Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 41 – Numéro 3

Année : 2011

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10316>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10316>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ EN DROIT QUÉBÉCOIS : REGARDS SUR LA CONTRIBUTION DE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU.....	523
Par Robert P. KOURI	
NÉGOCIATIONS DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA – UNION EUROPÉENNE : UNE LIMITE À LA GOUVERNANCE SOUVERAINE EN MATIÈRE DE BREVETS PHARMACEUTIQUES?	553
Par Mélanie BOURASSA FORCIER	
DEUX THÈSES SUR LA DÉMOCRATIE ET LE CONSTITUTIONNALISME : LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET L'ENGAGEMENT PRÉALABLE.....	583
Par Luc B. TREMBLAY	
ÉTATS FÉDÉRÉS ET MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS CLIMATIQUES INTERNATIONAUX : LE CAS DU QUÉBEC.....	607
Par Annie CHALOUX Hugo SÉGUIN	
L'EXPERTISE PÉNALE DES TROUBLES MENTAUX : UN APPEL À LA PRUDENCE.....	635
Par Steve CURADEAU	
LES LEÇONS DE PIERRE LEGENDRE SUR LA CASSE SUBJECTIVE : NOUVELLE CLINIQUE JURIDIQUE AUTOUR DU TIERS?.....	671
Par Christian SAINT-GERMAIN	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ EN
DROIT QUÉBÉCOIS : REGARDS SUR LA CONTRIBUTION DE PAUL-
ANDRÉ CRÉPEAU

Auteur(s) : Robert P. KOURI

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : **523-552**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10310>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10310>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ EN DROIT QUÉBÉCOIS : REGARDS SUR LA CONTRIBUTION DE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU

par Robert P. KOURI*

Influencée par les écrits de certains juristes, la Cour d'appel du Québec avait décidé, dans l'affaire Camden-Bourgault c Hôpital de L'Enfant-Jésus, que les rapports juridiques entre le patient et l'hôpital étaient de nature extra contractuelle, et que les médecins, exerçant au sein d'un établissement de santé n'étant pas des préposés de celui-ci, ne pourraient engager sa responsabilité. Les travaux remarquables du Professeur Paul-André Crépeau durant un demi-siècle, semblent avoir été négligés ou méconnus par plusieurs juristes contemporains. Une lecture soigneuse de ses écrits démontre sa prescience et la façon novatrice avec laquelle il analyse les principes juridiques soutenant les fondements de la responsabilité contractuelle de l'établissement à l'égard de ses patients.

Following the lead of certain writers, the Court of Appeal of Quebec decided in the controversial case of Camden-Bourgault c Hôpital de L'Enfant-Jésus, that the legal relationship between the patient and hospital, was extra contractual in nature. Moreover, it was decided that since these institutions could not legally practise medicine, they would not be liable for the negligent acts of members of their medical staff. The seminal writings of Professor Paul – André Crépeau, published over a period of a half a century, appear to have been disregarded or misunderstood by a number of contemporary jurists. A careful reading of his writings reveals his remarkable foresight and the innovative manner in which he analyses the legal principles supporting the contractual liability of hospitals towards their patients.

*. Docteur en droit et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je désire remercier ma collègue, la professeure Catherine Régis, qui a eu la gentillesse de lire et de commenter ce texte.

SOMMAIRE

Introduction	525
1 – La genèse du débat sur la qualification des rapports entre le patient et l'établissement	526
2 – Une appréciation critique des assises de la thèse extracontractuelle de responsabilité.....	535
3 – La responsabilité contractuelle versus la responsabilité extracontractuelle - un débat superflu	546
Conclusion	549

Introduction

Dans un célèbre monologue de l'humoriste britannique Rowan Atkinson, l'auteur joue le rôle de Lucifer, accueillant un groupe de fervents chrétiens récemment décédés et abasourdis de se retrouver devant les portes de l'Enfer. Le diable leur annonce : « Je suis navré, mais je dois vous informer que les juifs ont raison. » De même, il nous semble que si jamais une cause comme *Camden-Bourgault c. Hôpital de l'Enfant-Jésus*¹, niant l'existence du contrat hospitalier, devait être portée devant la Cour suprême du Canada, nous oserions croire que la réponse de ce tribunal à la Cour d'appel du Québec serait, « Nous regrettons, mais nous devons vous informer que le professeur Paul-André Crépeau a raison. »

Le ton léger de ces quelques lignes introductives, rédigées avant la dernière maladie et la mort récente du professeur Crépeau, avait certes pour but de le faire sourire, son sens de l'humour étant bien connu. Mais cette boutade recèle une intention plus sérieuse – rappeler sa vision sur la nature de la responsabilité des établissements médicaux, par trop méconnue,

-
1. [1996] R.R.A. 809 (C.S.) (résumé), J.E. 1996-1232 (C.S.), [1996] AZ-96021463 (C.S.), inf *sub. nom.* *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832 (C.A.), [2001] R.R.A. 329 (C.A.) (résumé) (ci-après « *Camden-Bourgault* »). Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée avec dépens le 29 novembre 2001. *Camden-Bourgault* fut suivi dans : *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, [2001] R.J.Q. 1814 (C.S.) (ci-après « *Goupil* ») et dans *Canty c. Hôpital St-Luc*, REJB 2002-29977 (C.S.), [2002] AZ-50112836 (C.S.), par. 15 et 16, rejet de l'action en garantie *sub. nom.* *Germain c. Hôpital St-Luc*, REJB 2002-32242 (C.A.) en raison du fait que l'hôpital ne pouvait être condamné pour une faute commise par un médecin. Mentionnons en passant que le juge Rochon, siégeant comme juge *ad hoc* à la Cour d'appel dans *Camden-Bourgault* et ayant rédigé le jugement au nom de la cour, a aussi siégé dans *Germain c. Hôpital St-Luc* (voir plus haut). Voir également : *Bourdon c. Durocher*, [2005] AZ-50314508 (C.Q.), par. 55; *Ban c. Centre universitaire de santé McGill-Hôpital Royal Victoria*, [2005] J.Q. n° 3371 (C.S.), 2005 CanLII 12602 (QC CS), par. 39, *G.D. c. Hôpital Ste-Justine*, 2007 QCCS 3386 (CanLII), [2007] AZ-50441646 (C.S.), par. 18; *N.M. c. Solignac*, 2007 QCCS 4606 (CanLII), [2007] AZ-50454018 (C.S.), par. 25.

négligée ou occultée par la doctrine et la jurisprudence contemporaine. Les interrogations pertinentes sont simples : d'une part, peut-on tenir le centre hospitalier contractuellement responsable envers le patient pour toute faute, et d'autre part, la faute d'un médecin dans l'exercice de son art en milieu hospitalier, peut-elle engager la responsabilité de l'hôpital? Comme nous allons le démontrer plus loin, il est évident que la décision de la Cour d'appel dans *Camden-Bourgault*² et la jurisprudence subséquente, influencée par cet arrêt, sont directement en contradiction avec les enseignements de Crépeau concernant les rapports tripartites entre le patient, le médecin et l'établissement.

Afin d'aborder ces questions, nous retracerons les origines du débat sur la qualification des rapports entre le patient et l'établissement, en commentant les fondements de chaque régime de responsabilité proposé. Nous démontrerons qu'en effet, cette controverse ne demeure pas moins empreinte d'une considération téléologique – l'irresponsabilité de l'établissement pour la faute du médecin. Or, l'importance d'une telle considération est évidente car elle entraîne pour la victime d'une faute médicale, l'alourdissement d'un fardeau déjà très onéreux en lui imposant de plus, le devoir d'élucider l'enchevêtrement des rapports dans l'administration des soins dans un centre hospitalier.

1 – La genèse du débat sur la qualification des rapports entre le patient et l'établissement

Afin de bien saisir la problématique, il y a lieu de retracer les origines de la thèse contractuelle en responsabilité médicale québécoise. À l'exception de certains jugements - comme dans l'affaire *Griffith c. Harwood*³ et *Bordier c. S*⁴ - la jurisprudence, avant 1956 bien entendu, optait pour la responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle du médecin. En 1956, le

2. *Id.*

3. [1900] B.R. 299 (C.A.).

4. [1934] 72 C.S. 316.

professeur Crépeau a publié sa thèse de doctorat⁵ dont l'un des postulats était de faire reconnaître la responsabilité contractuelle du médecin par le biais d'un contrat exprès ou tacite⁶. On y remarque l'influence évidente de l'arrêt de principe de la Cour de cassation française dans l'affaire *Mercier*⁷, où l'on a déclaré que « [l]a violation, même involontaire de cette obligation contractuelle [du médecin], est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. »

Prenant appui sur cette autorité, Crépeau pouvait, en toute logique, pousser sa réflexion jusqu'à affirmer que l'hôpital serait également responsable contractuellement à la fois pour les soins médicaux et les soins hospitaliers, mais envers les bénéficiaires de l'assistance publique seulement, car dans leurs cas, le médecin traitant serait désigné par le bureau médical de l'hôpital et on verrait dans ces situations, une stipulation pour autrui⁸. Il était donc, à ce stade de sa réflexion, assez circonspect quant à l'adoption du fondement contractuel des rapports du patient avec l'hôpital.

Dès l'année suivante, dans l'arrêt *X c Mellen*⁹, la Cour d'appel, plus particulièrement sous la plume du juge Bissonnette,

-
5. Paul-André CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956 (ci-après « Crépeau, « Responsabilité civile du médecin et de l'établissement » »).
 6. «Les relations entre les médecins ou chirurgiens et leurs malades sont, en effet, dans la plupart des cas, réglés par une convention - du moins tacite - génératrice d'obligations réciproques : le malade s'engage à payer les honoraires requis; le médecin, à donner des traitements et soins prudents et diligents. L'exécution ou l'exécution défectueuse de ces obligations par l'une ou l'autre des parties donne lieu à l'exercice de l'action contractuelle en dommages-intérêts fondés sur les articles 1065, 1071 et suivants du Code civil du Québec», *id.*, p. 69.
 7. Cass Civ .20 mai 1936, D.1936.1.88 (rapp. Jossierand, concl. Matter).
 8. Crépeau, « Responsabilité civile du médecin et de l'établissement », préc., note 5, p.172-173. Il s'est limité à cette application seulement dans sa thèse de doctorat.
 9. [1957] B.R. 389 (C.A.), en appel du jugement de *Mellen c. Nelligan*, [1956] R.L. 129 (C.S.) : enfant de 3 ans et demi qui s'est fracturé le fémur en

avait accueilli la thèse prônée par Crépeau et a reconnu l'existence du contrat médical en droit québécois. En quelque sorte ambivalent sur les modalités de formation du contrat dans les circonstances de cette cause¹⁰, le juge Bissonnette avait tout de même articulé le principe rendu désormais célèbre, « [d]ès que le patient pénètre dans le cabinet de consultation du médecin, prend naissance entre celui-ci et le malade, par lui-même ou pour lui-même, un contrat de soins professionnels »¹¹.

À la suite de cette consécration par la Cour d'appel, Crépeau s'est permis d'affirmer quelques années plus tard, dans un article publié dans la Revue du Barreau du Québec,

[q]ui peut douter, par exemple, de l'existence d'un rapport contractuel entre le malade ou le parent d'un malade, qui demande des soins professionnels, et le médecin, le chirurgien ou l'établissement hospitalier qui accepte de les donner [nos italiques]¹²?

Certes, à l'époque de ces écrits, le système de santé que nous connaissons aujourd'hui n'existait pas; les hôpitaux étaient principalement des établissements à but non lucratif gérés par des communautés religieuses ou par des œuvres de bienfaisance. Mais malgré l'instauration du régime public en 1971 par la *Loi sur les*

tombant du balcon de sa maison et chez qui on avait installé un plâtre causant des ulcères de pression.

10. *Id.*, p. 408, «Qu'un lien contractuel se soit établi entre le père de l'enfant et le chirurgien, ceci ne peut souffrir de doute. Que le contrat se soit formé par voie de mandataire (le médecin de famille), ou par un *negotiorum gestor* (l'hôpital) ou par une stipulation pour autrui (le père de l'enfant) ou enfin qu'il soit tout simplement présumé, la détermination de son mode de formation me paraît n'être d'aucune importance pratique.»

11. *Id.*, p. 408-409.

12. Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 R. du B. 501, p. 520 (ci-après « Crépeau, « Des régimes » »). Ce point de vue a été consacré par l'arrêt *Hôpital Général de la Région de l'Amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567, p. 574.

*services de santé et les services sociaux*¹³, Crépeau a réitéré le point de vue selon lequel, pour lui, les hôpitaux, devenus des « entreprises médico-hospitalières », contractaient avec leurs patients, et devaient donc répondre contractuellement de leurs fautes¹⁴. Par la suite, dans une étude magistrale parue dans la *Revue de droit de McGill* en 1981, le ton pondéré ou prudent de l'auteur est devenu plus péremptoire, affirmant que les rapports entre le patient et l'établissement hospitalier sont de nature contractuelle¹⁵.

Environ deux ans après la publication de cet article, la thèse contractuelle de responsabilité hospitalière a fait l'objet d'une divergence doctrinale entamée par les professeurs Andrée Lajoie et Patrick Molinari¹⁶. Le professeur Jean-Louis Baudouin s'est joint à eux afin de « [c]erner les conséquences de la publicisation du droit aux services de santé sur la responsabilité civile »¹⁷. S'appuyant sur un règlement adopté en 1972, énonçant

-
13. L.Q. 1971, c. 48, L'adoption de cette loi a eu pour effet de rendre l'État responsable de l'administration et du financement d'un système de santé publique et accessible à tous. Voir Georges DESROSIERS, « Le système de santé au Québec, bilan historique et perspective d'avenir : conférence inaugurale du 51^e congrès de l'Institut d'histoire de l'Amérique française, Octobre 1998 », (1999) 53 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 3; Louis SAINT-PIERRE, « Du contrat hospitalier au modèle 'légal et réglementaire' : bilan provisoire d'une évolution inachevée », (2011) 41 *R.G.D.* 451, p. 455.
 14. Paul-André CRÉPEAU, « La responsabilité civile du médecin », (1977) 8 *RDUS* 25, p. 34.
 15. Paul-André CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *RD McGill* 673, p. 698, (ci-après « Crépeau, « Responsabilité de l'établissement hospitalier » »): «[O]n peut aujourd'hui affirmer que, par suite d'une heureuse influence du droit positif français, doctrine et jurisprudence, malgré certaines hésitations, certaines résistances même, s'accordent pour attribuer d'une façon générale une qualification contractuelle au rapport juridique qui s'est formé entre le malade et l'établissement hospitalier, tout comme à celui qui s'établit entre le malade et son médecin. Cette évolution représente incontestablement, à notre avis, une plus exacte analyse du lien le plus souvent formé entre les parties.»
 16. Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOUIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel? » (1983) 43 *R. du B.* 675.
 17. *Id.*, p. 679.

les services devant être fournis par les établissements de santé¹⁸, ainsi que sur le jugement *Poirier c Hôpital du Haut-Richelieu*¹⁹ ces auteurs ont conclu que le droit aux services, devenu exigible par le seul effet de la loi, serait désormais régi par le régime de responsabilité légale²⁰. Poursuivant leur raisonnement, ils ont affirmé :

Il n'y a pas de contrat parce que la partie prestataire – établissement ou médecin – n'a pas la liberté dans ces cas de consentir ou de ne pas consentir à fournir les services déterminés selon le mode que nous avons exposé. Ils sont tenus par la loi de les rendre aux bénéficiaires qui les réclament. Le libre consentement de l'une des parties étant rendu impossible par la loi même, les conditions de l'article 984 du Code civil du Bas-Canada [article 1385 C.c.Q.] ne peuvent être réunies et le contrat ne peut se former²¹.

En tirant les conséquences logiques d'une approche légale plutôt que contractuelle de responsabilité civile, Baudouin avait prôné, dans sa partie de l'article, qu'il serait souhaitable que la notion de « [l]ien de préposition de services puisse exister sans qu'il y ait nécessairement un droit de contrôle, de surveillance et de direction sur l'acte immédiat et développer la notion de préposition de structure »²².

Dans la 5^e édition (1998) de leur ouvrage, *La responsabilité civile*²³, donc avant le revirement jurisprudentiel apporté par

18. *Règlement en vertu de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, A.C. 3222-72 du 8 novembre 1972, (1972) 104 G.O. II. 10566, devenu R.R.Q., 1981, c. S-5, r.1.

19. [1982] C.S. 511, qui émet une injonction interdisant à un hôpital de restreindre les droits d'une patiente à obtenir des tests de laboratoire, alors même que son médecin ne détenait aucun privilège auprès de l'établissement.

20. Préc., note 16, p. 678.

21. *Id.*, p. 715. On réitère ce principe à la p. 720.

22. *Id.*, p. 730.

23. Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 848-849, par. 1417 et 1418.

Camden-Bourgault²⁴, Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers ont décrit les deux théories opposées relatives au régime de responsabilité hospitalière, sans pour autant opter clairement pour l'une ou pour l'autre, mais en mentionnant que la thèse contractuelle est l'œuvre de la doctrine traditionnelle, tandis que la théorie extracontractuelle est fondée sur une réalité contemporaine selon laquelle le régime hospitalier est « [e]ntièrement contrôlé par l'état et s'est donc complètement publicisé²⁵. » Et dans la plus récente édition (2007) de leur volume²⁶, ces deux auteurs sont désormais résolument partisans de la thèse de la responsabilité légale, ajoutant aux arguments mentionnés dans la 5^e et la 6^e édition de leur ouvrage, la critique selon laquelle les partisans du fondement contractuel semblent confondre toute relation consensuelle et relation contractuelle. Ils écrivent :

Or, le consensualisme n'est pas l'indicateur obligé de l'existence d'un contrat. L'analyse critique des rapports patient-médecin montre clairement que, si contrat il y a, celui-ci déroge tellement aux règles classiques, qu'on peut se demander s'il peut vraiment continuer à s'insérer dans le moule et s'il n'est pas tout simplement complètement vidé de son contenu²⁷.

Assurément, tout contrat n'a pas à être consensualiste²⁸; le droit civil reconnaît d'emblée l'existence de contrats dits réels ou solennels. Qui plus est, le consentement peut produire des effets juridiques autres que la conclusion d'un contrat. On pourrait

24. Préc., note 1.

25. Préc., note 23, p. 849, par. 1418.

26. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, t. 2, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 34-35, par. 2-30 (ci-après « Baudouin et Deslauriers, responsabilité civile 7^e édition » »).

27. *Id.* Selon Paul-André CRÉPEAU *et al.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 70, l'expression « consensualisme » veut dire « [p]rincipe en vertu duquel l'accord des volontés suffit à produire des effets juridiques, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des formes particulières. »

28. Article 1385 C.c.Q.

citer, à titre d'exemples, la remise de dette²⁹ ou la renonciation à la prescription acquise³⁰. Baudouin et Deslauriers semblent vouloir souligner tout simplement que le fait de consentir aux soins n'implique pas nécessairement l'existence d'une relation contractuelle. Malgré tout, leur position est certaine : si l'une des parties n'est pas libre d'accepter ou de refuser de contracter, on ne peut parler de la responsabilité contractuelle.

Mais une nouvelle source de contestation de la théorie du contrat hospitalier a fait son apparition au cours des années 1992 et 1993. Dans deux articles, l'un publié dans la *Revue générale de droit*³¹ et l'autre dans les *Mélanges Germain Brière*³², Pierre Legrand jr. a désavoué son adhésion antérieure aux idées de Crépeau, pour en devenir un censeur acharné.

Dans l'article de la *Revue générale du droit*, Legrand prend comme point de départ la décision de la Cour d'appel dans *Lapointe c Hôpital Le Gardeur*³³, où les opinions exprimées par la majorité du banc (les juges LeBel, Monet et Mailhot), ainsi que par le juge Jacques, nonobstant sa dissidence partielle, reconnaissent l'existence du contrat hospitalier³⁴. Les critiques de Legrand sont fondées essentiellement sur le principe que pour l'existence d'un contrat hospitalier, il doit y avoir un consentement entre les parties, énonçant un devoir de soigner. Legrand cite les ouvrages doctrinaux classiques affirmant que le contrat est la rencontre de

29. Articles 1687, 1688 C.c.Q.

30. Article 2883 C.c.Q.

31. Pierre LEGRAND jr, « Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence », (1992) 23 RGD 235, (ci-après « Legrand, « Contrat et non-contrat » »).

32. Pierre LEGRAND jr, « Pistes et thèmes d'épistémologie juridique : le cas de la 'thèse' du contrat hospitalier » dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 440 (ci-après « Legrand, « Pistes et thèmes » »).

33. [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), inf. par C.S. Joliette, n° 705-05-001017-76. Inf. en Cour suprême pour d'autres motifs, [1992] 1 R.C.S. 351 (ci-après « *Hôpital Le Gardeur* »).

34. *Id.* Voir l'opinion du juge Monet, p. 2624, du juge Jacques, p. 2631, du juge LeBel, p. 2640, et de la juge Mailhot, p. 2646. Le juge Beauregard était dissident et ne s'est pas exprimé sur ce point.

deux ou plusieurs volontés³⁵. Il reconnaît le principe selon lequel le « contrat réglementé », le « contrat d'adhésion » et le « contrat imposé » sont de véritables contrats, car les parties sont libres de consentir. Mais quand il s'agit d'un « [r]apport contractuel d'origine légale »³⁶ comme dans le cas de l'hôpital, il est faux de parler de contrat. « [L]a loi est nette : la relation juridique est obligée. Il n'y a pas de contrat qui tienne dans ce cas. L'accord de volonté – le consentement – est absent »³⁷.

Examinant de plus près l'analyse du juge LeBel qui compare les services hospitaliers aux services de transport en commun, à ceux de la câblodistribution ou du téléphone, Legrand y voit une différence importante, car le patient en situation d'urgence fait face à un état de nécessité, éliminant ainsi l'aspect libre de son consentement, élément nécessaire pour la création d'une relation contractuelle³⁸. Mais mentionnons en passant que le critère du libre choix n'est pas un élément exigé pour la validité du contrat; en effet, on pourrait, malgré tout, contracter avec l'unique médecin exerçant en région éloignée. Et en ce qui concerne l'état de nécessité, l'article 1404 C.c.Q. reconnaît la validité du consentement conclu dans une telle situation, à condition que la personne avec qui l'on contracte ne soit pas de mauvaise foi.

Legrand affirme également que tout jugement basé sur l'état du droit antérieur au 8 novembre 1972, date de l'adoption du *Règlement sur Loi sur les services de santé*³⁹, n'a plus de pertinence concernant la question de la formation du contrat

35. Préc., note 31, p. 238 à 342.

36. Id., p. 245, citant Paul DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », (1944) 42 RTDCiv. 73, p. 87, par. 17.

37. P. LEGRAND, Id., p. 248.

38. Id., p. 253. D'ailleurs, Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, Les sources*, t. 1, 2^e édition, Paris, Sirey, 1988 (ci-après « Marty et Raynaud »), affirment à la p. 77, n° 80, « [U]ne nécessité de fait même impérieuse ne saurait être confondue avec une obligation au sens obligatoire du terme : en droit, l'abonnement au gaz ou à l'électricité n'est pas obligatoire. »

39. Préc., note 18.

hospitalier. Aussi, il cite avec approbation *Saucier c Wise*⁴⁰ et *Cloutier c Centre hospitalier de l'Université Laval*⁴¹, autorités qui semblent soutenir son point de vue.

Dans l'article paru dans les *Mélanges Germain Brière*⁴², l'assaut de Legrand contre le « contrat » hospitalier prend une allure plus personnalisée et acerbe, imputant à Crépeau la « paternité de la théorie du contrat hospitalier »⁴³, mais c'est une thèse que Crépeau avance, de dire l'auteur, pour des raisons politiques plutôt que juridiques. D'abord, selon Legrand, le mécanisme du contrat hospitalier et de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui éviterait la nécessité de prouver le lien de préposition entre le médecin fautif et le centre hospitalier, favorisant ainsi l'indemnisation du patient par l'hôpital⁴⁴! L'autre argument politique serait « [d]e nature corporatiste et élitiste [... dans le but] de ne pas porter atteinte au statut du médecin »⁴⁵. Il ajoute qu'à cause de l'absence d'arguments convaincants, la thèse de Crépeau, reposant sur la notion de contrat tacite ou sur la théorie de l'apparence, n'est guère renforcée par l'explication apportée par François Lajoie, futur juge à la Cour d'appel, précisant que « [l]e contrat, lorsqu'il existe, se forme au moment où l'hôpital accepte de traiter le patient et le fait d'opérer un hôpital

40. [1990] R.R.A. 283 (C.S.), p. 285 -286 (accident au cours d'une intervention causant une rupture sclérale). On affirme, dans le jugement, que l'hôpital ne pouvait être tenu responsable contractuellement pour les actes médicaux de l'ophtalmologiste ayant pratiqué l'opération. Parmi les autorités citées, le juge mentionne l'article de A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, préc., note 16.

41. [1986] R.J.Q. 615 (C.S.), p. 630, conf. [1990] R.J.Q. 717 (C.A.), p. 720-721 (suicide du patient). La Cour d'appel, par le biais du juge Le Bel, a refusé de se prononcer sur le débat - à savoir si la responsabilité de l'hôpital était contractuelle ou légale - car le résultat pratique serait, en l'espèce, le même.

42. Préc., note 32.

43. *Id.*, p. 446.

44. *Id.*, p. 455.

45. *Id.*, p. 456.

est une offre permanente de services qui est acceptée par le patient lorsqu'il y entre.⁴⁶ »

2- Une appréciation critique des assises de la thèse extracontractuelle de responsabilité

Afin d'apporter quelques précisions à cette discussion, il serait judicieux d'adopter une terminologie homogène, surtout en ce qui concerne les expressions « contrat imposé » et « contrat forcé » qui ne sont pas synonymiques⁴⁷. Nous devons admettre, comme prémisses essentielles à toute discussion de ce genre, qu'il est possible d'être en présence de rapports véritablement contractuels, sans qu'il soit nécessaire que les deux contractants aient une liberté absolue de consentir à la convention, et/ou qu'ils aient une discrétion totale quant à son contenu obligationnel⁴⁸.

Les « contrats réglementés », ou contrats dont le contenu est dicté par le législateur, sont pour autant des contrats, car même si le contenu essentiel est déterminé par une autorité externe, la liberté de contracter est laissée à la discrétion des parties. Le bail d'habitation⁴⁹ et le contrat de consommation⁵⁰ en sont des exemples parmi plusieurs.

46. François LAJOIE, « Rapport général » dans Jacques BOUCHER, André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie économique-sociale, Livre du centenaire du Code civil*, t. II, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 213, p. 331.

47. Marty et Raynaud, préc., note 38, p. 77, n° 80, affirment, « [o]n doit [...] parler de contrat forcé ou imposé lorsque l'autorité publique oblige à faire la déclaration de volonté qui aboutira à la conclusion du contrat. »

48. Déjà, en 1937, Louis Josserand, (dans son article intitulé « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », (1937) 36 RTDCiv 1, p. 29, n° 25), a constaté que « le contrat a cessé d'être *libre* pour devenir *dirigé* : un régime de réglementation, de contrôle, a succédé au régime de l'autonomie des volontés privées de la liberté contractuelle [italiques dans l'original]. »

49. Article 1895 C.c.Q.

50. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 23.

Le contrat imposé oblige l'une des parties à contracter, mais avec le cocontractant de son choix⁵¹. L'exemple classique est le devoir de souscrire à une police d'assurance, mais en laissant toute discrétion à l'individu quant au choix de son assureur⁵².

Pour sa part, le contrat forcé prive l'une des parties du droit de ne pas contracter, la loi s'imposant à elle⁵³. C'est sur ce point que certains auteurs⁵⁴ et jugements refusent de reconnaître l'existence même de rapports contractuels. Et pourtant, le phénomène du contrat forcé est admis, tant en ce qui concerne les rapports entre individus que les rapports entre les particuliers et certains organismes de service public.

Il y a plusieurs exemples de conventions entre particuliers où l'une des parties n'a pas la faculté d'acquiescer ou non. Mentionnons le bail accordé au conjoint en cas d'aliénation d'un immeuble faisant l'objet d'une déclaration de résidence familiale⁵⁵, l'achat forcé d'un immeuble par le possesseur⁵⁶, l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur privatif⁵⁷, le droit de retrait d'un indivisaire d'une partie indivise d'un bien, acquise à titre onéreux par un tiers⁵⁸, le rachat du droit de passage⁵⁹. En matière d'offre de récompense, le contrat se crée même à l'insu des deux parties⁶⁰.

51. Suzanne NOOTENS, « La remise en cause du contrat hospitalier », (1984) 44 R. du B. 625, p. 627.

52. Par exemple, pour l'automobiliste, la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 84; pour le tuteur, l'article 242 C.c.Q.; pour le syndicat de copropriété, l'article 1073 C.c.Q.; pour l'usufruitier, l'article 1148 C.c.Q.

53. Préc., note 51, p. 627.

54. A. LAJOIE, P. A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, préc., note 16 et P. LEGRAND, préc., notes 31 et 32.

55. Article 405 C.c.Q.

56. Article 960 C.c.Q.

57. Article 1004 C.c.Q.

58. Article 1022 C.c.Q.

59. Article 1189 C.c.Q.

60. Article 1395 C.c.Q. Selon Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. I, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée., 2009, p. 278, « On peut alors se demander si le législateur, par l'adoption de l'article 1395 C.c.Q., n'a pas créé une théorie toute particulière, pour ne pas dire exceptionnelle, soit

La situation légale est semblable dans le cas de conventions avec des entreprises exerçant un monopole, ou offrant un service indispensable pour la société. En matière de transport en commun⁶¹, le Code civil écarte formellement le droit du transporteur, offrant ses services au public, de refuser de transporter un passager qui en fait la demande⁶². Et quant à la fourniture de gaz, la Cour suprême avait affirmé, dans une cause ancienne, que le fournisseur de gaz et l'abonné étaient des « *contracting parties* »⁶³. Plus récemment, la Cour suprême a maintenu ce point de vue quant au service d'approvisionnement de l'électricité. En effet, dans *Glykis c Hydro-Québec*⁶⁴, les juges LeBel et Fish, bien qu'ils aient été dissidents sur la question en litige - c'est-à-dire le droit ou non d'interrompre la fourniture d'électricité à un point de service autre que celui pour lequel un compte est en souffrance - ont affirmé (comme la majorité du banc d'ailleurs) que, « [le] contrat d'Hydro-Québec constitue un exemple de contrat réglementé entre le fournisseur de services publics et un client. La législation et la réglementation déterminent largement le contenu d'un tel contrat⁶⁵ ».

celle de l'accord fictif des volontés.» Il affirme également (*ibid.*) que l'offrant s'engage contractuellement.

61. Voir Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 53, n° 118, qui mentionnent la convention entre l'utilisateur et la Société des Transports de Montréal comme exemple de l'omniprésence de rapports contractuels dans la vie quotidienne.
62. Article 2033 C.c.Q. Voir également les articles 3 et 5 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q., c. S-30.01.
63. *Montreal Gas Co. C. Cadieux*, [1898] 28 R.C.S. 382, infirmé par le Conseil privé sur une question d'interprétation d'une clause autorisant l'interruption de service pour non-paiement, [1899] A.C. 589 (C.P.).
64. [2004] 3 R.C.S. 285, infirmant [2003] R.J.Q. 36 (C.A.).
65. *Id.*, par. 38. Au nom de la majorité du banc, la juge Deschamps écrit au par. 21, «Le contenu obligationnel du contrat liant Hydro-Québec au client n'est pas laissé à la négociation entre les parties. Hydro-Québec ne peut imposer de conditions particulières en cas d'insolvabilité. Si le client satisfait aux conditions prescrites par le Règlement, Hydro-Québec est obligée de fournir le service.». Sur l'obligation de fournir l'électricité ou le gaz à toute personne en faisant une demande, voir la *Loi sur la régie de l'énergie*, L.R.Q., c. R-6.01, art. 76 et 77.

Selon certains auteurs, les sociétés administrant ces services publics sont en état permanent d'offre de contracter, et les usagers ne font qu'accepter l'offre ainsi faite, donc laissant entendre que les rapports juridiques entre les parties sont, malgré tout, contractuels⁶⁶.

Enfin, pour faire le tour de la question, nous devons mentionner la situation selon laquelle aucune des parties n'a de choix, l'une devant, par exemple, fournir un service et l'autre devant l'accepter. Dans ce cas, nul ne contestera que les rapports entre les parties ne soient que légaux. Une bonne illustration est l'hébergement involontaire et le traitement forcé de patients récalcitrants en cas d'épidémie en vertu de la *Loi sur la santé publique*⁶⁷.

Tel que nous l'avons indiqué ci-dessus, c'est la décision de la Cour d'appel dans *Camden-Bourgault*⁶⁸ qui a redonné vigueur au débat doctrinal sur l'existence du contrat hospitalier. Décrit sommairement, la Cour d'appel a refusé de tenir responsable un centre hospitalier pour la faute du médecin, le Dr Brochu (alors de garde à l'urgence), de ne pas avoir appelé en consultation des spécialistes au courant de l'état de santé du patient et de ne pas avoir assuré un meilleur suivi médical. On lui reproche également de ne pas avoir renseigné adéquatement le patient des signes précurseurs d'une aggravation de son état. À cause de certaines complications, on a dû amputer les deux pieds de la victime.

66. René MOREL, « Le contrat imposé » dans *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 116, p. 120, n° 6; René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{re} série, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964, p. 89, n° 76; Marty et Raymond, préc., note 38, p. 78, n° 80; Jacques FLOUR, Jean-Louis AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, t. 1, 14^e éd., Paris, Sirey, 2010, p. 104-105, n° 127; P. Durand, préc., note 36, p. 79-80, n° 10.

67. L.R.Q., c. S-2.2, art. 83 et s.

68. Préc., note 1.

Justifiant l'exonération de l'hôpital pour une faute médicale et parlant au nom du banc de la Cour d'appel, le juge Rochon a déclaré :

Le temps est venu pour les tribunaux de prendre acte de ces modifications tant sociales que législatives [du système de santé] et d'en tirer les conséquences juridiques appropriées. En l'absence de textes législatifs précis, je conclus qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute de l'hôpital. Pour ces mêmes motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin lors de l'exécution d'un acte médical. De son application résulterait un bien étrange contrat conclu par une partie, l'hôpital, qui n'est pas libre d'y consentir. Il porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale. Pour l'hôpital, ce contrat ne serait au surplus sans considération aucune⁶⁹.

De plus, le juge Rochon a signalé que :

Jusqu'à 1987, les tribunaux ont examiné la relation triangulaire médecin-bénéficiaire-hôpital en ayant recours exclusivement aux règles de la responsabilité civile, d'abord 'délictuelle' puis contractuelle. Cette évolution jurisprudentielle s'est réalisée d'abord en vase clos à partir des concepts juridiques applicables aux stricts rapports privés. Le droit prétorien a fait peu de cas de l'évolution sociale et de la législation qui l'a reflétée⁷⁰.

69. *Id.*, par. 43. Nous examinerons plus loin la question du lien de préposition ainsi que celle de l'exclusivité de l'exercice médical.

70. *Id.*, par. 42. Dans l'édition la plus récente de leur ouvrage, *La responsabilité civile*, vol. II, *Responsabilité professionnelle*, préc., note 26, p. 34-35, n° 2-30, Baudouin et Deslauriers expriment leur approbation de ce point de vue. Jean-Pierre Ménard, (« La responsabilité hospitalière pour la faute médicale après la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* : plus de questions que de réponses » dans S.F.P.B.Q., *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 139, p. 172) (ci-après « Ménard ») et Jacques Nols, (« Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine » dans S.F.P.B.Q., *Le devoir*

En commentant l'arrêt *Camden-Bourgault*, nous avons constaté que la Cour d'appel n'avait pas fait référence à la réplique incisive de la professeur Philips-Nootens⁷¹ à l'article de Lajoie, Molinari et Baudouin⁷² niant l'existence du contrat hospitalier⁷³. En revanche, le juge Morin dans la cause *Goupil c Centre hospitalier universitaire de Québec*⁷⁴, a escamoté l'argumentation de Philips-Nootens en affirmant que :

Le législateur québécois n'a pas suivi l'opinion de Me Nootens, lorsqu'il a remplacé le *Code civil du Bas Canada* par le *Code civil du Québec* qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Nous rappelons simplement l'existence de l'article 1385 que nous avons déjà cité, en soulignant que cet article exige une manifestation de volonté des deux parties et non d'une seule pour qu'il y ait contrat. On est loin ici de la notion de 'contrat forcé' invoquée ci-dessus par Me Nootens au soutien de sa thèse.

Or, il convient de noter que le *Code civil du Québec* n'a pas innové en ce qui concerne les conditions de formation du contrat. On a tout simplement reformulé la substance de l'article 984 C.c.B.C.⁷⁵. Ainsi peut-on conclure que les remarques de Philips-Nootens demeurent sans réponses et que, nonobstant ces

de sécurité et la responsabilité des établissements de santé, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 31, p. 41), tous deux semblent approuver ce point de vue.

71. Préc., note 51.

72. Préc., *supra* note 16.

73. Robert P. KOURI, « L'arrêt *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault* et le contrat hospitalier occulté : aventurisme ou évolution? », (2004) 35 RDUS 307, p. 314.

74. Préc., note 1, par. 137.

75. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 91, n° 34. Selon les *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 840, « [cet] article reprend en substance les conditions de formation du contrat, énoncées dans l'article 984 C.C.B.C., mais sous une formulation qui permette aussi de rappeler le principe du consensualisme en matière contractuelle, et d'opposer ce principe à l'exception du respect d'une forme particulière lorsque la loi l'impose, ou que les parties assujettissent le contrat à une forme solennelle. »

quelques jugements (*Camden-Bourgault* et *Goupil*⁷⁶), la question n'est pas résolue, à moins d'imputer à la décision de *Camden-Bourgault* un argument d'autorité.

L'examen des écrits des personnes contestant l'existence de rapports contractuels - lorsque l'une des parties est tenue par la loi de transiger avec une autre personne - semble témoigner, et on l'affirme respectueusement, d'une nostalgie pour le contrat librement voulu, par opposition à une réalité contemporaine faisant place, en matière contractuelle, à un dirigisme de plus en plus évident dans notre société⁷⁷. Le contrat hospitalier n'est qu'un autre exemple de conventions « [f]ortement encadrées par la législation et la réglementation publique⁷⁸. »

À part les quelques exemples que nous avons déjà évoqués ci-dessus, (et sans doute d'autres que nous pourrions trouver à travers le Code civil ou ailleurs dans la législation), il en est un autre, pertinent à la discussion : il s'agit de l'article 2297 C.c.Q., traitant du dépôt d'un bien dans un établissement de santé ou de services sociaux. On y affirme de façon péremptoire, mais non sans raison, que dans ce cas, il s'agit d'un dépôt nécessaire. On se rappellera que le dépôt est un *contrat* réel (articles 2280 et 2281 C.c.Q.) qui se crée entre l'hôpital et le patient⁷⁹. Peut-on assimiler ce dépôt nécessaire, pour reprendre l'expression utilisée par Lajoie et Molinari dans la première partie de leur étude, aux «services

76. Ainsi que les autres jugements précités à la note 1.

77. Christian LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, 1^{re} partie, 6^e éd., Paris, Économica, 2007, p. 107, n° 129.

78. Juge LeBel, dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, préc., note 33, p. 2640-2641, infirmé en Cour suprême pour d'autres motifs.

