹ *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 189-192.

⁹⁷² « La théorie du risque subsistant dit que tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être traité comme une aliénation mentale. La théorie de la cause interne dit qu'un état dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, par opposition à un facteur externe, devrait entraîner une conclusion d'aliénation mentale. Les deux théories révèlent une même préoccupation à l'égard de la récurrence, la deuxième disant qu'une faiblesse interne est plus susceptible d'entraîner une violence récurrente que l'automatisme provoqué par une cause externe ». *Id.*, par. 63.

Bien que différente des conceptions psychiatriques⁹⁷³ qui l'ont mis de l'avant à travers les œuvres de Gaëtan Gatian de Clérembault (1872-1934)⁹⁷⁴, l'automatisme paraît lié à la nosographie psychiatrique moderne⁹⁷⁵. Pour l'inventeur de ce syndrome, l'automatisme ne désigne pas tant l'acte involontaire que « l'impression que les actes sont « commentés » : sensation complexe de « dévidement », « d'écho », de « devancement de la pensée »⁹⁷⁶. L'ambiance intellectuelle de la psychiatrie moderne naissante autour des diverses conceptions organicistes de la conscience se prêtait à la discussion de comportements autonomes ou échappant à la surveillance de l'esprit⁹⁷⁷. Les croisements entre les concepts de la psychiatrie naissante en France et les recherches sur le système nerveux en Angleterre ont-ils inspiré la création de la défense d'automatisme? Pouvait-on concevoir en droit, à la même époque, cette défense sans cet apport théorique?

Dans la même période que l'arrêt *McNaughten*⁹⁷⁸, les disciples de Marshall Hall résument les travaux antérieurs de ce dernier à l'occasion de la découverte de la notion de réflexe, en affirmant que « le système nerveux dans ses opérations inconscientes commence à réclamer pour lui-même l'origine de beaucoup de phénomènes qui étaient auparavant attribués à l'effort direct de l'esprit ou de la volonté »⁹⁷⁹. À cet égard, la situation juridique du sujet en

⁹⁷³ Comme le souligne Christian Desrosiers, « la défense d'aliénation mentale a été soumise en Angleterre pour la première fois en 1843 à l'occasion l'arrêt *McNaughten* ». On peut conjecturer que les arguments justifiant l'usage de la défense d'automatisme sont un raffinement de la défense d'aliénation mentale codifiée en 1892. C. DESROSIERS, « L'aliénation mentale : vers une réforme judiciaire? », *Développements récents du droit criminel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 94.

⁹⁷⁴ Gaëtan GATIAN DE CLÉREMBULT, *L'automatisme mental*, Paris, Éd. Synthélabo, Coll. Les Empêcheurs de penser à rond, 1992.

⁹⁷⁵ « Clérembault peut paraître anachronique dans ses conclusions; son originalité est pourtant de rejeter toute genèse précise, localisée du mal; la conscience normale porte en elle dans ce noyau automatique élémentaire, abstrait et neutre, son propre pouvoir de délire (...). La notion d'automatisme constitue le fil d'Ariane de ce labyrinthe et définit la forme principale d'une variable mais organisée de comportements. Le psychisme lui-même est ambulatoire, automatique (...) ». Jean-Claude BEAUNE, *Le vagabond et la machine*, op. cit., note 68, p. 235.

⁹⁷⁶ Pierre MOREL, *Dictionnaire biographique de la psychiatrie*, Paris, Éd. Les Empêcheurs de penser à rond, 1996, p. 111.

⁹⁷⁷ La date de codification de la défense d'aliénation mentale et la naissance du corpus psychiatrique avec la publication du *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale* de Philippe Pinel autour des années 1800, suggère la mitoyenneté épistémologique des horizons à l'égard du comportement violent inexplicable. Voir Gladys SWAIN, *Le sujet de la folie. Naissance de la psychiatrie*, Toulouse, Privat, 1977.

⁹⁷⁸ *R c. M'Naghten* (1843) 8 ER 718 10; CI & F 200, 210 (House of Lords)

⁹⁷⁹ John Daniel MORELL, « Modern English Psychology », *British and Foreign Medico-Chirurgical Review* 17 (1856), p. 352; cité dans Marcel GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op. cit., note 698, p. 192-193.

proie à l'automatisme n'est pas non plus sans rappeler cet état de « folie partielle » ou « monomanie » mis en évidence dès 1838 par Jean-Étienne Esquirol (1772-1840) en ces termes :

« Le monomaniacque immole des êtres qui lui sont indifférents, ou qui ont le malheur de se rencontrer sous ses pas au moment où il est saisi par l'idée de meurtre; mais, plus souvent, il choisit ses victimes parmi les objets qui lui sont les plus chers. Une mère tue son enfant, et non l'enfant de l'étrangère; un mari veut tuer sa femme, avec laquelle il a vécu la plus douce harmonie pendant vingt ans; une fille veut tuer sa mère qu'elle adore. Cette horrible préférence ne s'observe-t-elle pas chez les aliénés? N'est-elle pas une preuve évidente que ni la raison, ni le sentiment, ni la volonté n'ont dirigé le choix de la victime et que par conséquent il y a eu perturbation des facultés qui président à leurs déterminations⁹⁸⁰.

À l'occasion de la défense d'automatisme, le droit tente le périlleux départage entre les conditions normales de l'expression de la volonté dans ses manifestations intentionnelles et l'irresponsabilité pénale. Il consent à soustraire à la responsabilité un comportement moralement répréhensible pour le placer dans les limbes de sa sanction. Inclus dans le discernement jurisprudentiel immanent à des pratiques, ce savoir n'acquiert son degré de certitude juridique qu'à la condition d'être accompagné de l'évaluation d'un psychiatre, ce qui donne toute la mesure de la fragilité de cette appréciation.

Ce qui opère le décentrement ou la nouveauté par rapport à la logique grammaticale du sujet *trouvé coupable*⁹⁸¹, c'est l'introduction du discernement psychiatrique pour permettre l'ouverture de la défense⁹⁸². Le juge Dickson énumère les critères établis dans l'arrêt *Rabey*⁹⁸³ selon lesquels

« en principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique

⁹⁸⁰ Cité dans Michel SANCHEZ-GARDENAS et Marcel ZINS-RITTER, *Une mère tue son enfant*, op. cit., note 789, p. 7.

⁹⁸¹ « Les faits ne se constituent qu'en relation avec les critères qui permettent de les constater ». Jürgen HABERMAS, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976, p. 14

⁹⁸² Il s'agit en clair de conférer à un « étranger » de la scène judiciaire, une des clés de la résolution ou du dénouement procès. Ce transfert n'a malheureusement pas qu'une fonction instrumentale, il traduit l'abdication partielle, sociologique de la souveraineté du champ juridique.

⁹⁸³ R. c. *Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 513.

sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements »⁹⁸⁴.

L'ingénuité de ce rapport à la conscience soulève de nombreux problèmes. Il implique notamment qu'il puisse y avoir automatisme sans maladie mentale. Comment peut-on alors « perdre conscience », être dans un « état de dissociation » sans être déjà atteint de maladie mentale? Comment être sensible à l'influence d'une cause extérieure au point d'être soi-même victime « d'une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime »? Comment établir l'existence rétrospective d'une perte de mémoire chez l'accusé? La distinction entre l'automatisme avec ou sans aliénation mentale est-elle sérieusement fondée ailleurs que dans une vue de l'esprit qui ignorerait le fonctionnement même de l'esprit?

Dans l'arsenal des moyens de défense, le droit criminel canadien prévoit l'usage, dans un cadre précis et à vrai dire très restrictif⁹⁸⁵, de la défense d'automatisme lorsque la conduite d'un individu correspond à l'esquisse rudimentaire d'un mouvement incontrôlé évoqué en ces termes :

« L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit »⁹⁸⁶.

Cette définition jurisprudentielle n'établit pas la durée de cet égarement moteur ni ne précise qu'il faille préférablement pour l'établir, sans en faire pour autant une condition *sine qua non*, des conditions neurologiques préexistantes disculpent les malheureux de cette exubérance motrice hostile. Elle vise essentiellement à s'accorder au principe selon lequel,

« en common law, une personne dont la conduite serait par ailleurs criminelle n'est pas coupable d'un acte criminel si elle a agi dans un état d'inconscience ou de semi-conscience (...). Le principe fondamental de notre droit pénal est qu'une personne n'est responsable que de ses actes conscients et délibérés »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ R. c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 30.

⁹⁸⁵ Le juge Binnie citant le juge La Forest dans *Parks* écrit, « l'automatisme occupe une place très particulière dans notre système de droit pénal. Bien que qualifié de « défense », il forme essentiellement une composante de l'exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l'élément *actus reus* de la responsabilité criminelle ». R. c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 33.

⁹⁸⁶ R. c. *K.*, (1971) 3 C.C.C. (2d) 84, 84 (C.A. Ont.), cité dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 518

⁹⁸⁷ *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, 522 et 523

L'évaluation d'un acte illégal par rapport à un comportement licite est une des opérations courantes du droit criminel. Elle nécessite la prise en compte d'une certaine idée du comportement normal dans des circonstances précises, avec en corollaire un résultat prévisible. Cette appréciation est facilitée lorsque sont impliqués des agissements ne requérant qu'une observation extérieure factuelle : commission d'une infraction routière par empressement, conduite négligente dans l'accomplissement d'une tâche, manquement à un devoir dans l'exécution d'un acte quelconque. La dynamique psychomotrice de l'action emprunte certains étages de l'architecture psychique tel que François Dagognet en indique les entrées et sorties :

« D'abord une activité élémentaire, la locomotion aveugle et rudimentaire, l'immédiateté qui s'empare de ce que le vivant réclame. On gagne ensuite à différer et à réprimer, à renoncer à l'impulsivité, afin de devenir potentiel : on s'oriente vers le désir et le calcul, à la façon du chat qui guette sa proie et saisit le moment opportun. (...) Attardons-nous sur cette motricité : quand elle joue et s'exerce bien, elle réalise une synthèse de la négation et de l'affirmation, de l'une dans l'autre et même de l'une par l'autre. Et si l'acte violent ou tout d'une pièce heurte, une activité plus « réfléchie » frappe par son harmonie : elle a placé à un degré plus élevé ce qu'elle a contrecarré (l'inhibition). La suspension de l'instinctif conduit à son tour à la vraie « réflexion » (...). Les structures luttent toujours contre l'immédiateté : elles autorisent surtout l'absorption de l'antérieur (inférieur) qu'elles rejettent du fait même, en même temps qu'elles travaillent à une meilleure intégration »⁹⁸⁸.

Il n'en va pas de même lorsqu'une dimension psychophysiologique interrompt le raffinement moteur de cette mobilisation de soi. Sous l'effet de contraintes intérieures, il arrive qu'un sujet conservant pourtant toute sa faculté de distinguer le bien du mal ne puisse s'empêcher de commettre un acte répréhensible sans qu'il agisse pour autant par intention délibérée. Pour un observateur, cette situation reste difficile à concevoir, car elle échappe à la régulation nerveuse précédemment décrite par Dagognet. Cette difficulté pour « l'homme normal de prendre en compte un cadre explicatif autre que le sien »⁹⁸⁹ déteint sur la manière

⁹⁸⁸ F. DAGOGNET, *Le cerveau citadelle*, Paris, Ed. Synthalébo, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, 2002, p. 98-99.

⁹⁸⁹ Cette remarque n'a jamais autant d'acuité que dans le cadre de l'instruction d'un jury par un juge de première instance qui doit rendre possible et plausible l'ouverture d'une défense d'automatisme sans aliénation mentale et faire comprendre que l'accusé peut avoir posé des actes démesurés, et même avoir causé la mort, sans en avoir eu conscience ou pleinement conscience. Comment faire admettre qu'un accès de rage sans raisons objectivement

dont le droit conçoit le sujet; elle ne laisse que le registre de l'automatisme pour les situations où l'intention subjective non seulement ne ponctue pas la conscience, mais ne constitue pas non plus l'interrupteur décisionnel de l'action.

5.6 Refoulement doctrinal et rendez-vous manqué de la jurisprudence

Les rendez-vous que l'on cesse d'attendre, existent-ils dans quelqu'autre univers? (...) Mais un rendez-vous que l'on manque est mille fois plus important même quand c'est un inconnu qui fait les cent pas quelque part, car je sais que vous êtes venu, mais je suis arrivé trop tard⁹⁹⁰.

Le rôle du tribunal de première instance est d'être expéditif, courtois, erroné, ce qui ne revient pas à dire que la Cour d'appel devrait être lente, arrogante et avoir raison. Ce serait là oublier l'existence de la Chambre des Lords⁹⁹¹. Lord Asquith

La dynamique de la défense d'automatisme tient au rapport en miroir de la conscience claire et de la conduite coupable, défense établie par l'histoire du droit et par une appréciation neurologique du geste involontaire. La soudaineté d'un acte aurait la capacité intrinsèque d'en absoudre son auteur⁹⁹². On comprend que cette défense constitue l'exception, un contrepoids minuscule aux régimes de la responsabilité continue des actes conscients. Subdivision dans l'appréciation des conduites irrationnelles, cette défense paraît l'unique ouverture soustraite à l'empire définitif de l'aliénation mentale. À l'instar des faux problèmes de perspective que le libre arbitre permet d'exercer sur les raisonnements juridiques, l'automatisme est un autre de ces appareils de distorsions optiques dont l'application tend à soulager un très petit nombre d'individus pour lesquels le statut social et les antécédents en regard de la santé mentale vont

sérieuses puisse transiter par la volonté sans jamais impliquer intentionnellement l'accusé ou sans qu'il n'en soit conscient à aucune étape? C'est pour cette raison que la présomption de santé mentale, bien que constitutionnellement conforme aux dispositions de la Charte des droits, n'en est pas moins un obstacle majeur pour rendre « plausible » la défense d'automatisme telle que comprise jusqu'à maintenant. Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 3, Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960)*, op. cit., note 735, p. 77.

⁹⁹⁰ Claude Léveillé, paroles tirées de la chanson *Les rendez-vous*.

⁹⁹¹ Jean BEETZ, *Mélanges Jean Beetz*, dans Pierre Carignan (dir.), Montréal, Édition Thémis, 1995, p. 97.

⁹⁹² En pratique, il s'agit d'un morceau de colère pure s'arrachant à l'ensemble du comportement d'un individu à la manière d'une brique détachée d'un mur régulier. Dans le domaine du droit, on ne retrouve comme analogie imparfaite à cette manifestation psychologique que la notion civiliste du « fait autonome de la chose ». Mais s'agit-il d'un fait neurologique véritable ou construction sociale de l'affect colérique? Une fois terminée cette convulsion sommaire, le sujet retourne dans son état normal, sans désorganisation ni séquelle, ce qui élargit le champ des comportements erratiques et les rapproche.

jouer un rôle au moins aussi important que les conditions jurisprudentielles singulières de ce moyen d'exonération. Dans le champ de bataille du procès, la défense d'automatisme se révèle aussi instable à manier qu'elle apparaît facile d'application en principe dans le textbook du praticien.

En référence à une énonciation initiale de certaines idées développées dans cette thèse⁹⁹³, Hugues Parent note dans un article récent sur les conséquences criminelles des actes commis sous influence d'antidépresseurs que « compte tenu de la rareté des décisions sur la question, nous avons étendu notre recherche aux États-Unis ainsi qu'aux autres pays de common law »⁹⁹⁴. Cette pénurie jurisprudentielle n'est pas étrangère aux implications conceptuelles de l'automatisme qui remettent en cause les deux éléments les plus importants de l'économie inculpatoire : la délimitation de l'acte volontaire et l'a priori du libre arbitre. Ce silence éloquent de la doctrine ne tient sûrement pas à l'insignifiance statistique des actes commis pendant un traitement sous psychotropes; il révèle davantage la réticence des procureurs à considérer un moyen de défense qui ne soit pas déjà balisé, et aussi le fait que les distinctions entre volontaire, involontaire, conscience et inconscience n'ont jamais été en droit beaucoup plus que des distinguos sémantiques. Les praticiens n'entendent pas faire saillir la nature intrinsèquement problématique de ces fondements, et la retranscription de ces références ne dépasse guère l'usage qu'en a toujours fait cette discipline, sans égard à l'évolution extérieure ou autonome des doctrines philosophiques sur les théories de l'action⁹⁹⁵.

Mais qu'est-ce qu'enseignent, au plan épistémologique, des cas « récalcitrants » à l'organisation générale de la doctrine pénale? Dans l'anatomie classificatrice, la jurisprudence occupe une fonction intégratrice, c'est-à-dire la fonction de dissoudre le singulier tantôt en faisant prévaloir des considérants pratiques (la protection du public), tantôt par échappatoire sémantique ou digression dans des questions connexes. Comme le rappellent Stengers et Chertok,

⁹⁹³ Christian SAINT-GERMAIN, « L'imputabilité en droit criminel canadien des comportements induits par les antidépresseurs », (2007) 38 no 1, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 167.

⁹⁹⁴ Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 584, 469, 492.

⁹⁹⁵ Comme si la logique de l'analyse juridique, avec sa conception implicite du sujet moral, pouvait se dispenser d'aller voir ailleurs comment on conçoit à nouveaux frais le psycho-morphisme de l'action, comme si l'application de cette logique avec ses conclusions prévisibles avait préséance sur les prudences acquises par la production d'un savoir désintéressé.

« il est toujours étonnant, pour ceux qui n'ont pas pour métier l'épistémologie, de découvrir que les théories ne sont pas neutres, qu'elles entretiennent avec les « faits » un rapport hautement sélectif. Kant a écrit qu'il appartient au scientifique de se présenter devant la nature comme un juge, qui décide des questions qu'il posera, non comme un élève qui doit apprendre quelles questions poser. Mais la plupart de ceux qui se laissent guider par une théorie pour déterminer « les bonnes questions » ne savent pas qu'ils se comportent en juges. (...) C'est pourquoi la rencontre avec un fait brutal, inintelligible, est une expérience dangereuse, qui met en danger tant la sécurité intellectuelle que le statut professionnel du chercheur »⁹⁹⁶.

La démarche analytique du professeur Parent et les objections de la Cour d'appel dans l'affaire *Proulx*⁹⁹⁷ permettent d'éclairer le « fait brutal » que constitue une action inassimilable à l'intoxication volontaire et échappant aux conditions immédiates d'application de l'article 16 du Code criminel. Dans « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », le professeur Parent réduit l'antidépresseur à sa fonction médicinale ou curative et de suggérer qu'un meurtre commis en cours de traitement ou de sevrage puisse être considéré en quelque sorte comme un « effet secondaire » ou une « manifestation indésirable » parmi d'autres, bien que paradoxalement le médicament lui-même ne soit jamais identifié comme cause directe. Cette contradiction s'affiche en ces termes dès la présentation résumée de l'article :

« Dans cet article, l'auteur propose une analyse à la fois médicale et juridique *des manifestations indésirables liées à la prise d'antidépresseurs*. Médicale, tout d'abord, puisque malgré leur très grande popularité, les antidépresseurs demeurent des médicaments dont la toxicité peut engendrer chez certains usagers la survenue de symptômes impliqués dans la commission d'actes criminels. *Sans être une cause directe de violence*, les antidépresseurs peuvent donc constituer, chez certains sujets, *des agents influents dans la prédisposition ou le déclenchement de conduites criminogènes* »⁹⁹⁸.

Cette approche, qui décrit l'action du psychotrope depuis les conditions jurisprudentielles existantes et la mitigation de ses effets indésirables avec la même prudence

⁹⁹⁶ Léon CHERTOK et Isabelle STENGERS, *L'hypnose, blessure narcissique*, Paris, Édition Synthélabo, Coll., Les empêcheurs de penser en rond, 1990, p. 6-7.

⁹⁹⁷ *Proulx c. R.* [2012] R.J.Q. 1277. (C.A.)

⁹⁹⁸ Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 584, 469.

qu'un fabricant, n'est pas sans contradictions. Elle s'appuie sur le récit suivant qui contraste avec l'euphémisme des « conduites criminogènes » de la présentation :

« Vendredi 13 février 1998, alors que sa femme, sa fille et sa petite-fille de neuf mois dormaient paisiblement chez lui, Donald Schell, un homme de 60 ans, sans histoire ni antécédent judiciaire, prit son revolver et tua ces dernières de trois balles à la tête. Cet événement, aussi tragique qu'incompréhensible, jeta la consternation dans la petite ville de Gillette, au Wyoming. En effet, comment un paisible grand-père, un homme si doux et si attentionné, pouvait-il, subitement, se transformer en meurtrier? *Que s'est-il passé dans l'esprit de celui qui, il y a un mois, une semaine, quelques jours à peine, ne démontrait aucun signe de violence ni d'hostilité apparent?* »⁹⁹⁹.

Bien que n'ayant pas été identifié au début du récit comme cause du passage à l'acte violent, « très rapidement, un coupable fut identifié : le Paroxetine, un antidépresseur de la même famille que le Prozac (« Inhibiteurs Sélectifs de la Recapture de la Sérotonine ») que le meurtrier avait pris deux jours avant les événements en question afin de diminuer ses problèmes d'anxiété »¹⁰⁰⁰. La stratégie textuelle du professeur Parent consiste à ne pas créer, à partir de crimes commis sous antidépresseurs, une catégorie d'action qui, échappant manifestement à l'intoxication volontaire, forcerait à remettre en cause la compréhension du fonctionnement de l'esprit en droit pénal ainsi que les représentations de la causalité linéaire ou pire, à critiquer l'état du droit positif en cette matière. Il importe avant tout de formuler un problème qui soit à la mesure de l'état actuel des choses, pour prétendre en avoir disposé après en avoir admis l'existence et ensuite le reléguer aux affaires répertoriées, c'est-à-dire « classées ». Ce qui permettra par la suite l'intégration éventuelle des cas au titre de pièces parmi d'autres ordonnées aux formes préexistantes de l'édifice. En d'autres mots, cette stratégie fait l'économie des conséquences véritables d'un « corps étranger » sur la théorie du droit. La défense des intérêts supérieurs d'une doctrine¹⁰⁰¹, c'est-à-dire de sa cohérence

⁹⁹⁹ Id., p. 471.

¹⁰⁰⁰ Ibid., p. 471.

