



Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu

Institut Louis Favoreu
Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle
CNRS UMR 7318

N° 7

LA PERMÉABILITÉ DU DROIT CONSTITUTIONNEL AUX AUTRES SCIENCES

Journée d'études organisée
sous la responsabilité scientifique de
Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI
Laurence GAY

2 octobre 2015
Institut Louis Favoreu – GERJC

LES SCIENCES DU PSYCHISME, LA SCIENCE DU DROIT ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

GÉRALDINE AÏDAN*

CHARGÉE DE RECHERCHE AU CNRS

UMR 7106 CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES DE SCIENCES ADMINISTRATIVES

« L'individu n'appartient jamais à une collectivité sociale – même à celle qui établit sur lui l'emprise la plus forte, l'État – par la totalité de son être, de ses fonctions et de sa vie psychique et physique. »

Hans Kelsen

« On pourrait croire, à première vue, que le problème de l'esprit ne se pose pas sur le terrain juridique »

Jean Rivero^o

La vie psychique fait l'objet de préoccupations juridiques à plusieurs titres. Tout d'abord, parce que le droit peut être considéré en lui-même comme un « instrument psychique », un « ordre symbolique », un « produit(s) du psychisme humain » ou encore un révélateur « en négatif des pulsions et désirs [qu'il a] pour mission de réprimer », mais aussi parce que le psychisme tend à devenir un objet du droit en tant que tel. Si en 1911, Kelsen envisageait déjà cette possibilité, cette intégration se révèle aujourd'hui dans les différentes branches du droit et les différents niveaux normatifs. C'est ainsi que les normes juridiques sont parsemées aujourd'hui de références à la vie psychique à travers l'importation du terme « psychique » (« troubles psychiques ou neuropsychiques », « intégrité psychique », de « souffrance psychique », d'« handicap psychique »,

« déficience psychique », de « santé psychique », d'« identité psychique », de « développement psychique », de « situation psychique », de « détresse psychique », de « sexe psychique »...) et au-delà du mot, à travers la saisie de phénomènes que l'on pourrait intuitivement qualifier « d'intérieurs », auxquels renvoient de nombreuses expressions familières du droit et notamment du droit public (telles que « les troubles mentaux », « le for intérieur », « les libertés de l'esprit », « la volonté », « l'intention », « l'intimité », « la conscience », « les troubles mentaux », les « sentiments », l'« intime conviction », le « *pretium*

* H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2004, p.15.

** J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, Tome 2, Puf, 9^e éd. 2003, p. 126

¹ P. Amssek, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, tome 25, 1980, p. 91.

² Voir notamment P. Legendre, Leçon IV, suite 2, « Fondement, filiation, fondement généalogique de la psychanalyse » par Alexandra Papageorgiou-Legendre, Paris, Fayard, 1990.

³ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 202

⁴ Voir, notamment : H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Scientia Verlag Aalen, 1984 (1923), p. 77 « un moment psychique n'est une condition de l'imputation que si cela est prévu dans la norme », et p. 157 : « Quand la description du fait générateur pose comme condition l'intention, la volonté, ou d'autres faits psychiques [...] » et voir H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2004, p. 15.

⁵ Art. 122-1 du Code pénal.

⁶ Article 211-1 du Code pénal, article 142-1 du Code de santé publique, ...

⁷ Article L. 1110-10 du Code de la santé publique, issu de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 – art. 9 *JORF* 5 mars 2002 : « Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ».

⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, intégrée à l'article L. 114. du Code de santé publique : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». (Nous soulignons).

⁹ Article 222-10 du Code pénal.

¹⁰ Article L. 312-6 créé par Ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 – art. (V) « Toute personne physique sollicitant la délivrance ou le renouvellement d'une autorisation d'acquisition ou de détention de matériels, d'armes ou de munitions des 1^{re} et 4^e catégories ou faisant une déclaration de détention d'armes des 5^e et 7^e catégories doit produire un certificat médical attestant que son état de santé physique et psychique n'est pas incompatible avec la détention de ces matériels, armes ou munitions ».

¹¹ Voir par ex. Cour EDH, *Petrina c/ Roumanie*, 14 oct. 2008, req. n° 78060/01.

¹² Cf. Loi n°2005-706 du 27 juin 2005 relatives aux assistantes maternelles et aux assistants familiaux ayant pour objectif de favoriser le développement physique et psychique de l'enfant.

¹³ Article L. 345-2 du Code de l'action sociale et des familles : « Dans chaque département est mis en place, sous l'autorité du représentant de l'État, un dispositif de veille sociale chargé d'accueillir les personnes sans abri ou en détresse, de procéder à une première évaluation de leur situation médicale, psychique et sociale et de les orienter vers les structures ou services qu'appelle leur état ».

¹⁴ CE réf., 10 février 2012, *Karamoko F. c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*.

doloris », les « facultés intellectuelles », l'« imagination », la « croyance », la « souffrance », l'« épanouissement personnel »...). Dans ce flot de phénomènes psychiques en partie nouvellement saisis par le droit, une évolution matérielle peut être repérée. Si les traditionnelles notions du droit relatives à ces phénomènes (volonté, intention, liberté d'esprit...) renvoient à la conception d'un sujet conscient, rationnel et souverain, centré sur la volonté et ses déclinaisons, de nouvelles notions s'ouvrent à compter des années quatre-vingt-dix, sur la conception d'un sujet opaque à lui-même, intégrant désormais sa dimension psychique, celle que la volonté ne maîtrise plus totalement (l'identité psychique, la souffrance psychique, le bien-être, le développement de soi...). L'on voit ainsi émerger un sujet psychique¹⁵ dans la sphère juridique¹⁶. Cette analyse du droit positif, peut se doubler d'une approche d'anthropologie juridique en avançant l'hypothèse que cette évolution semble témoigner de la réception, aujourd'hui dans le droit contemporain, de nouveaux aspects de la personne telle que la psychanalyse et la philosophie ont contribué à nous les révéler. Plus précisément, le concept psychanalytique de « réalité psychique » qui est l'une des découvertes majeures du siècle dernier, bousculant ceux de « volonté » et de « conscience » au profit de celui d'« inconscient » et d'une mise en doute de la conscience comme totalité du psychisme¹⁷, infiltre le droit et offre une nouvelle conception de la subjectivité juridique dépassant le paradigme de la volonté, de la conscience, du sujet rationnel.

Du point de vue de la méthode, ce sont la philosophie et les sciences du psychisme, ayant comme objet fondamental « l'homme en tant que psyché »¹⁸, et plus spécifiquement la psychanalyse, qui ont permis d'éveiller notre perception d'observateur à l'existence ou à l'émergence de ces phénomènes psychiques dans le droit. Mais de quels faits psychiques s'agit-il ? Afin de construire un concept de fait psychique pertinent – c'est-à-dire proches de nos intuitions de départ et répondant à notre stratégie de recherche – les propriétés recherchées étaient tout à la fois rattachées à un terrain d'analyse extra-juridique, celui de la philosophie et des

sciences du psychisme, et tendues vers une finalité juridique : l'identification et la description de certains phénomènes juridiques. Le droit ne peut saisir que des faits ontologiquement possibles, et la connaissance plus précise de l'existence de certains phénomènes décrits par les disciplines du psychisme et en particulier de la psychanalyse, a permis de s'en familiariser et de confirmer ou d'imaginer la possibilité de leur saisie et de leur réception par le droit. La définition proposée a été la suivante : « l'ensemble des faits immatériels et vécus par une personne humaine »¹⁹. Une autre définition a été ponctuellement utilisée afin de mettre en lumière d'autres aspects des phénomènes étudiés. Le fait psychique a été défini aussi comme « un fait non directement observable ». Ainsi, en construisant un concept de fait psychique qui nous est utile pour décrire et analyser l'évolution qui semble se manifester dans le droit, l'objectif n'a pas été de « coloniser »²⁰ ou de « capter »²¹ une lecture scientifique du droit en imposant une exigence d'une autre science à l'égard de la nôtre, mais d'éclairer l'existence de certains phénomènes juridiques à l'aide des sciences du psychisme. D'une manière générale, l'importation d'instruments théoriques et conceptuels d'autres disciplines ou d'autres systèmes juridiques contribue à décrypter le droit positif en renouvelant les enjeux d'une description juridique²².

C'est ici comme « métapsychologie », comme « psychologie des profondeurs », que la psychanalyse est entendue, c'est-à-dire comme fonds théorique²³ et comme méthode d'investigation issue de la pratique thérapeutique²⁴. C'est d'ailleurs cette dimension de la psychanalyse qui a fait de Freud un penseur aussi du lien social et de la culture et qui permet aujourd'hui aux chercheurs en psychanalyse de développer un domaine nouveau d'« anthropologie psychanalytique »²⁵ visant à questionner le collectif, y compris le droit. Si la

¹⁵ Un sujet psychique non pas comme « réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit », un concept auxiliaire dans la description et formulation de données de droits ». H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 174. Il s'agit en ce sens d'un concept doctrinal, exprimant de manière métaphorique, l'unité de droits et d'obligations visant un type de phénomène spécifique : le phénomène psychique et qui ont pour contenu la conduite d'un individu déterminé, op. cit., p. 174

¹⁶ Pour une analyse détaillée de l'hypothèse et la thèse avancée voir G. Aidan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2012, 550 p.

¹⁷ La révolution du sujet prend ici un nouveau tournant. Après celle opérée par Copernic, puis par Darwin. V. S. Freud, « Une difficulté dans la psychanalyse », *Essai de psychanalyse appliquée*, Paris, Gallimard, 1975.

¹⁸ P.-L. Assoun, *Freud, la philosophie, les philosophes*, Puf, Paris, 1^{re} éd., 1976, p. 33 : « L'objet de la psychologie, science spéciale, constitue aussi l'un des objets fondamentaux revendiqués par la philosophie : l'homme en tant que psyché ».

¹⁹ Si cette définition ne pouvait être satisfaisante en tous points, elle présente de nombreuses qualités épistémologiques pour une recherche en droit. Pour une justification voir G. Aidan, op. cit.

²⁰ G. Pragier, S. Pragier-Faure, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, Puf, 2007, p. 16.

²¹ I. Stengers, *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Paris, le Seuil, 1987, cité par G. Pragier, S. Pragier-Faure, *ibid.*, p. 16.

²² Le droit comparé offre une multitude d'exemples de cette position doctrinale.

²³ « Ensemble de lois et de concepts, articulés entre eux et qui forment une représentation cohérente de la réalité et de la vie psychique », R. Roussillon, *Manuel de psychologie et de psychopathologie clinique générale*, Elsevier Masson, 2007, p. 5

²⁴ L'on exclut ainsi ici l'usage de la psychanalyse comme « méthode de traitement thérapeutique » qui suppose un cadre thérapeutique très strict. Voir les trois sens de la psychanalyse selon Freud : « La psychanalyse est : 1) un procédé d'investigation des processus psychiques, qui autrement sont à peine accessibles ; 2) une méthode de traitement des troubles névrotiques ou psychotiques, qui se fonde sur cette investigation, également nommée la cure psychanalytique ; 3) une série de conceptions ayant trait au psychisme, acquises par ces moyens et qui fusionnent progressivement en une discipline scientifique nouvelle ». « Psychanalyse et théorie de la libido », in *Résultats, idées, problèmes*, Paris, Puf, p. 31-77 (p. 51).

²⁵ Voir notamment, P.-L. Assoun, *Freud et les sciences sociales. Psychanalyse et théorie de la culture*, Armand Colin, 1993, 2^e éd., collection U, 2008.

philosophie²⁶ puis la psychologie, la psychiatrie et surtout la psychanalyse²⁷ apparaissent ainsi comme les premières sciences du psychisme²⁸ – chacune pouvant se recouper selon l'approche adoptée – d'autres sciences du psychisme, ouvrent la voie par la suite à de nouvelles représentations des phénomènes de l'esprit humain. Ainsi des sciences cognitives²⁹ – qui se développent sur le terreau des sciences comportementales³⁰, – et des neurosciences³¹, en plein essor, qui proposent d'autres modes de connaissance du fait psychique, plus fidèles aux canons traditionnels des sciences explicatives³². Or, face à l'expansion dans l'environnement juridique de ces phénomènes psychiques par définition « non directement observables », le droit semble accueillir, à la fois comme méthodes d'investigation (outil d'analyse du

processus délibératif, ou d'identification de certains troubles notamment par les expertises) et comme référence théorique, ces nouvelles sciences du psychisme répondant *apparemment*³³ plus précisément au souci d'objectivité du droit. Il en va ainsi aux États Unis³⁴ qui, dans une longue tradition d'importation de méthodes scientifiques dans le champ de l'expertise³⁵ (l'hypnose, les détecteurs de mensonge), utilisent l'imagerie cérébrale comme preuve dans les procès. En France, la référence désormais explicite³⁶ à l'imagerie cérébrale dans la nouvelle loi bioéthique du 7 juillet 2011³⁷ semble encourager le recours à cette technique dans le cadre d'expertise judiciaire. Se développe en France aussi à présent³⁸ un *neurodroit*, sur le modèle du *neurolaw*, désignant « le champ de recherche s'intéressant aux applications juridiques des neurosciences »³⁹ et permettant notamment d'interroger

²⁶ Paul-Laurent Assoun rappelle que « l'un des objets fondamentaux revendiqués par la philosophie [est] : l'homme en tant que psyché », P.-L. Assoun, *Freud, la philosophie, les philosophes*, op. cit., p. 33. La réalité psychique est aussi l'objet de la poésie, de la littérature... D'une manière générale, « L'art a pour objet la réalité psychique comme la science la réalité physique. Dans le cas de l'art, le chercheur et l'objet de recherche ne font qu'un », A. Green, *L'Art et la mort*, cité in A. Green, *Associations presque libres*, entretiens avec Maurice Corcos, Albin Michel, 2006, p. 67.

²⁷ Science au sens large car la psychanalyse ne peut être considérée comme une science en tant que telle, au sens des sciences dures ou des sciences humaines; elle fait l'objet d'une épistémologie spécifique. Sur la controverse concernant le caractère scientifique de la psychanalyse, dans cet article : I) B) 3) a). Voir pour une présentation détaillée de la place de la psychanalyse aujourd'hui au sein des sciences du psychisme, V. Micheli-Rechtman, « L'efficacité de la psychanalyse : une question épistémologique », *Figures de la psychanalyse*, 2007, n° 15, p. 167-177 et plus généralement son ouvrage issu de sa thèse de doctorat : *La psychanalyse face à ses détracteurs*, Aubier Psychanalyse, Flammarion, 2007

²⁸ Cette expression est utilisée ici de préférence à celle de « sciences de l'esprit », afin de mettre en avant l'intégration grandissante dans le droit aujourd'hui du mot « psychique ».

²⁹ « Les sciences cognitives forment un vaste continent de recherches qui touchent à plusieurs disciplines : la psychologies cognitives, l'intelligence artificielle, les neurosciences, la linguistique et la philosophie de l'esprit. On parle même aujourd'hui d'anthropologie cognitive » et de « sociologie cognitive » [...] les domaines couverts (perception, mémoire, apprentissage, conscience, raisonnement, etc.) sont étudiés à plusieurs niveaux : des bases biologiques (physiologie des cellules, anatomie du cerveau...) jusqu'à l'étude des états mentaux internes (représentation, images, mentales stratégies de résolution de problèmes). » *Le cerveau et la pensée. La révolution des sciences cognitives*, coordonnées par Jean François Dortier, Paris Sciences Humaines, 1999, p. 4

³⁰ Qui étudient les attitudes et les interactions, dans des contextes divers, des humains comme des animaux, considérés comme des êtres sociables

³¹ Qui analysent le fonctionnement du système nerveux, considéré comme les sièges de fonctions. Vitales. Au sein des neurosciences, il convient de différencier l'imagerie cérébrale anatomique qui informe sur la structure cérébrale par exemple concernant un traumatisme crânien et l'imagerie qui représente les zones du cerveau en activité pendant tel phénomène psychique : le rêve, l'intention, la tristesse etc. Pour une analyse logico-grammaticale, de la confusion entre fonction et condition du cerveau pour penser, rêver etc., confusion qui révèle en réalité un choix philosophique, voire P.-H. Castel, *L'esprit malade*, Ithaque, 2009, p. 15 et s.

³² Et dont les travaux confirment à bien des égards les hypothèses ou thèses de la psychanalyse. Voir en ce sens : « Neuroscience et psychanalyse », *Revue française de psychanalyse*, 2007, n° 71, Puf.

³³ Voir les définitions retenues précédemment.

³⁴ Pierre-Henri Castel a pu montrer que la naturalisation implicite du psychisme, procède en réalité d'un choix philosophique. À la question de savoir « Où est l'esprit ? "Où" est donc cette chose immatérielle, ce nuage impalpable de sensations, de croyances, de sentiments – et notamment de sentiment d'être soi –, mais aussi d'envie ou d'intentions par quoi s'amorcent nos actes ? », la réponse identifiant l'esprit au cerveau n'est pas « une réponse scientifiquement concurrente » mais une réponse « philosophiquement concurrente ». P.-H. Castel, *L'esprit malade*, op. cit., p. 13 et s. Voir en ce sens dans cet article, I) B), 4)

³⁵ Mais aussi en Italie ou en Inde cf. A. Laude, T. Lagarde, « Utilisation des neurosciences par le juge, l'avocat et l'expert : perspective historique », in *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, coord. par O. Oullier, Centre d'analyse stratégique, 2012, p. 16.

³⁶ L'établissement, en plus du critère de la pertinence, de quatre critères précis d'admissibilité de l'expertise scientifique depuis la décision *Daubert* de 1993 (la Cour suprême américaine, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* (1993), alliant les standards du *Fry* (*Frye test*) issue de la jurisprudence *Frye v. United States* (1923) et de *Fre* (*Federal Rules of Evidence*) : d'examiner la fiabilité de la technique, son degré de reconnaissance auprès de ses pairs de la communauté scientifique, sa marge d'erreur connue ou potentielle et son acceptation générale au sein de la communauté scientifique. Voir pour un rappel synthétique, A. Laude, op. cit., p. 18 et s.

³⁷ Aucune norme n'interdisait en effet avant l'utilisation de cette technique.

³⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011. Intégré à l'article 16-14 du code civil, l'article 45 de la loi dispose que : « Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

³⁹ Voir, par exemple, le programme de recherche financé par l'Agence nationale de Recherche (2014-2017), Normastim (*Les neurosciences de l'expérimentation à la clinique - Enjeux juridiques, philosophiques et sociologiques de la stimulation cérébrale profonde*), coord. par Sonia Desmoulin, <http://www.biusante.parisdescartes.fr/normastim/>

⁴⁰ Et de manière plus précise encore : il regroupe « l'ensemble des travaux en neurosciences dont les résultats peuvent, à diverses échelles allant de la neuropharmacologie à l'imagerie cérébrale, participer à l'éclairage des procédures légales et judiciaires » O. Oullier, S. Sauneron, (2009). « Perspectives scientifiques et éthiques de l'utilisation des neurosciences dans le cadre des procédures judiciaires », *Note d'analyse* n° 159, Centre d'analyse stratégique.

les risques d'une appréhension réductionniste neurobiologique des phénomènes du droit⁴¹.

Ce lien entre droit et sciences du psychisme concerne de manière très aiguë et traditionnelle le droit pénal – les comportements de dangerosité, criminels, de violence ont-ils une origine génétique, chromosomique, cérébrale...? – mais concerne plus généralement l'ensemble du droit y compris le droit constitutionnel en ce qu'il interroge la théorie du droit et de l'État⁴² et influence potentiellement le droit constitutionnel entendu au sens matériel – l'ensemble des normes juridiques qui règlent la création des normes générales et abstraites – comme au sens formel⁴³ – l'ensemble des normes juridiques produites selon la procédure la plus renforcée. En effet, la multiplication et la diversification des faits psychiques saisis par le droit, associée à l'évolution des sciences du psychisme donnent l'occasion aux juristes de penser ou repenser la norme juridique, l'État⁴⁴, l'État de droit et les liens entre droit, sciences du droit et sciences du psychisme.

D'une part, l'identification du fait psychique pose d'épineux problèmes en théorie du droit. Qu'est-ce le droit peut saisir de ces phénomènes psychiques? Comment d'une manière générale, c'est-à-dire quel que soit le système juridique en cause, le droit peut-il appréhender le phénomène non directement accessible par les sens qu'est le phénomène psychique? Dans quelle mesure les nouvelles sciences du psychisme, permettent-elles d'affiner cette saisie? L'on sait que c'est dans le cadre de l'application des normes générales et abstraites à un cas concret (opération de concrétisation), que l'organe d'application qualifiera le fait particulier, en l'espèce psychique précis, conditionnant l'application de la norme⁴⁵. Quelles

implications cela entraîne-t-il sur l'État, l'État de droit et la norme constitutionnelle⁴⁶? Quel est l'espace de liberté d'appréciation dans l'identification du fait psychique des organes d'application des normes juridiques visant ce fait psychique? Comment encadrer les applications juridiques extensives du caractère non directement observable de ces phénomènes (tout psychique)? Quel est le rôle des sciences du psychisme dans cette garantie ou au contraire dans la justification de dérives possibles⁴⁷? Comment repenser, dans ce contexte de prise en compte juridique de la vie psychique des personnes et les exigences liées à l'État de droit? Comment le droit constitutionnel se trouve-t-il transformé par les modes de saisie de ces faits psychiques dans le droit? Et dans quelle mesure le droit produit-il à son tour une théorie du psychisme, indépendante des sciences du psychisme? Ainsi, à partir de la palette des techniques proposées par les sciences du psychisme, le droit opère des choix scientifiques sur la manière de concevoir le psychisme et selon l'orientation soutenue, produit alors à son tour une théorie du psychisme. Aussi, si l'on assiste à l'émergence d'un sujet psychique dans la sphère juridique, celui-ci se situe entre deux pôles: d'un côté le sujet « parlant »⁴⁸, centré sur une subjectivité prenant corps dans un rapport de parole et d'introspection de l'autre, le sujet « cérébral » dont le psychisme est identifié à l'activité cérébrale. Déjà le professeur Gutmann constatait, il y a une vingtaine d'années, que « le temps n'est plus à la controverse sur la sociabilité naturelle de l'homme ou sur les limites de sa raison. Il est, bien plutôt, à l'analyse de la nature psychique de l'être humain »⁴⁹.