79. Selon Michel DESCHAMPS, « Le dépôt » dans Barreau du Québec, Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 997, p. 1009, « Le dépôt nécessaire déroge au dépôt en général (et aux règles du contrat en général) en ce que le dépositaire ne peut refuser de contracter sauf, dit l'article 2296 C.c.Q., s'il y a 'un motif sérieux de le faire' ».

internes marginaux», donc susceptibles de faire l'objet de rapports contractuels⁸⁰?

Abstraction faite de l'intérêt théorique du débat (et même si, à l'évidence, il y a des nuances appréciables entre le régime contractuel et extracontractuel de responsabilité), la finalité concrète de la consécration apparente du régime extracontractuel dans *Camden-Bourgault* est de ne pas rendre l'hôpital responsable pour la faute de « ses » médecins. Par l'élimination du lien contractuel, les seules façons de ne pas tenir l'hôpital responsable pour une faute médicale, seraient d'abord de nier l'existence du lien de préposition entre l'établissement et les médecins autorisés à y exercer⁸¹, et par la suite, affirmer que l'hôpital n'a pas le droit de pratiquer la médecine, l'exercice de cette profession étant réservé aux membres du Collège des Médecins du Québec⁸².

En ce qui concerne l'absence de lien de préposition, le droit positif québécois, à quelques exceptions près, est demeuré fidèle au principe que dans l'exercice de son art, le médecin jouit d'une indépendance professionnelle, et l'on ne saurait le qualifier de préposé⁸³, à moins de repenser la notion traditionnelle de

80. Préc., note 16, p. 704. Ils écrivent : « Dans les centres hospitaliers, il s'agit de services non prescrits ni médicalement nécessaires : la location d'une chambre privée ou semi-privée et certains autres services sans rapport avec les exigences du traitement : location d'appareils téléphoniques, radiophoniques, télévisuels et les services d'infirmières dites 'spéciales' (non-employées de centres hospitaliers) lorsque leurs services ne sont pas médicalement nécessaires et prescrits. » L. Saint-Pierre, préc., note 13, p. 473, affirme avoir de la difficulté à faire cette nuance entre les obligations de nature légale et celles de nature contractuelle car de toute façon, l'hôpital n'a pas la possibilité de consentir.

81. *Camden-Bourgault*, préc., note 1, par. 65.

82. *Id.*, par. 49 et 65.

83. Selon le juge Bernier dans *Lafrance c. Hôpital St-Luc*, [1980] C.A. 497, p. 501, « À mon avis, il ressort du contexte des dispositions de cette Loi [*Loi sur les services de santé et les services sociaux*] que le médecin n'est ni un employé ni un préposé du centre hospitalier où il dispense ses services au public. [...] Le conseil d'administration n'a pas de pouvoirs de direction sur le médecin quant à l'exercice de sa profession et pas plus qu'il [ne] peut l'obliger à poser un acte médical de sa compétence, il ne

préposition⁸⁴. L'opinion de Crépeau, qui a joué un rôle prépondérant dans l'orientation de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point, semble garder sa pertinence dans le droit contemporain. D'après lui,

Tant et aussi longtemps que, à bon droit, on reconnaîtra au médecin la responsabilité de son acte professionnel – et la tendance est toujours dans cette voie – que le médecin demeurera maître de son diagnostic, du choix et de l'exécution du traitement, on ne saurait juridiquement être en présence d'un lien de préposition. Il y a là, à proprement parler, incompatibilité entre la liberté professionnelle du praticien et la condition de préposé⁸⁵.

Indéniablement, certains arrêts ou jugements ont effectivement reconnu un lien de préposition entre le médecin et

peut lui défendre de le faire si l'acte médical entre dans ceux qui sont pourvus dans l'établissement, pour la dispensation desquels le centre a été organisé. »

84. Par exemple, on pourrait mentionner Danielle CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 R. du B. 815, prônant une « préposition de service »; Baudouin et Deslauriers, *responsabilité civile* 7^e édition, préc., note 26, p. 86, n° 2-100, « [u]ne subordination administrative et [un] pouvoir de surveillance et de contrôle général de l'hôpital [devraient] suffire [...] »; François TÔTH, « La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, 33, p. 60. Dans l'ouvrage de Baudouin et Deslauriers, *id.*, p. 80, n° 2-101, on semble ranger le professeur Daniel Jutras parmi les partisans de la modification de la notion de préposé pour y inclure les médecins dans l'exercice de leur art. Mais dans l'article de Jutras (« Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec » dans *Contemporary Law/ Droit contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 150, p. 158, publié également à (1990) 31 C. de D. 821 (ci-après « Jutras »), une lecture attentive indique que l'auteur préfère suivre l'opinion de la Cour d'appel dans *Hôpital Le Gardeur* (préc., note 33), consacrant la thèse contractuelle de responsabilité hospitalière. Soulignons que la Cour d'appel dans *Camden-Bourgault* rejette d'emblée l'élargissement de la notion de préposition (préc., note 1, p. 844, n° 56).

85. Crépeau « Responsabilité de l'établissement hospitalier », préc., note 15, p. 718.

l'hôpital⁸⁶. Mais il est raisonnable d'affirmer aujourd'hui que la jurisprudence québécoise est généralement hostile à la notion de lien de préposition dans ce contexte. Le juge Rochon a affirmé dans *Camden-Bourgault* qu'il n'y a aucun lien de préposition entre le médecin et l'hôpital, car « [l]a faute commise à l'occasion de la prestation médicale ne peut, même structurellement, avoir été exécutée sous le contrôle, la direction et la surveillance de l'hôpital »⁸⁷. Son affirmation a reçu l'aval de la jurisprudence ultérieure⁸⁸.

86. De façon implicite, voir *Cardin c. Montréal (Cité de)*, [1961] R.C.S. 655; *Beausoleil c. Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 (C.A.); *Covet c. Jewish General Hospital*, [1976] C.S. 1390, p. 1394. De façon formelle, d'autres jugements ont admis la possibilité de l'existence du lien de préposition entre le médecin et l'hôpital. Évidemment c'est dans l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier*, [1969] R.C.S. 745 où le juge Pigeon, parlant au nom de la Cour, affirme (p. 753) que « Le préjudice subi par le demandeur ayant donc été causé par une faute présumée de l'anesthésiste au cours de l'exécution des fonctions auxquelles il était préposé par l'hôpital, il faut conclure à la responsabilité quasi-délictuelle de l'institution ». De même dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, p. 612-613, en exonérant l'hôpital pour la faute du médecin ayant reçu la patiente à l'urgence, le juge Pigeon a affirmé que malgré la décision majoritaire de la Cour suprême dans la cause *Laurent*, il ne fallait pas écarter « [l]e principe même de l'arrêt *Martel*, à l'effet que c'est par les règles ordinaires applicables à tous les travailleurs en général qu'il faut décider si, dans chaque cas particulier, un médecin a agi comme préposé de l'hôpital ».

87. Préc., note 1, p. 844, par. 57. Voir également les paragraphes 48, 58 et 65.

88. Voir par exemple, *Goupil*, préc. note 1, par. 152; *Canty c. Hôpital St-Luc*, préc. note 1; *Bélanger c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, 2004 CanLII 4877 (C.Q.), EYB 2004-68586 (C.Q.), par. 7; *Dupuis c. Lefebvre et Centre hospitalier régional de Sept-Îles*, 2004 CanLII 23267 (C.S.), EYB 2004-70460 (C.S.), par 7 (dans ce jugement, on s'appuie non seulement sur *Camden-Bourgault* mais on cite également comme autorité, la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Kastner c. Hôpital Royal Victoria*, [2002] R.R.A. 313 (résumé) (C.A.), confirmant [2000] R.R.A. 454 (C.S.) et basée sur des événements qui remontent à 1953; *Bourassa-Lacombe c. Centre universitaire de santé de l'Estrie*, 2007 QCCS 531 (CanLII), EYB 2007-114629 (C.S.), par. 57; *Q.(A.) c. Hôpital Fleury*, 2008 QCCS 531 (CanLII), EYB 2008-129804 (C.S.) par 48; *Charbonneau c. Centre hospitalier Laurentien*, 2009 QCCS 4974 (CanLII), EYB 2009-165772 (C.S.), par. 28 et 29. L'absence de lien de préposition entre le

Pourtant, si l'on admet que le médecin n'est pas le préposé de l'hôpital, l'argument avancé par le juge Rochon, selon lequel l'établissement ne peut pratiquer la médecine et ne peut donc répondre d'une faute professionnelle du médecin semble, malgré tout, être rejeté par la doctrine. Patrick Molinari, défenseur de la thèse de l'inexistence du contrat hospitalier, est on ne peut plus catégorique :

Il faut préciser que les établissements, à titre de personnes morales, ne dispensent pas eux-mêmes des soins. Il y a là une évidence qui n'exige probablement pas que la précaution sémantique soit prise de façon systématique. L'observation a lieu d'être faite pour contrer l'argument parfois invoqué selon lequel un centre hospitalier ne peut fournir des soins médicaux puisqu'il se trouverait alors à exercer illégalement la médecine. Il est bien entendu qu'une personne morale ne peut directement prodiguer des soins et qu'elle s'acquitte de son obligation en ayant recours à des personnes physiques autorisées et compétentes. La personne morale assume l'obligation, et c'est à elle qu'il revient d'en assurer l'exécution⁸⁹.

Avec l'élimination de la responsabilité contractuelle et le refus de reconnaître au médecin le statut de préposé dans

médecin et l'hôpital avait déjà été reconnue dans les jugements suivants, rendus avant *Camden-Bougault*, par exemple, *Boyer c. Grignon*, [1988] R.J.Q. 829 (C.S.), p. 840 (on affirme tout simplement qu'il n'y a pas de lien de préposition). Voir au même effet, *Ouellette c. Shatz*, [1987] R.R.A. 652 (C.S.), p. 656-657; *Dufour c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, [1986] R.R.A. 262 (C.S.), p. 277; *Girouard c. Hôpital Royal Victoria*, EYB 1987-78464 (C.S.), par. 18; *Drapeau-Gourd c. Power*, J.E. 82-424 (C.S.), p. 7- 8 (version pdf); *Saucier c. Wise*, préc., note 40, par. 13 (où on cite l'article de Lajoie, Molinari et Baudouin, préc., note 16); *Stacey c. Plante*, [1979] C.S. 665, p. 669.

89. Patrick MOLINARI, « L'accès aux soins de santé : réflexion sur les fondements juridiques de l'exclusion » dans Lucie LAMARCHE et Pierre BOSSET (dir.), *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1996, 43, p. 48, n° 11. Molinari cite, en appui de son point de vue, Sylvain POIRIER, *Le contrôle de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier*, Sherbrooke, RDUS, 1994.

l'exercice de son art au sein de l'établissement, d'aucuns pourraient se retrancher derrière l'immunité de principe de l'hôpital, pour une faute médicale relevant de la compétence exclusive du médecin. Mais ici, encore, le point de vue de Crépeau constitue un obstacle à une stratégie de disjonction de la responsabilité. Le dilemme des partisans de l'irresponsabilité de l'hôpital est de déterminer comment réfuter sa démonstration que l'hôpital doit répondre d'une faute médicale.

3 – La responsabilité contractuelle versus la responsabilité extracontractuelle – un débat devenu superflu

Dans l'étude publiée dans la Revue de droit McGill, Crépeau a prétendu que, malgré l'absence de lien de préposition, la faute du médecin pourrait néanmoins engager la responsabilité de l'hôpital, par l'application de la maxime *qui agit per alium agit per se*⁹⁰ en matière de responsabilité extracontractuelle⁹¹. Deux objections sont soulevées contre ce point de vue : d'abord, on affirme que la maxime ne pourrait s'appliquer qu'en matière contractuelle⁹²; ensuite, on prétend que la maxime aurait pour effet de créer un régime de responsabilité sans faute⁹³.

Sur le premier point, c'est indubitablement grâce à l'opinion du regretté juge Albert Mayrand dans *Cinepix inc. c. J.R.Walkden Ltd.* que l'on prétend que la portée de la maxime ne se limite qu'à la responsabilité contractuelle⁹⁴. Cependant, il importe de noter

90. Crépeau, « Responsabilité de l'établissement hospitalier », préc., note 15.

91. Selon Crépeau, *id.*, p. 733, « [L]a faute d'un auxiliaire, professionnel ou non, dans l'exécution de ces prestations personnelles de soins et de services, assumées légalement par l'établissement, entraînera la responsabilité de ce dernier, non pas, comme on l'estime parfois, sur la base plus astreignante du régime de garantie du commettant, instauré par l'article [1463 C.c.Q.], mais bien, et plus largement, sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'article [1457 C.c.Q.] ».

92. *Goupil*, préc., note 1, par 147, « [la règle *qui facit*] peut être invoquée dans un cadre de responsabilité contractuelle seulement [...] »; Ménard, préc., note 70, p. 158; Jutras, préc., note 84, p. 830.

93. Ménard, préc., note 70, p. 159.

94. [1980] C.A. 283, p. 286, « En matière de responsabilité contractuelle, le débiteur qui confie l'exécution de son obligation à quelqu'un d'autre, fut-

que dans l'affaire *Cinépix*, la Cour devait statuer sur un appel portant essentiellement sur une question de responsabilité contractuelle. Mayrand n'avait pas à se prononcer sur la pertinence du principe, en l'absence de rapports contractuels⁹⁵. Si le juge s'est clairement exprimé pour l'application de la maxime au droit des contrats, serait-il logique d'inférer qu'il a voulu exclure cette règle de toute autre application? Certes, l'utilisation de l'adage était une façon élégante pour Mayrand, connu pour son admiration et sa connaissance du latin comme élément pertinent du langage juridique⁹⁶, d'affirmer un principe fondamental du droit : lorsqu'on s'engage à exécuter une prestation en faveur du débiteur, l'inexécution de l'obligation par un tiers introduit dans le cercle contractuel par le créancier, constitue, malgré tout, l'inexécution du contrat par le débiteur lui-même. Il s'agit d'une responsabilité basée sur la faute personnelle du débiteur et non sur la responsabilité du fait d'autrui. Affirmer le contraire équivaudrait à dire que le seul fait de déléguer l'exécution de l'une de ses obligations à un tiers, éliminerait la faute personnelle du débiteur. Crépeau a bien compris ce principe, ce qui lui a permis d'affirmer en toute logique que,

En ce qui concerne le fait d'autrui, on devra admettre que la faute d'un auxiliaire, professionnel ou non, dans l'exécution de ces prestations personnelles de soins et de

ce un entrepreneur indépendant ou un professionnel compétent, n'en reste pas moins responsable vis-à-vis de son créancier. Il demeure responsable de la faute de ceux qu'il se substitue et de leurs préposés. *Qui agit per alium agit per se*. » (ci-après « *Cinépix* »).

95. *Id.*, p. 286, « Comme l'appelante est responsable contractuellement pour la faute d'autrui, il ne m'apparaît pas nécessaire de décider si elle a commis une faute personnelle en ne surveillant pas des opérations qui comportaient des risques pour la chose empruntée.

À plus forte raison, il ne m'apparaît pas utile d'étudier le litige sous l'angle de la responsabilité quasi délictuelle, car l'on ne doit pas cumuler les deux régimes de responsabilité soumis à des règles différentes. »

96. Il était l'auteur du *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1972. Ce volume en est à la 4^e édition sous le titre *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, mise à jour par Mairtin MacAodha, Yvon Blais, 2007. Le juge Mayrand est décédé en 2004.

services, assumées légalement par l'établissement, entraînera la responsabilité de ce dernier, non pas, comme on l'estime parfois, sur la base plus astreignante du régime de garantie du commettant, instauré par l'article 1054, alinéa 7 C.c. [article 1463 C.c.Q.], mais bien, et plus largement, sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'article 1053 C.c. [article 1457 C.c.Q.] En effet, la maxime *qui agit per alium agit per se*, dont nous avons vu précédemment l'application, ne joue pas seulement en matière contractuelle, mais bien chaque fois qu'une obligation personnelle est mise à la charge du débiteur, soit qu'il l'ait assumée par contrat, soit qu'elle lui ait été imposée par la loi.⁹⁷

Donc, si un devoir d'agir est imposé à une personne (morale ou physique) par la loi, et si cette personne demande à un tiers d'exécuter la prestation, on serait tout de même en présence d'une responsabilité personnelle basée sur la faute et non face à une responsabilité sans faute pour le fait d'autrui, à l'image de la responsabilité du commettant pour la faute du préposé. Comme Mayrand dans *Cinépix*, Crépeau a pu ennoblir par l'utilisation d'une maxime latine, une réalité juridique, basée, en fin de compte, sur un raisonnement rigoureusement logique.

Il est intéressant de constater qu'en plaidant en faveur de la pertinence de la maxime aux deux régimes de responsabilité, Crépeau avait anticipé ce qui est devenu une réalité contemporaine, concernant la prestation de soins dans les principaux centres hospitaliers de la province. Assez fréquemment, surtout dans les circonstances d'une admission à l'hôpital à la suite d'une urgence, les liens juridiques se tissent, à vrai dire, entre le patient et l'établissement, et non entre le patient et tel médecin. En effet, les apparences jouent en faveur de la formation d'un contrat avec l'établissement et non avec le médecin qui l'accueille à l'urgence⁹⁸. À plus forte raison, en l'absence de relations contractuelles, le débiteur de l'ensemble de la prestation

97. Crépeau, « Responsabilité de l'établissement hospitalier », préc., note 15, p. 733. L. SAINT-PIERRE, préc., note 13, est du même avis.

98. *Id.* p. 708.

des soins et services est l'établissement hospitalier. Ainsi, sous un régime ou sous un autre, le patient n'aurait pas à se préoccuper du « [...] maquis des relations intérieures à l'hôpital »⁹⁹.

D'ailleurs, et de façon plus péremptoire, on pourrait se demander où, parmi les grands principes du droit civil positif, il est dit que la maxime *qui agit per alium agit per se* n'a qu'une portée restreinte, limitée à la responsabilité contractuelle seulement?

Conclusion

Il existe un certain nombre de conséquences découlant de la reconnaissance du principe de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle du fait d'autrui, tel que prôné par Crépeau¹⁰⁰. Parmi elles, on pourrait mentionner le fait que, par exemple, ce ne sont pas seulement les personnes énumérées aux articles 1459 à 1463 du Code civil qui seront susceptibles d'engager la responsabilité d'autrui. En outre, lorsqu'on analyse les relations entre un débiteur contractuel ou légal et la tierce personne ayant commis une faute, il n'est plus question de se demander, comme on le fait en vertu de l'article 1463 C.c.Q., s'il existe une relation de préposition. Cette notion perd de son utilité dans ce contexte. Seule importe la violation de l'obligation résultant soit du contrat conclu entre la victime et son cocontractant, soit d'une disposition de la loi, imposant au défendeur un devoir d'agir. Signalons enfin un avantage au niveau de la causalité dans le domaine de la responsabilité collective. En ce qui concerne la responsabilité du débiteur, lorsqu'une personne contracte avec une autre ou encore lorsque la loi lui impose une obligation de faire (*facere*) en dehors de toute relation contractuelle et que ce débiteur se fait aider pour l'accomplissement de sa tâche par plusieurs personnes, la faute anonyme de l'une de ces personnes ne pose plus de problème.

99. *Id.*, Voir également L. SAINT-PIERRE, préc., note 13, p. 493.

100. Crépeau, *id.*, p 733-734.

Cette faute entraînant la violation de l'obligation due par le débiteur, il en serait tenu responsable.

Pour les adeptes du rejet de la thèse contractuelle en droit québécois, il est indéniable que l'adoption du principe de la responsabilité extracontractuelle et ses conséquences telles que prônées par *Camden-Bougault*¹⁰¹, aurait l'avantage d'instaurer une certaine uniformité des règles de responsabilité à travers le Canada et allégerait indubitablement le fardeau économique des assureurs des hôpitaux.

À cet égard, serait-il faux d'affirmer qu'en toute logique, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Yepremian v Scarborough General Hospital*¹⁰² aurait désormais droit de cité au Québec? La majorité du banc de la Cour d'appel a décidé que la tradition voudrait que dans l'exercice de sa profession, le médecin puisse jouir d'une indépendance complète et qu'il soit libre de tout contrôle, même au sein de l'hôpital. Sa faute ne saurait donc pas engager la responsabilité de l'hôpital. On a jugé également qu'il serait inopportun pour la Cour d'appel de modifier ce principe, préférant qu'un changement fondamental de cette politique fasse l'objet d'un débat public¹⁰³.

Ne serait-il pas paradoxal que la décision de notre Cour d'appel dans *Camden-Bourgault*, sans lui imputer une volonté à cet effet, ait, en fin de compte, la conséquence d'orienter la jurisprudence québécoise vers une solution de *common law*, malgré les origines hétérogènes de ces deux grandes traditions

101. Préc., note 1.

102. (1978) 20 O.R. (2d) 510 (H.C.), infirmée par (1980) 28 O.R. (2d) 494, 110 D.L.R. (3d) 513 [*Yepremian* avec renvois aux OR en première instance et aux DLR en Cour d'appel].

103. *Id.*, DLR p. 554. Pendant l'instance à la Cour suprême du Canada, l'hôpital a réglé la cause en versant une indemnité de 2 millions de dollars. À cet égard, il est fort intéressant de constater que selon certains, le principe dégagé par *Yepremian* ne résisterait pas à un appel à la Cour suprême, voir Ellen PICARD et Gerald ROBERTSON, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 487.

juridiques¹⁰⁴? Il ne s'agit pas de sombrer dans une forme de xénophobie juridique, mais plutôt de respecter le génie de la culture civiliste et la cohérence de ses principes. Ce point était, d'ailleurs, l'un des éléments fondamentaux de la thèse de Crépeau, remontant déjà à 1956¹⁰⁵ et un leitmotiv constant dans la jurisprudence québécoise depuis la codification de 1866¹⁰⁶.

En somme donc, nous croyons que le désaveu du contrat hospitalier, en raison de l'inexistence de la liberté de contracter de la part des établissements, n'aboutira pas au résultat souhaité par certains, c'est-à-dire de rendre l'hôpital irresponsable de la faute professionnelle du médecin. Certes, le déni de l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et le centre hospitalier (principe généralement admis en droit québécois), semble confirmer cette position. Cependant, ceci ne change rien à la responsabilité de l'établissement pour la faute des professionnels qui s'y trouvent, la pertinence de la maxime *qui agit per alium agit per se* en matière extracontractuelle y faisant obstacle. Inévitablement, la vraie question que l'on doit se poser est la suivante : serait-il souhaitable pour le consommateur des services de santé, de lui

104. D'ailleurs le juge Maurice Lagassé, dans la cause de *Saucier c Wise*, préc., note 40, p. 285 - 286, avait déclaré, en citant comme autorité la cause *Yeplemian*, qu'on ne pouvait tenir l'hôpital contractuellement responsable pour la faute du médecin. Il est intéressant de noter que le juge LeBel, dans *Hôpital Le Gardeur*, préc., note 33, p. 2641 (C.A.), affirme la non pertinence de l'arrêt *Yeplemian*. Ce point est souligné par le juge Rochon dans *Camden-Bourgault*, préc., note 1, p. 836.

105. Crépeau, « Responsabilité civile du médecin et de l'établissement », préc., note 5, p. 249, « Les problèmes qui se posent doivent donc être résolus d'après les seuls principes du droit civil. 'Je n'ai aucune crainte quant à l'avenir de notre droit civil, écrivait jadis l'honorable juge Mignault, si les tribunaux l'appliquent d'après ses propres principes, mais je redoute tout si on se laisse influencer dans nos causes par les précédents de *Common Law*' ». De façon plus générale, voir Paul-André CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal. Thémis, 2005, 23, p. 28, n° 31.

106. Par exemple, l'opinion du juge Mignault dans *Hospice Desrosiers c. R.*, [1920] 60 R.C.S. 105, p. 126 et celle du juge Beetz dans *Rubis c. Grey Rocks*, [1982] 1 R.C.S. 452, p. 468.

imposer le fardeau de déterminer qui, en fin de compte, serait le véritable fautif, avec à charge pour lui de le faire dans la foulée de la prestation globale des soins et services dans un centre hospitalier?

La place de Crépeau parmi les grands juristes québécois est certainement déjà assurée. Le but de ces quelques lignes est tout simplement de souligner la rigueur de son savoir et sa contribution remarquable au droit de la responsabilité médico-hospitalière. En fin de compte, comme suggéré au début de ce texte, peut-être Crépeau a-t-il raison?!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : NÉGOCIATIONS DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA – UNION
EUROPÉENNE : UNE LIMITE À LA GOUVERNANCE SOUVERAINE EN
MATIÈRE DE BREVETS PHARMACEUTIQUES?

Auteur(s) : Mélanie BOURASSA FORCIER

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : **553-581**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10311>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10311>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

NÉGOCIATIONS DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA – UNION EUROPÉENNE : UNE LIMITE À LA GOUVERNANCE SOUVERAINE EN MATIÈRE DE BREVETS PHARMACEUTIQUES?

par Mélanie BOURASSA FORCIER*

Se déroulent actuellement des négociations entre le Canada et l'Union Européenne visant la conclusion de l'Accord économique commercial global (AECG). Dans cet article, nous examinons dans quelle mesure cet accord, s'il est signé, aura un impact sur la souveraineté du Canada à régir l'équilibre de la politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques. Nous concluons que, bien que la signature de l' AECG aura pour effet de prolonger la durée de commerce exclusif de compagnies pharmaceutiques novatrices au Canada et donc, d'augmenter les dépenses de médicaments, il demeure que c'est la façon dont le gouvernement canadien choisira d'implanter ses obligations dans les lois nationales qui aura une influence sur le caractère équilibré de la politique canadienne.

Negotiations between Canada and the European Union are currently underway with a view to concluding the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). In this article, the writer examines to what extent this agreement, if signed, will have an impact on Canada's sovereignty relating to the regulation of policies governing Canadian pharmaceutical patents. The writer concludes that although the signing of the CETA will extend the exclusive marketing rights of innovative pharmaceutical companies in Canada and thus increase the cost of pharmaceutical products, the fact remains that it will be the manner in which the government chooses to integrate the duties arising from this agreement into national law that will influence the stabilized nature of Canadian policy.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et chercheuse associée au Centre interuniversitaire de recherche, de liaison et de transfert des savoirs en analyse des organisations. Elle souhaite remercier son étudiant de recherche François Noël pour son aide apportée à la recherche sous-jacente à cet article.

SOMMAIRE

Introduction	555
1. Prolongation de la durée des brevets	557
a) Le concept	557
b) Son état	558
c) La demande de l'UE et son impact réel sur la politique canadienne.....	561
2. Prolongation de la durée de la protection des données	564
a) Le concept	564
b) Son état	565
c) La demande de l'UE et son impact réel sur la politique canadienne.....	570
3. Droit d'appel conféré aux compagnies novatrices en vertu du Règlement de liaison	573
a) Le concept et son état	573
b) La demande de l'UE et son impact réel sur la politique canadienne.....	576
Conclusion	581

Aucune économie n'est assez forte pour arrêter la vague montante de la mondialisation. Il n'existe pas non plus d'alternative viable. Donc, ce que les gouvernements doivent faire, c'est embrasser la mondialisation, et renforcer les institutions nationales pour faire face aux contraintes imposées à leur société respective. En fait, différentes réponses peuvent être données à la mondialisation à condition de tout mettre en place pour que les populations tirent des avantages de cette dernière. C'est seulement de cette façon que nous pouvons fournir un futur plus sûr et meilleur pour elles¹.

Goh Chok Tong, Premier ministre de Singapour (1990-2004)

Introduction

En mai 2009 débutaient des négociations entre le Canada et l'Union Européenne (UE) visant la conclusion d'un accord de libre-échange, *l'Accord économique commercial global (AECG)*².

1. Goh CHOK TONG, Premier ministre de Singapour, traduction d'un extrait d'un discours prononcé le 19 janvier 2000 devant la Confédération indienne de l'industrie.
2. L'ébauche de 2010 de l'accord est disponible en ligne, en anglais uniquement : TRADE JUSTICE NETWORK, *Canada-EU CETA Draft Consolidated Text –Post Round IV*, [Ressource électronique], en ligne <<http://tradejustice.ca/en/section/3>> (site consulté le 3 janvier 2012) (ci-après « Ébauche de l'AECG »). Pour une analyse et une traduction de certains articles de cette ébauche, voir Paul GROOTENDORST et Aidan HOLLIS, « Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne - Évaluation de l'impact économique des dispositions proposées concernant la propriété intellectuelle dans le secteur pharmaceutique », 7 février 2011, en ligne : <http://www.canadiangenerics.ca/fr/news/docs/02.07.11%20FRE_CETAEEconomicAnalysisReport_FINAL11.pdf> (site consulté le 5 juillet 2011) (ci-après « Évaluation de l'impact économique de l'AECG »).

Ayant fait état des lacunes concernant les droits de propriété intellectuelle pour les produits pharmaceutiques au Canada, l'UE a formulé plus précisément trois demandes, soit que le Canada (1) permette la prolongation de la durée des brevets afin de compenser le temps d'évaluation relatif à la mise en marché d'un nouveau médicament, (2) prolonge, de cinq à dix ans, la durée de la protection des données cliniques des compagnies pharmaceutiques novatrices (ci-après « compagnies novatrices »), et (3) intègre, dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*³ (ci-après « Règlement de liaison »), un droit d'appel effectif pour ces compagnies afin qu'elles puissent en appeler d'une décision du tribunal ayant pour effet de permettre la mise en marché d'un médicament générique.

Ces demandes découlent des pressions de l'industrie novatrice qui, depuis plusieurs années, soutient que la politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques n'est pas à niveau avec celle de ses principaux concurrents, notamment les États-Unis et les pays de l'UE⁴. Selon des représentants de cette industrie, cette mise à niveau est incontournable si le Canada souhaite demeurer compétitif dans le secteur de l'innovation pharmaceutique⁵.

D'un autre côté, d'autres soutiennent que l'acquiescement du Canada aux demandes européennes aura plutôt un impact limité sur l'innovation, mais des conséquences importantes sur l'accessibilité et sur les dépenses en médicaments au Canada⁶. Une telle situation aurait nécessairement pour effet de déséquilibrer la politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques (ci-après, la « politique canadienne »), dont l'objectif socialement consacré est celui de conférer des droits de commerce

3. DORS/93-133 (Gaz. Can. II) (ci-après « Règlement de liaison »).

4. LES COMPAGNIES DE RECHERCHE PHARMACEUTIQUE DU CANADA [« Rx&D »], « Le temps est venue de cibler les faits : l'innovation est essentielle à la santé des canadiens et à la viabilité du système de santé », Communiqué, Ottawa, le 7 décembre 2011.

5. *Id.*

6. P. GROOTENDROST et A. HOLLIS, *supra*, note 2.

exclusif à l'industrie pharmaceutique novatrice, de façon à promouvoir tant l'innovation que l'accès raisonnable aux nouvelles technologies médicales⁷.

Dans cet article, nous examinons dans quelle mesure l'AECG, s'il est signé, aura ou non un impact important sur la souveraineté du Canada à régir l'équilibre de la politique canadienne. Nous évaluons plus particulièrement la portée réelle des trois principales demandes de l'UE qui figurent dans l'ébauche de 2010 de cet accord, seule ébauche présentement disponible et ce, uniquement en anglais.

Notre analyse nous permet de conclure que, bien qu'il soit indéniable que la signature de l' AECG aura pour effet de prolonger la durée de commerce exclusif de compagnies novatrices au Canada et donc, de limiter l'accès aux médicaments et d'augmenter les dépenses relatives à ces derniers, il demeure que c'est surtout la façon dont le gouvernement canadien choisira d'implanter ses obligations dans les lois nationales qui aura une influence plus ou moins grande sur le caractère équilibré de la politique canadienne.

1. Prolongation de la durée des brevets

a) Le concept

La durée de vie d'un brevet est de vingt ans⁸. La prolongation de la durée des brevets, souvent désignée en anglais comme « Patent Term Restoration (PTR) » confère, sous certaines conditions, un temps de protection additionnel par la prolongation du droit de brevet. Le but habituel de cette protection est de compenser le délai de commercialisation exclusive perdu en raison du temps lié à l'évaluation, par les autorités sanitaires, de l'efficacité et de la sécurité d'un nouveau médicament. La

7. *Résumé d'étude d'impact de la réglementation, Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), D.O.R.S./93-133, Gaz. C. 2006.I, vol. 140, no 24,[REIR].*

8. *Loi sur les brevets, L.R.C., 1985, c. P-4, [LB], art. 44.*

prolongation de la durée des brevets représente ainsi un moyen d'amortir les investissements effectués en recherche pour ainsi inciter l'innovation pharmaceutique. En effet, le temps moyen de développement d'un nouveau médicament varie de huit à douze ans et peut même, notamment pour les médicaments à base biologique, s'élever à près de quinze ans⁹. Le temps de commercialisation exclusive, dans cette dernière situation, est donc équivalent à une période de cinq ans. La prolongation de la durée d'un brevet permet d'ajouter à cette période un certain nombre d'années de commercialisation exclusive, et de profitabilité dont peut bénéficier le titulaire du brevet.

b) Son état

Il n'existe présentement aucun accord international qui exige que la durée de vie des brevets soit prolongée au delà d'une période de vingt ans, période minimale de protection exigée par *l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ci-après désigné « l'ADPIC »)¹⁰. Malgré cela, plusieurs pays, dont les pays de l'UE¹¹ et les États-Unis¹², confèrent cette protection additionnelle aux compagnies

-
9. Henry GRABOWSKI, « Follow-on biologics: data exclusivity and the balance between innovation and competition », (2008) 7 *Nature* 479.
 10. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 [ADPIC], art. 33. Cet accord, qui constitue une annexe de *l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce*, établit les normes minimales de protection des droits de propriété intellectuelle, sans égard au type de technologie.
 11. Les pays de l'Union européenne ont adopté, dans leurs lois nationales, la directive de l'Union Européenne no 1768/92 (maintenant le *Règlement 469/2009*) concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments, JOCE n° L182, 2 juillet 1992 [*Certificat de protection supplémentaire*].
 12. *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*, Pub. L. No. 98-417, S—1538 (1984) [*Hatch-Waxman Act*]. Voir aussi Suzan KUCUKARSLAN et Jacqueline COLE, "Patent Extension Under the Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984", *Food and Drug Law Journal*, Vol. 49, 511-523.

novatrices. Bien que les conditions pour bénéficier d'une prolongation de la durée d'un brevet soient variables d'un pays à l'autre, il est néanmoins possible d'en faire ressortir les principales caractéristiques et les principales conditions d'application.

De façon générale, la prolongation de la durée d'un brevet ne sera possible que si (1) le brevet n'est pas expiré; (2) le brevet n'a jamais fait l'objet d'une prolongation; (3) le médicament a fait l'objet d'une évaluation par une autorité sanitaire en charge d'assurer l'efficacité et la sécurité du médicament et (4) la demande de prolongation est relative à la première autorisation de mise en marché du médicament (c'est à dire qu'elle ne peut concerner les demandes subséquentes qui, par exemple, viseraient une nouvelle utilisation du médicament déjà approuvé). Notons que la prolongation maximale pouvant être conférée est généralement de cinq ans. La durée maximale de cette prolongation ne peut dépasser la période de commercialisation exclusive dont aurait bénéficié le titulaire du brevet s'il n'avait pas eu à la retarder en raison de la période d'évaluation portant sur la sécurité et l'efficacité de son médicament.

Au delà de ces caractéristiques communes, nous notons certaines disparités entre pays dans la portée ainsi que dans l'applicabilité de la protection additionnelle qui peut être conférée. Par exemple, dans les pays de l'UE, seul le premier brevet conféré pour le nouveau médicament peut faire l'objet d'une demande de prolongation¹³. Aux Etats-Unis, bien qu'une seule prolongation puisse être octroyée par médicament, il est loisible à la compagnie novatrice de choisir quel brevet, pour ledit médicament, fera l'objet d'une demande de prolongation¹⁴.

Depuis toujours, le Canada a refusé de prolonger la durée de la protection des brevets qui porte sur les médicaments. Ce refus lui a d'ailleurs valu de figurer sur la *Special Watch List 301*,

13. *Certificat de protection supplémentaire*, art. 4

14. Hatch-Waxman Act., Voir aussi *Ortho-McNeil Pharm., Inc. v. Lupin Pharms., Inc.* 603 F.3d 1377 (Fed. Cir.2010); *PhotoCure Asa v. Kappos*, 603 F 3d 1372 (fed. Cir. 2010).

publiée annuellement par le bureau du *United States Trade Representative* (« USTR »)¹⁵. Selon le *Trade Act* des États-Unis, le USTR a le mandat d'identifier les pays qui n'assurent pas une protection suffisante des droits de propriété intellectuelle¹⁶. C'est aussi en raison de ce refus du gouvernement canadien de conférer une protection de brevet additionnelle que le gouvernement du Québec a choisi, en 1995, d'inclure dans sa politique du médicament ce qui est communément désigné comme la « règle des quinze ans »¹⁷. Cette règle prévoit que tout médicament novateur qui est inscrit sur la liste des médicaments remboursables par la Régie de l'assurance maladie du Québec peut être remboursé pendant les quinze premières années de son inscription, malgré la présence de versions génériques du médicament sur le marché. Celle-ci s'insère dans le quatrième axe de la politique québécoise dont l'objet est de mettre en place des stratégies permettant de stimuler les investissements en recherche et développement dans le secteur biopharmaceutique¹⁸.

-
15. UNITED STATE TRADE REPRESENTATIVE [USTR], *Special Watch List 301*, avril 2010, en ligne : <http://www.ustr.gov/webfm_send/1906> (site consulté le 10 décembre 2010).
 16. *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. § 2242.
 17. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La politique du médicament*, Québec, 2007, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2006/06-728-01.pdf>> (site consulté le 10 décembre 2010). [Politique du médicament].
 18. Comme nous l'indiquons, le but de la règle des 15 ans était, en 1995, celui d'attirer, au Québec, les investissements en recherche et développement de la part de l'industrie pharmaceutique. Cependant, bien que cette mesure ait eu des retombées positives pendant plusieurs années, l'efficacité de cette dernière est de plus en plus remise en question, notamment parce que les compagnies pharmaceutiques novatrices semblent davantage diriger leurs investissements vers l'Ontario. À ce sujet, voir MINISTÈRE DES FINANCES, *Les impacts économiques de la « règle des 15 ans » appliquée au remboursement des médicaments innovateurs au Québec, 2005*, en ligne : <www.finances.gouv.qc.ca/documents/feuille/fr/2005_002.pdf> (site consulté le 19 décembre 2011). Pour une critique, voir ASSOCIATION CANADIENNE DU MÉDICAMENT GÉNÉRIQUE, « *La règle des quinze ans* » : *Les vieux calculs ne tiennent plus*, 2010, en ligne : <<http://www.canadiangenerics.ca/fr/advocacy/quebec15yearrule.asp>> (site consulté le 19 décembre 2011).

