

Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique

par
Jacques MICHEL

L'histoire de la loi du 30 juin 1838 est celle de son extraordinaire résistance au temps, comme si les attaques qu'elle a subies et qu'elle subit encore manquaient à chaque fois leur but, ou plus exactement comme si les critiques signalaient d'elles-mêmes leur caractère partiel en ne désignant qu'elle. Et il est vrai que le mouvement contemporain de la politique sanitaire s'est plus spécialement appliqué à délimiter la portée de la loi (peut-être donc à en retrouver le sens) qu'à renoncer à son utilisation. En ce sens, c'est bien la pratique qui, en cherchant à mettre au jour le noyau de ses fondements institutionnels, a engendré un regard plus oblique décidé à voir avec la loi de 1838, mais également au-delà d'elle, les principes mêmes de la rationalité historique de notre temps, en bref à s'interroger sur les modalités d'appréhension de la maladie mentale par le biais d'une réflexion sur la manière dont le droit structure et contraint les savoirs produits par la société qu'il a pour fonction de réguler.

Dans son champ propre, la psychiatrie a eu à réfléchir sur le difficile problème des rapports entre la connaissance et le sens, affrontant davantage que d'autres peut-être les lieux précis où le droit articule, dans un ensemble qu'il veut significatif, les données positives de l'action humaine. C'est dire ici que la psychiatrie, ayant à comprendre des situations qui rompent avec l'activité ordinaire dite sensée ou rationnelle, s'est vue de ce fait placée en situation risquée de définir une *normalité* qui, déduite de l'observation des déviances pratiquée par des spécialistes, pourrait passer pour première et se trouverait dès lors naturalisée. Et le problème n'est pas qu'il y ait ou non d'intention normative, la situation peut, à elle seule, suffire dès lors qu'elle se précise sur le lieu du droit. C'est,

nous semble-t-il, en ce sens qu'il faut comprendre la thèse de Philippe Rappard considérant que c'est l'article 64 de notre Code pénal qui est le véritable fondement de la psychiatrie dite d'adultes¹. Cet article du Code de 1810, les psychiatres le connaissent bien : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. » Disposition juridique qui permet de situer les cas où le droit ne s'appliquera pas ; également dispositif de raisonnement qui va permettre au droit d'enraciner sa compréhension de l'action rationnelle et donc responsable dans le discours savant, se présentant dès lors non plus comme une règle historique et relative mais comme un principe objectif et certain. Car il ne s'agit pas seulement de lire cet article 64 selon ses conséquences humanistes ponctuelles lorsqu'il permet de faire échapper à la peine le malade mental, il s'agit de l'envisager à *partir de* ce à quoi il fait échapper et qui justifie sa présence : la peine elle-même applicable dans son principe dès lors qu'il n'y a pas à faire jouer l'article considéré.

Ainsi, avant la loi de 1838, il y a l'article 64 du Code pénal ; derrière l'article 64 se trouve la peine ; et au principe de la peine une certaine compréhension de l'acteur rationnel et responsable. Cette compréhension n'est pas de tous temps, elle est historiquement datée et situable selon son apparition positive, elle est une représentation à questionner comme telle. Le problème qui se pose alors est de pouvoir conserver la possibilité même de ce questionnement, de sauvegarder l'extériorité critique nécessaire à une conscience de l'historicité de la loi. Comme l'a fortement montré Michel Foucault, la folie se situe pratiquement comme extériorité critique de la rationalité juridique, et la psychiatrie qui tente de la comprendre est théoriquement dans la même position. Mais le problème de cette dernière va être, sur le terrain judiciaire et pénal, de veiller à ne pas voir se transformer son savoir en un réalisme scientiste pourtant parfaitement adapté, voire suggéré, et requis par le système normatif du juridique. Cette sauvegarde est-elle possible ? La réponse à cette question n'est pas forcément simple, elle suppose de mettre au jour cette rationalité juridique que le système judiciaire met en œuvre et qui cherche à valoir de manière incontestable. Et si l'on veut bien considérer que le problème du droit positif est ici aussi de se présenter comme une réalisation pratique d'un droit naturel, posons franchement la question à la psychiatrie de savoir si, lorsqu'elle est amenée à faire valoir sa compétence pour aider le juge à définir les individus dont les actes sont hors de prise de la raison juridique, elle ne confirme pas cette dernière. Plus gravement, et nous forçons là délibérément notre expression afin de mieux cerner l'enjeu, la psychiatrie ne ferait-elle pas courir de grands risques à son savoir si elle en venait à faire jouer ses catégories de compréhension non plus dans son champ propre mais dans l'espace des normes sociales ? Que notre propos soit bien compris : il ne s'agit pas pour nous de remettre en cause le principe d'une collaboration entre la justice et la médecine psychiatrique ; il convient seulement d'interroger la logique du droit telle qu'elle se présente à la psychiatrie et de nous demander si cette dernière n'est pas amenée à pervertir sa propre problématique et à accorder un surcroît de naturalité au système pénal et à la rationalité juridique qui le supporte. Car le rapport de la psychiatrie au

1 RAPPARD (P.) : *La folie et l'Etat*, Toulouse, Privat, 1981.

judiciaire ne s'exerce pas de manière abstraite, il s'organise dans le cadre d'un type de rationalité avec lequel il s'agit de s'expliquer. Et notre questionnement n'est pas suspicion *a priori* mais plutôt doute puisque nous posons que c'est précisément dans ce rapport de la psychiatrie au droit que peut se manifester le caractère historique de cette rationalité juridique.

I - Le droit pénal, manifestation de la rationalité juridique

Notre interrogation se situera donc dans le champ médico-légal et plus spécialement par rapport à l'expertise que l'article 64 autorise. Plus précisément, c'est le statut même de l'expertise qui nous intéresse car c'est en elle que se manifestent au mieux les contraintes du droit sur le savoir du médecin. En effet, l'article 64 est organisateur d'une partition sociale à partir des catégories du normal et du pathologique, il fonde une sorte de division du travail entre un champ pénal et un champ psychiatrique. Mais nous voulons considérer cet article du Code comme l'élément d'un système, comme une disposition entrant dans le cadre d'une conception générale de la pénalité et qui, loin de déroger à cette dernière, lui apporte toute sa cohérence et sa finalité.