¹⁰⁰¹ On pense ici à la reprise et à l'application dans l'arrêt *Stone* des effets de la constitutionnalisation de la présomption selon laquelle « chacun doit être présumé sain d'esprit » présomption qui, en matière de défense fondée sur l'état mental d'un accusé, ajoute en pratique un fardeau supplémentaire - violant ainsi la présomption d'innocence - à quiconque veut se prévaloir d'un moyen d'exonération niant l'existence formelle de la *mens rea* requise. Ce qui fait dire au professeur Healy qu'à l'occasion de l'arrêt *Stone*, « la Cour suprême a tranché une question constitutionnelle sans préavis et sans qu'elle ait été soulevée par les parties intéressées et s'est servie de

générale, implique des réflexes qui, bien que ne procédant jamais de la mauvaise foi des glossateurs, engagent des mécanismes de confinement et de mise à l'écart préfigurés par les décisions antérieures et par l'habileté du commentateur autorisé. Dans le cas de la défense d'automatisme, si la question du comportement (conscient, semi-conscient, dissocié) de celui ou celle qui veut s'en prévaloir revêt un intérêt certain¹⁰⁰², l'identification de l'élément déclencheur compris comme la cause véritable susceptible d'anéantir l'existence de la *mens rea* est de la première importance. Or dans les arrêts classiques où la défense d'automatisme a été admise, il s'est souvent agi du récit d'événements choquants (paroles injurieuses, découverte de révélations déplaisantes à caractère sexuel) déclenchant un passage à l'acte; mais rien, à l'exception du somnambulisme compris comme cause interne dans l'arrêt *Parks*, qui n'ait fait ressortir l'infiltration discrète d'une substance qui, détournant l'esprit de l'accusé de son comportement habituel, l'amène à commettre un meurtre. Les causes internes des passages à l'acte sont soit associées à une maladie mentale préexistante rendant possible l'application de l'article 16, soit tributaires d'un événement à forte densité émotionnelle poussant un individu fragile à réagir par des actes d'une violence démesurée.

Cette distinction entre choc externe et dysfonctionnement intérieur a donné lieu à une série de considérations psychojuridiques à l'occasion de l'affaire *Stone* :

Il y a deux théories distinctes en matière d'examen de la question de la maladie mentale. Suivant la première théorie, celle de la cause interne, pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale, le juge du procès doit comparer la réaction automatique de l'accusé avec la réaction à laquelle on s'attendrait de la part d'une personne normale. Le juge du procès doit examiner la nature de l'élément qui aurait déclenché l'automatisme et décider s'il était susceptible de plonger une personne normale dans un état d'automatisme. Cette comparaison est de nature contextuelle et objective. La preuve d'un élément déclencheur extrêmement traumatisant sera requise pour établir qu'une personne normale y aurait réagi en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé¹⁰⁰³.

la Charte pour mettre en place une règle de droit ordinaire ». Patrick HEALY, « Automatism Confined » (2000) 45 *Revue de droit de McGill*, 87, 87. Nous y reviendrons.

¹⁰⁰² L'appréciation rétroactive de la profondeur d'un « état d'inconscience » raconté par l'accusé ou des témoins oblige à un haut degré de flexibilité conjecturale propice à tous les réarrangements préparatoires à un témoignage.

¹⁰⁰³ *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 204.

Le fardeau de preuve requis pour l'admission de la défense tient à l'intensité de l'élément déclencheur et à l'appréciation de sa nature objective. Cette apparente analyse contextuelle constitue un sophisme puisque la plupart des personnes normales, même placées devant des chocs émotifs importants, ne répondent pas par des conduites explosives résultant d'un état d'automatisme ou nécessitant cette défense¹⁰⁰⁴. Il n'y a rien non plus qui permet de suspecter d'emblée la présence d'un problème neurologique ou celle d'un comportement profondément inadéquat à l'égard d'un choc traumatisant. Cette circonspection primaire à l'égard du profil de l'accusé se complique lorsque la Cour suprême dans *Stone*, en vient à considérer ses instructions comme un simple exercice de discernement et à n'y reconnaître qu'une utile classification de moyens de défense :

L'élément objectif de la théorie de la cause interne ne viole ni l'art. 7 (les principes de justice fondamentale) ni l'al. 11d) (le droit d'être présumé innocent) de la Charte. L'examen objectif de la question de savoir si l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale n'est entrepris qu'après que le juge du procès a procédé à un examen subjectif de la question de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. La norme objective touche uniquement la classification du moyen de défense, et non pas l'analyse de la question de savoir si l'actus reus de l'infraction a été établie. Autrement dit, l'élément objectif ne modifie en rien la charge de

¹⁰⁰⁴ Commentant la position majoritaire des juges de la Cour suprême dans *Stone*, le professeur Patrick Healy écrit que cette décision « est remarquable non seulement pour les propos de la majorité, mais aussi pour les différences entre ceux-ci et l'opinion minoritaire. La majorité refait le droit substantif de la défense d'automatisme, ainsi que quelques éléments de sa preuve. Selon elle, une présomption de troubles mentaux face à l'accusé est soulevée dès qu'il y a une preuve d'un acte involontaire lié à une certaine forme d'automatisme. Afin de renverser cette présomption et de bénéficier de la défense d'automatisme sans aliénation mentale, l'accusé doit d'abord satisfaire un fardeau de preuve particulièrement lourd pour démontrer au juge de première instance qu'il existe une preuve suffisante pour que la défense puisse être soumise au jury, pour ensuite persuader le jury selon la prépondérance des probabilités qu'il a agi involontairement. De plus, la majorité exige que le juge de première instance donne des instructions au jury quant aux éléments à prendre en compte lors de l'évaluation de la preuve. Cette présomption initiale selon laquelle l'automatisme résulte de troubles mentaux est incompatible avec l'opinion du monde médical et scientifique. La majorité soutient que la défense d'automatisme sans aliénation mentale n'est applicable que si une personne normale aurait réagi aux événements externes de la même façon. Les chances de démontrer cela étant, par définition, quasi nulles, la possibilité d'invoquer cette défense sera illusoire dans la majorité des cas. Le renversement du fardeau de la preuve dans la décision *Stone* porte atteinte au droit de l'accusé à la présomption d'innocence garanti par la Charte canadienne des droits et libertés. La majorité justifie sa propre enfreinte en vertu de l'article 1 de la Charte ». Patrick HEALY, « Automatism Confined », op. cit., note 1001, 87, 87.

preuve relative à la question de savoir si l'accusé a commis volontairement l'infraction¹⁰⁰⁵.

Cette première « clarification » ou cette mise au point relative à l'« élément objectif » réduit l'ouverture d'une défense d'automatisme reposant autant sur la cause extérieure que sur l'élément déclencheur interne, car l'accusé doit établir la nature particulière de sa condition, et ce, à l'encontre de la garantie constitutionnelle assurant en principe la présomption d'innocence. En clair, soumettre que bien qu'étant l'auteur d'un acte insensé commis sans contrôle conscient¹⁰⁰⁶, qu'il n'est pas aliéné au sens de l'article 16¹⁰⁰⁷. Cette tâche s'avère ardue si l'on considère l'incertitude neurologico-morale et aussi le chassé-croisé de la sémiotique juridique entre conscient, inconscient, volontaire et involontaire dont aucun des termes n'est jamais symétriquement l'exact opposé de l'autre. Cela facilite la tâche du poursuivant qui manque rarement l'occasion de faire peser le sens trivial de tous les mots à connotation intentionnelle dans sa description des actes d'un accusé.

Comment soutenir ne pas avoir voulu ce qui a été commis surtout lorsqu'il s'agit d'une action criminelle étendue dans le temps et nécessitant une série d'actions complexes, comme c'est le cas dans l'affaire *Hotte*? Peut-on jamais arriver à convaincre un juge, et ensuite un jury, de la compatibilité entre le tir de précision à haute vitesse (c'est le cas dans *Hotte*) et les paramètres de la défense d'automatisme, si l'élément déclencheur (la dépression de l'accusé et sa rupture amoureuse), n'étant pas contigu au passage à l'acte, ne peut être précisément situé dans le temps, ou encore lorsque l'élément déclencheur s'apparente à un trouble mental

¹⁰⁰⁵ *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 211.

¹⁰⁰⁶ La notion d'absence de « contrôle conscient » s'accommode-t-elle de celle de « conscience diminuée » admise pour l'automatisme dans *Stone* en ce qui a trait à un comportement dominé par l'affect dépressif, comme c'est le cas dans l'affaire *Hotte*?

¹⁰⁰⁷ Tout en étant aliéné dans les faits, si l'on considère que le sens strict du mot *aliénation* suppose la dépossession par une force étrangère de ses facultés, et en l'espèce l'explication raisonnable d'une conduite déraisonnable. Sur cette question, Robert F. Schopp observe ceci : « Critics of *M'Nagthen* have argued that the use of « know » limits the defense to a superficial and narrowly cognitive sort of intellectual awareness. The term « appreciate » is sometimes seen as a remedy for this limitation. Unfortunately, it is not clear what « appreciate » means in this context ». « Appreciate » is sometimes thought to suggest a broader sense of understanding, including affective or emotional aspects of the defendant's personality. Some writers have interpreted « appreciate » as « affective understanding » or « knowledge fused with affect ». This interpretation requires that the defendant not only has cognitive awareness that the act is wrong, but also that the defendant experiences the usual or normal affective responses associated with the act ». R. F. SCHOPP, *Automatism, insanity, and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 32.

médicalement avéré sans que ce seul état ne satisfasse aux conditions d'application de l'article 16¹⁰⁰⁸? Si le défendeur ne peut recourir à l'étalement de l'élément déclencheur dans la durée, – étalement pourtant admis lorsque la Cour suprême dans l'arrêt *Lavallee* s'est employée à réinterpréter la légitime défense en faveur de l'accusée –, l'entreprise de conservation du « noyau pur » de l'automatisme sans aliénation mentale s'avère impossible surtout si l'on ajoute les remarques du professeur Healy pour qui

automatism is thus concerned with a dissociation of the mind arising from a cause beyond the control of the accused. If it is caused by mental disorder within the meaning of section 16 of the Code, the special verdict and the consequences of psychiatric detention are self-evidently justified. If it is not, and the automatistic involuntariness of the accused's conduct is blameless, there is no legitimate purpose served by attributing criminal responsibility to such a person. The rules prescribed by the majority in *Stone* not only obfuscate these important principles, but also raise the strong possibility that the jury would be obliged to return a special verdict against a person whose automatistic involuntariness was not caused by mental disorder¹⁰⁰⁹.

Le seuil pratique institué par l'enseignement de l'arrêt *Stone* réduit presque irrémédiablement la possibilité d'une défense d'automatisme sans aliénation mentale telle qu'elle aurait pu être envisagée dans *Hotte* ou dans *Proulx*. En déplaçant les bornes constitutionnelles quant à la présomption d'innocence, c'est toute la sphère de l'appréciation du fonctionnement normal ou anormal de l'esprit au sens où les sciences de l'esprit le conçoivent qui s'en trouve affectée.

En d'autres mots, *Stone* est le direct héritier de la position de la Cour dans l'arrêt *Chaulk*¹⁰¹⁰ : il reconferme la constitutionnalité de l'atteinte à la présomption d'innocence eu égard à l'exigence maintenue de devoir évoquer sa propre turpitude avant d'envisager le recours à une défense reposant sur état mental particulier. La juge Wilson, dissidente dans *Chaulk*, l'avait d'ailleurs remarqué en ces termes :

¹⁰⁰⁸ Le juge Bastarache dans *Stone* s'en rapproche tout de même lorsqu'il affirme au nom de la majorité que l'automatisme est « un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable d'agir, n'a pas la maîtrise de ses actes ». *R. c. Stone*, par. 156. Toute la question réside dans l'articulation entre la durée de la conscience diminuée et ce que signifie « ne pas avoir la maîtrise de ses actes ». Ce niveau de relâchement inclut-il le déroulement d'une action, c'est-à-dire une séquence de plus longue durée que celle impliquant une explosion émotive?

¹⁰⁰⁹ Patrick HEALY, « Automatism Confined » op. cit., note 1001, 87, 104.

¹⁰¹⁰ *R. c. Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303.

Le paragraphe 16(4) du Code viole l'al. 11d) de la Charte. La présomption que chacun est sain d'esprit oblige l'accusé à démontrer son aliénation mentale selon la prépondérance des probabilités. Qu'on qualifie le plaidoyer d'aliénation mentale comme une exemption, un moyen de défense, une justification ou une excuse, le fardeau de persuasion qu'impose à l'accusé le par. 16(4) donne ouverture à la possibilité qu'il soit condamné malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. En vertu de l'al. 11d), il faut considérer l'effet final d'une disposition portant renversement du fardeau de la preuve sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise d'une disposition.

Le paragraphe 16(4) du Code ne constitue pas une limite raisonnable à la présomption d'innocence qui peut se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Le paragraphe 16(4) a pour objectif d'empêcher que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale. Cependant rien n'indique que les défenses d'aliénation mentale fabriquées présentent un problème urgent et réel. Bien que le législateur ne soit pas tenu d'attendre qu'une telle préoccupation se soulève, le ministère public n'a pas réussi à établir même la probabilité de l'apparition de cette préoccupation. L'expérience américaine n'étaye pas la conclusion que l'application d'une norme de preuve moins exigeante entraînerait un plus grand nombre d'acquittements pour cause d'aliénation mentale. En outre, plusieurs rapports canadiens et d'autres pays proposent que le fardeau de preuve de l'aliénation mentale soit seulement un fardeau de présentation, qui est considéré comme un seuil assez élevé pour empêcher que l'on plaide l'aliénation mentale dans des cas où cette défense est faiblement justifiée¹⁰¹¹.

Ce n'est pas manquer de déférence pour la Cour suprême que d'identifier la constitutionnalisation de l'atteinte à la présomption d'innocence comme une erreur de droit aux conséquences pratiques plus larges que celle qui concerne la défense d'automatisme. Le « Deus ex machina » constitutionnel reconduit la mécanique étroite de l'imputabilité en matière d'automatisme, mais ajoute un verrou supplémentaire à la grande « serrurerie mentale » scolastique de la Cour en matière d'appréciation des comportements complexes¹⁰¹². Le prix de cet effort de continuité doctrinale engage à sa suite plus d'énergie que la compréhension d'autres types de conduite ou d'autres agencements d'équilibre mental subjectif issus la modernité.

¹⁰¹¹ Ibid., 1303.

¹⁰¹² En matière de défense d'automatisme sans aliénation mentale, il s'agit toujours, au plan théorique, du Goliath de la conscience morale contre le David de l'acte réflexe, de l'inconnu neurologique pré-moral.

En réduisant à la part congrue les moyens d’ouverture à la défense d’automatisme sans aliénation mentale, la Cour nie la possibilité d’exposer un moyen de défense à certains citoyens dont la capacité psychique de formation de la *mens rea* requise reste bien en deçà des conditions morales de la culpabilité. Dans la disproportion régnante entre les capacités du poursuivant moderne¹⁰¹³ et les possibilités d’exonération des individus, toute atteinte au seuil d’accessibilité à un moyen de défense remet en cause l’équilibre des forces. Véritable travail de problématisation des enjeux véritables d’une question de droit, les commentaires formulés par le professeur Healy à l’occasion de l’arrêt *Stone* font apparaître la prépondérance pour la Cour suprême de considérations quant à l’« administration de la justice »¹⁰¹⁴ plutôt que sur l’analyse des faits juridiques lorsque celle-ci craint l’élargissement d’une défense ou la remise en cause de la stabilité de son appareil de capture de l’intention coupable¹⁰¹⁵. Les enseignements de la Cour étant pour une bonne part tributaires de l’état de la doctrine, la production d’une « note discordante » au milieu de l’orchestre du droit positif revêt un caractère décisif; ces enseignements ne déterminent rien de moins en l’espèce que l’existence ou la disparition à toutes fins utiles, d’une défense. L’enjeu de l’automatisme sans aliénation mentale pour le droit criminel dépasse plus que jamais la stricte délimitation d’une défense, ou sa réduction à l’aliénation mentale.

5.7 L’importance stratégique du commentaire académique

Nous sommes amenés à conclure que les dispositions actuelles en matière d’aliénation mentale et de détermination de la peine sont plutôt bien adaptées à la nouvelle réalité que constituent les antidépresseurs¹⁰¹⁶.

Il n’est pas de jugements importants des tribunaux supérieurs qui n’impliquent le dialogue discret, le travail de réception des inflexions nouvelles par les commentateurs, mais

¹⁰¹³ En plus des effets pratiques de la mise en scène du procès lui-même évoquée précédemment p. 265, voir à la section 4. 1.

¹⁰¹⁴ Au sens où la politique générale ne saurait être contrariée par l’excroissance de situations issues de cas particulier mais dont l’admission, incompatibles avec le régime de la responsabilité pénale en surprend les assises.

¹⁰¹⁵ Décisives mais limitées, les objections dans l’article de P. Healy ne désignent qu’une critique de l’autocompréhension du rôle de la Cour suprême par rapport à l’application de la Charte. Elles demeurent éloignées des enjeux d’une application de l’automatisme aux effets adverses des antidépresseurs.

¹⁰¹⁶ Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l’usage d’antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 584, 469, 510.

surtout la confirmation que les Cours inscrivent le dispositif de chacune de ces décisions dans leur doctrine constante. Les glossateurs se font un point d'honneur de retrouver ce fil, et au besoin d'en découvrir un que, dans les faits, ils inventent. Dans l'article du professeur Parent sur la question des antidépresseurs et son rejet de l'application de la défense d'automatisme aux effets des antidépresseurs¹⁰¹⁷, les références habituelles à l'anthropologie thomiste ne permettent plus d'apprécier l'hiatus entre deux états de conscience ni de décrire les mécanismes psychologiques de la volonté ou de l'intention¹⁰¹⁸. Évoquant l'affaire *Proulx*, mais cherchant surtout à accréditer la décision de la Cour d'appel dans *Hotte*, Parent écrit que « les antidépresseurs peuvent donc constituer, chez certains sujets, des agents influents dans la prédisposition ou le déclenchement de conduites criminelles ». « Agents influents »... sans être cause? Et pourtant, l'antidépresseur Paroxetine a bien été « identifié » comme agent déclencheur de la conduite criminelle de ce « paisible grand-père, un homme si doux et si attentionné »¹⁰¹⁹, sans qu'il y ait eu présence chez lui d'idées délirantes ou d'hallucination. Lançant son analyse sur des définitions tirées du DSM-IV, Parent rappelle quatre effets indésirables de la médication antidépressive et s'assure que le lecteur juriste soit en mesure d'apprécier la rigueur classificatrice de la discipline psychiatrique¹⁰²⁰ en ramenant ces « effets

¹⁰¹⁷ « Considéré du point de vue de sa finalité et de sa raison d'être, l'automatisme devrait donc être limité aux états qui entraînent une diminution de la conscience motrice et volitive de l'individu au moment du crime. Quant aux autres manifestations indésirables pouvant être observées chez certains usagers d'antidépresseurs (akathisie, agitation, désinhibition, émoussement émotionnel, hostilité, agressivité, impulsivité), bien que ces symptômes puissent altérer le jugement de l'individu et « interférer avec sa capacité d'utiliser ses freins comportementaux », elles n'enlèvent pas totalement le contrôle physique de l'individu sur son action, ni ne détruisent l'acte volontaire au point de vue physique. Bref, il ne s'agit pas d'automatisme, mais bien d'aliénation mentale ou d'une circonstance atténuante ». Id., 469, 506.

¹⁰¹⁸ Le professeur Parent imagine que les symptômes nombreux ne sont que des « manifestations indésirables » appartenant tantôt strictement au registre mental, tantôt à celui du physique, comme s'ils obéissaient à l'action successive et différenciée de chacune de ces sphères prise en elle-même ou pour elle-même. Pour lui, les « effets indésirables » n'agissent qu'individuellement; ils sont aussi bien découpés que la division sémantique entre volontaire et involontaire présidant à la définition juridique de l'automatisme lui-même.

¹⁰¹⁹ HUGUES PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 627, 469, 471.

¹⁰²⁰ Le psychiatre Thomas Szasz n'hésite pas à assimiler ce désir immodéré d'ordonnement à l'une des finalités de la psychiatrie qui « n'est qu'une des méthodes par lesquelles des individus peuvent en classer d'autres (...). Toute classification, même fautive, laisse espérer une maîtrise réussie; d'un autre côté, un manque de classification demande que l'on avoue son impuissance ». T. SZASZ, *Idéologie et folie*, Paris, PUF, 1973, p. 237 et 242.

indésirables »¹⁰²¹ à des catégories dites « étanches » : les troubles délirants eux-mêmes (psychose, hallucination, idées délirantes); à l'agitation (l'incapacité à rester immobile), dans laquelle sont incluses l'hostilité et l'insensibilité; les troubles du sommeil (soupçonnés de conduire au somnambulisme); et finalement les troubles dits « incapacitants » (hypomanie, manie, démence). Dans ce dernier cas, Parent décrit plutôt des épisodes maniaques provoqués par le médicament et constitués par des idées de grandeur et la prise de risque par le malade, mais en réalité causés le plus souvent par la négligence du praticien à interroger son patient sur la durée d'état d'enthousiasme extrême ou d'apathie persistante, ou même à obtenir des renseignements sur l'enfance du patient, son histoire familiale et les ascendants pendant la consultation. Classement d'entités discursives, subdivisions numérotées, sections et sous-sections, intertitres sont du meilleur effet sur l'esprit juridique habitué à assimiler expressément maladie mentale et dysfonctionnement de certaines catégories psychologiques dans la hiérarchie des facultés rationnelles¹⁰²².

Même lorsqu'il s'agit de la simple addition de lieux communs, certains commentaires juridiques aiment à rappeler la finesse de leurs analyses faites par étapes, les descriptions soutenues par des distinctions successives et des précisions de toute nature selon un certain ordre trop souvent confondu avec l'expression d'une pensée rigoureuse. Un découpage indu voudrait parfois faire oublier l'usage imprécis des termes et l'élasticité des références. Les méandres artificiels de l'argumentation ne visent pas tant à alimenter un questionnement ou une réflexion en cours qu'à conforter une décision déjà prise ou déduite de l'état du droit positif selon lequel la défense d'automatisme ne s'applique pas à l'effet des antidépresseurs ni aux actes commis sous l'emprise de la dépression.

¹⁰²¹ L'insistance du professeur Parent sur l'énumération des manifestations spectaculaires des dérangements de l'esprit suite à la prise d'antidépresseur ne renseigne pas sur les conclusions à tirer par rapport à la doctrine pénale à l'« ère des antidépresseurs ». Les patients qui délirent ou adoptent les comportements dont Parent rappelle avec moult détails la portée « indésirable » concernent, en raison de leur caractère ostentatoire, assez peu la poursuite entière d'un procès. Le clinicien n'a alors qu'à entendre les proches du malade et à interrompre la prescription des substances. Pour le droit, la question des psychotropes dépasse la gestion des « effets indésirables » ; elle concerne directement la manière dont on s'explique les comportements ordinaires par rapport aux actes criminels, et l'appréciation des conduites dont le surgissement n'avait été annoncé par aucun symptôme.

¹⁰²² « Dans l'arrêt *R. c. Oommen*, le critère d'incapacité « vise essentiellement à exonérer de toute responsabilité criminelle, l'individu qui souffrait de troubles mentaux, au moment de l'acte, qui l'empêchaient de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte ». *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507, 520.