- c) La demande de l'UE et son impact réel sur la politique canadienne

L'ébauche de l'AECCG, plus précisément l'article 9.2, prévoit que les pays signataires devront permettre la prolongation de la durée de vie d'un brevet, portant sur un médicament, pour une période maximale de cinq ans et de cinq ans et six mois pour un médicament à usage pédiatrique :

Article 9.2

Supplementary Protection Certificates

1. The Parties recognise that medicinal and plant protection products protected by a patent on their respective territory may be subject to an administrative authorisation procedure before being put on their market. They recognise that the period that elapses between the filing of the application for a patent and the first authorisation to place the product on their respective market, as defined for that purpose by the relevant legislation, may shorten the period of effective protection under the patent.
2. The Parties shall provide for a further period of protection for a medicinal or plant protection product which is protected by a patent and which has been subject to an administrative authorisation procedure, that period being equal to the period referred to in paragraph 1 second sentence above, reduced by a period of five years.
3. Notwithstanding paragraph 2, the duration of the further period of protection may not exceed five years.
4. A medicinal product for which paediatric studies have been carried out may be entitled to a six months extension of the period mentioned in paragraphs 2 and 3.

Comme les pays de l'UE confèrent déjà une telle protection aux companies novatrices, il s'avère que l'acquiescement des parties signataires à l'AECCG n'aura de conséquences que pour le Canada, seul pays dont le régime de propriété intellectuelle ne permet toujours pas aux compagnies novatrices de prolonger la durée de leurs brevets.

Naturellement, la prolongation de la durée de vie des brevets au Canada aura pour effet de retarder la commercialisation de médicaments génériques au Canada, des médicaments dont le prix peut peut-être atteindre vingt-cinq pour cent du prix du médicament novateur¹⁹. Selon les auteurs Grootendorst et Hollis, cette nouvelle protection aurait pour conséquence, au Canada, de porter à vingt-cinq ans et demi la durée de nombreux brevets pharmaceutiques visant des médicaments déjà approuvés par Santé Canada²⁰.

L'impact réel de la prolongation de la durée de brevets sur l'équilibre de la politique canadienne pourra néanmoins être moins important selon les conditions de son application définies dans nos lois nationales par le gouvernement fédéral. Par exemple, celui-ci pourrait ne faire porter la nouvelle protection que sur le premier brevet octroyé pour le composé médicinal innovant d'une drogue, ce qui aurait pour effet de réduire considérablement de nombre de brevets admissibles à une telle protection et éviterait qu'une compagnie choisisse de faire porter la prolongation sur le dernier brevet obtenu pour un médicament approuvé afin de maximiser sa période de commercialisation exclusive²¹. Une telle condition aurait le potentiel de limiter l'impact négatif de la pro-

19. Le prix de vente d'un médicament générique au Québec est de trente-sept et demi pourcent du prix du médicament novateur. Ce pourcentage sera réduit à vingt-cinq pourcent en avril 2012. À ce sujet, voir Conseil du médicament du Québec, *Avis aux fabricants de médicaments génériques. Mesures de transition à l'égard du respect du meilleur prix au Canada établies dans le contexte de la baisse récente du prix des médicaments génériques en Ontario*, 5 novembre 2010. Le prix d'un médicament générique en Ontario est de vingt-cinq pourcent du prix du médicament novateur. Pour un document explicatif, voir W. Neil Palmer, « Ontario's generic pricing policy : what does it mean for the patented medicine industry? », Strategy Institute's 9th Annual Market Access Summit, November 16-17, 2010, Toronto.

20. P. GROOTENDORST et A. HOLLIS, *supra*, note 2, à la page 14.

21. Une drogue innovante est une drogue dont le composé médicinal n'est pas déjà approuvé pour fins de commercialisation. Voir *Epicept Corporation v. Canada (Health)*, [2010] 4 FCR D-9.

longation des brevets sur l'accès aux médicaments et de conférer un incitatif au développement de composés innovants²².

Par ailleurs, il est indéniable que la prolongation de la durée des brevets, qui vise à compenser le temps d'approbation par les autorités sanitaires, soit Santé Canada, présente comme objectif indirect celui d'inciter cet organisme à accélérer le temps relatif à l'évaluation préalable à la mise en marché des médicaments. À l'heure actuelle, le temps d'analyse d'une demande de mise en marché pour un médicament novateur par Santé Canada est en moyenne de trois cents jours²³. Une façon d'accélérer ce processus, sans accroître les risques de commercialisation de médicaments non sécuritaires, pourrait résider dans l'octroi d'avis de conformité (« AC ») temporaires. Ceux-ci pourraient être émis si le médicament est déjà commercialisé dans plus de deux juridictions ayant des standards de qualité et d'efficacité reconnus. Ces AC temporaires pourraient être valides jusqu'à ce que Santé Canada ait complété sa propre évaluation. De cette façon, les Canadiennes et les Canadiens pourraient accéder plus rapidement à des médicaments novateurs, et l'impact de la prolongation des brevets serait considérablement limité en raison du temps de mise en marché plus rapide au Canada²⁴.

22. Près de quatre nouveaux médicaments brevetés sur cinq n'apportent aucune avancée thérapeutique significative au Canada. Voir Marc-André GAGNON, « Recherche sur les médicaments financée indépendamment des firmes : utopie ou nécessité sanitaire? », Conférence-débat, Pilule d'Or Prescrire, 2012, pp. 1-4.

23. SANTÉ CANADA, *Ligne directrice : Gestions des présentations de drogues, numéro de fichier: 11-105663-287*, 20 mars 2011, en ligne : <http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/mands_gespd-fra.pdf> (site consulté le 10 décembre 2011).

24. Au Canada il est possible d'obtenir des AC avec conditions. Les conditions pour obtenir ces avis concernent particulièrement l'état de nécessité d'utilisation du médicament au Canada. Un AC avec conditions est émis lorsque l'efficacité du médicament n'est pas pleinement démontrée. La compagnie doit donc s'engager à fournir des données post-commercialisation à Santé Canada. Pour le détail des conditions, voir Santé Canada, *Ligne directrice : Avis de conformité avec conditions (AC-C)*, 30 juin 2011. Aussi, le 27 juillet 2011, Santé Canada a émis une ébauche de sa ligne directrice qui concerne l'utilisation des examens

2. Prolongation de la protection des données

a) Le concept

La « protection des données » consiste en une mesure conférée aux compagnies novatrices qui permet de protéger l'ensemble des données qu'elles doivent présenter auprès de l'autorité sanitaire qui a le mandat d'évaluer la sécurité et l'efficacité d'un nouveau médicament avant d'en accepter la commercialisation. Ces données sont essentiellement colligées dans le cadre d'essais pré-cliniques et cliniques. Pendant la période de protection, le fabricant d'un médicament générique, qui allègue la bioéquivalence de son produit avec le produit novateur, ne peut obtenir un AC puisque, théoriquement, l'autorité sanitaire ne peut confirmer la bioéquivalence, la sécurité et l'efficacité de ce dernier médicament sans se référer aux données protégées de la compagnie novatrice. Pendant la période de validité de cette protection, seuls les médicaments génériques développés par le processus non abrégé d'essais cliniques, c'est-à-dire sans preuve de bioéquivalence avec le produit novateur, peuvent faire l'objet d'une approbation pour mise en marché²⁵. La durée de la protection des données est variable selon le pays qui la confère. Elle prend effet à partir de l'émission de l'avis de conformité destiné à la commercialisation du médicament novateur.

Bien que la protection des données soit indépendante des droits de propriété intellectuelle, il demeure qu'elle a un effet similaire, soit celui de conférer une exclusivité de marché à la compagnie novatrice. Cette protection est cependant sans effet utile

étrangers dans le cadre de l'évaluation de demande de mise en marché. Cette ébauche se distingue de notre proposition d'AC temporaires puisqu'elle ne permet pas la mise en marché d'un médicament du fait qu'il soit commercialisé dans un autre pays, mais vise plutôt à permettre que les données d'essais cliniques recueillies à l'étranger soient considérées dans l'évaluation de Santé Canada. Voir Santé Canada, *Ébauche de la ligne directrice. L'utilisation des examens étrangers par Santé Canada*, 27 juillet 2011.

25. Au Canada, voir *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26.

lorsque le médicament novateur est toujours protégé par un brevet. La protection des données est donc particulièrement intéressante lorsqu'une compagnie novatrice ne bénéficie pas d'un brevet pour la protection de son médicament. Une telle situation peut se poser (1) lorsque le temps de développement et d'approbation de mise en marché du médicament novateur est élevé, réduisant considérablement le temps de commercialisation du médicament sous brevet; ou (2) lorsque la compagnie n'a tout simplement pas obtenu de brevet pour son invention dans le pays qui offre la protection. Dans un avenir rapproché, les compagnies novatrices seront susceptibles de bénéficier plus fréquemment de la protection des données en raison du développement accru de médicaments à base biologique dont le temps de développement moyen est, nous l'avons indiqué, évalué à quinze années²⁶.

b) Son état

La protection des données découle des accords internationaux auxquels le pays a adhéré, soit l'*Accord de libre-échange nord-américain* (« *ALENA* »)²⁷ et l'*Accord sur les ADPIC*. Plus particulièrement, l'article 39.3 de ce dernier prévoit que les pays signataires doivent conférer une période de protection des données relatives au développement de médicaments. Cet accord ne précise cependant pas quelle doit être la durée de cette protection²⁸. L'*ALENA* exige une protection similaire mais, contrairement à

26. Pour cette raison, le président Obama a porté cette protection à 12 ans pour les médicaments biologiques : *Patient Protection and Affordable Care Act*, 42 U.S.C. 18001 § 7002 (2010).

27. L'*Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U., [1994] R.T. Can. n°2, en ligne : <<http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?conID=590>> (site consulté le 5 juillet 2011) [*ALENA*].

28. L'*Accord sur les ADPIC* n'exige pas, *stricto sensu*, une telle protection (voir les articles 1, 2 et 39 en parallèle). À ce sujet, voir Carlos Maria CORREA, « Unfair Competition Under the TRIPS Agreement: Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals », (2002) 3 *Chicago Journal of International Law* 69.

l'Accord sur les ADPIC, son article 1711 stipule que la durée minimale de cette protection est de cinq ans²⁹.

Au Canada, jusqu'en 2006, la protection des données était de cinq ans mais n'avait, en réalité, aucune portée significative en raison de son interprétation stricte apportée par la Cour fédérale, dans la cause *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*³⁰. Dans cette affaire, il avait été jugé que cette protection n'était pas applicable à la délivrance d'un AC pour un médicament générique lorsque le ministre n'avait pas un besoin réel de se référer aux données cliniques de la compagnie novatrice pour évaluer la bioéquivalence, la sécurité et l'efficacité du médicament générique avec le médicament novateur³¹. Selon la Cour, cette évaluation pouvait, en fait, se faire sur la base exclusive des informations fournies dans la demande abrégée d'AC (« PADN ») déposée par le fabricant du médicament générique :

[37] [...] cette disposition n'est pas censée accorder à la presque totalité des innovateurs de nouveaux médicaments qui ont obtenu un AC une protection analogue à celle qui est accordée en matière de brevets. Par conséquent, je n'accepte pas l'argument que le ministre « s'appuie » sur les renseignements que lui communique l'innovateur lorsqu'en vertu de l'article C.08.004.1, il examine une PADN soumise en vue de l'obtention d'un AC. En pareil cas, le ministre ne délivre un AC que sur le fondement des renseignements contenus dans la PADN. Compte tenu de l'objet général du Règlement, on ne doit

-
29. *ALENA*, préc., note 25, art. 1711. Pour un examen des différences d'application entre l'Accord sur les ADPIC et l'ALENA relativement à la protection des données, voir Mélanie BOURASSA FORCIER et Jean-Frédéric MORIN, « Canadian Pharmaceutical Patent Policy : Intentional Restraints and Domestic Priorities » dans Ysolde GENDREAU, *An Emerging Intellectual Property Paradigm, Perspective from Canada*, Queen Mary Studies of Intellectual Properties, Cheltenham, Northampton (Maine), Edward Elgar, 2008.
30. [1999] 1 C.F. 553, conf. par 87 C.P.R. (3e) 293.
31. *Id.*, p. 22 et suiv. Selon la Cour, cette évaluation peut, en fait, se faire sur la base exclusive des informations fournies dans la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) du fabricant du médicament générique.

pas intercaler l'adverbe "indirectement" au paragraphe C.08.004.1(1) de manière à élargir la portée de l'expression « s'appuie sur »³².

Fortement critiqué par l'industrie novatrice pour son inaction à la suite de cette décision, le gouvernement du Canada a finalement donné suite, en 2006, aux demandes de l'industrie novatrice et a ainsi, non seulement amendé le *Règlement sur les aliments et drogues* (« RAD »)³³ de façon à rendre la protection des données effective, mais a aussi prolongé cette dernière à huit ans³⁴. Le fabricant du médicament générique peut, en contrepartie, déposer sa PADN dans les deux années qui précèdent l'expiration de la protection³⁵.

Prenant en considération la durée d'un brevet, qui est de vingt ans, et la durée de la protection des données, qui est de huit ans au Canada, nous illustrons dans le tableau suivant l'impact de ces protections sur la période de commercialisation exclusive dont peut bénéficier une compagnie novatrice qui obtient un AC treize ans après sa demande de brevet. À l'analyse de ce tableau, il est possible d'évaluer l'impact réel de la protection des données sur la disponibilité de médicaments génériques au Canada. Dans la situation présentée, nous notons que l'existence de la durée de la protection des données actuelle permet de gagner une année additionnelle de commercialisation exclusive.

32. *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, supra, note 35, au paragraphe 37 de la décision.
33. *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., c. 870 [RAD].
34. *Id.*, art. C. 08.004.1 (3) b).
35. *Id.*, art. C.08.004.1 (3) a).

Tableau 1 : Durée effective du monopole de l'industrie

Source : Notre analyse

Notons que l'impact de la protection des données n'est pas exclusivement lié à sa durée mais aussi à ses conditions d'application. Ainsi, bien que prolongée, la protection des données adoptée en 2006 a une portée limitée du fait qu'elle n'est applicable qu'à la première demande de mise en marché d'un médicament novateur et ce, lorsque cette demande concerne une drogue « innovante »³⁶. En conséquence, les données relatives à un nouveau médicament, dont le composé médicinal comprend une

36. RAD, art. C. 08.004.1 (1) « drogue innovante » et C. 08.004.1(3)

drogue déjà commercialisée au Canada, ne sont pas sujettes à la protection³⁷.

Il est pertinent de souligner que l'objectif de la prolongation de la protection des données, tel qu'énoncé dans le *Résumé d'étude d'impact de la réglementation de 2006 (REIR)*, ne porte pas directement sur la nécessité de promouvoir l'innovation au Canada, mais bien sur le besoin de s'assurer de la disponibilité de médicaments novateurs sur le marché :

Le Gouvernement est d'avis que les modifications proposées, faites à la suite de l'examen des commentaires reçus de la part des intervenants, créeront un meilleur équilibre entre la nécessité de disposer de drogues nouvelles et celle de préserver l'aspect concurrentiel du marché afin de faciliter l'accès à ces drogues³⁸.

Malgré ce qui précède, il demeure que le RAD prévoit que la protection des données dont bénéficie une compagnie peut être prolongée de six mois lorsque le médicament fait l'objet de demande d'AC pour des fins d'utilisation pédiatrique. Cette dernière mesure représente un incitatif clair à l'innovation dans ce dernier secteur³⁹.

En somme, à l'heure actuelle, la durée de la protection des données adoptée au Canada est supérieure à la période minimale de protection requise par l'*ALENA*. Cette protection est aussi plus importante au Canada qu'aux États-Unis, qui confèrent une protection des données de cinq ans pour les médicaments novateurs non biologiques⁴⁰, mais moins importante que celle conférée par

37. *Epicept Corporation v. Canada (Health)*, supra, note 22 et *Celgene Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 154.

38. *REIR*, supra, note 7. Par contre, les tribunaux semblent associer la protection des données à une mesure mise en place pour favoriser l'innovation pharmaceutique. À ce sujet, voir la décision *Celgene v. Canada (Health)*, précitée.

39. RAD, art. C.08.004.1 (4).

40. *Hatch-Waxman Act*. Dans une entrevue parue dans la publication américaine *Inside US Trade*, le 27 octobre 2006, le bureau du USTR « a

les membres de l'UE qui, elle, est équivalente à une période de dix ans, avec la possibilité d'une prolongation d'une année pour une nouvelle indication thérapeutique si la demande d'AC pour cette indication a été présentée dans les huit premières années de la protection⁴¹.

c) La demande de l'UE et son impact réel sur la politique canadienne

L'article 10 (1), (2) et (3) de l'ébauche de l'AECG prévoit que les pays signataires doivent conférer une protection des données équivalente à celle conférée dans les pays de l'UE, c'est-à-dire que cette protection doit être d'au moins dix ans à partir de l'émission de l'AC à la compagnie novatrice, et de onze ans si, pendant les huit premières années suivant l'obtention de l'AC, la compagnie pharmaceutique novatrice obtient une autorisation de traiter une ou plusieurs nouvelles indications thérapeutiques :

Article 10

Protection of Data Submitted to Obtain an Authorisation to put a Pharmaceutical Product on the Market

1. The Parties shall guarantee the confidentiality, non-disclosure and non-reliance of data submitted for the purpose of obtaining an authorisation to put a pharmaceutical product on the market.

reconnu que les modifications adoptées par le Canada vont au-delà des cinq années d'exclusivité réclamées par les États-Unis » (voir ASSOCIATION CANADIENNE DU MÉDICAMENT GÉNÉRIQUE, « La contestation judiciaire du monopole prolongé des entreprises pharmaceutiques s'en va en Cour », *Canadiangenerics.ca*, 15 décembre 2008, en ligne : <http://www.canadiangenerics.ca/fr/news/dec_15_08.asp> (site consulté le 5 juillet 2011). Les médicaments biologiques bénéficiaient, au moment d'écrire ces lignes, d'une protection des données de douze ans. Cependant, le président Obama a annoncé son intention de réduire à sept ans cette protection. Voir Andrew POLLACK, « Biologics May Get Less Protection » (14 janvier 2010) *New York Times*.

41. Directive 2004/27/ EC qui a amendé la Directive 2001/ 83. Cette directive permet que l'examen de la bioéquivalence des médicaments génériques se fasse dans les deux années précédant l'expiration de la période d'exclusivité des données cliniques.

The Parties shall guarantee the confidentiality, non-disclosure and non-reliance of data.

2. For that purpose, the Parties shall ensure in their respective legislation that any information submitted to obtain an authorisation to put a pharmaceutical product on the market will remain undisclosed to third parties and benefit from a period of at least ten years of protection against unfair commercial use starting from the date of grant of marketing approval in either of the Parties:

(a) during a period of at least eight years, no person or entity (public or private), other than the person or entity who submitted such undisclosed data, will, without the explicit consent of the person or entity who submitted this data, rely directly or indirectly on such data in support of an application for the authorisation to put a pharmaceutical product on the market;

(b) during a ten-year period, a marketing authorization granted for a subsequent application will not permit placing a pharmaceutical product on the market, unless the subsequent applicant submitted his/her own data (or data used with authorization of the right holder) meeting the same requirements as the first applicant. Products registered without submission of such data would be removed from the market until the requirements were met.

3. In addition, the ten-year period referred shall be extended to a maximum of eleven years if, during the first eight years after obtaining the authorisation in either of the Parties, the holder of the basic authorisation obtains an authorisation for one or more new therapeutic indications which are considered of significant clinical benefit in comparison with existing therapies.

(...)

À la lecture du libellé de cet article, il appert que l'acquiescement du Canada à la demande de l'EU aura pour conséquence (1) de prolonger la durée de la protection des données de deux à trois ans étant donné que cette protection est actuellement de huit ans sans option de prolongation pour une nouvelle indication thérapeutique et (2) d'élargir la portée de son application, la demande de l'UE ne limitant pas la protection aux « drogues innovantes ».

Si le Canada décidait de prolonger, une fois de plus, la protection des données dont bénéficient les compagnies novatrices, cela aurait pour effet d'accroître leur monopole, de limiter l'accès à des médicaments génériques et, certainement, d'accroître les dépenses de médicaments. L'équilibre de la politique canadienne s'en trouverait certainement affecté à moins que les bénéfices de cet amendement sur les investissements en recherche et développement (« R&D ») soient palpables. Or, rien n'est moins certain, compte tenu qu'après les amendements de 2006, qui ont permis de prolonger de cinq à huit ans cette protection, nous n'avons noté aucune augmentation significative des investissements en R&D de la part des compagnies novatrices au Canada⁴². À défaut de promouvoir cet objectif, l'acceptation du Canada de la demande de l'UE devrait au moins rencontrer l'objectif de favoriser l'accès à de nouveaux médicaments qui, sans la prolongation de la durée de la protection des données, ne seraient pas commercialisés. Cette nouvelle protection additionnelle pourrait effectivement avoir pour conséquence d'inciter les compagnies à commercialiser au Canada des produits disponibles depuis plusieurs années aux États-Unis et qui ne sont plus brevetés.

L'atteinte de ce dernier objectif reste par contre réalisable sans que ne soient accrus les droits de commerce exclusif des compagnies novatrices. À ce sujet, il ne suffit que Santé Canada adopte une politique qui permet la commercialisation de médicaments génériques sans qu'il n'y ait de produits novateurs commercialisés au Canada. En effet, présentement, le fabricant d'un médicament générique ne peut présenter une PADN que dans la mesure où il peut attester la bioéquivalence de son produit avec un produit de référence canadien⁴³. Gardons cependant à l'esprit

42. Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, Rapport annuel 2010, en ligne: <http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/francais/view.asp?x=1503&all=true>. (site consulté le 1er mars 2012).

43. RAD, art. C.08.002 pour la définition de « produit de référence canadien ». Il lui est possible de le faire sans prouver la bioéquivalence de son produit avec le produit novateur mais dans une telle situation, il doit procéder à l'ensemble des essais cliniques comme si son produit était un produit novateur. Cela limite grandement l'intérêt des fabricants de médicaments génériques qui généralement préfèrent commercialiser des

que l'adoption d'une telle politique ne serait certainement pas bien reçue de la part de l'industrie pharmaceutique novatrice. Cette dernière pourrait alors choisir de réduire ses investissements en R&D au Canada, ce qui pourrait, en fin de compte, également affecter l'équilibre de la politique canadienne.

3. Droit d'appel aux compagnies novatrices en vertu du Règlement de liaison

a) Le concept et son état

Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*⁴⁴, généralement désigné comme le « Règlement de liaison », a été adopté en 1993 dans le but d'éviter les abus de la part de fabricants de médicaments génériques qui auraient pu être générés en raison de l'adoption de l'article 55.2 (1) de la *Loi sur les brevets*⁴⁵. Cet article permet aux fabricants de médicaments génériques d'effectuer de la recherche préparatoire pour ainsi préparer et soumettre leur PADN requise par Santé Canada, pour la mise en marché de leur produit⁴⁶. Lors de son adoption, cet article prévoyait aussi une exception qui permettait aux fabricants de médicaments génériques d'emmagasiner leurs produits six mois avant l'expiration du brevet qui portait sur le médicament novateur⁴⁷.

médicaments lorsque leur production se fait à peu de frais. Pour une décision relative à cette possibilité pour les fabricants de médicaments génériques d'éviter de prouver la bioéquivalence de leur produit, voir *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533.

44. Préc., note 3.

45. Voir le REIR, préc., note 7.

46. Cette exception au droit d'exploitation exclusive est généralement désignée comme l'exception de type Bolar en rappel de la décision américaine *Roche Prods. Inc. c. Bolar Pharm. Co.*, 572 F. Supp. 255, 256-57 (E.D.N.Y. 1983). Pour un examen plus détaillé, voir S.E. PIATT, « Regaining the Balance of the Hatch-Waxman in the FDA Generic Approval Process: An Equitable Remedy to the Third-Month Stay » (2003) 59 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 163.

47. LB, art. 55.2. Le règlement en question était le *Règlement sur la production et l'emmagasiner de médicaments brevetés*, D.O.R.S./93-

Cette exception a cependant été abrogée en 2001 à la suite d'une décision du tribunal de l'*Organisation mondiale du commerce*⁴⁸. Devant ce tribunal, certains membres signataires de l'ADPIC, appuyés par l'industrie pharmaceutique novatrice⁴⁹, ont allégué que tant l'exception pour la recherche préparatoire que celle relative à l'emmagasiner contrevenaient au droit exclusif d'exploitation prévu à l'article 28 (1) de l'ADPIC⁵⁰. Seule cette dernière exception au droit des titulaires de brevets a cependant été jugée contraire à l'ADPIC par le tribunal.

À elle seule, l'adoption de l'article 55.2 était susceptible de conférer un incitatif aux fabricants de médicaments génériques pour commercialiser leurs produits avant l'expiration de brevets portant sur les médicaments novateurs. Le Règlement de liaison a donc été adopté⁵¹. Il s'inspire essentiellement du modèle américain « Approved Drug Products with Therapeutic Equivalence Evalua-

-
- 134, qui prévoyait quant à lui, une période d'emmagasiner de six mois avant l'expiration des brevets.
48. *Règlement abrogeant le Règlement sur la production et l'emmagasiner de médicaments brevetés*, D.O.R.S./2000-373. Voir la décision de l'OMC, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114 (7 avril 2000).
49. Voir M. BOURASSA FORCIER et J.-F. MORIN, préc., note 33; Duncan MATTHEWS, *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPs Agreement*, New York, Routledge, 2002 à la p. 101.
50. ADPIC, préc., note 10, art. 28 (1) :
1. Un brevet conférera à son titulaire les droits exclusifs suivants :
 - a) dans les cas où l'objet du brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit;
 - b) dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir l'acte consistant à utiliser le procédé et les actes ci-après : utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par ce procédé.
 2. Le titulaire d'un brevet aura aussi le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licence.
51. À ce sujet, voir *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, préc., note 45, et *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (P.G.)*, 2005, préc., note 43; voir le *REIR*, *supra*, note 7.

tions » ou, plus communément appelé, le *Orange Book*⁵². Il est intéressant de noter qu'aucun mécanisme similaire au Règlement de liaison n'existe dans les pays de l'UE.

Depuis l'adoption du Règlement de liaison, lorsque le fabricant d'un médicament générique souhaite obtenir un AC afin de commercialiser son produit, il doit, lors du dépôt de sa demande, et s'il existe un ou des brevets inscrits au registre des brevets administré par le ministre de la Santé (ci-après « le ministre »), alléguer qu'il accepte qu'un AC ne lui soit émis qu'après l'expiration des brevets inscrits au registre. Dans le cas contraire, il peut choisir soit d'alléguer que les brevets inscrits sont expirés, invalides ou qu'ils n'auraient pas dû être inscrits au registre. Dans un tel cas, il doit dénoncer ces allégations à la compagnie titulaire du ou des brevets. Si la compagnie juge que celles-ci sont fausses, elle peut, dans les quarante-cinq jours suivant la réception de l'avis, demander l'émission d'une ordonnance visant à interdire au ministre de délivrer un AC au fabricant du médicament générique⁵³.

Le simple dépôt d'une demande d'interdiction empêche automatiquement le ministre d'émettre un AC au fabricant du médicament générique pendant une durée maximale de vingt-quatre mois. L'article 7 du Règlement de liaison stipule effectivement que le ministre ne pourra délivrer un AC au fabricant du médicament générique avant l'expiration de ce délai, que si le brevet est expiré, qu'une décision du tribunal est rendue et confirme l'invalidité des brevets inscrits au registre, ou que la compagnie novatrice fait preuve de mauvaise foi pendant les procédures⁵⁴. Le

52. *Hatch-Waxman Act*, préc., note 12.

53. Règlement de liaison, préc., note 3, art. 6(1).

54. *Id.*, art. 7(1). Le temps moyen d'évaluation d'une demande déposée en vertu de l'article 6 du Règlement de liaison était évalué, en 2009, à 3.6 mois. Cependant, cette moyenne ne tient compte que des trois jugements rendus en 2009 sur un nombre total de 65 demandes d'interdiction déposées cette même année. À ce sujet, voir SANTÉ CANADA, *Direction des produits thérapeutiques - Rapport statistique 2009 - Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) Et la protection des données en vertu de l'article C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues*, 2010, en ligne : <<http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/prodpharma/applic->

tribunal peut confirmer ou infirmer la validité d'un brevet inscrit à ce registre. S'il confirme sa validité, le fabricant ne peut commercialiser son médicament avant l'expiration du brevet qui porte sur le médicament à être copié. Si le tribunal juge que le brevet n'est pas valide, un AC sera octroyé au fabricant du médicament générique.

Le Règlement de liaison ne prohibe, d'aucune façon, à l'une ou l'autre des parties, d'interjeter appel de la décision du Tribunal. Cependant, la jurisprudence indique qu'un appel interjeté dans ce contexte par une compagnie pharmaceutique novatrice ayant vu sa demande d'interdiction rejetée est sans objet⁵⁵. En effet, rappelons que le but du règlement est celui d'interdire la délivrance d'un AC à un fabricant de médicaments génériques si le médicament à être copié fait toujours l'objet d'un brevet inscrit au registre des brevets. Or, comme le rejet d'une demande d'interdiction a pour conséquence l'émission d'un tel avis, le respect du but du règlement, par voie d'appel, est impossible, donc, sans objet.

b) La demande de l'UE et son impact sur la politique canadienne

L'article 10 (4) de l'ébauche de l'*AECG* vise à conférer un droit d'appel effectif aux compagnies pharmaceutiques novatrices en vertu du Règlement de liaison :

demande/docs/patmedbrev/index-fra.php> (site consulté le 5 juillet 2011).

55. *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245, par. 21 (C.A.F.) (demande d'autorisation de pourvoi rejetée avec dépens, C.S.C. [2001] S.C.C.A. n° 111); *Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Inc.*, [1999] J.C.F. 55, par. 4-6 (C.A.F.). Par contre, il appert de la décision *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 153 que la compagnie pharmaceutique novatrice peut néanmoins tenter de convaincre la Cour du contraire. Nous pouvons en conclure de même à la lecture de la décision *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 RCS 265, 2008 CSC 61.

Article 10

Protection of Data Submitted to Obtain an Authorisation to put a Pharmaceutical Product on the Market

4. If a Party relies on "patent linkage" mechanisms whereby the granting of marketing authorizations (or notices of compliance or similar concepts) for generic medicines is linked to the existence of patent protection, it shall ensure that the patent holders and the manufacturers of generic medicines are treated in a fair and equitable way, including regarding their respective rights of appeal.

L'ajout d'un droit d'appel explicite dans le Règlement de liaison représente, à notre avis, une demande légitime de la part des compagnies novatrices. Par contre, s'il est adopté par le gouvernement fédéral, il importe de réaliser que ce droit pourrait, selon la forme qu'il revêt, avoir ou non un impact négatif majeur sur l'équilibre de la politique canadienne et donc, sur l'intérêt collectif. En effet, deux options principales s'offrent au gouvernement s'il choisit de prévoir dans le Règlement de liaison un tel droit : (1) un droit d'appel qui permet de prolonger l'interdiction au ministre de délivrer un AC au fabricant du médicament générique jusqu'à la décision finale du tribunal d'appel ou jusqu'à l'expiration du brevet faisant l'objet du litige ou (2) un droit d'appel qui se fait de façon indépendante à la commercialisation du médicament générique.

En ce qui concerne la première option, l'octroi d'un tel droit ne pourra, selon nous, intervenir sans une réforme majeure du Règlement de liaison, sans quoi l'intérêt collectif pourrait s'en trouver considérablement affecté. En effet, la prolongation de l'interdiction de commercialisation d'un médicament générique, générée par une demande d'appel, pourrait représenter un incitatif à la prolifération de pratiques d'*evergreening*, des pratiques qui consistent à prolonger indûment la période exclusive d'exploitation commerciale. À ce sujet, il importe de souligner que l'adoption du Règlement de liaison, en 1993, avait d'ailleurs rapidement ouvert la porte à des abus de la part de certaines compagnies novatrices

qui profitaient de ce dernier pour s'adonner à de telles pratiques⁵⁶, pratiques d'ailleurs dénoncées dans le rapport de la Commission Romanow, dirigée par le commissaire Roy J. Romanow, c.r. La recommandation 41 de ce rapport, déposé en novembre 2002, et intitulé *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada*, relevait précisément les problèmes liés aux pratiques d'*evergreening* de compagnies novatrices et recommandait qu'une révision de la réglementation relative aux AC soit rapidement entreprise⁵⁷ :

RECOMMANDATION 41 :

Le gouvernement fédéral devrait examiner sans délai les pratiques de l'industrie pharmaceutique en ce qui con-

56. Carol HITCHMAN, « Pharmaceutical Litigation-1996-1997: Where are the Canadian Courts Going? » (1998) 14:2 C.I.P.R. 149; Le *REIR*, supra, note 7 à la p. 1613, attestait l'existence de telles pratiques :

Le Gouvernement a constaté qu'un certain nombre de décisions judiciaires récentes portant sur l'interprétation du Règlement de liaison ont donné lieu à la nécessité d'apporter des précisions quant aux exigences relatives à l'inscription des brevets décrites ci-dessus. Ces décisions, qui concernent les exigences relatives au délai et à la pertinence, ne découlent pas d'erreurs de la part des tribunaux, mais plutôt d'une lacune dans le libellé du Règlement lui-même. Plus précisément, le libellé du Règlement de liaison ne tient pas pleinement compte de l'éventail de types de demandes d'AC possibles en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, des différentes revendications relatives aux brevets pharmaceutiques qui peuvent être formulées en vertu de la *Loi sur les brevets* et, surtout, de la foule de scénarios qui peuvent découler du lien entre les deux lois résultant du Règlement de liaison.

Voir aussi les décisions suivantes : *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (ministre de la Santé)*, 2003 CAF 24; *Ferring Inc. c. Canada (P.G.)*, [2003] F.C.A. 274; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (ministre de la Santé)*, 2005 CAF 140. Pour une analyse des litiges à ce sujet, voir *REIR*, supra note 7 et aussi Dominique VALIQUET, *Le Règlement sur les médicaments brevetés (cours de conformité)*, Division du droit et du gouvernement, 2006, en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0614-f.htm>>.

57. Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Guidé par nos valeurs. L'avenir des soins de santé au Canada*, Rapport final remis par Roy J. Romanow, C.R. Le rapport est disponible sur le site des publications du gouvernement du Canada : <http://publications.gc.ca/control/publicationInformation?searchAction=2&publicationId=237275>.

cerne la protection des brevets, et en particulier la perpétuation des brevets (« evergreening ») et la réglementation sur les avis de conformité. Il devrait chercher à déterminer s'il y a un bon équilibre entre, d'une part, la protection de la propriété intellectuelle et, d'autre part, la nécessité de limiter les coûts et de donner aux Canadiens un meilleur accès aux médicaments d'ordonnance non brevetés.
[...]

La perpétuation des brevets, une pratique selon laquelle les fabricants de médicaments de marque déposée apportent des variations à des médicaments existants en vue de prolonger la protection conférée par le brevet, est particulièrement préoccupante. Cette pratique, produit dérivé douteux des dispositions législatives canadiennes sur les brevets, retarde la mise au point de médicaments génériques moins coûteux.

Afin de remédier à cette situation, le gouvernement a d'ailleurs apporté des modifications au Règlement de liaison en 2006 afin de limiter ses conditions d'utilisation. Il importe donc de garder en tête les agissements passés de certaines compagnies novatrices qui tendent à abuser de ce règlement afin de prolonger leur période de commercialisation exclusive.

Ainsi, dans le but de limiter l'impact négatif d'un droit d'appel effectif qui aurait pour effet de prolonger le moment à partir duquel un médicament générique peut être mis en marché, le gouvernement devra (1) imposer un délai de suspension maximal et raisonnable et (2) prévoir un mécanisme qui limitera l'intérêt des compagnies novatrices à prolonger indûment leur monopole par le biais de procédures d'appel abusives et mal fondées. En l'absence d'un tel mécanisme, les principaux payeurs de médicaments au Canada, soit les provinces et les bénéficiaires d'assurances médicaments privées, pourraient souffrir de la légitimité d'un droit purement commercial.

Dans l'optique d'éviter des recours abusifs, il serait pertinent de prévoir, dans le Règlement de liaison, une disposition qui exigerait des compagnies pharmaceutiques novatrices

déboutées en appel, un remboursement, au gouvernement fédéral, des dépenses de médicaments engendrées pendant la période de commercialisation dont ces compagnies auraient à tort bénéficié en raison d'un appel non fondé. Une autre disposition devrait en outre prévoir les modalités de redistribution aux provinces, principaux payeurs de médicaments, des sommes reçues par le gouvernement fédéral⁵⁸. L'exigence de rembourser les gouvernements pour les dépenses de médicaments générées par l'utilisation non fondée du Règlement de liaison pourrait non seulement s'appliquer à un droit d'appel, mais aussi à la première utilisation du Règlement de liaison par une compagnie pharmaceutique novatrice. L'Australie, qui dispose d'un mécanisme similaire au Règlement de liaison, permet d'ailleurs au gouvernement d'exiger une compensation pour ses pertes en raison de l'utilisation non fondée du mécanisme⁵⁹.

La deuxième option qui s'offre au gouvernement, c'est-à-dire celle de prévoir un droit d'appel effectif, mais indépendant de la commercialisation du médicament générique qui fait l'objet du litige, est certainement l'option la plus simple et la moins risquée d'un point de vue sociétal. En effet, si la compagnie novatrice, qui a fait appel de la décision du tribunal, voit sa demande acceptée, elle devra réclamer des dommages pour perte de profits au fabricant du médicament générique et/ou demander le retrait de son produit du marché. Cette option permettrait d'éviter qu'un litige, entre deux parties privées, n'ait des retombées négatives sur l'intérêt collectif des Canadiens et des Canadiennes. Ce mécanisme aurait aussi probablement pour effet de démotiver, tant la compagnie pharmaceutique novatrice que le fabricant du

58. Un mécanisme de redistribution est notamment prévu dans la LB lorsque des sommes sont retournées au gouvernement pour compenser l'excédent du prix d'un médicament vendu à un prix excessif sur le marché canadien. LB, art. 83-84 et 103.

59. Therapeutic Goods Act 1989 (Cth), Section 26C (5). Pour une analyse voir Thomas A. Faune et Joel Lexchin, *"Linkage" Pharmaceutical Evergreening in Canada and Australia*, Australia and New-Zéaland Health Policy, 2007, 4:8.

médicament générique, à s'engager dans un recours dont les fondements sont fragiles.

Conclusion

En conclusion, il est indéniable que l'adhésion du Canada à l'entente de libre-échange avec l'UE, telle qu'elle est présentée dans son ébauche de 2010, aura pour conséquence d'accroître les droits de commerce exclusifs des compagnies novatrices au Canada. Cette situation pourrait bien engendrer un déséquilibre de la politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques dont le double but est celui de promouvoir certes l'innovation, mais aussi celui d'assurer l'accès à des médicaments vendus à prix raisonnables au Canada.

Or, il appert de notre analyse que le gouvernement a le pouvoir d'éviter qu'un tel déséquilibre survienne s'il exerce pleinement sa souveraineté. Le gouvernement a le pouvoir de mettre en place, dans nos lois nationales, des conditions à l'exercice des nouveaux droits qui seront conférés aux compagnies novatrices et ce, tout en respectant pleinement ses obligations internationales et bilatérales. C'est donc les modalités et les conditions associées aux amendements en lien avec la conclusion de l'AECG qui détermineront l'impact réel de cet accord sur l'équilibre de la politique canadienne. Trop souvent le pouvoir et le devoir d'un État de rester souverain dans un contexte de mondialisation sont oubliés, ignorés ou passés sous silence, tant par les analystes politiques que par les juristes et les gouvernements eux-mêmes.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DEUX THÈSES SUR LA DÉMOCRATIE ET LE CONSTITUTIONNALISME :
LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET L'ENGAGEMENT PRÉALABLE

Auteur(s) : Luc B. TREMBLAY

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : 583-605

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10312>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10312>

Page vide laissée intentionnellement.