La raison promue par le droit peut être dite utilitariste selon le sens que Jérémie Bentham a donné à ce terme. Elle postule une nature de l'homme et un ordre social conforme à cette nature ; elle est donc dans le même temps un projet politique. Et il n'est pas inutile de remarquer ici que ce projet politique de l'utilitarisme a rapport à notre objet : il s'agit de conjurer la folie, ou plus exactement la forme politique de la folie que constitue le despotisme. Le thème de l'amour de l'argent (objet par excellence du calcul et de l'intérêt) comme « passion paisible » est déjà présent chez Montesquieu mais il se précise chez les économistes qui, comme Stewart, avancent que « l'économie moderne est le frein le plus efficace qui ait jamais été inventé contre la folie du despotisme » voyant dans le développement du commerce et de l'industrie un solide rempart contre les passions, les vices et les faiblesses de la nature humaine². Comme le souligne Albert O. Hirschman, l'idée moderne de raison se construit par application aux intérêts matériels, l'intérêt étant une vraie matérialisation, une authentique objectivation de soi, une sorte de conversion de la passion en un doublet désormais gérable selon des principes universels. C'est la passion demeurée à son état primaire et sans la médiation du calcul objectif qui génère la folie, ce simple rapport à soi et non pas au monde, rapport à soi inefficace et dangereux. Folie et despotisme, regroupés dans une catégorie générique, trouvent une nouvelle définition, évalués désormais non plus selon des catégories morales mais essentiellement d'après des critères d'efficacité pratique. Le caractère irrationnel et donc dangereux du despotisme s'avère dans ses actes inefficaces parce que non calculés. Mesurée à l'aune de la réussite personnelle la folie, dans le même temps que le despotisme, va se voir disqualifiée de son appartenance au monde moderne, elle n'y trouvera plus sa place qu'à titre de survivance inquiétante d'un monde révolu. Et, puisque

2 HIRSCHMAN (A.O.) : *Les passions et les intérêts*, Paris, P.U.F., 1980, pp. 75-79.

la vraie raison pratique c'est le calcul efficace, c'est d'un monde où l'action se caractérise par sa tonalité économique que la folie se trouve écartée.

Etrangère, voire hostile à la raison économique, la folie l'est également et conséquemment à la raison juridique qui ne fait que développer et organiser ce mouvement. Notons là que c'est le meilleur représentant de l'utilitarisme, Jérémie Bentham, qui est l'auteur des *Principes de législation* (1789) où sont exposés d'une part le principe de la proportionnalité des peines aux crimes et d'autre part celui de la légalité des délits et des peines³. C'est cette problématique que reprennent les législations pénales modernes, dont notre Code de 1810, en développant une logique du rapport entre avantages et inconvénients (crime / peine). C'est cette structure codifiée qui fournit le modèle du raisonnement réputé *normal* ; le crime lui-même est posé selon la structure de l'action rationnelle en général. Car, selon l'idéalité de l'exposé pénal, le criminel est un individu sain, adapté, qui est en mesure de comparer les avantages que lui procure son infraction aux inconvénients qui peuvent en résulter. C'est dans cet esprit que la formule « Nul n'est censé ignorer la loi » (réaffirmant que celle-ci est publiée, publique, connue grâce au Code) n'est pas une présomption de culpabilité mais d'abord une présomption quant à la rationalité du sujet, rationalité nécessaire à l'établissement d'une responsabilité personnelle. L'homme sain, le sujet, c'est celui qui sait calculer, anticiper les conséquences favorables et défavorables de ses actes, qui pratique un regard sur lui-même comme sur un objet, et qui exprime sa liberté par cette capacité à demeurer autonome en ce qui concerne la détermination particulière de ses activités. En ce sens, le Code pénal ne fait que poursuivre dans le champ des rapports de l'individu à la société la logique des rapports des individus entre eux, c'est-à-dire la logique du Code civil. Le droit moderne lie étroitement l'activité criminelle et l'activité ordinaire ; la voie du crime est une affaire éminemment personnelle, subjective, choisie rationnellement.

On sait que c'est dans cette optique, celle du crime rationnel ou calculé, que la peine de mort peut se voir justifiée. En effet, sur ces bases d'appréciation, elle ne se présente pas comme quelque chose de brutalement infligé de l'extérieur mais est intégrée au calcul de l'individu. Celui-ci a intégré dans la logique de son action le risque majeur encouru et, selon l'argumentation classique, le criminel se voit appliquer *son* droit ; la mort n'est jamais que la conclusion logique d'un processus rationnel ouvert par le criminel lui-même. Le châtimement n'est pas une vengeance privée, tout juste une procédure de vindicte publique, fondamentalement une concrétisation extrême d'un calcul individuel. Mais l'important est surtout que, selon cette représentation, le Code n'interdit rien, il n'est pas une intervention de type moral ou de type extérieur ; fondé sur l'autonomie de la volonté il se contente d'annuler par la peine davantage que le criminel s'est accordé par son acte. Payer, ici, a bien un sens économique voire monétaire. Et cette *métrique* des peines qu'établit le Code pénal intègre la pénalité dans l'ordinaire de la vie sociale. Le Code inscrit le criminel dans la société des individus rationnels en s'autorisant d'une conformité de celui-ci avec la majorité de ses concitoyens ; il partage avec eux la forme de son jugement et c'est cette identité, cette similitude, qui permet le moment

3 BENTHAM (J.) : *Traité de législation civile et pénale*, éd. établie par E. Dumont, Paris, Rey et Gravier, 1880, 2 tomes.

judiciaire en emportant la responsabilité de l'agent. Puisqu'en la forme de son raisonnement il n'y a rien qui permette de conclure que le criminel diffère des honnêtes gens, puisqu'en cela il leur ressemble, le jugement est possible. Seul l'objet où il a placé sa volonté le particularise. Ainsi que l'avait bien exprimé Alexandre Kojève, la peine est l'annulation du crime pris « en tant que volonté et intention c'est-à-dire en tant que puissance » et « la puissance se réduit à néant une fois détachée de son support actuel, c'est-à-dire de l'auteur de l'action. C'est en lui seulement qu'elle peut être actuellement atteinte et donc annulée. La peine est donc nécessairement *personnelle*... Et (elle) est par définition subjective, puisque c'est la volonté et l'intention de l'agent qu'elle annule, et non pas l'acte détaché de sa puissance " subjective" »⁴. Analyse très exacte qui donne bien la rationalité interne au Code pénal, telle qu'elle est, au mieux, exprimée en son article 2 disposant que la tentative (avérée) de crime est assimilable au crime lui-même si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. La peine s'adosse bien à la forme calculatrice de la volonté, forme manifestant la liberté de cette volonté.