Suite au résumé et à la retranscription fidèle des définitions médicales usuelles¹⁰²³, Parent aborde la deuxième section de son analyse : « Les antidépresseurs : aspects juridiques ». Notons au passage que les références et définitions sont empruntées au DSM-IV et qu'aucune interrogation n'est même soulevée quant au statut normatif du manuel de diagnostic dans son rapport à la compréhension de l'article 16 du Code criminel, surtout si l'on considère que l'expression « maladie mentale » relève du droit¹⁰²⁴. En quelque sorte, les éditions du DSM sont comprises comme l'état « révélé » de la psychiatrie, et la fluctuation de ses vignettes – disparition de certaines et apparition d'autres selon les versions successives – ne semble pas inquiéter outre mesure ni les théoriciens du droit criminel ni les magistrats. Toutefois le tribunal dans *Rabey* énonce que

la définition actuelle de la maladie mentale en médecine ne sera peut-être pas la même demain. Le tribunal arrêtera le sens de l'expression maladie mentale à partir de la preuve scientifique telle qu'elle évolue de jour en jour. Le tribunal doit décider dans chacun des cas, en tant que question de fait, s'il y a maladie mentale au sens de la définition¹⁰²⁵.

De deux choses l'une : ou bien la maladie mentale est une question de fait appréciable par le tribunal, ou bien elle est tirée de la « définition » qu'en peuvent éventuellement donner les versions les plus récentes du DSM. Le fait qu'un trouble mental ne soit pas catalogué le rend-il pour autant inexistant et incapable d'handicaper significativement la formation de l'intention générale ou spécifique d'un accusé? Dans le cas des « effets secondaires » issus de la prise d'antidépresseurs, il y a fort à parier que le DSM ne créera jamais un trouble mental spécifique compris autrement que comme effet secondaire relatif aux effets causés par un psychotrope donné, alors que ses propres définitions et délimitations des « troubles mentaux » s'alignent parfois pharmacologiquement sur les modifications comportementales produites par l'effet de ces mêmes supresseurs de symptômes.

¹⁰²³ Le professeur Parent donne une définition étymologique du mot antidépresseur. « Tout d'abord, qu'est-ce qu'un antidépresseur? (...) Dérivé du grec *anti* : « qui est contre » et du latin *depressio* : « enfoncement; affaiblissement (...) ». Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 584, 474, 475.

¹⁰²⁴ *Rabey c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 513.

¹⁰²⁵ *Rabey c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 513, 552.

Reprenant son analyse juridique de la responsabilité des personnes, Parent écrit que celle-ci

« exige une évaluation attentive de l'état d'esprit de l'individu au moment du crime ainsi que de l'intensité des symptômes observés chez ce dernier lors de la commission de l'acte illégal (...) sans considérer la présence de toutes autres pathologies associées ou sous-jacentes à la personne de l'accusé avant et pendant la prise de médicament et la commission du crime »¹⁰²⁶.

Opération de discernement pour le moins ambitieuse, si l'on considère qu'il faille pondérer ce qui, par rapport à la *mens rea*, constitue le facteur contributoire de la molécule et celui de l'affection préexistante à la prise du médicament. Doit-on soustraire ou additionner en pareil cas? Les explications de Parent se complexifient lorsqu'il aborde l'affaire *Hotte* où il n'est jamais fait mention, sauf erreur, de l'usage d'antidépresseurs par l'accusé, mais de l'appréciation des effets d'une dépression sévère sur son comportement¹⁰²⁷.

Traditionnellement rattaché à l'« absence de conscience », l'automatisme renvoie désormais à « un état de conscience diminuée ». Cette précision terminologique, que plusieurs percevaient à l'époque comme laissant présager un élargissement conceptuel du moyen de défense, doit cependant être lue à la lumière d'un second facteur tout aussi important : l'acte volontaire au point de vue physique. Aussi, malgré son rattachement à la conscience de l'individu « c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'actus reus qu'est le caractère volontaire [au point de vue physique] ». Cette précision, une fois comprise, empêche l'application de la défense d'automatisme aux pathologies qui, sans affecter la capacité de l'individu de contrôler physiquement son action, entraînent une désinhibition du sujet. On n'a qu'à penser aux affections qui altèrent la capacité de l'accusé d'utiliser ses freins comportementaux afin de neutraliser son agressivité. Cette hypothèse, qui trouble encore aujourd'hui l'esprit de ceux qui s'y intéressent, fut examinée dernièrement par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Hotte c. La Reine*¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ Hugues PARENT, « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », op. cit., note 584, 469, 487.

¹⁰²⁷ L'état dépressif dans lequel se trouvait Jocelyn Hotte au moment de la commission des crimes n'était pas un état nouveau. Alors enfant, l'accusé fut victime d'une profonde dépression lors de la perte de sa sœur qui nécessitât son hospitalisation. L'annonce de la rupture avec sa conjointe allait raviver des prédispositions dépressives autour du thème de la séparation et déclencher la suite tragique des événements.

¹⁰²⁸ Id., p. 504.

Hugues Parent réduit d'abord à une simple question de « précision terminologique » le passage d'une définition de l'automatisme fondée sur le caractère de la perte ou de l'« absence de conscience », à celle « d'état de conscience diminuée »¹⁰²⁹. L'expression « précision terminologique » ne manque pas d'ironie, surtout lorsqu'il s'agit de la reconduction des imprécisions neurologiques savamment entretenues par le droit entre les notions de conscience et de volonté. « On n'a qu'à penser aux affections qui altèrent la capacité de l'accusé d'utiliser ses freins comportementaux afin de neutraliser son agressivité »¹⁰³⁰. Mais quelles sont donc ces affections (aucun exemple n'est fourni), et surtout quels rouages moraux ou neurologiques déclenchent le « fonctionnement » de ce système de freinage comportemental? La capacité inhibitrice procède-t-elle de la conscience morale ou du libre exercice de la volonté?

Après avoir disposé de cette question terminologique réputée simple, le professeur Parent ajoute que « cette précision, une fois comprise, empêche l'application de la défense d'automatisme aux pathologies qui, sans affecter la capacité de l'individu de contrôler physiquement son action, entraînent une désinhibition du sujet ». Il ne semble pas se rendre pas compte que l'invention de ce distinguo n'a jamais eu d'autre objet que de rendre impossible une défense à partir du simple état dépressif (c'est précisément le cas dans l'affaire *Hotte*), mais surtout qu'il est bien difficile d'imaginer une pathologie qui, « sans affecter la capacité de l'individu de contrôler physiquement son action »¹⁰³¹, entraînerait tout de même « une désinhibition du sujet ».

Au soutien de cette contradiction pratique et de ces « précisions » terminologiques, Parent appelle à la rescousse le juge Doyon dans l'arrêt *Hotte* :

J'estime qu'en l'espèce le témoignage de l'appelant de même que celui du psychiatre Morissette ne permettent aucunement de croire qu'il y ait eu automatisme, au sens de la jurisprudence, pendant la poursuite automobile et l'homicide de même que lors des tentatives de meurtre. Il m'apparaît nécessaire, pour démontrer cette absence de preuve, de reprendre certains passages du témoignage du Dr Morissette. Ainsi, il déclare que l'appelant n'était aucunement dans un état psychotique, c'est-à-dire en perte de contact avec la réalité. Au contraire, bien que la maladie dépressive d'intensité modérée ait

¹⁰²⁹ R. c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 156.

¹⁰³⁰ Hugues PARENT, op. cit., note 1028.

¹⁰³¹ Cela revient-il à dire qu'un conducteur, en proie à l'accélération brutale de son véhicule parce que l'accélérateur s'est coincé sous le tapis, est réputé responsable des conséquences de ses actes pendant toute la période de la folle équipée du seul fait qu'il soit encore derrière son volant à l'arrivée?

pu altérer son jugement et sa capacité d'évaluer une situation, l'appelant savait qu'il conduisait, qu'il avait une arme dans la main, et qu'en tirant avec celle-ci il pouvait causer la mort. En fait, si la capacité d'évaluer une situation était affectée et diminuée, elle existait néanmoins. Ce qu'explique l'expert psychiatre c'est que, vivant un épisode de rejet, la maladie dépressive de l'appelant est venue interférer avec sa capacité « d'utiliser ses freins comportementaux usuels ». Il a alors fait preuve d'impulsivité. Le psychiatre ajoute qu'au moment des événements l'appelant était conscient, éveillé, en état de vigilance. Il affirme qu'au moment du drame, « il y avait une charge agressive importante » et l'appelant vivait des « émotions très agressives » envers Mme Gingras. Colère et rage étaient au rendez-vous. En fait, selon l'expert, la victime était, aux yeux de l'appelant, la source de ses malheurs. Si la maladie dépressive a pu altérer les freins comportementaux et les inhibitions de l'appelant, le psychiatre précise que : l'intensité de la maladie dépressive de M. Hotte ne vient pas enlever totalement le contrôle qu'il a, l'enlève partiellement (...) (Je souligne). Dans ces circonstances, l'on peut difficilement conclure qu'il y a une preuve de comportement automatique. À mon avis, ce témoignage est plutôt compatible avec une perte de contrôle, qui, vu la maladie, sans toutefois constituer un automatisme, aurait peut-être pu diminuer la responsabilité criminelle, tel que l'a plaidée l'appelant tant en première instance que devant nous. C'est la théorie que le premier juge a exposée aux jurés; toutefois, elle n'a pas suscité un doute raisonnable dans leur esprit¹⁰³².

La description du contexte de l'automatisme dans l'affaire *Hotte* ne manque pas de s'inscrire dans une stratégie de mitigation de la réalité neuropsychiatrique de l'accusé et dans l'usage d'une rhétorique essentiellement axée sur des considérations terminologiques. Plutôt que sur des faits¹⁰³³, on raisonne sur des mots, sur des témoignages d'experts et leur portée par rapport à une définition de l'automatisme qui admettait pourtant déjà « la conscience diminuée » depuis *Stone*. Refusant d'attribuer à la dépression de l'accusé Hotte des conséquences « automatiques » sur son comportement, comme le suggérait le docteur Morissette, le juge Doyon ramène l'acte insensé à une « perte de contrôle »¹⁰³⁴. Il s'agit là d'un euphémisme, si l'on considère qu'il y a eu perte de vie et blessés graves permanents au terme d'une poursuite automobile à haute vitesse.

¹⁰³² *Hotte c. La Reine*, [2005] J.Q. No. 8204, par. 155-163 (C.A.) (QL/LN).

¹⁰³³ Comme le souligne le juge Beauregard dans *Hotte* « il est intéressant de voir comment les avocates et le juge ont imputé le droit aux faits à partir de l'avis des deux psychiatres ». *Hotte c. La Reine*, [2005] J.Q. No. 8204, par. 27.

¹⁰³⁴ Qu'est-ce que l'automatisme en droit, sinon une perte de contrôle ?

Dans sa référence à l'affaire *Hotte*, Parent se contente de rappeler l'état du droit positif et omet de discuter de la dissidence du juge Beauregard pour qui le magistrat de première instance n'a justement pas exposé au jury la possibilité de la défense d'automatisme.

En droit il s'agissait de ce qu'on appelle une défense d'automatisme causé par des troubles mentaux. Il est manifeste qu'en l'espèce cette défense devait être soumise au jury. Le jury devait accepter cette défense s'il était persuadé de la probabilité de l'automatisme causé par des troubles mentaux dont souffrait l'appelant. (...) La véritable défense de l'appelant n'a pas été soumise au jury et, en conséquence, le procès doit être repris. (...) Le fait que l'appelant souffrait d'une dépression majeure d'intensité modérée est acquis. Il ne s'agit pas d'une invention : les psychiatres sont d'accord; quelque temps avant l'homicide la victime elle-même avait mentionné que l'appelant était malade; après l'homicide l'appelant fut traité par un psychiatre durant de longs mois¹⁰³⁵.

La dissidence du juge Beauregard porte sur une considération essentielle à l'équité du procès. L'accusé n'a pu se prévaloir d'une défense pleine et entière, et on croit déduire des propos du magistrat que le juge de première instance aurait dû en toute impartialité suggérer de son propre chef au jury la possibilité de la défense d'automatisme. Les procureurs de *Hotte* n'ont pas su présenter un moyen d'exonération approprié aux faits. Craignaient-ils de « s'embarquer » dans des explications techniques (disposer autrement des explications psychiatriques en leur accordant un poids nouveau ou en atténuant leur portée) et d'expliquer, devant un jury déjà secoué par le caractère odieux du crime, la sémantique juridique sur la conscience et la volonté ainsi que sur la volonté dans son rapport trouble à la conscience¹⁰³⁶?

Dans le cours du procès, il ne suffit pas d'avoir raison du strict point de vue de l'arsenal juridique et du choix des armes; l'inhabileté ou l'impéritie dans leur maniement porte autant à conséquence que le fait de ne pas s'en être servi¹⁰³⁷. Autrement dit, on imagine mal

¹⁰³⁵ *Hotte c. La Reine*, [2005] J.Q. No. 8204, par. 60.

¹⁰³⁶ L'accusé allait plaider coupable à une accusation de nécrophillie au terme d'un second procès.

¹⁰³⁷ Sans revenir sur les remarques du chapitre 4. 1 quant à la prépondérance du contexte du procès sur le contenu apparemment exonératoire des moyens de défense, les hésitations devant la complexité d'une explication juridique rendue oralement et requérant de la part de la défense tantôt des distinctions par rapport au sens ordinaire des termes, parfois l'acceptation ou le refus d'inférence logique, souvent même une distanciation d'avec le sens moral commun, condamnent presque implacablement un accusé. C'est ce que le juge Beauregard remarque dans un passage déjà cité : « Au cours de sa plaidoirie, le substitut a mentionné une bonne dizaine de fois le mot « involontaire » d'une façon incrédule. Dans la très grande majorité des cas, sinon toujours, il rattachait le mot « involontaire » à un élément de preuve. Par exemple, il suggérait qu'on ne pouvait croire que les gestes de l'appelant avaient été involontaires du fait que celui-ci avait bien pris soin de viser plusieurs fois la victime (...) ». *Hotte c. R.*, 2005 QCCA 625 (IJC), par. 92- 93.

que ce qui s'énonce difficilement du point de vue de la doctrine pénale elle-même puisse l'être de manière convaincante devant un forum composé d'individus de toutes pointures intellectuelles et provenant d'horizons académiques divers¹⁰³⁸.

5.8 Pharmacologie d'amateur et partisanerie psychiatrique

Pourquoi aussi le laisser avec l'Effexor en prenant le risque de commettre d'autres délits en milieu carcéral? [...] Alors, pourquoi laisser un individu avec un cerveau fragile avec, semble-t-il, une désinhibition, un manque de jugement, à risque de commettre d'autres délits¹⁰³⁹?

Alors que dans l'affaire *Hotte*, la doctrine pénale échoue à revisiter et à redessiner la défense d'automatisme autour du phénomène de la dépression, l'affaire *Proulx*, pour d'autres raisons, ne rend pas davantage possible l'exploration de la constellation formée par l'automatisme, la dépression et les antidépresseurs. Dans l'arrêt concernant cette affaire, le lien de causalité évoqué par le psychiatre Louis Morissette entre le passage à l'acte de l'accusé et sa consommation d'Effexor[®] n'a pas été établi à la satisfaction du tribunal de première instance, pas plus que n'ont été subséquemment retenus par la Cour d'appel les incidents graves lors du témoignage de l'expert Morissette qui commandaient à eux seuls la tenue d'un nouveau procès¹⁰⁴⁰. Les antécédents psychiatriques familiaux de l'accusé, de même que le fait d'être atteint d'un trouble neurologique (le syndrome de Gilles de la Tourette) impliquant l'incapacité de réprimer des tics, des mouvements involontaires ou des paroles injurieuses, n'ont pas réussi à soulever un doute raisonnable quant à sa capacité à former l'intention spécifique d'attenter à la vie de la dénommée Nancy Michaud. Bien que ces derniers symptômes introduisaient en quelque sorte des éléments d'une preuve *prima facie* de conduites involontaires, de l'état « d'incontinence neurologique » de l'accusé, ils ne réussirent pas à émouvoir le jury. Les questions que la Cour d'appel entendait trancher sur ces points sont résumées au paragraphe 18-19 de la décision en ces termes :

¹⁰³⁸ Voir en introduction nos remarques sur l'institution du jury.

¹⁰³⁹ *Proulx c. R.* [2012] R.J.Q. 1277, par. 121.

¹⁰⁴⁰ On se rappellera que lors du procès Proulx, le psychiatre Morissette a été surpris a prétendu avoir entendu certains faits de la cause et du témoignage de Proulx dans sa voiture alors que la chose était techniquement impossible. Ce quiproquo lui a valu une condamnation pour parjure devant la cour Supérieure, condamnation renversée toutefois en Cour d'appel.

Selon la thèse de la défense, l'appelant ne pouvait être tenu criminellement responsable en raison de ses troubles mentaux. En effet, il est atteint du syndrome Gilles de la Tourette, avec un trouble obsessionnel-compulsif, et il possède un lourd bagage héréditaire, des personnes de sa famille immédiate étant atteintes de schizophrénie ou de bipolarité. De plus, depuis l'été 2006, l'appelant consomme un antidépresseur, l'Effexor, qui lui aurait fait perdre la capacité de contrôler ses gestes et de mesurer la qualité et les conséquences de ceux-ci. L'usage de ce médicament aurait induit chez l'appelant un virage de type hypomaniaque et un syndrome orbifrontal.

La poursuite, pour sa part, soutient que l'appelant a le fardeau de prouver qu'il n'est pas sain d'esprit. Or, il ne s'est pas déchargé de ce fardeau, car rien dans la preuve ne démontre que l'usage d'Effexor a induit chez lui un virage de type hypomaniaque ou un syndrome orbifrontal. L'appelant a commis un meurtre prémédité, en choisissant comme victime une personne représentant le gouvernement et en ayant ainsi le sentiment de triompher d'une société considérée par lui comme injuste et hostile à son égard¹⁰⁴¹.

Dans cette affaire, la fragilité de l'état mental de l'accusé ne paraît pas même être remise en cause par la poursuite. Il s'agit en l'espèce d'antécédents familiaux et personnels morbides plus importants que ne le sont par exemple les troubles d'adaptation avec anxiété. À la différence d'anciens procès qui ont donné lieu à des verdicts controversés dans l'histoire judiciaire du Québec, il n'y a aucun doute sur l'identité du meurtrier. Ce qui reste intrigant toutefois, ce sont les motifs pour lesquels une superposition d'incidents, une addition de maldonnes n'ont jamais réussi à infléchir le plus haut tribunal du Québec¹⁰⁴².

Le cadre du procès et les questions relatives au changement de venue ne sont pas étrangers au contexte politique dans laquelle l'affaire a été instruite. Proulx, qui ne bénéficie ni

¹⁰⁴¹ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 18-19.

¹⁰⁴² Les réserves théoriques déjà formulées en introduction à l'égard des usages de l'expertise psychiatrique devant les tribunaux n'ont jamais été mieux illustrées au plan pratique qu'à l'occasion de l'affaire *Proulx*. Au net, l'entrée en scène du duo des Dr. Morissette et Faucher et leurs interventions n'ont eu, chacune à sa manière, que des conséquences préjudiciables à l'accusé Proulx, Faucher par sa « plaidoirie » intempestive en faveur de la couronne, et pour la défense Morissette par l'incident du « mensonge » sur le moment exact de sa prise de connaissance des transcriptions du témoignage de l'accusé. L'effet combiné de ces atteintes à l'intégrité du processus judiciaire et les inconvénients majeurs que représente l'obligation pour le juge du procès de mettre en garde, de prévenir le jury contre ces entorses à l'équité n'ont jamais été suffisants pour que la Cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès. Le procès Proulx cache deux litiges distincts : celui portant sur la dangerosité ou l'innocuité des antidépresseurs les plus répandus questionnées de l'intérieur de la psychiatrie par le psychiatre Morissette, et l'état d'indisponibilité de certaines défenses complexes lorsque la sécurité de l'appareil politique est inquiétée par l'expression de la violence, fût-elle gratuite ou insensée. La pureté principielle du droit reste inapplicable et n'est pas corrigée en cours d'instance lorsqu'un accusé, à l'instar du citoyen désargenté au prise avec une maladie rare dans un système de santé gratuit, n'arrive pas à réunir les fonds nécessaires pour assurer sa défense pleine et entière.

d'une armada de procureurs et d'experts psychiatres à sa solde, est accusé d'un crime crapuleux sur la personne d'une mère de famille avantageusement connue dans sa région, impliquée en politique et secrétaire d'un ministre au pouvoir. Devant l'absence de mobile véritable et d'éléments de préméditation, la couronne en vient à suggérer que des raisons politiques ont conduit l'accusé à s'attaquer à une secrétaire. S'il ne s'agissait pas d'un meurtre, on pourrait considérer avec une certaine ironie la « thèse » selon laquelle

« l'appelant a commis un meurtre prémédité, en choisissant comme victime une personne représentant le gouvernement et en ayant ainsi le sentiment de triompher d'une société considérée par lui comme injuste et hostile à son égard¹⁰⁴³.

Faire passer les actions d'un individu instable pour des conduites terroristes ou anarchistes relève du grand art que permettent encore l'institution du jury et le contexte particulier de ce procès. Cependant, il n'est pas anodin qu'un mobile aussi absurde, ou si l'on préfère aussi peu rattaché aux faits de l'espèce en cause, serve à détourner le tribunal de la suggestion du moyen de défense pertinent ou approprié dans les circonstances. Dans l'énoncé même des motifs du meurtre et de sa préméditation, l'incohérence d'une pareille thèse apparaît manifeste et fait ressortir davantage le caractère insensé de l'acte. Qui, sans être déjà atteint d'un trouble psychique, croirait d'abord qu'une secrétaire représente le gouvernement et que son assassinat permettrait de prétendre avoir « triomphé d'une société injuste et hostile »? Comment la couronne pouvait-elle à la fois soutenir l'absence de maladies mentales, alors que l'accusé traînait une série d'indications cliniques à l'effet contraire, et conclure le plus sérieusement du monde que le meurtre d'une employée de soutien faisait suite à une préméditation à caractère politique¹⁰⁴⁴? Le profil psychologique de l'accusé de même que ses agissements antérieurs le font plutôt apparaître sous les traits d'un individu qui n'a ni les caractéristiques du criminel violent ni ne vit des produits de la criminalité. Une fois écartées les fariboles de l'action politique violente, comment expliquer un tel comportement sans

¹⁰⁴³ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 19

¹⁰⁴⁴ La situation aurait peut-être été différente si l'accusé s'en était pris au ministre. Rappelons que cette « thèse », qui a emporté l'adhésion d'un jury et n'a pas été renversée en appel établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait bel et bien l'intention coupable requise par le meurtre au premier degré et trouve non seulement plus convaincante l'existence de la préméditation à dessein politique que les « nouvelles théories scientifiques » sur les effets adverses des antidépresseurs contre lesquelles le savant magistrat de première instance avait d'ailleurs pris soin de mettre en garde les « juges des faits » que sont les jurés.

supposer les effets délétères d'une médication dont l'une des finalités thérapeutiques consiste précisément à désinhiber l'action?