D'autre part, l'on peut remonter au XIX^e siècle ce lien traditionnel entre sciences du droit et sciences de l'esprit. Kelsen apparaît alors comme le premier penseur du « fait psychique » à deux égards. Premièrement, dans le contexte volontariste de l'époque, son ambition est de construire une théorie « pure » du droit, déagée de l'influence d'autres

⁴¹ S'illustrant par exemple en droit dans le champ pénal par les indicateurs biologiques de la dangerosité, des signes biologiques de la criminalité... renouvelant les plus inquiétantes théories de droit pénal. Telle que la phrénologie de Franz Joseph Gall cherchant à établir un lien entre la personnalité et l'anatomie du crâne, ou Cesare Lombroso et sa théorie du criminel né. Pour une présentation générale de ces thèses déterministes dans l'histoire du droit pénal, voir R. Grassin et al., *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011. Voir pour une critique générale des déterminismes biologiques dans l'histoire des sciences, S. J. Gould, *La mal mesure de l'homme*, Edition Ramsay, 1983 (pour la trad. française).

⁴² Dans le sens d'« une théorie du droit positif – du positif en général » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 9) et d'une métathéorie c'est-à-dire d'une théorie portant sur d'autres théories du droit.

⁴³ Voir, H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, op. cit. p. 225 : « contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la législation, mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue ».

⁴⁴ Pour autant que l'on puisse distinguer le droit, de l'État; cf. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit.

⁴⁵ Il est pertinent de distinguer l'opération d'interprétation, qui est doctrinale, de celle consistant en l'application d'une norme qui relève du droit positif. Ainsi, concernant la concrétisation, le professeur Pfersmann explique qu'« elle se distingue de l'interprétation par le

fait qu'elle comporte deux phases successives: elle détermine d'abord la signification d'un énoncé prescriptif et procède (ensuite) à l'application de la disposition interprétée, par la production d'une nouvelle norme, le jugement. La concrétisation constitue donc une opération de production normative, par opposition à l'interprétation qui revêt un caractère rigoureusement non normatif », O. Pfersmann, op. cit., p. 111.

⁴⁶ Si l'on sait aussi que les experts du psychisme n'interviennent pas directement au stade des normes générales et abstraites – mise à part leur mobilisation possible pour les auditions publiques en vue d'élaboration de projets de loi – car ils ont vocation avant tout à aider à l'identification concrète des phénomènes psychiques.

⁴⁷ L'on connaît par exemple le rôle qu'a pu endosser la psychiatrie dans l'État totalitaire, comme sciences justificatrice d'oppression sociale. Plus généralement est ce à la psychiatrie, par exemple, d'attester de la dangerosité d'une personne? Cf. le II) B) en ce sens.

⁴⁸ Cf. Le « sujet cérébral » et le « sujet parlant ». A. Ehrenberg, « Introduction » à « La guerre du sujet », *Esprit*, novembre 2004, p. 74-85.

⁴⁹ D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 1999, p. 332.

sciences : en refusant – dans un premier temps⁵⁰ – toute réalité psychologique à la volonté du droit (volonté juridique et volonté psychique sont ainsi strictement séparées) et en la destituant de son statut privilégié : la volonté de l'auteur est indifférente tant que la norme ne la pose pas comme condition d'imputation⁵¹. Deuxièmement, il envisage aussi la « volonté et les autres faits psychiques » comme faits générateurs, c'est-à-dire comme objets possibles du droit. Il est ainsi l'un des premiers (et rares) théoriciens⁵² à penser la réalité psychique comme objet possible du droit. Kelsen a d'ailleurs lu et connu le fondateur de la psychanalyse. Il fréquenta, pendant la première guerre mondiale, un séminaire privé de Sigmund Freud puis noua, avec lui, des relations plus personnelles, dès 1921. Il prononça le 30 novembre de cette année, une conférence devant la *Wiener Psychoanalytische Gesellschaft* discutant notamment de la théorie freudienne des foules et d'où fut issu, par la suite, « Le concept d'État et la psychologie sociale » publié par Freud dans sa revue *Imago*⁵³. Plus généralement, il est possible de repérer dans l'œuvre des deux Autrichiens, une ambition commune : sortir leur objet de recherche d'une approche métaphysique, l'appréhender autant que possible scientifiquement. Pour l'un, le psychisme et la métapsychologie, pour l'autre, les normes juridiques et la théorie pure du droit. L'influence de la psychanalyse sur l'œuvre de Kelsen a déjà été évoquée par le légataire de ses œuvres. Rudolf A. Metall explique, en effet, que « le travail de Kelsen sur la psychanalyse a aussi eu des échos dans son œuvre »⁵⁴. Si l'on peut s'interroger sur un « Kelsen, disciple de Freud ? »⁵⁵, à propos de la théorie politique de Hans Kelsen⁵⁶, c'est aussi dans sa théorie juridique que peut être relevée la forte influence de la psychanalyse⁵⁷. C'est

pourquoi Kelsen apparaîtra tout au long de cet article comme l'auteur à partir duquel sera pensée cette « influence » des sciences du psychisme en général et de la psychanalyse en particulier sur la théorie du droit et sur le droit constitutionnel, tout en y portant un regard critique, ne serait-ce que du fait de l'évolution des sciences et en particulier des sciences du psychisme. La théorie kelsenienne s'inscrit en effet dans un moment⁵⁸ scientifique et épistémologique inédit, celui de la naissance de la psychanalyse. Elle s'inscrit aussi dans un contexte scientifique qui était celui du déterminisme et du positivisme. Quels dialogues les théoriciens du droit et les auteurs de doctrine constitutionnels entretiennent-ils aujourd'hui ainsi avec les sciences du psychisme ? Dans quelles mesures l'évolution des sciences du psychisme permet-elle de repenser la définition de la norme juridique (notamment telle qu'énoncée par Kelsen comme étant la signification d'un acte de *volonté*, qu'il qualifie de « phénomène psychique ») ? Quelle est la spécificité de la réalité psychique ? Dans quelle mesure poser la non-identité entre le fait psychique et le fait matériel saisi concrètement par l'organe d'application permet-il de repérer la part d'idéologie possiblement à l'œuvre dans l'espace d'interprétation qui lui est conféré ?

C'est comme modèle, comme sources de concepts, ou comme sciences explicatives que les sciences psychismes apparaissent dans la description théorique ou doctrinale de la norme juridique et de l'État. Elles sont aussi une voie d'action directe sur le droit lui-même, contribuant à renouveler le contenu des concepts dispositifs, y compris ceux des normes constitutionnelles. L'influence des sciences du psychisme se manifeste ainsi sur la manière de décrire le droit en général et le droit constitutionnel en particulier c'est-à-dire sur la théorie du droit et de l'État (I) et sur le droit constitutionnel lui-même potentiellement ou effectivement (II).

I.- LES SCIENCES DU PSYCHISME ET LA THÉORIE DU DROIT ET DE L'ÉTAT

Comment les théoriciens du droit se saisissent des sciences du psychisme pour penser leur objet ? Aux XIX^e et XX^e siècles, les sciences du psychisme (« sciences de l'esprit »⁵⁹) ont pu être présentées comme indispensables à l'analyse du phénomène juridique (et par conséquent étatique) ou utiles pour expliquer d'autres théories du droit. C'est comme

⁵⁰ À partir de la 2^e édition de *Théorie pure du droit* en 1960, la norme est définie comme la signification d'un acte de volonté entendu dans un sens psychologique.

⁵¹ Ainsi Kelsen explique-t-il que « l'imputation n'exige pas forcément que l'individu ait voulu le comportement violant la norme. Les conditions de l'imputation doivent être cherchées dans la norme, et non dans un principe moral absolu selon lequel « seul ce qui a été voulu peut être imputé [...] » et plus loin : « On doit chercher le principe d'imputation dans la norme, pas dans l'âme du sujet de l'imputation. "Un moment psychique" n'est une condition de l'imputation que si cela est prévu dans la norme », *ibid.*, p. 75 et 77.

⁵² Georgio del Vecchio concède que le droit positif « n'a jamais ignoré l'activité psychique, de quelque manière qu'elle ait été appréciée », G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 259.

⁵³ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale », publié dans *Imago*, *Revue de psychanalyse appliquée aux sciences humaines*, édité par Sigmund Freud, 1922, vol. VIII.2, et republié dans la revue *Hermès*, 1988.

⁵⁴ R. A. Metall, *Hans Kelsen, vie et œuvre*, reproduit partiellement in « Le surmoi, genèse politique, autour de Freud et Kelsen », (sous la dir. de Étienne Balibar, Carlos Herrera et Bertrand Ogilvie), *Revue Incidence*, n° 3, 2007, p. 215.

⁵⁵ C.-M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, éd. Kimé, 1997, p. 253.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Freud a d'ailleurs lui aussi importé des concepts du droit tels que les notions de culpabilité, d'instance, de tribunal en matière d'inconscient. Cf. *Dictionnaire de la culture psychanalytique*, p. 481. Il est aussi possible de considérer que « le premier analyste devient chercheur en « sciences sociales » ou plutôt qu'il se révèle posséder

les ressources pour éclairer le lien social », P.-L. Assoun, *Le droit en particulier*. De plus, Freud dénonce dans l'État « l'illusion de la moralité » et virtuellement totalitaire ».

⁵⁸ F. Worms, *Philosophie du XX^e siècle*, Gallimard, coll. Folio essais, 2009, p. 26 notamment

⁵⁹ Cf. W. Dilthey, *Critiques de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes* (1883), trad. de Sylvie Mesure, édition du Cerf, 1988. Voir la distinction entre sciences de la nature et sciences de l'esprit et les débats qu'elle a suscités au sein des sciences humaines.

références théoriques qu'elles apparaissent alors (A). Mais c'est surtout comme « outils d'investigation » dans l'identification concrète des phénomènes juridiques qu'elles semblent aujourd'hui indispensables (B). L'ensemble de ces points partira de l'analyse de Kelsen sur le phénomène psychique. Kelsen considère la science du droit comme une science de l'esprit⁶⁰ mais une science de l'esprit dont l'objet n'est pas empirique, contrairement, par exemple à la psychologie ou la sociologie, : la théorie pure du droit fonde ses analyses sur « la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques »⁶¹. Kelsen fut le premier penseur de la réalité psychique en droit en portant l'héritage freudien dans sa philosophie politique et dans sa théorie juridique.

A.- LE LIEN TRADITIONNEL ENTRE LES SCIENCES DU DROIT ET LES « SCIENCES DU PSYCHISME » AUX XIX^E ET XX^E SIÈCLES

Si Kelsen construit sa théorie du droit en la dégageant de toute influence d'autres sciences et notamment de la psychologie alors très fortement mobilisée à l'époque dans la science du droit (1), il va pour autant recourir à la psychanalyse comme fond théorique dans sa théorie politique pour décrypter certains phénomènes juridiques (2)

1) LA SCIENCE DU DROIT, UNE SCIENCE DE L'ESPRIT ?

Kelsen cherche à construire une théorie pure du droit comme une véritable science du droit, dégagée de toute idéologie mais aussi de toutes influences d'autres sciences empiriques, y compris la psychologie. Son ambition est d'« Élever la science du droit [...] au niveau et rang d'une véritable science », la « débarrasser [...] de tous les éléments qui lui sont étrangers » ; Il cherche ainsi à se démarquer de « la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours des XIX^e et XX^e siècles » et qui « sans aucun esprit critique, [...] a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part »⁶². Il impute d'ailleurs cet amalgame au fait que « le second groupe de sciences se

rapporte à des objets qui sont assurément en relation étroite avec le droit ; la théorie pure du droit n'ignore pas ni ne songe à nier cette relation »⁶³. Kelsen refuse ainsi de considérer la science du droit comme une province des sciences psychologiques alors fortement mobilisées au sein de la science du droit, tant du côté des positivistes que des *jusnaturalistes*, concernant notamment l'analyse de la volonté, de l'État et du fondement du droit⁶⁴. Seuls quelques exemples seront exposés dans le cadre de cette étude.

La théorie inorganique de **Georg Jellinek** en droit public⁶⁵ à l'origine d'une approche de sociologie du droit enserre, à la suite des théoriciens de la volonté du XIX^e siècle, la volonté dans une explication causale et psychique. La personne juridique est considérée comme naturelle et sa volonté est appréhendée comme un fait psychique fondant la validité de la norme juridique. C'est ce renversement qu'effectue Kelsen : une norme n'est pas valide parce que voulue mais voulue parce que valide. La validité n'est plus fondée sur la volonté mais sur la conformité formelle à la norme juridique qui lui est supérieure et, ultimement, à la norme fondamentale⁶⁶. Plus généralement, Jellinek construit sa doctrine de l'État en lien avec la psychologie⁶⁷, une théorie socio-psychologique contre la doctrine du droit naturel ambiante. Il explique, par exemple, que « les faits relatifs à l'État comprennent tout à la fois les actions humaines en elles-mêmes et leurs effets. Mais toute action est un [...] produit de l'activité psychique. Partant, la psychologie, c'est-à-dire la doctrine des « états et des actions psychiques », apparaît comme la condition préalable de toute science noologique en général, et de la doctrine de l'État en particulier. [...] tout d'abord, elle nous fixe sur un point considérable : l'État, encore que son action se projette nécessairement dans le monde extérieur, n'est pas moins un phénomène essentiellement psychologique, se déroulant avant tout dans le for intérieur de l'homme. Il existe dans son esprit et fait partie du contenu de sa conscience »⁶⁸. C'est pourquoi Jellinek a pu être considéré comme

⁶³ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁴ Bien que ces trois domaines relèvent en réalité tous du même : le phénomène juridique.

⁶⁵ Elle remonte au modèle conceptuel du XIX^e siècle avec les théoriciens de la volonté tels que Carl Friedrich Von Savigny pour qui le sujet de droit est identifié à la personne humaine. Pour une présentation de Kelsen dans ce contexte théorique, voir S. L. Paulson, « Introduction » à la *Théorie générale du droit et de l'État* de H. Kelsen, *op. cit.*, p. 9 et s.

⁶⁶ Ainsi, « la volonté n'est plus une notion traditionnelle psychique ou psychologique mais une notion construite » voir S. L. Paulson, « Introduction » à la *Théorie générale du droit et de l'État* de H. Kelsen, *op. cit.*, p. 16, et H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, 2^e éd. 1923, Aalen, Scientia, 1960, note 2, p. 5, p. 133 et p. 176, cité par l'auteur p. 16 : « Un acte juridique est voulu si ou parce qu'il est valide. La propriété "validité" est ici la base de la connaissance de la propriété "être voulu" ».

⁶⁷ Il est à noter, à ce titre, qu'il s'agit là d'une conception étroite de la psychologie.

⁶⁸ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Première Partie, Théorie générale de l'État*, rééd., 2005, éd. Panthéon-Assas, p. 140. Nous soulignons.

⁶⁰ Depuis le début, mon objectif était d'élever la doctrine juridique qui s'épuisait presque entièrement – de manière ouverte ou masquée – dans des considérations de politique juridique, à la hauteur d'une véritable science, d'une science de l'esprit (en allemand: *Geisteswissenschaft* », H. Kelsen, *Préface de la première édition de la Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 3. Traduction d'Otto Pfersmann. Je remercie très vivement Otto Pfersmann de m'avoir signalé cette autre traduction possible, inscrivant la science du droit au sein des sciences de l'esprit et qui diffère de celle publiée de Charles Eisenman (« L'une d'entre les sciences morales ».)

⁶¹ H. Kelsen, « Une théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On law and Justice d'Alf Ross* », trad. Française par G. Sommeregger et E. Millard, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 4, 2000, *op. cit.*, p. 19.

⁶² H. Kelsen, *Préface à La Théorie Pure du droit*, *op. cit.*, p. 5.

théoricien « subjectiviste radical »⁶⁹ et que l'on peut comprendre, avec Olivier Jouanjan que, « la science juridique est sans conteste pour Jellinek *science de l'esprit*. Elle est certes science des normes, mais aussi science de l'esprit. Son objet, dénommé « droit », est un phénomène de la *vie psychique* »⁷⁰.

C'est aussi à une conception psychologique du droit que s'est livré **Léon Duguit** dans son ouvrage *Les transformations du droit public*, lorsqu'il définit le droit comme étant « avant tout une création psychologique de la société, déterminé par les besoins d'ordre intellectuel et moral »⁷¹. La volonté, qu'il nomme « phénomène psychique », revêt la fonction de fonder juridiquement les règles de conduite conformes à un certain but considéré comme « objectif ». C'est ainsi que, pour Léon Duguit, un acte n'est juridique et n'est sanctionné par le droit objectif que si la volonté qui l'anime poursuit un but conforme à la « solidarité sociale entre les individus »⁷². « C'est donc à la valeur de ce but que tout se ramène. Et ce but, lui-même, n'existe qu'en tant qu'il est pensé par l'auteur de l'acte. De telle sorte que, s'interroge le Doyen, le problème devient celui-ci : quand le but, qui dans la pensée de l'auteur a déterminé cet acte, est-il de nature à donner une certaine valeur à l'acte ? »⁷³. Or, cette pensée, rattachée à la volonté, est considérée comme un « phénomène psychique » par le doyen Duguit. Il la définit comme « cette tendance consciente de la pensée interne à agir du dedans au dehors » et envisage d'une part la « pensée interne » ou « volonté » ou « état de conscience »⁷⁴, et d'autre part la manifestation externe de cette volonté qui est « l'action » ou « l'acte de volition ». Il renvoie aux psychologues la question de savoir s'il s'agit alors de « deux phénomènes psychiques distincts ou de deux phases successives et

concomitantes du même phénomène psychique »⁷⁵. La définition de la volonté est reléguée aux sciences psychologiques, alors même qu'elle est inscrite dans la norme juridique, selon cette théorie.

Par la suite et parmi les théoriciens traditionnellement qualifiés de *jusnaturalistes*⁷⁶, **Giorgio del Vecchio**⁷⁷ s'illustre en définissant le droit comme « un fait de l'esprit humain. Il est le fruit des convictions – et celles-ci constituent un fait psychique – ainsi que des jugements des hommes réunis en société »⁷⁸. Il explique aussi que « le droit positif, une fois établi, les règles impératives qui le composent, s'adressent aux consciences individuelles, exigeant d'elles l'obéissance, c'est-à-dire un comportement déterminé [...], le droit se déroule donc entièrement dans l'ordre des faits psychiques. C'est en cela que, selon lui, le droit est en « relation avec la psychologie »⁷⁹.

C'est aussi concernant le fondement de la normativité juridique que les sciences de l'esprit empiriques ont pu être mobilisées par les théoriciens du droit du siècle dernier et notamment la théorie réaliste scandinave, dont l'un des représentants le plus illustre est **Alf Ross**⁸⁰. La vive controverse qui l'opposa à l'époque à Hans Kelsen⁸¹ concernant la validité illustre cette impossibilité épistémique pour Kelsen de relier la science du droit à la psychologie. Pour Ross⁸², la normativité juridique réside dans la cause de l'efficacité du droit c'est-à-dire deux « facteurs psychiques » : le respect des autorités considérées comme compétentes et la peur de la sanction⁸³. L'élément normatif consiste dans le sentiment subjectif qu'on croit devoir se comporter comme le prescrit la norme, d'être lié par le

⁶⁹ Selon la formule d'Olivier Jouanjan, in O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Puf, 2005, p. 296.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 299. Nous soulignons. Olivier Jouanjan explique ainsi que Jellinek « partage la thèse essentielle que défend Simmel (dans les problèmes de la philosophie de l'histoire), « les faits psychiques constituent la matière de l'histoire ».

⁷¹ Cette solidarité revêt deux aspects : la solidarité par similitude lorsque les individus ont des besoins communs à satisfaire en commun ; mais aussi solidarité par division du travail car les hommes ne pouvant satisfaire eux-mêmes tous leurs besoins, ils font appel aux aptitudes des autres hommes, d'où les échanges de services entre les membres de la société.

⁷² La citation complète est la suivante : « Ce qui fait le droit, la règle de droit c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie. Le droit, en un mot, est avant tout une création psychologique de la société, déterminé par les besoins d'ordre intellectuel et moral ». L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 45.

⁷³ Cette solidarité revêt deux aspects : la solidarité par similitude lorsque les individus ont des besoins communs à satisfaire en commun ; mais aussi solidarité par division du travail car les hommes ne pouvant satisfaire eux-mêmes tous leurs besoins, ils font appel aux aptitudes des autres hommes, d'où les échanges de services entre les membres de la société.

⁷⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1^{re} éd. Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, 2003, p. 83.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁶ Georges Rippert explique dans sa préface à la *Philosophie du droit* de Giorgio del Vecchio « qu'en somme le droit naturel se réduit à l'idée de justice » et que « M. del Vecchio sera classé sans doute parmi les défenseurs du droit naturel [...]. S'il reconnaît l'existence d'un droit naturel, c'est en tant que droit idéal permettant de juger le droit positif » G. Rippert, « Préface » à G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, 1936, réédition, Dalloz, 1953, p. II et III.

⁷⁷ Bologne, 1878 – Gênes, 1970.

⁷⁸ G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, 1936, réédition, Dalloz, 2004, p. 21.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 21.