Dans cette configuration, liberté et culpabilité s'absorbent mutuellement à partir de l'idée de responsabilité. L'action judiciaire qui cherche à donner un sens à la peine va alors devoir trouver cette forme de raisonnement chez le prévenu ; elle va tenter de retrouver la logique de l'action et se faire alors théorie quasi anthropologique. Selon l'analyse que fournit le droit, doivent être articulées trois notions complémentaires : l'imputabilité, la responsabilité et la culpabilité. Ces trois termes, en fait complexes, gouvernent la raison juridique et la manifestent dans sa progression selon les conditions requises pour une sanction ; nous devons les reprendre.

Le moment de *l'imputabilité* est celui de la recherche de l'existence d'une volonté subjective à qui l'on puisse attribuer une action authentique selon les critères précédemment mentionnés. Ce moment nous semble correspondre à une phase précise d'instruction : celle de la vérification du caractère libre et autonome de la volonté individuelle auteur de l'infraction. Si cette volonté venait à manquer de liberté ou d'autonomie elle ne pourrait être considérée comme une vraie volonté, il manquerait alors un élément nécessaire à la définition de l'infraction, précisément l'élément subjectif absolument central comme nous l'avons vu. Dans ces conditions l'acte incriminé ne peut entrer dans les catégories du droit « Il n'y a ni crime, ni délit... », il doit rester de l'ordre du simple fait, comme tel à gérer dans l'administratif. De ce point de vue, la volonté subjective apparaît comme l'élément central d'un système de transformation d'un geste en acte, du fait en droit. Pouvoir imputer une action à quelqu'un c'est d'abord trouver en lui les éléments qui caractérisent une volonté libre ; ainsi que l'écrivait Ortolan à la fin du siècle dernier : « Imputer un fait à quelqu'un, c'est affirmer qu'il est en premier lieu la cause efficiente et, en second lieu, la cause éclairée sur la justice ou l'injustice de ce fait. La première condition de l'imputabilité c'est la liberté, et la seconde, c'est la raison morale, ou la connaissance du juste ou de l'injuste de l'action »⁵. Ce moment de

4 KOJEVE (A.) : *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (1943), Paris, Gallimard, 1981, p. 448.

5 ORTOLAN (J.) : *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1886, t.1, p. 103.

L'imputabilité est donc bien celui d'une affirmation quant aux capacités rationnelles de quelqu'un, affirmation contestable comme telle en opposant l'article 64 initialement disposé comme moyen de défense. Pour préciser et convertir la précédente définition d'Ortolan en des termes utilitaristes, disons que vérifier la liberté de l'agent c'est manifester l'existence, chez lui, d'une capacité à intégrer dans son raisonnement l'ensemble des données de fait et de droit qui l'entourent (spécialement la peine encourue), et que vérifier son aptitude au discernement du juste et de l'injuste c'est poser la question de savoir s'il connaît ce que la société dans laquelle il vit considère, elle, comme étant juste ou injuste. Il ne s'agit pas à ce niveau d'une quelconque appréciation sur le sens moral de l'individu. C'est la capacité à avoir un rapport objectif au monde qui est recherchée ; l'imputabilité suggère de parler de la volonté en tant que puissance ou possibilité. Ce point est important car il permet de repenser une question comme celle de l'accessibilité à la sanction pénale et éclaire en fait ce que le Code entend, lui, par démence. Nous retrouverons ce point mais on peut déjà se demander si l'acception qu'en a le droit n'est pas sensiblement éloignée de ce que la psychiatrie a pu rassembler sous ce terme. Posons pour le moment que l'imputabilité conditionne la poursuite du processus judiciaire c'est-à-dire l'examen des questions relatives à la responsabilité et à la culpabilité d'un individu.

Il est possible de préciser davantage cette notion d'imputabilité à condition de bien vouloir la distinguer de celle de *responsabilité*. Un auteur comme Ortolan, précité, semble renoncer à la distinction au prétexte selon lui qu'elles recouvrent une même réalité. Notre avis est quelque peu différent et il nous semble dommageable que la pratique judiciaire renonce à une différenciation qui, d'ailleurs, nous paraît correspondre à la structure progressive de la procédure pénale ; par ailleurs on peut se demander si cette confusion n'est pas au principe d'une implication plus grande de la psychiatrie dans le judiciaire et donc d'un surcroît de difficultés.

En effet, si l'on veut bien conserver à ces notions à la fois leur caractère d'étapes chronologiques en vue d'un jugement et celui de moments dans l'analyse de la structure d'une action, nous devons poser que l'imputabilité désigne une capacité à répondre, une puissance intrinsèque aux qualités intellectuelles de la personne, alors que la responsabilité s'origine plutôt dans le lieu de la réponse concrète elle-même. La différence entre l'imputabilité et la responsabilité nous semble marquée par le passage de l'abstrait au concret, de la puissance à l'acte, de la capacité à la réalisation. Dans ce moment de la responsabilité, la volonté est une volonté agissante, située, peut-être influencée ou troublée. Et la distinction entre l'imputabilité et la responsabilité permet de penser en même temps une volonté affectée historiquement et au demeurant saine ou plus exactement conforme à l'idée que l'on se fait d'une volonté libre et autonome. C'est même la distinction qui permet d'envisager une responsabilité. S'installer tout de suite dans la responsabilité, alors que l'on se trouve procéduralement dans le moment de l'imputabilité, c'est peut-être tenter de faire échapper à la peine en croyant esquiver la division sociale que le Code inscrit dans son article 64, c'est peut-être à la fois le pratiquer et l'ignorer. Difficile position car cela peut alors inscrire au-delà des exigences du Code la maladie comme cause de l'acte antisocial. Le Code pose la question de savoir