DEUX THÈSES SUR LA DÉMOCRATIE ET LE CONSTITUTIONNALISME : LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET L'ENGAGEMENT PRÉALABLE

par Luc B. TREMBLAY*

Peut-on réconcilier la souveraineté du Peuple et le principe démocratique avec le constitutionnalisme, c'est-à-dire, une forme de « Rule of Men » avec une forme de « Rule of Law »? Si oui, comment les tribunaux canadiens s'y prennent-ils conceptuellement? Dans ce texte, l'auteur examine et critique deux théories influentes au Canada : la théorie de la « souveraineté du Peuple » et la théorie de l'« engagement préalable ». Selon l'auteur, l'une des thèses avancées par la Cour suprême repose sur l'idée qu'une Constitution est conçue pour « habilitier » ou « constituer » la démocratie, et non pas pour la « limiter ». Il s'ensuit que ce qui permet de réconcilier le constitutionnalisme avec la démocratie ne réside pas tant dans l'acte de volonté « originel » du Peuple souverain d'édicter une Constitution, mais dans le contenu des normes constitutionnelles reconnues par les tribunaux comme étant valides et dont l'objet et l'effet instituent un système de gouvernance démocratique. De plus, il s'ensuit qu'il appartient aux tribunaux de déterminer ultimement quelles normes constitutionnelles rendent la démocratie possible et légitime.

Can one reconcile the notion of sovereignty of a people and the principle of democracy with constitutionalism? In other words, is it possible to integrate a form of « Rule of Men » with a form of « Rule of Law »? If the answer is affirmative, how would Canadian courts conceptualize this integration? The writer undertakes a critical examination of two influential theories in Canada: the « sovereignty of the People » theory and the « precommitment » theory. In his opinion, one of the theses posited by the Supreme Court relies upon the notion that a Constitution is conceived in order to « inspire » or to « create » democracy, and not to « limit » it. Therefore, that which harmonizes constitutionalism with democracy does not reside in the original intent of a sovereign people to adopt a constitution, but in the actual content of the constitutional norms destined to institute a democratic system of governance, and which are recognized as valid by the courts. Moreover, it is for the courts to determine ultimately which constitutional norms render democracy both possible and legitimate.

* . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

1.	Première thèse : la souveraineté du Peuple.....	588
i)	<i>La thèse de la souveraineté du Peuple original</i>	<i>588</i>
ii)	<i>La souveraineté du Parlement.....</i>	<i>590</i>
iii)	<i>La démocratie dualiste.....</i>	<i>591</i>
iv)	<i>La thèse de la souveraineté du Peuple au Canada.....</i>	<i>592</i>
2.	Deuxième thèse : la thèse de l'engagement préalable	595
i)	<i>L'argument souverainiste.....</i>	<i>595</i>
ii)	<i>La Cour suprême et l'engagement préalable</i>	<i>598</i>
iii)	<i>L'engagement préalable, la démocratie et le constitutionnalisme</i>	<i>600</i>
	Conclusion	603

La philosophie du droit pourrait probablement se résumer à un vaste débat sur l'opportunité et sur les moyens appropriés de limiter l'exercice arbitraire des pouvoirs des gouvernants. L'idée que les pouvoirs gouvernementaux puissent être limités par des normes supérieures remonte même à l'origine de la philosophie du droit, comme en témoigne la célèbre tragédie grecque *Antigone* de Sophocle¹.

À l'époque moderne, ce débat a été centré sur les pouvoirs absolus du souverain qui, par essence ou par définition, avait le pouvoir arbitraire de décréter n'importe quelle loi sur n'importe quel sujet². La souveraineté a d'abord été conçue comme un moyen de protéger les droits et les libertés des personnes, notamment la sécurité des personnes. Jean Bodin et Thomas Hobbes, par exemple, que l'on peut considérer être les pères de la théorie de la souveraineté, pensaient que sans l'institution d'un souverain qui jouissait de pouvoirs absolus et illimités, la société était condamnée au chaos et à l'anarchie³. Or, dans le chaos et l'anarchie, aucune sécurité n'est possible, aucun droit et aucune liberté ne peuvent être protégés. Il fallait donc l'institution d'un ordre juridique unique sanctionné et maintenu par la force. En ce sens, le droit, tel que voulu par le souverain, devait avoir la primauté; d'où l'idée de « Rule of Law ». Cependant, puisque la volonté du souverain constituait la source ultime du droit, il était au-dessus du droit. Son pouvoir demeurait donc arbitraire d'un point de vue juridique et, comme on sait, plusieurs souverains européens n'ont pas hésité à l'exercer arbitrairement aussi d'un point de vue politique ou moral. D'où la réflexion sur l'opportunité et sur les moyens de limiter le pouvoir absolu du souverain.

En occident, deux principales stratégies ont été élaborées pour contrecarrer l'arbitraire des gouvernants. La première,

-
1. *Antigone* aurait été rédigée par Sophocle vers 441 avant JC.
 2. Voir, par exemple, Gérard MAIRET, *Le principe de souveraineté, Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Éditions Gallimard, 1997. D'où la réflexion sur les moyens de limiter les pouvoirs absolus du souverain.
 3. Jean BODIN, *Six livres de la République*, 1576; Thomas HOBBS, *Léviathan*, 1659.

procédant des travaux de Jean-Jacques Rousseau, a consisté à conférer la souveraineté au Peuple lui-même⁴. La thèse est simple : si les gouvernés deviennent les gouvernants, alors les gouvernants vont agir dans l'intérêt des gouvernés et les droits des individus seront protégés : « le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur; par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets, parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres, et nous verrons ci-après qu'il ne peut nuire à aucun en particulier »⁵. C'est la thèse de la souveraineté du Peuple et celle de la démocratie classique. Le Peuple, ou le *Demos*, est souverain; il a donc le droit de se gouverner lui-même (« self government »). Il peut faire n'importe quelle loi sur n'importe quel sujet, conformément à sa conception du bien commun. Puisque sa volonté constitue la source ultime du droit, elle est au-dessus des lois et ne peut être limitée par aucune norme juridique, ni même celles de la constitution⁶.

La deuxième stratégie, procédant des travaux de John Locke et Montesquieu, a consisté à limiter les pouvoirs du gouvernement, quel qu'il soit, par des normes «constitutionnelles»⁷. C'est la thèse du constitutionnalisme⁸. Son objectif est de protéger les droits fondamentaux et les libertés individuelles de type « libéral » à l'encontre des actions gouvernementales arbitraires. Une constitution n'a donc pas uniquement pour objet de créer, de structurer et de réglementer les pouvoirs du gouvernement. Elle doit aussi les «limiter» afin de protéger les droits fondamentaux et les libertés individuelles. La séparation des pouvoirs, une Charte des droits et le fédéralisme, par exemple, sont autant de mécanismes utiles.

4. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat Social*, Paris, Éditions Garnier-Flammarion, 1966.

5. *Id.*, à la p. 54.

6. *Id.*, à la p. 53 et aux p. 63-64.

7. John LOCKE, *Deux traités du gouvernement*, Paris, Vrin, 1997; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier, 1973.

8. Comme doctrine politique, le constitutionnalisme apparaît principalement avec le libéralisme politique.

Ces deux stratégies caractérisent les idéaux de toutes les démocraties constitutionnelles contemporaines. Le problème, cependant, est qu'elles sont apparemment incompatibles. L'idéal démocratique valorise la primauté de la volonté (du Peuple) sur le droit, c'est-à-dire, une forme de « Rule of Men » ; l'idéal constitutionnel valorise la primauté du droit sur la volonté (du Peuple), c'est-à-dire, une forme de « Rule of Law ». On oppose souvent ces deux idéaux comme un conflit entre la légitimité et la légalité du pouvoir. Mais cette représentation n'est pas tout à fait exacte: la légitimité et la légalité pourraient incarner deux modes concurrents de légitimation du droit.

La question qui se pose est de savoir si ces deux idéaux, la souveraineté du Peuple et le constitutionnalisme, la « Rule of Men » et la « Rule of Law », peuvent être réconciliés. Dans l'affirmative, comment le droit le fait-il au Canada? Comment le droit canadien peut-il s'incliner devant la souveraineté illimitée du peuple tout en valorisant le gouvernement limité? Peut-il être à la fois fidèle à la démocratie et au constitutionnalisme si ces deux idéaux pointent dans des directions opposées?

La question n'est pas que théorique. À chaque fois que les juges doivent décider si une loi du Parlement respecte les droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution, ils doivent réconcilier les deux idéaux. De plus, les élus qui créent le droit se demandent souvent s'il est juste qu'il y ait des limites constitutionnelles à leur pouvoir ou s'ils ont, en principe, le droit de tout faire ce qu'ils veulent dès lors qu'ils sont majoritaires?

Il existe plusieurs théories destinées à montrer que le droit peut être fidèle à la fois à la démocratie et au constitutionnalisme. Je m'arrêterai aux deux théories qui semblent les plus influentes au Canada. Je les nommerai respectivement la thèse de la « souveraineté du Peuple » et la thèse de « l'engagement préalable ». Je ne discuterai pas de la théorie du dialogue institutionnel, telle

que reconnue par la Cour suprême du Canada dans certaines affaires⁹.

1. Première thèse : la souveraineté du Peuple

La première thèse a longtemps constituée la théorie dominante. Elle puise ses racines chez John Locke¹⁰. Elle se retrouve dans les *Federalist Papers*¹¹ et dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis¹². Les constitutionnalistes français de la Révolution l'ont rapidement acceptée¹³. Je la nommerai : la thèse de la souveraineté du Peuple.

i) La thèse de la souveraineté du Peuple original

En vertu de cette thèse, il y a une distinction entre le Peuple et le gouvernement. Le Peuple est souverain : ses pouvoirs sont donc illimités. Mais si le Peuple est souverain et que ses pouvoirs sont illimités, alors il peut agir en «Constituant». Il peut donc décider unilatéralement d'édicter une Constitution dont l'objet est d'établir le genre et la forme que doit prendre le gouvernement dont le but est de promouvoir le bien du Peuple. De ce point de vue, le genre et la forme de gouvernement importent peu. Mais dès qu'ils sont exprimés dans un acte constitutionnel, ils font autorité et le gouvernement institué est légitime dès lors qu'il agit en conformité avec la Constitution. Puisque le Peuple est souverain, il n'aliène jamais sa souveraineté ultime. Ce qu'il a créé, il peut le défaire à son bon plaisir.

9. J'ai examiné les limites des théories du dialogue dans Luc B. TREMBLAY, « Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures », (2005) 3 *The International Journal of Constitutional Law* (ICON), 617-48.

10. Voir LOCKE, préc., note 7.

11. *The Federalist Papers*, N.Y., The New American Library Toronto, 1961.

12. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

13. Voir, par exemple, Emmanuel-Joseph SIEYES, « Qu'est-ce que le Tiers état? », dans R. ZAPPERI, *Ecrits politiques*, Paris, éditions des archives contemporaines, 1994.

Aux États-Unis, c'est probablement le sens le plus influent du fameux « We, the People ». La Constitution américaine exprime la volonté souveraine du Peuple, telle que l'indiquait la voix des députés élus à cette fin dans chaque État, de se doter d'un gouvernement d'un certain type¹⁴. Comme le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis l'a clairement exprimé dans l'affaire *Marbury v. Madison*¹⁵ : «That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected»¹⁶.

Le gouvernement n'est donc pas le Peuple. Il ne détient pas la souveraineté. Il est un «agent» du Peuple souverain. Il constitue un ensemble d'institutions à qui le Peuple a délégué certains pouvoirs spécifiques dans la Constitution. Ces institutions doivent exercer leurs pouvoirs à titre de fiduciaire. Comme on l'écrivait dans les *Federalist Papers* : «The federal and State governments are simply agents and trustees of the people with different powers designed for different purposes»¹⁷. Puisque le gouvernement n'est pas souverain, ses pouvoirs peuvent être limités par l'acte constitutionnel. Le juge en chef Marshall exprimait cette idée en ces termes: «This original and supreme will organizes the government, and assigns, to different departments, their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments»¹⁸.

Cette thèse est puissante. Elle montre comment le droit peut être fidèle à la fois à la démocratie et au constitutionnalisme. À chaque fois que le droit est appliqué conformément à la Constitution, il se conforme à la volonté souveraine du Peuple. De même, à chaque fois qu'un gouvernement agit à l'intérieur des limites imposées par la Constitution, il se soumet à la volonté du

14. Voir les *Federalist Papers*, préc., note 11, # 39.

15. *Marbury*, préc., note 12.

16. *Id.*, p. 176.

17. Voir les *Federalist Papers*, préc., note 11, # 46.

18. *Marbury*, préc., note 12, p. 176.

Peuple souverain. Quand un juge invalide une loi incompatible avec la Constitution, il maintient donc la démocratie : ce ne sont pas les juges, mais le Peuple qui a le dernier mot. Hamilton soutenait que le contrôle judiciaire des lois ne signifiait pas que «the judicial is superior to the legislative power. It only supposes that the people is superior to both».¹⁹

ii) La souveraineté du Parlement

On pourrait soulever plusieurs objections à l'encontre de la thèse de la souveraineté du Peuple²⁰. Je m'en tiendrai à une seule, l'objection fondée sur le principe de la souveraineté du Parlement et la démocratie majoritaire.

En pratique, les Constitutions des démocraties constitutionnelles contemporaines créent au moins une institution gouvernementale « démocratique », telle qu'une assemblée parlementaire. Ces institutions sont censées représenter le Peuple. Il s'ensuit que les lois qu'elles édictent ou les politiques qu'elles sanctionnent sont censées exprimer la volonté du Peuple tel qu'il existe aujourd'hui. Il semble donc trompeur de soutenir que toutes les institutions gouvernementales ne constituent que des « agents » du Peuple qui agissent en vertu de pouvoirs délégués. Il existe généralement au moins une institution qui peut prétendre exprimer la « voix du Peuple souverain ».

Le cas échéant, le principe démocratique devrait impliquer que les lois du Parlement édictées à la majorité par les représentants élus du Peuple ont prépondérance sur la Constitution qui, du reste, n'exprime plus que la volonté d'un Peuple passé. Présupposer que la Constitution puisse avoir prépondérance sur les lois du Parlement d'aujourd'hui semble incompatible avec l'idéal démocratique. Pour cette raison, la

19. Voir les *Federalist Papers*, préc., note 11, # 78.

20. J'ai examiné quelques objections dans Luc B. TREMBLAY, « General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law », (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525-62.

théorie du Peuple souverain ne semble pas conforme à la démocratie.

En vertu de cette objection, le modèle constitutionnel Britannique associé à la doctrine de la souveraineté du Parlement semble supérieur. En vertu de cette doctrine, le pouvoir gouvernemental suprême réside dans le Parlement (ou dans toute autre institution représentative) qui détient le contrôle direct et exclusif sur les lois, les actions gouvernementales et les actes de l'administration. Juridiquement, les pouvoirs du Parlement sont illimités : aucune norme constitutionnelle ne peut limiter son autorité et les tribunaux sont tenus d'appliquer toutes ses lois. En outre, puisque la Chambre des communes est le centre du pouvoir au Parlement et que les élus doivent rendre des compte devant l'électorat, la souveraineté du Parlement semble non seulement conforme au principe démocratique, mais aussi semble favoriser la souveraineté du peuple. Il permet au Peuple d'aujourd'hui de gouverner selon sa volonté; il lui permet de s'autogouverner²¹.

iii) La démocratie dualiste

Plusieurs auteurs aux États-Unis ont tenté de repousser l'objection fondée sur la souveraineté du Parlement en raffinant la thèse de la souveraineté du Peuple. En particulier, on a insisté sur le caractère *dualiste* de la démocratie constitutionnelle²². On a soutenu que, dans les faits, un Peuple pouvait s'exprimer de deux manières : tantôt comme Constituant et tantôt comme électorat. Lorsqu'il agit comme Constituant, le Peuple est souverain : il peut faire ce qu'il veut, y compris limiter les pouvoirs

-
21. Le modèle de la souveraineté du Parlement a été cristallisé par Albert Venn Dicey vers la fin du 19^e siècle dans un chapitre de son traité consacré à cette question. Voir Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, Macmillan Education Ltd., 1959.
22. Voir par exemple, Bruce ACKERMAN, « The Storrs Lectures: Discovering the Constitution », (1884) 93 *Yale L.J.* 1013, at 1046; Bruce ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

des assemblées législatives censées le représenter. La forme même par laquelle il s'exprime importe peu. Toutes les formes sont bonnes, y compris les formes extérieures à la Constitution. Par contre, lorsqu'il agit comme électorat, il doit respecter la Constitution et, le cas échéant, les limites constitutionnelles qui lui sont imposées.

L'idée de force est que les jugements du Peuple Constituant sont plus substantiels, plus riches et plus réfléchis que les jugements temporaires d'une majorité électorale. Diverses raisons peuvent expliquer cette assertion, mais l'existence d'un jugement de type « constitutionnel » est toujours une question de fait. Il s'ensuit, en cas de conflit, que la Constitution doit avoir prépondérance sur les lois du Parlement. Certes cette forme de constitutionnalisme peut-être « anti-majoritaire » lorsque la Constitution limite les pouvoirs d'une majorité électorale temporaire qui voudrait porter atteinte aux valeurs et jugements réfléchis du Peuple. Cependant, elle n'est pas anti-démocratique, puisque la Constitution exprime la volonté du Peuple souverain. Le constitutionnalisme serait anti-démocratique s'il niait la voix du Peuple Constituant.

En vertu de cette réplique, une démocratie dualiste permet au droit d'être fidèle à la souveraineté du peuple tout en imposant des limites constitutionnelles aux institutions gouvernementales.

iv) La thèse de la souveraineté du Peuple au Canada

La thèse de la souveraineté du Peuple a été introduite au Canada par la Cour suprême au milieu des années 1980²³. Les raisons étaient assez particulières. La Constitution canadienne a été édictée à Londres par le Parlement du Royaume Uni. Elle n'est pas le produit d'un acte unilatéral posé par le Peuple canadien agissant en « constituant ». Pouvait-on, dès lors, réconcilier le

23. J'ai examiné cette thèse dans Luc B. TREMBLAY, « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism : Rhetoric and Practice », (2004) 36 *The George Washington International Law Review* 515 et dans (2003) 37 *Thémis* 375.

constitutionnalisme canadien avec l'idéal démocratique et l'idée de souveraineté du Peuple?

La Cour suprême a répondu oui, en adaptant la thèse de la souveraineté du Peuple à la situation canadienne. Pour la Cour, la Constitution avait été voulue par les «représentants élus du Peuple canadien». Ce fait, selon elle, rendait le droit constitutionnel conforme au principe démocratique et lui conférait toute sa légitimité. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*²⁴, par exemple, le juge Lamer, pour une majorité, énonçait ceci :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population (*people*) canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité²⁵.

Ce thème a été répété à maintes reprises depuis. Lorsque les juges invalident une loi pour des motifs constitutionnels, ils n'imposent pas des limites incompatibles avec la souveraineté du Peuple. Ils exécutent les décisions du Peuple souverain, tel qu'il les a exprimées par ses représentants élus. Certes, ces décisions limitent l'action gouvernementale des mêmes représentants élus, mais il y a une distinction entre les représentants élus qui agissent en tant que constituant et les représentants élus qui agissent en tant que gouvernement. Lorsqu'ils agissent comme constituant, ils représentent le Peuple souverain. Ils peuvent faire ce qu'ils veulent, y compris limiter les pouvoirs des gouvernements. Lorsqu'ils agissent en tant que gouvernement, ils doivent respecter les limites imposées par la Constitution.

24. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

25. *Id.*, à la p. 497.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²⁶, par exemple, la Cour suprême du Canada a confirmé que les institutions gouvernementales, incluant les parlements, étaient tenues par les limites imposées par la Constitution :

Le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif ... Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source²⁷.

Les représentants élus pourraient donc agir de deux manières : tantôt comme Constituant et tantôt comme gouvernements. Cette thèse dualiste permettrait de réconcilier le principe démocratique et le constitutionnalisme.

Cette thèse soulève plusieurs difficultés. En plus de tous les problèmes que pose la thèse de la souveraineté du peuple, elle en pose un plus spécifique : le Peuple souverain peut-il s'exprimer en tant que Constituant en dehors de ses représentants élus. Après tout, selon la thèse de la souveraineté du Peuple, c'est le Peuple lui-même qui est souverain, et non pas les représentants élus qui agissent en tant que Constituant. Du point de vue de cette thèse, les représentants élus qui agissent en tant que Constituant ne constituent qu'une institution gouvernementale parmi d'autres, bien qu'elle puisse être formellement plus fondamentale. Leurs pouvoirs n'ont formellement d'autres

26. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

27. *Id.*, par. 72.

sources que la Constitution elle-même. La question est donc de savoir s'il reste quelque chose de substantiel dans l'idée que le Peuple souverain est distinct de la Constitution qu'il crée et des institutions gouvernementales qu'il institue et le demeure? Reste-t-il quelque chose de substantiel dans l'idée que le Peuple n'aliène jamais sa souveraineté ultime? C'est ce dont traite la seconde thèse.

2. Deuxième thèse : la thèse de l'engagement préalable

La deuxième thèse censée montrer que le droit peut être fidèle à la fois à la démocratie et au constitutionnalisme est plus complexe. Elle fait appel au concept d'«engagement préalable» («precommitment»). La thèse de «l'engagement préalable» a été introduite au Canada dans le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*²⁸ pour repousser un argument avancé en faveur du droit du Peuple québécois de faire sécession sans respecter le processus d'amendement constitutionnel prévu dans la Constitution canadienne. Puisque cet argument a été avancé par les souverainistes québécois, je le nommerai «l'argument souverainiste».

i) L'argument souverainiste

L'argument souverainiste procède directement de la thèse de la souveraineté du Peuple (il constitue une application des thèses avancées par John Locke). Il énonce à peu près ceci. Puisqu'un Peuple souverain ne peut jamais aliéner sa souveraineté, il a toujours le pouvoir d'agir en tant que Constituant. Par conséquent, un Peuple souverain peut, non seulement faire une Constitution, il peut aussi unilatéralement décider de la défaire ou, à tout le moins, de s'en défaire. Autrement, le Peuple ne serait pas souverain. Il s'ensuit que le principe démocratique qui a conféré une légitimité à la Constitution canadienne devrait conférer la même légitimité à la décision volontaire du Peuple de s'en retirer.

28. *Id.*

La manière même d'exprimer la volonté du Peuple d'écarter un ordre constitutionnel donné peut prendre diverses formes, selon les contextes. Elle peut prendre la forme d'une convention, d'une assemblée constituante, d'une acclamation, d'une ratification, d'une opinion publique dominante, d'un rassemblement physique dans les rues et sur les places, et ainsi de suite. Ce qui est requis, tout en étant suffisant, est l'expression d'une volonté populaire directe, décidée et discernable.

L'argument souverainiste avançait que le Peuple pouvait exprimer sa volonté par référendum. Si la majorité du Peuple exprimait par référendum sa volonté de se dégager de l'ordre constitutionnel canadien afin d'établir une autre forme de gouvernement conformément à sa conception du bien commun, l'expression de cette volonté devait faire autorité. On pouvait peut-être débattre de la majorité requise : quel pourcentage? 50%+1, 60%? Mais le principe était clair. Un Peuple souverain ne peut jamais être dissout : il demeure toujours souverain, tant qu'il a la volonté d'exister politiquement, même si ce n'est que de façon latente. Tant que l'ordre constitutionnel est opérationnel, le Peuple est comme un volcan endormi. Il peut donc se réveiller à tout moment, dès lors qu'il estime que les fins suprêmes pour lesquelles il avait adopté une Constitution ne se sont pas réalisées ou se sont vues détournées.

La théorie du peuple ou de la nation élaborée par Sieyes pendant la Révolution française demeure l'une des sources intellectuelles les plus claires sur cette question :

un gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées. La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité. Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas. ... De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les

formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême²⁹.

L'argument souverainiste se heurtait toutefois à un obstacle important. La Constitution canadienne prévoyait elle-même expressément une formule d'amendement constitutionnel (voir les articles 38 et suiv.). Le Peuple Constituant, par ses représentants élus, n'avait donc pas seulement établi une forme de gouvernement, il avait aussi créé une institution habilitée à modifier les normes constitutionnelles : soit, selon le cas, la règle de l'unanimité des provinces ou celle exigeant sept provinces représentant au moins 50% de la population. Je dirai de cette formule d'amendement qu'elle établit une « institution constituante ».

Cette institution constituante pouvait-elle faire obstacle à la volonté du Peuple souverain de s'autodéterminer? Est-elle un nouveau pouvoir constituant qui a remplacé l'ancien pouvoir détenu par le Peuple? En vertu de l'argument souverainiste, la réponse était non. L'institution constituante devait aussi être conçue comme un «agent» du Peuple souverain, au même titre que toutes les institutions gouvernementales : elle n'est pas le Peuple. Le Peuple souverain est au dessus, à côté et antérieur à la Constitution, et cela signifie qu'il est indépendant des institutions habilitées à modifier la Constitution. Le Peuple souverain n'a jamais été dissous comme Peuple : comment pourrait-on du reste le faire disparaître? Sa souveraineté est un fait politique. Le Peuple peut donc, par référendum ou autrement, exprimer sa volonté d'écarter la Constitution, y compris l'institution constituante qu'elle crée.

La Cour suprême du Canada a rejeté l'argument souverainiste :

L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est

29. E.-J. SIEYES, préc., note 13, aux p. 158-170, en particulier, à la p. 162.

superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté populaire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle³⁰.

L'argument de la Cour réside dans la thèse de l'engagement préalable.

ii) *La Cour suprême et l'engagement préalable*

La Cour suprême du Canada a repoussé l'argument souverainiste pour le motif qu'il méconnaissait « le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle ». Cette méconnaissance est mise à jour par la thèse de l'engagement préalable. Selon la Cour, un Peuple souverain a le pouvoir de s'engager pour l'avenir à respecter les règles d'une Constitution qu'il a lui-même fait adopter en tant que Constituant, y compris les règles qui définissent «qui» désormais exercera le pouvoir Constituant :

Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées³¹.

30. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 26, par. 75.

31. *Id.*, par 76.

Un Peuple peut donc déterminer pour l'avenir comment il procédera pour faire des lois ordinaires, c'est-à-dire, comment il s'exprimera en tant que législateur, de même que comment il procédera pour amender la Constitution, c'est-à-dire, comment il s'exprimera en tant que pouvoir constituant. Par conséquent, le Peuple peut déterminer pour l'avenir quelle est la majorité requise pour édicter des lois ordinaires et quelle est la majorité requise pour amender les lois constitutionnelles.

Puisqu'il s'engage à respecter ces règles de la Constitution qu'il adopte, le Peuple souverain devient donc, à toutes fins utiles, ce que la Constitution établie : sa volonté ne peut plus s'exprimer que par l'ensemble des institutions gouvernementales, législatives, judiciaires et constituantes prévues par la Constitution. En ce sens, un Peuple souverain aurait le pouvoir de se redéfinir lui-même pour l'avenir. Selon la Cour, cela signifie que les règles constitutionnelles «lient» les représentants politiques du peuple, mais elles les lient,

non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société ³².

La thèse de l'engagement préalable permet de repousser l'argument souverainiste. Dès qu'un Peuple manifeste sa volonté d'instituer un gouvernement et une institution constituante, le Peuple s'est redéfini par l'ensemble de ces institutions. Le Peuple souverain, par le biais des représentants élus, aurait donc, en quelque sorte, abdiqué son pouvoir constituant originel en faveur de l'institution constituante qu'il a lui-même créée par la voix de ses représentants élus. Un Peuple souverain qui a la volonté d'exister politiquement s'institutionnalise et, à toutes fins utiles,

32. *Id.*

se dissout en tant que puissance politique non institutionnelle. Le volcan ne s'est donc pas endormi : il s'est éteint.

Par ailleurs, il est intéressant d'ajouter que la thèse de l'engagement préalable permet aussi de repousser la thèse de la souveraineté du Parlement. Le Parlement n'incarne pas plus la volonté du Peuple souverain que l'institution constituante : il n'est qu'une institution gouvernementale parmi les autres et ne fait qu'exprimer les vues temporaires de l'électorat conformément à la règle de la majorité. Le Peuple souverain, je le répète, s'exprime par l'ensemble des institutions établies par la Constitution. Les règles constitutionnelles sont ce que le Peuple est devenu.

iii) *L'engagement préalable, la démocratie et le constitutionnalisme*

La thèse de l'engagement préalable se heurte aussi à plusieurs objections. La principale, pour nos fins, est que cette thèse semble enfermer tout le champ du politique dans le cadre formel de la Constitution. Il est donc légitime de se demander si cette thèse permet de réconcilier le constitutionnalisme et la démocratie d'une manière satisfaisante?

Certes, la Constitution canadienne établit des institutions législatives démocratiques et pose des limites à l'étendue de leurs pouvoirs. Cependant, ce fait est contingent. La thèse de l'engagement préalable ne requiert aucunement la création d'institutions démocratiques et n'exige aucune limite particulière aux pouvoirs gouvernementaux. Un Peuple pourrait donc s'engager d'avance à respecter des règles constitutionnelles qui confèreraient tous les pouvoirs législatifs à un groupe de prêtres et tout le pouvoir constituant à un général d'armée. De plus, il pourrait rendre les dispositions constitutionnelles impossible à modifier, ni même par l'institution constituante. Dès lors, le droit ne serait compatible ni avec l'idéal démocratique ni avec l'idéal constitutionnel. La légalité formelle (« le légalisme ») l'emporterait clairement sur la légitimité démocratique et le principe du constitutionnalisme.

La Cour suprême du Canada est bien consciente de cette difficulté. C'est probablement pourquoi elle a proposé deux portes de sortie. La première est la plus connue. Elle réside dans les principes constitutionnels non écrits. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*³³, la Cour a reconnu l'existence de principes constitutionnels non écrits, dont le principe démocratique et le principe constitutionnel³⁴. Bien interprétés, ces principes non écrits peuvent justifier des obligations constitutionnelles non écrites dont l'objet est d'honorer la démocratie et le constitutionnalisme. Ainsi, même si le Peuple originel s'est dissout dans la structure institutionnelle de la Constitution qu'il a adopté, le droit peut valoriser la démocratie et le constitutionnalisme. Par exemple, dans le *Renvoi*, le principe démocratique lu conjointement avec le principe du fédéralisme justifiait la reconnaissance d'une obligation constitutionnelle pour toutes les parties concernées de négocier avec le Québec, dès lors que le Québec, en tant que partie de la fédération, manifestait démocratiquement sa volonté de modifier la Constitution³⁵. Certes, cette obligation était soumise à certaines conditions, dont l'existence d'une volonté claire de faire sécession³⁶. Cependant, même si le Peuple originel s'est engagé à respecter la Constitution et s'est dissout lors de l'adoption de la Constitution, les populations provinciales contemporaines ont le droit d'exprimer démocratiquement leur volonté de modifier la Constitution. Lorsque cette volonté est exprimée clairement, elle fait naître pour toutes les parties concernées une obligation de négocier les termes de l'amendement proposé, sans garantie de résultat. Voici comment la Cour suprême s'est exprimée sur cette question :

Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution. De cette façon, il est possible d'allier

33. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 26.

34. *Id.*, aux par. 49-54, 61-69, 70-78.

35. *Id.*, aux par. 83-88.

36. *Id.*, aux par. 86-88.

notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. L'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront³⁷.

La seconde porte de sortie réside dans le concept d'« habilitation ». La Cour admet que la thèse de l'engagement préalable semble privilégier le constitutionnalisme au détriment de l'idéal démocratique. Cependant, nous aurions tort de le penser. Selon la Cour, le constitutionnalisme ne limite pas la démocratie. Au contraire, il « facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques »³⁸. En ce sens, une Constitution fournit le cadre institutionnel sans lequel le Peuple ne pourrait s'exprimer efficacement ni en tant qu'électorat ni en tant que Constituant. L'expression de la volonté du Peuple requiert une structure juridique qui lui permet d'exprimer sa volonté de manière cohérente.

La Cour n'explique pas beaucoup ce qu'elle a en tête par cette thèse. Néanmoins, elle semble penser que la Constitution « habilite » le Peuple à agir démocratiquement, elle ne le limite pas. La Constitution canadienne établirait les règles de la démocratie canadienne, un peu comme les règles d'un jeu. On aurait tort de penser que les règles du jeu d'échec, par exemple, qui déterminent comment la tour, le fou, les pions ou les cavaliers doivent agir, « limitent » la liberté de la tour d'avancer en diagonale, celle du fou de se déplacer verticalement, celle des pions d'aller dans tous les sens ou des cavaliers de sauter cinq cases à la fois. Ces règles ne limitent pas la «souveraineté» de la tour, du fou ou des pions. Elles ne limitent pas le jeu d'échec : elles « sont » le jeu d'échec.

37. *Id.*, aux par. 76-77.

38. *Id.*, au par. 78.

Elles le rendent possible. Elles ne font pas que le réglementer : les règles du jeu sont constitutives du jeu.

Il en est de même d'une Constitution : on aurait tort de penser, par exemple, que les règles constitutionnelles « limitent » la démocratie ou la souveraineté du Peuple. Au contraire, les règles constitutionnelles rendent possible la démocratie et permettent au Peuple d'exercer sa souveraineté. Nulle institution ne peut logiquement, naturellement ou *a priori* revendiquer le droit *exclusif* de parler au nom du Peuple souverain. En même temps, ce dernier ne peut manifester sa volonté et s'autogouverner que par l'intermédiaire d'institutions reconnues coordonnées les unes aux autres, telles les institutions gouvernementales et constituantes reconnues dans une constitution.

Il découle de cette thèse que le constitutionnalisme ne devrait plus être conçu comme un ensemble de normes fondamentales qui « limite » la souveraineté du Peuple. On ne devrait plus le concevoir comme un principe négatif qui aurait pour objet de « refouler le politique », comme le soutenait Carl Schmitt.³⁹ Le constitutionnalisme devrait être conçu comme un principe positif, un principe créateur de politique qui rend la démocratie possible.

Conclusion

La question de savoir si la démocratie et le constitutionnalisme sont réconciliables est complexe. Je tends à penser que l'argument fondé sur l'idée « d'habilitation », tel qu'avancé brièvement par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁴⁰, pourrait constituer l'une de ses contributions les plus fécondes sur cette question. Il me semble que ce qui rend le constitutionnalisme compatible avec la démocratie réside, non pas dans le fait que le Peuple souverain ait édicté un jour, unilatéralement, une Constitution donnée, comme

39. Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 172.

40. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 26.

le soutient la thèse du Peuple souverain, mais dans le fait que les normes constitutionnelles reconnues comme valides par les tribunaux « habilitent » un système de gouvernance démocratique.

Il s'ensuit, dans mon esprit, que les normes d'une Constitution ne devraient pas être conçues comme des « actes de volonté », ni même d'une volonté populaire originelle, mais comme des normes « rationnellement justifiées » par un appel à une conception normative d'un système de gouvernement démocratique. En ce sens, une Constitution n'est pas juste et bonne parce que le Peuple, à un moment donné de son histoire l'a voulue, mais le peuple d'aujourd'hui devrait la vouloir parce qu'elle maintient un gouvernement démocratique légitime.

J'ajouterais toutefois qu'il appartient aux tribunaux, pour des raisons que je ne peux pas explorer ici, de déterminer en dernier ressort quelles normes constitutionnelles rendent la démocratie possible⁴¹. Il leur appartient donc d'être les gardiens, non seulement de la Constitution, mais aussi de la démocratie canadienne et d'ajuster, à cette fin, le droit constitutionnel. La portée de cette assertion peut être très large et difficile à démontrer. Mais j'estime que le *Renvoi sur la sécession du Québec*, dans lequel la Cour a reconnu un ensemble de principes constitutionnels non écrits, justifiant la création d'une obligation de négocier une demande de modifier la Constitution soutenue par une majorité, l'illustre parfaitement. En outre, on pourrait même concevoir que les tribunaux puissent contrôler le contenu des amendements constitutionnels proposés ou édictés par une institution constituante (imaginons un amendement constitutionnel qui aurait pour objet de mettre fin à la démocratie). De plus, il appartient aux tribunaux de déterminer ce que signifie un système de gouvernance démocratique. Comme on sait, le concept de démocratie est contesté : est-ce une affaire

41. J'ai exploré ce thème dans Luc B. TREMBLAY, « General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law », préc., note 20. Voir aussi Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits », (2012) 17 *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles* 15-51.

d'unanimité, de majorité, de droits fondamentaux? Si oui, lesquels? Seuls les droits politiques ou des droits non politiques?

La Cour doit trancher ces questions et je crois que c'est ce qu'elle fait en pratique. Si la conception que la Cour se fait de la démocratie était bien fondée ou raisonnablement acceptable ou si les normes constitutionnelles qu'elle reconnaissait contribuaient à l'institution d'une gouvernance démocratique, alors le droit canadien réconcilierait la démocratie avec le constitutionnalisme.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÉTATS FÉDÉRÉS ET MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS CLIMATIQUES
INTERNATIONAUX : LE CAS DU QUÉBEC

Auteur(s) : Annie CHALOUX
HUGO SÉGUIN

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : 607-632

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10313>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10313>

Page vide laissée intentionnellement.

ÉTATS FÉDÉRÉS ET MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS CLIMATIQUES INTERNATIONAUX : LE CAS DU QUÉBEC

par Annie CHALOUX*
HUGO SÉGUIN**

La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) et le Protocole de Kyoto encadrent les efforts de la communauté internationale en matière de lutte aux changements climatiques. Les gouvernements fédéraux américain et canadien ne sont pas soumis aux dispositions du Protocole, ne l'ayant jamais ratifié ou l'ayant récemment dénoncé, dans le cas plus récent du Canada. Jusqu'à quel point peut-on affirmer que certains États fédérés nord-américains se substituent à leur État fédéral dans la mise en œuvre, sur leur territoire, des obligations contenues à la Convention-cadre et au Protocole de Kyoto? Le présent article évalue le degré et la nature de cette éventuelle substitution en analysant un premier cas, celui du Québec. Les auteurs concluent que cet État, de façon autonome, se conforme à la plupart des obligations climatiques internationales telles que visées à la Convention et au Protocole, à l'exception notable, pour le moment, d'un niveau de soutien significatif en faveur des pays en développement. L'étude de ce cas confirme l'importance des acteurs subétatiques face aux grands défis internationaux contemporains, dans un contexte de gouvernance à paliers multiples.

The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Kyoto Protocol both determine the nature and the level of international cooperation on the issue of climate change. The United States has never ratified the Protocol and the Canadian federal government has recently denounced it, thus rendering its provisions inapplicable within their jurisdictions. In this context, to what extent can some federated North American states be said to substitute themselves for their federal governments in the implementation of the provisions of the Convention and the Protocol within their own territories? The article examines the nature and the degree of this type of potential substitution using Quebec as a first case study. The writers find that Quebec voluntarily abides by most of the international climate obligations as set out in both the Convention and the Protocol, but with the notable exception of failing to provide a meaningful level of support to developing countries. This analysis confirms the importance of subnational states in the context of contemporary global issues, from the perspective of multilevel governance.

*. Chargée de cours à l'École de politique appliquée de l'Université de Sherbrooke, chercheure-boursière à la Chaire de recherche du Canada en Économie politique internationale et comparée (CREPIC) et doctorante à l'École nationale d'administration publique (ENAP).