⁸⁰ Voir également les thèses de Karl Olivecrona, et notamment la notion de « sentiment de contrainte intérieure » au fondement selon lui de la force obligatoire du droit. *La force obligatoire du droit est une construction de l'esprit, Les droits sont des représentations mentales* L'idée de « force obligatoire » est donc d'abord et avant tout une « réalité psychologique » dont le fondement [...] réside dans « le fort sentiment de subordination que nous éprouvons à l'égard de l'ordre juridique. Cf. P. Brunet, « Le droit est-il dans la tête ? », à propos de Karl Olivecrona, *De la Loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave réaliste du droit*, trad. P. B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011, *Juspoliticum*, Revue de droit politique, n° 8, juillet 2012, en ligne, <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-est-il-dans-la-tete.html?artpage=2>

⁸¹ Voir H. Kelsen, « Une théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit », *op. cit.*, p. 32

⁸² A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley University of California Press, 1959.

⁸³ Voir H. Kelsen, « Une théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit », *op. cit.*, p. 32 et s.

droit, c'est-à-dire sur un phénomène psychique. La validité conserve alors selon Ross l'idée normative. Conformément à la méthode empiriste traditionnelle, rejetant le dualisme être/devoir être, le droit est purement un fait, une partie des comportements sociaux des hommes et c'est en cela que la science du droit est une branche de la psychologie et de la sociologie. Or, pour Kelsen, la normativité juridique, c'est-à-dire la validité juridique, ne peut avoir pour cause un fait, soit-il psychique, elle a pour cause ultime une hypothèse transcendantale⁸⁴ : la Norme Fondamentale. Une norme est valide si elle est conforme à la norme qui lui est supérieure et, en dernier lieu, à la Norme Fondamentale présumée⁸⁵.

Toutefois, la volonté affichée par Kelsen de dé-psychologiser la théorie du droit dans le contexte de l'époque, semble à nuancer à deux égards au moins. Premièrement, si dans sa première période (en 1911 avec ses *Hauptprobleme*) Kelsen s'oppose à la théorie de la volonté traditionnelle, dominante à l'époque⁸⁶, en refusant toute réalité psychologique à la volonté du droit (la volonté du Kelsen de 1911 est non psychique, elle n'est qu'une construction juridique) et en excluant la volonté de l'auteur du fondement de la norme, dans la deuxième édition de la *Théorie pure du droit*, puis, de manière renforcée encore, dans la *Théorie générale des normes*, il semble se rapprocher d'une conception psychologique de la volonté. La volonté devient en effet une condition de la norme⁸⁷. Rejetant la conception idéaliste du droit⁸⁸, Kelsen estime désormais que la norme n'existe pas indépendamment de l'acte qui la pose et cet acte est bien un acte de volonté. La volonté concrète de l'auteur de la norme est donc utilisée et devient une condition de validité⁸⁹. Ainsi, la

psychologisation du « dernier » Kelsen se manifeste par une prise en compte de la volonté concrète et plus seulement juridique, c'est-à-dire d'une volonté psychique dans l'analyse de la structure normative. La norme est en effet définie comme signification d'un acte de volonté⁹⁰. Deuxièmement, Kelsen semble porter à bien des égards un certain héritage freudien, dans sa théorie politique mais aussi dans sa théorie du droit.

2) L'USAGE DE LA PSYCHANALYSE EN THÉORIE ET MÉTATHÉORIE DU DROIT

Si Kelsen refuse de considérer la science du droit comme une science de l'esprit dont l'objet serait empirique, il est toutefois possible de relever une influence très présente de la psychanalyse sur son œuvre politique. Comme l'explique Carlos Herrera « les rapports du juriste autrichien avec la théorie freudienne semblent fondamentaux pour la compréhension de la théorie politique kelsenienne »⁹¹. Kelsen montre ainsi qu'il est possible de mobiliser la psychanalyse comme outil théorique pour penser l'État (a) et comme outil métathéorique pour décrypter les autres théories du droit ou doctrine : notamment celle du droit naturel et du droit positif (b) Cette voie ouverte par Kelsen se prolonge aujourd'hui chez certains théoriciens du droit. Nous en donnerons deux exemples.

a) Penser l'État avec la psychanalyse

Kelsen : l'État comme « idéal du moi »

Freud apparaît comme un penseur de l'État⁹² et « la psychanalyse offre à Kelsen la possibilité d'affirmer la nécessité de l'État »⁹³ en donnant un fondement scientifique à la contrainte. Certes, Kelsen s'oppose à Freud sur la manière de concevoir l'État⁹⁴ ; s'il apparaît

⁸⁴ Devenant une fiction dans la *Théorie générale des normes*, du fait de l'évolution de sa théorie vers un fondement psychologique. Voir en ce sens O. Pfersmann, « Notes de lecture », *op. cit.*, p. 203. Sur la controverse autour du statut de la Norme fondamentale voir aussi S. L. Paulson, « Introduction » à la *Théorie générale du droit et de l'État* de H. Kelsen, *op. cit.* et M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *op. cit.*, rappelant que la norme fondamentale est un présupposé épistémologique qui sert de fondement de validité à la constitution : « Elle est un présupposé nécessaire sans lequel aucun énoncé ne pourrait jamais être considéré comme ayant la signification d'une norme juridique. », *Ibid.*, p. 52. Pour une réflexion synthétique sur la norme fondamentale voir D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 229 et s.

⁸⁵ Cependant, les conditions de validité d'un ordre juridique sont des données d'ordre factuel : l'efficacité globale des normes et l'édiction de la norme par un acte posé, qui devient un acte de volonté (et de connaissance) à partir de la 2^e édition de la *Théorie pure du droit*.

⁸⁶ Notamment la théorie inorganique de Georg Jellinek en droit public, et qui remonte au modèle conceptuel du XIX^e siècle avec les théoriciens de la volonté tels que Carl Friedrich Von Savigny pour qui le sujet de droit est identifié à la personne humaine. Pour une présentation de Kelsen dans ce contexte théorique, voir S. L. Paulson, « Introduction » à la *Théorie générale du droit et de l'État* de H. Kelsen, *op. cit.* p. 9 et s.

⁸⁷ L'acte de volonté ne fonde pas la norme mais conditionne son existence.

⁸⁸ O. Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *op. cit.*, 90 et s.

⁸⁹ Voir O. Pfersmann, *op. cit.*, p. 92 et 93 : « ainsi lentement à partir de la deuxième période, mais surtout pendant la troisième et la quatrième période, Kelsen semble non seulement renoncer à la

précaution explicite du psychologisme, mais même assumer à son tour une certaine conception psychologique au moins concrète de la volonté. En 1911, Kelsen consacre plusieurs centaines de pages à réfuter la théorie de la volonté non juridique, dans la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* ou la *Théorie générale des normes*, la volonté est une condition nécessaire de la norme, mais il n'existe aucune explication relative à la nature de la volonté si ce n'est qu'il s'agit de ce qui a intentionnellement pour objet la réalisation d'une certaine action humaine. Par rapport à la *Théorie pure du droit*, Kelsen va encore radicaliser ce rapport dans la *Théorie générale des normes*, une norme ne saurait être sans acte de volonté, car il n'y a pas, dit-il en empruntant la formule à Walter Dubislav, d'impératif sans imperator, il n'y pas de commandement sans commandant. »

⁹⁰ Faudrait-il pour autant entendre la définition conférée à la norme (« la signification d'un acte de volonté ») comme désignant en réalité : la signification d'un énoncé déontiquement modalisé Comme le propose O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classe de validité normative » *op. cit.*, p. 74

⁹¹ Carlos Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 253.

⁹² Voir notamment « psychologie des foules et analyse du moi », 1921 et les travaux de Paul-Laurent Assoun.

⁹³ Carlos Herrera, *op. cit.*, p. 254. S. Freud, *Psychologie des foules et analyse du moi*, 1921, Petite Bibliothèque Payot, 2012

⁹⁴ Voir la critique de l'analyse de Freud dans la « psychologie des foules et analyse du moi », par H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale », publié dans *Imago, Revue de psychanalyse appliquée aux sciences humaines*, éditée par Sigmund Freud, 1922,

pour ce dernier comme une « une réalité socio-psychologique » composée d'une âme collective « dans laquelle les processus psychiques s'accomplissent comme dans la vie psychique d'un individu » – indépendante des psychés individuelles –, il constitue pour celui-là une réalité exclusivement juridique : « l'unité présupposée de l'État est manifestement de nature extra-psychologique », ce qui est commun à ces individus, c'est uniquement l'ordre qui règle leurs conduites. L'État ce n'est donc que « l'unité d'un ordre normatif de contrainte et non l'unité des intérêts réels, des volontés réelles de ceux qui sont sous cet ordre »⁹⁵. Pour autant, Kelsen reprend le mythe freudien relatif à la naissance de la société afin de montrer que « l'État est l'idée directrice [au sens d'idéologie] que les individus appartenant aux foules variables ont mis à la place de leur idéal du Moi »⁹⁶ ;

C'est aussi à partir de la psychanalyse que Kelsen appréhende d'autres phénomènes étatiques tels que le marxisme⁹⁷, la démocratie ou la notion d'autorité, il explique, par exemple, que « l'expérience psychologique ou psychanalytique enseigne que l'on se représente l'autorité sociale comme une autorité paternelle »⁹⁸.

Pierre Legendre : l'État comme « ordre symbolique »

L'œuvre considérable de Pierre Legendre vise d'une manière générale à penser l'État à partir d'un savoir psychanalytique⁹⁹. Il cherche notamment à démontrer la place du droit et des juristes dans la structuration symbolique des sujets. Reprenant les concepts lacaniens de symbolique, de réel et d'imaginaire¹⁰⁰, l'historien du droit et psychanalyste élabore un système de pensée selon lequel le droit aurait pour mission, en tant qu'« ordre symbolique », de « garantir le principe d'identité pour que l'espèce vive et se reproduise selon sa loi ». Il assigne ainsi aux juristes la charge « du principe de Raison » dont ils seraient « les garants sur le terrain des casuistiques »¹⁰¹. Telle devrait être la grande ambition de l'État, et telle serait alors la grande irresponsabilité du droit contemporain, celle de garantir l'identité humaine par le maintien, notamment en droit de la famille, des principes fondateurs de la Raison. Pierre Legendre propose une architecture théorique permettant de

penser « le monument des constructions juridiques »¹⁰², du point de vue d'un psychanalyste.

La doctrine juridique contemporaine offre aussi de nombreux exemples de l'usage de « catégories anthropologiques fondamentales »¹⁰³ en se revendiquant souvent de la pensée de Pierre Legendre et d'une certaine psychanalyse lacanienne – à des fins de d'appréciation morale de normes juridiques. Cette « confusion des ordres juridique et moral »¹⁰⁴ dénoncée par Denys de Béchillon se manifeste régulièrement dans la littérature juridique¹⁰⁵ à propos de certaines lois réformatrices qui porteraient atteinte à la structuration psychique des personnes, assignant au droit le rôle de garant d'un ordre symbolique. Il en est allé ainsi, par exemple, des cent soixante-dix juristes qui se sont manifestés, en tant que juristes (professeurs et maîtres de conférences) à l'occasion du projet de « loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »¹⁰⁶ en matière de filiation et qui a donné lieu, sur le modèle d'une autre tribune écrite par la psychanalyste Sylvie Faure¹⁰⁷, à la réaction de certains de leurs collègues¹⁰⁸. Ces positions critiques relèvent en réalité d'un usage contemporain de la théorie pure du droit de Kelsen qui postule « la séparation de la science juridique d'avec la politique » et dont la « lutte » consistait justement à renoncer « à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques »¹⁰⁹. Elles interrogent le rôle de la doctrine en droit au sujet de cette importation de discours psychanalytiques ou pseudo-psychanalytiques : est-elle fondée, à prendre position scientifiquement sur des éléments issus de l'anthropologie psychanalytique¹¹⁰ ? Et à juger – et non pas seulement expliquer – le droit positif au regard de considérations relevant, en principe, d'autres disciplines que le droit ? Peut-on

¹⁰² P. Legendre, Leçon IV, suite 2, *Fondement, filiation, fondement généalogique de la psychanalyse*, op. cit., p. 51.

¹⁰³ D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories fondamentales ? », op. cit.

¹⁰⁴ D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories fondamentale ? », op. cit., p. 47.

¹⁰⁵ Et dans d'autres disciplines ; voir à l'époque les théories d'Irène Théry, en sociologie, à propos du contrat d'union sociale et de l'ouverture du mariage homosexuel et de la filiation aux couples homosexuels ; « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, n° 10, octobre 1997, p. 159-211.

¹⁰⁶ Qui sera adopté, voir la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

¹⁰⁷ Sylvie Faure-Pragier, « Homoparentalité : 'psys, taisons-nous !' », *Le monde*, 25 décembre 2012.

¹⁰⁸ Voir P. Brunet et al., « Mariage pour tous : Juristes taisons nous ! » <https://www.raison-publique.fr/article601.html>. Cette position critique n'est pas nouvelle concernant l'actualité : voir, par le passé, M. Iacub, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », in M. Iacub, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, coll. « Champs », 2002, p. 347 et s.

¹⁰⁹ H. Kelsen, in « Préface à la première édition » de la *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 4.

¹¹⁰ Comme l'explique très justement le professeur de Béchillon : « il n'y a pas de catégories anthropologiques fondatrices. Il n'y a que des théories anthropologiques réfutables, selon lesquelles la pensée et l'actions humaine s'organisent autour de certaines lignes de force, plus ou moins invariantes », D. de Béchillon, *ibid.*, p. 50.

vol. VIII.2, et republié dans la revue *Hermès*, 1988, numéro Masses et politique

⁹⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁶ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », précité, p. 151.

⁹⁷ Voir Carlos Herrera, *ibid.*, p. 256 et s.

⁹⁸ Kelsen, *ibid.*

⁹⁹ Qui est en somme une théorie psychanalytique du droit qu'il nomme « anthropologie dogmatique ».

¹⁰⁰ Voir P. Legendre, Leçon IV, suite 2, *Fondement, filiation, fondement généalogique de la psychanalyse*, op. cit.

¹⁰¹ P. Legendre, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTDC*, 1990, p. 639.

légitimement affirmer comment le droit devrait maintenir l'équilibre psychique de l'humanité ? D'une manière générale, ces questions renvoient aux rapports que le droit peut entretenir avec les sciences. Jusqu'où le droit peut-il et doit-il intégrer des principes, soient-ils fondateurs, issues de sciences sociales et du psychisme qui relèvent par nature, « de supposition en instance permanente de validation ou de remaniement »¹¹¹ ? Doit-il garantir les conditions de structuration du psychisme et si oui jusqu'à quel degré de généralité ?

Mais si « l'apparition de l'anthropologie et de la psychanalyse dans le langage pratiqué au sein d'univers scolastiques qui se sont toujours durement opposés à leur introduction n'a été rendue possible que par une édulcoration profonde de leur contenu »¹¹² et par leur instrumentalisation morale, un autre usage théorique ou doctrinal est possible, plus proche « de la description et de l'explication »¹¹³.

b) Penser les autres théories du droit avec la psychanalyse. Métathéorie avec la métapsychologie

Les théoriciens du droit peuvent se référer explicitement à la métapsychologie (psychanalyse) pour embrasser, décrypter, analyser, les autres théories du droit. Ainsi de Kelsen à propos de la doctrine du droit naturel et du positivisme juridique¹¹⁴ et, de manière contemporaine, de Denys de Béchillon se livrant à une analyse psychanalytique du droit.

Kelsen : le droit naturel comme « moi naïf »

Dans « la Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique »¹¹⁵, Kelsen se livre à un décryptage psychologique et politique des fondements de la doctrine du droit naturel et du positivisme. Dans le paragraphe IV intitulé « les fondements du point de vue de la connaissance (Métaphysiques) et les fondements psychologiques », il montre à quel point ces deux tendances sont « enracinées dans le tréfonds de la vision du monde et du caractère ». Il se livre alors à une

typologie graduelle, en fonction des capacités psychologiques du moi et de l'avancée humaine dans la connaissance, des différentes sortes du dualisme métaphysique¹¹⁶ et d'une vision scientifico-critique du monde impliquant le dépassement de ce dualisme métaphysique. C'est ainsi que ce dualisme, qui est celui de la philosophie de l'État et du droit naturel, a pour caractéristique général « le dénigrement de son propre moi qui lui fait comprendre le monde appréhendé par ce moi comme [...] la branche inférieure d'un autre monde qui, précisément parce que dans la mesure où il est le monde véritable définitif, parfait, le vrai monde, demeure caché à son moi connaissant »¹¹⁷. C'est donc à un manque de confiance, une « curieuse méfiance de l'esprit humain envers lui-même », un sentiment du moi diminué, qui se polarise entre un moi naïf – fondée sur une vision naïve et mythologique de la nature et de la société – un moi pessimiste, et un moi optimiste, auquel s'oppose l'effort pour « expulser le moi du processus de la connaissance »¹¹⁸ dans la vision scientifique du monde qui est celle du positivisme juridique. Fondé sur l'abandon de la recherche de la vérité absolue au profit d'une vérité relative, il explique alors que « l'idéal du positivisme juridique est (il) de ne laisser influencer la théorie du droit positif par aucune tendance politique ; la pureté de sa connaissance dans le sens d'une indifférence politique, est un de ses buts essentiels »¹¹⁹, contrairement donc au droit naturel qui est un moyen de justifier le pouvoir en place, de donner une légitimation scientifique au droit positif. Cette analyse mobilisant la notion psychanalytique de « moi » et des types de caractères se retrouve dans l'analyse contemporaine de Denys de Béchillon à propos du droit naturel. Dans la continuité d'un Kelsen qui montre que « c'est à peine si la source psychique à laquelle s'abreuve la spéculation métaphysique, à savoir l'imagination qui satisfait les désirs, coule là où prédomine l'entendement enclin au doute critique »¹²⁰, il décrypte le droit naturel en enrichissant sa critique d'une pensée freudienne affinée.

Denys de Béchillon : le droit naturel comme « sentiment océanique »

Denys de Béchillon utilise la métapsychologie pour dénoncer l'illusion métaphysique du droit naturel. Dans le prolongement affirmé des travaux de Paul Amselek sur ce point¹²¹, il explique que le droit naturel serait « une pure production psychique »¹²², un droit qui

¹¹¹ D. de Béchillon, *ibid.*, p. 51. Les exemples contemporains de la reconnaissance juridique de faits historiques (les lois dites « mémorielles ») sont en ce sens significatifs de la fonction attribuée au droit. Mais le constat par le droit d'un fait ne dit rien sur la véracité de ce fait, tel qu'il est reconnu par les sciences ou le sens commun. Il ne s'agit que d'un postulat du droit comme instance normative. Les faits saisis par le droit sont des faits possibles de la réalité mais d'une réalité (re)constituée ou fictive. Cf. notamment, H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 190.

¹¹² D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », op. cit., p. 62.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ D'autres analyses auraient pu être développées ici. Par exemple, la pensée critique de Kelsen à propos de la théorie du droit coutumier en qualifiant « d'élément psychique » le fait utilisé par la théorie traditionnelle pour définir la coutume : Cf. H. Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, Prague, 1939, p. 253-274 1939, rééd. in Ch. Leben, H. Kelsen, *Écrits français de droit international*, Paris, Puf, 2001, p. 71 et l'analyse proposée à partir du fait psychique : G. Aidan, *Le fait psychique objet des normes juridiques*, op. cit., p. 114.

¹¹⁵ H. Kelsen, placée en appendice de la *Théorie générale du droit et de l'État*.

¹¹⁶ Droit de l'homme primitif, dualisme métaphysico-religieux, dualisme pessimistes, dualisme optimiste, type conciliateur, le type intermédiaire.

¹¹⁷ H. Kelsen, *ibid.*, p. 466.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 482.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 484.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 481.

¹²¹ L'auteur explique que ces développements « doivent beaucoup à l'œuvre récente de Paul Amselek » Il s'agit de P. Amselek, *Science et déterminisme, éthique*, Puf Question, 1988.

¹²² D. de Béchillon, « Retour sur la Nature, critique d'une idée classique du Droit Naturel », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Images et usages et de la nature en Droit*, Publ. des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles 1993, p. 565. Reprint in

« n'existe – au sens strict – qu'à l'état de pur fantasme »¹²³. Après avoir rappelé la teneur de « l'essence partagée des théories naturalistes classiques – au moins telles qu'elles furent lues par Villey : l'existence d'un donné naturel proto-juridique, strictement objectif, antérieur et supérieur à toute construction humaine ; “ontologiquement premier” »¹²⁴, l'auteur montre que le droit naturel « ne peut plus véritablement prétendre à sa principale fonction : fonder causalement et transcendalement une référence objective pour la construction de l'ordre juridique positif et l'établissement d'une hiérarchie de ses normes »¹²⁵. Ainsi, et dans une conception métapsychologique, Denys de Béchillon identifie « l'idée droit naturel » comme le fameux « sentiment océanique » décrypté par Freud dans son *Malaise dans la civilisation*, ce sentiment d'éternité, où le soi se mêle au monde, où se retrouve cette satisfaction narcissique de fusion des premiers temps de la vie. Et l'auteur de préciser que « l'on adhère ou non, à l'explication psychanalytique qui vient d'être donnée ne change pas grand-chose à l'affaire. Il demeure un constat épistémologique : ce droit naturel classique se vérifie artefact, production abusive de l'esprit, projection de l'inconscient »¹²⁶. Denys de Béchillon explique encore que « l'homme seul, y joue, par la disposition de son psychisme qui l'aura conduit à inventer ce concept, à mettre en scène l'idée d'une nature normative »¹²⁷. Et dans la mesure où « ce n'est plus la nature qui agit mais le sujet » alors que « l'essence même du droit naturel réside dans cette recherche d'un principe situé en dehors et au-dessus de lui »¹²⁸, le droit naturel ne peut être considéré comme fondant objectivement l'ordre juridique positif.