« Auparavant décrit comme un homme timide, discret et solitaire, il déclare lors de son procès que, à partir de la fin de l'année 2006, il s'est mis à commettre des vols de toutes sortes, notamment des vols qualifiés dans des dépanneurs, des vols d'argent auprès de ses proches et des vols dans des maisons d'habitation, et ce, de façon compulsive. À ces occasions, il portait ce qu'il appelle « son kit de James Bond » (des vêtements noirs, des lampes de poche, des outils et des menottes). Les objets volés, allant de photos de famille à des biens de valeur, étaient classés et gardés précieusement par l'appelant. Pour celui-ci, il s'agissait de « trésors de pirate »¹⁰⁴⁵.

N'ayant pas pris soin de recadrer le caractère saugrenu de la thèse de la couronne, les tribunaux ne se mettront pas non plus en quatre pour revisiter les fondements de la doctrine sur la défense d'automatisme. Occasion ratée pour des raisons extérieures à la question de droit portée par la cause : un antidépresseur peut-il produire des effets à ce point adverses qu'il déclenche un passage à l'acte meurtrier? S'il est susceptible de produire des effets secondaires sévères, comme le souligne le professeur Parent, et qu'il s'agit d'une réalité pharmacologique avérée, pourquoi serait-il nécessaire que du point de vue du droit cette fois, la défense ait à établir l'existence d'« un virage de type hypomaniaque ou un syndrome orbifrontal »¹⁰⁴⁶ pour prétendre à une défense d'automatisme avec aliénation mentale? Comment un tel fardeau peut-il être sérieusement exigé, mais surtout comment un tel état aurait-il pu être prouvé? Le docteur Morissette résume le contexte pharmacopsychologique de l'accusé en ces termes :

Dans son cas, il est arrivé à une situation qui nécessitait une prise en charge pharmacologique, le médicament était bien choisi, malheureusement ça amené [sic] des conséquences imprévues, inattendues chez lui en terme de désinhibition, manque de jugement, troubles de jugement, dysrégulation [sic] affective, perte de la capacité à s'adapter au rôle social habituel. L'Effexor, je le disais hier et je le répète, c'est important, c'est un produit qui a été utile, efficace, bénéfique pour un grand grand grand [sic] nombre de personnes, c'est un produit, malgré mon témoignage aujourd'hui puis d'hier, c'est un produit que j'ai prescrit, que je prescris encore et que je vais prescrire encore, donc le produit en tant que tel est un bon produit. Ce qui est arrivé pour monsieur Proulx, c'est que le produit, chez lui, a eu des effets inattendus, des effets paradoxaux, des effets inhabituels, en raison de qui il est [sic] comme personne

¹⁰⁴⁵ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 4-5.

¹⁰⁴⁶ Aurait-il fallu que l'accusé soit dans le même état que Phineas Gage pour obtenir la clémence de la Cour ou du moins l'ouverture d'une défense d'automatisme?

et, ça, ça comprend son hérédité, ses gènes et la maladie de Tourette¹⁰⁴⁷.

La position de l'expert Morissette qui rend l'antidépresseur directement responsable du comportement de Proulx était étayée par deux autres témoignages au procès. La Cour d'appel cite l'explication de l'un d'entre eux, celui de la Dre Allard qui établit tout autant l'impuissance de l'accusé à concevoir véritablement son crime qu'à s'empêcher de le commettre. Elle affirme que bien

« qu'il connaissait au plan théorique la nature de ses gestes, mais qu'il n'avait pas « la capacité volitionnelle d'interrompre les gestes qu'il posait, il n'était pas en mesure d'appliquer un jugement adéquat sur la situation de mettre en application ses connaissances en raison des changements qui ont été induits par l'Effexor ». Elle ajoute que « [s] i l'Effexor n'avait pas été introduit, à mon avis, monsieur n'aurait pas commis les gestes qu'il a posés »¹⁰⁴⁸.

Sans doute exact au plan clinique, on ne peut s'empêcher de reconnaître dans la description de la Dre Allard des formulations qui épousent les contours des dispositions psychologiques requises pour se prévaloir d'une défense d'automatisme : absence de contrôle volitionnel, incapacité à juger la nature de la situation, conscience diminuée dans le déroulement de l'action puisque les faits révéleront que l'unique préoccupation de l'accusé était de retrouver des menottes ayant servi à retenir sa victime¹⁰⁴⁹. Alors que dans l'arrêt *Stone*, des « paroles injurieuses »¹⁰⁵⁰ provoquent une série de coups de couteau, dans l'arrêt *Rabey* une déception amoureuse suffit à amener l'accusé à frapper sa victime avec une pierre puis à l'étrangler¹⁰⁵¹, et l'arrêt *Park* met en cause un accès de « somnambulisme »¹⁰⁵², ce qui distingue ce scénario des trois cas précités où la défense d'automatisme a été admise, réside dans la nature particulière de l'élément déclencheur.

Dans l'affaire *Proulx*, il n'y a aucun choc émotif extérieur ni aliénation mentale au sens de l'article 16 du C. cr. ; les retombées d'une substance psychoactive sur le

¹⁰⁴⁷ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 70-71.

¹⁰⁴⁸ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 73.

¹⁰⁴⁹ « Au procès, il dit qu'il n'avait alors qu'une idée en tête, soit récupérer ses menottes ». Id. par. 7.

¹⁰⁵⁰ « Elle lui aurait dit qu'il la dégoûtait chaque fois qu'il la touchait, qu'il était [Traduction] « nul au lit » avec son petit pénis et qu'elle ne coucherait plus jamais avec lui. Comme nous l'avons vu, dans le rapport psychologique déposé par la défense au procès, les propos attribués à Mme Stone étaient qualifiés [traduction] « d'extrêmement cruel[s], de psychologiquement sadique[s] et comme exprimant un rejet profond ». *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 8.

¹⁰⁵¹ *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, par. 4.

¹⁰⁵² *R. c. Parks*, [1992] 2 RCS 871

comportement normal sont en cause¹⁰⁵³. La défense d'automatisme constitue jusqu'à maintenant l'un des rares lieux permettant de concevoir en théorie et d'intégrer en pratique la suspension de la conscience dans le passage à l'acte imprévisible par la désinhibition de l'appareil moteur. Légalement prescrit à un grand nombre de personnes, l'Effexor[®] censé rétablir des affres de la dépression n'est pas retenu comme cause directe ou occasionnelle par la Cour. À la lecture de la décision, on perçoit bien que le procès n'a porté ni sur le facteur contributoire des molécules ni même sur la vraisemblance des affirmations « inusitées » des psychiatres affrétés par la défense. Le tribunal d'appel confirme en ces termes la justesse de la présentation de la preuve au jury par le juge de première instance :

« Lorsqu'il a donné ses directives relativement à l'évaluation de la crédibilité des témoins experts, le juge a invité le jury à aborder *les nouvelles théories scientifiques avec prudence*. En effet, les experts de la défense ont élaboré une thèse en ce qui a trait à l'effet de l'Effexor sur le comportement de l'appelant (affecté du syndrome de Gilles de la Tourette, de troubles obsessionnels compulsifs et d'un certain bagage héréditaire) que le juge a exposé de la façon suivante : Le docteur Rouillard a ainsi affirmé que la présence de ces facteurs chez Francis Proulx, la maladie de Gilles de la Tourette et un historique familial de maladie psychiatrique, avaient augmenté de façon significative la probabilité de présenter des effets adverses, indésirables, à des fortes doses de venlafaxine, l'Effexor, ce qui est de l'Effexor. Il faut être prudent lorsqu'une *nouvelle théorie scientifique est présentée en preuve*. Plus elle repose sur un *fondement fiable*, plus le poids que vous y donnerez pourra être grand. Il n'est pas nécessaire qu'elle fasse un consensus général, mais elle doit s'appuyer sur un *fondement fiable*. Mais à l'inverse, moins son fondement vous apparaîtra fiable et plus grande doit être votre prudence dans l'appréciation de sa valeur probante. C'est à vous seul qu'il appartient de décider d'accepter ou non l'opinion émise et aussi de décider de sa force probante par rapport à l'ensemble de la preuve que vous retenez¹⁰⁵⁴ ». (Nous soulignons).

Ce qui frappe dans ce réexamen de la démarche du juge de première instance par la Cour d'appel, c'est d'abord l'imprécision dans la qualification des faits. Les psychiatres de la défense ne soutiennent pas une nouvelle « théorie scientifique »; ils ne font que décrire les effets d'un médicament psychotrope désinhibant sur une personne déjà affectée de trouble de

¹⁰⁵³ Il importe de rappeler que l'accusé ne s'est pas placé en état de « psychose toxique » alors qu'il suivait la prescription d'antidépresseur que son état mental exigeait déjà.

¹⁰⁵⁴ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277, par. 111.

l'inhibition¹⁰⁵⁵ (le syndrome de Gilles de la Tourette)¹⁰⁵⁶. La mise en garde de Santé Canada déjà citée¹⁰⁵⁷ établissait depuis 2004 la dangerosité de ce type d'antidépresseur. Il est donc inexact de prétendre que le jury était devant une nouvelle « théorie scientifique », et il est pour le moins curieux que le juge insiste sur la nécessité d'un « fondement fiable » pour accréditer l'évidence selon laquelle une substance désinhibante conduit à la désinhibition de l'action.

Contentieuse par nature, l'appréciation des expertises psychiatriques par les membres du jury déplace le débat vers l'opinion des psychiatres plutôt que sur l'effet véritable des molécules sur le comportement de *Proulx*. La suggestion du juge de première instance au jury selon laquelle il leur appartenait « de décider d'accepter ou non l'opinion émise et aussi de décider de sa force probante par rapport à l'ensemble de la preuve que vous retenez » est tendancieuse. Placés devant la possibilité de conséquences pharmacologiques meurtrières, par quels moyens des jurés qui ne sont ni psychiatres ni pharmaciens peuvent-ils disposer scientifiquement de cette probabilité pour considérer ensuite sa « force probante par rapport à l'ensemble de la preuve »?

Même si elle était décisive quant à l'issue du procès, la suggestion selon laquelle cette preuve pouvait être mise en balance, voire comparée à d'autres preuves non scientifiques, indiquait déjà au jury qu'il ne devait pas admettre l'hypothèse pharmaceutique. Les conséquences de cette directive tendancieuse sont bien plus nocives qu'une simple erreur de droit : après avoir confondu des effets secondaires avérés avec une « théorie scientifique nouvelle », elle s'empresse de détourner des profanes du doute « raisonnable » dont aurait pu bénéficier l'accusé. Le tribunal d'appel n'a pas considéré non plus le tort qu'a pu causer à la défense le persiflage devant les jurés du Dr Faucher qui s'interrogeait sur le fait que l'accusé continuait pendant toute la durée du procès de respecter sa prescription d'Effexor[®] :

« Pourquoi aussi le laisser avec l'Effexor en prenant le risque de commettre d'autres délits en milieu carcéral? [...] Alors, pourquoi laisser un individu avec un cerveau fragile avec, semble-t-il, une désinhibition, un manque de jugement, à risque de commettre d'autres délits? Et l'autre chose, c'est que si monsieur présente

¹⁰⁵⁵ Dans les faits, ils s'interrogent à haute voix sur le caractère judicieux de la prescription de ce type de médicament à un patient qui présente une symptomatologie et une histoire médicale comme celle de *Proulx*. Le nom du premier prescripteur n'est pas mentionné.

¹⁰⁵⁶ Syndrome clinique dont les assises neurologiques apparaissent au moins tout aussi certaines que les fondements psychologiques du « syndrome de la femme battue » dans l'arrêt *Lavallee*.

¹⁰⁵⁷ Voir plus haut p. 418.

effectivement ce qu'on évoque, il faudrait le garder, si on n'enlève pas l'Effexor, toute sa vie à l'intérieur soit d'une prison ou soit d'un hôpital. Mais nonobstant encore tout ce que je viens de dire, moi, j'ai beaucoup de peine à comprendre qu'on puisse considérer un monsieur comme désinhibé, avec un manque de jugement et, en même temps, considérer qu'il est capable de prendre des décisions éclairées pour lui-même, pour ce qui est de ses soins, je veux dire d'accepter qu'il refuse qu'on enlève l'Effexor, médicament qui l'aurait amené... »¹⁰⁵⁸.

Le procès *Proulx* met en scène tantôt la partisanerie d'experts psychiatres, tantôt les possibles manquements à leur devoir de vérité dans leur témoignage à la Cour¹⁰⁵⁹. Cet étalage ne serait qu'une illustration des incertitudes qui viennent avec cette science conjecturale sur la moralité des états mentaux s'il n'était assorti de conséquences graves quant à la confiance du citoyen dans la justice pénale¹⁰⁶⁰. L'intervention du psychiatre Faucher devant des profanes a le même effet que ce que la défense dans l'affaire *Hotte* dénonçait à propos de l'avocat de la couronne qui jouait sur le sens trivial des mots « volontaire » et « involontaire »¹⁰⁶¹. Il ne suffit pas au juge de minimiser cette attaque par l'invitation au jury à ne pas tirer d'inférence ou à ne pas en tenir compte¹⁰⁶²; pour le citoyen qui ne peut calibrer la scientificité de la psychiatrie par rapport à l'histoire de la médecine en général, l'expert apparaît digne de confiance. Véritable plaidoirie supplémentaire, ce que vient dire le Dr Faucher nie le caractère causal de la substance psychoactive et établit aux yeux des jurés l'innocuité de l'Effexor[®] puisque l'accusé se tient calmement dans son box.

¹⁰⁵⁸ *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q., 1277, par. 121.

¹⁰⁵⁹ On pense à la poursuite intentée par le ministère public contre le Dr. Morissette suite à son passage comme expert. « En somme, même si la fausseté dite sous serment a été démontrée, et ce, hors de tout doute raisonnable, le Tribunal considère qu'il existe un doute raisonnable sur le caractère intentionnel du mensonge de la part de l'accusé ». *R. c. Morissette*, [2011] J.Q. no 1981. Par. 101.

¹⁰⁶⁰ La discipline psychiatrique ne pâtit guère de ses incartades judiciaires; elle demeure alimentée en permanence par le pipeline médiatique des miracles médicaux et les espoirs des citoyens entretenus par les « progrès de la science ». Le droit ne bénéficie pas d'un préjugé aussi favorable.

¹⁰⁶¹ « Par exemple, il suggérait qu'on ne pouvait croire que les gestes de l'appelant avaient été involontaires du fait que celui-ci avait bien pris soin de viser plusieurs fois la victime, du fait qu'il s'était approché à quatre pieds de celle-ci pour ne pas la rater, du fait qu'il avait un mobile et du fait que, pendant qu'il tirait sur la victime, il pensait à se suicider par la suite ». *Hotte c. R.*, 2005 QCCA 625 (IJCCan), par. 92- 93.

¹⁰⁶² « La lecture de sa décision sur l'objection à la réponse du Dr Faucher (concernant le choix de l'appelant de maintenir sa consommation d'Effexor) et de ses directives montre que le juge a correctement instruit le jury en lui interdisant d'en inférer une conséquence préjudiciable à l'appelant. *Le juge a également indiqué que les commentaires du Dr Faucher à cet égard ne devaient pas être pris en compte par le jury lors des délibérations.* L'avocat du ministère public n'a donc pas causé un préjudice à l'appelant en référant dans sa plaidoirie au fait que l'appelant avait choisi de ne pas modifier sa médication puisqu'il s'est conformé à la directive du juge et n'en a tiré aucune inférence ». *Proulx c. R.* [2012] R. J. Q., 1277, par. 126. (Nous soulignons)

Après une telle frasque, il est difficile de se lancer dans une description pharmacologique des effets sur les neuromédiateurs corticaux de la venlafaxine et de les appliquer au comportement de l'accusé. Pour rétablir les faits et corriger les impressions laissées par le Dr. Faucher, comment aurait-il été possible à la défense de faire comprendre au jury que parmi les sevrages d'antidépresseurs, celui sous Effexor[®] correspond à l'expérience la plus inconfortable qui soit¹⁰⁶³, et que si ce sevrage devait être entrepris, le statut d'un meurtrier de femme en attente d'un procès dans un centre de détention ne place pas l'accusé dans des conditions optimales pour y parvenir?

Rares, les décisions mettant en cause antidépresseurs, dépressions et automatisme n'en sont pas moins tributaires de l'imagination modeste des praticiens; mais elles illustrent aussi la réticence des tribunaux d'appel à rompre avec les plans de l'édifice doctrinal établi par la Cour suprême. Les directives apologétiques du juge LeBel déjà évoquées donnent la mesure de l'attention que la Cour entend accorder à toute reformulation de l'imputabilité pénale qui n'opposerait pas drastiquement conscience et inconscience, volontaire et involontaire. Il ne semble pas acceptable pour la philosophie de la Cour d'admettre l'unité dialectique de ces termes.

L'automatisme sans aliénation mentale risque de ne plus être qu'une curiosité académique, une sorte de hoquet de la conscience claire lorsque celle-ci n'est pas traversée par un trouble connu et répertorié; à moins de le situer du côté des « psychoses toxiques » lorsqu'il importe de réunir défense d'automatisme et prise d'antidépresseurs. Les

¹⁰⁶³ « Dans un article repris par plusieurs grands journaux anglophones, l'Associated Press rapporte des cas d'incapacité de cesser des antidépresseurs en raison des symptômes amenés par le sevrage, et ce même en diminuant graduellement la dose. Deux des antidépresseurs qui se vendent le plus, l'Effexor (venlafaxine) et Deroxat (Paxil, Seroxat, paroxétine) ont amené tant de plaintes que certains médecins, rapporte l'Associated Press, évitent de les prescrire. Les gens rapportent une variété de symptômes, apparaissant parfois quelques heures seulement après l'arrêt. Ils peuvent souffrir de nausées, de douleurs musculaires, de pleurs incontrôlables, d'étourdissements et de diarrhées. Certaines personnes rapportent des sensations « électriques » au cerveau. Certains cas ont été rapportés de gens se présentant aux urgences des hôpitaux, inquiets de ces symptômes inconnus. Le phénomène du sevrage des antidépresseurs est peu étudié. Des recherches ont avancé des taux allant de 17% à 78% pour les marques les plus problématiques. Les symptômes de sevrage peuvent être reliés au fait, par exemple, que la sérotonine qui est affectée par les antidépresseurs n'agit pas seulement sur l'humeur mais aussi sur le sommeil, l'équilibre, la digestion et d'autres processus physiologiques. Généralement, précise Dr. Richard C. Shelton, psychiatre à l'école de médecine de l'Université Vanderbilt, les médicaments qui sont métabolisés le plus rapidement causent les symptômes les plus sévères. L'Effexor, qui est métabolisé dans quelques heures, est un des pires à cet égard (...) ». <http://violencealhopital.over-blog.com/article-arret-d-un-antidépresseur-le-sevrage-notamment-d-effexor-et-deroxat-parfois-difficile-104093188.html>

enseignements récents de la Cour suprême dans *Bouchard-Lebrun*¹⁰⁶⁴ pourraient peut-être constituer une avenue dans ce sens :

Le facteur de la cause interne, qui constitue le premier outil analytique décrit dans l'arrêt *Stone*, place l'accent sur la comparaison entre l'accusé et une personne normale. Dans cet arrêt, le juge Bastarache a noté que « le juge du procès doit examiner la nature de l'élément déclencheur et décider si ce dernier était susceptible de plonger une personne normale, se trouvant dans la même situation, dans l'état d'automatisme dans lequel l'accusé allègue avoir sombré (par. 206 dans *Stone*) »¹⁰⁶⁵.

Bien que la comparaison entre une personne normale et un individu en proie à une psychose toxique ne soit pas aisée, elle le devient davantage lorsqu'un accusé, comme c'est le cas dans l'affaire *Proulx*, ne correspond justement pas, en raison de sa médication même, aux critères de la normalité statistique. Le syndrome de Gilles de la Tourette est une affection rare¹⁰⁶⁶; rien n'indique que *Proulx* n'a pas suivi la posologie indiquée par son médecin. Il ne s'est pas placé en situation d'intoxication volontaire, mais en a plutôt été la victime. Or dans *Bouchard-Lebrun*, la Cour élargit le critère de la cause interne, mais surtout de l'élément déclencheur à la consommation d'une substance toxique ou psychoactive.

Quoique l'élément déclencheur auquel le facteur de la cause interne réfère soit souvent associé à un « choc psychologique », rien n'empêche de considérer que celui-ci puisse être une consommation d'alcool ou de stupéfiants contemporaine au crime commis. Il s'agit

¹⁰⁶⁴ Cet arrêt rendu par la Cour suprême en 2011 rappelle les lignes directrices concernant l'appréciation des états mentaux provoqués par l'intoxication volontaire et leur débordement vers la « psychose toxique ». Il importe à la Cour d'indiquer dans quel ordre les tribunaux inférieurs doivent interpréter les articles 16 et 33 du Code criminel. En l'espèce, elle invite à prioriser l'analyse de l'article 16 sur l'article 33 relatif à l'intoxication volontaire. La Cour refuse d'assimiler « psychose toxique » à « trouble mental » pour ne pas abdiquer sa responsabilité dans la qualification de cet état et de ses conséquences à l'appréciation exclusive du psychiatre.

¹⁰⁶⁵ *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 71.

¹⁰⁶⁶ « Le terme « syndrome de Gilles de la Tourette » (SGT) désigne l'association de tics moteurs et vocaux avec une co-morbidité psychiatrique variable. La prévalence du syndrome de Gilles de la Tourette est estimée à 0,4 % de la population générale. La maladie associe, en absence d'une cause identifiable, plusieurs tics moteurs et au moins un tic vocal présent pendant au moins un an et apparaissant avant l'âge de 18 ans. Il existe aussi une comorbidité psychiatrique variable, dont les troubles obsessionnels-compulsifs (TOC), le syndrome d'hyperactivité avec trouble attentionnel, les crises de panique ou de rage, les automutilations et les troubles anxieux. L'affection débute dans l'enfance et évolue par une succession de périodes d'aggravation et d'accalmie relatives des tics. Une amélioration est observée à la fin de la deuxième décennie chez la majorité des patients, mais des symptômes peuvent persister à l'âge adulte chez environ un tiers des patients. La cause de la maladie de Gilles de la Tourette est inconnue mais une susceptibilité génétique ainsi que certains facteurs environnementaux semblent jouer un rôle. Au plan physiopathologique, un dysfonctionnement du système dopaminergique ainsi que des réseaux de neurones des territoires associatifs et limbiques des noyaux gris centraux et du cortex préfrontal a été suggéré ». http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_

alors de se demander dans quel état une personne normale aurait été susceptible d'être plongée si elle avait consommé les mêmes substances et les mêmes quantités que l'accusé¹⁰⁶⁷.