s'il y a quelqu'un à punir ; cette question ne peut qu'être absolument étrangère à l'interrogation psychiatrique. La propension des psychiatres à parler davantage de responsabilité que d'imputabilité alors que l'on se trouve dans le champ et sous la gouverne de l'article 64, l'inclination des juristes à confondre les deux notions, doivent être perçues comme des signes. Mais quoi qu'il en soit de l'argumentation, s'il est admis par le juge que l'article 64 est applicable, c'est le principe ségréatif de celui-ci qui s'exprimera par le non-lieu judiciaire, même si l'on a tenté de penser, dans le cadre de la responsabilité, la liaison entre le sujet et son acte. Avec l'article 64, il n'y a rien à relier, rien à penser ensemble, les termes du rapport sont inexistantes ; on ne peut parler de responsabilité. On ne peut même pas parler d'irresponsabilité des malades mentaux, il n'y a pour le droit que le fait de la maladie mentale et le droit ne s'occupe pas des faits.

Quant au terme de *culpabilité*, il est certainement le plus délicat à saisir en raison de sa connotation moralisante. Il s'éclaire cependant si l'on considère qu'il fait référence au degré de transgression de la morale sociale, ce qui donne à la peine prononcée son caractère expiatoire et son aspect symbolique. Symbolique en effet, la peine l'est dans la mesure où elle est la liaison des éléments du système en un tout cohérent. Ce qu'il faut bien appeler un certain bricolage conceptuel prend sens au bout du processus. Reste pour nous à savoir où nous en sommes par rapport à ce symbolisme, c'est-à-dire par rapport à l'analyse du droit. Comme toujours, et ainsi que le rappelle Michèle Bertrand, le réel, l'ordre ou l'organisation du social, « ne nous apparaît tel, c'est-à-dire distinct du symbolique, que de façon négative, lorsqu'il ne peut plus entrer dans (un) type de rationalité »⁶. C'est la négation pratique qui dévoile la structure. La folie, de même que la psychiatrie qui, d'une certaine manière, la représente, occupe cette position de négation. Le droit l'a bien compris qui rejette la folie hors de son champ et vers l'administratif. Il l'a bien compris aussi lorsqu'il tente d'intégrer le savoir médical au processus de cette négation sociale ; l'article 64, son usage et les confusions concernant l'imputabilité et la responsabilité témoignent de l'autorité du juridique malgré les efforts de la psychiatrie pour assumer sa fonction sans aucun renoncement. Mais dans les prétoires comme partout ailleurs, le maître du lieu est aussi le maître du sens. Il nous reste à envisager maintenant quelle est la représentation de l'homme qui nous rapporte à la peine et qui permet à la rationalité juridique d'exposer de manière cohérente son processus de partition des individus entre, d'une part, ceux qui relèvent bien de sa compréhension et ceux auxquels elle ne peut s'appliquer.

II - Notre rapport au juridique : une représentation de type théologique

La question qui se pose ici est celle d'un au-delà de l'article 64. En d'autres termes, le texte du Code n'est-il pas lui-même un symptôme du rapport imaginaire que nous avons à la folie ? Est-il « lié à des fantasmes sous-jacents qui ont à voir avec une représentation de la folie fondée sur une image archaïque du fou irresponsable, entièrement autre, image

⁶ BERTRAND (M.) : « Imaginaire, Symbolique: l'inscription du sujet dans le social » in *Idéologie, Symbolique, Ontologie*, Paris, C.N.R.S., 1987, p. 18.

ante pinélienne éminemment défensive ? »⁷. L'hypothèse doit bien être formulée ou plus exactement construite. Disons donc d'abord que le Code nous propose de comprendre la responsabilité selon sa rationalité à lui, disons ensuite que cette proposition a été et est encore acceptée. C'est ce dernier point qui pose problème et engage l'examen du type de rapport que nous entretenons vis-à-vis de la rationalité juridique : quelle est la nature de cette acceptation, acceptation où la folie joue un rôle déterminant ?

Le schéma analytique de l'action criminelle que nous propose le Code se veut logique et prétend à une correspondance exacte entre son exposé et le déroulement chronologique de l'action. Cette compréhension de type chronologique nous dit que c'est la volonté du sujet qui détermine la peine mais nous avons vu qu'au contraire c'est plutôt la peine qui, par le postulat de la volonté libre et ses développements selon les catégories de la responsabilité et de la culpabilité reconstitue ses prémisses. L'exposé pénal n'est jamais que le fait répressif se rationalisant à partir d'une nature humaine construite pour les besoins de sa cause. Et ici, comme souvent lorsqu'il s'agit d'ordre social, le fondement est moins à chercher dans ce qui est présenté comme le point de départ : la volonté, que dans le point d'arrivée obtenu : la peine. C'est donc dans notre rapport peut-être inconscient à la peine que doit se déterminer l'interrogation si c'est ce rapport qui permet l'inversion produite par le Droit.

On peut légitimement penser que la psychiatrie a senti ou pressenti cette inversion du réel dans le logique (ou l'idéologique) en tirant le débat vers la peine, son adaptation ou sa modulation. Sentant l'inversion elle se trouvait en position de dégager ce qui est de fait inversé. Fondamentalement la posture psychiatrique pouvait être contestataire de la représentation juridique. Mais on doit aussi se poser la question de savoir si le piège de l'article 64 n'a pas parfaitement joué : pour faire échapper à la peine, reprendre sur le lieu judiciaire les conditions de raisonnement imposées par le juridique. Ainsi se représentaient certainement, comme l'a montré Foucault, les conditions objectives de la reconnaissance officielle et publique du savoir psychiatrique ; mais ainsi se structuraient en même temps des situations qui obéraient gravement la pratique médicale : ainsi que le dit Philippe Rappard, comment soigner quand le sujet n'en est plus vraiment un, c'est-à-dire quand son acte est nié par la société juridique ? Car l'article 64 fonctionne, dans le cas de démence avérée, selon l'optique du tout ou rien : soigner ou punir ; c'est cette alternative tragique qu'il nous faut questionner en ce qu'elle concentre les positions fondamentales qui structurent notre rapport imaginaire à la rationalité juridique.