Bien d'autres illustrations contemporaines de l'usage de la psychanalyse dans la théorie du droit, pourraient être données ; par exemple, l'emprunt par le théoricien du droit américain Michel Rosenfeld de concepts psychanalytiques pour penser les décisions jurisprudentielles¹²⁹.

J.-F. Niort et G. Vannier, *Autour de Michel Villey*, L'Harmattan, 1994.

¹²³ *Ibid.*, p. 564. L'auteur précise entre parenthèses que « ce terme étant entendu, du reste, sans connotation péjorative ».

¹²⁴ *Ibid.*, p. 564 ; l'auteur cite ici S. Goyard Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politique », in *Théories du Droit naturel, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, 1987, p. 10.

¹²⁵ *Ibid.* p. 564 et s. L'auteur souligne.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 581.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 583.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 583.

¹²⁹ Cf. Michel Rosenfeld, « Le sujet et son autre : l'identité constitutionnelle ou le droit saisi par la psychanalyse », in J. Saada, M. Xifaras (sous la dir. de.), « Le droit entre théorie et critique, Jurisprudence », *Revue Critique* 2016, Ed. Université de Savoie, 2017.

B) PENSER LA SPÉCIFICITÉ D'UNE RÉALITÉ

PSYCHIQUE SAISIE PAR LE DROIT :

QUELS RÔLES DES SCIENCES

DU PSYCHISME ?

C'est surtout dans la théorie juridique de Kelsen que l'œuvre de Freud semble ouvrir des pistes pertinentes pour penser aujourd'hui cette réalité en partie nouvelle, la réalité psychique, que le droit tend à saisir de manière grandissante. Si Freud apparaît comme un penseur du fait social, comme nous l'avons évoqué en introduction, Kelsen peut être présenté à son tour comme un penseur du fait psychique en droit, important au sein même de sa théorie normativiste certains aspects de la psychanalyse alors naissante. En effet, en parallèle de l'analyse « psychanalytique » qu'il mène dans sa théorie politique à propos de l'État ou des théories positivistes et jusnaturalistes, la psychanalyse semble lui apparaître comme un matériau utile pour appréhender globalement les faits psychiques telles que la volonté et l'intention, en tant qu'objet du droit et analyser leur traitement juridique. Nous verrons en quoi cette analyse mérite toutefois d'être nuancée, aujourd'hui avec les nouvelles sciences du psychisme, comme hier avec la psychanalyse (3-a). Quoi qu'il en soit, elle soulève des questionnements très utiles aujourd'hui pour appréhender l'ensemble de ces normes juridiques saisissant les phénomènes psychiques. Les sciences du psychisme et en particulier la psychanalyse sont mobilisées ici comme modèles pour penser le mode d'existence spécifique en droit de la réalité psychique (3-b) ; mais aussi comme un élément nécessaire aujourd'hui pour décrire les normes juridiques renvoyant l'identification du fait psychique aux experts du psychisme (2). Une présentation rapide de la situation du problème s'avère d'abord nécessaire (1).

1) SITUATION DU PROBLÈME

ET ENJEUX POUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

La manière de pouvoir saisir des aspects relatifs à l'intériorité présumée des personnes a toujours constitué une énigme, pour le droit comme pour les autres disciplines. Par définition « immatériels et non directement accessibles par les sens »¹³⁰, comment accéder en droit à la volonté, l'intention, le trouble mental, le for intérieur, l'anxiété, le libre épanouissement... Face à l'expansion de ces phénomènes psychiques dans la sphère juridique, et au caractère inédit de toute une vague de phénomènes que l'on pourrait rapporter d'une manière générale à l'identité psychique de la personne (ceux concernant sa souffrance psychique, son épanouissement, son sexe

¹³⁰ Selon la définition retenue, cf. *supra*.

psychique, son identité personnelle...)¹³¹, cette question se pose avec d'autant plus d'acuité. Comment saisir objectivement en droit ces phénomènes subjectifs ? Dans quelle mesure la réalité psychique est-elle une réalité saisissable par le droit ? Quelle est l'influence des sciences du psychisme dans cette saisie ? L'identification du fait psychique pose d'épineux problèmes en théorie du droit.

Cette préoccupation n'est pas nouvelle.

D'une part, elle renvoie, au classique débat des XIX^e et XX^e siècles, en France et en Allemagne, concernant le « lieu d'identification »¹³² de la volonté juridique. Quels sont les éléments constitutifs de l'acte juridique ¹³³? « Faut-il retenir, rechercher la volonté réelle, psychologique, interne des auteurs de l'acte ou bien la volonté "socialisée", par son extériorisation, telle qu'elle s'est manifestée objectivement aux tiers ? »¹³⁴. Tel est l'enjeu du débat qui s'incarne dans la théorie de la volonté interne et déclarée. Mais ce n'est plus au sujet de la volonté juridique seulement que la question de l'investigation psychologique se pose désormais. C'est au sujet aussi de la constitution des préjudices psychiques (par la souffrance psychique, l'angoisse, les troubles post-traumatiques...), des motifs d'une infraction, du sexe psychique, de l'identité sexuelle, de l'autonomie personnelle etc... De plus, l'évolution des méthodes d'identification du fait psychique dans le cadre de l'expertise, oblige à renouveler les termes même du débat. C'est bien aussi à une investigation psychologique auquel se livre le juge ou l'administration par l'intermédiaire de l'expert du psychisme. Si la qualification opérée par ce dernier est suivie par l'organe de concrétisation, la signification juridique du concept en question sera déterminée au moins en partie par celle de ce savoir non juridique¹³⁵.

D'autre part, en théorie du droit, Kelsen offre des pistes de réflexion très précieuses concernant l'identification du fait psychique. Expliquant que « ce qui se passe vraiment dans l'âme n'est pas accessible »¹³⁶, Kelsen insiste sur l'idée que le droit ne

saisit en définitive que des faits externes (« quand la description du fait générateur pose comme condition l'intention, la volonté, ou d'autres faits psychiques, il faut comprendre qu'il s'agit de moments externes, objectivement observables par le juge ». Pour autant, il présente bien ces faits externes comme ceux « qui permettent de considérer comme possible le phénomène psychique en question »¹³⁷, c'est-à-dire des « moments externes qui permettent de déduire des événements internes (*innere Vorgänge*) ou bien que « Des éléments du fait générateur sont des circonstances extérieures desquelles on présume des événements psychiques »¹³⁸. En résumé, selon l'auteur « l'application du droit ne peut jamais établir de manière certaine¹³⁹ des faits psychiques (*psychische Tatsachen*), mais ne peut que considérer des moments externes qui permettent d'induire¹⁴⁰ des événements internes (*innere Vorgänge*) »¹⁴¹. Ainsi, la pensée de l'auteur sur ce point semble comporter une contradiction. D'un côté Kelsen discrimine au sein des faits générateurs un type spécifique de faits : les faits psychiques, tout en les présentant comme de simples faits externes. Les faits psychiques seraient donc des faits externes en droit. De l'autre, il explique que ces faits externes permettent d'induire les faits psychiques recherchés et leur réserve un statut particulier.

L'analyse de Kelsen permet d'identifier un type de faits bien spécifiques comme objet de la norme juridique et une méthode pour l'appréhender concrètement. Il est indéniable aussi que le fait psychique ne peut apparaître que par l'intermédiaire d'autres faits qui, eux, sont observables. Toutefois, Kelsen reste silencieux, sur le lien possible entre ces faits externes et le fait psychique, l'espace de liberté interprétative du juge et le rôle possible conféré à l'expert du psychisme. Kelsen se livre à une approche réductionniste de la question du fait psychique dans la norme juridique, évacuant nombreuses des délicates questions que la spécificité de ce fait soulève¹⁴².

Parmi les objections qui pourraient être adressées à l'analyse de Kelsen celle relative à l'évolution du contexte scientifique et spécialement les sciences du psychisme tiennent une place majeure. Par exemple, comment envisager aujourd'hui ce présupposé que « ce qui se passe vraiment dans l'âme n'est pas

¹³¹ Que nous avons pu qualifier de « phénomène psychiques de deuxième génération », voir G. Aidan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, op. cit.

¹³² J.-J. Bienvenue, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, 28, p. 3. ; voir aussi O. Jouanjan, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : Itinéraire d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, 1999, p. 47-69.

¹³³ A. Rieg, « le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Archive de philosophie du droit*, 1952, p. 125.

¹³⁴ J.-J. Bienvenue, *ibid.*, p. 3.

¹³⁵ Comment peut-on parler de volonté déclarée ou de volonté interne lorsque d'autres types de faits psychiques et d'autres modes d'expression et d'identification ont évolué dans le droit ? Pour une critique de cette présentation de la théorie de la volonté interne et déclarée à l'aune des développements théoriques contemporains voir G. Aidan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, op. cit. p. 412 et s.

¹³⁶ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit. p. 156. Kelsen semble employer indifféremment le mot âme (*Seele*) et l'expression « fait psychique » (*psychische Tatsachen*), tout comme Freud d'ailleurs. Il

réaffirme à de nombreuses reprises cette incapacité pour le droit à saisir le fait psychique concret à propos de l'intention notamment, qu'il qualifie par ailleurs de « fait psychique ». Ainsi lit-on, un peu plus loin : « Le juge n'a pas à déterminer la véritable volonté, la véritable intention. D'ailleurs il ne le peut pas », *ibid.*, p. 157.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 156.

¹³⁸ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit., p. 156 et 157.

¹³⁹ Ceci n'est pas propre à l'application du droit, le fait psychique porte en lui-même ce caractère incertain en psychanalyse aussi.

¹⁴⁰ Le terme exacte est *Wahrscheinlichkeitsschlüsse* que l'on pourrait traduire sinon par : qui « rendent probables » des événements internes.

¹⁴¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit. p. 138.

¹⁴² Notons toutefois que son analyse concerne ici l'identification concrète du fait psychique puisqu'elle intervient à l'occasion de l'application du droit.

accessible »¹⁴³ ? Si les questions que son analyse soulève sont très utiles aujourd'hui, les réponses qu'il convient d'apporter méritent certainement d'être ajustées. Il convient à cette fin d'envisager les procédés d'identification du fait psychique en droit en insistant sur le rôle conféré aujourd'hui aux sciences du psychisme et sur celui potentiel du droit constitutionnel en tant que normes générales et abstraites. En effet, le caractère non directement observable de ce type de phénomènes oblige tout observateur, et en l'espèce l'organe de concrétisation, à recourir à des techniques spécifiques. Plus les critères d'identification seront précis – c'est-à-dire plus la norme générale prévoira les conditions de son application – moins l'organe d'application disposera de pouvoir discrétionnaire étendu. Mais il n'est pas fréquent que la norme générale définisse avec précision le contenu possible de la norme la concrétisant, ce qui contribue aussi à augmenter l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'organe d'application. La détermination de la présence du fait psychique, de ses critères, est alors souvent laissée à la libre interprétation du juge ou de l'administration¹⁴⁴. Les sciences du psychisme apparaissent comme une ressource croissante de savoir en la matière.

2) LES PROCÉDÉS D'IDENTIFICATION DU FAIT PSYCHIQUE ET L'INFLUENCE DES SCIENCES DU PSYCHISME

Les sciences du psychisme – en l'espèce ici la psychanalyse – apparaissent comme *modèle* possible pour penser la spécificité du fait psychique dans le droit, à travers certains signes. Elles constituent aussi un domaine général du savoir que peut mobiliser le droit, par l'intermédiaire de l'expert sollicité, pour identifier le fait psychique recherché (a). Le choix opéré concernant l'orientation scientifique de l'expert pourra alors influencer l'application du droit (b).

a) *Le fait psychique en droit est-il celui des sciences du psychisme ?*

Deux cas de figure peuvent être repérés. Il convient de distinguer selon que l'organe d'application est ou non l'organe d'identification de ce fait¹⁴⁵, c'est-à-dire lorsque le juge ou l'administration identifient eux-mêmes ce fait, ou lorsqu'ils confient cette tâche à un expert (des sciences du psychisme).

Premièrement, lorsque son identification est réalisée par le juge ou l'administration, c'est par l'intermédiaire de faits matériels que ces derniers s'en saisiront pour les qualifier juridiquement, soit que ces faits matériels aient été définis préalablement par la

norme générale et abstraite (et notamment donc la norme constitutionnelle), soit qu'ils aient été repérés directement par l'organe d'application dans le cas contraire. Il s'agit de toutes les manières de faits matériels institués par la norme comme valant manifestations du fait psychique recherché. C'est à l'aide de la technique du standard que l'organe d'application se forgera son propre jugement. Il s'agit d'un fait psychique qu'aurait ressenti ou vécu un « individu moyen », un « honnête homme assez éclairé »¹⁴⁶. D'une manière générale, Kelsen a montré que « les ordres juridiques modernes présupposent un type d'homme moyen et un type moyen de circonstances extérieures dans lesquelles les hommes agissent, en vertu de causes qui les déterminent »¹⁴⁷. C'est de ce standard présupposé dont il est question en l'espèce. Ce sera donc certains faits matériels qui seront interprétés à l'aide de cette technique comme présument l'existence de fait psychique. Par exemple, c'est à partir d'un faisceau d'indices, de certains faits matériels déterminés : le degré de proximité et la nature des liens avec la victime, la gravité des faits dommageables..., que le juge déduira l'existence ou non de troubles dans les conditions d'existence, de la douleur morale éprouvée du fait de la conscience d'une espérance de vie réduite suite à une faute dommageable du service public hospitalier¹⁴⁸... Il en va de même lorsque le juge européen doit apprécier, par exemple, l'atteinte à la réputation, qu'il estime constitutive de l'identité personnelle et psychique de la personne¹⁴⁹ et qui est rattachée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Le juge recourt, implicitement, à la technique du standard, il jugera si l'individu moyen se serait senti insulté dans le contexte de l'affaire¹⁵⁰ et si la liberté d'expression justifie alors de telles atteintes. Tout un ensemble de phénomènes psychique se trouve ainsi saisi juridiquement sans recours à une science du psychisme¹⁵¹.

Deuxièmement, lorsque son identification est confiée à un expert du psychisme, et que ce fait identifié est retenu par le juge ou l'administration, le fait psychique ainsi constaté par l'expert du psychisme correspondra, en définitive, à celui qui est constaté par l'organe d'application et donc à celui visé par la norme concrète d'application¹⁵². La signification juridique du

¹⁴⁶ A. Rieg, *op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴⁸ CE 24 octobre 2008, *Pietri R.*, 359.

¹⁴⁹ Cour EDH, *Pfeifer c/ Autriche*, n° 12556/03, § 35, *in fine*, 15 novembre 2007 ; *Petrina c/ Roumanie*, n° 78060/01, 14 octobre 2008, § 29.

¹⁵⁰ Pour une analyse de l'usage du standard dans le domaine de la liberté d'expression, voir : T. Hochmann, « La protection de la réputation », note sous *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, *RTDH*, 2008, p. 1171 et s., et d'une manière générale sa thèse : *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, thèse, sous la dir. d'Otto Pfersmann, Université Paris I, 2011.

¹⁵¹ Du moins explicitement, et au-delà d'un savoir intuitif ou privé de l'organe d'application sur la question.

¹⁵² L'organe d'application n'est, en principe, pas lié par l'avis ou le certificat de l'expert. Mais concernant les décisions d'admission

¹⁴³ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, *op. cit.* p. 156.

¹⁴⁴ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 232 et s. et O. Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'«État de droit» », *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁵ V. O. Pfersmann, « Fait », *op. cit.*, p. 697.

concept dispositif visant un fait psychique comporte ainsi une partie de ce savoir non juridique. Le fait psychique saisi par le droit peut donc être un fait psychique correspondant aux critères d'une discipline du psychisme. Et ce sera de nouveau par l'intermédiaire d'un signe, d'un fait observable propre à sa discipline, que l'expert aura identifié ce fait psychique.

Il apparaît alors que l'organe d'application qualifiera le fait psychique¹⁵³, c'est-à-dire appliquera la norme, soit à partir : d'un fait matériel *interprété* par lui-même : le fait psychique sera présumé¹⁵⁴ en utilisant la technique du standard et l'intime conviction ; d'un fait matériel *institué* par une norme juridique supérieure comme valant le fait psychique ; d'un fait psychique *constaté* dans le rapport d'expertise, à partir de faits matériels interprétés par l'expert du psychisme.

b) L'influence de l'orientation scientifique de l'expert des sciences du psychisme sur le droit

La multiplication et la diversification des faits psychiques saisis par la norme générale, dans des domaines toujours plus variés, participe au développement du recours à l'expertise dans le droit¹⁵⁵.

d'office en soin psychiatrique, le certificat médical circonstancié est une condition de la régularité de l'arrêt. C'est « au vu d'un certificat médical circonstancié » d'un psychiatre, que l'autorité de police prend la décision d'admission en soin psychiatrique. Ainsi, c'est l'identification du trouble mental présentant les caractéristiques requises par la loi dans le certificat médical, par le psychiatre, qui conditionnera au final la décision d'admission en soin psychiatrique. C'est pourquoi le choix du psychiatre est, en l'espèce, déterminant. Comme l'explique Sophie Overney « le préfet ne peut prendre une telle décision qu'après l'intervention du médecin, puisqu'il est prévu qu'il se prononce "au vu" d'un certificat médical circonstancié. Il se trouve alors dans une situation pervertie puisqu'il ne décide plus réellement mais se fonde sur l'opinion de l'expert : en d'autres termes, il est dans les faits en situation de compétence liée ». C'est en ce sens que l'auteur présente l'expert comme un coauteur des décisions d'hospitalisation d'office. Voir S. Overney, « "L'expert", coauteur des décisions d'hospitalisation d'office des malades mentaux », *Droit administratif*, juin 2002, p.15. Concernant l'expertise pénale, il est de jurisprudence constante que « le rapport d'expertise n'est qu'un élément de conviction soumis à l'appréciation des juges du fond qui ne sont pas liés par les conclusions des experts ». voir par exemple, Cass. crim. 27 février 1968 *Bull. crim.* n° 65, p. 157. Toutefois, dans les faits, les juges auront tendance à s'en remettre au constat de l'expert.

¹⁵³ Une classification plus nuancée peut être proposée aussi pour savoir comment qualifier ce fait identifiant. Il conviendrait de distinguer : 1) le fait saisi (immatériel en l'espèce, par exemple, le trouble mental) ; 2) le fait directement observable qui est institué comme étant la manifestation éventuellement réfutable de ce fait saisi (le comportement par exemple) ; 3) L'administration de la preuve (par exemple, le certificat médical) ; 4) la qualification retenue des faits dont l'existence est établie (réellement ou fictivement). Ce point est à articuler avec les distinctions opérées en matière de contrôle de cassation : La constatation matérielle des faits, l'appréciation des faits, la qualification juridique des faits.

¹⁵⁴ La présomption est entendue comme relevant de la définition de l'article 1349 du code civil. Cf. *infra*.

¹⁵⁵ « Le XX^e siècle aime les experts comme il aime les données chiffrées. Statistiques, sondages, enquêtes, estimations, inventaires et autres dénombrements, notre société (sur?)investit le discours des « spécialistes », E. Aboucaya, « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », *Actualité juridique pénale*, 2006, p. 70.

Dans un certain nombre d'hypothèses, l'organe d'application fait appel à un expert pour identifier le fait psychique visé par la norme susceptible d'être appliquée. Ce renvoi à un autre organe d'identification du fait, résulte soit d'une exigence normative¹⁵⁶ – par exemple dans le cadre de l'admission en soin psychiatrique – soit du choix de l'organe d'application dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et au vu de la technicité du fait psychique qu'il doit identifier.

Or, lorsque le constat effectué par l'expert – souvent complexe en cette matière – est suivi par le juge ou l'administration, le fait psychique ainsi identifié sera, en définitive, celui visé par la norme concrète d'application. La signification juridique du concept dispositif visant un fait psychique comporte ainsi une partie de ce savoir non juridique et l'on peut bien soutenir contre Kelsen, que, dans ce cas, le concept de fait psychique tel qu'établi par les psychologues est utilisable pour les juristes, mais indirectement. Défini par d'autres méthodes, il présentera donc un intérêt pour la science juridique¹⁵⁷. Il convient toutes fois de préciser que ce ne sera pas directement que ce concept psychologique intéressera l'organe d'application, mais par l'intermédiaire de l'expert du psychisme.

Le juge, l'administration, disposent d'une relative liberté quant à la nomination de l'expert et donc de son orientation scientifique¹⁵⁸. Or, l'on sait que les

¹⁵⁶ L'identification du fait psychique par un expert peut s'imposer à l'organe d'application lorsqu'une norme le prévoit, comme en matière de soins psychiatriques pour l'autorité de police ou de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble psychiques pour le juge. (Article 122-5 : « le juge ne pourra conclure à l'irresponsabilité ou à l'atténuation de la responsabilité pénale que si des troubles psychiques ou neuropsychiques affectant le discernement ont été établis par un expert.) Elle relève en principe d'une décision du juge dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation. Ainsi, le Conseil d'État a récemment estimé que le juge administratif peut appeler en expertise « toute personne dont la présence est de nature à éclairer ses travaux », CE 26 septembre 2008, *M. Michel R.*, n° 312140 (Décision en ligne).

¹⁵⁷ Pour paraphraser ainsi la phase de Kelsen : « Le concept de volonté (*Wille*) tel qu'établi par les psychologues est inutilisable pour les juristes. Il est certain que pour connaître un fait de la vie de l'esprit, seule la psychologie peut intervenir avec ses méthodes de recherche spécifique. Un concept de volonté défini par d'autres méthodes n'aura aucun intérêt pour la science juridique, s'il s'agit du même phénomène ». H. Kelsen, *Hauptprobleme*, *op. cit.*, p. 107. Kelsen précise un peu plus loin, pour montrer la différence entre le concept juridique et le concept de la psychologie : « La volonté en psychologie est un fait à déterminer empiriquement par l'auto-observation, qui appartient au monde du Sein, tandis que la volonté en droit est une construction relevant du Sollen, de la norme, qui ne correspond pas à un événement concret dans la vie réelle de l'âme de l'humain (*reales Seelenleben des Menschen*) », *ibid.*, p.146. C'est ce dernier point qui nous semble discutable. Cf. *infra*.