L'application de la défense d'automatisme est-elle compatible avec la compréhension de l'intoxication *involontaire* comprise comme élément déclencheur avec ou sans égard pour la fragilité du patient ou de l'accusé sous médication? La Cour rappelle que « l'intoxication et l'aliénation mentale demeurent deux concepts juridiques distincts. En tant que défenses à des accusations criminelles, elles répondent à des logiques différentes et sont régies par des principes qui leur sont propres »¹⁰⁶⁸. Or l'acte posé sous influence d'antidépresseur s'insère à la confluence de deux logiques entre l'intoxication proprement dite – il s'agit d'un remède¹⁰⁶⁹ au sens du droit et non d'un poison¹⁰⁷⁰ – et l'aliénation mentale; sa nature imprévisible en souligne le caractère involontaire, ce qui constitue l'essentiel de l'automatisme. Sans être ni aliéné mental au sens de l'article 16, ni même intoxiqué, le sujet de droit n'est plus « ni tout à fait lui-même ni tout à fait un autre », pour paraphraser l'un des vers d'un poème de Verlaine¹⁰⁷¹.

Le test de l'appréciation d'une conduite criminelle sous l'effet d'un antidépresseur suppose une pondération différente de la notion d'élément déclencheur et une révision contextuelle de l'automatisme *avec aliénation mentale*. L'Effexor[®] ne s'apparente pas aux médicaments prescrites aux psychopathes; il sert la cause du rétablissement de l'équilibre mental, et l'accusé *Proulx* ne s'est jamais placé en situation de « perte de contrôle » pour commettre un meurtre ou pour se donner les moyens physiques de son passage à l'acte. La molécule thérapeutique manque alors à sa finalité; celle-ci doit être appréciée dans ses effets désinhibiteurs plutôt qu'à la manière de l'alcool ou d'un stupéfiant. Dans ce cas, l'intoxication n'est *volontaire* que parce que l'accusé, dépressif ou anxieux, l'a consommé seulement pour se rétablir. L'aliénation mentale est alors provoquée non pas tant par la seule condition

¹⁰⁶⁷ R. c. *Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 72.

¹⁰⁶⁸ R. c. *Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 36.

¹⁰⁶⁹ « Il semble que les tribunaux utilisent indistinctement les notions de « médicament » et de « drogue » pour décrire les substances thérapeutiques ». Mathieu GAGNÉ, *Le droit des médicaments*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 3.

¹⁰⁷⁰ Bien que l'étymologie de *pharmakon* fasse ressortir l'ambivalence du terme et son oscillation entre les pôles de l'empoisonnement et de la guérison. Voir sur cette question, François DAGOGNET, *La raison et les remèdes*, Paris, PUF, 1965, en particulier le chapitre intitulé, *Le problème de la définition du remède*, pp. 25-103.

¹⁰⁷¹ Paul VERLAINE, *Poèmes saturniens*, Paris, Gallimard, 2010. Le poème s'intitule « Mon rêve familial ».

préexistante de l'accusé, mais par la conjonction d'un état de fragilité et par l'effet toxique du médicament. Les directives contenues dans l'arrêt *Bouchard-Lebrun* sur la « psychose toxique », phénomène se rapprochant le plus des incidences moléculaires dévastatrices causant le passage à l'acte meurtrier, doivent être appréciées selon l'ordre inverse prescrit par le juge LeBel en ces termes :

Lorsqu'un accusé présente une défense de troubles mentaux, il importe d'effectuer l'analyse juridique de la situation dans un ordre logique. Les tribunaux ne doivent pas entamer leur analyse en recherchant si la condition mentale dans laquelle se trouvait l'accusé au moment des faits est visée par l'art. 33.1 C. cr. Une telle approche inverserait les étapes du processus analytique approprié. De plus, elle négligerait la nature de la défense présentée par l'accusé. Enfin, elle rendrait l'exercice de qualification juridique nécessaire à l'application de l'art. 16 C. cr. tributaire de l'interprétation de la notion de causalité contenue dans l'art. 33.1 C. cr. Les tribunaux doivent plutôt examiner l'applicabilité de l'art. 16 C. cr. dans la perspective des principes spécifiques qui régissent la défense d'aliénation mentale. Si cette dernière ne trouve pas application, et si les faits du dossier s'y prêtent, on pourra alors examiner l'applicabilité de l'art. 33.1 C. cr.¹⁰⁷².

Les faits de la décision *Bouchard-Lebrun* justifient sans doute cet ordonnancement; mais ceux de l'affaire *Proulx* inclinent, en regard de la nature de la substance dont les effets ont été identifiés par deux témoins experts comme la cause du déclenchement de la folie meurtrière de l'accusé, à suivre d'abord 33. 1 C. cr., puisqu'elles rendent justement dans ce cas la « qualification juridique nécessaire à l'application de l'art. 16 C. tribulaire » des dispositions de l'intoxication volontaire. On s'étonne que l'addition des facteurs dépressifs et médicamenteux n'ait pas réussi à rendre compte du fait juridique que l'acte de l'accusé ne pouvait procéder d'une intention spécifique. L'intention de l'accusé pouvait-elle justifier à elle seule l'existence de trois composantes, sans égard à l'influence moléculaire? Pierre Livet observe l'impossibilité de cette concaténation logique en ces termes :

« L'intention d'une action est finalement ce qui répond à la question « pourquoi vous faites cela? ». « Pourquoi » veut dire : pour quelle raison. Mais alors, pouvons-nous encore considérer l'intention comme causant l'action? L'intention peut-elle être à la fois la raison, la justification de l'action, et sa cause? (...) une relation causale relie deux événements qui doivent être logiquement indépendants. Si l'un

¹⁰⁷² R. c. *Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 40.

est la conséquence logique de l'autre, il est impliqué par l'autre et donc déjà présent, si bien qu'il ne peut être son effet »¹⁰⁷³.

Dans quelle mesure les effets d'une dépression qui, sans recouper les éléments incapacitants de l'article 16, prédisposeraient-ils un accusé à commettre des actes en rupture avec ses comportements habituels? Pouvait-on imaginer dans le cas de *Proulx* qu'un individu en vienne à désirer que la mort d'une secrétaire confère à son geste le sens expiatoire d'une victoire sur une « société injuste ou hostile »? On ne saurait affirmer que l'automatisme met en scène la « conscience diminuée » d'un individu sans reconnaître en même temps que cette même conscience empêche d'apprécier convenablement la portée de certains gestes. Le fait qu'une conduite criminelle s'étale dans le temps doit être compris par rapport à la « rationalité morale » d'un supposé projet initial avec autant de discernement que la résultante immédiate des actes eux-mêmes. Si l'on soutient que la « volonté » est le produit de la raison¹⁰⁷⁴, on doit justement tenir la raison responsable tout au long de la commission du crime. Il ne suffit pas de formuler des pétitions de principe¹⁰⁷⁵ selon lesquelles des comportements échappent à la volonté « éclairée » par la raison, et de ne retenir en pratique que ceux qui sont concomitants à l'expression d'une folie partielle ou temporaire.

Cette exigence aurait pu également s'appliquer dans le cas où un policier formé par la GRC, entraîné à mesurer en toutes circonstances l'usage de la force nécessaire et la pertinence de l'utilisation de son arme de service, s'engage soudainement dans une poursuite à haute vitesse et dans la perpétration du meurtre de son ex-conjointe. Comment pouvait-on déduire de ces agissements la présence de l'intention requise par la définition du meurtre au premier degré? Comment le soi-disant test de la personne normale ne pouvait-il pas rendre compte des éléments de folie impliqués par la réfutation expresse de tout l'entraînement policier et la connaissance personnelle par l'accusé de l'inéluctabilité de son arrestation? À moins que la somme des précautions et des distinguos dans l'analyse des comportements insensés, et la recherche de leur sanction appropriée, ne se heurtent à l'inquiétude des tribunaux, mais surtout

¹⁰⁷³ Pierre LIVET, *Qu'est-ce qu'une action ?*, op. cit., note 589, p. 36.

¹⁰⁷⁴ « La volonté est aussi un produit de la raison ». R. c. *Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 47.

¹⁰⁷⁵ « Dans l'arrêt *Ruzic*, la Cour a d'ailleurs reconnu l'existence d'un principe de justice fondamentale selon lequel « seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure — entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque ». R. c. *Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 49.

des jurés qui bien que sympathiques à l'éventuelle démonstration de l'irresponsabilité criminelle d'un accusé, ne souhaitent pas voir relâcher les accusés de pareils crimes au bout d'un certain temps¹⁰⁷⁶. Reprenant les considérants de l'arrêt *Swain*¹⁰⁷⁷, le juge LeBel rappelle que cette décision avait pour but de remplacer les dispositions de la partie XX.1 du Code criminel selon lesquelles une personne trouvée non criminellement responsable n'était plus détenue pour une période indéterminée, mais devait

tout au long du processus, [...] être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement¹⁰⁷⁸.

Nous verrons en conclusion que malgré les réserves exprimées tout au long de la thèse à l'égard de la rationalité pénale, la défense d'automatisme fait figure de Janus bicéphale pour les situations où les psychotropes sont les éléments déclencheurs d'une action criminelle. Nous prenons soin de distinguer entre ce moyen d'exonération et les défenses de contrainte et d'intoxication volontaire. La défense d'automatisme résume une certaine conception du fonctionnement de l'esprit assurément révolue, mais contient des matériaux idoines de première importance pour expliquer des comportements aberrants s'éloignant des conduites criminelles véritables.

¹⁰⁷⁶ Là encore des considérations d'ordre pratique comme celles déjà soulevées à l'égard de l'apparente étanchéité prophylactique des défenses céderaient sous la pression de forces extérieures aux garanties procédurales supposées présider à la tenue du procès ? Le choix des jurés peut-il, quoiqu'en disent les magistrats, ignorer la présence de la famille de la victime tout au long du procès et ne pas tenir compte des conséquences d'un verdict ?

¹⁰⁷⁷ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

¹⁰⁷⁸ *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 53.

Conclusion

« Le droit considère la conduite humaine autonome et intentionnelle, non parce qu'elle l'est, mais parce qu'il est désirable de procéder comme si elle l'était »¹⁰⁷⁹.

Pour le droit criminel, automatisme et subjectivité sont antinomiques : lorsque l'automatisme apparaît, le sujet disparaît aussitôt comme instance morale et n'est plus redevable de ses actes. Or, la conscience subjective est d'abord une superposition d'automatismes dont le degré de contrôle s'exerce depuis une structure pyramidale qui prend appui sur des réflexes primitifs involontaires voilant l'amorce de l'action volontaire tout autant que son trajet, et dont les modalités échappent à la perception de l'agent¹⁰⁸⁰. *Le fait de tenir la conscience* comme lieu des agencements des niveaux de la motricité dans l'action et le *fait d'être conscient*¹⁰⁸¹ relèvent de deux types inconciliables de surveillance. Dans le champ de la conscience, ces deux niveaux s'exercent et s'entrecroisent depuis des instances distinctes induites par des états différents. Agir ou ne pas agir requiert l'expression d'une disposition antagoniste dans le mouvement même¹⁰⁸². Une suite de mouvements suppose la séquence : ordre, contre-ordre, et nécessite la traduction motrice d'une syntaxe binaire afin de s'exécuter correctement. Loin d'être un accident du parcours psychique, l'automatisme est un système d'abréviations, un raccourci constitutif prodigieusement complexe ajouté plutôt que soustrait au fait d'être conscient. L'automatisme constitue en ce sens le « schéma moteur » de l'« acte réflexe complet »¹⁰⁸³ dans lequel pensées et perceptions ont davantage une fonction

¹⁰⁷⁹ Bertrand GUILLARME, *Penser la peine*, op. cit., note 706, p. 78.

¹⁰⁸⁰ Pierre Livet souligne que « tous les concepts associés à la notion d'action se déterminent à partir de la constitution progressive d'architectures cognitives de plus en plus sophistiquées, mais qui ont toutes pour racine les mouvements de notre corps. (...) la plupart des théories de l'action ont oublié cet ancrage, et (...) de là viennent les problèmes insolubles dans lesquels elles se débattent, que ces conceptions soient prises dans les conflits des différents dualismes ou bien qu'elles aient pour but l'identification de critères de rationalité pour l'action ». Pierre LIVET, *Qu'est-ce qu'une action ?*, op. cit., note 589, p. 15-16.

¹⁰⁸¹ « Être conscient c'est à chaque instant faire le rapport de ce que l'on pense ou fait à ce que l'on pourrait penser ou faire ». Paul VALÉRY, *Cahiers II*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1974, p. 203.

¹⁰⁸² « Tout acte se divise au moins en une action et une abstention ». Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 530.

¹⁰⁸³ Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 1057. Les analyses des mécanismes de l'esprit qu'entreprend Valéry au début du vingtième siècle n'ont pas la portée d'observations strictement littéraires ou philosophiques. Elles viennent supplanter la constitution scolastique du dispositif d'imputabilité raffermi par le droit au gré de la

CONCLUSION GÉNÉRALE

d'accommodement au monde extérieur qu'elles ne sont les instigatrices véritables des actes posées.

Le Réflexe est la notion capitale, *commune* à l'observation physiologique et à celle psychologique. Intus et extra, cette figure se retrouve. C'est la forme universelle. (...) La substance [de la vie psychique] est *fonctionnement* et ce que nous en observons, le voile¹⁰⁸⁴.

En dépit de la réconciliation fonctionnelle des mécanismes de la conscience, le droit criminel prend la conscience pour ce qu'elle n'est pas en opposant systématiquement volontaire et involontaire. Confondant élément moral et condition motrice, il élève la conscience au rang de facteur discriminant pour distinguer l'acte criminel authentique de l'action involontaire, alors qu'elle appartient moins intimement que l'automatisme à la sphère subjective¹⁰⁸⁵. L'emprise de la dynamique involontaire commande de concevoir la nature transversale de tout état conscient à l'encontre des usages linguistiques imprécis qui ne rendent pas compte de la continuité des états transitoires ni des ruptures non définitives. Pour Valéry,

il est certain que la *conscience* ne descend pas au-dessous d'un certain ordre. Par exemple elle ne peut entrer dans la structure des actes. Vouloir est en gros. Si je veux tel objet que je vais prendre, le vouloir ignore le détail des moyens. Il intervient nécessairement à certains tournants – mais son rôle se borne précisément à ordonner

jurisprudence depuis des raisonnements sur les mots raison, intention, conscience, volontaire, involontaire. Ces tentatives de réduire à leur plus simple expression les atomes initiaux de l'agir et du penser au lieu de les considérer comme des entités concurrentes au sein d'un même tissu neurologique font ressortir paradoxalement la légèreté avec laquelle le droit trouve coupable et condamne sans chercher à comprendre. La performativité de son langage est inversement proportionnelle à l'acuité de ce qu'il saisit. Comme le remarque Marcel Gauchet, « aux êtres fantomatiques qui peuplent le théâtre mental, il substitue partout le point de vue du mécanisme et du mouvement, et d'un mécanisme qui se peut ramener à un rouage élémentaire. Valéry fait partie de cette génération de gens mus par le sentiment violent du mensonge psychologique et du décalage entre nos connaissances positives et le commun discours sur l'âme. (...) Toutes les représentations spontanées que nous pouvons nous former de nous-mêmes et de notre vie psychique sont erronées. La tradition ne nous est d'aucun secours, elle n'a pas même forgé « les notions pour y réfléchir et énoncer les problèmes ». Marcel GAUCHET, *L'inconscient cérébral*, op., cit., note 698, p. 155.

¹⁰⁸⁴ Paul VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 1057.

¹⁰⁸⁵ Sans préjuger du degré d'intimité perçu en terme de proximité ou d'éloignement à travers des catégories spatiales qui ne sauraient être attribuées au caractère neurologique d'opérations psychosomatiques, on peut placer l'automatisme, l'acte réflexe, plutôt du côté de l'adéquation à soi-même que de la rationalisation morale apparente, au même titre que la psychanalyse a investi les manifestations spontanées de l'inconscient (par exemple, acte manqué, lapsus) d'un pouvoir de vérité plus grand que le cours normal du discours qui emprunte tantôt à la censure, tantôt à la dénégation les moyens de tenir la vérité en respect.

CONCLUSION GÉNÉRALE

les changements, les *accélérations* et il laisse chaque segment linéaire s'exécuter selon l'automatisme. (...) « Conscience » se dit de ce qui peut aussi être fait, ou être, sans l'être »¹⁰⁸⁶.

Ne voulant garder de l'automatisme que l'acte réflexe en suspension dans la conscience impuissante à la manière d'une tache d'huile dans l'eau cristalline, la doctrine pénale admet l'irresponsabilité en cas de somnambulisme, d'acte éventuellement posé sous hypnose, de convulsions épileptiques, mais aussi elle se voit contrainte d'admettre une série de comportements moins évidents en regard de cette absence à soi-même présumée, par exemple poignarder une femme à 47 reprises comme dans l'affaire *R. c. Stone*¹⁰⁸⁷ et pouvoir invoquer un état de « dissociation » en défense. Tout se passe comme si le passage à l'acte, venant se greffer au courant continu de la conscience ingénue et sans intention criminelle préalable, provoquait une explosion violente à la manière de la surcharge électrique rencontrant un fusible sur son passage¹⁰⁸⁸. À défaut d'expliquer « comment se relie un état à un autre, supposé se suivre immédiatement, – ou à un autre non immédiat »¹⁰⁸⁹, les faits les plus insolites peuvent servir de canevas à des scénarios de défense¹⁰⁹⁰. Cette étonnante circonspection quant au sens à donner à un phénomène franchement anormal donne la mesure

¹⁰⁸⁶ P. VALÉRY, *Cahiers II*, op. cit., note 1081, p. 232-233.

¹⁰⁸⁷ *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.

¹⁰⁸⁸ Sur la question de l'« électrification du symptôme » et l'expression « péter les plombs », voir Pierre EYGUESIER « Électrification du symptôme », dans *Péter les plombs ?*, Paris, ÉRES, 2005, p. 55-67.

¹⁰⁸⁹ P. VALÉRY, *Cahiers I*, op. cit., note 55, p. 879.

¹⁰⁹⁰ Dans l'arrêt *Stone*, « l'accusé a admis avoir poignardé son épouse à 47 reprises, mais il a prétendu l'avoir fait alors qu'il se trouvait dans un état d'automatisme provoqué par les seules paroles injurieuses de celle-ci. L'accusé a témoigné qu'il avait eu la sensation « d'être emporté ». Lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait un couteau de chasse de six pouces. Il a levé les yeux et a aperçu son épouse affaissée sur le siège. Il a placé le corps dans la boîte à outils de son camion, s'est lavé, s'est rendu chez lui, a rédigé un mot destiné à sa belle-fille et a loué une chambre d'hôtel. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto et s'est envolé pour le Mexique ». *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. Dans l'arrêt *Parks*, « l'intimé a attaqué ses beaux-parents, tuant l'un et blessant grièvement l'autre. L'incident a eu lieu au cours de la nuit, alors qu'ils étaient endormis dans leur lit, à leur résidence située à quelque 23 km de celle de l'intimé. L'intimé s'y est rendu en voiture. Immédiatement après l'incident, il s'est rendu au poste de police voisin, toujours au volant de sa voiture, et a dit aux policiers ce qu'il avait fait ». *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871. Dans l'arrêt *Rabey*, « alors qu'il feuilletait les livres de la plaignante, il est tombé sur une lettre qu'elle avait adressée à une amie le décrivant avec d'autres comme une « bande de nullards ». À la lecture de la lettre, l'appelant s'est senti blessé et furieux. (...) Vers midi, il a rencontré la plaignante par hasard et pendant qu'ils se parlaient, l'appelant l'a saisie par le bras et l'a frappée à la tête ». *R. c. Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 513, 513.

CONCLUSION GÉNÉRALE

de la nature idiomatique de la fabrication des discours juridiques sur le fonctionnement de l'esprit.

La notion d'automatisme que le droit reprend des discours ambiants de la psychiatrie tout en s'en distinguant constitue le Janus bicéphale¹⁰⁹¹ des moyens de défense mettant en cause les notions de volonté et de conscience en droit¹⁰⁹². En déterminant le contenu de cette défense comme l'exact revers de ce qu'il entend par ailleurs comme *volonté* et *conscience*, le droit exprime ce qu'il présume comme évidence : le rapport constant d'un sujet à la conscience éclairée par sa capacité délibérative. Cette présomption opérationnelle constitue la pierre angulaire des échafaudages du droit concernant l'intention, la participation et la ductilité des matériaux psychiques avec lesquels il tisse la toile de l'accusation. Autrement dit, la conscience qui ne fait l'objet dans la doctrine pénale d'aucun développement particulier quant aux champs et aux limites conceptuelles qui la déterminent, n'apparaît jamais mieux décrite ou comprise par ce qu'elle n'est pas et ne saurait être en droit criminel : *automatisme*. Or, les processus psychiques qui rendent la conscience possible et qui lui sont inaccessibles par les voies de l'introspection regroupent un ensemble ou une hiérarchie d'automatismes autonomes,

¹⁰⁹¹ L'image du dieu romain Janus bifron ou bicéphale attribuée à la défense d'automatisme permet d'envisager la possibilité que ce moyen d'exonération contienne et puisse concilier les anciens enseignements des tribunaux sur des actes échappant à la supervision de l'esprit des contrevenants tout en permettant l'introduction de nuances et distinguos relatifs au fonctionnement véritable de l'esprit. Non pas que cette défense sous le parrainage du dieu romain permette de soutenir une chose et son contraire; mais elle permet de réconcilier la causalité narrative nécessaire à l'inculpation, tout en évitant de nier les évidences neurophysiologiques.

¹⁰⁹² Bien que l'ouverture à la défense d'automatisme doive être précédée d'un avis psychiatrique, rien ne paraît moins certain que l'origine de ce moyen d'exonération si l'on considère que les jugements princeps de la Cour Suprême ne la définissent pas depuis un paysage neurologique. Rappelons l'affirmation dans l'arrêt *Cooper* du juge Dickson pour qui « l'expression «maladie mentale» s'est révélée irréductible et que les disciplines médicales et juridiques n'ont pas réussi à la définir avec satisfaction. *Ce n'est pas une expression technique du droit ni de la psychiatrie* ». Bien que l'expression énonce un concept juridique et que la conclusion découle d'un critère juridique, les connaissances psychiatriques sont directement liées à la conclusion juridique puisque le témoignage médical fait partie de la preuve sur laquelle le juge du fond doit fonder sa décision. Mais les optiques juridique et médicale diffèrent. La divergence entre les deux philosophies est identifiée par Jerome Hall dans «Psychiatry and Criminal Responsibility» (1956) 65 *Yale Law Journal*. 761 à la p. 764: [Traduction] «...nous pouvons facilement percevoir l'optique que la psychiatrie, et plus particulièrement la psychanalyse, en tire (des sciences). Puisqu'elle prétend à la rigueur scientifique, elle prend une position déterministe. Sa conception de la nature humaine est exprimée en termes d'impulsions et d'inclinations qui, comme des forces mécaniques, agissent conformément aux lois universelles de causalité... *Sa conception (celle du droit criminel) de la nature humaine fait valoir la réalité du libre choix et rejette la théorie que la conduite des adultes normaux est la simple expression d'une nécessité psychologique impérative* ». R. c. *Cooper*, [1980] 1 R.C.S. p. 1153-1154. (Le dernier italique est de nous).