A la fin du siècle dernier, Gabriel Tarde, dans ses *Etudes sociales et pénales* (1892) intervenait vigoureusement dans le débat qui opposait alors les partisans du libre-arbitre à l'école italienne de Ferri et Garofalo. Pour lui, opposer la liberté absolue à la causalité absolue c'est ne pas progresser, c'est opposer une abstraction à une autre et se donner ainsi les meilleurs moyens de rater la compréhension de ces actes complexes et problématiques que sont les crimes. En quelque sorte, Tarde donnait l'envers de l'article 64 et montrait combien la représentation juridique moderne de l'individu libre qui aurait

7 CANILLOT (C.) : « La loi du 30 juin 1838 : impossible réforme », thèse université Claude Bernard, Lyon 1, 1983, p. 128.

comme « délibéré » en une sorte de « chambre du conseil intime » avant de s'engager dans son action est éloignée de la réalité ; aussi éloignée en fait de la représentation scientiste et déterministe qui ne voudrait voir, à l'inverse, dans une action anti-sociale que le produit mécanique d'un mouvement causal linéaire. Dans les deux positions, on ne sort pas de l'idée de causalité absolue, et les options positivistes de l'école italienne se nourrissent précisément de leur opposition au libre arbitre ; leur matérialisme grossier se justifie facilement en étant la négation simple d'un spiritualisme d'allure théologique.

Considérant que l'acte d'un individu est à apprécier selon une dimension qualitative et que le présent de cet acte ne peut être réduit à ses causes objectivables (sous les modalités d'un déterminisme qu'on peut dire actif ou passif selon les options prises) Tarde propose une compréhension davantage dynamique et refuse les termes du débat de son temps. Autrement dit il refuse l'impasse précisément organisée par l'article 64 autour de la notion d'imputabilité ; il nous démontre que la raison et la liberté postulées à partir même de la notion d'imputabilité juridique confinent à l'abstraction même lorsqu'elles prennent pour base de leur argumentation le concret du calcul et de l'intérêt. Et cette abstraction fonctionne sur le mode de la croyance, le rationalisme juridique se transforme en réalisme et n'est jamais que le reflet inversé de l'autre foi, celle du positivisme italien d'alors.

Bien sûr la compréhension psychiatrique n'est pas, et n'a pu être, celle de Ferri ou de Garofalo. Mais ce qu'il faut comprendre c'est qu'elle a dû s'insinuer dans cette option juridiquement structurée. Il est quand même étrange que l'art. 64 qui parle de *démence* et, d'autre part, de *force irrésistible* (les deux causes de non-imputabilité) suggère par sa rédaction que la folie puisse agir à la manière de quelque chose qui serait extérieur à l'individu malade. Outrepasser alors le texte même du Code en considérant la folie comme une *cause* du crime n'est pas inenvisageable puisque l'autre cause possible, son image inversée, c'est la volonté libre, cause interne ou intérieure d'une activité manifestant un sujet. Dans cette configuration, la volonté considérée comme cause absolue fait face à la folie, également cause perçue comme telle par le biais de la dangerosité. D'un côté l'autonomie de la volonté et l'imputabilité possible, de l'autre l'hétéronomie, le fait de la maladie et la non-imputabilité puisque juridiquement on n'accuse pas les faits. L'exposé pénal, véritablement cartésien, se construit sur deux abstractions jumelles pour se concentrer dans l'article 64 : le déterminisme et la liberté. Nous sommes bien à proximité d'un dualisme âme / corps convenant parfaitement à cette abstraction redoublée ; et convenant aussi tout à fait au droit qui, ne connaissant d'autre objet que la volonté, se donne en elle sa représentation imaginaire et idéalisée.

Selon Tarde qui ne pense pas que cette alternative dualiste puisse être au principe d'une compréhension de la criminalité, notre chemin sera encore long avant d'atteindre une compréhension pleinement humanisée de l'action humaine. Pour lui, poser le libre-arbitre au principe de l'action ressortit à une vision théologique de la culpabilité absolue. La compréhension utilitariste est une fausse laïcisation (ou humanisation), le principe religieux demeure comme structure du raisonnement : « le problème de la culpabilité », écrit-il « se lie à celui de la causalité ; l'une doit se proportionner à l'autre. Pour satisfaire aux exigences d'une conscience qui affirme la possibilité d'une criminalité infinie, d'une

faute non pas relative aux temps et aux lieux, à telle ou telle fraction de l'humanité, voire à l'humanité tout entière, mais d'une faute *en soi* pour ainsi dire, éternelle et ineffaçable, noircissant l'âme à fond et à jamais, il a bien fallu doter l'âme d'un pouvoir à la hauteur d'une telle chute »⁸. La représentation théologique n'est pas congédiée, elle s'exerce voilée dans l'humanisme du Code et produit la peine comme expiation. Malgré (ou en raison de) tous ses efforts pour ne parler que de l'homme, mais selon un certain regard, le droit moderne reproduit la configuration qui lie la faute, la souffrance et la rémission. En ce sens la transgression de la loi envisagée par le Code est bien *originelle* au sens où elle est constitutive d'une représentation juridique du sujet : un sujet libre, autonome, et aussi coupable, dominant en surplomb les individus concrets.

Ainsi, la peine est bien la vraie question, sentie comme telle par la psychiatrie ainsi que nous l'avons dit. De ce fait, le savoir médical lorsqu'il en vient à permettre une mise à l'écart de la peine s'exprime dans des conditions particulièrement difficiles, ambiguës voire contradictoires. D'une part il est hors du fondement pratique du droit pénal à savoir la peine, mais d'autre part il doit jouer dans le cadre de l'article 64 à partir de son fondement théorique abstrait : la volonté. Nous l'avons dit, le déplacement de l'imputabilité vers la responsabilité peut offrir une porte de sortie mais encore inconfortable. Conserver la liaison de l'individu avec ses actes tout en ne tombant pas dans les rets de la raison juridique est probablement une exigence stratégique qui a empoisonné le savoir psychiatrique depuis ses débuts. Marcel Gauchet et Gladys Swain l'ont montré : la difficulté fut pour les premiers aliénistes de montrer ou de démontrer en quoi ce qui différencie un malade n'emporte pas sa mise hors de la communauté, il leur fallait trouver un regard ou un angle d'attaque qui refuse, ainsi que le disait Esquirol, l'option entre d'un côté une causalité telle que l'entend le « métaphysicien » et d'un autre côté une causalité telle que peut l'entendre « l'anatomiste »⁹. Mais ce qu'il faut également dire, c'est que la rationalité unilatérale, juridique en son fond, de notre société moderne a constitué et constitue encore l'obstacle majeur à une compréhension de la folie dans une communauté humaine. Ce que la raison juridique refuse, c'est un questionnement qui s'originerait dans les particularités.