¹⁵⁸ Ainsi, les juges ne sont pas obligés de porter leur choix sur une personne figurant sur la liste nationale d'experts judiciaires dressée par le bureau de la Cour de cassation ou celle des experts dressés par la Cour d'appel. Ces listes ne sont en réalité qu'informatives (même si en pratique elles sont la plupart du temps utilisées). En effet, la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires modifiée par la loi n°2004-130 du 11 février 2004 prévoit que « les juges peuvent désigner pour procéder à des constatations, leur fournir une consultation ou réaliser une expertise, une personne figurant sur l'une des listes établies en application de l'article 2. Ils peuvent, le cas

disciplines du psychisme, y compris les neurosciences, illustrent une certaine conception du psychisme. Elles permettent d'approcher, de tendre vers une vérité établie au regard d'un système de pensée déterminé, d'un modèle théorique répondant plus ou moins aux critères des sciences exactes, et concevant, plus ou moins, le sujet dans sa singularité subjective. La méthode employée participe ainsi à la définition même de l'objet recherché. C'est « avec ses outils spécifiques qui ne sont d'ailleurs que rarement définis »¹⁵⁹ et dans une démarche souvent non contradictoire que l'expert identifiera le fait psychique. Aussi, le choix de l'organe d'identification du fait psychique retenu par l'organe d'application pourra se révéler déterminant pour la qualification de certains faits psychiques et, par suite, de l'application de la norme pertinente (et même si l'organe d'application n'est pas lié par le constat de l'expert). Les experts peuvent en arriver à des conclusions divergentes, souvent liées, mais pas seulement, à l'orientation théorique adoptée (psychanalyse, comportementaliste, neuroscientifique...). Par exemple, c'est à la suite du constat par l'expert clinicien, sur la base d'un savoir psychanalytique¹⁶⁰, que le juge reconnaîtra la réparation du « conflit psychique inconscient », que provoque, dans l'histoire individuelle du sujet, le dommage causé au véhicule neuf de son oncle par un accident de la circulation¹⁶¹. Tel autre arrêt fera prévaloir au contraire la vision cognitiviste de psychiatres sur celle d'un

échéant, désigner toute autre personne de leur choix » (voir aussi en ce sens les art. 232 du Code de procédure civile et R-621 et s. du Code de justice administrative). D'une manière générale, le choix de l'expert par l'organe d'application relève de son pouvoir discrétionnaire même s'il est nécessairement conditionné. Par exemple, le choix de l'auteur d'un certificat médical attestant de la réalité du trouble mental comporte certaines conditions. Parmi celles-ci, l'expert ne doit pas exercer dans l'établissement d'accueil de l'admission en soin psychiatrique. Mais les différentes conditions remplies, la désignation de tel expert plutôt que tel autre relève du pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'administration. De plus, si la Cour européenne estime que la convention européenne s'applique à l'expertise, elle considère que le refus d'ordonner une contre-expertise psychiatrique dans le cadre d'un procès pénal ne viole pas les droits de la défense (Cour EDH, 2 octobre 2001, *GB c/ France*, A-77) ce qui renforce l'importance du choix de l'expert par l'organe d'application.

¹⁵⁹ E. Aboucaya, « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », *Actualité juridique pénale*, 2006, p. 71.

¹⁶⁰ Il ne s'agit bien entendu pas d'une expertise psychanalytique dans le sens où le travail psychanalytique doit bénéficier d'un cadre strictement inconciliable avec celui de la prise de décision juridique, mais d'une référence théorique au sens où l'a développée Freud. Cf l'introduction sur ce point. Voir aussi dans le même sens, Xavier Henri, « Psychanalyse inconscient et droit privé », *JCP* 2015, p. 3 : « Si une « expertise » psychanalytique n'a pas de sens, les acquis de la psychanalyse sont souvent utilisés par les experts et, sous cet angle, comme la psychiatrie ou la psychologie, elle est un élément d'appréciation parmi d'autres, ni plus, ni moins ».

¹⁶¹ Civ. 2., 10 nov. 2009, n° 08-16.920, *Dalloz actualité*, 20 nov. 2009, obs. S. Lavric. Voir également le dommage favorisé par une prédisposition n'est pas en relation de causalité avec le fait dommageable à l'origine de la prédisposition (Civ. 2., 13 juill. 2006, *Gines c/ Matmut et autre*, n° 05-16.645, FS-D).

psychanalyste qui « n'apporte quant à lui aucun élément scientifique objectivement vérifiable »¹⁶².

La désignation de tel ou tel expert pourra relever, alors, d'une stratégie de politique jurisprudentielle. Par ailleurs, l'on peut s'interroger sur l'habilitation de l'organe d'application à apprécier l'état de l'art en la matière et à fixer définitivement celle-ci.

Le recours à l'expertise pourra avoir lieu afin d'identifier un fait psychique pathologique, un trouble mental constitutif d'un préjudice réparable ou bien d'une mesure d'admission en soin psychiatrique, ou encore d'une irresponsabilité pénale... Surtout, l'expert pourra être consulté pour déterminer l'état psychique *actuel* d'une personne, ou bien l'état psychique *probable dans le passé*, celui vécu par la personne au moment du fait litigieux, ou *dans l'avenir*, l'obligeant ainsi à établir des pronostics sur un objet psychique par nature incertain (par exemple, lorsqu'il s'agit d'établir la dangerosité d'une personne). Le fait psychique concret est-il réductible pour autant à un fait matériel, observable, dans le droit ?

3) KELSEN A-T-IL RAISON : LA RÉALITÉ

PSYCHIQUE EST-ELLE RÉDUCTIBLE À LA RÉALITÉ MATÉRIELLE EN DROIT ?

Lorsque l'organe d'application identifie le fait psychique, sans nécessairement avoir recours à une expertise, il repérera des « moments externes, objectivement observables [par lui] qui permettent de considérer comme possible le phénomène psychique en question »¹⁶³. Il s'agira de « circonstances extérieures, desquelles on présume juridiquement des événements psychiques »¹⁶⁴. Kelsen en induit que le fait psychique est assimilable au fait matériel, externe ainsi saisi tout en établissant une distinction entre les deux éléments, liés l'un à l'autre par un mécanisme de présomption. Il ne présente donc pas le fait psychique comme un fait matériel/extérieur, comme les autres, sans pour autant en établir la spécificité (a). C'est cette spécificité qu'il conviendra de rechercher, non pas tant d'un point de vue ontologique que stratégique. Poser la non-identité entre les deux types de faits permet en effet *d'évaluer* la pertinence du fait matériel retenu qu'il soit prévu dans la norme générale ou déterminé par l'organe d'application dans son espace de liberté interprétative¹⁶⁵. Quelle est donc la spécificité de ce fait psychique dans le droit et dans quelle mesure les sciences du psychisme sont-elles utiles pour la penser ? (b)

¹⁶² CA Paris, 1^{er} févr. 2011 et Cass. 1^{er} civ., 7 nov. 2012, n° 11-17.311, inédit, cité in Xavier Henry, « Psychanalyse, inconscient et droit privé », *JCP*, 14 déc 2015.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 156.

¹⁶⁴ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit.

¹⁶⁵ Et donc d'identifier la part d'idéologie éventuellement à l'œuvre dans les choix de ces faits matériels retenus par l'organe d'application dans le cadre de son espace de liberté interprétative ou simplement d'identifier les choix scientifiques soutenus par les normes générales et abstraites.

a) *L'objection relative à l'évolution des sciences (du psychisme)*

Parmi les objections qui peuvent être adressées à l'analyse de Kelsen¹⁶⁶, celle relative à l'évolution du contexte scientifique et spécialement des sciences du psychisme tient une place majeure. L'environnement scientifique général à l'époque de Kelsen (comme à celle de Freud¹⁶⁷) était celui de la causalité déterministe et du positivisme et se trouve métamorphosé aujourd'hui. Kelsen enserme l'identification du fait psychique dans un cadre juridique archaïque qui était en partie celui de l'époque – et bien qu'il assiste activement à la construction de la psychanalyse. L'analyse de Kelsen doit donc être actualisée au regard de l'évolution des méthodes juridiques et scientifiques adoptées : le recours et la place conférée à l'expert, l'évolution des sciences du psychisme, celle de la psychanalyse, celle de la génétique, des neurosciences, des sciences cognitives... affinent notre connaissance du fait psychique et rendent moins opaque son accès possible en droit. Ainsi, peut-on encore considérer que « ce qui se passe vraiment dans l'âme n'est pas accessible »¹⁶⁸ et qu'alors, « l'application du droit ne peut jamais établir de manière certaine des faits psychiques, mais ne peut que considérer des moments externes qui permettent d'induire des événements internes »¹⁶⁹ ?

Deux objections peuvent être formulées.

Lorsque Kelsen considère que « ce qui se passe dans l'âme n'est pas inaccessible, cela dépendra en réalité de la définition et de la conception de l'âme et du fait psychique présentés. Si l'on ne peut accéder qu'aux phénomènes et non à la chose en soi selon la terminologie kantienne, différentes théories permettent, aujourd'hui davantage encore, de découvrir ou construire¹⁷⁰ l'objet psychique. Freud, dont l'influence sur les travaux de Kelsen a déjà été soulignée, a élaboré une théorie, la métapsychologie, visant à accéder au phénomène psychique par la cure de parole. Le père de la psychanalyse, avait pour ambition de faire sortir le fait psychique de sa conception traditionnelle qui était

métaphysique, en inscrivant sa métapsychologie au sein des sciences naturelles. Il est admis que la conception du fait psychique psychanalytique ne répond pas en réalité aux canons des sciences dites dures¹⁷¹, mais il est admis aussi que le fait psychique est enserré ici, dans une épistémologie qui lui est propre, permettant de prendre en compte sa spécificité, dans sa dimension biologique et subjective. Les neurosciences contemporaines offrent une conception plus matérialiste et scientifique, du fait psychique. La représentation par imagerie cérébrale, de la peur, l'intention, l'angoisse, le sentiment de liberté... autant de phénomènes saisis par le droit, permet une nouvelle voie d'accès au psychisme, à condition toutefois de concevoir le psychisme en identité avec l'activité cérébrale. Toute science construit son rapport à l'objet étudié. La reconnaissance de l'existence et de la possibilité d'accès au fait psychique dépend de la théorie l'interprétant, c'est-à-dire de ses présupposés. Les neurosciences sont également concernées par ce phénomène¹⁷², « les théories les plus créatrices sont souvent des visions que l'imagination a imposées aux faits »¹⁷³. Le fait psychique neuronal est aussi une interprétation : il est qualifié comme tel à partir d'un instrument numérique permettant la représentation de l'activité cérébrale, et au regard d'une théorie scientifique attestant de son existence.

Certes, « L'application du droit ne peut jamais établir de manière certaine des faits psychiques », car l'organe d'application est confronté à une marge d'erreur possible et non négligeable, spécifiquement en cette matière, mais cette marge d'incertitude de l'existence matérielle d'un fait n'est pas le propre du fait psychique saisi par le droit¹⁷⁴ ; il y a bon nombre de faits incertains, seulement probables, imaginés et même faux que les normes juridiques ont coutume de saisir : ils sont non directement observables et leur indétermination ou leur inexactitude est appréhendée à partir de la technique de la présomption ou celle de la fiction). Si le constat de l'existence du fait psychique comporte en tant que tel, et en l'état actuel des

¹⁶⁶ Pour une présentation complète voir G. Aidan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, op. cit., p. 389 et s.

¹⁶⁷ Voir G. Pragier, S. Faure Pragier, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, op. cit.

¹⁶⁸ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit. p. 156. Kelsen semble employer indifféremment le mot âme (Seele) et l'expression « fait psychique » (psychische Tatsachen), tout comme Freud d'ailleurs (cf. le titre préliminaire). Il réaffirme à de nombreuses reprises cette incapacité pour le droit à saisir le fait psychique concret à propos de l'intention notamment, qu'il qualifie par ailleurs de « fait psychique ». Ainsi lit-on, un peu plus loin : « Le juge n'a pas à déterminer la véritable volonté, la véritable intention. D'ailleurs il ne le peut pas », *ibid.*, p. 157.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷⁰ Selon la position épistémologique adoptée, celle plus proche du positivisme scientifique envisageant la recherche comme une découverte de l'objet ou celle constructiviste appréhendant la recherche comme construction de l'objet à étudier. Ces distinctions sont toutefois remises en question par la physique quantique montrant l'influence de l'observateur sur l'objet observé.

¹⁷¹ Nombreux sont les auteurs qui ont critiqué et démontré la dimension non scientifique de la psychanalyse. Karl Popper fut l'un des représentants les plus illustres. Cette discipline fait régulièrement objet de contestations et remises en question sur ce point. Alors que les psychanalystes reconnaissent la spécificité de l'épistémologie de leur théorie, entre sciences naturelles et sciences humaines.

¹⁷² Comme l'a montré Stephen Jay Gould qui s'« élève contre le mythe selon lequel la science est en soi une entité objective qui n'est menée à bien que lorsque les savants peuvent se débarrasser des contraintes de leur culture et regarder le monde tel qu'il est réellement [...] La science, puisque ce sont les individus qui la font, est une activité qui plonge ses racines dans la société. Elle progresse par pressentiment, vision et intuition [...] Les faits ne sont pas des éléments d'information purs et sans tache ». S. J. Gould, *La mal mesure de l'homme*, op. cit., p. 16.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁴ Ainsi, « Parfois l'organe d'identification des faits va devoir apprécier si certains comportements ou la mise en œuvre de certaines normes sont susceptibles de produire certains effets plutôt que d'autres. De tels pronostics sont souvent extrêmement hasardeux, si la question n'est pas simplement indécidable. », O. Pfersmann, « Fait », op. cit., p. 698.

connaissances, une indétermination relative, cela ne doit pas être considéré en soi comme un obstacle à sa saisie par le droit. D'ailleurs, le caractère indéterminé ou non du fait psychique n'existe pas en soi, mais résulte de théories ou de présupposés qui le saisissent. Et il convient de préciser que, d'une manière générale, l'indétermination d'un objet n'empêche plus son appréhension scientifique, « l'indéterminé est devenu une catégorie du savoir »¹⁷⁵.

Une autre objection relative à l'ambiguïté ou aux imprécisions des développements de Kelsen sur le fait psychique, justifie la position retenue, car tout en indiquant la piste d'une spécificité de la réalité psychique en droit, en discriminant les faits psychiques des autres faits conditionnels du droit, et en considérant qu'ils sont présumés à partir de circonstances externes¹⁷⁶, Kelsen les réduira à de simples faits matériels.

*b) La position soutenue : la réalité matérielle
signe de la réalité psychique en droit.*

Le modèle de la psychanalyse

Notre position est que si l'organe d'application « ne peut considérer que des moments externes », ces derniers auront le statut de faits « intermédiaires » dans l'application de la norme générale visant un fait psychique. Ils tiendront lieu de preuve du fait psychique, soit qu'ils aient été interprétés par l'organe d'application lui-même soit qu'ils l'aient été par un expert¹⁷⁷. Il y aurait ainsi dans le droit une réalité matérielle saisie non pas pour elle-même mais pour la réalité psychique qu'elle permet de révéler. La psychanalyse et plus généralement les sciences du psychisme permettent alors de penser, par analogie, les mécanismes juridiques concernant les phénomènes psychiques¹⁷⁸.

En effet, la grille de lecture psychanalytique, par exemple, est instructive pour comprendre le mécanisme à l'œuvre dans l'identification concrète du fait psychique par l'organe d'application. Elle construit une méthodologie permettant d'accéder à la réalité psychique. Si cette dernière possède une partie qui « peut être immédiatement appréhendée par la

conscience »¹⁷⁹, elle possède aussi une large partie inconsciente qui échappe à notre perception directe. Ainsi, « est-on condamné à ne connaître l'inconscient que par ses effets psychiques »¹⁸⁰. Il en va donc de la spécificité même du fait psychique que de n'être saisissable que par ses « effets », ses « signes propres » à interpréter. La présence de la réalité psychique se présume à partir de faits perceptibles par les sens¹⁸¹. La métapsychologie, qui est l'appareil théorique de la psychanalyse, offre alors une sémiologie des modes de manifestations de la réalité psychique pour repérer ces signes et permettre de traduire le message ainsi transmis, en livrer « la véritable signification. »¹⁸² Le travail de l'analyste consistera alors à reconstruire les processus cachés pour rendre intelligible cette partie inconsciente. Aussi, le signe n'a pas de signification en soi, mais pour un sujet, singulièrement, il « signifie un pan de la réalité psychique à l'œuvre pour une subjectivité, une interprétation subjective, et en fonction de celle-ci »¹⁸³. Si le message du signe est nécessairement singulier, le signe en tant que tel peut être appréhendé « objectivement ». Le professeur en psychopathologie, René Roussillon distingue trois types de langages du signe en psychanalyse : le langage verbal avec notamment les lapsus, le langage non verbal avec les rêves, les actes manqués, et le langage de l'affect consistant « à faire sentir à l'autre l'état interne émotionnel dans lequel le sujet se trouve »¹⁸⁴. Ces trois champs d'analyse seront donc ceux du fait psychique *singulier* du sujet qui pourra être repéré par le sujet lui-même ou par un observateur « c'est-à-dire un autre sujet, qui en pressent les enjeux psychiques. »¹⁸⁵ La psychanalyse montre ainsi que la dimension inconsciente de la réalité psychique ne peut être appréhendée que par ses manifestations, ses signes, y compris pour le sujet lui-même¹⁸⁶.

¹⁷⁹ R. Roussillon, *Manuel de psychopathologie*, op. cit., p. 8.

¹⁸⁰ P.-L. Assoun, *Freud, la philosophie, les philosophes*, op. cit., p. 37.

¹⁸¹ Le phénomène juridique est aussi une signification juridique, objective, d' « un ou une série d'actes perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 10). Mais dans un cas, le signe permet de révéler autre chose, il désigne « un sens caché derrière le sens apparent du langage » (V. Micheli-Rechtmann, *La psychanalyse face à ses détracteurs*, op. cit., p. 52) ; il prend en compte la signification subjective du signe, les faits bruts, objectifs qui sont alors considérés comme des symptômes à interpréter et à resituer dans l'histoire du sujet. Il s'agit ici « d'une exploration "compréhensive" » du signe. L'on retrouve l'opération d'induction : les faits objectifs seraient donc les faits connus permettant de retrouver des faits subjectifs, psychiques, recherchés. Dans l'autre cas en revanche, l'interprétation des signes renvoie à une « signification objective », « celle qui leur est donnée par le droit, celles qu'ils ont selon le droit, en droit. » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 11.). La signification est donc instituée par le droit.

¹⁸² P.-L. Assoun, *ibid.*, p. 72.

¹⁸³ R. Roussillon, *Manuel de psychopathologie*, op. cit., p. 12.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 14 et s.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁶ Ainsi, en tant que telle, et pour la personne elle-même, la réalité psychique est dans un premier temps inaccessible comme l'explique Laplanche et Pontalis : « la réalité psychique, dimension nouvelle à laquelle l'analysé ne peut avoir d'emblée accès », J. Laplanche, J.-B.

¹⁷⁵ G. Pragier, S. Pragier-Faure, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, op. cit. p. 505.

¹⁷⁶ H. Kelsen, *Hauptprobleme...*, op. cit.

¹⁷⁷ Lorsque c'est l'expert qui doit identifier le fait psychique, il le fera également par l'intermédiaire de faits matériels, extérieurs, observables : le fait cérébral, le lapsus, tel comportement, telle sensation qui est donnée à ressentir, qui ne seront donc pas nécessairement les mêmes que ceux repérés par le juge ou l'administration... Si l'organe d'application utilise cette qualification de fait psychique par l'expert, pour qualifier à son tour juridiquement le fait, c'est directement que le fait psychique apparaîtra et même si l'on retrouve l'écran du fait matériel à travers son support : certificat médical, imagerie cérébrale...

¹⁷⁸ En effet, c'est l'affaire de la psychanalyse, notamment, que de rechercher le fait psychique qui se cache derrière certains « signes ». Seulement, la finalité visée par le droit n'est pas celle de la psychanalyse et les signes retenus à cet effet ne sont pas de même nature et n'ont pas le même statut.

Par analogie, le fait externe ou la technique utilisée par le juge ou l'administration appliquant une norme visant un fait psychique, peut être présenté comme le signe de ce fait psychique. Ce n'est donc pas ce fait externe, en tant que tel, qui est saisi par l'organe d'application mais *ce fait en tant qu'il révèle la présence d'un autre fait* dont les propriétés ne permettent pas sa saisie directe. Ce signe aura la fonction d'indice ou de preuve en droit. Il permettra de justifier la présence du fait psychique en question. Il y aurait donc la présence, dans certaines normes, de faits intermédiaires qui ne sont pas saisis *pour eux-mêmes mais pour le fait qu'ils permettent de révéler*. En ce sens, il s'agit d'un type de présomption appliquée ici à des faits dont l'existence est indécidable dans leur vérité « matérielle »¹⁸⁷. Le fait externe révélateur peut être qualifié plus justement de preuve juridique¹⁸⁸ en tant qu'il permet de repérer et de justifier le fait psychique.