CONCLUSION GÉNÉRALE

indépendants, spécialisés¹⁰⁹³. Ce renversement de perspective où l'automatisme détermine la conscience plus qu'il ne l'est par elle permet de soutenir que la défense d'automatisme ne s'arrête ni au contexte historique de son surgissement ni ne s'épuise par ce dernier, qu'elle garde en « provision » des virtualités inexploitées de la même manière qu'on peut déduire d'un texte constitutionnel des objets exclusifs dans le partage des pouvoirs entre le fédéral et les gouvernements provinciaux qui ne sont pas nommés au moment de la rédaction du texte¹⁰⁹⁴.

Il s'agit d'une défense bicéphale dans la mesure où ce mode d'exonération donne lieu à un moyen qui cristallise le passé d'une rhétorique explicative de certains comportements dans des contextes précis, et qui s'ouvre sur une représentation du fonctionnement psychique dans laquelle entre une part de déterminisme. Si la Cour suprême a pu modifier dans l'arrêt *Lavallee* le sens habituel de la légitime défense en faisant se rencontrer un « syndrome » psychiatrique, une réalité sociologique et une construction ancienne de la common law, rien n'interdit qu'il n'en soit pas de même lorsqu'il s'agit de pondérer une action sous la conduite d'un psychotrope, d'un antidépresseur¹⁰⁹⁵. Ni l'intoxication volontaire ni la défense de contrainte ne conviennent à l'appréciation des actes criminels commis sous influence. L'exclusion de l'intoxication volontaire tient évidemment au fait que dans le contexte des antidépresseurs, ceux-ci sont consommés en principe après l'obtention d'une prescription médicale et sous la supervision d'un médecin. Il en est de même pour l'ouverture à une

¹⁰⁹³ Au sens où le fondateur de la psychologie française Théodule Ribot l'entendait: « Les impulsions d'ordre inférieur gagnent tout ce que les impulsions d'ordre supérieur perdent. (...) La volonté, au sens exact, est le couronnement, le dernier terme d'une évolution, le résultat d'un grand nombre de tendances disciplinées suivant un ordre hiérarchique ». T. RIBOT, *Les maladies de la volonté*, op. cit., note 959, p. 72.

¹⁰⁹⁴ La possibilité d'une compétence fédérale sur les aéronefs n'apparaît évidemment pas dans le libellé de la constitution de 1867 et finit par y apparaître grâce à une sorte d'« amplification déductive ».

¹⁰⁹⁵ C'est d'ailleurs l'avis du juriste Christian Desrosiers pour qui la décision de la Cour suprême dans *Lavallee* a permis « d'élargir un vaste champ sur l'opportunité de présenter des preuves psychologiques ou psychiatriques pour déterminer l'intention réelle d'un accusé indépendamment de toute défense d'aliénation mentale. Aux États-Unis, cette défense de syndrome est largement utilisée. Suivant le raisonnement de la Cour suprême, toutes preuves tendant à démontrer que l'accusé souffre ou est victime d'un syndrome affectant son état mental deviennent pertinentes dans l'évaluation de l'intention criminelle. L'avenir nous dira si les plaideurs feront montre d'imagination comme aux États-Unis ». C. DESROSIERS, « L'aliénation mentale : vers une réforme judiciaire? », *Développements récents du droit criminel*, op. cit., note 973, p. 109.

CONCLUSION GÉNÉRALE

défense de contrainte qui implique quant à elle l'exercice d'une force extérieure où la vie de celui qui la subit est mise en jeu.

Prétendre que la compréhension en droit criminel des notions de conscience, de volonté et d'intention ne repose que sur l'inversion différenciée de la notion d'automatisme comprise à la fois comme état et défense n'est pas une sinécure. Elle tient de l'expérience du souffleur de verre de Bohême ou de l'inconfort de l'éléphant que les contes zen font tenir sur la pointe d'un brin d'herbe. La fragilité de l'échafaudage interdit l'éternuement et les « sursauts stomachiques », pour reprendre un vers d'Arthur Rimbaud. À moins que l'entreprise ne rappelle les extrapolations du paléontologiste Georges Cuvier (1769-1832) dont on prétend qu'il pouvait, à partir de la forme du seul os d'un squelette d'animal préhistorique, le reconstituer en entier. À l'exception de l'automatisme et des formes de conduite relevant de l'automatisme sans aliénation mentale, le droit obéissant aux dispositions restrictives de l'article 16 du Code criminel se refuse à faire coïncider des conduites et des circonstances dans lesquelles la conscience morale aurait été temporairement congédiée. L'état actuel de la défense d'automatisme ne contient pas encore la description d'états mentaux qui, sans être soudains ni inconscients, n'en seraient pas moins des manifestations involontaires du sujet.

La psychologie morale sur laquelle s'appuie encore l'imputabilité pénale est ancienne. Même si elle ne remonte pas à la période des fossiles; elle se tient cependant derrière la ligne de fracture qui marque l'avènement du sujet moderne : celui de l'inconscient cérébral décrit par Marcel Gauchet, de l'inconscient freudien et des acquis des neurosciences. Son rapport à ce qui échappe à la conscience morale appartient au domaine de la décharge incoercible de tensions pouvant mener éventuellement à la commission d'un crime sans échapper pour autant à la responsabilité pénale. L'enchevêtrement complexe d'un psychologisme désuet et de subtilités linguistiques, et l'ajout de conjectures psychiatriques rétrospectives continuent d'avoir prépondérance sur le fonctionnement de l'esprit dans les savoirs modernes. Le droit parle encore de la volonté, de l'intention, du libre arbitre de la même manière que la médecine d'avant Claude Bernard (1813-1878) se référait doctement à la théorie des signatures, des fluides, et à toutes les résonances métaphoriques (couleurs ou formes) qu'entretenait l'herboristerie savante avec les organes du corps.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Sans jamais inférer que l'automatisme est une condition nécessaire de l'état de désinhibition du sujet moderne, il importe de souligner les stratégies diverses par lesquelles la discipline juridique s'en tient à son passé : intransigeante au point de ne pas reconnaître « l'impulsion irrésistible » comme moyen de défense et résolue à prendre tout moyen, jusqu'à l'atteinte « raisonnable » à la présomption d'innocence et l'imposition d'un fardeau de présentation où l'accusé doit suggérer que son état au moment du crime ne lui permettait pas de former d'intention criminelle. Le dispositif optique à travers lequel les comportements inexplicables sont châtiés ne supporte guère d'accommodement ni ne souffre de dévier de son axe punitif¹⁰⁹⁶.

Cet état du savoir juridique¹⁰⁹⁷ ne tient pas de l'ignorance obtuse, mais du caractère intraduisible des connaissances physiologiques en termes moraux. Ce qui apparaît comme volonté du point de vue de la neurophysiologie ne passe plus dans le langage des représentations juridiques. À cet égard, un important point de notre analyse réside dans la coexistence de deux régimes explicatifs impliquant des langages distincts. Le premier apparaît lorsque le droit invoque le mécanisme soudain de l'explosion neurologique inconsciente dans l'automatisme et le second lorsqu'il maintient que l'intention criminelle peut être saisie sans égard à son appartenance au fonctionnement neuronal de l'esprit et à son déterminisme matériel.

Éventuellement explicable sous l'angle de la biologie des passions, le caractère abject de l'excitation ressentie par le pyromane ou le pédophile ne peut être converti qu'en répulsion physique par ceux qui sont appelés à en juger. Pour aisément communicable qu'il puisse être, l'élément moral indissociable de la culpabilité n'en demeure pas moins, en regard de la complexité des mécanismes neuronaux, un atavisme grégaire. La défense d'automatisme achoppe lorsqu'elle présume du caractère dit naturel du passage à l'acte brutal. Les

¹⁰⁹⁶ Cette critique sévère des décisions de la Cour d'appel du Québec dans les affaires *Hotte* et *Proulx* n'est toutefois pas sans connaître la situation hiérarchique de ce tribunal par rapport à la fonction directrice de la Cour suprême en matière de reformulation des défenses et d'ouverture à du droit nouveau.

¹⁰⁹⁷ La conception juridique du fonctionnement neurologique dans l'admission de la défense d'automatisme ne résume ni ne limite d'une manière définitive la position du droit sur la nature de l'esprit.

CONCLUSION GÉNÉRALE

comportements humains violents qui apparaissent spontanés sont souvent appris dans l'enfance¹⁰⁹⁸.

Que d'eux-mêmes, ou à la lecture de la jurisprudence dans la préparation de leur cause, voire à la suggestion de leurs procureurs, des prévenus en viennent à raconter une version des événements impliquant invariablement un élément vexatoire – remarques désobligeantes concernant des aspects de la personnalité de l'accusé – ou un passage à l'acte instantané selon l'imaginaire du court-circuit de deux fils qui se touchent suivi d'une perte de mémoire après l'acte – tout cela ne tient-il donc qu'à l'existence juridique même de la défense d'automatisme? Cette excuse ne survivrait-elle sous sa forme actuelle qu'à la condition de maintenir dans la jurisprudence un stéréotype du fonctionnement psychique impliquant le plus souvent des accusés de sexe masculin?

La défense d'automatisme est un effort de conciliation entre l'action du système nerveux et la conservation coûte que coûte du principe de libre arbitre; elle représente le prix à payer par l'anthropologie pénale pour concilier sa saisie d'un sujet se rapportant de manière continue à sa capacité morale et le refus de considérer l'hypothèse de l'inconscient.

L'automatisme comme explication pénale de certains comportements est « inconscient »; sa localisation dans la conscience permet de laisser ouverte en toute circonstance l'appréciation d'un tiers, la fiction juridique de la personne normale et le soin d'apprécier son degré de rupture ou de dissociation avec la conscience ordinaire. La jurisprudence semble bien prête à considérer les motifs pour lesquels un individu en est arrivé là (par des témoignages des proches de l'accusé), mais elle demeure sourde à inscrire le sens inconscient véritable de ses actes criminels par rapport à la capacité morale de l'individu autrement qu'à l'étape de la détermination de la peine. Cette fermeté principielle ne serait qu'un appel à la rigueur des obligations morales que chacun contracte du simple fait de vivre en société si elle n'était pas surtout le reliquat d'une conception de la conscience et de la forme qu'elle prend lorsqu'elle obéit aux institutions d'une époque. Or, non seulement les règles de la causalité psychique sont remises en question par l'état des neurosciences, mais la position subjective l'est tout

¹⁰⁹⁸ Sur cette question voir Pierre KARLI, *L'homme agressif*, Paris, Odile Jacob, 1987, p. 270 suivante.

CONCLUSION GÉNÉRALE

autant par les forces de contrainte exercées par le nouvel ordre social. Une autre « physique » institutionnelle informe le sujet et l'ensemble des processus remettant désormais en cause sa place de droit et son activité. Posé d'emblée comme individu, le sujet n'en est pas nécessairement individualisé au plan psychique.

Dans ce contexte, la défense d'automatisme s'élabore comme le « centre névralgique » le plus ancien des conceptions pénales et paradoxalement le plus avancé en ce qui a trait à la nature des comportements, à leur substrat neurologique; les processus psychiques peuvent fonctionner sans *personne*. Si l'intention constitue en droit criminel le zénith du sentiment d'identité entre un acte et son auteur, les processus qui y conduisent ne sont ni constants, ni linéaires ou singuliers. Les développements récents de la jurisprudence permettent d'escompter une réconciliation entre l'intoxication *involontaire* et l'automatisme sans aliénation mentale lorsque se retrouvent, dans le tableau clinique ou le profil d'un accusé, dépression, antidépresseur et actions criminelles imprévisibles. En d'autres mots, le passage de l'élément déclencheur par le chas de la molécule, passage entr'aperçu dans l'acceptation de « conscience diminuée » de *Stone* et l'élargissement de cet élément dans *Bouchard-Lebrun*, permet de concevoir la persistance d'un moyen de défense approprié à un ensemble d'états intermédiaires et de comportements déroutants dont les auteurs sont presque autant les victimes que ceux qui en font les frais. Il est impossible d'imaginer quelque résipiscence pour un acte insensé lorsque celui-ci l'est véritablement, pas plus qu'il n'est loisible pour la société d'obtenir réparation au nom des victimes. Dans ce rapport à somme nulle, l'équation imputabilité, châtement, réparation, – variables d'un cycle constamment emprunté par le droit – apparaît comme une inconnue non pas déduite de la subjectivité comprise comme liberté absolue, mais dans l'ordre relatif des déterminismes psychologiques, sociaux, moléculaires. Jusqu'à maintenant, l'accusé qui tentait de se prévaloir de la défense d'automatisme tombait de Charybde en Scylla : entre les conséquences de la défense d'aliénation mentale sous l'empire de l'article 16 et ceux de la condamnation pure et simple.

L'automatisme sans aliénation mentale n'est ni refuge ni échappatoire. Il est le moment par lequel le droit criminel retrouve la raison pratique, mais non sans prendre acte de l'arbitraire de certaines divisions épistémologiques au sein du savoir juridique. Car penser en

CONCLUSION GÉNÉRALE

droit à l'époque actuelle implique le redécoupage des concepts fondamentaux dans les limites limites internes de cette discipline.

La nouvelle donne psychique de l'individualisme contemporain doit désormais être prise en compte¹⁰⁹⁹. Il ne s'agit pas de prétendre à une autre « révolution copernicienne »¹¹⁰⁰, mais d'interroger le bien-fondé du processus de moralisation des états de conscience indispensable, aujourd'hui comme hier, à la légitimation des mécanismes de l'imputabilité et à la vérité du procès criminel.

¹⁰⁹⁹ « Le sujet névrotique de Freud, né aux parages des années 1900, perdure jusqu'à nos jours au point d'avoir occupé une bonne partie de la scène de la pensée du XXIème siècle. (...) On pensait ces sujets philosophiques à l'abri des vicissitudes de l'histoire, bien installés dans une position transcendante et constituant d'incroyables références pour penser notre être-au-monde - et, de fait, bien des penseurs continuent spontanément à réfléchir avec elles, comme si elles étaient éternelles. Or, même s'ils correspondent à des constructions historiques éminentes, ces sujets perdent peu à peu de leur évidence. La puissance de l'abord philosophique qui les constituait semble s'évanouir dans l'histoire. Ils deviennent flous. Leurs contours s'estompent, nous sommes en train de passer à une autre forme de sujet ». Dany-Robert DUFOUR, *L'art de réduire les têtes. Sur la nouvelle servitude de l'homme libéré à l'ère du capitalisme triomphant*, op. cit., note 14, p. 11-12.

¹¹⁰⁰ L'existence de la topique inconsciente a permis de réfuter voire de déposer les prétentions d'une conscience morale apparemment souveraine.

Bibliographie

Monographies et recueils

- ADORNO, T. W., *Minima Moralia. Réflexions sur la vie mutilée*, Paris, Payot, 1983
- ADORNO, T. W., *La psychanalyse révisée*, Paris, Éditions de l'Olivier, 2007
- ADORNO, T. W., *Philosophie de la nouvelle musique*, Paris, Gallimard, 1962
- ADORNO, F. P., *Le style du philosophe. Foucault et le dire-vrai*, Paris, Éditions Kimé, 1996
- AGAMBEN, G., *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, Paris, Payot, 2006
- ALLIEZ, E., *Gilles Deleuze. Une vie philosophique*, Paris, Ed. Synthélabo, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, 1998
- ALLOUCH, J., *Le sexe du maître. L'érotisme d'après Lacan*, Paris, Exils, 2001
- ALTHUSSER, L., *Positions (1964-1975)*, Paris, Éditions Sociales, 1976
- ALTHUSSER, L., *Pour Marx*, Paris, Maspero, 1965
- American Psychiatric Association (1994) : Manuel diagnostique et statistique des maladies mentales. Paris, Masson, 1996
- ANDERS, G., *L'obsolescence de l'homme. Sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle (1956)*, Paris, Éditions Ivrea, 2002
- ANDLER, D., *Introduction aux sciences cognitives*, Paris, Gallimard, 1992
- ANDRIEU, B., *L'invention du cerveau. Anthologie des neurosciences*, Paris, Pocket, 2002
- ARTIERES, P., DA SILVA, E., *Michel Foucault et la médecine. Lectures et usages*, Paris, Éditions Kimé, 2006
- ASSIER-ANDRIEU, L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996
- ASSOUN, P. – L., *Le Préjudice et l'Idéal. Pour une clinique sociale du trauma*, 2e édition, Paris, Ed. Economica, 2012
- ASSOUN, P. – L., *La règle sociale et son au-delà inconscient*, Paris, Anthropos-Economica, 1994,
- ATIAS, C., *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, 1994
- AUBERT, N., *L'individu hypermoderne*, Paris, Éd. Érès, 2010
- BAERTSCHI, B., *La neuroéthique. Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales*, Paris, La Découverte, 2009

BIBLIOGRAPHIE

- BAUMAN, Z., *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, Paris, La Rouergue/Chambon, 2004
- BAYER, R., *Homosexuality and American Psychiatry. The Politics of Diagnosis*, New-York, Basic Book, 1981
- BEAUNE, J.-C., *Le vagabond et la machine : essai sur l'automatisme ambulatoire : médecine, technique et société en France, 1880-1910*, Paris, Champ Vallon, 1983
- BEAUREGARD, M., *La folie de Valery Fabrikant. Une analyse sociologique*, Paris, L'Harmattan, 1999
- BENYEKLEF K., (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009
- BENTHAM, J., *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Paris, Seuil, 1997
- BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2. Pouvoir, droit, religion*, Paris, Éditions de Minuit, 1969
- BESNIER, J.-M., *Demain les posthumains*, Paris, Hachette, 2009
- BLECH, J., *Les inventeurs de maladies. Manœuvres et manipulations de l'industrie pharmaceutique*, Paris, Actes Sud, 2005
- BOLTANSKI, L. et CHIAPELLO, E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2011
- BOLTANSKI, L., *L'Amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Gallimard, 2011
- BOSSI, L., *Crime et folie. Les entretiens de la fondation des Treilles*, Paris, Gallimard, 2011
- BOULLANT, F., *Michel Foucault et les prisons*, Paris, PUF, 2003
- BOURDIEU, P., *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1979
- BOURRICAUD, F., *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon, 1961
- BOUVERESSE, J., *L'homme probable. Robert Musil, le hasard, la moyenne et l'escargot de l'histoire*, Paris, Édition de l'Éclat, 1993
- BOUVERESSE, J., *Le mythe de l'intériorité*, Paris, Éditions de Minuit, 1976
- BREMOND, M., et GERARD, A., *Vrai déprimés, fausses dépressions*, Paris, Flammarion, 1998
- BROSSAT, A., *La démocratie immunitaire*, Paris, La Dispute, 2003
- BUTLER, J., *La vie psychique du pouvoir*, Paris, Éditions Léo Sheer, 2002

BIBLIOGRAPHIE

- BUTLER, J., *Le récit de soi*, Paris, PUF, 2007
- BUTLER, J., *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, Paris, PUF, 2011
- CANETTI, É., *Masse et puissance*, Paris, Gallimard, 1966
- CANGUILHEM, G., *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 1968
- CANGUILHEM, G., *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie. Nouvelles études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 1977
- CANGUILHEM, G., *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966
- CANGUILHEM, G., *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1971
- CANNONE, B., *Le sentiment d'imposture*, Paris, Gallimard, 2005
- CARIOU, P., *Pascal et la casuistique*, Paris, PUF, 1993
- CARIOU P., *Les idéalités casuistiques. Aux origines de la psychanalyse*, Paris, PUF, 1992
- CARROLL, L., *La chasse au Snark*, Paris, Gallimard, 2010
- CASTEL, R., *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Minuit, 1976
- CASTORIADIS, C., *Le monde morcelé. Le carrefour du labyrinthe – 3*, Paris, Seuil, 1990
- CARBONNIER, J., *Flexible droit*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1983
- CARIGNAN, P., *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Édition Thémis, 1995
- CHANGEUX, J.-P., *L'homme de vérité*, Paris, Odile Jacob, 2002
- CHAUMON, F., *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Paris, Michalon, 2004
- CHAUVAUD F., *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012
- CHERTOK, L., et STENGERS, I., *L'hypnose, blessure narcissique*, Paris, Édition Synthélabo, Coll., Les empêcheurs de penser en rond, 1990
- CHEVALLIER, P., *Michel Foucault Le pouvoir et la bataille*, Nantes, Éditions Pleins Feux, 2004
- CHNEIWEISS, H., *Neurosciences et neuroéthique. Des cerveaux libres et heureux*, Paris, Alvik Éditions, 2006
- CHNEEWIND, J. B. S., *L'invention de l'autonomie. Une histoire de la philosophie morale moderne*, Paris, Gallimard, 2001

BIBLIOGRAPHIE

- CLAVREUL, J., *L'ordre médical*, Paris, Seuil, 1978
- CLEREMBAULT, G., *L'automatisme mental*, Paris, Éd. Synthélabo, Coll. Les Empêcheurs de penser à rond, 1992
- CLERO, J.-P., *Les raisons de la fiction. Les philosophes et les mathématiques*, Paris, Armand Colin, 2004
- CLERO, J.-P., *Déterminisme et liberté*, Paris, Ellipses, 2001
- CLERO, J.-P., *Qu'est-ce que l'autorité?*, Paris, Vrin, 2007
- CLERO, J.-P., *Y-a-t-il une philosophie lacanienne?*, Paris, Ellipses, 2006
- CLERO, J.-P., LAVAL, C., *Le vocabulaire de Bentham*, Paris, Ellipses, 2002
- COMETTI, J.-P., *Robert Musil De « Törless » à « l'homme sans qualités »*, Bruxelles, Éditions Pierre Mardaga, 1986
- COMPAGNON, A., *La seconde main ou le travail de la citation*, Paris, Seuil, 1979
- CORIAT, B., *L'atelier et le chronomètre. Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Paris, Christian Bourgeois Éditeur, 1979
- COTE-HARPER, G., RAIVILLE, P., TURGEON, J., *Traité de droit pénal canadien*, 4e édition refondue et augmentée, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998
- CZERMACK, M., *Patronymies. Considérations cliniques sur les psychoses*, Paris, Masson, 1988
- DAGOGNET, F., *Le trouble*, Paris, Ed. Synthélabo, Coll. Les Empêcheurs de penser en rond, 1994
- DAGOGNET, F., *Le cerveau citadelle*, Paris, Ed. Synthélabo, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, 2002
- DAGOGNET, F., *La raison et les remèdes*, Paris, PUF, 1965
- DAVID, A., *Structure de la personne humaine*, Paris, PUF, 1955
- DEBUYST, C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 3, Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960)*, Bruxelles, Larcier, 2008
- DELEUZE, G., *Un nouvel archiviste*, Paris, Fata Morgana, 1972
- DELEUZE, G., *Pourparlers*, Paris, Éditions de Minuit, 1990
- DENIKER, P., *La psycho-pharmacologie*, Paris, PUF, 1976