** . Chargé de cours à l'École de politique appliquée de l'Université de Sherbrooke, chercheur associé au Centre d'études internationales de Montréal (UQAM) et conseiller principal, Équiterre.

SOMMAIRE

1.	Introduction	609
2.	Le Canada et les négociations climatiques internationales	612
2.1	Mise en contexte des négociations canadiennes en matière de lutte contre les changements climatiques	612
2.2	Retrait fédéral, mais activisme d'États fédérés : le cas du Québec	616
3.	Obligations du Canada en vertu du Protocole et de la Convention	618
3.1	Atténuation des émissions	619
3.2	Transparence et reddition de compte	620
3.3	Transferts en faveur des pays en développement	621
4.	Mise en œuvre du Protocole et de la Convention par le Québec	625
4.1	Obligation de réduction des émissions	625
4.2	Obligations de reddition de compte et de transparence	626
4.3	Obligations de soutien aux pays en développement	628
5.	Discussion / conclusion	630

1. Introduction

Les efforts de lutte aux changements climatiques sont devenus un des principaux enjeux de l'agenda international en ce début du XXI^e siècle. D'une grande complexité, ces efforts ont un impact sur les relations Nord-Sud, interpellent la croissance des pays émergents et remettent en question les sociétés industrialisées et leurs systèmes énergétiques basés sur la combustion d'hydrocarbures, eux-mêmes à la base des émissions de gaz à effet de serre¹.

À cet égard, la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC, 1992) et le Protocole de Kyoto (1997) qui en est issu demandent aux États de mettre en place des mesures visant à « stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique »². Dans ce contexte et en vertu du principe de « responsabilité commune, mais différenciée », il appartient aux pays développés « d'être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes ».³ La quasi-totalité des États reconnus par les Nations Unies ont signé et ratifié ces deux instruments, s'y considèrent liés en droit international et en droit interne, et cherchent à se conformer aux dispositions qui les concernent. Les États-Unis d'Amérique et le Canada font par contre figure de resquilleurs⁴, le premier n'ayant jamais ratifié le Protocole de Kyoto, le deuxième ayant fait connaître officiellement, le 12 décembre dernier⁵, son intention de se prévaloir des dispositions

-
1. Internal Energy Agency (IEA), 2007, *Energy Security and Climate Policy – Assessing Interactions*, Paris, OCDE/AIE.
 2. *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, art. 2.
 3. *Id.*, art. 3.1.
 4. Au sens où l'entend Mancur OLSON, *Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965.
 5. Déclaration du ministre canadien de l'Environnement, l'Honorable Peter KENT, 12 décembre 2011, en ligne: <<http://www.ec.gc.ca/default>.

contenues à l'article 27 du Protocole de Kyoto portant sur la dénonciation de celui-ci par une de ses Parties.

En matière de politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre, les gouvernements fédéraux de l'Amérique du Nord, au nord du Rio Grande apparaissent, pour le moment, politiquement paralysés.

Motivés ou non par l'inaction relative de leur État fédéral, des États fédérés de part et d'autre du 49^e parallèle ont mis en place des politiques novatrices de lutte contre les changements climatiques, de façon individuelle et multilatérale. Des organisations transfrontalières ont émergé (telles que la *Western Climate Initiative*, le *Regional Greenhouse Gas Initiative*, *Midwestern Greenhouse Gas Reduction Accord*), des regroupements de municipalités se sont engagés à respecter les engagements des États fédéraux étatsuniens et du canadien sur leur territoire, et des États fédérés se sont dotés de plans d'action ambitieux de lutte contre les changements climatiques⁶.

Plusieurs auteurs notent ainsi un volontarisme et un leadership importants de la part d'une pluralité d'États fédérés étatsuniens et canadiens dans le domaine des changements climatiques. Selon le World Resources Institute, plus d'une douzaine d'États fédérés étatsuniens se sont imposés des objectifs de réduction d'émissions et plusieurs dizaines d'autres ont adopté des mesures sectorielles à cette fin⁷. Au Canada, la plupart des provinces se sont engagées à atteindre des objectifs de réduction et ont rendu public des plans d'action à cet effet. On note également la création de liens entre les États fédérés au sein d'un

asp?lang=Fr&n=FFE36B6D-1&news=6B04014B-54FC-4739-B22C-F9CD9A840800> (consulté le 20 décembre 2011).

6. Stéphane PAGUIN et Annie CHALOUX, « La diplomatie parallèle des États américains », (2008) 17-1 *Bulletin d'histoire politique*.
7. WORLD RESOURCES INSTITUTE, « Bottom Line on Regional Cap-and-Trade Programs », (2009) *World Resources Institute*, juillet 2009, en ligne: <<http://www.wri.org/publication/bottom-line-regional-cap-and-trade-programs>> (consulté le 15 avril 2011).

même État fédéral (Regional Greenhouse Gas Initiative - RGGI, Midwestern Greenhouse Gas Reduction Accord); des partenariats entre provinces canadiennes et États américains souhaitant mettre en place un plan d'action régional de lutte contre les changements climatiques (Conférence des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et premiers ministres de l'Est du Canada — CGNA/PMEC) ou encore à travers la mise sur pied de marchés de carbone couvrant l'ensemble de leurs économies (Western Climate Initiative - WCI). La mise en place de tels marchés par 23 États fédérés américains et 4 provinces canadiennes couvrira, à terme, la moitié de la population et du PIB, de même que le tiers des émissions des États-Unis d'Amérique. Au Canada, la mise sur pied d'un tel marché, couvrirait éventuellement les trois quarts de la population, huit-dixième du PIB et près de la moitié des émissions⁸.

Dans un contexte de paralysie relative aux États fédéraux canadien et américain, jusqu'à quel point peut-on affirmer que certains États fédérés nord-américains se substituent, sur leur territoire, aux obligations internationales auxquelles auraient été soumis les États fédéraux canadien et étatsuniens en vertu de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto? L'objectif du présent article est d'évaluer le degré et la nature de cette éventuelle substitution en analysant un premier cas, celui du Québec.

Cette action internationale, ou paradiplomatie environnementale, pose un questionnement fort intéressant quant à la mise en oeuvre effective d'ententes internationales — la CCNUCC et le Protocole de Kyoto — par lesquelles un État fédéré comme le Québec se déclare lié. Ainsi, par décret⁹ en date du 5 décembre 2007, le gouvernement du Québec se déclare désormais liés par le Protocole de Kyoto dans ses champs de compétences, et

8. *Id.*

9. Gazette officielle du Québec, 3 janvier 2008, 140^e année, numéro 1, Décret administratif 1074-2007, Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

ce en vertu de la Loi sur le ministère des Relations internationales du Québec¹⁰.

En effet, il apparaît approprié dans ce contexte d'évaluer les actions entreprises par cet État fédéré pour répondre aux engagements découlant de ces accords. Dans un premier temps, pour cet article, nous ferons un historique de la position canadienne et québécoise envers le dossier des négociations climatiques internationales. Nous analyserons dans un deuxième temps les engagements canadiens (et ceux de l'ensemble des États développés) découlant de la ratification à la CCNUCC et du Protocole de Kyoto. En troisième lieu, nous analyserons dans quelle mesure le Québec tente de se conformer aux engagements découlant de ces traités internationaux. Nous concluons par une discussion plus large sur l'application éventuelle de ces résultats à d'autres États fédérés nord-américains.

2. Le Canada et les négociations climatiques internationales

2.1 Mise en contexte des négociations canadiennes en matière de lutte contre les changements climatiques

La fin des années 1980 et le début des années 1990 correspondent à l'apogée du leadership canadien en matière de protection environnementale au niveau international. D'ailleurs, en 1988, de concert avec l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le Programme des Nations Unies sur l'environnement (PNUE), le Canada a été l'instigateur d'une conférence internationale de haut niveau sur les changements climatiques. Le premier ministre Brian Mulroney avait alors affirmé, lors du discours d'ouverture de la conférence que : « Humanity is

10. *Loi sur le ministère des Relations internationales*, L.R.Q. 1977, c. M-25.1.1.

conducting an unintended, uncontrolled, globally pervasive experiment, whose ultimate consequences are second only to global nuclear war ». ¹¹ Puis, en 1990, le gouvernement canadien s'engage dès lors à stabiliser ses émissions de gaz à effet de serre (GES) et, ce, deux années avant les négociations qui déboucheront sur la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) ¹². Le Canada est par ailleurs parmi les tout premiers États à ratifier la Convention-Cadre en décembre 1992 ¹³.

Toutefois, dans les années qui suivent, les dissensions internes et les pressions étasuniennes auront raison du leadership canadien sur la question du climat. En effet, le contexte fédéral canadien entraînera de lourdes tensions intergouvernementales, que ce soit sur les compétences constitutionnelles liées à cet enjeu que sur les cibles de réduction possibles entre les différentes juridictions. De même, l'imbrication importante de l'économie canadienne avec celle des États-Unis apportera son lot de tension au sein des politiques climatiques canadiennes, qui hésiteront entre une intégration macroéconomique continentale et une politique plus indépendante à l'égard du climat ¹⁴.

-
11. Elisabeth MAY, « Brian Mulroney and the Environment », dans Raymond Benjamin BLAKE, *Transforming the nation : Canada and Brian Mulroney*, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 388.
 12. Mark WINFIELD et Douglas MACDONALD, « The Harmonization Accord and Climate Change Policy: Two Case Studies in Federal-Provincial Environmental Policy », dans Herman BACKVIS et Grace SKOGSTAD, *Canadian Federalism. Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 2^e éd., Toronto, Oxford University Press, 2008, p. 274.
 13. ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Status of Ratification of the Convention*, en ligne: <http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php> (consulté le 10 janvier 2011).
 14. Debora L. VANNIJNATTEN. et Robert BOARDMAN, *Canadian Environmental Policy and Politics*, 3^e éd., Toronto, Oxford Press, 2009, p. 291; Annie CHALOUX, *Fédéralisme, relations transfrontalières et changements climatiques : le cas de la Conférence des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et premiers ministres de l'Est du Canada*, mémoire de maîtrise, Sherbrooke, Faculté des sciences politiques, Université de Sherbrooke, 2009; Jeffrey SIMPSON, Mark JACCARD et Nic RIVERS, *Hot Air. Meeting Canada's Climate Change Challenge*, 2^e éd., Toronto, McClelland & Stewart, 2008, 281 p.

Lors des négociations préparatoires à la troisième Conférence des Parties de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, les tensions au sein de l'État canadien se font fortement ressentir. Des rencontres intergouvernementales sont alors organisées en novembre 1997. Elles s'étaient conclues sur l'adoption de cibles de limitation des GES sur le territoire canadien, le Québec marquant quant à lui sa dissidence. Ce dernier souhaitait l'adoption d'une cible de réduction beaucoup plus ambitieuse que celle convenue par les autres provinces¹⁵ et allant même jusqu'à refuser de signer le communiqué final de cette rencontre du Conseil canadien des ministres de l'Environnement¹⁶. Ainsi, alors que les provinces, à l'exception du Québec, s'entendent sur une cible de limitation des émissions de GES pour l'ensemble du Canada à 0 % par rapport au niveau de 1990¹⁷, le gouvernement fédéral maintient une cible plus ambitieuse de réduction de GES de 3 % sous les niveaux de 1990 pour la période 2008-2012¹⁸. Sur place, encouragé par une nouvelle position étasunienne encore plus élevée, qui propose alors une réduction de 7 % sous la barre de 1990, le Canada accepte une réduction de ses émissions de l'ordre de 6 %, ce qui est bien au-delà des cibles initialement prévues par les provinces canadiennes. S'ensuivront alors de vives tensions entre l'autorité fédérale et certaines provinces sur cette question¹⁹.

-
15. Heather A. SMITH, «Dollar Discourse: Canadian Climate Change Policy», dans Debora L. VANNIJNATTEN et Robert BOARDMAN, *Canadian Environmental Policy. Context and Cases*, Toronto, Oxford Press, 2002, 372 p.
 16. SECRÉTARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES (SCIC), *Réunion conjointe des sous-ministres de l'Environnement et de l'Énergie : communiqué de presse 830-599/00*, Régina, 12 novembre 1997; Louis-Gilles FRANCOEUR, « Effet de serre: Le Canada reporte ses objectifs de dix ans. Québec se dissocie de la décision des ministres canadiens de l'environnement », (13 novembre 2007) *Le Devoir*.
 17. SCIC, *Id.*
 18. M. WINFIELD et D. MACDONALD, préc., note 12; J. SIMPSON, M. JACCARD et N. RIVERS, préc., note 14.
 19. Herman BAKVIS, Gerald BAIER et Douglas BROWN, *Contested Federalism : Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Toronto, Oxford University Press, 2009; D. L. VANNIJNATTEN et R. BOARDMAN, préc., note 14; M. WINFIELD et D. MACDONALD, préc., note 12; J. SIMPSON, M. JACCARD et N. RIVERS, préc., note 14.

Puis, lors de la période précédant la ratification canadienne au Protocole de Kyoto, le rejet de ce Protocole par la nouvelle administration américaine de George W. Bush exercera une pression supplémentaire sur la volonté canadienne à répondre à l'enjeu climatique. Ce dernier acceptera finalement de ratifier ledit protocole à la suite de certaines concessions faites notamment par l'Union européenne concernant les puits de carbone²⁰.

L'arrivée d'un nouveau gouvernement conservateur, en janvier 2006, modifiera drastiquement la donne en termes de politique étrangère, et le dossier climatique n'y sera pas exempté. En effet, les visées idéologiques du Parti conservateur²¹ ainsi que la position étasunienne pousseront le gouvernement canadien à modifier considérablement ses engagements envers le climat. Non seulement les conservateurs abandonneront-ils complètement l'objectif chiffré de réduction de ses émissions de GES prévus dans le Protocole (soit 6 % sous les niveaux de 1990), mais également, celui-ci modifiera l'année de référence de ses engagements (passant de 1990 à 2006) et coupera les budgets attribués au dossier climatique à Ottawa²². Au retour de la conférence de Durban de décembre 2011, le gouvernement canadien annoncera finalement que : « (...) nous invoquons notre droit reconnu par la loi de nous retirer officiellement de Kyoto. Cette décision officialise ce que nous avons affirmé depuis 2006, à savoir que nous ne mettrons pas en oeuvre le Protocole de Kyoto²³. »

20. H. BAKVIS, G. BAIER et D. BROWN, *id.*

21. Kathryn HARRISON, « The Road not Taken: Climate Change Policy in Canada and the United States », (2007) 7-4 *Global Environmental Politics* 92; Douglas MACDONALD et Debora L. VANNIJNATTEN, « La politique canadienne en matière de changements climatiques et l'influence nord-américaine », (2010) 7-1 *Revue Gouvernance* 18.

22. *Id.*

23. P. KENT, préc., note 5.

2.2 Retrait fédéral, mais activisme d'États fédérés : le cas du Québec

Deuxième province en importance au Canada, avec une population de 8 millions d'habitants et 20,8 % du PIB canadien, le Québec s'est positionné assez tôt comme un des leaders nord-américains dans le dossier des changements climatiques par l'adoption de plans d'action et de cibles de réduction ambitieuses d'émissions de gaz à effets de serre. Il se distingue également au plan international, nord-américain et canadien par son engagement en faveur du respect du Protocole de Kyoto. Ainsi, avant même sa ratification par le Canada, l'Assemblée nationale du Québec avait adopté à l'unanimité, en avril 2001, une motion d'appui au Protocole de Kyoto, qui appelait le gouvernement fédéral canadien à le ratifier et à « mettre en œuvre les mesures qu'il s'est engagé à réaliser dans le cadre du premier plan d'action pancanadien sur les changements climatiques. »²⁴ Quelques années plus tard, en 2006, une motion analogue est à nouveau adoptée par les législateurs québécois, et le premier ministre du Québec, Jean Charest, a fait de l'enjeu climatique l'un des dossiers moteurs de l'activité internationale du Québec²⁵. Cette motion sera suivie, le 5 décembre 2007, par l'adoption d'un décret (Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1074-2007).²⁶ Par ce décret, pris en vertu de l'article 21.1 de la *Loi sur le ministère des Relations internationales du Québec*, le gouvernement se déclare lié par les dispositions du Protocole de Kyoto touchant à la compétence internationale du Québec.

24. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC (ASSNAT), *L'Assemblée nationale du Québec appuie à l'unanimité le protocole de Kyoto : communiqué de presse c010410a*, Québec, 10 avril 2001.

25. Joshua NEWMAN et Michael HOWLETT, « Quebec: Canada's champion in the fight against climate change », (July-August 2008) *Policy Options* 76; S. PAQUIN et A. CHALOUX, préc., note 6.

26. Gazette officielle du Québec, 3 janvier 2008, 140^e année, numéro 1, Décret administratif 1074-2007, Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

Dans le même esprit, en 2006, le gouvernement du Québec adopte un plan d'action de lutte contre les changements climatiques, par lequel il réitère sa volonté de « mettre en œuvre le Protocole [de Kyoto] dans ses domaines de compétence. »²⁷ Se faisant, le Québec réaffirmait les principes de son action internationale en vertu de la doctrine Gérin-Lajoie, énoncée pour la première fois il y a plus de quarante ans. C'est d'ailleurs dans cette lignée que le Premier ministre du Québec avait affirmé à Copenhague, lors de la quinzième Conférence des Parties, que « [d]ans un système fédéral de gouvernement, nous sommes égaux, nous ne sommes pas les gouvernements juniors du gouvernement national, ce n'est pas vrai ça, il y a un partage de compétences entre nous. »²⁸

C'est toutefois avec le plan d'action 2006-2012 que le Québec démontre sans conteste sa volonté de mettre en œuvre le Protocole de Kyoto sur son territoire. Ce Plan vise une réduction de 6 % des émissions de gaz à effet de serre sous les niveaux de 1990 d'ici 2012 et met en œuvre une série de mesures ciblées pour y parvenir. Le Plan comprend également quelques mesures portant sur l'adaptation aux impacts des changements climatiques sur la population et le territoire québécois. Le Plan est financé par l'imposition d'une redevance sur les hydrocarbures, à hauteur de 200 M\$ par année. Le gouvernement du Québec s'attend à un financement d'appoint de la part du gouvernement fédéral de quelque 325 M\$. Notons ainsi que (1) le gouvernement du Québec prend la décision de ne plus attendre la mise en œuvre d'un éventuel plan canadien de réduction d'émissions; (2) impose une cible de réduction importante à l'ensemble de son économie, en mettant en œuvre une série de mesures dans ses propres champs de compétence (transports, énergie, agriculture, déchets, industrie, bâtiments); (3) il ne compte sur le soutien financier

27. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Le Québec et les changements climatiques: Un défi pour l'avenir. Plan d'action 2006-2012*, Québec, 2008, p. 12.

28. PRESSE CANADIENNE, « Copenhague : Charest avertit Harper », (16 décembre 2009) *Les Affaires* (Les affaires.com).

canadien que pour une partie congrue du financement dont il a besoin²⁹.

De même, d'autres politiques publiques sont ainsi développées par le gouvernement du Québec concernant des enjeux parallèles à la lutte contre les changements climatiques, notamment sur l'énergie, avec la *Stratégie énergétique du Québec 2006-2015*, et dans le secteur des transports, avec la *Politique québécoise du transport collectif* qui a également été publiée en 2006.

3. Obligations du Canada en vertu du Protocole et de la Convention

Le Protocole de Kyoto, de même que plusieurs dispositions générales de la Convention, contraignent les Parties signataires au respect de certaines obligations internationales. En vertu du principe de responsabilité commune, mais différenciée (article 4.1 de la Convention), le Protocole confère à 38 pays développés, visés à l'Annexe I de la Convention, une responsabilité plus importante en matière d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre. D'autre part, la Convention et le Protocole confèrent également une responsabilité supplémentaire à 23 pays développés (plus l'Union européenne), visés à l'Annexe II de la Convention, en matière de soutien à l'adaptation des pays en développement également parties au Protocole. En ratifiant le Protocole de Kyoto, en décembre 2002, le Canada, pays développé visé aux Annexes I et II de la Convention, se lie ainsi à 3 grands types d'obligations : (1) des obligations de réductions des émissions de gaz à effet de serre; (2) des obligations de reddition de compte et de transparence; et (3) des obligations de soutien au pays en développement en matière de transferts de technologie, de renforcement des capacités et de financement de l'adaptation et de

29. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Plan d'action 2006-2012 : Le Québec et les changements climatiques, un défi pour l'avenir*, Québec, 2008, p.33.

la mitigation des émissions. Ces obligations seront, pour la plupart, précisées et encadrées par les Accords de Marrakech (2001). La présente section recense et explicite brièvement les principaux engagements du Canada en vertu de ces accords internationaux.

3.1 Atténuation des émissions

L'article 3.1 de la Convention engage l'ensemble des États parties à réduire les émissions de gaz à effet de serre, suivant le principe de la responsabilité commune, mais différenciée. De façon plus précise, le Protocole de Kyoto enjoint les États développés à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre sous leurs niveaux de 1990, selon un échéancier et en fonction de cibles précises qu'ils doivent eux-mêmes se fixer. Le Protocole leur demande également de mettre en oeuvre un plan national menant à l'atteinte de ces cibles. De plus, ils sont tenus d'approfondir leurs engagements dans le cadre d'une nouvelle ronde de réduction, au-delà de la première période d'engagement (2008-2012) du Protocole.

Les 38 États développés visés à l'Annexe I de la Convention se sont ainsi imposés des cibles de réduction d'émissions de gaz à effet de serre lors de l'adoption du Protocole de Kyoto, en décembre 1997. Ces cibles se retrouvent à l'Annexe B du Protocole. Le Canada s'est ainsi fixé une cible de réduction de 6 %, en moyenne, entre 2008 et 2012, sous les niveaux de 1990. Collectivement, les engagements de réduction de ces États équivalent à une réduction de quelque 5,2 %, en moyenne, pour la même période. Les articles 3.1, 3.2 et 3.7 du Protocole portent respectivement sur le respect des engagements, l'obligation de faire état de progrès démontrable ainsi que sur la méthode de calcul des émissions.

Par ailleurs, les articles 2.1a et 10b du Protocole font explicitement obligation aux États parties de mettre en oeuvre des

politiques et des mesures de limitation et de réduction des émissions, de même qu'un plan national d'atténuation des émissions et d'adaptation aux changements climatiques. Finalement, l'article 3.9 du Protocole enjoint les États développés visés à l'Annexe I de la Convention à amender l'Annexe B du Protocole en y inscrivant de nouveaux objectifs de réduction pour les phases suivantes la première période d'engagement du Protocole (2008-2012). Les articles 9.1 et 9.2 encadrent la révision périodique du Protocole par tous les États signataires, « à la lumière des données scientifiques et des évaluations les plus sûres concernant les changements climatiques et leur impact ainsi que des données techniques, sociales et économiques pertinentes ».

Le Canada doit donc, dans le cadre du Protocole de Kyoto : (1) se fixer un objectif de réduction d'émissions de gaz à effet de serre pour la période 2008-2012; (2) adopter et mettre en oeuvre un plan national de réduction d'émissions et d'adaptation et (3) se fixer de nouvelles cibles de réductions pour la seconde période d'engagement, tout en procédant à la révision périodique du Protocole.

3.2 Transparence et reddition de compte

Plusieurs autres dispositions du Protocole et de la Convention encadrent des mécanismes de reddition de compte et de transparence auxquels doivent se soumettre les États parties. Deux mécanismes principaux sont ici étudiés : (1) la création d'un inventaire national d'émissions de gaz à effet de serre, y compris les puits de carbone et (2) le dépôt de communications nationales portant sur les efforts d'atténuation et d'adaptation.

Le Protocole de Kyoto réitère, aux articles 5 et 7, les dispositions de l'article 12 de la Convention à l'égard de l'obligation pour les États parties d'instituer un inventaire national d'émissions de gaz à effet de serre. L'article 5.1 du Protocole enjoint ainsi spécifiquement les États visés à l'Annexe I de la

Convention à mettre en place un système national leur permettant d'estimer les émissions de gaz à effet de serre d'origine anthropique générées sur leurs territoires. Ce système national doit être conforme à une méthodologie proposée par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) et adoptée par la Conférence des Parties (articles 5.2 et 5.3).

Par ailleurs, chaque État développé visé à l'Annexe I de la Convention doit, conformément à l'article 12 de la Convention et tel que repris à l'article 7 du Protocole, déposer annuellement une communication nationale dans laquelle doit figurer (1) un inventaire des émissions de gaz à effet de serre, incluant les puits de carbone, (2) les politiques et les mesures qu'il a adoptées, le cas échéant, afin de se conformer aux dispositions de la Convention et du Protocole et (3) une estimation des effets que ces politiques et ces mesures auront sur les émissions.

Dans les faits, le Canada doit donc établir un inventaire national de ses émissions et déposer annuellement une communication nationale portant sur les mesures mises en œuvre pour lutter contre les changements climatiques ainsi que sur les effets de ces mesures sur l'atteinte des objectifs de réductions d'émissions.

3.3 Transferts en faveur des pays en développement

En vertu du principe de responsabilité commune, mais différenciée (article 4.1 de la Convention, en particulier), 23 États développés (plus l'Union européenne) parties au Protocole et visés à l'Annexe II de la Convention, se voient conférer des responsabilités particulières à l'endroit des pays en développement. Ces responsabilités portent essentiellement sur (1) le transfert de technologies, (2) sur le financement de mesures d'atténuation et d'adaptation ainsi que (3) sur le renforcement des capacités des pays en développement.

L'article 11 du Protocole réfère directement à des dispositions plus générales contenues à la Convention (notamment à l'article 4) portant sur l'obligation de ces pays développés de « fournir les ressources financières nouvelles et additionnelles afin de couvrir la totalité des coûts encourus par les pays en développement » pour se conformer à certains engagements pris dans le cadre de la Convention et du Protocole, notamment au chapitre de l'atténuation des émissions et de l'adaptation aux changements climatiques. Cette responsabilité financière s'étend aux transferts de technologies réputées bénéfiques aux efforts d'atténuation des pays en développement, de même qu'aux mesures de renforcement des capacités au chapitre, notamment, de l'expertise technique nécessaire à la mise en oeuvre de la Convention et du Protocole, ainsi que du renforcement des compétences et de l'expertise de la société civile.

Si, à l'origine, les modalités d'acquittement de ces responsabilités demeurent vagues, celles-ci feront par la suite l'objet d'une clarification et d'un encadrement de plus en plus précis. Ainsi, plusieurs décisions contenues aux Accords de Marrakech (2001) finiront par encadrer les questions (1) de renforcement des capacités (2/CP.7) des pays en développement, (2) de transferts de technologie (3/CP.7) et de financement (7/CP.7). Certaines dispositions de l'Accord de Copenhague (2009), reprises dans les Ententes de Cancún (2010), éclairciront davantage les modalités du soutien aux pays en développement, notamment quant aux sommes initiales globales attendues au cours de la dernière partie de la première période d'engagement du Protocole (30 milliards de dollars américains par année jusqu'en 2012), de même qu'au véhicule financier appelé à gérer ces fonds. Les modalités de fonctionnement d'un nouveau fonds pour le climat seront précisées à travers les Accords de Cancun (1/CP.16) et les décisions de Durban (1/CP.17), en 2010 et 2011.

Malgré ces efforts de clarification, il faut noter qu'aucune cible formelle de financement ou encore de démarche de clarification quant à la nature ou au niveau du soutien, par pays, n'ont été jusqu'à présent établies pour l'un ou l'autre de ces

domaines d'intervention. Dans les faits, chaque pays développé visé à l'Annexe II du Protocole – c'est-à-dire chaque pays considéré apte à soutenir financièrement les pays en développement – détermine lui-même le niveau de soutien, et sa nature.

C'est ainsi que le Canada est tenu de soutenir les pays en développement au moyen de transferts de technologies, de soutien au renforcement des capacités et de transferts financiers au chapitre de leur adaptation aux changements climatiques et de leurs efforts d'atténuation de leurs émissions. Ces obligations, bien réelles *de jure*, s'avèrent dans les faits d'une ampleur et d'une nature encore peu définies, laissant au Canada la discrétion de les définir lui-même.

Tableau 1 - Engagements du Canada - Protocole de Kyoto

1. Réduction des émissions
1.1 Objectif chiffré de réduction (Annexe B) <i>Article 3.1 – Respect des engagements</i> <i>Article 3.2 – Progrès démontrables</i> <i>Article 3.7 – Méthode de calcul</i>
1.2 Politiques et mesures. Plan national de réduction <i>Article 2.1 a) - Politiques et mesures</i> <i>Article 10 b) - Programmes nationaux (atténuation et adaptation)</i>
1.3 Révision des engagements (Deuxième période d'engagement) <i>Article 9.1, 9.2 – Révision du Protocole</i> <i>Article 3.9 - Révision des engagements de réduction (AI)</i>
2. Reddition de compte et transparence
2.1 Inventaires nationaux <i>Article 5.1 – Système national</i> <i>Article 5.2, 5.3 – Méthodologie</i>
2.2 Puits de carbone <i>Article 3.4 – Inventaire initial (1990)</i>
2.2 Communications nationales <i>Article 7 – Communications nationales (conformément à l'art.12 de la Convention)</i>
3. Soutien et transferts aux pays en développement
3.1 Transferts technologiques <i>Article 10c, 11.2b – Transferts de technologies, savoir-faire, pratiques et procédés</i>
3.2 Renforcement des capacités <i>Article 10e – Renforcement des capacités</i>
3.3 Financement <i>Article 11.2 - Fourniture de ressources financières nouvelles et additionnelles, prévisibles et adéquates</i>

4. Mise en oeuvre du Protocole et de la Convention par le Québec

Étant donné l'action de certains États fédérés nord-américains en matière de lutte aux changements climatiques, on peut se demander si l'action domestique de ces États est de nature à se substituer aux obligations qui seraient celles des États fédéraux canadien et américain en vertu de la Convention et du Protocole. En d'autres mots, jusqu'à quel point pouvons-nous affirmer que ces États s'acquittent de ces obligations comme le feraient les autres pays visés aux Annexes I et II de la Convention?

Comme nous l'avons vu, les principales obligations des États développés parties à la Convention et au Protocole sont de trois types : (1) obligations de réductions des émissions de gaz à effet de serre; (2) obligations de transparence et de reddition de compte; et (3) obligations de soutien aux pays en développement. Nous nous penchons ici sur le cas du Québec en nous demandant si celui-ci s'acquitte, sur son territoire, des obligations de l'État fédéral canadien.

4.1 Obligation de réduction des émissions

Avec l'adoption du plan d'action sur les changements climatiques 2006-2012, le gouvernement du Québec répond directement à plusieurs grandes obligations du Protocole de Kyoto envers les pays développés visés à l'Annexe I, soit se fixer un objectif de réduction d'émissions de gaz à effet de serre pour la période 2008-2012 et adopter et mettre en oeuvre un plan national de réduction d'émissions et d'adaptation. À la veille de la Conférence de Copenhague de décembre 2009, le gouvernement du Québec fera également connaître une nouvelle cible de réduction d'émissions dans le cadre de la deuxième période d'engagement du Protocole (2013-2020). Cette cible, calquée sur celle de l'Union européenne, vise une réduction des émissions de

20 à 30 %, sous leurs niveaux de 1990, d'ici 2020.³⁰ En fixant celle-ci, le gouvernement du Québec respecte l'obligation des pays de l'Annexe 1 en vertu de l'article 3.9 du Protocole, à savoir l'inscription de nouvelles cibles de réduction avant la fin de la première période d'engagement.

En matière d'engagements de réductions des émissions de gaz à effet de serre sur son territoire, l'analyse permet d'affirmer que le Québec se conforme en tout point aux exigences du Protocole à l'endroit des États de l'Annexe I.

4.2 Obligations de reddition de compte et de transparence

Comme nous l'avons vu, la Convention et le Protocole enjoignent le Canada à établir un inventaire national de ses émissions et à déposer annuellement une communication nationale portant sur les mesures mises en œuvre pour lutter contre les changements climatiques ainsi que sur les effets de ces mesures sur l'atteinte des objectifs de réductions d'émissions. Le Québec semble se conformer à plusieurs de ces obligations, nonobstant une réserve de nature formelle.

Le gouvernement du Québec dresse un inventaire des émissions anthropiques de gaz à effet de serre sur son territoire depuis 1990. Cet inventaire est publié annuellement depuis 2002 et, selon le gouvernement du Québec, celui-ci « respecte les consignes techniques de l'organisme international chapeautant les inventaires nationaux de GES, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, organisme relevant

30. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Le Québec en action!*, en ligne : <http://www.mddep.gouv.qc.ca/changements/plan_action/index.htm> (site consulté le 15 janvier 2011).

de l'Organisation des Nations Unies.³¹» Les données ont tout d'abord été obtenues par l'entremise de déclarations volontaires de la part des entreprises, de même que par l'utilisation de diverses bases de données statistiques. À partir de 2007, les entreprises sont tenues de fournir ces informations en vertu du *Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère*.

De même, le gouvernement du Québec publie annuellement, depuis 2007, un *Bilan de la mise en oeuvre du Plan d'action 2006-2012 sur les changements climatiques*. Ce bilan contient une énumération des politiques et des mesures mises en oeuvre pour atténuer les émissions et soutenir l'adaptation aux changements climatiques.

L'article 12 de la Convention stipule que les États développés doivent (1) tenir un inventaire des émissions; (2) fournir une description détaillée des politiques et des mesures prises pour diminuer leurs émissions; et (3) fournir *une estimation précise des effets* de ces politiques et de ces mesures sur les émissions anthropiques de gaz à effet de serre. Ainsi, l'analyse nous permet d'affirmer que le gouvernement du Québec se conforme à l'obligation de tenir un inventaire respectant les consignes techniques approuvées dans le cadre de la Convention, en plus de rendre compte annuellement du suivi de la mise en oeuvre de son Plan d'action. Par contre, le Québec ne semble pas se conformer de façon stricte à l'alinéa b) de l'article 12.2 de la Convention, qui exige une estimation précise des effets des politiques et des mesures sur les émissions de gaz à effet de serre. Compte tenu des difficultés inhérentes à l'évaluation des effets de mesures telles « améliorer les services de transports collectifs », ou encore « sensibiliser la société civile », on peut légitimement se demander si même les États parties à la Convention se conforment eux-mêmes en tout point à cette disposition.

31. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Inventaire québécois des émissions de gaz à effet de serre en 2008 et leur évolution depuis 1990*, Québec, 2010, p.3.

Par ailleurs, si on peut véritablement parler de reddition de compte et de transparence de la part du gouvernement du Québec dans le suivi des obligations faites aux États développés dans la Convention et le Protocole — sous réserve de l'alinéa b) de l'article 12 de la Convention, le Québec ne dépose pas officiellement de communications nationales auprès du Secrétariat de la Convention. Même si rien ne l'empêche de le faire, le gouvernement a choisi de ne pas procéder à ce dépôt auprès des instances onusiennes.

4.3 Obligations de soutien aux pays en développement

La Convention et le Protocole indiquent clairement l'obligation des États développés de soutenir les pays en développement en matière de lutte aux changements climatiques, ce que viendront confirmer et encadrer davantage les Accords de Marrakech de 2001, les Accords de Bali (2007), de Cancun (2010) et de Durban (2011). C'est ainsi que les 23 États développés (plus l'Union européenne) visés à l'Annexe II de la Convention sont tenus de soutenir les pays en développement au moyen de transferts de technologies, de soutien au renforcement des capacités et de transferts financiers au chapitre de leur adaptation aux changements climatiques et de leurs efforts d'atténuation de leurs émissions.

Jusqu'à l'été 2009, aucune politique ou initiative québécoise ne semblait viser spécifiquement la question du soutien en faveur des pays en développement. De façon générale, le Québec ne consacre que très peu de ressources au chapitre de l'aide au développement, cette aide se limitant à des activités de formation, des stages de coopération internationale pour les jeunes québécois de même qu'à un soutien aux mesures d'urgence en cas de sinistres. Le gouvernement du Québec alloue tout de même directement une très petite somme (250,000\$) au chapitre du développement durable et du soutien général à la lutte aux

changements climatiques dans les pays en développement.³² On peut également considérer qu'une petite partie du budget annuel versé par le Québec à l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), de même que quelques mesures ponctuelles, servent effectivement à épauler un ou l'autre des projets de l'OIF en matière de renforcement des capacités dans les pays francophones du Sud.

Par ailleurs, une nouvelle initiative du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Approche territoriale en changements climatiques*, vise à paier États fédérés et entités sous-nationales développées et leurs équivalents dans les États en développement. Le Québec a adhéré à ce programme en juin 2009 en s'engageant à appuyer « l'élaboration d'une stratégie en matière de lutte aux changements climatiques en bénéficiant de l'expertise et de la technologie québécoise dans ce domaine » pour une région du Sud³³. À l'automne 2011, le gouvernement du Québec n'avait toujours pas annoncé officiellement la région avec laquelle se développera ce partenariat. Le Québec compte éventuellement consacrer 1 M\$ par année dans le cadre de cette collaboration Nord-Sud en matière de changements climatiques.

Le niveau relativement faible de soutien de la part du gouvernement du Québec contraste fortement avec les engagements financiers récents du Canada. Ainsi, dans le contexte du financement accéléré de 30 milliards de dollars par année d'ici 2012, convenu dans l'Accord de Copenhague de décembre 2009, le Canada y a consenti une contribution de 1,2

-
32. Gouvernement du Québec. MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS (Site consulté le 28 février 2011). « La Francophonie - Soutien de projets francophones en développement durable » [En ligne] http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/relations_quebec/francophonie/devdurable/index.asp.
33. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT et des PARCS, *En route vers Copenhague - Governors' Global Climate Summit: Jean Charest réaffirme le rôle fondamental des États fédérés dans la lutte aux changements climatiques*, Communiqué de presse, Québec, 2009.

milliard de dollars pour les exercices financiers 2010-2011, 2011-2012 et 2012-2013³⁴. Il demeure par ailleurs des incertitudes quant à la pérennisation de ces sommes, de même que sur leur nature (dons, prêts, aide liée, recyclage de fonds existants, etc.).

Force est de constater que le Québec, jusqu'à présent, ne s'est impliqué que de façon très marginale au chapitre du soutien des pays en développement, que ce soit en matière de transfert de technologie, de renforcement des capacités ou de transferts financiers directs. L'adhésion du Québec au programme *Approche territoriale* du PNUD serait éventuellement de nature à approfondir son implication en ces matières, bien que les montants en cause risquent de demeurer relativement modestes.

5. Discussion / conclusion

Dans l'ensemble, et le cas du Québec est révélateur à cet égard, ce sont les provinces et les États fédérés nord-américains qui ont été les éléments moteurs dans le développement de politiques publiques au niveau climatique en Amérique du Nord. D'autre part, l'analyse exploratoire du cas du Québec nous amène à croire que cet État se conforme à plusieurs obligations climatiques internationales auxquelles adhèrent la très grande majorité des États développés, à l'exception notable, pour le moment, d'un niveau de soutien significatif en faveur des pays en développement. Le Québec s'oblige à réduire ses émissions de gaz à effet de serre, met en oeuvre un plan d'action dans ses champs de compétence et fait preuve de transparence dans le cadre d'un processus structuré et public de reddition de compte. Faits importants : (1) le Québec n'a pas besoin pour ce faire de l'aval de l'État fédéral canadien; (2) il ne dépend pas non plus substantiellement du soutien financier de ce dernier et (3) ses

34. GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, 5 décembre 2011, en ligne : <<http://www.climatechange.gc.ca/default.asp?lang=Fr&n=5F50>> (site consulté le 20 décembre 2011).

champs de compétences lui permettent d'atteindre ses cibles de façon autonome.