En ce sens, lorsque la psychiatrie, dans son exercice, demande une modification de l'article 64, elle ne fait que tenter de se délivrer de ses conditions initiales d'expression et de trouver cette extériorité critique ressentie comme une nécessité dès son origine. Ce que la psychiatrie demande c'est essentiellement, pour elle, une possibilité de sortie de cette représentation théologique ; représentation théologique dont on peut comprendre ou expliquer la présence insistante dans le langage du droit de l'Etat mais qui ne peut être acceptée dès lors que l'homme est abordé selon sa finitude même.

Dans l'avant-projet de Code pénal de juin 1983, il était proposé de remplacer l'article 64 par un article 31 ainsi rédigé : « N'est pas punissable celui qui était atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». Selon cette rédaction, la peine se trouvait

8 TARDE (G.) : *Etudes pénales et sociales*, Lyon, Ed. Stock / Paris, Ed. Masson, 1892, p. 325.

9 GAUCHET (M.) & SWAIN (G.) : *La pratique de l'esprit humain*, Paris, Gallimard, 1980, p. 303.

désignée et le nouveau texte ne déposait plus l'individu de son acte. Cependant l'interrogation demeurait strictement négative et donc incomplète. La liaison abstraite liberté / culpabilité ne se trouvait pas dépassée puisque, refusée dans son application, elle n'était pas remise en cause dans son principe. Dès lors, on pouvait encore se demander si les conditions nouvelles fournissaient au psychiatre les moyens d'une intervention conservant à son savoir l'autonomie exigible. On pouvait même se demander si la confusion de l'imputabilité avec la responsabilité ne se trouvait pas, dans une certaine mesure, consommée. Mais quoi qu'il en soit l'état de notre droit n'est pas celui-là. C'est dire que la structure que nous avons cherché à manifester pèse intacte sur l'exercice de la psychiatrie dans le cadre judiciaire. Il convient donc d'en tirer toutes les conséquences quant au rôle que la médecine psychiatrique est requise de jouer et quant aux risques qu'elle peut alors faire prendre à son savoir.

III - Les impasses du normal et du pathologique

Les travaux de Robert Castel ont parfaitement montré comment l'application de l'article 64 potentialisait un traitement gestionnaire de fait de la maladie mentale¹⁰. Et c'est peut-être bien à partir du Code pénal qu'apparaît au mieux le statut social accordé à la folie. Comme nous le dit encore Tarde, abandonner une conception quasi théologique du couple liberté / culpabilité c'est vouloir accéder à une humanité posée à partir d'elle-même et non point à partir d'une abstraction. « Est-il donc nécessaire, demande-t-il, pour trouver juste l'idée d'une culpabilité limitée et relative... d'attribuer à la volonté de l'homme autre chose qu'une efficacité limitée et relative ? En deux mots, pour juger quelqu'un coupable... avons-nous besoin d'imaginer qu'il a exercé une causalité libre, et ne nous suffit-il pas qu'il ait mis en jeu sa causalité *propre* ? Son acte ne lui est-il pas suffisamment imputable dès lors qu'il apparaît que son acte est *sien* ? Dût il être maintenu pour les usages de la vie courante, de la petite morale habituelle, je crois que le libre-arbitre... devrait être tenu à l'écart de la question pénale »¹¹.

Bien qu'il conserve les termes d'imputabilité et de culpabilité, Tarde les utilise dans une telle problématisation qu'il les redéfinit radicalement. Et il est très curieux que cet auteur que l'on présente aujourd'hui volontiers comme un libéral typique (ce qui demanderait examen sérieux) rejoigne sur cette question le juriste soviétique de la période léninienne Pasukhanis qui, s'en prenant, lui, directement à la culpabilité considérée comme un concept « non scientifique » menant directement aux contradictions de « l'indéterminisme » écrivait : « Les actions d'un homme psychiquement anormal (irresponsable) sont tout autant déterminées par une série de causes (hérédité, conditions de vie, milieu, etc.) que les actions d'un homme tout à fait normal (entièrement responsable) » ; et il ajoute : « La rationalité de la peine... est déterminée en pédagogie exclusivement par la capacité d'un individu à saisir suffisamment le lien existant entre ses

10 CASTEL (R.) : *L'ordre psychiatrique*, Paris, Ed. Minuit, 1976 et *La gestion des risques*, Paris, Ed. Minuit, 1981.

11 TARDE (G.) : *o.c.*, p. 326.

propres actions et leurs conséquences désagréables et de s'en souvenir. Les personnes que la loi pénale considère comme non-responsables de leurs propres actions... sont également imputables sous cet angle, c'est-à-dire influençables dans un sens déterminé »¹². Et notons que c'est sur ces bases que Pasukhanis refusait la *métrique* des peines basée sur un principe d'équivalence et justifiée par une fétichisation de l'individu libre. Que l'on puisse organiser une responsabilité des actes de l'homme sur une représentation quantifiée de sa liberté, non seulement c'est postuler à la source de son action une volonté infinie, mais c'est encore se situer dans le paysage relativement plat de l'utilitarisme. La causalité qui est ici utilisée produit, dans l'envers de la liberté totale que constitue la folie, une idée de nécessité criminelle. Envisageant un acte accompli, le juge dispose de données finies ; il peut se faire une représentation de la causalité en termes d'éléments non seulement suffisants mais également nécessaires. Et c'est sur une telle représentation que la maladie (ou d'autres éléments de la vie de l'individu) peut être appréciée selon le schéma de la nécessité. Celui qui entreprend de retrouver l'action elle-même, dans le présent où elle se forme à l'intérieur d'une personnalité, sort du schéma juridique et de sa rationalité mécaniste et linéaire. On peut penser que la posture du psychiatre est à ce sujet plus compréhensive qu'explicative et que sa causalité à lui, si elle établit ce qui est suffisant, ne va jamais jusqu'à en faire du nécessaire. Disons que, pour lui, ce qui a été accompli par un individu reste problématique et résiste à toute réduction en forme d'inéluçabilité (ou de nécessité) historique. Comment pourrait-on penser autrement un projet thérapeutique ?