BIBLIOGRAPHIE

- DERRIDA, J., *Poétique et politique du témoignage*, Paris, Éditions de L'Herne, 2005
- DERRIDA, J., *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994
- DERRIDA, J., *Donner la mort, dans L'éthique du don. Jacques Derrida et la pensée du don. Colloque de Royaumont décembre 1990*, Paris, Métailié, 1992
- DERRIDA, J., *Donner le temps I, La fausse monnaie*, Paris, Galilée, 1974
- DERRIDA, J., *Points de suspension. Entretiens*. Paris, Galilée, 1992
- DERRIDA, J., *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, « Points-Essais », 1967
- DERRIDA, J., *Parages*, Paris, Galilée, 1986
- DERRIDA, J., *Spectres de Marx. L'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*, Paris, Galilée, 1993
- DESCARTES, R., *Œuvres complètes*, Paris, Éditions de la Pléiade, Gallimard, 1953
- DESCOMBES, V., *Les institutions du sens*, Paris, Minuit, 1996
- DESCOMBES, V., *Le complément du sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004
- DEWEY, J., *Art as Experience in John Dewey : The Later Works, 1925-1953*, vol. 10, 1934
- DIGNEFFE, F. et MOREAU T., (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006
- DOLTO, F., *Le cas Dominique*, Paris, Seuil, 1974
- DOUEIHI, M., *Histoire perverse du cœur humain*, Paris, Seuil, 1996
- DOUGLAS, M., *Comment pensent les institutions*, Paris, Éditions de la Découverte, 2004
- DUBET, F., *Le déclin de l'institution*, Paris, Seuil, 2002
- DUFOUR, D.-R., *L'art de réduire les têtes. Sur la nouvelle servitude de l'homme libéré à l'ère du capitalisme triomphant*, Paris, Denoël, 2003
- DUFOUR, D.-R., *On achève bien les hommes. De quelques conséquences actuelles et futures de la mort de Dieu*, Paris, Denoël, 2005
- DUFOUR, D.-R., *L'individu qui vient... Après le libéralisme*, Paris, Denoël, 2011
- DUPORTAIL, G.-F., *Les institutions du monde de la vie. Merleau-Ponty et Lacan*, Paris, Millon, 2008
- DURKHEIM, É., *Sociologie et philosophie*, Paris, PUF, 1967

BIBLIOGRAPHIE

- DURKHEIM, E., *L'éducation morale*, Paris, PUF, 1963
- DWORKIN, R., *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994
- EDELMAN, B., *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgeois Éditeur, 1988
- EDELMAN, G. M., *Biologie de la conscience*, Paris, Odile Jacob, 2000
- EHRENBERG, A., *L'individu incertain*, Paris, Hachette Littératures, 1995
- EHRENBERG, A. LOVELL, A., *La maladie mentale en mutation. Psychiatrie et société*, Paris, Odile Jacob, 2011
- EHRENBERG, A., *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Paris, Odile Jacob, 1998
- EHRENBERG, A., *Individus sous influence. Drogues, alcools, médicaments psychotropes*, Paris, Seuil, 1991
- EHRENBERG, A., *La société du malaise*, Paris, Odile Jacob, 2010
- ELLRODT, R., *Genèse de la conscience moderne*, Paris, PUF, 1983
- ERICKSON, P. E., ERICKSON, S. K., *Crime, Punishment, and Mental Illness : Law and the Behavioral Sciences in Conflict*, New Brunswick, New Jersey & Londres, Rutgers University Press, 2008
- EWALD, F., *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986
- FAUCHER, J.-M., *L'automatisme mental : Kant avec De Clérambault*, Paris, Érès, 2011
- FELLAHIAN, C., *La psychose selon Lacan. Évolution d'un concept*, Paris, L'Harmattan, 2005
- FILONI, M., *Le philosophe du dimanche. La vie et la pensée d'Alexandre Kojève*, Paris, Gallimard, 2010
- FLECK, L., *Genèse et développement d'un fait scientifique*, Paris, Flammarion, 2008
- FLEURY, C., *La fin du courage. La reconquête d'une vertu démocratique*, Paris, Fayard, 2010
- FODOR, J. A. , *La modularité de l'esprit. Essai sur la psychologie des facultés*, Paris, Éd. Minit, 1986
- FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969
- FOUCAULT, M., *Raymond Roussel*, Paris, Gallimard, 1963
- FOUCAULT, M., *Résumé de cours 1970-1982*, Paris, Julliard, 1989

BIBLIOGRAPHIE

- FOUCAULT, M., *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard, 1999
- FOUCAULT, M., *Dits et Écrits 1954-1988, T. IV, 1980-1988*, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT, M., *Dits et Écrits 1954-1988, T. III, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT, M., *Dits et Écrits 1954-1988, T. II, 1970-1985*, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT, M., *Dits et Écrits 1954-1988, T. I, 1954-1969*, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT, M., « *Il faut défendre la société* » *Cours au Collège de France*. 1976, Paris, Gallimard/Seuil, 1997
- FOUCAULT, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966
- FOUCAULT, M., *L'ordre du discours, Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971
- FREGE, G., *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971
- FREMINVILLE, B., *La Raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous?*, Paris, Seuil, 1977
- FREUD, S., *Cinq psychanalyses*, Paris, PUF, Collection Quadrige, 2010
- FREUD, S., *Inhibition, symptôme et angoisse*, Paris, PUF, 1951
- FREUND, J., *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983
- FREUND, J., *La décadence. Histoire sociologique et philosophique d'une catégorie de l'expérience humaine*, Paris, Éd. Sirey, 1984
- FUKUYAMA, F., *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique*, Paris, Gallimard, 2004
- FUKUYAMA, F., *La fin de l'histoire*, Paris, Flammarion, 1992
- FUKUYAMA, F., *Le grand bouleversement. La nature humaine et la reconstruction de l'ordre social*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2003
- GABEL, J., *La fausse conscience : essai sur la réification*, Paris, Éditions de Minuit, 1962
- GARAPON, A., et PERDRIOLLE, S., *Quelle autorité?*, Paris, Hachette Littératures, 2003
- GARAPON, A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010
- GARAPON, A., *L'âne portant les reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion,

BIBLIOGRAPHIE

1985

- GARLAND, B., (dir.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*, New York, Dana Press, 2004
- GAUCHET, M., *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998
- GAUCHET, M., *L'inconscient cérébral*, Paris, Seuil, 1992
- GAUCHET, M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002
- GAUCHET, M., *La condition historique*, Paris, Gallimard, 2008
- GENARD, J.-L., *La grammaire de la responsabilité*, Paris, Cerf, 1999
- GIGUERE, R., *Le défaut des ruines est d'avoir des habitants*, Montréal, Éditions Erta, 1957
- GIL, F., *Traité de l'évidence*, Paris, Jérôme Millon, 1993
- GILLOT, P., *L'esprit, figures classiques et contemporaines*, Paris, CNRS Éditions, 2007
- GIRARDOT, D., *La société du mérite*, Paris, Édition Bords de L'eau, 2011
- GIROUX, É., *Après Canguilhem : définir la santé et la maladie*, Paris, PUF, 2010
- GLOCK, H.-J., *Dictionnaire Wittgenstein*, Paris, Gallimard, 2003
- GODBOUT, J. T., *Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre*, Paris, Seuil, 2007
- GOFFETTE, J., *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain*, Paris, Vrin, 2006
- GOLDHAGEN, D., *Les bourreaux volontaires de Hitler. Les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, Paris, Seuil, coll. Point, 1997
- GOODRICH, P., GRAY CARLSON, D., *Law and the Postmodern Mind. Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 1998
- GOUX, J.-J., *Les iconoclastes*, Paris, Seuil, 1978
- GORI, R., *De quoi la psychanalyse est-elle le nom? Démocratie et subjectivité*, Paris, Denoël, 2010
- GORI, R., et VOLGO, M.-J., *Les exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008
- GRAHAM, G., *The Disordered Mind. An Introduction to Philosophy of Mind and Mental Illness*, New York, Routledge, 2010
- GREY, A., *Ending Aging : The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Human*

BIBLIOGRAPHIE

- Aging in Our Lifetime*, New-York, St. Martin's Press, 2007
- GRIVOIS, H., *Le Fou et le mouvement du monde*, Paris, Grasset, 1995
- GUILLARME, B., *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003
- HABERMAS, J., *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976
- HEGEL, G. W. F., *Dokumente zu Hegels Entwicklung*, Stuttgart, éd. J. Hoffmeister, 1936
- HEGEL, G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940
- HEIDEGGER, M., *Le principe de raison*, Paris, Gallimard, 1962
- HEIDEGGER, M., *Questions IV*, Paris, Gallimard, 1976
- HEIDEGGER, M., *La logique comme question en quête de la pleine essence du langage*, Paris, Gallimard, 2008
- HESNARD, A., *L'univers morbide de la faute*, Paris, PUF, 1949
- HONNETH, A., *La société du mépris. Vers une nouvelle Théorie critique*, Paris, Éditions la Découverte, 2006
- HONNETH, A., *La réification. Petit traité de Théorie critique*, Paris, Gallimard, 2007
- HUME, D., *Enquête sur l'entendement humain* (1748), Paris, Flammarion, 1983
- HUME, D., *Traité de la nature humaine : Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, T. 2, trad. A. Leroy, Paris, Aubier, 1946
- HUXLEY, A., *Le meilleur des mondes*, Paris, Librairie Plon, 1933
- ILLICH, I., *Némésis médicale*, Paris, Seuil, 1975
- IONESCU, S., *14 approches de la psychopathologie*, Paris, Armand Colin, 3e éditions, 2006
- ISRAËL, N., GRYN, L., *Généalogie du droit moderne. L'état de nécessité*, Paris, Payot, 2006
- JAMES, W., *Essais d'empirisme radical*, (Trad. G. Garetta et M. Girel), Paris, Agone, 2005
- JEANNEROD, M., *Le cerveau intime*, Paris, Odile Jacob, 2005
- JONAS, I., *L'individu auto-déterminé. Anatomie du nouveau caractère social*, Paris, L'Harmattan, 2003
- JULIEN, P., *Psychose, perversion, névrose. Une lecture de Jacques Lacan*, Paris, Érès, 2000
- KAFKA, F., *La colonie pénitentiaire et autres récits*, Paris, Gallimard, 1948
- KANT, E., *Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1971
- KANT, E., *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fishbacher Éditeur, 1880

BIBLIOGRAPHIE

- KARLI, P., *L'homme agressif*, Paris, Odile Jacob, 1987
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2e édition (trad. Thévenaz), Paris, Dalloz, 1962
- KIRK, S., KUTCHINS, H., *Aimez-vous le DSM? Le triomphe de la psychiatrie américaine*, Paris, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, Éd. Synthélabo, 1998
- KLEIBER, M., *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1981
- KLOSSOWSKI, P., *La monnaie vivante*, Paris, Joelle Losfeld, 1994
- KOFMAN, S., *Camera obscura. De l'idéologie*, Paris, Éditions Galilée, 1973
- KOJEVE, A., *La notion de l'autorité*, Paris, Gallimard, 2004
- KOJEVE, A., *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard/Tel, 1979
- KOJEVE, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981
- KRAUS, K., *Pro domo et mundo*, Paris, Éditions Gérard Lebovici, 1985
- KRISTEVA, J., *Les nouvelles maladies de l'âme*, Paris, Fayard, 1993
- KUHN, T., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983
- LACAN, J., *Les psychoses 1955-1956, Le séminaire livre III*, Paris, Seuil, 1981
- LACAN, J., *Écrits*, Paris, Seuil, 1966
- LACAN, J., *Le Séminaire, Livre VII : L'éthique de la psychanalyse*, 1960, Paris, Seuil, 1986
- LAE, J.-F., *L'instance de la plainte. Une histoire politique et juridique de la souffrance*, Paris, Descartes & Cie, 1996
- LAJOIE, A., *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997
- LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9ième édition, Paris, PUF, 1962
- LANTERI-LAURA, G., et GROS, M., *Essai sur la discordance dans la psychiatrie contemporaine*, Paris, E.P.E.L., 1992
- LAVAL, C., DARDOT, P., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, Éditions La Découverte, 2009
- LAVAL, C., *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007

BIBLIOGRAPHIE

- LAVAL, C., *Jeremy Bentham, Les artifices du capitalisme*, Paris, PUF, 2003
- LAVAL, C., *Jeremy Bentham. Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF, 1994
- LAVAL, C., VERGNE, F., CLEMENT, P., DREUX, G., *La nouvelle école capitaliste*, Paris, Éditions La Découverte, 2011,
- LE BLANC, G., *La vie humaine. Anthropologie et biologie chez Georges Canguilhem*, Paris, PUF, 2002
- LE BLANC, G., *La pensée Foucault*, Paris, Ellipses, 2006
- LE BLANC, G., *Vies ordinaires, vies précaires*, Paris, Seuil, 2007
- LE BLANC, G., *Les maladies de l'homme normal*, Paris, Vrin, 2007
- LE BLANC, G., *L'invisibilité sociale*, Paris, PUF, 2006
- LE BRETON, D., *Passions du risque*, Paris, Métailié, 1991
- LEBRUN, J.-P., *La perversion ordinaire. Vivre ensemble sans autrui*, Paris, Denoël, 2007
- LEBRUN, J.-P., *Les désarrois nouveaux du sujet. Prolongements théorico-cliniques au monde sans limite*, Paris, Coll. Point Hors ligne, Ed. Érès, 2001
- LEBRUN, J.-P., VOLKRICK, E., *Avons-nous encore besoin d'un tiers?*, Paris, Érès, 2005
- LEBRUN, J.-P., *La condition humaine n'est pas sans conditions*, Paris, Denoël, 2010
- LECLERCQ, S., *Abécédaire de Michel Foucault*, Paris, Sils Maria Éditions, 2004
- LECOURT, D., *Humain, posthumain*, Paris, PUF, 2003
- LEGENDRE, P., *Filiation, Fondement généalogique de la psychanalyse, Leçons IV, suite 2*, Paris, Fayard, 1990
- LEGENDRE, P., *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989
- LEGENDRE, P., *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, Paris, Fayard, 1988
- LEGENDRE, P., *La fabrique de l'homme occidental*, Paris, Éditions Mille et une Nuits, 1996
- LEGENDRE, P., *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, Paris, Fayard, 1983
- LEGENDRE, P., *L'ineestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident, Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985

BIBLIOGRAPHIE

- LEGENDRE, P., *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992
- LEGENDRE, P., *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images, Leçons III*, Paris, Fayard, 1994
- LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Paris, Fayard, 1999
- LEGENDRE, P., *Le point fixe. Nouvelles conférences*, Paris, Éditions Mille et une nuits, 2010
- LEGENDRE, P., *Paroles poétiques échappées du texte. Leçons sur la communication industrielle*, Paris, Seuil, 1982
- LEGENDRE, P., *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Paris, Mille et une nuits (« Les Quarante Piliers »), 2004
- LEGENDRE, P., *La 90^{le} conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison, Leçons I*, Paris, Fayard, 1998
- LEGENDRE, P., *De la Société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001
- LEONARD, L., BEN AMAR, M., *Les psychotropes. Pharmacologie et toxicomanie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002
- L'HEUILLET, H., *La psychanalyse est un humanisme*, Paris, Grasset, 2006
- LIAUDET, J.-C., *L'impasse narcissique du libéralisme*, Paris, Climats, 2007
- LICHTENBERG, G. C., *Le miroir de l'âme*, Paris, José Corti, 1997
- LIVET, P., *Qu'est-ce qu'une action?*, Paris, Vrin, 2005
- LOTTIN, O., *Psychologie et morale aux XII^e et XIII^e siècles*, T. I, Gembloux, J. Duculot Éditeur, 1942
- MACHEREY, Pierre., *Marx 1845. Les thèses sur Feuerbach*, Paris, Éditions Amsterdam, 2008
- MAJOR, R., *Le discernement. La psychanalyse aux frontières du droit, de la biologie et de la psychanalyse*, Paris, Aubier, 1984
- MAJOR, R., *Lacan avec Derrida : analyse désistentielle*, Paris, Flammarion, 2001
- MALABOU, C., *Que faire de notre cerveau?*, Paris, Bayard, 2004

BIBLIOGRAPHIE

- MALABOU, C., *La chambre du milieu. De Hegel aux neurosciences*, Paris, Hermann, 2009
- MALABOU, C., *L'avenir de Hegel. Plasticité, temporalité, dialectique*, Paris, Vrin, 1996
- MALAMOUD C., (dir.) *Corps des dieux*, Paris, Gallimard, 1986
- MARTUCCELLI, D., *Sociologie de la modernité. L'itinéraire du XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1999
- MARTUCCELLI, D., *Domination ordinaires. Explorations de la condition moderne*, Paris, Balland, 2001
- MARTUCCELLI, D., *Grammaires de l'individu*, Paris, Gallimard, 2002
- MARX, K., ENGELS, F., *Manifeste du parti communisme (1848)*, Paris, LGE, 1973
- MARX, K., *L'idéologie allemande (1845-1846)*, Les intégrales de Philo, Paris, Nathan, 2001
- MARZANO, M., *Extension du domaine de la manipulation. De l'entreprise à la vie privée*, Paris, Grasset, 2008
- MARZANO, M., *Je consens, donc je suis. Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006
- MAUSS, M., *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 1950
- MELMAN, C., *L'homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Paris, Denoël, 2002
- MELMAN, C., *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, Paris, Érès, 2009
- MERLEAU-PONTY, M., *Signes*, Gallimard, 1960
- MEYERSON, I., *Les fonctions psychologiques et les œuvres*, Paris, Albin Michel, 1995
- MICHEA, J.-C., *L'enseignement de l'ignorance et ses conditions modernes*, Paris, Climats, 2006
- MICHEA, J. – C., *L'empire du moindre mal. Essai sur la civilisation libérale*, Paris, Flammarion, 2007
- MICHON, P., *Éléments d'une histoire du sujet*, Paris, Éditions Kimé, 1999
- MILL, J.-S., « A System of Logic », dans J. M. Robson (dir.), *Collected Works of John Stuart Mill Vol. VII*, Toronto, University of Toronto Press, 1973
- MIRANDA, L., *Peut-on jouir du capitalisme? Lacan avec Heidegger et Marx*, Paris, Max Milo Éditeur, 2009
- MISSA, J.-N., *Naissance de la psychiatrie biologique*, Paris, PUF, 2006

BIBLIOGRAPHIE

- MISSA, J.-N., PERBAL, L., *Les philosophes et le futur*, Paris, Vrin, 2012
- MISSA, J.-N., PERBAL, L., « *Enhancement* » : *Éthique et philosophie de la médecine d'amélioration*, Paris, Vrin, 2009
- Mini DSM-IV-TR, Critères diagnostiques. Version française complétée des codes CIM-10, Paris, Masson, 2004
- MONTAIGNE, M., *Essais*, Paris, Gallimard, 1973
- MOREL, P., *Dictionnaire biographique de la psychiatrie*, Paris, Éd. Synthélabo, Coll. les Empêcheurs de penser à rond, 1996
- MORIN, F., *Les présupposés de la règle de droit. Essai sur le non-dit du droit*, Montréal, Liber, 2006
- NAGEL, T., *Qu'est-ce que cela veut dire? Une très brève introduction à la philosophie*, (Trad. Ruwen Ogien), Paris, Éditions de L'Éclat, 1993
- NANCY, J.-L., *L'équivalence des catastrophes (Après Fukushima)*, Paris, Éditions Galilée, 2012
- NIETZSCHE, F., *Oeuvres philosophiques complètes, XIV*, Début 1888 – début janvier 1889, Paris, Gallimard, 1977
- NIETZSCHE, F., *Fragments posthumes Automne 1887-1888*, T. XIII, Paris, Gallimard, 1976
- NIETZSCHE, F., *Crépuscule des idoles*, Paris, Hatier, 2007
- NIETZSCHE, F., *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, UGE, 1971
- NIETZSCHE, F., *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, 1971
- NIETZSCHE, F., *Par-delà le bien et le mal*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1973
- NIETZSCHE, F., *Le Gai Savoir. Œuvres philosophiques complètes, Fragments posthumes (1881-1882)*, Paris, Gallimard, 1967
- NORDMANN, C., *Bourdieu/Rancière. La politique entre sociologie et philosophie*, Paris, Éditions Amsterdam, 2008
- ONFRAY, M., *L'archipel des comètes*, Paris, Grasset, 2001
- PARENT, H., *Traité de droit criminel, L'imputabilité*, T. premier, 2e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2005
- PARENT, H., *Traité de droit criminel, La culpabilité (actus reus et mens rea)*, Tome second,

BIBLIOGRAPHIE

- Montréal, Éditions Thémis, 2004
- PARENT, H., *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001
- PARENT, H., DESROSIERS, J., *La peine, Traité de droit criminel, Tome 3*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012
- PASCAL, B., *Pensées et opuscules*, Paris, Hachette, 1968
- PASSET, R., *L'illusion néo-libérale*, Paris, Flammarion, 2000
- PASTOUREAU, M., *Une histoire symbolique du Moyen Âge occidental*, Paris, Seuil, 2004
- PEREC, G., *Espèces d'espace*, Paris, Galilée, 1974
- PERELMAN, C., *Justice et raison*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972
- PERELMAN, C., *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 2002
- PETIT, P., *Traité du funambulisme*, Paris, Actes Sud, 1997
- PHILLIPS, A., *Trois capacités négatives*, Paris, Éditions de l'Olivier, 2009
- PIGNARRE, P., *Comment la dépression est devenue une épidémie*, Paris, Éditions de la Découverte, 2001
- PIGNARRE, P., *Le grand secret de l'industrie pharmaceutique*, Paris. Édition la Découverte, 2003
- PIGNARRE, P., *Les malheurs des psys. Psychotropes et médicalisation du social*, Paris, Éditions La Découverte, 2006
- PINEL, P., *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, Paris, Cercle du Livre précieux, 1965
- POIRIER, J., *Histoire des mœurs II. Modes et modèles*, Paris, Gallimard, 1991
- POIRIER, P., FISETTE, D., *Philosophie de l'esprit. Problèmes et perspectives*, Paris, Vrin, 2003
- POTTE-BONNEVILLE, M., *Michel Foucault, l'inquiétude de l'histoire*, Paris, PUF, 2004
- PREMONT, M.-C., *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber, 2003
- PROUDHON, P.-J., *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Bruxelles, Nouvelle édition, 1868