L'analyse proposée, concernant le fait psychique en général, rejoint celle du professeur Griffon concernant, plus spécifiquement, la notion d'intention en droit pénal. En 1911, René Griffon expliquait que « l'intention étant un phénomène purement psychologique, ne peut être perçue directement que de l'agent ; il est donc impossible de la prouver directement, seule la preuve indirecte au moyen de déductions tirées de faits positifs établis est possible. Donc c'est à des faits matériels, à des rapports objectifs que le juge chargé d'établir l'existence de l'intention, s'attachera parce qu'il n'a pas d'autre moyen plus direct pour arriver à se faire une conviction et cela explique l'erreur que commettent certains théoriciens en voyant dans ces rapports objectifs l'essence même de l'intention, alors qu'ils n'en sont qu'un moyen de démonstration »¹⁸⁹. L'auteur opère bien la distinction entre le fait matériel ainsi saisi et le fait psychique qui est recherché derrière par le juge. Il précise que les faits matériels pris en considération par le juge sont « les seuls dont il puisse avoir une connaissance directe pour en conclure à l'existence ou à la non-existence des moments psychologiques qui forment l'intention, mais ce sera uniquement en tant que moyen de preuve qu'il invoquera ces faits et non pas en tant qu'éléments constitutifs de l'intention »¹⁹⁰. La position soutenue est donc aussi celle de l'auteur pénaliste pour qui le fait psychique n'est pas réductible au fait matériel endossant ici une fonction probatoire. Seulement, ce signe juridique, cette preuve dévoilant le fait psychique ne peut pour autant être considéré comme une manifestation, une extériorisation de ce fait psychique. Il n'est qu'un signe institué, un fait choisi par la norme,

mais un fait nécessaire dans un État de droit¹⁹¹. Ce lien entre ce signe *choisi* juridiquement et le fait psychique recherché sera postulé. Il s'agit d'un lien d'imputation et non de causalité. Il sera institué comme valant ce fait psychique.

Partant de cette analyse, il est possible de conclure que le fait psychique a un mode d'existence *spécifique* lorsqu'il est saisi par une norme juridique¹⁹². Il apparaît dans un double niveau factuel : en tant que fait non directement observable (immatériel et vécu par une personne) et en tant que fait matériel, extérieur, observable, retenu comme expression, médium, intermédiaire, preuve, de ce fait immatériel. L'hypothèse soutenue est que ce fait matériel n'est pas le fait psychique mais le mode d'accès nécessaire au fait psychique concret, particulier, saisi par l'organe d'application¹⁹³. Il est entendu que « pour pouvoir être appliquées, les normes générales qui attachent à un fait déterminé, défini de façon abstraite, une conséquence déterminée, également définie de façon abstraite, ont besoin d'être individualisées. Il faut nécessairement qu'il soit établi si un fait que la norme générale définit *in abstracto* est donné *in concreto* »¹⁹⁴. Or, les normes d'application individuelles, celles pré-concrètes¹⁹⁵, font bien référence *in concreto* à ce fait psychique défini *in abstracto* par la norme générale, mais par le média d'autres faits qui eux sont matériels.

4) LE RETOUR DE LA CONCEPTION DE LA SCIENCE DU DROIT COMME SCIENCE DU PSYCHISME ?

Pour conclure, l'on pourrait s'interroger sur un retour possible aujourd'hui de cette identité entre sciences du droit et les sciences de l'esprit contemporaines, non pas pour promouvoir une approche métaphysique du droit (il y aurait un autre « droit psychique » derrière le droit positif) ou encore abandonner les objets du droit aux sciences du psychisme en renonçant alors à une épistémologie propre à la science du droit. C'est au regard de l'expansion d'une réalité nouvelle saisie par le droit et de nouvelles possibilités mises à la disposition du juriste pour les identifier que l'on pourrait considérer

¹⁹¹ Cf. II) B)

¹⁹² En dehors du droit, Levinas montre que la conscience a un mode d'existence différent des autres régions de l'être : « les régions de l'être diffèrent entre elles, non seulement dans leurs essences et dans les catégories qui délimitent leurs essences, mais encore dans leur existence... Exister ne signifie pas partout la même chose » E. Levinas, *Théorie de l'intuition dans la phénoménologie de Husserl*, op. cit., p. 21 et 22.

¹⁹³ Il nécessite de distinguer le fait psychique saisi, de la manière dont il pourra être identifié. Si le fait psychique est défini comme un fait immatériel vécu, il apparaît dans la norme individuelle comme un fait extérieur, matériel, observable retenu comme étant l'expression d'un fait intérieur de la manière dont un individu vit, ressent, un événement réel ou supposé.

¹⁹⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 232.

¹⁹⁵ Il s'agit de la norme précédent la norme concrète car cette dernière norme prescrit l'exécution d'une contrainte et ne comprend pas de fait conditionnel, ex : M. X doit aller en prison.

Pontalis, *Fantasme originaire, Fantômes des origines, Origines du fantasme*, op. cit., p. 15.

¹⁸⁷ Ils se rapprochent dans une certaine mesure de faits incertains ou fictifs.

¹⁸⁸ C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, thèse, université de Toulouse I, 2008.

¹⁸⁹ R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, Sirey, 1911, p. 133 et 134.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 91 et 92.

désormais une nouvelle alliance entre science du droit et sciences du psychisme. Ainsi, la multiplication des normes juridiques renvoyant aux phénomènes psychiques associée, d'une part, aux recours grandissant des juristes aux experts du psychisme, d'autre part, à l'affinement de l'évaluation des problèmes psychiques et cérébraux avec le développement des sciences du psychisme rendent nécessaires désormais la connaissance de ces sciences du psychisme.

Par exemple, dans quelle mesure, la définition même de la norme juridique peut-elle être revisitée au regard du développement des sciences du psychisme ? Cette évolution confirme-t-elle que « la norme est la signification d'un acte de volonté »¹⁹⁶ ? Par ailleurs, comment l'importation des modèles des sciences cognitives, ou même de la psychanalyse¹⁹⁷, dans la description du droit permet-elle d'éclairer les phénomènes du raisonnement juridique et des mécanismes délibératifs ? Dans quelle mesure les sciences du psychisme contemporaines peuvent-elles renouveler l'approche de certaines théories du droit¹⁹⁸ ?

De même, comment peut-on repenser la description du système juridique dans la mesure où les neurosciences et les sciences cognitives ont une implication directe sur les notions fondamentales du droit telles que « libre arbitre », « intention », « volonté », « préjudice », « dangerosité », « responsabilité »¹⁹⁹... ? Par exemple, comment les sciences du psychisme vont-elles agir sur notre connaissance des causalités psychiques et donc de ce que le droit pourra retenir comme étant une contrainte psychique ? En effet, le droit fixe les causes, et notamment celles psychiques – telle violence psychique subie, tel trouble mental passager... – qui vont justifier que telle conséquence juridique ne sera pas imputable à la personne, auteur du comportement²⁰⁰. Cela suppose,

que le droit appréhende la personne, non pas comme libre mais, mais selon une conception déterministe, « l'imputation suppose la déterminabilité causale de la volonté »²⁰¹. La personne a agi de telle manière non pas du fait d'un acte de sa volonté mais parce qu'une cause l'a empêchée d'agir autrement, et le droit positif fixe jusqu'à quel niveau de « cause psychique », il convient de remonter pour imputer les effets normatifs. Dans quelle mesure les sciences du psychisme permettent-elles de nuancer les contraintes psychiques retenues par le droit ?

L'influence des sciences du psychisme sur le droit est telle aujourd'hui qu'il convient de s'interroger sur la nécessité d'intégrer celles-ci dans le champ de connaissance de la science du droit. D'ailleurs, le développement contemporain du « neurodroit »²⁰², de la recherche sur l'intelligence artificielle comme modèle pour penser le droit²⁰³, de la « psychologie judiciaire »²⁰⁴, et des liens entre psychanalyse et droit²⁰⁵, manifestent peut-être déjà cette tendance de la science du droit contemporaine à prendre le psychisme (des organes d'application, des victimes ou des auteurs d'un comportement...) comme objet d'étude d'une science du droit. Toute la question ensuite étant de savoir ce qu'il faut entendre par « une science du droit inspirée des sciences du psychisme » c'est-à-dire comment la science du droit utilise-t-elle les sciences du psychisme, de quelle science du psychisme s'agit-il, pour mettre en lumière quel phénomène normatif et si l'usage qui en

exemple, l'irresponsabilité pénale. L'on sait en effet que « lorsqu'un événement est l'effet d'une cause [...], cette cause a elle-même à son tour une cause ». Ainsi, « en toutes circonstances, la contrainte sous laquelle l'homme agit est irrésistible, toujours. Car la causalité est, en son essence même, une contrainte irrésistible. Ce que l'on nomme la contrainte irrésistible dans la terminologie juridique n'est en réalité qu'un cas particulier d'une telle contrainte, à savoir la contrainte en cas d'existence de laquelle l'ordre juridique ne prévoit pas de responsabilité du sujet pour une certaine conduite, qui est au contraire source de responsabilité lorsque le sujet l'a adoptée sous l'action déterminante d'autres causes. » H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 105.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 106. Pour la défense de cette conception déterministe de l'homme dans les sciences, voir H. Atlan, *La philosophie dans l'éprouvette*, Bayard, 2010, p. 62 et s.

²⁰² Comprenant deux domaines : « l'utilisation de l'imagerie cérébrale » pour repérer des phénomènes psychiques, et « la compréhension des processus délibératifs grâce aux sciences comportementales », *Le cerveau et la loi ; éthique et pratique du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique.

²⁰³ Voir en France, les travaux de D. Bourcier et notamment : « de l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : l'émergence d'une entité juridique », *Droit et Sociétés*, 2001, p. 304 et s., et *La décision artificielle, Les voies du droit*, Puf, 1995, 237 p.

²⁰⁴ Qui vise à « l'étude empirique ou intuitive des comportements du créateur de la règle de droit entendue dans un sens large » en faveur d'un « droit scientifique élaboré sous l'angle de la psychologie cognitive » C. Puigelier, « Existe-t-il un droit scientifique ? », *Revue générale de droit médical*, 2004, n° 13, p. 249-274. Voir aussi C. Puigelier, Charles Tijus (coord.), *L'esprit au-delà du droit. Pour un dialogue entre sciences cognitives et droit*, Maret-Martin, 2016.

²⁰⁵ Et quelque soit l'approche adoptée. Voir notamment les auteurs précités dans ce I) Pierre Legendre, Denys de Béchillon, Michel Rosenfeld, Raphaël Draï... Nous nous permettons aussi de renvoyer à nos travaux.

¹⁹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. Voir pour une approche critique de cette définition « psychologique » de la norme au profit d'une définition « linguistique » : la norme est la signification d'un énoncé déontiquement modalisé », voir O. Pfersmann, *Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique*, op. cit.

¹⁹⁷ Par exemple, dans quelle mesure l'analyse par le juge des mécanismes de transfert ou de projections, c'est-à-dire des enjeux inconscients dans son processus délibératif, peut-elle influencer son jugement ?

¹⁹⁸ Par exemple, la théorie morale à partir de l'approche neuroscientifique du raisonnement moral, ou encore la théorie réaliste trouverait-elle de nouvelles justifications scientifiques dans les travaux récents en psychologie cognitive montrant l'influence du contexte psychologique des acteurs de la décision sur leur décision. L'idée selon laquelle une décision relève de « ce que les juges ont mangé pour le petit-déjeuner » (Jérôme Franck) disposerait désormais d'un fondement scientifique.

¹⁹⁹ Voir « Le droit et les sciences de l'esprit », *Archives de philosophie du droit*, tome 55 et en particulier Sébastien Tassy, « Approche neuroscientifique du raisonnement moral : vers un nouveau modèle cognitif distinguant le jugement et le choix de l'action », p. 4-16 et Joëlle Proust, « Free Will: A Neurophilosophical Viewpoint », p. 79-95.

²⁰⁰ En partant de l'analyse de Kelsen : il revient au droit de décider, par exemple, à partir de quel degré de « cause » psychique, l'on considérera, telle contrainte comme irrésistible, justifiant alors, par

est fait est théorique ou doctrinal c'est-à-dire si en définitive il s'agit bien là encore d'une science du droit.

Cette dernière question, ne concerne pas nécessairement le degré de « scientificité », au sens ici des sciences exactes, des sciences du psychisme envisagées pour « décrire » le droit ou mobilisées dans les normes juridiques pour saisir le phénomène psychique. En effet, l'appréhension du psychisme, même en droit, peut-elle être réduite à celle des sciences dites dures – et au-delà de la mise en cause de la fiabilité de ces sciences en droit²⁰⁶ ? Il conviendrait peut-être de s'interroger sur les choix réalisés par les sciences du droit et le droit lui-même, concernant les sciences du psychisme importées, car en décidant de poser, par exemple l'identité entre un fait psychique et le fait cérébral, de poser la compréhension de valeurs, d'émotions, comme *étant* le mécanisme cérébral correspondant (et sans nier la correspondance entre un événement mental et un événement cérébral car « on ne pense, on n'agit, on ne veut agir, on ne délire, ou on ne ressent d'émotions humaines que si l'on a un cerveau. »²⁰⁷), plus qu'un choix scientifique, ne s'agirait-il pas d'un choix philosophique ?²⁰⁸ Quelle conception juridique de la personne en ressort-il ?

II.- LES SCIENCES DU PSYCHISME ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Si les sciences du psychisme et en particulier la psychanalyse apparaissent comme un instrument d'analyse possible pour le théoricien du droit ou la doctrine en général, et un élément nécessaire à prendre en compte aujourd'hui dans l'analyse théorique de certaines normes juridiques, elles semblent se manifester aussi en tant que telle au sein même du droit constitutionnel français. Face à la multiplication des normes juridiques visant un phénomène psychique, il est en effet possible d'identifier une « influence », réelle ou potentielle, des sciences du psychisme sur les normes constitutionnelles (A) et d'envisager ce que

²⁰⁶ Par exemple concernant les neurosciences, la doctrine et le Centre d'analyse stratégique restent prudents sur le bien-fondé de l'usage de ce mode de connaissance et de preuve, en droit, et plus généralement du recours exclusif aux disciplines scientifiques pour qualifier juridiquement les faits « Il serait sans doute prétentieux et vain de vouloir soumettre à une discipline scientifique l'art essentiellement pratique et nuancé qui consiste à rendre la justice », F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice*, Sirey, 1947, cité in P. Larrieu, « La réception des neurosciences par le droit », *op. cit.*, p. 231. La communauté des experts scientifiques souligne généralement la non fiabilité de ce genre de procédé. (Voir par exemple la position du psychiatre et expert près de la cour d'appel de Paris, D. Zagury : « Postuler un déterminisme strict et linéaire entre les prédispositions anatomiques du sujet et son action, c'est oublier les interactions très complexes du cerveau avec l'environnement extérieur », in *La croix*, « Les neurosciences aux portes des tribunaux », 10 septembre 2012, consultable en ligne http://www.la-croix.com/Actualite/S-informer/Sciences/Les-neurosciences-aux-portes-des-tribunaux-NP_-2012-09-10-851609, (page consultée le 20 septembre 2016)

²⁰⁷ P.-H. Castel, *ibid.*, p. 14.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 15.

leurs usages au sein du droit français, impliquent sur une notion fondamentale du droit constitutionnel : l'État de droit (B).

A.- L'INFLUENCE DES SCIENCES DU PSYCHISME SUR LES NORMES CONSTITUTIONNELLES

Dans le droit constitutionnel positif²⁰⁹, l'influence des sciences du psychisme se révèle ou peut se révéler à plusieurs titres. Techniquement, il peut s'agir d'une influence potentielle de la jurisprudence de la Cour européenne sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant certains nouveaux droits fondamentaux portant sur la sphère psychique de la personne (1), mais aussi d'une influence diffuse par l'intégration de notions au sein même du texte constitutionnel (2), ou encore directement ou indirectement à travers le contrôle de constitutionnalité (ou l'absence de contrôle) du Conseil constitutionnel à propos de lois visant certains procédés de justification du constat de phénomènes psychiques (3) et enfin, en amont, par le recours possible aux auditions publiques dans l'élaboration législative (4).

1) L'ÉMERGENCE POSSIBLE DE NOUVEAUX « DROITS FONDAMENTAUX PSYCHIQUES » DANS LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

L'on a pu ailleurs²¹⁰, montrer l'émergence de tout un ensemble de nouveaux « droits fondamentaux psychiques », qui portent l'héritage d'une conception psychanalytique (au sens de référence théorique) de la personne dont le psychisme humain, ne se réduit plus désormais à la seule volonté et à sa dimension consciente. Ainsi, à côté des droits fondamentaux psychiques de première génération – qui ont la particularité de viser la sphère consciente et volontaire de la personne, présente à elle-même, exprimant, voulant, pensant, croyant... – renvoyant aux traditionnelles libertés de conscience, de religion et d'opinion²¹¹, peuvent être repérées des normes juridiques qui protègent, de manière relativement inédite, un ensemble de comportements et surtout d'états relatifs à l'intégrité psychique de la personne : son épanouissement, sa non-souffrance psychique et plus généralement son identité psychique²¹². Ces nouveaux droits fondamentaux sont particulièrement identifiables

²⁰⁹ Nous entendons par cette expression le droit constitutionnel au sens matériel et formel.

²¹⁰ G. Aïdan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, *op. cit.*

²¹¹ Classiquement identifiés par la doctrine à travers les concepts de « libertés de l'esprit », « libertés intellectuelles » et « libertés de l'âme ».

²¹² *Cour EDH Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, RTDH, 2008, §35 ; *Cour EDH 3^e sect. 14 oct. 2008, Petrina c/ Roumanie*, J.-P. Marguenaud, « L'apothéose du droit à la réputation », RTDC, 2008, p. 648.

dans les récentes applications par la Cour de Strasbourg de l'article 8 de la Convention européenne consacré au droit au respect de la vie privée et familiale²¹³. Ainsi, la Cour estime que « la notion de vie privée est une notion large non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne ». Ces nouveaux droits fondamentaux de l'article 8 ont pu être présentés sous la forme d'un triptyque dont la configuration comporte des variations²¹⁴ selon les arrêts de la Cour européenne ou la présentation de la doctrine. Ainsi, trouve-t-on l'autonomie personnelle – le développement personnel – le droit d'établir des relations avec ses semblables (voir, par exemple, *Pretty c/Royaume-Uni*, précité, § 61) ou bien l'épanouissement personnel comprenant le développement personnel (*Christine Goodwin c/Royaume-Uni*) et l'autonomie personnelle (ainsi arrêt *KA DA*, § 83), et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur²¹⁵. Or, si ces notions renvoient explicitement à une protection relative au corps (par exemple, La notion d'autonomie personnelle²¹⁶, consacrée par l'arrêt *Pretty*²¹⁷ se définit, selon la Cour, comme « le droit

d'opérer des choix concernant son propre corps » (§ 66)), l'on peut identifier dans de nombreux arrêts de la Cour européenne que l'application de ces notions nouvelles vise une protection contre la souffrance psychique ou pour le développement psychique de la personne. Ces éléments apparaissent de plus en plus dans les motifs des arrêts de la Cour. Par exemple, le juge européen garantit positivement, tout à la fois « le développement personnel et l'intégrité physique et morale » (§ 90 *Goodwin c/R.-U.*, 11 juillet 2002, gde cham) de la personne mais aussi négativement le fait de ne pas exposer la personne au « stress et à l'aliénation qu'engendre la discordance entre « la réalité sociale et le droit qui placent la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété » (§77). De même, la souffrance psychique endurée par une personne atteinte d'un « grave trouble affectif bipolaire lui rendant la vie insupportable » sera également prise en compte par la Cour mais ne justifiera pas, néanmoins, le droit à un suicide assisté ; toutefois, « La Cour de Strasbourg esquisse, à la charge des États, une "obligation positive" de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide digne et sans souffrance »²¹⁸. Enfin, les droits fondamentaux psychiques ayant pour objet la protection d'un ensemble de comportements visant à favoriser un « développement psychique », portent sur différents aspects de la personne : son identité sexuelle, son identité génétique et même son rapport à l'environnement²¹⁹. Par exemple, c'est à travers « l'épanouissement personnel » et d'un « droit à l'identité », que la Cour protège un « intérêt vital » de connaître la vérité concernant ses origines génétiques (par exemple *Odièvre préc.* § 29 ; CEDH, 2002-I *Mikulic c/Croatie*, n° 53176/99 § 64 ; ou encore CEDH *Ebru et Tayfun Engin Colak c/Turquie*, 30 mai 2006, 60176/00). Elle en induit ainsi une obligation positive à la charge de l'État : « à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple identité de ses géniteurs » (*Odièvre, préc.* § 29). La Cour semble identifier également « un droit

²¹³ Bien d'autres applications peuvent être relevées notamment en ce qui concerne la protection contre la souffrance psychique, par exemple celle de l'article 3 de la CEDH visant interdiction des traitements inhumains et dégradants. C'est l'arrêt *Selmouni* qui semble consacrer une protection globale, indifférenciée contre les douleurs et souffrances causées par certains actes de violence : les « violences physiques et mentales commises sur la personne du requérant, prises dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances "aiguës" et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention » (*Selmouni*, § 105). Ainsi, la protection porte sur des actes « de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant et la « cour ne peut que constater leur caractère odieux et humiliant pour toute personne, quel que soit son état (§ 103) ». et c'est l'arrêt *Denizci c/Chypre* (Cour EDH, 23 mai 2001), pose ainsi les critères de la qualification de la torture : elle ne dépend plus de la nature de la douleur mais du seuil de gravité de la souffrance (des « souffrances aiguës » physiques ou mentales), d'une intention délibérée et d'un but déterminé (aveu, punition, intimidation...). Il est à noter que l'appréciation de ce degré de souffrance dépend « de l'ensemble de la cause, notamment de la durée du traitement et des effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. » (*Irlande c/ R.-U.*, préc. § 162 ; *Selmouni*, préc. § 100).

²¹⁴ Pour une présentation de ces notions, au regard de l'identité sexuelle, voir : D. Roman, « "Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas"?, La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Dalloz*, 2005, p. 1508.