Très lucidement, Tarde pensait que « c'est à l'aliéniste qu'il conviendrait de demander la solution du problème relatif à l'identité personnelle de l'accusé et à son degré, au lieu de lui demander si et jusqu'à quel point l'accusé a été libre ; car c'est cela que l'on entend à présent encore en lui demandant si et jusqu'à quel point l'accusé est moralement responsable. Chose remarquable, à cette question de responsabilité ainsi posée et comprise, l'expert judiciaire, tout déterministe qu'il soit le plus souvent, répond toujours ; et comme on ne peut avoir l'irrévérence de penser qu'il parle pour ne rien dire, il faut bien admettre qu'il fait reposer sciemment ou à son insu la responsabilité sur une autre considération que celle du libre-arbitre auquel il ne croit point. Ne serait-ce point la considération de l'identité ? »¹³.

Ce qui nous est ici signifié, c'est que l'intervention du psychiatre est déterminée par une catégorie, le libre-arbitre, qui n'est pas de l'ordre de son savoir. Et même si nos connaissances ont progressé depuis l'époque où s'exprimait Tarde, il n'est pas évident que nous soyons sortis de la problématique désignée. Du pénal au psychiatrique, demeure-t-on dans un champ homogène ? Cela n'est pas du tout certain et le problème est que le psychiatre se trouve impliqué, peut-être selon une argumentation négative, dans la reconstruction des prémisses de la peine. Quand le savoir médical est convoqué pour servir une argumentation au judiciaire on doit se demander si cette situation n'impose

12 PASUKHANIS (E.) : *La théorie générale du droit et le marxisme* (1926), Paris, E.D.I., 1970, p. 166. (Juriste éminent de la période révolutionnaire, Pasukhanis, éliminé en 1937, disparaît sous le stalinisme).

13 TARDE (G.) : *o.c.*, pp. 340-341, note 1.

pas à la psychiatrie une perversion de sa propre logique en la contraignant à faire passer discrètement le sens médical du normal et du pathologique dans le champ social.

C'est un risque souvent désigné par Georges Canguilhem que celui du croisement ou de l'échange des significations et c'est selon toute son importance que Foucault en a montré les dangers spécialement dans l'espace médico-légal. De manière très précise, Georges Canguilhem a montré que « le propre d'une maladie c'est de venir interrompre un cours, d'être proprement critique... (qu') on est malade non seulement par référence aux autres, mais par rapport à soi »¹⁴. Là est l'interrogation médicale. Quant au juge, ce ne sont pas les mêmes différenciations qu'il doit poser ; pour lui, appliquer le droit à un individu c'est d'abord dire qu'il est comparable aux autres, ne pas l'appliquer c'est conclure à une différence, c'est classer l'individu ailleurs. Pour employer les termes utilisés par Georges Canguilhem, disons que le juge doit bien moins établir une maladie qu'une anomalie car, précisément, l'anomalie est « le fait de variation individuelle qui empêche deux êtres de pouvoir se substituer l'un à l'autre de façon complète »¹⁵. Logiquement l'individu qui se voit octroyer le bénéfice de l'article 64 devrait être déclaré anormal pour le droit ; ceci pour dire que le juge, en faisant jouer cet article du Code, déclare que l'individu considéré ne ressortit pas au genre dont il s'occupe et pour lequel il est mandaté ; il n'est pas autorisé à atteindre le niveau particulier d'une existence qui n'est pas comparable à celle des sujets définis par le droit. Sur ce point, et même lorsque le juge suit en cela les conclusions d'un expert médical, le non-lieu prononcé n'est en rien fondé sur la notion de pathologie telle que la médecine peut la comprendre.

Avec l'article 64 il s'agit de manière peut-être paradoxale de fonder sur une base juridique la mise à l'écart de l'application du droit. C'est dans ce cadre que le terme de démence doit être vu comme un terme du droit (si ce n'est de droit) ; c'est pour le droit, ainsi que l'a montré Foucault, que ce terme a un sens¹⁶. Dans la logique initiale du Code, le terme de *démence* désigne un trouble de la lucidité différenciant l'individu incriminé de l'individu théorique que lui suggère le Code. Mais cette différence, le juge se borne à la constater et n'a pas à se prononcer sur sa nature profonde, celle-ci ressortit à un examen qui est *logiquement* second. Et ce n'est pas parce que l'expertise est médicale et intervient préalablement au non-lieu que ce dernier est lui-même pénétré d'une telle logique. C'est bien ce qu'organise la procédure elle-même en distinguant l'expertise qui éclaire le juge à ce niveau de celle, administrative, qui pourra fonder un placement d'office. Là encore ce n'est pas parce que ce peut être le même expert qui cumule les deux qualités (chose d'ailleurs très contestable) qu'on doit confondre les deux stades et s'imaginer qu'ils poursuivent la même problématique. Bien au contraire les deux moments, judiciaire et administratif, sont fort distincts et séparés. Confondre le tout peut, selon une séquence d'interprétation regrettable, amener d'abord l'effacement du droit derrière la médecine, ensuite l'effacement de la médecine derrière l'administratif. Ni le droit, ni la médecine ne

14 CANGUILHEM (G.): *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966, p. 87.

15 Idem, p. 85.

16 FOUCAULT (M.) : in *Actes*, n° 54-1986, p. 68.

peuvent trouver leur compte dans cette affaire, et surtout pas la psychiatrie qui, perçue alors comme supportant le processus, se voit confier des tâches de type administratif.