Notons par ailleurs que cette conformité relative aux obligations internationales en matière de lutte aux changements climatiques ne présume en rien de l'atteinte de cibles de réduction ni de la part des États ayant ratifié le Protocole de Kyoto, ni de celle d'États fédérés s'y considérant liés. Ce n'est qu'à la fin de la première période d'engagement du Protocole de Kyoto (2012) que l'on pourra en faire le constat, pour l'ensemble des juridictions liées à l'atteinte de telles cibles.

Nous notons par ailleurs que, depuis peu, le Québec s'est joint à une initiative des Nations Unies visant spécifiquement le soutien des pays en développement dans le domaine des changements climatiques. D'autre part, et d'une certaine façon, on peut considérer que l'ajout de montants supplémentaires par le gouvernement du Québec, si minimes soient-ils, constituerait un supplément direct à une contribution indirecte des Québécois au soutien financier offert par le Canada, à même leurs taxes et leurs impôts versés au gouvernement canadien.

Il nous semble manifeste que les États fédérés canadiens et étatsuniens disposent de compétences constitutionnelles leur permettant de mettre en œuvre d'importantes mesures de réductions d'émissions de gaz à effet de serre sur leur territoire, ce que confirme le Programme des Nations Unies pour le développement³⁵). De plus, ces États se prévalent de façon croissante de leur capacité à développer des partenariats bilatéraux et multilatéraux sur ces questions, y compris des partenariats internationaux. Il s'agit là d'une action distincte et autonome de celle de leur gouvernement fédéral respectif.

35. PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT, « Down to Earth: Territorial Approach to Climate Change », (2010) *Report New York*, p. 3.

Alors que le phénomène paradiplomatique est de plus en plus reconnu en tant que vecteur d'action dans ce dossier, le questionnement sur la prise en compte effective de cette problématique par des acteurs subétatiques demeure fort pertinent et légitime les recherches scientifiques à cet effet. Dans le cas du Québec, celui-ci a fait de l'enjeu climatique l'un de ses éléments phares dans sa stratégie paradiplomatique internationale. Le fait que ce dernier se soit prononcé à maintes reprises en faveur de la mise en œuvre des objectifs et des principes du Protocole de Kyoto sur son territoire et dans ses champs de compétence démontre une volonté claire de suppléer à la relative défection du gouvernement fédéral canadien dans le domaine des changements climatiques.

Enfin, les éléments empiriques mentionnés précédemment confirment l'importance des acteurs subétatiques face aux grands défis environnementaux internationaux contemporains. Ces derniers peuvent jouer un rôle non négligeable dans la régulation de cet enjeu, en plus d'exercer une pression supplémentaire face aux États resquilleurs. De même, les États fédérés, dotés de certaines compétences constitutionnelles, sont des acteurs à ne pas négliger sur la scène internationale : en obtenant par exemple une reconnaissance plus importante dans les forums de négociations internationaux, ceux-ci pourraient contribuer à rapprocher les discussions, lourdes et souvent désincarnées, vers des considérations pratiques de mise en œuvre sur le terrain. Pour les chercheurs, de tels exemples démontrent encore une fois le rôle et la pertinence des recherches portant sur la place et le rôle des entités subétatiques dans toutes les étapes entourant la négociation, la ratification et la mise en œuvre de traités internationaux. De même, elles légitiment la place à accorder au phénomène paradiplomatique et de la gouvernance à paliers multiples dans les négociations internationales contemporaines, et sur les grands enjeux internationaux du XXI^e siècle.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'EXPERTISE PÉNALE DES TROUBLES MENTAUX : UN APPEL À LA PRUDENCE

Auteur(s) : Steve CURADEAU

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : 635-670

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10314>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10314>

Page vide laissée intentionnellement.

L'EXPERTISE PÉNALE DES TROUBLES MENTAUX : UN APPEL À LA PRUDENCE*

par Steve CURADEAU**

L'appréciation des troubles mentaux susceptibles d'abolir la volonté ou le discernement de commettre ou non un acte et dégageant l'individu de sa responsabilité criminelle demeure complexe. En dernier ressort, statuer sur cette question tout comme sur celle de ce qui doit être inclus dans la définition de l'expression "maladie mentale" relève du droit. Cela veut dire que les critères juridiques n'ont pas à être conformes aux critères médicaux de la maladie mentale. Mais il demeure que le tribunal arrête le sens de cette expression à partir de la preuve scientifique telle qu'elle évolue de jour en jour. Cette preuve est essentiellement fournie par les experts psychiatres, plus rarement psychologues. Leur influence s'avère donc importante, parfois déterminante, dans la recherche de la vérité au sens juridique. Cependant, pour bien identifier une opinion experte admissible en l'espèce, il importe que la magistrature sache discerner les opinions irrecevables, ce qui devient possible si elle comprend comment elles se développent à partir des bases théoriques insuffisamment étoffées de certains experts. Cet article espère s'inscrire en dissemblance face à ce phénomène, avec le désir avoué de soumettre au processus de délibération judiciaire un cadre réflexif qui, nous le pensons, présente un caractère novateur. Nous souhaitons ainsi inciter la magistrature à une vigilance accrue quant à la nature de la pensée des experts qui témoignent devant elle.

The evaluation of mental disorders likely to suppress an individual's volition or discernment leading to committing an act – all the while exonerating such person's criminal liability – remains a complex phenomenon. As a last resort, any ruling on such an issue – analogous to that which must be included within the definition of the expression "mental illness" falls within the purview of the law. This means that legal criteria need not be in conformity with medical criteria qualifying mental disorders. But the fact remains that the Court abbreviates the meaning of this expression based upon scientific evidence as the latter evolves from day to day. Such evidence is essentially adduced by experts in psychiatry, and less frequently by psychologists. Their influence therefore proves to be important – occasionally determining – in the quest for truth as construed in law. Yet in order to identify an acceptable expert opinion per se, the judiciary must be capable of recognizing unacceptable opinions, which becomes possible if developed on the basis of insufficiently developed hypotheses presented by certain experts. This paper seeks to set itself apart from the foregoing phenomenon, then avowedly submit to the judiciary debate a reflexive framework that we believe offers an innovative attribute. We thus wish to incite the judiciary to exercise greater vigilance when confronted with the nature of rationale presented by experts who testify before them.

*. Ce texte représente l'aboutissement d'un travail de recherche effectué lors d'un stage postdoctoral à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Psychologue, Ph. D., M. Ps., M. Serv. soc., docteur en psychologie, stagiaire postdoctoral à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, chargé de cours universitaire de psychologie, et expert pour les tribunaux. L'auteur désire exprimer sa gratitude envers la docteure Suzanne Philips-Nootens, médecin et juriste, titulaire de la Chaire en droit et gouvernance de la santé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, et maintenant professeure associée. Ce fut un privilège de recevoir son support et sa précieuse collaboration pendant toute la durée du stage postdoctoral.

SOMMAIRE

Prolégomènes	637
Introduction	639
Chapitre I : cadre psychojuridique	643
Section 1 : De l'objectivité scientifique à l'atteinte du monde mental	643
Section 2 : Du droit à la subjectivité	645
Chapitre II : états cérébraux et états mentaux : une confusion regrettable	651
Section 1 : Mythe ou théorie de l'unification	653
Section 2 : Une mutation intrapsychique Irréversible indispensable à la justice pénale	662
Section 3 : La survenance : d'une pensée anatomiste au fonctionnement psychique.....	664
Conclusion	667

PROLÉGOMÈNES

Seule la certitude que la vie organique et la vie mentale sont cohérentes et ne relèvent pas du hasard peut susciter en nous l'élan de s'associer à cette organisation harmonieuse, à élaborer le sens de la vie, sa direction évolutive dont dépendra sa valeur¹.

À l'inverse, la disharmonie somatique est cause de maladie, de décomposition, de mort. De même, l'être humain est aussi exposé à la disharmonie psychique. Il reste soumis à l'exigence déterminante d'harmonie, exigence idéale dont la justice tente toujours d'approcher. D'après le mythe grec, Asclépios (la science médicale) est fils d'Apollon, symbole de « l'harmonie universelle, principe suprême de la santé »². La science médicale est le *descendant*, la conséquence de la loi d'harmonie qui concerne le rapport sain entre psyché et soma, pour autant que nous considérons cette harmonie comme un flux d'énergie constitué d'antagonismes³.

Car la santé psychique en particulier représente non pas l'absence de conflits, de contradictions et d'antagonismes, il s'agit au contraire de la capacité à supporter l'omniprésence de ceux-ci. L'incapacité de consentir à la contradiction en soi-même se traduit par l'incapacité à affronter les agressions extérieures : « Ce n'est plus le conflit, mais l'absence de conflits qui, du fait d'un manque d'antagonisme vécu, suscite une difficulté à supporter la contradiction et génère le trouble [mental] »⁴.

L'emblème d'Asclépios est le serpent (symbole de la vanité) qui verse son venin dans la coupe salutaire. Il s'agit du serpent

-
1. Voir Paul DIEL, *Le symbolisme dans la Bible*, Paris, Payot, 2002, p. 151.
 2. *Id.* p. 40.
 3. Serge LUPASCO, *La tragédie de l'énergie*, Paris, Éditions du Contradictoire, 2009, p. 123.
 4. Pierre MARCHAIS, « Des logiques en psychiatrie. Application, paradoxes, réunification », (2012) 168 *A. Méd. Psychol.* 621, 623.

dompté, de la vanité vaincue. En termes historiques, la vanité⁵ est le principe du mal, principe de la maladie de l'esprit⁶. Le symbole même de la médecine renvoie ainsi à quelque chose de plus grand que le corps : à la vie mentale et sa dérive potentielle par la vanité.

La vie mentale, plus que l'activité cérébrale, semble responsable d'élaborer un sens et une direction aux actions humaines qui ne soient pas vains. Naguère, on qualifiait de « légume » un malade dans le coma, car son état rappelait la vie végétative. Il avait certes une activité cérébrale, mais la vie mentale l'ayant déserté, le sens et la direction de sa vie étaient réduits à néant. Les états mentaux impulsent donc le sens de la vie responsable, c'est-à-dire que pour qu'il y ait subjectivité, la vie mentale doit absolument être présente. Avec la vie mentale ou psychique vient la responsabilité la plus immanente concédée à l'être humain : sa responsabilité émotive, laquelle donne consistance aux motifs d'action.

L'émotif est donc lié aux motifs. L'émotif qui ne trouve ni une voie d'extériorisation ni une voix pour se dire s'encapsule en motifs d'action future. Comme les processus mentaux ne visent pas seulement à organiser les états mentaux, mais aussi à les valoriser, à leur conférer une valeur éthique, il s'ensuit que, pour différentes raisons, les motifs peuvent être faussement valorisés par l'auteur de l'acte. C'est la faute vitale, l'irresponsabilité en principe, intrinsèque à l'individu. Lorsque cette faute se traduit

5. Vain, issu du latin classique *vanus*, « vide, dégarni », puis « creux, sans substance » appliqué aux choses, puis aux personnes et par extension « mensonger », « trompeur », « vaniteux ».
6. Voir Paul DIEL, *La divinité*, Paris, Payot, 2004, p. 67. L'auteur fait le lien entre le serpent et la vanité. Ainsi, précise-t-il que le serpent « rampe dans la poussière sans possibilité d'élévation. Sa morsure venimeuse est mortelle. Il mord par surprise, sans possibilité de sauvegarde. [...] La vanité est le manque d'élévation sublime et spirituelle (aveuglement affectif). L'homme est la proie de la vanité sans prévoir le danger qui le guette. La morsure venimeuse et douloureuse du serpent est, sur le plan psychique : le remords, le tourment de la culpabilité refoulée qui n'est autre que vanité. La conséquence de la morsure du remords pathologiquement inhibitif est, symboliquement parlant, la mort de l'âme ».

dans les faits, elle peut mener à des actes criminels. Ces motifs faussement valorisés, insensés, traduisent ainsi la maladie de l'esprit au sens le plus pénétrant du terme, une maladie des processus mentaux et non des processus cérébraux.

INTRODUCTION

Ce qui est mal connu dans la nature humaine fait peur. La folie et le crime font partie de ces mal connus. C'est sans doute pour cette raison que l'histoire les a accolés (« tueur fou »), puisqu'avant que naisse la psychiatrie, fous et criminels étaient emmurés ensemble⁷. Pour la stricte raison de s'être trouvé au même endroit au même moment, tout crime s'est ainsi fait qualifier de folie⁸, et vice versa.

C'est face à l'évidence de cette confusion, qui a presque totalement infiltré notre pensée judiciaire et sociale, que s'est imposée au droit la nécessité de départager le fou privé de raison de l'individu raisonnable motivé par une intention criminelle. Il devenait évidemment injuste de châtier le fou pour ses actions funestes, lui qui était déjà puni naturellement par le désarroi de sa folie.

Ce contexte enfanta l'expertise pénale qui, par nécessité juridique, permit d'inscrire l'agir humain à la jonction du médical et du légal, puisque ce sont d'abord les aliénistes qui ont eu autorité d'observation⁹ des fous dans les asiles, plus que les

7. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie*, Paris, Gallimard, 1972.

8. Michel FOUCAULT, *Le pouvoir psychiatrique, Cours au Collège de France. 1973-1974*, Paris, Gallimard, 2003, p. 250.

9. Avant l'avènement de la psychanalyse, le « fou » était un personnage observé seulement, à travers le confinement asilaire où on l'avait reclus. Il n'était pas entendu et encore moins écouté, puisque sa parole n'avait aucune valeur, si ce n'est que pour confirmer sa pensée délirante. Il faut attendre le moment où, pour la première fois, la parole sera donnée au patient par Freud pour que s'instaure, malheureusement à vrai dire, un schisme dans la pensée médicale. Freud donne la parole aux patients : « C'est le patient qui sait! Laissons-le parler! », dit-il, ce qui sera là une véritable gifle pour le « pouvoir » médical de l'époque. Il fait passer le regard asilaire à l'écoute analytique. Ce faisant, Freud délègue son

clercs, les hommes de droit et les philosophes qui régnaient par ailleurs dans ces établissements. Le *médicolégal* naissait. L'objectif était de savoir si le champ judiciaire pénal, par rapport au champ asilaire, était la meilleure façon de gérer certaines actions humaines. Sur ce point, notre système judiciaire s'est heureusement assuré de prendre toutes les précautions nécessaires pour ne jamais dévier de cet objectif autant honorable qu'humanitaire.

Historiquement, c'est donc dire que la folie se voyait aussi happée par la médecine et projetée dans le positivisme nosographique, d'où la psychiatrie a fondé son pouvoir en termes de protectrice contre le danger social¹⁰, puisqu'au cœur de toute folie était dorénavant inscrite une virtualité criminelle. En effet, la folie n'a jamais rien eu de « médical » avant l'ère asilaire, c'est-à-dire avant que les contingences historiques permettent l'entrée des médecins dans les asiles¹¹. Les accointances entre le système

pouvoir, si cher au corps médical, pour le subordonner par l'acte de la parole ainsi donnée au malade, une réappropriation de son être dans l'acte même de se dire. Le schisme provient justement du fait qu'une grande partie du corps médical ne pardonnera jamais à Freud cet acte de quasi « trahison » en la perte du contrôle sur le *corps* du malade; contrôle qui sera repris dès les années 1950 par la venue des neuroleptiques. N'empêche que c'est *par* la parole qu'on est venu à repérer les troubles mentaux, et aussi, par cette même parole échangée, à leur traitement, voire à leur guérison. Pour de plus amples contenus historiques sur ce confinement de la parole derrière le regard asilaire, voir M. FOUCAULT, *Histoire*, préc., note 7.

10. Il ne faut jamais oublier que la première revue en quelque sorte spécialisée dans la psychiatrie en France avait pour titre *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*. Ces annales ont paru de 1829 à 1922. Rappelons également que la psychiatrie correspond à un cadre de pratique qui remonte à l'époque asilaire. Elle avait pour but de classer les internés dans un souci de protection sociale, et non prioritairement de comprendre les manifestations que présentaient ces internés.
11. Voir M. FOUCAULT, *Histoire*, préc., note 7, p. 624. L'auteur rappelle qu'aux 16^e et 17^e siècles, « l'hôpital n'est pas un établissement médical, mais une structure *juridique*. La psychiatrie n'a alors de médical que le *pouvoir*, mais aucun *savoir* des troubles mentaux. Si la profession médicale est requise (à l'asile), c'est comme garantie juridique et morale, non pas au titre de la science. Un homme d'une haute conscience, d'une vertu intègre, et qui a une longue expérience de l'asile pourrait aussi bien

judiciaire et la psychiatrie venaient également de naître, et avec elles, le prélude de la confusion entre l'organicité et les états mentaux.

Après la pensée moyenâgeuse qui faisait correspondre la folie à la possession démoniaque, la pensée contemporaine l'a donc imprégnée d'une réalité psychiatrique, laquelle semble n'emprunter à la médecine scientifique (pathologique) que son effet statutaire de vérité sociale, comme le pensait à ce sujet Michel Foucault. Certes, la psychiatrie n'a pas tort de soigner les maladies de l'esprit par la pharmacopée. N'est-il pas des drogues provoquant délires et hallucinations? Ne pourraient-elles donc pas les faire disparaître, ne serait-ce que temporairement? Mais il ne faudrait point que les succès obtenus en la matière occultent ici la réalité du problème proprement mental de la folie criminelle, que seule une psychologie rigoureuse permet de mieux comprendre¹². Cette folie criminelle résiste à la chimiothérapie. Elle résistera peut-être moins devant une démarche psychologique exhaustive.

Le réel proprement humain au cœur de la folie et du crime nous dérange toujours autant et il est demeuré intact au fil des siècles. Les progrès techniques comme Internet et les médias sociaux n'y ont rien changé, si ce n'est de fournir à ce réel de nouveaux supports pour se répandre. Seul le discours pour qualifier ce réel s'est modifié.

se substituer à lui, précise l'auteur. Car le travail médical n'est alors qu'une partie d'une immense tâche morale qui doit être accomplie à l'asile ». [Les guillemets sont de nous].

12. Voir notamment Paul DIEL, *Culpabilité et lucidité*, Paris, Payot, p. 119. L'auteur précise que « la psychiatrie voit dans les déformations psychiques des états pathologiques. Qu'il puisse s'agir de troubles essentiellement psychiques lui est secondaire. Elle traite ces maladies comme toutes maladies en leur cherchant des causes organiques coexistantes. La psychologie s'intéresse aux déformations psychiques parce que ce sont des états psychiques. Qu'ils puissent être des troubles organiques lui est secondaire ». Rajoutons, même si cela tombe sous le sens, qu'on ne peut étudier la *psychiatrie* d'un individu, mais seulement sa *psychologie*.

En l'occurrence, bien réel est le fait que le potentiel criminel et les troubles de l'esprit (folie) sont un privilège à la fois mystérieux et néfaste de l'être pensant que nous sommes. L'expertise fort complexe de ce curieux mariage entre folie et crime est toutefois inefficace sans la compréhension de la nuance radicale entre les maladies somatiques, communes aux animaux et aux humains¹³, et ce que nous appelons métaphoriquement les maladies mentales, dont l'humain a l'apanage. L'animal drogué produit des signes de désorientation, mais jamais de délires...¹⁴

La compénétration du mental et du légal conduit à se demander ce qu'il se passe dans l'esprit d'un individu au moment de basculer dans l'agir criminel. Comment un agir en vient-il à s'exacerber au point d'entrer dans une trajectoire criminelle? Certes, il est difficile de concevoir ce qui ne peut se penser, de dialoguer avec l'insensé (certains n'y arrivent jamais, non parce qu'ils ne le veulent, mais parce qu'ils ne le peuvent)¹⁵. Le légal ne peut en effet se penser sans l'acte délictueux, car « il ne saurait y avoir d'acte hors d'un champ déjà si complètement articulé que la loi ne s'y situe.¹⁶ »

Dorénavant, il devint impossible de considérer l'état mental sans tenir compte de l'aspect légal. On ne pouvait plus se contenter de ne juger que l'acte, mais l'esprit en amont de celui-ci. Toutefois, sous le poids des découvertes en neurosciences, cette acuité a bifurqué sur l'articulation du cérébral et du légal. Or, comprendre le fonctionnement psychique n'est pas la même chose que de comprendre les rouages cérébraux sous un angle médical. N'oublions surtout pas que la plupart des procès criminels ont pour fondement l'intention accompagnant les gestes ayant entraîné la mort d'autrui. Les processus cérébraux ne peuvent

13. *Id.*, p. 39.

14. *Id.*, p. 45.

15. Pierre-Paul COSTANTINI, *L'acte se son énigme. Entre l'innommable et l'indicible. Psychopathologie en milieu carcéral*, thèse de doctorat, Saint-Brieuc, U. F. R. de Sciences Humaines, Université de Renne 2, 2007, p. 84.

16. *Id.*

formuler d'intentions, seul le psychisme de l'individu le peut, qu'il soit ou non appuyé par des processus cérébraux.

Il s'avère donc impossible de prédire nos pensées en étudiant le cerveau. La Cour criminelle et pénale ne peut ainsi se permettre de confondre état cérébral et état mental. Cet article convie donc avocats, juristes et experts à approfondir une réflexion soutenue à ce sujet. Ce faisant, il convie le lecteur à mieux comprendre à la fois le continuum et la mutation radicale de l'état mental par rapport à l'état cérébral. À partir de cette mutation naît l'interdépendance du droit et du psychique, le *psycholégal*.

CHAPITRE I : CADRE PSYCHOJURIDIQUE

Section 1 : De l'objectivité scientifique à l'atteinte du monde mental

À force de trop vouloir se rapprocher de l'objectivité médicale scientifique, et bien qu'il s'agisse là d'un effort louable en lui-même, la psychologie a fini par adopter son langage qui est celui des chiffres, de la matérialité, de la quantification, bref de la positivité. Elle a de ce fait perdu toute compréhension du psychisme (la vie proprement mentale), qualifié à tort de caduque de nos jours. Elle risque ainsi de ne plus rien comprendre aux intentions et motivations, à distinguer des mobiles qui proviennent des circonstances de l'ambiance¹⁷. Et c'est ce que nous constatons trop souvent, malheureusement, lors des procès criminels : les experts ne réussissent plus à crever l'abcès psychique des meurtriers, à croiser leur esprit, trop épris qu'ils sont de la positivité des instruments psychométriques qu'ils

17. Jeanine Solotareff, dans un ouvrage consacré à la pensée de Paul Diel, précise à ce sujet qu'« aucune observation établie de l'extérieur ne peut permettre (sic) de conclure avec certitude sur les intentions profondes qui régissent la délibération intime ». Voir Paul DIEL et Jeanine SOLOTAREFF, *Le symbolisme dans l'évangile de Jean*, Paris, Payot, 2004, p. 20. Les mobiles relèvent en effet de causes *accidentelles*, alors que les motifs naissent de causes *essentiels*, intrinsèques à l'individu.

utilisent¹⁸ ou trop enchevêtrés dans la comorbidité des diagnostics psychiatriques, entre autres.

Or, on accède aux motivations intimes, c'est-à-dire à la psyché, par la parole qui est souffle (psyché, du grec *psukhê* « souffle »), et non par des chiffres. En libérant une parole du souffle, ce à quoi devrait s'attarder toute expertise digne de ce nom, on peut extraire, à partir du savoir crypté dans l'agir humain, un savoir en paroles, c'est-à-dire l'état de conscience antérieur à cet agir.

La conscience et les motivations sont des états mentaux qui se produisent parallèlement aux états cérébraux. Ils surviennent, pour ainsi dire, *sur* les états cérébraux pour devenir différents de ces derniers. L'état mental, qui enferme les motivations d'agir, ne peut être appréhendé par les percées scientifiques du fonctionnement cérébral, si spectaculaires soient-elles. Les propriétés qualitatives de l'état mental ne peuvent donc s'appliquer aux phénomènes cérébraux, car elles subissent chez l'humain une mutation irréversible qui fait qu'elles acquièrent une plus-value propre au monde psychique. Une fois acquise, cette valeur psychique est irréductible aux états cérébraux, car elle donne la capacité d'émettre une valeur symbolique aux actes : l'agir peut ainsi devenir symptomatique, témoignant d'un souvenir en actes.

Un scanner peut chiffrer et quantifier très précisément l'activité cérébrale, mais ne peut strictement rien dire des

18. Après s'être éloignée de la philosophie, en se créant des instruments pour scruter et objectiver le fonctionnement psychique, la psychologie ne se trouve-t-elle pas, face aux excès du comportement humain dans l'agir criminel, dans la nécessité de revenir à l'ancien problème de la philosophie qui fut de saisir le sens de la vie, de l'action humaine? Toute la psychologie expérimentale (voire la nosographie psychiatrique) n'est-elle pas une vaste tentative de discernement du comportement *sensé*, c'est-à-dire une tentative de revenir à son essence philosophique de saisir le sens de la vie? Ces idées sont empruntées à Paul Diel, *Divinité, préc.*, note 6, p. 8 et 12.

motivations qui habitent l'individu « scanné ». Le monde intrapsychique n'est pas plus grand que la somme des composantes cérébrales, mais différent : similaire dans sa différence aux processus cérébraux. Ce monde ne peut être approché techniquement, mais uniquement par la parole. Et cette différence doit être bien comprise scientifiquement et surtout juridiquement, afin de mieux statuer sur l'agir humain, l'agir criminel en l'occurrence.

Section 2 : Du droit à la subjectivité

Les événements où sont convoquées les questions de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux selon l'article 16(1) du Code criminel canadien font presque systématiquement resurgir une subjugation médiatique qui étale sur la place publique la crédulité des uns et des autres. Comment donner sens (une valeur et une direction) à des actes qui nous portent au-delà de toute rationalité? Ainsi, dans la mesure où l'on ne peut concevoir la réalité, le monde, la vie, qu'en relation avec des repères rationnels déjà connus, on devient vite dépassé. Les règles élémentaires de la démarche scientifique imposent au contraire modestie et curiosité¹⁹.

Personne ne demande à souffrir de problèmes mentaux et aucune loi n'empêche d'être déséquilibré affectivement ou d'avoir des perturbations émotionnelles²⁰. Et il ne peut y avoir de mesure légale contre la souffrance mentale. Alors que certains individus sont naturellement dotés d'une sérénité éblouissante, d'autres sont déjà punis par la nature même de leur constitution, du fait de leur aliénation. Ce faisant, ils quittent partiellement le domaine de la responsabilité pénale. Il serait injuste de les punir une seconde fois (de les punir pour ce qu'ils *sont*, en fait), alors qu'ils sont dans l'incapacité de former une intention criminelle (*mens rea*). L'article 16(1) du Code criminel canadien est évocateur :

19. Marc MENANT et Serge TRIBOLET, *Bien réel le surnaturel. Et pourtant...*, Monaco, Éd. Alphée, 2009, p. 15.

20. Voir Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Gallimard, 1999, p. 16.

16. (1) [Troubles mentaux] La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais²¹.

Il faut comprendre de l'article 16(1) qu'au moment de l'infraction, l'individu est non seulement atteint d'un « trouble mental », mais encore faut-il que la nature de ce trouble abolisse son discernement au point qu'il ne puisse plus mesurer la portée qualitative de son acte (bien/mal). Toute l'expertise repose donc sur la nécessité de faire ressortir comment ce trouble, identifié de surcroît a posteriori, pourrait conditionner et expliquer l'action incriminée, ce qui est loin d'être évident²².

Pour être exonératoire, l'aliénation mentale suppose donc la réunion des deux conditions impératives que sont : (1) la présence d'un trouble mental chez l'accusé; trouble auquel s'ajoute (2) une incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Si la première condition s'intéresse à l'origine du déséquilibre psychique observé chez le malade, la seconde porte quant à elle sur l'incapacité nécessaire afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue aux termes de l'article 16 du Code criminel²³.

L'expert doit déterminer si, au moment des faits imputables, le sujet avait la capacité mentale de *choisir* entre deux

21. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46., art. 16(1).

22. Anne ANDRONIKOF, « L'expertise psychologique en matière pénale : une mission à haut risque », (2000) 74 *Connexions* 47, p. 49. D'après l'auteure, il faut aussi préciser que ni même la conscience des actes, c'est-à-dire la conscience de commettre une infraction, ni la préméditation, ne fonde nécessairement la responsabilité pénale de l'accusé. La légitime défense, par exemple, peut être exemptée de toute responsabilité alors même qu'elle serait absolument consciente et préméditée [Andronikof].

23. Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, Montréal, Thémis, 2009, p. 97.

lignes d'action, celles de commettre ou non l'infraction²⁴. Par exemple, un sujet peut savoir qu'il est en train de tuer quelqu'un. Toutefois, il se méprend sur la nature de cet acte, car il est persuadé, en raison par exemple de la particularité d'un trouble psychotique dont il souffre, que cet acte est bien ou nécessaire (ses « voix » intérieures lui ordonnent de le faire pour le « bien »).

Non seulement cette exonération représente un exercice ardu pour l'expert, mais il se complique aussi du fait que le terme même de trouble mental, souvent amalgamé avec celui de maladie mentale, ne va pas sans poser certains problèmes de correspondance avec les réalités auxquelles ces termes sont censés renvoyer²⁵. Les auteurs du *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*²⁶ reconnaissent eux-mêmes qu'il n'y pas de limites précises de ce concept.

Des juristes et magistrats se sont cependant penchés sur ces termes. Leurs efforts méritent d'être soulignés. Le jugement Rabey²⁷ de la Cour suprême du Canada, par exemple, conclut que « maladie mentale » est d'abord et avant tout une expression juridique, ce que certains experts tendent parfois à oublier. Dans ce jugement, l'honorable juge Martin souligne que l'expression recouvre à la fois une réalité médicale, sociale et juridique. Il précise qu'en dernier ressort, la question de savoir ce qui constitue une maladie mentale en est une de droit, car il s'agit d'un concept vaste englobant des troubles mentaux d'origines organique et fonctionnelle, guérissables ou non, temporaires ou non, susceptibles de se répéter ou non. Plus loin dans ce jugement, nous pouvons lire le passage suivant :

La définition actuelle de la maladie mentale en médecine ne sera peut-être pas la même demain. Le tribunal arrêtera le sens de l'expression maladie mentale à partir

24. A. ANDRONIKOF, préc., note 22, p. 50.

25. Voir notamment Thomas SZASZ, *Pharmacratie, médecine et politique, l'état thérapeutique*, Paris, Les trois génies, 2010.

26. *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 4^e édition, Paris, Masson, 1996.

27. *Rabey c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 513.

de la preuve scientifique telle qu'elle évolue de jour en jour. Le tribunal doit décider dans chacun des cas, en tant que question de fait, s'il y a maladie mentale au sens de la définition²⁸.

Le droit arrête donc le sens de l'expression « maladie mentale » à partir de la preuve scientifique « telle qu'elle évolue de jour en jour ». Cela revient à dire que meilleure sera l'acuité conceptuelle de ce qui est appelé « maladie mentale », plus le tribunal sera à même de décider si les faits exposés correspondent à ce qu'en cernent les sciences psychiques. Cette conjoncture nous conduit ainsi à réévaluer certaines assertions scientifiques.

En prenant appui sur l'article 16(1), la Cour cherche toujours, au-delà de la maladie mentale, à statuer sur la portion de subjectivité ayant passé à travers l'agir criminel, en dépit des déterminismes qui animent la personne. Or, la subjectivité n'est pas un concept médical²⁹, et n'est donc pas réductible au corps et au cerveau entendus dans leur organicité et matérialité³⁰.

Il serait cependant beaucoup trop long ici d'exposer toutes les écoles de pensée définissant la subjectivité. Pour circonscrire le problème posé dans une perspective psycholégale et clinique, nous limiterons la subjectivité à sa dimension psychique, référant ainsi à l'état mental d'une personne. Tout l'enjeu psycholégal, plus que médicolégal, est donc de déterminer ce qui est responsable de l'état mental d'un individu, c'est-à-dire de la disposition d'un individu à être sujet de son vouloir ou de son non-vouloir³¹.

28. *Id.*, p. 552.

29. *Subjectif*, dérivé du latin classique *subjectus*, « soumis, assujetti ».

30. S'il en était ainsi, un animal serait également *sujet* de ses actes, car rien dans le corps biologique humain ou dans nos fonctions mentales (mémoire, orientation, jugement, etc.) ne nous différencie spécifiquement de l'animal. En d'autres termes, notre subjectivité n'y est pas réductible et se trouve ailleurs. Voir Serge TRIBOLET, *La folie, un bienfait pour l'humanité*, Paris, Éditions de Santé, 2004, p. 45.

31. Nous excluons ici la défense d'automatisme qui désigne, en droit, « un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la *volonté* de l'agent. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait » R. c. D. (1971), 3 C.C.C.

Parmi les autres définitions de la maladie mentale dignes de mention, révisons celle fournie cette fois par l'honorable juge Dickson :

« maladie mentale » comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion³².

La pensée du juge Dickson est à la fois limpide et dynamique. Elle suggère que, pour constater les mécanismes de la maladie mentale, le « déséquilibre de l'esprit doit provenir d'une affection physique, psychique ou comportementale susceptible de perturber la raison et son fonctionnement »³³. Nous pouvons ainsi comprendre que le concept de maladie mentale est étroitement lié à celui de raison, raison entendue ici comme la lucidité même du sujet.

Mais il n'est pas fait mention dans cet arrêt si l'altération ou l'abolition³⁴ de la raison affecte la présence de *motivation* à un

(2d) 84, (Ont. C.A.), cité dans *Rabey c. R.*, préc., note 27. De là, « l'irresponsabilité pénale de l'individu qui, tout en étant capable d'agir, ne sait pas "qu'il est" au moment du crime (p. ex. : automatisme épileptique) [...] ; l'automatisme, en éclipsant la conscience de l'individu, détruit la capacité d'agir par soi ». Voir *Parent*, préc., note 23, p. 195 et 196. Toutefois, dans la mesure où les actes ne découlent plus de ses pensées, donc qu'il n'est plus sujet de ses actes, l'individu peut-il pour autant être tenu responsable de cette défense psychique prise de se séparer de lui-même?

32. *Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S., p. 1159. La pensée du juge Dickson est surtout métaphorique, car en accolant le mot « mental » à celui de « maladie », l'expression ainsi créée fait disparaître le sens littéral respectif de ces deux mots. Bien que l'expression *maladie mentale* soit communément admise, son adoption dans le processus judiciaire devrait susciter la prudence.

33. H. PARENT, préc., note 23, p. 103.

34. L'article 122-1 du nouveau Code pénal français, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, insiste sur la distinction entre altération et abolition du discernement. Il y est précisé que si un acte criminel est commis par une personne qui, au moment des faits, « est atteinte d'un trouble psychique

acte criminel. Perdre la raison (lucidité) signifie-t-il ipso facto perdre ses motivations d'agir? Et même s'il s'avérait possible qu'un acte soit dépourvu de motivation, le problème resterait entier : pourquoi cet acte demeure-t-il *nécessaire*, indépendamment ou malgré une maladie mentale avérée?

En résumé, même si un individu aux prises avec un trouble mental au moment d'un acte homicide n'avait pas l'intention de tuer, pourquoi cet acte devient-il malgré tout *nécessaire*³⁵ – à ses yeux? D'où vient cette nécessité si ce n'est de sa subjectivité, cette portion de soi-même indépendante de tout trouble mental?

ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes », la responsabilité de ses actes ne peut lui être imputée. La mission de l'expert est d'investiguer l'hypothèse de l'abolition ou de l'altération du discernement ou du contrôle des actes.

35. Un cas récent de nécessité d'agir dans un acte criminel est celui d'Anders Behring Breivik, auteur des pires massacres connus en Norvège, soit sur la petite île d'Utoya et au siège du gouvernement, le 22 juillet 2011. Revêtu d'un uniforme de police, ce Norvégien de 32 ans a d'abord fait exploser une voiture piégée dans le quartier des ministères, au centre d'Oslo, tuant huit personnes. Puis, il s'est rendu sur l'île d'Utoya, à environ une soixantaine de minutes de la capitale norvégienne, où se déroulaient les universités d'été du mouvement des jeunes travaillistes. Armé jusqu'aux dents, il a tiré à bout portant, tuant 69 victimes supplémentaires et faisant une centaine de blessés. Les docteurs Synne Serheim et Torgeir Husby ont estimé que l'extrémiste de 32 ans avec qui ils ont eu 13 entretiens souffre de psychose (« schizophrénie paranoïaque »), pathologie mentale qui aurait affecté sa capacité de jugement avant et au moment des faits qu'il a reconnus. À ce jour, s'il n'a jamais nié les faits, Breivik ne se reconnaît en revanche aucune culpabilité. Lors des premières auditions avec les enquêteurs, il avait admis que ce qu'il avait fait était « *atroce mais nécessaire* », selon les renseignements de la Radio France Internationale (RFI) datés du 29 novembre 2011 que nous avons consultés. Nous pouvons penser que cette *nécessité* rapportée par Breivik quant à ses actes monstrueux ne peut être réductible à la présence d'une psychose, mais qu'elle émane plutôt de sa subjectivité, échappant au trouble mental supposé. Le mouvement populaire de consternation laisse songer que les gens ne sont pas dupes, en ce que leur subjectivité sait en reconnaître une autre, et qu'elle reconnaît donc d'abord cette subjectivité à l'œuvre dans la personnalité de Breivik au moment des actes (sa responsabilité pénale), plutôt que la maladie de l'esprit.

Les développements qui vont suivre pourront être complexes, donc moins orthodoxes et immédiatement donnés à l'entendement. Mais il sera important de présenter cette élaboration, car nous explorons un champ novateur de contribution théorique. Notre intention est d'attirer l'attention sur les raisonnements particuliers des experts psychiatres et psychologues, lesquels apportent régulièrement leur apport à la justice criminelle et pénale.

En effet, à la différence d'autres experts comme les toxicologues ou les médecins légistes, ces *experts du mental* interviennent dans presque toutes les affaires criminelles. Aussi nous apparaît-il de la plus haute importance d'éclairer les juristes sur l'influence des *a priori* de ces experts dans leurs analyses et témoignages : sur quelles bases personnelles et théoriques fondent-ils leur opinion des faits? Telle est là la question centrale sur laquelle sera articulée la suite de notre démarche. On nous pardonnera toutefois, estimant la nature souvent inédite de nos propos, que le pendant juridique concret de ceux-ci ne puisse être autant exemplifié que certains juristes le souhaiteraient.

CHAPITRE II : ÉTATS CÉRÉBRAUX ET ÉTATS MENTAUX : UNE CONFUSION REGRETTABLE

À l'écoute attentive des procès criminels, un phénomène a suscité notre réflexion en s'imposant à nous, ne serait-ce que par sa récurrence : la diffusion, dans le champ judiciaire, de l'idée que les intentions ou les motivations proviennent du cerveau ou seraient modifiées par ce dernier. Un questionnement de fond semblait en esquisse. Quelques formulations aideront à mieux comprendre notre propos. Elles nous conduiront à l'étude du concept de l'unification que nous allons élaborer dans les prochains développements.