²¹⁵ Voir pour cette présentation les *GACEDH, op. cit.*

²¹⁶ Ainsi, Jean-Pierre Marguénaud, reconnaît-il qu'elle « connaîtra et a déjà connu d'autres développements surprenants dans son aire d'influence au centre de laquelle le corps humain se situe », J.-P. Marguenaud, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », in *GACEDH, op. cit.*, p. 480 ; v. pour une critique (morale) de la notion, M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Dalloz*, 2008 p. 3.

²¹⁷ Elle a été consacrée, à l'occasion de cette affaire tristement connue, où la requérante, M- Pretty, atteinte d'une maladie neuro-dégénérative irréversible saisit la cour pour demander qu'elle oblige l'État à l'autorisation du suicide assisté. La cour avait donc à trancher un conflit de droits fondamentaux entre la notion d'autonomie personnelle ainsi consacrée à partir de l'article 8 de la CEDH et

l'article 2 (droit à la vie) de la CEDH ; elle conclut à la non violation de l'article 8 de la CEDH.

²¹⁸ Cour EDH 20 janv. 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07. La Cour reconnaît ainsi « la volonté du requérant de se suicider de manière sûre, digne et sans douleur et souffrances superflues, compte tenu notamment du nombre élevé de tentatives de suicide qui échouent et qui ont souvent des conséquences graves pour les victimes et leurs proches » (§ 56).

²¹⁹ Par exemple, concernant les enfants, la convention de New York stipule, dans son article 31, que : « Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées » ; ou encore la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dont le préambule réaffirme que « l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ».

inhérent »²²⁰ à l'article 8 de la CEDH estimant que « la sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée » (*Bensaïd c. RU*, n° 44599/98, § 47 ou encore *Odièvre, précit.*, § 29). Or, bien que ces applications jurisprudentielles semblent étirer la notion de droit au respect de la vie privée de manière excessive – il illustre formidablement l'idée de cette avancée du droit dans la sphère intime de l'individu. À tel point, que le droit au respect de la vie privée semble désormais pouvoir s'analyser aujourd'hui comme un droit au respect de la vie psychique²²¹. L'évolution des sciences du psychisme et leur intégration progressive dans le droit pourraient accentuer cette tendance, offrant encore à la vie psychique une dimension inédite en droit. Par exemple, comment l'usage des neurosciences pourrait-il agir sur les significations juridiques de « l'atteinte à la stabilité mentale » de l'enfant » ?

Or, l'ensemble des droits fondamentaux constituent des normes de référence potentielles du Conseil constitutionnel. En effet, si le Conseil constitutionnel refuse d'examiner la conformité des lois qui lui sont déférées à la Convention européenne des droits de l'homme²²², l'on sait que « Le Conseil constitutionnel s'inspire directement de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la cour de Strasbourg »²²³, pour vérifier la constitutionnalité de ces normes législatives. C'est ainsi que « la Convention européenne des droits de l'homme a contribué à l'émergence de droits nouveaux »²²⁴ que le Conseil constitutionnel a créés à partir des textes constitutionnels (par exemple, le droit au respect de la vie privée, composante de la liberté personnelle garantie par l'article 2 de la Déclaration de 1789 (Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, recueil p. 100) ; ensuite, la jurisprudence de Strasbourg a infléchi la conception française de certains droits par l'application nouvelle que le Conseil constitutionnel a réalisée (par exemple à la notion de pluralisme des courants de pensée et d'opinion (Décisions n° 86-217

DC du 18 décembre 1986, recueil page 141 ; n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, recueil page 21), issue de la Jurisprudence *Handyside* du 7 décembre 1976). Par conséquent, si l'application « extensive » de l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne visant à protéger la sphère psychique de la personne n'a pas infiltré encore la jurisprudence du Conseil constitutionnel, convient-il, au regard de cette tendance générale, de rester attentif à cette possibilité. Peut-on alors imaginer que dans un avenir proche, les trois composantes traditionnelles de la vie privée consacrées par la jurisprudence constitutionnelle « l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée »²²⁵ (cette dernière renvoyant en réalité au secret de l'intimité de la vie privée telle que le respect de l'anonymat de la mère ayant procédé à un accouchement sous X) s'enrichissent d'un quatrième volet comprenant la vie psychique des personnes.

Pour conclure, il est nécessaire de rappeler que d'une part, la norme juridique n'est pas liée *a priori* par telles ou telles positions scientifiques²²⁶, d'autre part, que la position adoptée par la Cour de Strasbourg – et qui pourra être suivie par le Conseil constitutionnel – reste *une* interprétation de la norme générale et abstraite, en l'espèce la Convention européenne, dans le cadre de l'habilitation qui lui est conférée pour appliquer cette dernière. Il s'agit certes d'une interprétation authentique mais celle-ci résulte d'un choix de signification dont il convient d'apprécier le contenu au regard de la norme appliquée, en l'espèce, l'article 8 de la CEDH disposant la protection de la vie privée et familiale.

La conception pour le moins extensive de la signification de cet énoncé normatif oblige l'observateur à prendre la mesure du choix *idéologique* qui se manifeste à travers les préoccupations de bien-être, d'épanouissement personnel, d'état psychique sans souffrance, de recherche de son identité génétique ou personnelle. Les philosophes et sociologues contemporains ont pu dénoncer « l'idéologie de l'épanouissement »²²⁷, « les injonctions à être soi »²²⁸ qui traversent les discours sociaux, politiques, managériaux, contemporains falsifiant l'idée même

²²⁰ On peut lire dans ce sens qu'« une interprétation téléologique est ainsi privilégiée comme l'indique notamment la cour dans l'arrêt *Wemhoff c/ République fédérale d'Allemagne* du 27 juin 1968 : la convention est un « traité normatif » et il convient de rechercher « l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité... ». Dans cette perspective, la Cour développe ainsi la théorie des « éléments nécessairement inhérents à un droit », L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 469.

²²¹ Pour une justification détaillée de ce point, voir G. Aidan, *op. cit.* Le critère implicite du droit au respect de la vie privée semble être désormais en effet un certain état psychique de la personne. Une troisième étape dans l'évolution générale du contenu de ce droit peut être repérée : à l'ancienne conception spatiale du droit au respect de la vie privée de la personne, s'est substituée une conception partielle liée à l'identité (personnelle, sociale...), qui semble être aujourd'hui remplacée par une conception générale psychique.

²²² Dans sa décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'IVG.

²²³ Voir l'article de O. Dutheillet de Lamothe, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ CC, décis. n° 2004-492 DC.

²²⁶ Cf. O. Pfersmann, « La constitution comme norme », *op. cit.*, § 89 et s. Sauf bien sûr, lorsque la détermination de la signification d'une norme est conditionnée explicitement par un savoir scientifique, par exemple lorsqu'un expert a pour mission d'identifier un fait psychique et que l'organe d'application qualifie juridiquement le fait ainsi constaté.

²²⁷ M. Foessel, *La privation de l'intime*, *op. cit.*, p. 56.

²²⁸ Voir V. 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*, 2011, Vol. 75, p. 995-1006. Ainsi, lit-on que « La psychanalyse peut, sans le savoir, participer à l'idéologie de la réalisation de soi-même qui donne l'illusion que le développement personnel est la finalité de l'existence ; contribuer à la psychologisation des problèmes sociaux. Faute de réponse politique, l'individu hypermoderne est invité à s'affirmer comme sujet dans une quête personnelle, subjective et individuelle », *ibid.*, p. 1006. Voir aussi, A. Dufourmentelle, *Éloge du risque*, Editions Payot et Rivages, 2011, notamment p. 69 et s.

d'authenticité, d'un rapport à soi vrai, que les morales de l'authenticité du XVIII^e siècle et plus encore l'horizon ouvert par la psychanalyse nous ont permis d'entrevoir.

2) DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RÉSULTANT DE LA « DÉCOUVERTE SCIENTIFIQUE » DU PSYCHISME ?

Si l'on considère avec François Terré, qu'« il est normal de considérer que l'évolution du droit des personnes a été profondément influencée aux XX^e et XXI^e siècles par des courants philosophique, sociologique, psychologique – et psychanalytique –, scientifiques, économiques qui ont enrichi le concept de personne juridique et développé les garanties de celle-ci »²²⁹, il est possible de repérer dans le texte même de la Constitution tout un ensemble de notions qui semblent illustrées cette réception d'aspects de la personne hérités de la psychanalyse et de la philosophie du sujet du début du siècle dernier. Cette prise en compte d'aspects nouveaux ou nouvellement appréhendés ²³⁰ d'une personne désormais dotée d'un psychisme qui n'est plus guidée exclusivement par la conscience se manifeste à travers les notions relatives au « développement » de l'individu et des familles²³¹ ou le « bien-être » des civilisations et des peuples²³², ou encore « l'état mental » de tout être humain justifiant « d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »²³³, mais surtout plus récemment la « protection de l'épanouissement de la personne » ²³⁴ dans la charte de l'environnement.

²²⁹ F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, op. cit.*, p. 11.

²³⁰ En effet, la recherche du bonheur était par exemple déjà mentionnée à l'article 1 dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En tant que tel, l'énoncé ne semble pas permettre d'identifier une norme fondamentale du fait du flou et de l'indétermination qui entourent cette notion.

²³¹ Article 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

²³² Article 17 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. « L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité ».

²³³ Article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « Elle (La nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

²³⁴ Considérant 5 de la Charte de l'environnement de 2004 : que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ». « L'épanouissement de la personne » apparaît ici comme une des finalités d'un « droit à l'environnement »

3) LES SCIENCES DU PSYCHISME DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Il est difficile de repérer des références explicites aux sciences du psychisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En revanche, le fait que certaines lois ou dispositions législatives promouvant une certaine vision du psychisme, soutenant telle science du psychisme, n'aient pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel ou n'aient pas été censurées par le Conseil constitutionnel peut être un indice de ce qui est admis par les organes habilités à saisir le Conseil ou par le Conseil constitutionnel lui-même. Ainsi, par exemple, de la loi du 10 mars 2010²³⁵ complétant la procédure prévue par la loi du 10 août 2007²³⁶, renforçant la lutte contre la récidive²³⁷, en prévoyant que le médecin traitant peut prescrire un traitement inhibiteur de libido (dit de « castration chimique »)²³⁸ soumis au consentement du récidiviste présumé – du condamné – qui ne pourra, s'il le refuse, bénéficier de la réduction de peine prévue ; ainsi également de la loi bioéthique de 2011 précitée mentionnant l'imagerie cérébrale comme technique possible d'expertise judiciaire ou encore, la nécessité du recours au certificat médical circonstancié par un psychiatre pour apprécier la réalité et la portée du trouble mental justifiant les soins sans consentements dans la loi du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge²³⁹. C'est d'ailleurs cette loi qui substitue la traditionnelle hospitalisation sans consentement²⁴⁰, aux soins sans consentement pour les personnes atteintes de troubles mentaux dont l'état « impose des soins immédiats » et/ou porte atteinte à l'ordre public, en expliquant qu'étant donné « l'évolution des soins psychiatriques et des thérapeutiques aujourd'hui disponibles »²⁴¹, d'autres modes d'actes de contraintes psychiatriques peuvent être appliqués aux personnes atteintes de troubles mentaux, tels que « les soins ambulatoires »²⁴² ou « les soins à domicile » ou encore les « séjours » effectués dans un établissement psychiatrique²⁴³. Le Conseil constitutionnel avait en revanche censuré un tel fondement sur la seule « *notoriété publique* », c'est-à-dire sans avis médical, avec effet immédiat et application à toutes les instances en cours dans sa décision *Mme Oriette P.* du 6 octobre 2011, relative au contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi de 1990²⁴⁴.

²³⁵ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

²³⁶ Art. 131-36-4 (L. n° 2007-1198 du 10 août 2007, art. 7, en vigueur le 1^{er} mars 2008) « Sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du Code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ». Le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que,

Il est ainsi possible de multiplier les exemples dans le paysage jurisprudentiel constitutionnel, où l'on peut identifier, en creux ou positivement, les positions du Conseil constitutionnel relativement aux modes d'appréciation des phénomènes psychiques que le droit tente de saisir, et au-delà la conception du psychisme défendue par la Cour constitutionnelle.

4) LES AUDITIONS PUBLIQUES DES EXPERTS EN SCIENCES DU PSYCHISME

Enfin, l'influence des sciences du psychisme sur le droit constitutionnel peut se manifester par l'intermédiaire des expertises dans le domaine des sciences du psychisme auxquelles l'élaboration de certains projets de lois donne lieu et dont le Conseil constitutionnel est libre de prendre connaissance. Ainsi par exemple de la loi de 2011 évoquant pour la première fois l'imagerie cérébrale comme technique judiciaire ou encore de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de

s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution. Lorsque la juridiction de jugement prononce une injonction de soins et que la personne a été également condamnée à une peine privative de liberté non assortie de sursis, le président informe le condamné qu'il aura la possibilité de commencer un traitement pendant l'exécution de cette peine.

²³⁷ Qui rend désormais obligatoire, pour toute personne condamnée au suivi socio-judiciaire, un traitement visant à l'amélioration de son état mental par des soins psychiques adaptés.

²³⁸ Code proc. pén. Art. 706-47-1.

²³⁹ Loi n° 2011-803, publiée au *JO*.

²⁴⁰ Le caractère inédit de cette loi réside ainsi notamment dans le fait que ce n'est plus tant l'obligation prescrite d'hospitalisation psychiatrique qui est ici mise en avant que l'obligation de soin en générale, que l'on pourrait qualifier ici aisément de psychiques au regard de sa finalité, ce que confirme le rapporteur en l'espèce : « Au-delà de l'évolution du cadre juridique des soins sous contrainte, votre rapporteur considère que cette réforme témoigne d'un changement complet de paradigme puisqu'elle met en avant la nécessité des soins plutôt que la forme que ceux-ci peuvent prendre, et que, par là même, elle met fin au primat de l'enfermement ou de l'internement ».

²⁴¹ L'exposé des motifs précise ainsi que « En l'état actuel des textes, les médecins ne disposent pas d'autre cadre juridique que celui des sorties d'essai pour permettre une prise en charge ambulatoire ou en hospitalisation partielle, rendue possible par une amélioration de l'état du patient. »

²⁴² C'est-à-dire en dehors de l'hospitalisation en service psychiatrique.

²⁴³ C'est-à-dire des périodes d'hospitalisation complète programmée ou de prise en charge en hôpital de jour, en hôpital de nuit ou dans d'autres structures du secteur psychiatrique). Article 3211-2-1, 2° « Art. L. 3211-2-1.-Une personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du Code de procédure pénale est prise en charge : « 1° Sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du présent code ; « 2° Sous une autre forme incluant des soins ambulatoires, pouvant comporter des soins à domicile, dispensés par un établissement mentionné au même article L. 3222-1 et, le cas échéant, des séjours effectués dans un établissement de ce type ».

²⁴⁴ CC, déc. n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, *Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de danger imminent]* dans le cadre du contrôle a posteriori de la constitutionnalité de la loi de 1990 opéré sur un renvoi de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2011, *Mme Oriette P.*, n° 11-40.027).

même sexe, qui a fait l'objet de nombreuses auditions publiques dans le domaine des sciences sociales et humaines (en anthropologie, en psychanalyse, en psychiatrie...²⁴⁵). Le droit constitutionnel produit ainsi, en creux, une théorie du psychisme en fonction des discours scientifiques qu'il accueille et soutient.

B.- LES SCIENCES DU PSYCHISME ET LA GARANTIE DE L'ÉTAT DE DROIT

Si l'État de droit implique, autant que possible, « un droit fondamental qui est celui d'être le destinataire de normes clairement déterminées »²⁴⁶, dans quelle mesure l'émergence et la multiplication de phénomènes psychiques dans la sphère juridique permet-elle et oblige-t-elle à repenser certaines exigences juridiques visant à garantir l'effectivité de cet État de droit ? Quelles sont les garanties que le droit constitutionnel et les sciences du psychisme peuvent apporter en ce sens ? Jusqu'où la vie psychique peut-elle être saisie en droit et existe-t-il des limites nécessaires dans un État de droit à la saisie de ces faits psychiques ? La saisie de faits psychiques dans un État de droit suppose de prévoir dans la norme générale et abstraite les modes d'identification précis du fait psychique (1) et d'avoir recours à des sciences du psychisme rationnelles (2). L'État de droit exige aussi la protection d'une sphère minimale de liberté psychique (3).

1) LA NÉCESSAIRE DÉTERMINATION DE FAITS MATÉRIELS PRÉCIS DANS UN ÉTAT DE DROIT : QUEL RÔLE DU DROIT CONSTITUTIONNEL ?

L'indétermination structurelle du fait psychique, en raison de ses propriétés spécifiques (le fait d'être non observable directement), oblige dans un État de droit, à une détermination précise des faits matériels prouvant juridiquement son existence. Nous entendons par « État de droit », l'État qui soumet le « fait au droit » ; l'État de droit formel et minimal s'oppose à l'absence de droit non pas par l'élimination de contenus « injustes » mais par la réduction de la violence au moyen de l'institution de procédures²⁴⁷. Il implique ainsi « un droit fondamental qui est celui d'être le destinataire de

²⁴⁵ Voir les auditions de la psychanalyste Elisabeth Roudinesco, l'anthropologue Françoise Héritier...

²⁴⁶ O. Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », *op. cit.* p. 77.

²⁴⁷ O. Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », *op. cit.* p. 67. Une telle définition à l'aide de la théorie normativiste permet d'éviter plusieurs écueils qu'une définition exclusivement matérielle de l'État de droit entraînerait. Ainsi, « l'État de droit ne peut être ni un « État juste » parce que le critère n'est ni juridique ni objectif, ni un « État soumis au droit », puisque dans une perspective juridique, il n'existe d'autre pouvoir que normatif et d'autre État que l'ordre juridique ou un sous-système de l'ordre juridique », *ibid.*, p. 66.

normes clairement déterminées (dans la mesure du possible) »²⁴⁸.

Aussi, plus les conditions d'application d'une norme sont déterminées concernant la sphère publique²⁴⁹, plus l'État de droit peut être considéré comme fort. Comme le montre Otto Pfersmann, « l'exigence de l'État de droit fort consistera maintenant dans la différenciation de plus en plus poussée, de plus en plus précise, des compétences, dans l'assujettissement de l'exercice d'un pouvoir normatif à des conditions et enfin dans la précision croissante de ces conditions [...]. Chaque catégorie de sanction devra être précisée et soumise à des conditions elles-mêmes aussi déterminées que possible »²⁵⁰. Or, la prévision de ce fait matériel engagé dans la « double factualité » propre à la présence du fait psychique conditionnel²⁵¹, participe à cette détermination, à cette exigence de précision de l'État de droit. La définition par la norme générale du type de fait matériel considéré comme révélant la présence d'un fait psychique, c'est-à-dire comme élément du fait conditionnel, permet de limiter l'espace de liberté d'interprétation des organes de concrétisation dans leur application de la norme et d'accroître la sécurité juridique. La détermination précise du « contenu des normes individuelles » réduit le pouvoir discrétionnaire des organes d'application²⁵², car le « fait d'avoir le choix entre plusieurs comportements possibles renforce le pouvoir d'un organe habilité (à la production normative) par rapport à celle ou celui qui sera le destinataire de ce comportement. Or il s'agit au contraire de réduire au maximum, un tel pouvoir, c'est-à-dire l'arbitraire »²⁵³. Cette question renvoie aussi au pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu de l'organe identifiant le fait psychique. Une telle exigence, comme le note le professeur Otto Pfersmann « entraîne par conséquent de réduire au maximum toutes les formulations vagues et indéterminées, ce qui suppose que l'on dispose de l'instrumentaire théorique nécessaire à la "dés-ambiguation" de tout concept vague et/ou indéterminé »²⁵⁴.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 77. Un autre droit fondamental doit être respecté : « celui de pouvoir fût-ce à titre subsidiaire, demander le contrôle de la conformité des normes par rapport à celles de rang supérieur ».

²⁴⁹ La distinction entre droit public et droit privé a un intérêt en l'espèce car elle permet de distinguer la nécessaire détermination maximale des normes de la sphère publique, de la détermination nécessairement relative de la sphère privée. L'État de droit fort n'est pas ainsi l'État de droit maximal. V. O. Pfersmann, *ibid.*, p. 72 et s.

²⁵⁰ O. Pfersmann, *ibid.*, p. 70.

²⁵¹ Cf. I) b).

²⁵² Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 232 et s.

²⁵³ O. Pfersmann, *ibid.*, p. 71. Cette exigence est particulièrement aigüe concernant les normes de droit pénal. Il est ainsi imposé au législateur « de fixer, lui-même, le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure » (CC, décis. n° 98-399 DC du 5 mai 1998, cons. n° 7).

²⁵⁴ O. Pfersmann, *ibid.*, p. 73. Sur la notion de clarté de la loi à laquelle renvoie cette problématique, voir P. Wachsmann, « Sur la

Mais précisément, les concepts dispositifs visant un fait psychique, bénéficie d'une nébuleuse, d'une imprécision, au moins apparente, inhérente au fait psychique lui-même : ils visent en effet un fait immatériel, non directement observable. Ce qu'il est possible de prévoir, de déterminer avec précision, en revanche, sera donc l'ensemble des faits matériels, institués comme valant manifestation du fait psychique, directement lorsque l'organe d'application est l'organe d'identification, ou bien indirectement lorsque l'organe d'application doit confier la tâche d'identifier ce fait psychique à un expert du psychisme, dont l'orientation scientifique est préalablement déterminée dans la norme générale.

Dans un État de droit fort, il revient donc à la norme générale (et donc y compris à la norme constitutionnelle ?) de prévoir avec précision la procédure d'identification du fait psychique et l'ensemble des faits matériels institué comme présument l'existence du fait psychique, les deux modalités d'application de la norme générale étant donc en l'espèce particulièrement liées. Ces exigences renvoient en réalité à celles de prévisibilité et de sécurité juridique²⁵⁵.