BIBLIOGRAPHIE

- PROUST, J., *La nature de la volonté*, Paris, Gallimard, 2005
- PROUST, F., *L'histoire à contretemps. Le temps historique chez Walter Benjamin*, Paris, Éditions du Cerf, 1994
- REDEKER, R., *Dépression et philosophie. Du mal du siècle au mal de ce siècle*, Nantes, Éditions Pleins Feux, 2007
- RENAULT, E., *Souffrances sociales. Philosophie, psychologie et politique*, Paris, Éditions La Découverte, 2008
- RENAUT, A., *Qu'est-ce que le droit? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992
- RENFREW, C., *Prehistory (The making of the Human Mind)*, The Modern Library, 2008
- REVAULT D'ALLONNES, M., *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*, Paris, Seuil, 2006
- REVAULT D'ALLONNES, M., *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, Paris, Seuil, 2012
- REVEL, J., *Foucault, une pensée du discontinu*, Paris, Mille et une nuits, 2010
- REY, J.-M., *La part de l'autre*, Paris, PUF, 1998
- REY, J.-M., *Paul Valéry l'aventure d'une œuvre*, Paris, Seuil, 1991
- RIBOT, T., *Les maladies de la volonté*, Paris, L'Harmattan, 2002
- RICHARD, P., *Prolégomènes à une anthropologie du droit : une ontologie naïve*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012
- RICŒUR, P., *Le Juste 2*, Paris, Éditions Esprit, 2001
- RICŒUR, P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990
- RICŒUR, P., *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2005
- RICŒUR, P., *Écrits et conférences I. Autour de la psychanalyse*, Paris, Seuil, 2008
- RINGELHEIM, F., *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1984
- ROBINSON, J., *L'analyse de l'esprit dans les Cahiers de Valéry*, Paris, Librairie José Corti, 1963
- ROBINSON, D., *Wild Beasts and Idle Humours, The Insanity Defense from Antiquity to the Present*, Cambridge, Massachusetts & Londres, Harvard University Press, 1996

BIBLIOGRAPHIE

- RONELL, A., *Test Drive. La passion de l'épreuve*, Paris, Stock, 2009
- ROSA, H., *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, Éditions de La Découverte, 2012
- ROSSET, C., *Le monde et ses remèdes*, Paris, PUF, 2000
- ROUDINESCO, E., *Histoire de la psychanalyse en France*, vol. 2 : 1925-1985, Paris, Fayard, 1996
- RYLE, G., *La notion d'esprit (The Concept of Mind). Pour une critique des concepts mentaux*, Paris, Payot, 1978
- SAFOUAN, M., *La parole ou la Mort. Comment une société humaine est-elle possible?*, Paris, Seuil, 1993
- SAID, S., *La faute tragique*, Paris, Maspero, 1978
- SAINATI, G., SCHALCHLI, U., *La décadence sécuritaire*, Paris, Éditions La Fabrique, 2007
- SALAS, D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachettes Littérature, 2005
- SALEILLES R., *L'Individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Paris, Érès, 2001
- SAINT-GERMAIN, C., *Paxil Blues Antidépresseur : La société sous influence*, Montréal, Éditions du Boréal, 2005
- SAINT-JUST, L. A. L., *Fragments sur les institutions républicaines*, Paris, Éditions 10/18, Collection Fait et cause, 2003
- SANCHEZ-CARDENAS, M., ZINS-RITTER, M., *Une mère tue son enfant. La monomanie selon Esquirol*, Paris, Éd. Synthalebo, Coll. Les empêcheurs de penser à rond, Paris, 1997
- SCHOPP, R. F., *Automatism, insanity, and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991
- SZASZ, T., *Idéologie et folie*, Paris, PUF, 1973
- SEARLE, J. R., *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998
- SEARLE, J. R., *Liberté et neurobiologie*, Paris, Grasset, 2004
- SEGLARD, D., *Du pouvoir*, Paris, Seuil, 2012
- SENNETT, R., *Le travail sans qualités*, Paris, Albin Michel, 2000
- SENNETT, R., *Autorité*, Paris, Fayard, 1981

BIBLIOGRAPHIE

- SERRES, M., *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion 1992
- SCHEFER, J.-L., *L'espèce de chose mélancolie*, Paris, Flammarion, 1978
- SHERIDAN, A., *Discours, sexualité et pouvoir. Initiation à Michel Foucault*, Bruxelles, Pierre Mardaga Éditeur, 1985
- SCHIAVONE, A., *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008
- SCHMITT, C., *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988
- SCHNEIDER, M., *Big Mother. Psychopathologie de la vie politique*, Paris, Odile Jacob, 2002
- SILVA-ROMERO, E., *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002
- SISSA, G., *Le plaisir et le mal. Philosophie de la drogue*, Paris, Odile Jacob, 1997
- SLOTERDIJK, P., *Le palais de cristal. À l'intérieur du capitalisme planétaire*, Paris, Maren Sell Éditeurs, 2006
- SLOTERDIJK, P., *Essai d'intoxication volontaire » suivi de l'heure du crime et le temps de l'œuvre d'art*, Paris, Hachette Littératures, 2001
- SOFSKY, W., *Le citoyen de verre entre surveillance et exhibition*, Paris, Éditions de L'Herne, 2011
- ST-DENYS GARNEAU, H., *Regards et jeux dans l'espace*, Montréal, Bibliothèque québécoise, 1993
- STIEGLER, B., *Prendre soin de la jeunesse et des générations*, Paris, Flammarion, 2008
- STIEGLER, B., *Ce qui fait que la vie vaut d'être vécue. De la pharmacologie*, Paris, Flammarion, 2010
- SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010
- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005
- SWAIN, G., *Le sujet de la folie. Naissance de la psychiatrie*, Toulouse, Privat, 1977
- SWAIN, G., GAUCHET, M., *Dialogues avec l'insensé précédé de À la recherche d'une autre histoire de la folie*, Paris, Gallimard, 1994
- TERRE, F., Paris, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5e édition, 2000
- TEUBNER, G., *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris,

BIBLIOGRAPHIE

L.G.D.J, 1996

THORSTEINSSON, B., *La question de la justice chez Jacques Derrida*, Paris, L'Harmattan, 2007

TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991

TORT, M., *Fin du dogme paternel*, Paris, Aubier, 2005

TZITIS, S., *Sanction et culpabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Volume II, Paris, L'Atelier de l'Archer, 2000

VALADIER, P., *Nietzsche. Cruauté et noblesse du droit*, Paris, Éditions Michalon, 1998

VALERY, P., *Cahiers I*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1973

VALERY, P., *Cahiers II*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1974,

VALERY, P., *Le Bilan de l'intelligence*, Paris, Éditions Allia, 2011

VAN DE KERCHOVE, M., *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005

VAN DE KERCHOVE, M., OST, F., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

VANDEWALLE, B., *Michel Foucault. Savoir et pouvoir de la médecine*, Paris, L'Harmattan, 2006

VASSE, D., *Un parmi d'autres*, Paris, Seuil, 1978

VERLAINE, P., *Poèmes saturniens*, Paris, Gallimard, 2010

VILLEY, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962

VIRALLY, M., *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J. , 1960

WIDLÖCHER, D., *Les logiques de la dépression*, Paris, Fayard, 1983

WIDLÖCHER, D., *Les psychotropes, une manière de penser le psychisme?*, Paris, Ed. Synthélabo, Coll. Les empêcheurs de penser en rond, 1990

WILLIAMS, G., *Criminal Law – The General part*, 2e éd., London, Stevens, 1961

WITTGENSTEIN, L., *Remarques sur le rameau d'or, suivi de Jacques Bouveresse, L'animal cérémoniel : Wittgenstein et l'anthropologie*, Paris, L'Âge d'Homme, 1982

WITTGENSTEIN, L., *L'intérieur et l'extérieur*, Paris, Stock, 2000

WOTLING, P., *La justice*, Paris, Vrin, 2007

BIBLIOGRAPHIE

WOTLING, P., *La pensée du sous-sol. Lire Nietzsche*, Paris, Éditions Allia, 1999

ZIZEK, S., *À travers le réel*, Paris, Nouvelles Édition Lignes, 2010

ZIZEK, S., *L'intraitable Psychanalyse, politique et culture de masse*, Paris, Éditions Anthropos, 1993

Articles

ADORNO, F. P., « Neuroéthique », (2010) 761 *Critique* 865

BERNET, Rudolf., « Le secret selon Heidegger et « La lettre volée » de Poe », (2005) 68 *Archives de Philosophie* 379

BERNHEIM, E., « Perspective Luhmannienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique », (2008) 13 *Lex Electronica* 9

BING, F., « Folie et guérison, éléments d'histoire ». (2007) 15 *Figures de la psychanalyse* 131

BONNEMAIN, B., PUISIEUX F., « Histoire des formes orales à libération prolongée et de la contribution de la pharmacie galénique dans ce domaine », (2005) 93 *Revue d'histoire de la pharmacie* 33

BOUVERESSE, J., « L'animal cérémoniel : Wittgenstein et l'anthropologie ». (1977) 16 *Actes de la recherche en sciences sociales* 43

BRONNER, G., « L'acteur social est-il (déjà) soluble dans les neurosciences? », (2006) 56 *L'Année sociologique* 331

BURGUET, A., « L'abstraction langagière dans le récit d'un fait divers : des circonstances accablantes pour l'accusé », (2011) 24 *Revue internationale de psychologie sociale* 23

CASTEL, P.-H., « Lire Alain Ehrenberg : une tâche impossible? », (2012) 13 *Revue lacanienne* 129

CATWIRGHT, R., « Sleepwalking Violence a Sleep Disorder, a Legal Dilemma and a Psychological Challenge », (2004) 161 *American Journal of Psychiatry* 1148

COUDURIER, J.-F., « À propos du DSM », (2005) 15 *Essaim* 21

COUTERON, J.-P., « Grandir parmi les addictions, quelle place pour l'éducation? » (2009) 15 *Psychotropes* 9.

DARDOT, P., « La subjectivation à l'épreuve de la partition individuel-collectif », (2011) 38

BIBLIOGRAPHIE

Revue du MAUSS 235

DEMONTROND, P. – R. et DESPOIS, J.-L., « La domestication biotechnologique de l'humain », (2002) 8 *Revue internationale de Psychosociologie* 177

DE GAULEJAC, V., « L'injonction d'être sujet dans la société hypermoderne : la psychanalyse et l'idéologie de la réalisation de soi-même », (2011) 75 *Revue française de psychanalyse* 995

DE LARA, P., « Une anthropologie du point de vue juridique? », (2002) 21 *Le Débat* 149

DE PAUW, E., « Le « dopage cognitif » : signification et enjeux », (2011) 22 *Journal International de Bioéthique* 78

DERYCKE, M., « Autorité : retour aux sources », (2009) 35 *Le Télémaque* 113

DESCOMBES V., « L'équivoque du symbolique », (2009) 34 *Revue du Mauss* 438

DESPREZ, F., « L'éventualité de mécanismes réflexifs dans le cadre du procès pénal français », (2009-2010) 40 *R.D.U.S.* 479

DE TYCHEY, C., « Surmonter l'adversité : les fondements dynamiques de la résilience », (2001) 16 *Cahiers de psychologie clinique* 49

DIET, E., « L'école et la crise de la transmission », (2006) 86 *Connexions* 9

DIET, E., « Management, discours de l'emprise, idéologie et désubjectivation », (2009) 91 *Connexions* 65

DULONG, R. « Le silence comme aveu et le « droit au silence » », (2000) 92 *Langage et société* 25

DUMONT, H., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », (2010) 75 *Droit et société* 275

ENGLISH, J., « The Light between Twilight and Dusk : Federal Criminal Law and the Volitional Insanity Defense », (1988) 40 *Hasting Law Journal* 1

ESCOTS, S., « Exilé de soi, la domestication biomoléculaire à l'ère des mégaparcs humains », (2007) 66 *Empan* 50

ESCUDIER, A., « Le sentiment d'accélération de l'histoire moderne : éléments pour une histoire », (2008) 6 *Esprit* 165

FARAHANY, N. A., « Incriminating Thoughts », (2012) 64 *Stanford Law Review* 351

BIBLIOGRAPHIE

- FENWICK, P., « Automatism, Medicine and the Law », (1990) 17 *Psychol. Med. Monogr.*, 1, 1
- FLUCKIGER, A., « L'acteur et le droit : du comédien au stratège », (2001) 39 *Revue européenne des sciences sociales* 41
- FRANCE, I., « L'homme qui voulait être coupable. Le comportementalisme à l'œuvre », (2006) 74 *Cliniques méditerranéennes* 173
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie « doctrine » en droit », dans Karim Benyeklef (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 109
- GAUTHERON-BOUTCHATSKY, C., « Assujettissement », (2003) 23 *Le Télémaque* 21
- GERMAIN, O., LACOLLEY, J.-L., « La décision existe-t-elle? », (2012) 225 *Revue française de gestion* 47
- GILLOT, P., « La pensée sans lieu. La critique de l'intériorité de Spinoza à Wittgenstein », (2005) 87 *Philosophie* 78
- GOODENOUGH, O. R., « Can Cognitive Neuroscience Make Psychology a Foundational Discipline for the Study of Law ? » (2006) 9 *Law and Psychology* 77
- GORI, R., « La construction du trouble comme entreprise de normalisation », (2006) 66 *La lettre de l'enfance et de l'adolescence* 31
- GORI, R., « La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi », (2006) 42 *Champ psychosomatique* 55
- GORI, R., « Thérapies molles recherchent désespérément pathologies flexibles », (2006) 74 *Cliniques méditerranéennes* 143
- GORI, R., « La novlangue de la psychopathologie aujourd'hui », (2001) 15 *Figures de la psychanalyse* 151
- GORI, R., « Chaque société a la psychopathologie qu'elle mérite », (2011) 75 *Revue française de psychanalyse* 1007
- GORI, R., « De la société de la norme à une conception managériale du soin », (2011) 91 *Connexions* 123
- GORZ, A., « La personne devient une entreprise », (2001) 18 *Revue du MAUSS* 61

BIBLIOGRAPHIE

- GRIHOM, M.-J., « Intime conviction et subjectivation de l'acte criminel : quelle actualité dans le champ judiciaire? », (2001) 83 *Cliniques méditerranéennes* 25
- GRZEGORCZYK, C., « Le sujet de droit : trois hypostases », (1989) 34 *Archives de philosophie du droit* 9
- GUIGNARD, L., « Les lectures de l'intériorité devant la justice pénale au XIXe siècle ». (2008) 141 *Revue Romantisme* 23
- GUILHERMONT, E., « Qu'appelle-t-on « présomption d'innocence »? », (2007) 29 *Archives de politique criminelle* 41
- HAMON, S., LEEMAN, D., « Les verbes de cause à partir de l'exemple de causer », (2007) 153 *Langue française* 74
- HANS, V., « An Analysis of Public Attitudes towards the Insanity defense », (1986) 24 *Criminology*, 393
- HARCOURT, B. E., « Surveiller et punir à l'âge actuariel », (2011) 35 *Déviance et Société* 5
- HEALEY, P., « Automatism Confined » (2000) 45 *Revue de droit de McGill* 87
- HENIG, R., M., « Valium's Contribution to Our New Normal », (2012) *The New York Times* 29 septembre; <http://www.nytimes.com/2012/09/30/sunday-review/valium-and-the-new-normal.html?>
- HOCHMANN, J., « La causalité narrative », (2011) 83 *Cliniques méditerranéennes*, 155
- HENRIOT, J., « Notes sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », (1977) XXII *Archives de philosophie du droit* 59
- JEANNEROD, M., « Conscience de l'action, conscience de soi », (2004) 129 *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 325
- JOÛON DES LONGRAIS, F., « La preuve en Angleterre depuis 1066 », (1965) 18 *Revue de la société Jean Bodin pour l'histoire comparatives des institutions* 194
- JURANVILLE A., « Inconscient et justice », (2003) 16 *Cités* 87
- KAKOGIANNI, M., « Appareils Postidéologiques de Marché : interpellations publicitaires et dette impayable », (2012) 52 *Actuel Marx* 164
- KELSEN, H., « La notion d'État et la psychologie sociale », (1984) 11 *Cahiers Confrontation* 49

BIBLIOGRAPHIE

- KOEBLER, J., « Adderall Debate Starts « Meducation » Firestorm », <http://www.usnews.com/news/articles/2012/10/11/adderall-debate-starts-meducation-firestorm>
- KORFF-SAUSSE, S., « L'enfant de la modernité », (2007) 247 *Champ psychosomatique* 23
- LALIVE D'EPINAY, M., « Évolution des concepts de maladie et de guérison en santé mentale, et travail de guérison en psychanalyse », (2003) 23 *Psychothérapies* 23
- LANDRY, J.-M., « Généalogie politique de la psychologie. Une lecture du cours de Michel Foucault. Du gouvernement des vivants (Collège de France, 1980) », (2007) 25, *Raisons politiques* 31
- LAUGIER, S., « Le privé, le secret, la vérité », (2006) 26 *Cités* 55
- LEBEL, L., « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés », (2009) 50 *Cahiers de droit* 735.
- LE COZ, P., « Roland Gori, philosophe. Comment repenser l'intimité? », (2010) 82 *Cliniques méditerranéennes* 53
- LEPASTIER, S., « La construction de la maladie dépressive dans la psychiatrie athéorique », (2008) 77 *Cliniques méditerranéennes* 77
- LIBET, B., « Time of conscious intention to act in relation to cerebral activities (readiness potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act », (1983) 12 *Brain* 193
- LOTTIN, O., « Les premiers linéaments du Traité de la Syndérèse au moyen âge », (1926) 28 *Revue de néo-scholastique* 422
- LÖWI, M., « Le concept d'affinité élective chez Max Weber », (2004) 2 *Archives de Sciences sociales des Religions* 93
- MACKAY, R. D., « Epileptic Automatism in the Criminal Courts : 13 Cases Tried in England and Wales Between 1975 and 2001 », (2008) 49 *Epilepsia* 138
- MAFFESSOLI, M., « Société ou communauté. Tribalisme et sentiment d'appartenance », (1998) 3 *Corps & Culture* 2
- MALEVAL, J.-C., « Limites et dangers des DSM », (2003) 68 *L'évolution psychiatrique* 39
- MAZABRAUD, B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », (2010) 42 *Cités* 127
- MELCHIOR, T., « La signification anthropologique de l'hypnose », (2005) 44 *Perspectives*

BIBLIOGRAPHIE

Psy 359

MUDGE, S. L., « The State of the Art. What is neo-liberalism ? », (2008) 6 *Socio-Economic Review* 703

NEYRAULT, M., « L'invention du for intérieur », (2011) 75 *Revue française de psychanalyse* 969

N'GBALA, A., « Coupable versus non-coupable : comment des jurés simulés justifient-ils leur verdict? », (2011) 89-90 *Les cahiers internationaux de psychologie sociale* 17

NICOLAS, S., « La psychologie au XIXème siècle », (2000) 1 *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 57

PARENT, H., « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien », (2000) 45 *R. D. McGill* 975

PARENT, H., « L'automatisme mental en droit pénal » (2004) 2011 *Développements récents en droit criminel* 5

PARENT, H., « Analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des infractions criminelles en cours de traitement ou de sevrage », (2011) 41 *R.D.U.S* 469

PAROT, F., « Mais pourquoi ces enfants ne tiennent-ils plus en place? » (2004) 132 *Le débat* 122

PERREAU, B., « Faut-il brûler Legendre? », (2003) 25 *Vacarme* 62

PICAVET, E., « L'humanité simplement comme un moyen », (2001) 8 *Revue Cités* 115

PRADO, Jr Plínio W., « La norme et l'idiome. Notes sur Wittgenstein, le dressage et l'infans », (2009) 36 *Le Télémaque* 57

RAMOND C., « Matérialisme et Hantologie », (2007) 30 *Cités* 53

RIGAUD, B., « Théorie du droit et psychanalyse. Un pouvoir absolu de mort à l'origine? », (1999) 2 *L'inactuel* 55

ROBION, J., « Normalisation ou subjectivation? », (2003) 159 *Dialogue* 3

ROY, S., « La place du concept de *minimis non curat lex* en droit criminel canadien », (2006) 66 *Revue du Barreau du Québec* 228

TILHONEN, J., « Antidepressants and the Risk of Suicide; Attempted Suicide, and Overall

BIBLIOGRAPHIE

- Mortality in a Nationwide Cohort », (2006) 63 *Archives General of Psychiatry* 1358
- TIMSIT, G., « La métaphore dans le discours juridique », (2000) 38 *Revue européenne des sciences sociales* 83
- TREIMAN, D. M., « Epilepsy and Violence : Medical and Legal Issues », (1986) 27 suppl. 2 *Epilepsia* 177
- Van Meerbeeck, P., « Comment penser les folies actuelles? », (2003) 21 *Cahiers de psychologie clinique* 23
- Vernant, J.-P., « De la responsabilité tragique à l'engagement contemporain », (2006) 2 *Nouvelle revue de psychosociologie* 11
- WAKEFIELD, J., « Fait et valeur dans le concept de trouble mental : le trouble en tant que dysfonction préjudiciable », (2006) 33 *Philosophiques* 2006 37
- YELLOWLESS, D., « Homicide by a Somnambulist », (1998) 24 *Journal Mental Science* 451
- ZACHAR, P., « Les troubles psychiatriques et le modèle des espèces pratiques », (2006) 33 *Philosophiques* 81

AUTRES SOURCES DOCUMENTAIRES

Jurisprudence canadienne

- Agropur Coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, 2005 IIJCan 32078 (QC C.S.)
- Hotte c. R.* 2005 QCCA 62
- Kelliher (Village) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672
- Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617
- Proulx c. R.* [2012] R. J. Q. 1277-1300
- Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14
- R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 672.
- R. c. Hotte*, 2006 CSC 8 , [2006] 1 R.C.S. 379
- R. c. Turner* dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 672.
- R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S 852.
- R. c. Mohan*, 1994 IIJCan 80 (C.S.C.).
- P.R. c K. Ra*, [2004] A. QC (IIJCAN) 20 714 (C.S.)

BIBLIOGRAPHIE

- R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.
R. c. Parks, [1992] 2 R.C.S. 871
R. c. Rabey, [1980] 2 R.C.S. 513
R. c. Cooper, [1980] 1 R.C.S. 1149
R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577
P. R. c. K. Ra, [2004] A. QC (IIJCAN) 20714 (C.S.),
R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531
R. c. Hundal, (1993) 1 R. C. S. 867
R. c. Bernard, [1988], 2 R.C.S. 833
R. c. Bouchard-Lebrun, 2011 CSC 58
R. c. Creighton, [1993] 3 R. C. S. 3
R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326
R. c. Théroux, [1993] 2 R.C.S. 5, 17
R. c. Hibbert, [1995] 2 R.C.S. 973
R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320
R. c. MacInnes, [2000] A.J. (Quicklaw) no 1657 (Alb. Prov. Ct)
R. c. Oommen, [1994] 2 R.C.S. 507
R. c. Chaulk, [1990] 3 RCS 1303
R. c. J. -L. J., [2000] 2 R.C.S. 600
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933.
R. c. Morissette, [2011] J.Q. no 1981
R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577

Table de la législation

- Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C -46, mod. par L.R.C. (1985), c.2 (1er supp.), art.16, 515 (10), 672.11 a) et b), 672.23 672.65 (2), 672.59 (2), 752.1, 753, 753.1 et 757.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. -27 F.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.