Si un individu est déprimé et violent après une rupture amoureuse dont il n'est pas l'instigateur par exemple, l'évidence qu'il s'ensuivra un déséquilibre neurochimique dans son cerveau est un truisme. Cet individu pourrait même en venir à tuer cette

personne qu'il aimait. Pourrait-on encore croire que sa dépression et sa violence meurtrière proviennent uniquement d'un désordre cérébral? Ne pas confondre : la « tempête » neurochimique n'est ici rien de plus qu'un *fait cérébral*, alors qu'avancer qu'il s'agit d'une *cause* à la violence ou à la dépression est une *opinion*, donc une interprétation subjective. Dans la mesure où l'on se tient au plus près d'un raisonnement rigoureux, rien n'empêche de penser que ce fait cérébral pourrait être la *conséquence* des pensées et des sentiments subjectifs vécus.

Si quelqu'un ou une situation provoque en vous un sentiment de colère ou n'importe quel autre, votre état cérébral se modifiera assurément. Cette modification est un fait incontestable, tout comme le fait que c'est votre sentiment qui en soit la cause, et non l'inverse. Rétablir chimiquement l'équilibre neurochimique dans votre cerveau rétablira cet équilibre seulement, mais ne changera rien aux sentiments qui donnent cours à une dépression ou aux motivations à la source d'une violence vengeresse, car ces sentiments ne proviennent pas de l'état cérébral. Les sentiments sont indépendants de la neurochimie, mais peuvent toutefois en perturber le fonctionnement. En outre, ce dérèglement de la neurochimie ne prouve pas la présence d'une maladie mentale³⁶, mais montre que c'est le psychisme de l'individu qui est troublé.

Autrement dit, la légalité des processus mentaux semble obéir à d'autres lois que celles qui gouvernent les processus cérébraux. Si le cerveau dirige, comme l'impose le médico-légal, nous ne sommes guère plus avancés : qui dirige le cerveau? On se heurte ainsi rapidement à un problème de circularité³⁷ qui nécessite d'autres fondements que médicaux : d'où les processus

36. À ce titre, si le critère de la présence d'une correspondance neurochimique devient le plus prépondérant pour établir la présence d'une « maladie mentale », et sachant qu'à tout état mental correspond une répercussion neurochimique, tous les états mentaux deviennent pathologiques, y compris tous les états mentaux dits « sains ». Le critère permettant d'établir s'il y a une maladie mentale ou non devient alors un jugement moral, et non un jugement objectif basé sur l'observation d'un fait pathologique avéré au sens de la médecine scientifique.

37. P. MARCHAIS, préc., note 4, p. 622.

cérébraux tireraient-ils leur autorité décisionnelle si, comme la médecine le pense, ils gouvernent les raisons d'agir? Où situer le centre de commande? Dans une assemblée de neurones? Bref, qu'est-ce que la science cérébrale vient faire ici?

Une maladie, en l'occurrence une « maladie mentale », entendue au sens médical comme un désordre cérébral, serait susceptible de rendre compte d'un état mental particulier (volonté, discernement) ou de l'abolition de cet état mental. C'est le mythe ou la théorie de l'unification³⁸ qui semble réduire l'individu à la sommation de ses déterminismes biologiques : l'état mental est réductible à l'état cérébral en une sorte de loi psychophysique.

Ainsi donc les faits psychiques, tous les faits psychiques, sont des faits naturels, capables comme tous les faits naturels d'être subsumés sous des lois qui gouvernent leur passé et leur devenir dans un monde clos où ne règnent que les relations de cause à effet. Ainsi deviennent-ils mesurables, évaluables, mais aussi et surtout plongent-ils leurs racines au plus profond de l'organe cérébral qui les fait naître. Il y aurait identité psychophysique³⁹.

Section 1 : Mythe ou théorie de l'unification

Dans une perspective unificatrice, le fait mental et comportemental n'est tributaire que du cerveau et, par extension, on utilise ainsi l'infiniment petit, soit le neurochimique et le synaptique, pour expliquer l'infiniment grand, c'est-à-dire l'acte criminel de l'homme dans son milieu.

Dans l'unification, les états mentaux n'apparaissent relever que d'états cérébraux, comme si le lien organique était le plus déterminant pour statuer sur l'état mental d'un accusé. Comme si, plus spécifiquement, seul l'organicisme, c'est-à-dire le corps

38. Jean-Jacques TYSZLER, « Quelle décohérence pour la clinique? », (2007) 3 *J. Fr. Psychia.* 25, 25.

39. Philippe GENEST, « Évaluation de la psychanalyse : la psychanalyse et les lois naturelles », (2007) 2 *J. Fr. Psychia.* 20, 20.

entendu comme entité uniquement scientifique, était représentant de la subjectivité de l'individu, soit de la portion de libre arbitre qui fait que nous sommes humains et uniques individuellement et qui est, en quelque sorte, juridiquement punissable. C'est en cela qu'il faut comprendre un lien *organique* entre responsabilité et volonté, impliqué dans l'acte, et qu'il faille en faire la démonstration.

Certes, rien n'est plus terrifiant que de voir rompu le règne de la causalité⁴⁰, causalité linéaire du moins (une causalité circulaire, voire spirale, fait appel à d'autres logiques utiles pour saisir les troubles mentaux⁴¹). Dans un contexte pénal où l'incompréhensible règne, une opinion séduisante peut être préférée à une absence d'opinion ou à une opinion autre que celle attendue médicalement ou socialement. Ce qui est séduisant n'est pas toujours vrai; ce qui repousse n'est pas toujours faux, et c'est souvent le cas pour une opinion qui ébranle certaines idées préconçues.

Au Québec, un récent et retentissant procès devant jury d'un médecin ayant tué ses deux enfants à coups de couteau s'est soldé par un tel verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Ce déchainement de la folie a produit un « effet de réel »⁴² dans la population, comme si cette folie avait anéanti la raison. La réalité s'est vue devancée par un pouvoir au-delà d'elle-même, comme si ce drame devenait plus que lui-même en cristallisant tout ce qu'il y a « d'insupportable, d'impensé »⁴³ dans la société. Mais au-delà du drame, il y a quelque chose qui surprend davantage dans ce genre d'évènement : alors qu'il devrait être l'occasion d'approfondir en profondeur l'articulation de la responsabilité pénale avec les termes de trouble mental, d'état mental, d'état cérébral, de diagnostic, de maladie, de maladie

40. Idée empruntée à Paul DIEL dans son ouvrage *Science et foi*, Paris, Payot, 2010.

41. P. MARCHAIS, préc., note 4, p. 625.

42. Anne DURAND, « Le prix de la rencontre », (2004) 3 *J. Fr. Psychia.* 7, 7.

43. *Id.*

mentale, et de subjectivité surtout, il tend au contraire à les cimenter dans une rigidité inquiétante.

Nous pouvions lire dans le Journal de Montréal du 26 mai 2011, à propos de cette cause, un article intitulé « Un cerveau malade » pour rendre compte, en fait, de l'état *mental* de l'accusé. Ce n'est pas nécessairement que « cerveau » et « mental » soient juxtaposés qui est inquiétant, mais le fait que l'on ne se pose même plus la question de ce faux doublet. « Cerveau » et « mental » renvoient à deux réalités qui, prises séparément, demeurent tout à fait pensables; mais en les associant, voire en les confondant, l'insinuation ainsi formée ne rencontre jamais le réel dont elle parle. À ce sujet, Boris Cyrulnik faisait sciemment remarquer que le fait de créer un monde parallèle avec des mots sans jamais rencontrer le réel dont ce monde parle « définissait le *délire* avant que les psychiatres ne s'en emparent »⁴⁴. Dans cet article donc, une psychiatre de la défense a témoigné en soutenant, à propos de l'accusé au moment des actes incriminés, l'argument suivant :

Son jugement s'en est trouvé extrêmement perturbé. Son cerveau ne fonctionnait pas de façon normale et rationnelle.

Si les propos de la psychiatre, qui est sans doute de bonne foi, traduisent véritablement le fond de sa pensée, ils confondent néanmoins, pour ce que nous avons pu recueillir de cette référence médiatique, l'état cérébral et l'état mental. Or, comment la façon de fonctionner d'un cerveau peut-elle être « rationnelle » ou « non rationnelle »? Seules les pensées le peuvent. Non qu'il faille dans ce cas exclure un *lien* entre ces deux états, entre le cerveau et la pensée, mais bien un rapport de *causalité unidirectionnelle*.

Nulle part n'est-il fait mention dans cette source documentaire si la psychiatre est questionnée par la magistrature pour savoir comment elle arrive à établir ce rapport. C'est là où le

44. Boris CYRULNIK, *Autobiographie d'un épouvantail*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 178.

bât blesse, car ce questionnement est lacunaire. L'épistémè de l'avocat ou du procureur en matière de sciences psychiques est peut-être incomplète, de sorte que son interrogatoire ou sa plaidoirie peut s'en ressentir. En cela, il convient de penser que le bénéfice qu'il peut alors retirer de l'expert ne peut être juridiquement optimal. De plus, sa capacité à discerner l'expert compétent s'amenuise.

Un extrait sténographié, tiré du procès susmentionné où la psychiatre témoigna au sujet du cerveau de l'inculpé, illustrera peut-être l'équivoque dans laquelle se trouve ici l'avocate de la Couronne – il fallait s'y attendre – dans sa plaidoirie.

On en arrive a des conclusions, on dit : « Le cerveau est perturbé. » Mais dans les faits, comment est-ce que le cerveau perturbé se transmet dans ou s'explique ou... comment est-ce qu'on arrive entre : le cerveau perturbé et arriver à la conclusion qu'il y avait une incapacité de juger? comment on est arrivé à traverser ce pont-là? c'est pas clair. Peut-être que ç'a été pour vous et ce sera à vous de le déterminer, mais ce qu'on a entendu c'est: « Cerveau perturbé, n'est plus capable de penser de façon logique, rationnelle, c'est totalement illogique que d'amener ses enfants, que de tuer ses enfants (sic)⁴⁵.

Dans ce passage sténographié de cette cause-type⁴⁶, nous percevons bien la vigilance de l'avocate de la Couronne qui cherche en vain à saisir comment fut établi dans le raisonnement de l'expert psychiatre le lien entre le cerveau et le comportement de l'inculpé. La perplexité de l'avocate pourrait toutefois être atténuée, dans la mesure où l'on comprend que la théorie de l'unification soutient le raisonnement de l'expert. On présume ainsi que la prémisse organique est sous-jacente à son raisonnement comme variable médiatrice explicative.

45. *Chambre criminelle et pénale*, District de Terrebonne, n° 700-01-083996-093, le 29 juin 2011, p. 30.

46. *Id.*

Il devient ainsi évident que la Couronne et la Défense doivent s'enquérir des postulats et des théories de l'expert, surtout ici face à des actes irrationnels : comment ce dernier pense-t-il l'impensable? Car « c'est une chose que d'avoir quelque chose dans sa pensée (concevoir l'au-delà de sa propre pensée) et autre chose que de comprendre que ce quelque chose est.⁴⁷ » Autrement dit, un expert peut feindre de comprendre que quelque chose existe au-delà de sa compréhension, alors qu'il n'en est rien. Il est permis de penser qu'un tel expert ne peut entrevoir de vérités possibles au-delà de celles que la science constate, plus vastes que ne le suggère son opinion limitée. Pensons aux vérités philosophique (*aletheia*) et juridique (l'intime conviction)⁴⁸.

En outre, si l'expert utilise des expressions et des mots précis, on doit s'informer à quoi ils renvoient *exactement* selon lui. Il ne faut pas craindre d'y mettre une insistante précision, et ce, pour d'importantes raisons : non seulement faut-il vérifier ce que ce mot ou cette expression peut signifier dans la profession de l'expert, mais encore la coloration qu'il lui confère *personnellement* dans la situation actuelle : en outre, ce mot est-il utilisé dans un sens littéral ou métaphorique? Car les théories de l'expert révèlent *toujours* des éléments fondamentaux de sa personnalité, de sa façon de voir et de conceptualiser le monde. Et quand on sait à quel point la personnalité se trouve à être l'unique instrument de travail de l'expert, ses théories en disent long sur lui-même. Des mots comme « maladie » ou « cerveau » par exemple, bien qu'utilisés en médecine pathologique et psychiatrique, sont loin d'inférer la même signification dans ces deux champs médicaux. À l'avocat ou au procureur de veiller à le discerner chez l'expert et à le faire ressortir en Cour.

Un *a priori* organique (causalité cérébrale), couramment invoqué comme un axiome par l'expert psychiatre (et parfois par l'expert psychologue) à la base de son diagnostic, a souvent la

47. P.-P. COSTANTINI, préc., note 15, p. 85.

48. Marc Louis BOURGEOIS, « Les quatre vérités : philosophique (*aletheia*), scientifique (apodicité), juridique (l'intime conviction), humaine (biosociopsychopathologie) », (2012) 170 *A. Méd. Psychol.* 88.

même force probante qu'un diagnostic pathologique, alors que le diagnostic psychiatrique ne repose que sur l'opinion personnelle du psychiatre, et non sur un fait objectif (examen en laboratoire). Dans ce cas, il s'agit d'une logique du *tiers inclus*⁴⁹ où l'expert ne peut se soustraire de son influence sur la personne évaluée (d'où les expertises contradictoires). Mais en raison de la prémisse organique invoquée par ce dernier – sans preuve objective, rappelons-le – il s'ensuit souvent un effet de déresponsabilisation de l'inculpé face à son acte devant le tribunal. Car la prémisse organique *apparente* donne ici à penser qu'il s'agit d'une logique de *tiers exclu*⁵⁰ pour arriver au diagnostic, comme celle utilisée en médecine pathologique où l'expert passe par un instrument objectif indépendant de sa subjectivité pour statuer sur le diagnostic.

Inversement, un *a priori* mentaliste (causalité psychique) insistant sur la personnalité de l'inculpé (non sur le diagnostic) semble le responsabiliser davantage face à son acte. Avec cet *a priori*, c'est la crédibilité et la personnalité de l'expert qui confèrent la validité de son témoignage, puisqu'il tente de comprendre des processus mentaux (intentions) qui ne peuvent l'être autrement que de manière subjective, indépendamment de l'avant-gardisme des outils neuroscientifiques en vogue. C'est justement parce que le mental ne peut être appréhendé que dans une relation intersubjective qu'il serait vain, sinon absurde, de vouloir l'objectiver totalement, car cela reviendrait à le faire disparaître⁵¹. Sitôt nommé, le silence disparaît. Ainsi en va-t-il du mental qui, sitôt objectivé, disparaît.

C'est à dessein que nous insistons de différentes manières sur le fait que la cause présumée organique d'un comportement n'explique pas l'intention de ce comportement. En fait, cela n'explique rien, mais ne fait qu'*associer*, par exemple les gestes, les pensées ou les comportements d'un individu, à un problème

49. P. MARCHAIS, préc., note 4, p. 622.

50. *Id.*

51. Le juriste ne doit donc surtout pas se laisser intimider par un jargon technoscientifique en rapport au mental.

d'ordre cérébral. Si scientifique que soit cette association, nous savons bien que même les vérités scientifiques, d'ailleurs sujettes à interprétation, peuvent « fatiguer la vérité⁵² ». Si nous insistons tant ici sur le mot « associer », c'est justement en raison du fait que plus une situation se judiciarise, plus le choix des mots devient important et laisse des marques dans l'esprit des gens, et plus il faut être prudent et ne pas confondre la vérité scientifique avec la vérité juridique⁵³. Nul doute que le cerveau, organe matériel, est en cause dans l'agir d'un individu. Mais sous-entendre qu'il serait la cause de l'agir est incompatible avec une pensée psycholégale rigoureuse. L'existence d'une correspondance entre l'affectivité intentionnelle et les centres subcorticaux et corticaux d'autre part est loin de prouver que le psychisme n'est qu'un épiphénomène de l'organique.

Dans la mesure où ce sont pratiquement toujours des psychiatres qui sont appelés comme témoins experts dans les causes criminelles, cela ne crée-t-il pas une conjecture particulière? Le droit laisse peut-être ainsi percevoir une tangente en ce qu'il incline presque toujours vers l'expert psychiatre pour s'éclairer sur ces questions, ce qui enserme la réflexion dans une prémisse unidirectionnelle, partant de l'état cérébral vers l'état mental, c'est-à-dire un *a priori* organique. Il existe en effet une parenté formelle entre le droit et la psychiatrie qui dénote une parenté historique de fond, chacun ayant eu besoin de l'autre en se renforçant mutuellement : la psychiatrie d'une part, pour se donner un statut « scientifique » dont elle avait grandement besoin, par son entrée dans le monde judiciaire; le système judiciaire d'autre part, pour consolider ses décisions en faisant appel à des psychiatres⁵⁴. L'indice de cette filiation, vieille de

52. Ouverture de séance, « Société médico-psychologique et École nationale de la Magistrature, 24 octobre 2011 », (2012) 170 *A. Méd. Psychol.* 81, p. 81. Au sujet de cette vérité scientifique, dont il faut jauger avec réserve : « L'empreinte génétique du sperme retrouvé sur une victime étranglée est celle de X. Cet homme est-il le coupable? Pas sûr. Il n'est peut-être que l'amant qui a précédé le vrai criminel, comme l'enquête le démontrera. »

53. M.-L. BOURGEOIS, préc., note 48.

54. Pierre HAÏK, « Vérité judiciaire et discours psychiatrique », (2001) 2 *J. Fr. Psychia.* 21, 21.

plusieurs siècles, articulant l'organicisme médicopsychiatrique au fonctionnement judiciaire, c'est que si elle était dévoilée, d'autres experts que psychiatriques seraient appelés plus souvent à la barre pour témoigner des phénomènes mentaux dans les causes criminelles.

Entre bien comprendre les processus cérébraux d'une part, et bien comprendre les processus mentaux d'autre part, il y a beaucoup plus que l'établissement d'un diagnostic et de faire des liens entre l'agir et le cerveau. Il y a un changement complet de paradigme. Songer que l'état cérébral ne cause pas directement le comportement, et avancer que ce serait plutôt le sens que le sujet confère à son expérience qui motive son comportement, lequel sens s'inscrirait ailleurs que dans son cerveau, voilà une opinion susceptible d'être repoussée parce qu'elle interrompt le plaisir du repos dans les croyances publiques et scientifiques habituelles. Mais elle n'est peut-être pas fausse pour autant. En la respectant, on ne pourrait donc pas réduire la raison d'un acte criminel uniquement à la présence ou l'absence d'une condition dite objective, que celle-ci soit organique, voire sociale (mobile). Le lien organique (l'état cérébral) entre responsabilité et volonté ne serait donc pas suffisant ou le plus probant. Il faudrait considérer d'autres variables médiatrices entre ces deux conditions.

Une dysfonction cérébrale due à une lésion ou à une intoxication peut devenir cause d'un dysfonctionnement de l'esprit. Mais la dysfonction cérébrale en elle-même, tout comme le cerveau, en tant qu'organe du corps⁵⁵, ne peut être pourvue d'intention ou de pensée. Seule la psyché, en tant que principe immatériel de la vie, en transcendant les états cérébraux, confère à l'individu l'intention d'agir, bien que les organes qu'elle emprunte comme support anatomique pour se matérialiser puissent être altérés dans leur fonctionnement. En fait, le cerveau n'est que la condition somatique de l'intention. L'intention est constituée d'éléments énergétiques qui n'ont pas de « lieux » (au sens anatomique), mais qui établissent plutôt des rapports entre eux. L'expert est en ce sens un témoin du fonctionnement

55. Corps, du latin *corpus*, « cadavre ».

psychique. Il l'interprète, il lui donne un sens, mais la réalité mentale lui échappe⁵⁶.

Si l'unification traduit une unité somatopsychique des états cérébraux vers les états mentaux, alors l'influence peut tout aussi bien s'exercer en sens inverse⁵⁷ : un esprit troublé par une intention criminelle, par exemple, finit inévitablement par affecter le soma⁵⁸ et en perturber le fonctionnement. Ce qui importe juridiquement de cerner, selon nous, c'est l'*ordre* des influences, c'est-à-dire ici de l'état mental vers l'état cérébral. Cet ordre est important, puisqu'il est susceptible d'affecter la responsabilité criminelle, avons-nous précisé.

Le trouble de l'esprit peut ainsi devenir cause d'une métamorphose pathologique, mais cette dernière, parce que plus facilement vérifiable, peut être prise à tort pour origine première et seule explication de l'état de l'inculpé au moment des gestes criminels. À l'heure actuelle, nous constatons à regret que les « causes » organiques deviennent trop souvent des « raisons » lorsqu'il s'agit d'invoquer la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

56. Lorsqu'il s'agit de la vérité du monde psychique intérieur, une pensée purement scientifique anatomiste voulant traduire le langage immatériel du mental tombe nécessairement à la limite de l'absurde : le fait mental devient un fait cérébral « réel », occultant ainsi complètement le champ dynamique sous-jacent. Or, la traduction [dans un contexte psycholégal par exemple] du langage immatériel et nécessairement symbolique de la psyché humaine n'a pas pour but d'aboutir à une preuve logique ou scientifique, mais à une conviction *intuitive*, c'est-à-dire une conviction dans l'organisation légale du monde mental.

57. Voir par ex. l'ouvrage du prix Nobel de physiologie et de médecine, John C. ECCLES, *Comment la conscience contrôle le cerveau*, Paris, Fayard, 1997.

58. Selon *Le Robert dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey, 2004, le *soma* désigne, en biologie, « l'ensemble des cellules non reproductives de l'organisme, par opposition au *germen* ».

Section 2 : Une mutation intrapsychique irréversible indispensable à la justice pénale

Plusieurs arguments juridiques et médicaux pourront à raison s'opposer aux propos précédents. Pensons à la défense d'automatisme mental, où la tolérance des états mentaux comme nous venons de l'évoquer ne semble pas possible, du moins dans l'état actuel de nos connaissances. Par exemple, après avoir subi l'emprise médicale, la folie fut introduite « dans l'univers abstrait de la pathologie, en emprisonnant ses secrets dans la constellation des signes qui l'expriment »⁵⁹, marquant ainsi une transformation radicale dans la compréhension de la souffrance humaine. Elle passait ainsi d'une essence mystique et théologique dans laquelle elle baignait depuis des siècles à une existence médicale empirique, dominante aujourd'hui dans les témoignages d'experts.

Or, le partage d'une opinion par le grand nombre, fut-elle scientifiquement la mieux établie, n'est pas nécessairement garante de sa force probante. Faut-il rappeler qu'en droit, c'est la compatibilité de l'opinion avec l'ensemble de la preuve qui importe, fût-elle seule, plus que la convergence d'opinions⁶⁰. Ainsi, en même temps que la folie était aspirée par la sphère médicale, ses secrets furent encapsulés dans le nouveau langage codifié de cette sphère, bloquant ainsi l'accès aux coulisses du monde psychique, dont seul le signifiant psychologique permet le franchissement. C'est ce langage proprement psychique qu'il nous faut (re)mettre de l'avant dans l'expertise pénale.

Loin de nous l'idée que toute véritable compréhension psychologique et psycholégale doit exclure un substrat biologique. Au contraire, il s'agit dans certaines causes d'un impératif. Toutefois, il faut bien voir qu'à partir de l'espèce humaine s'opère une *mutation décisive* séparant une partie de l'activité mentale (fut-elle automatique) de l'activité cérébrale, sans que pour autant

59. H. PARENT, préc., note 23, p. 100.

60. Christine BENOÎT et Karina PIGEON, « L'expertise et la contre-expertise en matière familiale », (1993) 25 R.D.U.S. 175, 207.

le continuum évolutif biopsychique soit interrompu. L'organisation cérébrale et somatique, jusqu'ici spectaculairement prépondérante comme moyen adaptatif chez toutes les espèces, cède le pas à la différenciation décisive de l'intrapsychique chez l'humain.

C'est au-delà du seuil établi par cette mutation intrapsychique que la justice pénale peut s'exercer, non en-deçà. C'est donc en étudiant la *subjectivité* que l'on peut mieux cerner les raisons d'agir, non en se limitant à présumer un désordre cérébral au moment des faits.

Psychologiquement définie, la subjectivité est ce qui échappe à la détermination immédiate⁶¹ par l'effort délibératif individuel, tout en étant soumise à l'ensemble des déterminismes, donc aux antagonismes et contradictions internes. Si l'individu abdique devant cet effort de la sélection sensée (conférant à la fois une direction et une valeur aux actes), lequel effort supposant la tolérance réfléchie du flux énergétique des contradictions internes, il commet une faute d'abord et avant tout envers lui-même. C'est la faute essentielle, celle qui, dans l'ordre des influences, est en amont de l'acte.

L'acte civilement louable ou juridiquement coupable, par où passe cette indétermination subjective (c'est-à-dire là où apparaît paradoxalement la subjectivité), n'est donc que le résultat second d'une faute première et essentielle de la subjectivité de l'individu envers la vie : le refus de voir clair en soi-même en tolérant ses processus mentaux antagonistes. Il y a là en quelque sorte une forme de vengeance de l'individu contre la vie mentale, laquelle se transforme en vengeance essentielle, qui est la vengeance de la

61. Paul DIEL, *La peur et l'angoisse*, Paris, Payot, 2004, à la p. 144. L'auteur précise : « Le sens de l'évolution consiste en la progressive libération à l'égard des déterminismes internes *actuels* et externes (*ambiance*). En apparence automatique chez l'animal, la détermination en voie de libération devient intentionnelle et prévoyante chez l'humain où l'émotif se transforme en motif : en causation intrapsychique de la réactivité qui devient activité voulue. » La tension interne devient, pour ainsi dire, *intention* (tension intérieure).

vie⁶² : tôt ou tard, à défaut des remparts de son esprit, à défaut du respect de cette légalité psychique, ce sont les remparts réels des murs de la prison ou de l'internement qui devront contenir cet individu⁶³.

Ce que nous appelons « sujet » en psychologie, tout comme en droit, se situe précisément au-delà des déterminismes, y compris les déterminismes organiques. Du moins, il échappe à la détermination immédiate. Nous proposons l'appréhension de cette subjectivité, au-delà des déterminismes organiques, par le concept de survenance.

Section 3 : La survenance : d'une pensée anatomiste au fonctionnement psychique

Toute discipline possède un vocable qui traduit sa pensée sous-jacente. La pensée médicale est une pensée positiviste en ce qu'elle est *anatomiste* : elle localise ou tente de faire correspondre à toute manifestation clinique un substrat organique. Nous l'évoquions précédemment en insistant sur le terme d'association entre les états cérébraux et les manifestations observables. Dans plusieurs occurrences pathologiques, la correspondance est avérée : la sémiologie (signes des maladies) est directement causée par un processus organique pathogène. On parle dès lors de signes primaires, en ce qu'aucune interférence ne vient s'interposer entre le processus pathogène organique et son expression sémiotique⁶⁴. Songeons seulement à la maladie de Parkinson.

62. Cette idée de la vengeance de la vie est empruntée au psychanalyste français Denis Vasse, lors d'une entrevue à la radio suisse romande sur Espace 2, à l'émission « À vue d'esprit », ayant pour thème *Naître pour la mort, naître à la vie*, du 27 juin au 1^{er} juillet 2005.

63. Denis VASSE, *L'ombilic et la voix*, Paris, Seuil, 1974, p. 197.

64. Georges LANTÉRI-LAURA, « La sémiologie psychiatrique : son évolution et son état en 1982 (1983) » (2007) *Évolution Psychiatrique* 72, 763. Contrairement aux signes primaires, les signes secondaires supposent l'interférence de la *personnalité* dans le processus d'expression, en ce qu'ils correspondraient « à des essais d'accommodement de la partie saine du sujet avec ses propres maladies et avec le monde extérieur ». Les signes secondaires marquent donc la naissance officielle de la

Cette pensée anatomiste, si précieuse en médecine « somatique », s'expose toutefois à des critiques sérieuses et légitimes dans la mesure où elle prétend étendre son emprise à l'ensemble des phénomènes mentaux de la psyché. S'il est juste d'avancer que la psyché n'existe pas en dehors du soma ni à l'intérieur de celui-ci⁶⁵ (on ne peut la localiser sur le plan *anatomique*), cela veut dire que les phénomènes mentaux ne peuvent être appréhendés que selon leur *fonctionnement*.

Si la psyché « n'existe » pas au sens positiviste, son fonctionnement, lui, s'avère par contre une modalité existante pouvant être approchée, étudiée et éventuellement comprise. Il faut donc éviter d'inférer le fonctionnement psychique à partir du fonctionnement cérébral. Malheureusement, il peut arriver que la mécompréhension du monde psychique soit dissimulée par une insistance descriptive des processus cérébraux.

Cette appréhension de la psyché selon son fonctionnement traduit le concept de *survenance*, un terme redevable à l'auteur français Philippe Genest⁶⁶. Il l'a défini comme étant « la qualité qui émerge du support physique de son effectuation, une sorte de plus value qui n'obéit pas à la description physique qui la sous-tend »⁶⁷. Elle consiste en une relation de dépendance ontologique, mais asymétrique ($A \rightarrow B$), contrairement à la symétrie de la relation d'identité ($A \leftrightarrow B$) de l'unification. L'auteur propose de l'illustrer à partir de l'œuvre d'art, dont on admet qu'elle est entièrement contenue dans le matériau physique qui la réalise ($\text{Œuvre} \leftrightarrow \text{Matériau}$), alors que sa dimension esthétique s'émancipe et ne se résume pas à la description naturaliste de l'œuvre et dudit matériau ($\text{Matériau} \rightarrow \text{Œuvre}$). L'auteur précise :

Les actions de l'être humain et ses intentions ne s'expliqueraient pas seulement à partir du cerveau qui les produit, mais aussi et surtout en référence à la galaxie

psychopathologie, soit l'intervention de la *psyché* du sujet qui brouille en quelque sorte la manifestation *pathologique directe*.

65. P. DIEL, *Culpabilité et lucidité*, préc., note 12, p. 23.

66. P. GENEST, préc., note 39, 21.

67. *Id.*

des autres états mentaux où elles surgissent (histoire, société, culture) et qui permet de leur donner du sens⁶⁸.

Ainsi, une part des phénomènes mentaux s'émancipe de l'explication neuronale (causale-anatomiste) pour s'ancrer dans la compréhension de l'univers sémantique qui la voit naître (raison), ce qui constitue une vision globale du monde psychique, mentionne-t-il. Nous proposons la figure suivante pour l'illustrer :

Les temps 1 et 2 ne sont pas chronologiques comme la figure le laisse penser, mais analogiques. La distinction en deux temps n'est proposée que pour schématiser conceptuellement la compréhension du processus.

À l'opposé du mythe de l'unification, le concept de survenance ramène le cerveau en tant que support des possibilités des états mentaux plutôt que de les confondre avec les états cérébraux en eux-mêmes. Ainsi, à partir d'un certain seuil, la survenance exclut fondamentalement l'unification ou une pensée anatomiste. Alors que l'unification implique une explication matérialiste des états mentaux comme la pensée et l'esprit, la survenance implique une composante à la fois immanente et

68. *Id.*

surnaturelle⁶⁹, donc un *dualisme continu* plutôt qu'un matérialisme fondamental.

La survenance est compatible avec une pensée légale. Mais à notre connaissance, elle n'a fait l'objet d'aucune étude publiée dans ce domaine, et peut-être n'a-t-elle jamais été imposée dans les consignes adressées par un juge à un jury pour leurs délibérations, simplement parce qu'aucun expert n'y a sensibilisé la Cour. Il nous faut donc faire le constat que la Cour n'est pas bien éclairée en la matière, alors que la survenance représente le trait d'union psycholégal peut-être le plus important en contexte pénal. Concept charnière situé à mi-chemin entre la matérialité du cerveau et l'incorporéité de la psyché, la survenance délimite une zone psychojuridique qui pourrait, nous l'espérons dans un proche avenir, combler un certain vide juridique.

CONCLUSION

Ce qui relève du mental, comme les intentions, les motivations, les raisons, le sens de l'action, transcende la base matérielle d'où il prend sans doute une partie de son origine, le cerveau. C'est en cela le concept de survenance⁷⁰, qui ne rejette pas le *lien* entre les états cérébraux (le cerveau) et les états mentaux (la pensée), mais bien la *causalité*.

La causalité peut être envisagée dans un contexte psycholégal, mais justement sous l'angle psychique. Il n'est pas inutile de rappeler la sagesse du langage : « parler » c'est « causer »⁷¹. C'est en parlant, en causant, que l'on en vient à cerner les causes essentielles de l'agir humain, ses motivations. Ces dernières donnent un accès direct à la richesse infinie des états mentaux. Le disciple⁷² devient visible à qui sait entendre.

69. « Surnaturel » est employé ici au sens courant, c'est-à-dire qui ne s'explique pas par les lois naturelles connues.

70. P. GENEST, préc., note 39, 20.

71. P. DIEHL, *Le Symbolisme dans la bible*, préc., note 1, p. 67.

72. Le mot « disciple » est un néologisme employé par Michel Foucault dans son ouvrage *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963.

Les états mentaux ont des existences « relationnelles », les uns par rapport aux autres, qui sont indépendantes des processus cérébraux, bien que ces derniers soient vraisemblablement impliqués dans leur apparition. La psyché (la subjectivité), en langage psychojuridique, c'est lorsque nous référons à l'état mental d'un inculpé, avant, pendant et après les faits pour lesquels il se retrouve dans l'enceinte judiciaire. Les experts, et en dernière instance le juge, auront pour tâche de rendre compte de cet état mental. La perspicacité dont ils devront faire preuve pour réaliser ce mandat bénéficiera grandement de l'inclusion de la survenance dans leurs réflexions.

La survenance mène à la subjectivité, soit la part de libre arbitre et d'unicité que possède chaque être humain au-delà de ses déterminismes. L'expert aide la justice à jauger la fraction de subjectivité passant à travers certains actes. Ainsi, le cerveau peut être affecté matériellement, mais la pensée et les motivations qui l'utilisent pour se manifester ne peuvent point l'être. Ces motivations relèvent d'une responsabilité strictement individuelle, alors que des mobiles d'ordre relationnel, social ou culturel peuvent leur servir secondairement d'appui. Ces motivations ne sont donc pas réductibles au cerveau, mais surviennent sur les états cérébraux. Cette survenance est en continuité tout en marquant une mutation radicale avec le cerveau.

Intégrer le concept de survenance dans le système judiciaire, c'est rétablir le blason du fait mental en incitant à l'écoute du psychisme, et donc de la parole qui donne accès aux motivations. La psyché, c'est le souffle qui porte la voix en montrant la voie pour rejoindre la conscience de l'inculpé et ce qui s'y trame, c'est-à-dire ses motivations, une des clés de l'agir criminel. « Bien que l'acte *semble* se défaire du langage, il ne peut pourtant exister sans celui-ci.⁷³ » L'agir, surtout criminel, donne ainsi faussement l'impression d'être détaché de la parole de son auteur. Il n'en est rien. Lorsqu'un individu lève son bras, son action ne peut être détachée de la pensée « il lève son bras ». Le mouvement est *en même temps* parole. « Quelle différence existe-t-

73. P.-P. COSTANTINI, préc., note 15, p. 209.

il entre le fait de lever son bras et le fait de dire « je lève mon bras »? Aucune, car dire sans faire ou faire sans dire sont de simples apparences : dire et faire sont un même acte.⁷⁴ » L'expert compétent le saura. Il aura la patience d'acquérir ce savoir, ce qui fait qu'il saura le mettre à profit pendant ses expertises, pour ensuite le mettre à la disposition de la Cour. Il deviendra ainsi un témoin sérieux de la justice.

La Cour, avec sa dimension rituelle et emblématique, avec l'enjeu du serment, ne sert qu'à instaurer les conditions essentielles pour que cette parole puisse se déployer en vérité. C'est dire à quel point la parole est fondamentale pour établir le droit, car sans elle, aucune réalité n'est pensable et possible. Tenter de rétablir la véracité des faits, c'est-à-dire des événements susceptibles de produire un effet juridique, c'est d'abord un acte de parole.

En récapitulant nos propos pour conclure, nous pourrions dire que l'interdépendance entre les états mentaux et les états cérébraux n'est pas compénétration. Elle laisse subsister entre ces deux champs d'études une distinction logique et nécessaire, avec leur réalité et leurs opérations propres⁷⁵. Bien que les états mentaux prennent appui sur les états cérébraux, vient un temps où ils s'en détachent comme une modalité autonome⁷⁶; ils se détachent d'une pensée anatomiste à laquelle on voudrait à tort les assimiler. Il ne s'agit donc plus de comprendre l'état mental à partir de l'état cérébral, mais à partir d'un certain seuil, de comprendre le premier indépendamment du second. L'expertise

74. Serte TRIBOLET, « L'homme séparé », Article internet puisé à partir du livre de l'auteur : Tribolet, *Folie supra* note 30 à la p.8. En ligne : <www.collectif-reos.org/NET/img/upload/152_S.Tribolet.pdf>.

75. Cette idée est résumée depuis les temps anciens, comme en témoigne l'aphorisme suivant tiré de l'évangile selon Saint-Jean : « Ce qui est né de la chair est chair, et ce qui est né de l'Esprit est Esprit. » Voir Jean, III, 6 et 7, *Bible de Jérusalem*, Nouvelle édition revue et corrigée, Les éditions du Cerf, Rome, 1999, p. 1822.

76. Ce savoir autonome, par défaut de repérage, n'est malheureusement pas toujours transmis dans la formation des aspirants aux sciences psychiques.

psycholégale perdrait ainsi toute sa valeur si elle ne gardait une indépendance entière par rapport à toute interprétation dogmatiquement imposée par les champs d'études associés aux thèses cérébrales.

Comme le mentionne Genest, cette opération qui distingue l'état mental de l'état cérébral implique d'apprendre à renoncer aux outils qui servent généralement les neurosciences. Cette différence ne prouve pas une quelconque supériorité des états mentaux, mais cela leur réserve un espace où les disciplines associées aux états cérébraux et leurs outils ne peuvent pas ambitionner d'opérer⁷⁷. Cela permet de mieux cibler la nature du travail psycholégal à effectuer pour être un meilleur allié de la justice.

La vérité ne peut s'incarner complètement dans les individus, il faut pour cela qu'elle soit suggérée. C'est là un des rôles essentiels des experts psycholégaux. Le mental (l'esprit) n'étant pas un organe physique, et donc ne répondant pas à une structure anatomique précise, il est impossible d'y observer une lésion. L'étude du champ mental consiste plutôt en une saisie de son fonctionnement.

À nous, aux magistrats, juristes et experts, de ne jamais l'oublier.

77. P. GENEST, préc., note 39, 21.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES LEÇONS DE PIERRE LEGENDRE SUR LA CASSE SUBJECTIVE :
NOUVELLE CLINIQUE JURIDIQUE AUTOUR DU TIERS?

Auteur(s) : Christian SAINT-GERMAIN

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 3

Pages : **671-721**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10315>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10315>

Page vide laissée intentionnellement.

**LES LEÇONS DE PIERRE LEGENDRE
SUR LA CASSE SUBJECTIVE :
NOUVELLE CLINIQUE JURIDIQUE
AUTOUR DU TIERS?**

par Christian SAINT-GERMAIN*

L'incapacité d'aborder les problèmes de terrain et de définir une politique judiciaire autrement que sur un mode *humanitaire*, qui évacue la fonction normative comme fonction humanisatrice des jeunes, cette incapacité se paye par des *effets de casse*. Il y a un phénomène de déstructuration des juges eux-mêmes, qui rencontre cette haine du droit, cet antijuridisme si traditionnel en France, aujourd'hui masqué par le discours plus ou moins creux des droits de l'homme. Je suis effrayé par les effets de l'incohérence et de la paresse intellectuelle dans notre pays, où les nouvelles générations font les frais du nouvel obscurantisme¹.