L'absence de critère d'identification du fait psychique confèrera donc un pouvoir discrétionnaire d'autant plus important à l'organe d'application.

2) L'EXIGENCE DE PREUVE RATIONNELLE ET MATÉRIELLE DANS UN ÉTAT DE DROIT : QUEL RÔLE DES SCIENCES DU PSYCHISME ?

Sur le plan matériel, le type de faits retenus est aussi enserré dans certaines exigences qui semblent inhérentes à l'État de droit. La première identifiable est celle de la rationalité. Le signe choisi par l'organe d'application ou par le législateur doit-il avoir un quelconque lien de vérité au fait qu'il révèle ? Doit-il être encadré par une rationalité affichée ? Ainsi, pourrait-on imaginer une norme établissant que : « parce que M. X a un chapeau et qu'il parle fort dans la rue, alors il est atteint d'un trouble mental justifiant son hospitalisation d'office » ? S'il est possible juridiquement qu'aucun lien rationnel n'existe entre le fait matériel et le fait psychique recherché²⁵⁶, l'absence totale de cohérence entre le fait choisi et le fait psychique visé, dénaturerait le statut même de preuve du fait institué comme manifestation du fait psychique. Cette question renvoie au pouvoir discrétionnaire plus

clarté de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 809-830.

²⁵⁵ « Entendu au sens où l'on peut avoir la certitude du droit applicable aux situations par lesquelles on est concernés », O. Pfersmann, *ibid.*, p. 72.

²⁵⁶ Voir les procédés irrationnels au Moyen-Âge, la divination, l'ordalie ou le duel judiciaire constituaient des preuves tout à fait acceptées. Elles furent progressivement remplacées par la preuve rationnelle avec témoignage puis le paradigme de la preuve scientifique à partir du 19ème s. Voir C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit.

ou moins étendu de l'organe identifiant le fait psychique²⁵⁷.

Mais qu'en est-il lorsque l'identification du fait psychique est opérée par l'expertise ? Lorsque le fait psychique est identifié par un expert, la discipline dont il relève devrait-elle alors répondre à une exigence de rationalité des sciences dites « dures » ? Cette exigence de rationalité correspond en réalité à celle de la prévisibilité du fait conditionnant les effets normatifs. La thèse qui répondrait par l'affirmative serait la suivante. Le recours à une discipline du psychisme enserrée dans les exigences des sciences dures, permettrait de déchiffrer les faits matériels en réduisant le risque d'incertitude quant à l'existence du fait psychique. La scientificité renforcerait ainsi l'objectivité du constat. Tel fait psychique déterminerait tel comportement. Le fait psychique s'expliquerait selon une causalité sous-jacente qui serait celle des sciences naturelles. Ainsi, une expertise exclusivement fondée sur les sciences cognitivo-comportementales, devrait être privilégiée, par exemple, à la psychanalyse (ou la psychiatrie d'orientation psychanalytique), dont la scientificité ne correspond pas à celle des sciences naturelles. Les contestations de la psychanalyse, sur ce point notamment, ont été nombreuses. Karl Popper²⁵⁸ montra en son temps que sa non-scientificité réside dans le fait qu'aucun fait empirique ne peut les réfuter. Les hypothèses analytiques ne sont pas testables à l'aide de procédures expérimentales et reproductibles. Adolf Grünbaum²⁵⁹ contesta l'argument de Popper, il considérait la psychanalyse comme falsifiable, mais il remettra en question ses hypothèses fondamentales, telles que la théorie freudienne du refoulement, la théorie des rêves, du transfert, de l'association libre... Ainsi, « selon lui, les preuves de la validité scientifique de la théorie psychanalytique sont très faibles et aucune d'entre elles ne parvient à confirmer les hypothèses de la psychanalyse »²⁶⁰. L'analyste procéderait par suggestions verbales en influençant son patient, rendant invalide alors toute possibilité d'évaluation.

Ces critiques, sans cesse renouvelées sous différentes déclinaisons²⁶¹, ont été à leur tour maintes

fois contestées. L'argument principal est d'avancer qu'elles sont révélatrices d'une logique de « colonisation »²⁶² des exigences d'une science sur une autre. Elles consistent dans le fait d'imposer une logique « standard » d'efficacité d'autres modèles thérapeutiques, au lieu d'évaluer la psychanalyse au regard de ses propres enjeux. Le psychisme appréhendé par la psychanalyse est doublement déterminé. Il relève à la fois de phénomènes naturels, somatiques, et culturels²⁶³, des sciences de la nature et des sciences de l'esprit²⁶⁴. Sa causalité est spécifique, sa scientificité aussi²⁶⁵.

Mais au-delà de cette querelle, qui a son importance car elle fait écho à deux conceptions du sujet²⁶⁶, évoqué en introduction, deux objections peuvent être invoquées contre ce raisonnement qui privilégierait l'expertise juridique sur le psychisme à partir de critères scientifiques des sciences naturelles à des fins de prévisibilités juridiques²⁶⁷.

D'une part, l'évolution scientifique et particulièrement la physique quantique ont renouvelé les termes et les enjeux des critères de la scientificité. En effet, « Les faits prévus [...] ne peuvent être que probables »²⁶⁸, « L'évolution des sciences nous donne accès à de nouvelles logiques. L'opposition classique entre vrai et faux, entre réalité et illusion n'est plus le seul instrument de connaissance aujourd'hui où l'indéterminé est devenue une catégorie du savoir »²⁶⁹. D'ailleurs, plus généralement, le recours à l'expertise « n'offre pas nécessairement des résultats indubitables. [...] Les techniques scientifiques deviennent de plus en plus sophistiquées et de plus en plus coûteuses tout en ne réduisant souvent que de manière marginale le degré d'incertitude »²⁷⁰. D'autre part et surtout, si l'on convient bien que « l'expertise psychiatrique ne serait donc ni toujours ni uniquement une intrusion pseudo-

médicale cf. D. Zagury, « Irresponsabilité pénal du malade mental : le rôle de l'expert », *AJ pénal*, 2004, p. 311 et s.

²⁶² G. Pragier et S. Faure-Pragier, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, op. cit., p. 16.

²⁶³ Cf. A. Green, *La causalité psychique*, op. cit., p. 180 et s.

²⁶⁴ V. Micheli-Rechtman, *La psychanalyse face à ses détracteurs*, op. cit., p. 32 et s.

²⁶⁵ Sa causalité est psychique, cf. A. Green, *La causalité psychique*, op. cit. et sur l'épistémologie psychanalytique, voir, V. Micheli-Rechtman, *ibid.*; G. Pragier et S. Faure-Pragier, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, op. cit., p. 16 et s.; P.-L. Assoun, *Freud, la philosophie et les philosophes*, op. cit., p. 77 et s.

²⁶⁶ Le « sujet cérébral » et le « sujet parlant ». Cf. A. Ehrenberg, « Introduction » à « La guerre du sujet », *Esprit*, novembre 2004, p. 74-85.

²⁶⁷ Comme pourrait le soutenir une partie de la doctrine. Concernant l'usage des neurosciences, voir par ex. C. Byk, « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social », *RDSS*, 2012, p. 800 et s. Ainsi peut-on lire : « La fragilité du témoignage humain et la subjectivité des expertises psychiatriques et psychologiques incitent à se tourner vers des techniques « plus performantes ».

²⁶⁸ R. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, Flammarion, p. 223, cité par D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 189.

²⁶⁹ G. Pragier et S. Faure-Pragier, op. cit., p. 244.

²⁷⁰ O. Pfersmann, « Fait », op. cit., p. 697.

²⁵⁷ Et plus généralement au rapport que le droit entretient avec la réalité. Est-ce que l'objectivité qui s'impose au droit concernant le comportement prescrit s'impose également au fait conditionnel ? Ainsi, le droit « ne prescrit ou n'interdit ni ce qui est nécessaire, ni ce qui est impossible, car ce serait vain, inutile ou absurde », E. Picard, « Le ou les jus naturalismes », op. cit.

²⁵⁸ K. Popper, *La connaissance objective*, 1979, Flammarion, coll. « champ », 1991.

²⁵⁹ A. Grünbaum, *Les fondements de la psychanalyse. Une critique philosophique*, Puf, 1996 [1984].

²⁶⁰ V. Micheli-Rechtman, *La psychanalyse face à ses détracteurs*, op. cit., p. 28.

²⁶¹ Cf. aujourd'hui celles adressées par nombreux neuroscientifiques. Pour une approche militante en droit, en faveur d'une méthode objectiviste « actuarielles » voir M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, 2012, p. 75 et s. Pour une approche beaucoup plus complète de la question et de la nécessité d'encadrer l'expertise

rationnelle de la médecine dans le droit »²⁷¹, c'est-à-dire une fausse justification, il est possible de postuler, avec Pierre-Henri Castel que les faits psychiques recherchés par l'expert « se déroberont à l'objectivation scientifique standard et [...] varient non seulement selon les individus, mais encore en fonction de leur environnement social et culturel »²⁷². Ainsi, comme l'explique aussi le professeur et psychiatre Maurice Corcos un « fait en lui-même, aussi spectaculaire soit-il peut-il se comprendre sans la moindre référence à la position du sujet à ce moment-là de son parcours de vie ? ». En effet, « bon nombre d'événements de vie » sont quelque peu « annoncés » par une histoire ancienne où la vie infantile tient une place prépondérante ». Par exemple, il rappelle qu'« il faut toujours deux temps pour constituer un traumatisme psychique, à savoir le temps de l'événement qui dépose sa trace et le temps d'une reviviscence interne »²⁷³. Or, « l'une des caractéristiques du DSM²⁷⁴ est, sans l'é luder, de ne pas approfondir suffisamment la part extérieure, à l'origine de la genèse de troubles psychologiques, ce qui lui permet de faire ensuite trop facilement appel à la prédisposition et à la constitution »²⁷⁵.

Pour résumer, la spécificité du fait recherché par l'expert du psychisme, confère à la rationalité de sa preuve des contours qui ne sont pas nécessairement ceux des sciences naturelles. Si la prise en compte de la subjectivité et des rapports intersubjectifs entre l'expert et la personne expertisée, altère le caractère apparemment objectif du constat de l'existence d'un fait psychique, sa rationalité n'est pas pour autant altérée. Elle répond simplement d'une autre logique qui serait propre au fait psychique. La rationalité n'est donc pas absente, elle relève d'une épistémologie spécifique. La marge d'interprétation conférée à l'expert dans l'identification du fait psychique, est donc en toute hypothèse encadrée, et le choix de la rationalité de la preuve de ce fait relève en dernière analyse de l'organe d'application.

Enfin, si la preuve retenue ne doit pas être absurde, peut-elle être absente ? Qu'advierait-il alors d'un système juridique où l'identification du fait psychique ne passerait par aucun fait matériel mais resterait dans le domaine de l'immatériel : la seule intime conviction du juge, le sentiment de l'administration... ? Si la preuve n'était pas matérielle, le pouvoir discrétionnaire de l'organe d'application se transformerait en pouvoir arbitraire. Les seules pensée, intuition, conviction suffiraient à attester l'existence d'un fait psychique et c'est l'individu qui se dissoudrait dans l'État totalitaire ; comme l'explique Marcel Prélôt, le régime

totalitaire fait de l'État un sentiment : « Il n'y a rien que nous soyons plus sûrs dans l'intime de notre être que du sentiment d'État »²⁷⁶. Ce n'est pas l'immatérialité de l'objet de la norme qui crée de l'arbitraire, c'est sa non-justification matérielle. L'invisibilité, l'imprévisibilité du fait psychique non encadré par une procédure suffisamment précise, et une preuve extérieure repérable, confèrent un pouvoir arbitraire aux organes d'application des normes juridiques visant un fait psychique.

Ainsi, le recours à un fait matériel, observable pour justifier l'existence d'un fait psychique, est une des exigences d'un État de droit. Il permet de faire apparaître « les raisons pour lesquelles l'organe préfère finalement l'une des solutions envisageables ou pourquoi la solution retenue étant en fait la seule possible »²⁷⁷. En cela, le fait matériel, en l'espèce, participe bien à la motivation nécessaire d'une norme individuelle, la preuve du fait psychique « ne peut reposer sur le simple sentiment »²⁷⁸, sa matérialité constitue une garantie contre le risque d'application normative à partir du seul fait psychique : la seule pensée, intention, désir... L'analogie de la méthodologie générale de l'organe d'application avec celles du psychanalyste touche ici une de ses limites²⁷⁹.

3.- LES LIMITES À LA SAISIE DE LA RÉALITÉ PSYCHIQUE DANS UN ÉTAT DE DROIT

« Désormais il n'y a pas de différence entre le droit et la morale »²⁸⁰ Hitler

« La domination totale devient vraiment totale – et elle se vante toujours de cette opération comme de son dû – au moment où elle enserme dans le lien de fer de la terreur la vie sociale privée de ceux qui lui sont soumis. » Hanna Arendt

Dans une conception politique libérale, l'État de droit, exige le respect d'une sphère de liberté psychique

²⁷⁶ M. Prélôt, « La théorie de l'État dans le droit fasciste », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 442. Prélôt rappelle à cette occasion la phrase de Mussolini : « Tout dans l'État, rien en dehors de l'État », *Discours de la Scala de Milan*, 28 octobre 1925, dans *Discorsi del 1925*, Milan, 1926, p. 192.

²⁷⁷ O. Pfersmann, *ibid.*, p. 73. Cela rejoint l'exigence de détermination de « toute production d'une norme particulière à partir et en application d'une norme plus générale ».

²⁷⁸ R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, *op. cit.* p. 133, « Toute latitude est donc laissée aux magistrats pour acquérir la preuve de l'intention, pourtant cette preuve ne peut reposer sur le simple sentiment, qu'elle précision doit-elle avoir ? Nous croyons que ce problème se confond avec celui de la motivation suffisante des jugements. La conviction du juge doit reposer sur des faits assez précis pour qu'en les exprimant dans sa décision, celle-ci se trouve suffisamment motivée sur ce point. la cour de cassation semble d'ailleurs assez peu exigeante ».

²⁷⁹ Concernant la psychanalyse, il est intéressant de noter que le lien unissant le fait psychique au signe de la métapsychologie relève d'une causalité spécifique, différente de la causalité naturelle et que le psychanalyste André Green a qualifié de causalité psychique. Voir A. Green, *La causalité psychique*, édition O. Jacob, 1995.

²⁸⁰ A. Hitler, *Journée des juristes à Leipzig*, 1933, cité par O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *op. cit.*, p. 108, note 60.

²⁷¹ P.-H. Castel, *L'esprit malade*, *op. cit.*, p. 41. L'auteur s'oppose ici à la thèse soutenue par Foucault.

²⁷² *Ibid.*, p. 41.

²⁷³ S. Freud, cité par M. Corcos, *L'homme selon le DSM, le nouvel ordre psychiatrique*, *op. cit.*, p. 128 et 129.

²⁷⁴ DSM : *Diagnostic and Statistical Manual*.

²⁷⁵ M. Corcos, *ibid.*, p. 127.

maximale, c'est-à-dire la protection d'un ensemble de comportements psychiques, en prévoyant qu'ils ne soient pas empêchés, sous peine de sanction (droits fondamentaux psychiques), mais aussi en excluant certains comportements psychiques de la sphère juridique. Les systèmes totalitaires prennent en compte, au contraire, un maximum de faits de la vie psychique de la personne. En effet, l'on sait que l'État de droit fort exige d'exclure l'arbitraire en prévoyant une détermination très précise des conditions d'application des normes juridiques (et donc, en l'espèce, des faits matériels retenus pour constater l'existence des faits psychiques) afin de restreindre au maximum le pouvoir de liberté interprétative des organes de concrétisation.

Toutefois, il ne peut prévoir précisément toutes ces conditions²⁸¹, c'est-à-dire encadrer toutes les situations possibles car « il est d'abord trivialement impossible de produire une réalité idéale plus riche que le réel »²⁸² et surtout parce qu'il « abolirait en même temps toute liberté de l'individu, qui en tant que personne physique, est également un organe habilité à exercer des choix »²⁸³. Il en résulte que « l'idéal de l'État de droit fort ne sera pas celui de l'État de droit maximal, mais celui d'un ordre juridique où les autorités auraient un champ d'action très fortement encadré sans entraver pour autant les choix admissibles des personnes et à condition que ces choix soient, en tant que choix, les plus précisément déterminés »²⁸⁴. L'exigence de détermination maximale des conditions d'application d'une norme concerne donc la sphère publique et non la sphère privée²⁸⁵. Si toute norme doit être déterminée, elle ne doit pas l'être de manière trop précise concernant les destinataires qui sont des individus, pour pouvoir leur laisser un champ d'action admissible suffisamment important. L'État de droit fort, dans un régime libéral, exige donc de « protéger une sphère de liberté (de choix juridiquement encadrés) pour l'individu »²⁸⁶.

Or, les États totalitaires visent justement à cette « domination totale »²⁸⁷ en restreignant le plus possible cette sphère de liberté jusqu'au point où le droit rejoint la morale individuelle, où la justification morale se confond avec les motivations du droit²⁸⁸, et plus généralement où la sphère publique se fonde dans la sphère intime de l'individu. La « différence entre le droit et la morale » tendrait à disparaître et les normes juridiques de la sphère publique deviendraient aussi celles de la sphère privée. La détermination maximale des normes juridiques ayant la personne physique

comme destinataire est donc une manière de restreindre activement cette sphère de liberté de la personne. Tel serait le cas d'États dans lesquels le maximum de comportements des individus, y compris ceux psychiques, et ceux qui ne concerneraient pas autrui²⁸⁹ seraient très fortement déterminés comme conditions d'effets normatifs. Par exemple, l'Italie fasciste « règle normativement non seulement le travail national mais aussi l'après travail et la vie spirituelle dans son ensemble. »²⁹⁰

De plus, « La liberté que l'ordre juridique laisse aux individus »²⁹¹ peut être considérée comme garantie dans la mesure où « l'ordre juridique interdit les empiètements dont elle pourrait faire l'objet. »²⁹². Or, les « droits fondamentaux psychiques », précédemment mentionnés²⁹³, permettent de garantir une sphère de liberté psychique c'est-à-dire un ensemble de comportements psychiques permis, relatifs d'une part à la pensée et la conscience (ceux de la première génération), d'autre part au développement psychique de la personne (ceux de la seconde génération). Dans un régime totalitaire, les comportements psychiques traditionnellement permis (ceux de la première génération) non seulement ne sont plus garantis négativement (par l'interdiction des empiètements dont ils pourraient faire l'objet), mais sont positivement interdits. Leur réalisation conditionne en effet la sanction d'actes de contrainte. Il ne s'agit pas seulement d'interdire la manifestation de cette pensée, mais d'interdire la pensée *elle-même*²⁹⁴. L'acte de contrainte peut se concrétiser au moins de deux manières et les sciences du psychisme peuvent y contribuer activement. Premièrement, par la réalisation d'un ensemble de conditions factuelles physiques et psychiques, ayant pour finalité d'*agir* sur ces comportements psychiques de pensée et de conscience. La mise en place de ces mesures d'endoctrinement et/ou de conditions de vie terriblement éprouvantes (comme les camps de travail), peut être traduite juridiquement comme l'application d'actes de contrainte en raison notamment de la réalisation de certains comportements liés à la pensée²⁹⁵ considérés ici comme interdits. Deuxièmement, l'acte de contrainte peut consister en une intervention chirurgicale sur le cerveau visant à la destruction totale des capacités cognitives. Il s'agit d'interdire un espace psychique de pensée, de conscience. La lobotomie est une pratique terrifiante de certains régimes totalitaires.

L'État peut agir sur ces comportements psychiques, et les droits fondamentaux psychiques de la première génération (ceux relatifs à la liberté de l'esprit, à la

²⁸¹ En cela, il ne correspond pas pour autant à un État de droit maximal.

²⁸² O. Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit », *op. cit.*, p. 73.

²⁸³ *Ibid.*, p. 71.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 72.

²⁸⁵ Sur la nécessité de distinguer les deux sphères en l'espèce, cf. O. Pfersmann, *ibid.*, p. 72.

²⁸⁶ O. Pfersmann, *ibid.*, p. 72.

²⁸⁷ H. Arendt, *Le système totalitaire*, rééd., Seuil, 2005, p. 242 et s.

²⁸⁸ Cf. O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *op. cit.*, p. 108.

²⁸⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 50.

²⁹⁰ K. Lowith, cité par G. Agemben, *Homo sacer*, *op. cit.*, p. 131.

²⁹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 50.

²⁹² *Ibid.*, p. 51.

²⁹³ Cf. II) A) 1.

²⁹⁴ De manière explicite ou implicite, en identifiant par exemple la pensée contraire au régime à un trouble mental.

²⁹⁵ Ces comportements psychiques permis peuvent être qualifiés ainsi de « droits fondamentaux psychiques de la première génération ».

liberté religieuse.) constituent ainsi un minimum de libertés garanties dans un État de droit.

Par ailleurs, si l'État de droit minimal suppose que certains comportements psychiques soient protégés négativement ou positivement, il supposerait aussi que certains comportements psychiques soient exclus de la sphère juridique, c'est-à-dire que leur constat ne soit pas érigé en condition d'effets juridiques. Il s'agirait des faits psychiques qui, d'une part, ne sont pas accompagnés d'un fait matériel justifiant leur existence, d'autre part, ne concernent d'aucune manière autrui, directement ou indirectement tels que les rêves, les faits

interpsychiques²⁹⁶ ou intrapsychiques²⁹⁷... Une sphère minimale de liberté psychique pourrait alors être identifiée. Ainsi, « Même sous les ordres juridiques les plus totalitaires, il subsiste quelque chose comme *une liberté inaliénable*. »²⁹⁸

²⁹⁶ C'est-à-dire ceux qui circulent de manière inconscientes entre les personnes.

²⁹⁷ C'est-à-dire les effets psychiques provoqués par un fait psychique sur une même personne.

²⁹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 51