Mais poursuivons le raisonnement et considérons, avec nos conclusions précédentes que, dans le même temps où on glisse de l'imputabilité à la responsabilité, on transforme en maladie ce que le droit entend poser comme anomalie. La logique ségrégative du droit qui perdure dans la procédure se nie dans son origine sociale et historique pour s'abriter derrière le constat médical. Cette transformation d'une anomalie sociale en maladie peut, pour un temps, cacher ce caractère ségrégatif du droit et de la rationalité juridique ; au niveau pratique, cette transformation est d'autant plus contestable qu'elle fait des notions médicales un principe de différenciation sociale. Et on nous accordera ici, si notre analyse est correcte, qu'il est fort difficile de justifier l'opération en disant que, dans le fond, ce n'est pas une si mauvaise chose que de faire échapper à un mauvais droit. Ce qu'il convient de dire c'est que le processus mis en place ne fait que désigner la nature du droit commun dans le moment où il esquivé le dévoilement de sa propre logique. Et notre appréciation doit être bien comprise ; nous ne sommes évidemment pas partisan de l'application intégrale d'un droit que nous posons comme obéré et borné par la peine, de même que nous l'avons vu pris dans un processus théologique de représentation. Aussi nous ne nous en prenons pas à la psychiatrie et aux expertises, mais à la condition qui leur est faite d'être les vicaires de l'inhumanité profonde de notre droit pénal.

Car les conséquences, on le sait, peuvent être graves. Comme le fait remarquer Robert Castel les médecins ne peuvent seulement et au fond d'eux-mêmes penser « si ce n'est pas nous qui nous en occupons, c'en sera d'autres, et il vaut mieux que ce soit nous » car ces « prétentions... ne sont peut-être pas toujours abusives, mais... ont toujours pour conséquence de transférer la "prise en charge" des sujets eux-mêmes à un groupe mandaté de spécialistes compétents »¹⁷. C'est en ce sens que la médecine comme administration, ce que refuse les psychiatres, et qui a pu exploiter les structures offertes par la loi de 1838, trouve en cet article 64 du Code sa condition de possibilité rationnelle. Mais il s'agit de la simple rationalité du Code vis-à-vis de laquelle la folie comme la psychiatrie sont contestataires, en leur fond. L'article 64 est un moment précis, exemplaire, de cette rationalité juridique qui convie le médical à faire fonctionner ses catégories dans un champ où les notions de normal et de pathologique ne veulent plus dire la même chose puisqu'elles n'assument pas la même fonction. Le risque est que la maladie puisse devenir synonyme d'anormalité au sens social du terme et que, de cette inversion du sens, elle devienne perçue comme cause des actes dangereux. On en arriverait ainsi à une naturalisation de la norme sociale et à un oubli quant au caractère historique de notre droit. On pourrait craindre que l'article 64 ne produise comme une sorte de dépassement de ses propres exigences puisqu'il ne demande que l'établissement du fait que l'acte incriminé et le trouble de la lucidité sont bien contemporains l'un de l'autre ; et cela sans qu'il faille voir entre ces éléments un lien de cause à effet. On peut en effet se demander si la médecine, opérant dans le cadre des contraintes du Code, n'est pas

17 CASTEL (R.) : *L'ordre psychiatrique, o.c.*, p. 184.

conduite à renchérir sur les exigences initiales du droit ; ceci dans un souci humanitaire certes, mais gros de conséquences quant au statut social des personnes concernées. C'est dans ces conditions que, logiquement, le psychiatre est amené, sur la base d'analyses qu'on ne manquera pas de lui rappeler comme étant les siennes, à assumer un acte que la société ne reconnaît pas et qui n'a, en son sein, pas d'auteur.

Mais ne nous leurrions pas ; l'article 64 a des bases solides et on ne manquera pas d'opposer à la volonté d'un regard plus concret les mérites de l'abstraction. Rechercher les particularités, dira-t-on, c'est risquer d'avoir une justice ayant deux poids, deux mesures. Et il n'est effectivement pas déraisonnable de prétendre que la meilleure manière d'appliquer le droit c'est d'aller du général au particulier. Ceci n'est peut-être pas faux, mais laisse intacte l'interrogation nécessaire sur la nature de cette généralité et sur le but qu'elle poursuit. Mais plus profondément l'objection possible et prévisible nous signale surtout que la contestation de la rationalité juridique n'est plus simple affaire localisée au dialogue entre le psychiatre et le juriste une fois mise à jour à partir du questionnement venant de la folie. Comme nous l'avons vu c'est le droit commun qui est en cause, il ne s'agit donc pas d'une affaire de spécialistes. D'ailleurs, lorsque la psychiatrie conteste l'article 64, elle refuse toute définition scientiste de son savoir, considérant que si celui-ci peut constituer un outil de compréhension il ne peut être considéré comme un principe de jugement.

En son temps mais il s'agit donc bien aussi du nôtre Tarde signalait l'exigence urgente d'une conception de la responsabilité « plus complexe, puisqu'elle a trait non à une abstraction, à un acte pris à part, soustrait à toute atmosphère intérieure ou extérieure, mais à une réalité concrète et vivante... une responsabilité relative et variable qui ne méconnaît pas la solidarité de toute une existence dans le crime d'un instant, ni la demi-complicité de tous dans le crime d'un seul »¹⁸. Tarde s'exprimait par-delà la rationalité juridique. L'interrogation sur l'article 64 poursuit un propos du même genre ; le moment pénal restauré selon sa dimension critique doit, en fait, à la psychiatrie, un déplacement possible du regard. La tension qui s'y exerce peut être productrice de mouvement à condition de bien voir que l'exigence d'un retour du malade dans la communauté des sujets de droit est en fait, ou plus exactement en pratique, le signe de la nécessité d'un dépassement de cette compréhension exclusivement juridique de la communauté.

La loi du 30 juin 1838, comme toute loi, n'a pu être que le développement de certaines potentialités disposées dans les codes du début du XIXème siècle. Organisatrice, elle l'a été dans le cadre d'une compréhension de l'homme dominée par l'unilatéralité de la raison juridique. La penser et la réfléchir en l'isolant de cet environnement ne peut qu'être une opération abstraite. Et de même que l'asile renvoie à la société qui le construit, de même la loi de 1838 demande l'interrogation du droit commun ; l'article 64 du Code pénal de 1810 est un lieu précis qui dégage les limites de la communauté civique et manifeste le caractère restreint de la compréhension juridique des actions humaines.

18 TARDE (G.) : *o.c.*, p. 339.