*. Christian Saint-Germain est professeur titulaire au département de philosophie de l'UQÀM. L'auteur tient à remercier ses collègues Jean-François Gaudrault-Desbiens, vice-doyen à la recherche de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, et le professeur émérite Maurice Boutin, de l'Université McGill, pour leur lecture et suggestions dans la rédaction de cet article. Les opinions émises dans cet article n'engagent cependant que son auteur.

1. Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident, Aspects théoriques*, Paris, Fayard, 1999, p. 167.

L'œuvre de Pierre Legendre² constitue la forme la plus éclairante d'une analyse du contexte institutionnel entourant la montée en Occident d'un « néo-sujet »³. Elle offre une contrepartie complexe à la tentative de réduction procédurale et de simplification managériale du sujet moderne. Le juriste comprend comme « effet de casse »⁴ les turpitudes existentielles d'un genre nouveau que les psychanalystes Jean-Pierre Lebrun et Charles Melman décrivent cliniquement à travers l'apparition d'un « homme sans gravité »⁵ ou sous les traits d'un « néo-sujet ». Nous ne connaissons de la casse en Amérique du Nord que les « casseurs » qui font ponctuellement leur apparition pendant les sommets économiques ou après des parties de hockey avec l'intention avouée de vandaliser les biens publics ou privés.

-
2. L'œuvre du juriste français est abondante, elle compte notamment une série de *Leçons* dont la plus connue au Québec est *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989. Mais il y a aussi *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, Paris, Fayard, 1983; *L'ineffable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident, Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985; *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, Paris, Fayard, 1988; *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992.
 3. Jean-Pierre LEBRUN, *La perversion ordinaire. Vivre ensemble sans autrui*, Paris, Denoël, 2007, p. 15.
 4. Pierre LEGENDRE et Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse, Leçons IV, suite 2*, Paris, Fayard, 1990, p. 195.
 5. La notion d'homme sans gravité fait évidemment référence à la plasticité de « L'homme sans qualités », littéralement « sans propriétés » (*ohne Eigenschaften*) de Robert MUSIL, mais également à l'apesanteur morale dans laquelle vit le consommateur moyen, unité statistique ordinaire utilisée pour calculer le frisson d'indignation ou d'adhésion à la surface des masses, et bientôt les réactions neuroéconomiques. Il désigne en outre l'existence d'un sujet administré depuis les principes managériaux à l'œuvre dans les mécanismes de gouvernance actuelle, c'est-à-dire un sujet biologisé compris en dehors de toute considération tragique. Charles MELMAN, *L'homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Paris, Denoël, 2002.

Cette expérience perturbatrice cache pour Legendre une réalité qui met en cause structure et subjectivité. Le déclin de la compréhension de la fonction d'autorité du droit par la communauté juridique elle-même n'est pas étranger à cette débâcle intergénérationnelle⁶. Crise auto-immune, violence sans projet d'ordre nouveau, cette contestation chorégraphiée⁷ donne à penser en dehors du champ répressif. Les sujets qu'elle met en scène paraissent comme des criminels d'occasions, individus pulsionnels insignifiants au plan social, aberrants au plan moral.

Legendre prend acte tout à la fois du péril de l'atrophie subjective et de la dé-subjectivation⁸ contemporaine pour l'institution du Droit, et de l'incapacité de la discipline à reconnaître, par indigence théorique, sa portée symbolique⁹. L'étudiant en droit moderne ne saurait d'ailleurs pas reconnaître

-
6. « L'indifférence à l'égard de la problématique subjective, dans la plupart des milieux des juristes et sous les régimes issus de la matrice du *Ius commune* européen (Common Law, mais aussi pays de tradition codificatrice, particulièrement en France où règne à cet égard un conservatisme effréné), à peine masquée par le recours aux experts psy, eux-mêmes imperturbables devant le monument juridique de l'Occident, serait dérisoire, si elle n'avait pas des effets que j'estime dramatiques; la contribution du système des lois et des pratiques juridiques à la casse subjective des nouvelles générations ». P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, préc., note 4.
 7. Au sens où est pratiquement prévisible la répétition de ces phénomènes par l'encouragement médiatique du direct et la reconstitution du stéréotype d'une jeunesse apparemment contestataire. C'est bien davantage parce que la jeunesse en général s'accommode du statu quo consumériste qu'une frange infime en est réduite à l'expression de crises sans lendemain.
 8. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 23.
 9. Le sujet de droit ou du droit n'apparaît pas hors la trame sociale qui le met en fabrique : il est la pointe de l'iceberg social qui le fait émerger ponctuellement à l'occasion des dispositions du texte infracteur. Son statut et sa consistance doivent être appréciés depuis une compréhension plus globale du contexte et des enjeux institutionnels qui président à son actuelle mutation.

les *sources du droit*, pas plus qu'il n'est formé pour remonter vers les problématisations séculaires de sa discipline qu'il identifierait éventuellement à des préoccupations surannées¹⁰. C'est sans doute la raison pour laquelle Legendre décrit avant tout l'ordre juridique non pas en tant que contenu positif,¹¹ mais en terme de structure ou de système,¹² essentiellement comme histoire de la mise en scène des enjeux « ligamentaires » de la subjectivité. Structure porteuse de la subjectivité, le droit est compris dans sa force transversale d'impératif de différenciation (un savoir tranché) comme point de rencontre des nouages (*vincula*) essentiels dans la vie sociale à l'économie d'une anthropologie dogmatique¹³. Le

-
10. En plus de la méconnaissance anthropologique de la fonction juridique, la disparition de l'enseignement de la rhétorique dans les facultés de lettre et de droit n'est pas étrangère non plus à cette amnésie des mécanismes et des ressources fondamentales de la discipline. Voir Chaïm PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 2002, p. 7-15.
 11. Ce à quoi s'emploient, avec l'ardeur propre au ressassement académique, un grand nombre de philosophes du droit contemporain. On découvre rapidement au contact de son œuvre que la perspective anthropologique du juriste français aborde des questions autrement plus profondes que le font, ou même ne peuvent le faire, les philosophies du droit actuel. Legendre prévient d'ailleurs des limites de la félicité circulaire de la philosophie ces termes : « Si l'on n'y prend garde, la théorisation moderne nous emporte dans son tourbillon, de sorte qu'insensiblement nous perdons pied, nous enfonçant dans une représentation de la normativité déliée de son rapport au phénomène de la parole. Je crains fort que les écrits théoriques ne se réfèrent de plus en plus qu'à eux-mêmes, n'apportant à la société que le bruit léger de controverses vraiment légères ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, préc., note 2, p. 142-143.
 12. « Si j'utilise le terme « structure » au sens de « construction », qui nous entraîne vers la métaphore architecturale, j'ai aussi recours au concept antique de « système », si éclairant pour saisir la Société en tant que Texte, assemblage de discours (...). Pierre LEGENDRE, *Le point fixe. Nouvelles conférences*, Paris, Éditions Mille et une nuits, 2010, p. 36.
 13. Legendre n'est pas sans connaître les réticences issues de l'ignorance des contemporains à l'égard du terme *dogmatique*. « Mais l'on n'ose pas toucher au mot *dogmatique*, tenu par beaucoup pour une épave de la culture préindustrielle, un déchet venu des sociétés non encore

discours juridique accompagne l'idée d'une parole relevée aux effets superlatifs, psychodrame de l'autorité de la parole humaine mise en scène par le théâtre du droit. Cette trame dramatique qui relie la représentation tripartite du procès et le rôle généalogique des États est supposée immuable, à la manière des sobres intrigues du théâtre Nô.

Pour établir le caractère *vital* du discours juridique et de sa forme instituée, Legendre s'appuie sur deux postulats anthropologiques; le premier reprend l'axiome maussien¹⁴ selon lequel, dans la plupart des sociétés archaïques, une force « oblige à rendre quand on a reçu »¹⁵. Le second lie l'interdit de l'inceste aux découvertes freudiennes sur la fonction paternelle et l'inconscient. Ces deux prémisses forment l'entrelacs psychosocial¹⁶ indispensable pour que l'articulation juridique puisse, en redoublant les données anthropologiques, exprimer la notion de dette (d'un à *payer* : un *dû*) et le principe abstrait de substitution requis par le Tiers juridique (*au nom de*) fourni cette fois par le déploiement de la fiction paternelle.

Le discernement juridique opère d'abord par la parole juste. Le montage d'une structure ternaire, indissociable d'une conception de l'être humain en tant qu'être parlant, ne prend toutefois pas appui sur l'objectivité de la vérité scientifique, bien que cette dernière puisse être appelée à fournir sa contribution

sécularisées ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Leçons VII, préc., note 2, p. 33.

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

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

16. Nous verrons, plus loin dans le texte, jusqu'où la notion de dette est métabolisée dans son discours.

dans le débat contradictoire¹⁷. C'est que la réalité de l'être parlant n'est pas donnée par l'immédiateté des choses même, mais par la détermination linguistique du réel. Ce présupposé n'apparaît jamais plus clairement qu'à l'occasion des usages du langage juridique et de sa capacité à saisir dans ses rets et à retraduire dans ses termes la réalité initiale perçue par les parties. La vérité en droit n'est pas adéquation au réel,¹⁸ mais fonction¹⁹ : elle sert l'autorité à la manière d'un faire-valoir au théâtre. Héritière des formulations latines, cette autorité tient à un acte de parole, à la solennité de son empire lexical.

17. « Les problèmes du Droit ne se confondent pas avec la Science (...) ». P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Leçon VI, préc., note 2, p. 47.

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

19. Legendre conçoit le montage dogmatique du droit essentiellement comme une déictique de la référence, de la case vide qui soutient la suprématie du *au nom de*. « (...) Les institutions nous montrent la vérité comme une fonction. Ce propos porte à conséquences, car la science du procès romano-canonique encercle tout le système objectiviste des preuves dans son propre espace de fiction. Cela, le droit romain de l'Antiquité l'avait dit avec force, dans cette maxime que nous a transmise Justinien et que les juristes européens répètent à satiété : « *la chose jugée est reçue à la place de la vérité* » (*Res judicata pro veritate accipitur*), texte inscrit (...) au Digeste, 50.17.207. J'ai traduit littéralement la préposition *pro*, qui n'est pas ici sans faire résonner l'équivoque. Quel est cet *à la place de*? C'est à la fois l'indication topologique dans l'espace du montage dogmatique, et la reconnaissance de ceci : la vérité joue fondamentalement comme garantie du discours du juge, ce discours produit au nom de la Loi. Dans un procès où la doctrine de l'objectivité aurait fait faillite, la sentence n'en serait pas moins vraie ». P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Leçons II, préc., note 2, p. 186.

La notion de droit repose intrinsèquement sur l'aspect et les qualités d'une parole singulière si l'on considère que les sentences romaines sont formulées comme *ius*. Émile Benveniste ajoute : « Ici est l'empire de la parole » (...). Le *iu-dex* [littéralement, juge], de *ius dicere*, est celui qui dit la règle ». Il ajoute : « ce n'est pas le faire, mais toujours le prononcer qui est constitutif du « droit », soit l'acte de parole » par excellence »²⁰.

L'autorité du droit repose sur la performativité d'un langage sans équivalent dans la vie sociale et qui, tantôt reconnaît les individus, tantôt les identifie, les désigne et règle l'ordre des dévolutions. Le juriste français y découvre un dispositif sponsal incontournable, le butoir causal des questionnements humains, des pourquoi abyssaux²¹. Consacrant la forme d'un assemblage ternaire, cette configuration ne souffrirait d'aucune permutation sans engager des conséquences exceptionnellement ruineuses pour les victimes. Dans le scénario extrême de la « casse », l'individu n'accéderait à la subjectivité que dans l'après-coup de sa déréluction symbolique. Par exemple, à l'occasion d'un procès concernant un passage à l'acte, l'ordre juridique, en intimant à un individu de répondre de ses actes, le fait émerger pour la première fois comme sujet²².

20. Marc DERYCKE, « Autorité: retour aux sources », (2009) 1-35 *Le Télémaque* 113, 118.

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

22. Le cas Lortie illustre cette effectivité de l'ordre symbolique alors qu'en l'espèce, l'accusé interrompt sa tuerie lorsqu'interpellé par une figure paternelle cohérente en la personne du sergent-d'arme René Jalbert, ou plus tard lorsqu'il refuse de bénéficier de la défense d'aliénation mentale afin de pouvoir s'expliquer avec la Loi.

Cette *inexorabilité* de la structure déclencherait l'inéluctabilité²³ d'effets à retardement, comme si Legendre transposait dans le champ social l'hypothèse de la formation de la psychose formulée par Jacques Lacan²⁴ : ce qui n'a pas été symbolisé dans l'histoire d'un individu fait retour dans le réel sous le mode hallucinatoire, manière la plus simple d'esquisser ce que Lacan formalise sous l'appellation du nom-du-père, notion reprise par une kyrielle de glossateurs linguistes, topographes et imitateurs de toutes pointures. Bien qu'ayant développé un aspect clinique dans son œuvre, Legendre ne se saisit des cas particuliers qu'aux fins de la perspective plus large de l'analyse institutionnelle, matrice d'aberrations subjectives potentielles.

Dans la plupart des cas, une ligne de fracture surgirait dans l'histoire personnelle à l'occasion d'un changement de statut dû à des éléments déclencheurs symboliquement chargés par le signifiant paternel: paternité, naissance ou perte d'enfant, stérilité²⁵. Pour en expliquer la genèse, la psychanalyse lacanienne

-
23. Au plan individuel une nuance doit être apportée. Revenant sur les propos de Lacan dans son séminaire sur la psychose, Philippe Julien écrit: « Le dit prépsychotique n'est pas reconnaissable comme tel. Il se conduit, semble-t-il, comme tout le monde; socialement parlant, il réussit assez bien à faire son petit bonhomme de chemin. De quelle manière? Par une série d'identifications purement conformistes à des personnages qui lui donne le sentiment de ce qu'il faut faire pour être un homme », ou de ce qu'il faut faire pour être une femme. Ainsi, « par l'intermédiaire d'une imitation, d'un accrochage » à l'image du semblable, du pair, qui lui sert de béquilles, le prépsychotique peut vivre sans qu'une psychose se déclare. (...) Ça se répète dans le pair jusqu'au jour où surgit l'im-pair : il arrive que l'événement comme *rencontre du réel* vienne bousculer cet équilibre ». Philippe JULIEN, *Psychose, perversion, névrose. Une lecture de Jacques Lacan*, Paris, Érès, 2000, p. 41 et 42.
24. Voir Jacques LACAN, *Les psychoses 1955-1956. Le séminaire livre III*, Paris, Seuil, 1981. Sur cette question : Corinne FELLAHIAN, *La psychose selon Lacan. Évolution d'un concept*, Paris, L'Harmattan, 2005.
25. Le modèle « canonique » ayant été décrit par Freud après sa lecture des « Mémoires d'un névropathe » qui rapporte les constructions délirantes du président de la Cour d'appel de Dresde, Daniel Schreber, et

emprunte au droit le concept juridique de *forclusion*²⁶ et renvoie, dans le contexte de la subjectivité, à ce qui n'a pas été dit, fait ou engagé au bon moment dans l'histoire personnelle de l'individu, et par ricochet le voue au désir de reconstruction de la réalité par ses propres moyens, voire au solipsisme au sens où, pour un individu, l'entrée dans la psychose s'accompagne le plus souvent du sentiment de centralité. Le psychiatre Henri Grivois décrit cette expérience de décompensation psychique en ces termes :

Dans la psychose naissante, un homme soulevé dans un tourbillon se retrouve au centre d'un cyclone qui mobilise autour de lui l'humanité devenue pour lui un phénomène subjectif, animé, quasi palpable. (...) Je n'ai jamais rencontré de psychose naissante qui, sous une forme quelconque, n'ait abordé et ne vive déjà la centralité²⁷.

L'efficacité fonctionnelle de la figure paternelle ne relève pas d'un attachement immodéré pour quelque ordre ancien; elle agit comme un levier émanant des dispositions stables de figures identitaires cohérentes et différenciées. Il s'agit d'épargner les souffrances de l'enfant-roi qui ne s'est jamais vu assigner de *place de droit*, ni de limite. L'enjeu réside dans la tâche, pour la génération précédente, de soustraire le nouveau venu au statut d'autodidacte perpétuel. Ce chassé-croisé autour d'une position qui n'a jamais été donnée et occupée véritablement se répercute

repris par le fondateur de la psychanalyse dans *Cinq psychanalyses*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2010.

26. « J'ai indiqué que l'instance sociale du dogmatisme, c'est-à-dire essentiellement l'instance du juridique comme tel, était d'abord là pour entraver la poussée *naturelle* de la psychose. Une bonne façon de l'entendre est de prendre rigoureusement le terme de forclusion introduit par Jacques Lacan. J'ai critiqué les traductions qui s'éloignent de la traduction littérale. (...) *Forclusion*, terme issu de la procédure civile, veut dire : les délais sont passés, le temps est arrivé de leur déchéance ». P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, *Leçons II*, préc. 2, p. 28-29.
27. Henri GRIVOIS, *Le Fou et le mouvement du monde*, Paris, Grasset, 1995, p. 21.

dans tous les secteurs de la vie adulte. Comment s'étonner que les enfants modernes ne tiennent plus en place? Aux fins de l'analyse, retenons simplement l'idée d'une sorte de retard, ou encore d'une dette générationnelle à payer.

Pour établir la rhétorique d'un *inexorable de la structure*,²⁸ Legendre entrelace histoire du droit romain et psychanalyse. L'inexorable de la structure implique une certaine manière de faire des nœuds. À travers les institutions, le droit devient alors un « point fixe »²⁹ par où passent des ficelles et sans lequel il n'y a justement plus de possibilité d'obtenir la tension requise pour faire tenir ou resserrer des liens. Pour faire image, disons que l'*index* de la main de justice permet d'immobiliser un point précis dans l'espace où doivent s'entrecroiser par exemple les fils généalogiques de la filiation, ou encore ceux du droit successoral. L'argument d'inexorabilité doit être compris dans son étymologie : le sens de *inexorabilis* se déploie depuis l'*exorare* de l'acte d'oraison précédé ici par la négation menaçante du *inexorare* qui signifie « ce qui ne peut être vaincu par les prières ». Legendre construit ses *Leçons* sur cette opposition. L'inexorabilité s'applique à la structure ternaire et désigne le passage obligé par l'Interdit;³⁰ mais dans un même moment, elle suppose une dynamique tragique dont on ne saurait faire l'économie sans déclencher des débâcles auxquelles même les prières ne sauront mettre fin. Le registre de la supplique s'accorde implicitement avec celui du sacrilège et du retour de flamme.

À la fois précaire et inexorable, le droit *Précaire* - si l'on comprend le latin juridique *precarius* au sens de *obtenu par la*

28. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 28.

29. Voir P. LEGENDRE, préc., note 12.

30. « L'enjeu de l'Interdit, résumons-le : la capacité, pour chaque être humain, d'*entrer dans les liens*, en métabolisant ce qui fait obstacle à la vie, l'inceste et le meurtre sous toutes leurs formes ». P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, préc., note 4, p. 12.

prière - la structure du tiers procède d'un *faire-obstacle* susceptible de céder à tout moment. L'architecture de cette construction délicate repose sur la fiction, l'invocation, l'artifice. *Inexorable* parce qu'incontournable sous l'angle de la différenciation, *indéménageable*³¹ parce que le dénouement de la structure défait tous les points nodaux d'un même plan sans les trancher; et finalement catastrophique, si l'on prétend s'y soustraire. Il importe de comprendre l'apposition comme lien intime unissant *precarius et inexorabilis* : prière au sens de soumis à la discrétion de celui ou celle à qui s'adresse la demande; inexorable, c'est-à-dire « littéralement *ce qui résiste aux prières*, l'interdit qu'on ne peut fléchir, dont la transgression développe des effets dévastateurs et irrévocables »³². L'instance juridique ne tiendrait qu'à la structure de l'adresse à un grand Autre. Dans le texte de Legendre, elle est tiraillée par la plus étonnante épreuve de souque-à-la-corde. Fragile, elle ne tient qu'à l'adresse qui la soutient, mais simultanément elle sert de support à qui l'invoque.

La métaphore ligamentaire et nodale opère constamment dans le texte de Legendre, qui renoue avec la trame institutionnelle en utilisant des ficelles (*funicula*) qu'il importe de savoir tirer, tantôt pour faire tenir debout le Sujet monumental, l'État (*potestas ligandi*) à travers les fictions du droit, tantôt pour délier le sujet dont l'image fondatrice est rappelée en Occident par la ligature d'Isaac (livre de la Genèse, chapitre 21, verset 4). Legendre tire les applications anthropologiques de la ternarité grâce aux liens étymologiques reliant *iu-dicere*, *inter-dicere* et *inter-*

31. « Voilà le plus difficile à considérer, l'idée d'un *indéménageable de la représentation*, pour lequel il n'est pas possible de mobiliser la conception habituelle de l'historicité, au sens de l'histoire sociale, économique, etc. ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Leçons VII, préc., note 2, p. 236.

32. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Leçons VIII, préc., note 2.

*pretium*³³ à la parole d'autorité³⁴. Ainsi lové à la justification de l'Interdit et exposé à l'alternative entre différenciation ou anéantissement subjectif, le droit implique le maniement du subterfuge savant, l'arsenal de la temporisation et l'astuce de la division des mots, procédés qui, chacun à leur manière, font obstacle à la fusion avec l'objet absolu³⁵. Lorsqu'elle obéit aux conditions de félicité linguistique³⁶ que prescrit le rituel juridique à travers la «sanctification des textes», ³⁷ cette parole « qui

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

34. « Le droit est une chose qui est à montrer, à dire, à prononcer ». Bernard RIGAUD, « Théorie du droit et psychanalyse. Un pouvoir absolu de mort à l'origine? », *L'inactuel*, Nouvelle série, n° 2, Printemps 1999, Paris, Circé, p. 55-75 et p. 62.

35. « Pour l'individu comme pour une organisation, le principe de Raison - la non-folie - se joue précisément par les grands moyens symboliques, c'est-à-dire par le travail institutionnel des métaphores destinées à imposer la différenciation d'avec l'Objet absolu - entendez d'abord : d'avec la Demande absolue. On peut être fou de Dieu, fou d'Hitler, de Mao, de la Science, de n'importe quel Objet emblématique promu en absolu. Le lien totalitaire n'est pas un lien, mais un non-lien, un état de fusion avec l'absolu, où la mort elle-même n'est pas représentable - faute d'avoir accès au vide qu'introduit la dimension structurale de l'énigme -, et les meurtres à tout-va ne sont qu'un effet dans une conjoncture non pas de dépersonnalisation, mais de dé-métaphorisation du langage et du support institutionnel de la vie ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, préc., note 2, p. 174-175.

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

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

montre »³⁸ (*iu-dicere*) réordonne la réalité. En droit romain, les paroles sont des actes de désignation et le juge accompagne d'un geste de l'*in-dex* le moment de « dire le droit » ou de se prononcer³⁹.

Le droit serait-il donc la reprise langagière d'une vaste extrapolation de déictique manuelle? Au-delà des effets de toge, des envolées oratoires et de tous les procédés de la rhétorique verbale, la gestuelle du droit paraît concentrée sur le sens figuré de ce que peuvent saisir ou abandonner les mains humaines. Le plus souvent, l'usage des mains est réduit au singulier : une seule main suffit pour tenir en mainmorte l'étonnante dextérité manuelle de toutes les figures de la captation. Rappelons la chaîne métaphorique qui relie aux « mains de justice » : l'*é-mancipatio*, le créancier chirographaire, la saisie en main tierce, sans compter les références à l'*index* (étymologiquement, qui annonce) et au pouce qui ratifie. En droit français, celui qui promet d'acheter ou de vendre est encore appelé dans la littérature juridique le *pollicitant*. Les jeux de mains sont-ils pour autant des formes rudimentaires condensées dans la signature? Conserveraient-ils encore une fonction? André Carenini rappelle que « si l'on veut bien admettre que le mot *polliceor* (promettre) est dérivé du mot *pollex*

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

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

(pouce), on peut imaginer qu'une coutume semblable, c'est-à-dire d'engagement par le pouce, devait exister dans la Rome antique »⁴⁰. Le tiers juridique se tient à l'origine sur le bout de la langue latine.

Le règne du droit s'établit depuis la causalité abstraite que représente la fiction paternelle et l'exigence d'un saut au-delà de la certitude sensible. Il n'y a pas de vie sociale sans que ne s'impose l'abstraction fictionnelle, la prévalence métaphorique. La puissance de nommer ne s'étend pas seulement au découpage de la totalité; elle va jusqu'à la division des mots et permet le maniement des ficelles, des fictions qui réordonnent le réel selon un principe généalogique. Si la « puissance paternelle » est inséparable de la capacité de nommer l'enfant,

le don d'un nom à l'enfant est un moment crucial de l'accès à la paternité. *A parte subjecti*, il permet aussi à l'homme devenu père de subjectiver cette nouvelle dénomination qui modifie sa condition. C'est là où la dimension institutionnelle de la paternité s'impose dans l'évidence: comme l'exhibe l'acte de donation du nom, devenir père est un événement fondateur de sens qui implique une reprise du passé et une transmission de vie orientée vers l'avenir. Le nom propre comme nom du père enracine ainsi la vie des vivants doués de paroles dans une tradition qui renvoie à un au-delà du perçu, déterminable comme horizon temporel passé (l'ancêtre) et comme horizon futur (la descendance). (...) C'est dire que le nom du père est une condensation paradigmatique de la fondation institutionnelle d'un sens ⁴¹.

L'idée de « justice généalogique » est coextensive de la reconnaissance de la position paternelle, de cette place inventée et

40. André CARENINI, « L'homme, la parole et le geste » dans Jean POIRIER (dir.), *Histoire des mœurs II. Modes et modèles*, Paris, Gallimard, 1991, p. 82.

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

soutenue par le tissu social⁴². L'institution du droit et la fonction paternelle sont en quelque sorte « débiteurs solidaires » de la réalité psychique des individus. Toute l'oeuvre de Legendre tourne autour de la démonstration des *effets de la solidarité* entre le sujet et le droit. Il y voit pour l'Occident le processus civilisateur même :

Le juridisme a son poids pour une raison fort simple : l'inconscient lui aussi est juriste et toute la vie humaine n'est qu'une déchirante démonstration où l'axiome ne défaille jamais. La vérité nous tient. Quant à savoir le vrai sur le vrai, nous pouvons toujours courir⁴³.

L'anthropologie juridique de Legendre est aussi une singulière théorie des nœuds, qui doit toutefois être distinguée de la faveur consentie au noeud borroméen par les épigones de Jacques Lacan. Aux amateurs de la topologie borroméenne, Legendre oppose le nœud gordien. Plus précisément, il propose un supplément nodal à l'intrication borroméenne. Il aime apparemment la constriction des ficelles, en particulier les attaches qui ne peuvent se dénouer et que l'on doit trancher,⁴⁴ plutôt que celles qui, à l'instar du noeud borroméen, ne sont que le résultat de l'assemblage de trois ronds de ficelles autonomes qui

42. « De même la notion d'autorité s'éclaire-t-elle; l'autorité ne procède pas d'un contenu, mais de la place de l'émission du message : cela est dit *parce que cela doit être dit*, qu'il faut entendre *dit à la bonne place* ». P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, préc., note 2, p. 47.

43. P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, préc., note 2, p. 27.

44. Le tissu social implique toujours le tressement d'un grand nombre de fibres, bien que le noeud puisse être considéré comme les mésaventures d'un cercle, le droit n'a pas affaire à des *noeuds triviaux* mais à une série limitée, quoique complexe, de formes de liens qui ne peuvent être dénoués sans avoir été tranchés, rompus. En mathématique, « un problème central est de pouvoir décider de façon calculable si le noeud est trivial (peut se défaire sans couper la ficelle) ou non », en ligne : <<http://planetesciences.fr/gd/Th-e2-orie-des-Noeuds.htm>> (consulté le 25 juillet 2011)

peuvent d'elles-mêmes se défaire. Il écrit à propos des insuffisances funiculaires lacaniennes que

la familiarité avec des théoriciens dogmatiques devait me mettre sur la voie de comprendre pourquoi les observations de Lacan sur le nœud borroméen, telles qu'il les a formulées, exigent d'être complétées de telle sorte que leur facture fondamentale de discours ne soit jamais perdue de vue. (...) Posant la problématique du lien d'humanité, le nœud borroméen appelle d'autres développements, en particulier quant à la notion même de lien. (...) Le *gordien* est le nombre de fois qu'il faut trancher dans la ficelle pour défaire ce nœud; il mesure la complexité du nœud⁴⁵.

Ce faisant, Legendre ramène l'essentiel de la fonction juridique à la qualification entourant la détermination du statut généalogique des individus, au *départage* savant des biens et des choses et à la capacité symbolique de cette discipline d'engendrement du sujet. Il traduit en terme de ternarité juridique ce que Lacan soutenait en termes de primauté du tiers langagier, de prééminence de l'ordre symbolique comme lieu d'engendrement du sujet. Il n'est de dynamique duelle qu'à la condition de l'existence d'une instance *implicite*. Même s'il est au fondement de la subjectivité, le sujet n'en reconnaît pourtant pas immédiatement l'importance décisive. Comme le rappelle Jean-Pierre Cléro,

l'auteur des *Écrits* et des innombrables séances du *Séminaire*, a, d'un bout à l'œuvre de son œuvre, montré que cette opposition binaire, éventuellement avec son dépassement ne suffisait pas; qu'il fallait ajouter un troisième terme, qui condamnait l'opposition sujet/objet au statut de simple relation imaginaire, et qu'il fallait invariablement situer ce troisième terme du côté de ce

45. P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, *Leçons II*, préc., note 2, p. 89.

qu'on pouvait appeler le symbolique. (...) Le symbolique est le véritable fondement de la subjectivité, même s'il est inévitable que la subjectivité se prenne pour le véritable fondement, reléguant le symbolique à une place mineure, alors qu'elle en dépend⁴⁶.

Cet horizon descriptif conduit à procéder par voie négative pour approcher ce que Legendre entend sous les termes d'autorité et de droit. Le droit ne saurait être réduit à un discours technique parmi d'autres dans le champ des sciences sociales, pas plus qu'à une instance passive susceptible d'entériner tous les agencements opportunistes issus du changement des mœurs. Cette position est attribuée le plus souvent à une insensibilité aux droits de minorités enclines à occuper l'espace public, mais étonnamment désireuses d'épouser des formes institutionnelles dont elles dénonçaient auparavant le conformisme⁴⁷.

Le droit est la mise en forme de ce qui permet à la fois le nouage du sujet à une réponse causale et la reprise institutionnalisée d'enjeux inextinguibles dans le psychisme humain, comme le désir de meurtre⁴⁸ et d'inceste. Pour Legendre, le sujet pâtit en proportion des atteintes portées à cette structure pérenne. C'est que le droit est un arrangement à l'amiable avec ce qui ne cesse de faire retour dans la dynamique inconsciente de chaque individu et demeure continûment en souffrance pour toute société. Il implique une structure⁴⁹ en mesure de manœuvrer, de

46. Jean-Pierre CLÉRO, *Y--a-t-il une philosophie lacanienne?*, Paris, Ellipses, 2006, p. 60.

47. Voir Bruno PERREAU, « Faut-il brûler Legendre? », *Vacarme* 25, Automne 2003, p. 62-68, et une plus substantielle diatribe soixante-huitarde dans Michel TORT, *Fin du dogme paternel*, Paris, Aubier, 2005.

48. « Les institutions, dans leur principe, ont affaire au meurtre ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit, Leçons VII*, préc., note 2, p. 354.

49. « J'insiste donc sur la nécessité de penser l'histoire du droit romano-canonique et de ses développements au-delà du Moyen Âge en termes de phénomène de structure. Aussi ai-je à m'élever de nouveau (...) contre la

décoller le sujet par le truchement de l'image, des représentations, du désir indestructible et intemporel de toute-puissance.

Le sujet de droit est ainsi soustrait à toute compréhension biologisante, enchâssé qu'il se trouve avant sa naissance dans la trame d'un ordre symbolique qui le précède, et soumis au texte juridique que chacun, dès son entrée dans la vie sociale, ne saurait ignorer⁵⁰. De ce point de vue, toute réduction du sujet à sa réalité physiologique apparaît comme un processus de désubjectivation, une mise au silence.

C'est sous cet angle que Legendre entend montrer, en dehors de tout psychologisme, sur quoi repose la subjectivité et par quoi elle est tenue. Le « tenir » institutionnel est garant de la capacité du sujet et de l'élaboration subséquente de l'*ob-ligatus* juridique et moral. Toutefois, le droit ne peut ignorer la rupture actuelle entre les processus traditionnels de subjectivation et les institutions. Dans cette perspective, la structure tripartite qu'emprunte l'exercice de ce savoir ne se résume pas simplement à une forme historique contingente ou transitoire; elle recèle une portée universelle exprimée à travers la finesse des montages dogmatiques⁵¹. Pour la modernité, cela signifie que la plasticité

folklorisation de l'histoire juridique en général, tâche à laquelle semblent s'être voués, en France particulièrement, les tenants d'une érudition sans concepts ». P. LEGENDRE, préc., note 11, p. 319.

50. « C'est parce que la loi est sue, même par ceux qui de toute évidence l'ignorent, que la loi fonctionne normativement, comme texte, par personne interposée ». P. LEGENDRE, préc. note 37, p. 41.

51. « Le terme grec *dogma* renvoie à ce qui paraît, qui apparaît, qui semble et se fait voir, jusque dans la feinte ». P. LEGENDRE, préc. 1, p. 78. Legendre précise la nature de ce discours en ces termes : « (...) est dogmatique le discours qui traduit en termes normatifs la mise en scène sociale de la causalité. Sur ce point la confusion est aujourd'hui totale entre le Droit et la Science, du fait que nous ne comprenons plus ce qui les sépare quant à la notion de causalité : la causalité juridique relève du déterminisme de l'Interdit, elle est affaire de représentation et de sens; la causalité scientifique se place, non pas sur le terrain de l'Interdit, mais de l'efficacité instrumentale. Autrement dit, la normativité juridique est

des individus et des formes institutionnelles n'est ni indifférente, ni illimitée. L'intérêt pour l'autorité du droit échappe à la confusion avec les mécanismes sociologiques qui permettent d'établir à une époque donnée le degré de confiance des individus pour cette discipline. La crise des institutions n'est plus une affaire de degré de confiance si l'on considère le diagnostic général posé par le sociologue Julien Freund pour qui

la caractéristique fondamentale de notre époque réside dans le fait que toutes les activités humaines sont soumises en même temps à la contestation interne et à une critique radicale. Aucune n'est épargnée. Il ne s'agit donc plus d'une dissension limitée à la politique, à la religion, à l'économie ou à la pédagogie, mais dans leur ensemble elles sont assaillies jusqu'y compris la morale, le droit, la logique (...) avec l'intention supplémentaire, plus ou moins avouée, de les discréditer. La conséquence en est une lente érosion conflictuelle de toute la société⁵².

Freund saisit bien que la critique moderne des institutions ne relève pas seulement de l'objection intellectuelle, mais prend aussi une tournure hostile, celle d'une destruction sans désir d'inventer quoi que ce soit d'autre à travers la posture apparemment critique du cynique ordinaire. L'intention de discréditer est peut-être, quant à elle, une retombée des mécanismes de fausse reconnaissance institutionnelle. La question de savoir si l'homme de la rue a accès aux tribunaux ou s'en remet aux décisions des officiers de justice dans le cours de la vie sociale reste secondaire, car du point de vue même de la subjectivation, l'autorité n'est pas tant affaire de confiance que de mise en scène.

dogmatique, parce qu'elle fonctionne sur la base d'un *a priori* de la signification dont elle assume la traduction à l'adresse du sujet; elle n'a rien à voir avec le concept de loi auquel ont affaire les sciences expérimentales ». P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Leçons VI, préc. 17, p. 326.

52. Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 9.

L'événement de juger fait partie de la justice au même titre que le droit : il en est la fondation. Or la justice, souvent réduite au droit, c'est-à-dire au texte, est présentée amputée d'une partie d'elle-même. La philosophie du droit contemporaine fait penser à une théologie privée de liturgie ou à une critique de théâtre qui ne verrait jamais la mise en scène ⁵³.

1 - La fraction décisive : le Tiers

Cet assemblage singulier est une triangulation dont le zénith ou plutôt l'apex est orienté par la position transcendante du Tiers⁵⁴. Cette distribution des rôles et des fonctions constitue la « scène originaire » de la subjectivité. Il importe de distinguer ici la suréminence du Tiers juridique de sa manipulation symbolique trop souvent pratiquée par les idéologies politiques. Pour l'anthropologie dogmatique,⁵⁵ le pouvoir de l'autorité n'est pas l'autorité du pouvoir; il s'exerce comme fonction, pas seulement comme effet. Il s'agit d'une structure d'authentification, d'un montage théâtral de la causalité qui répond en miroir - le miroir venant à la place de l'abîme causal - à l'étrangeté de l'animal parlant⁵⁶. Dans ce contexte, déconstruire l'institution de la limite

53. Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 19.

54. « Notons seulement que, dans le langage ordinaire, il n'y a *pas de lien significatif entre autorité et tiers*. Cette absence de lien me semble tout à fait symptomatique. (...) Cela signifie que les figures d'autorité sont tellement évidentes que leur intervention en tant que tiers n'a pas besoin d'être problématisée ». André BERTEN, « Du tiers au Tiers », dans Jean-Pierre LEBRUN et Élisabeth VOLCKRICK (dir.), *Avons-nous encore besoin d'un tiers?*, Paris, Érès, 2005, p. 44.

55. « Le champ auquel j'ai donné le nom d'*Anthropologie dogmatique* a pour postulat la reconnaissance de ceci : le primat du statut langagier, avec ce qu'il comporte comme spécification, marquage ineffaçable de l'homme et du monde par le langage ». P. LEGENDRE, préc., note 12, p. 101.

56. « L'humain vient à la conscience d'exister dans l'ordre de la causalité, comme effet d'une cause. Et il remonte la chaîne causale, tant que les causes qu'il découvre ont elles-mêmes statut d'effets. Mais, s'il remonte

n'a rien d'une tâche émancipatrice, même pour le droit. Legendre parle du

tapage postmoderniste, riche de promesses intenable, parce qu'il corrompt le principe institutionnel, l'idée même des montages symboliques. (...) Pourquoi le postmodernisme est-il intenable? Considérons le terrain juridique, où toujours sonne l'heure de vérité. Non pas que les thèses affichées - par exemple *legal pluralism*, *unofficial law*, formulations symptomatiques [Legendre réfère ici au titre de la revue *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* publiée aux Etats-Unis] - soient comme telles inassimilables par le système historique de la tradition européenne, mais cette revendication de créativité normative refuse toute assimilation à une relance des concepts classiques tels que la coutume, les statuts personnels, etc.; elle se veut outre-histoire et *désinscrite* en somme, de par une réitération indéfinie de la déconstruction. Mais que peut signifier *déconstruire*, quant au travail normatif autour du sens et quant à ses conséquences symboliques⁵⁷?

Déconstruire l'institution de la limite revient à vandaliser un funiculaire suspendu au-dessus d'un gouffre, ou à détourner malencontreusement l'attention d'un funambule. L'image du travail sur le fil symbolise l'équilibre toujours incertain de la condition humaine assorti au dispositif de parole des montages dogmatiques. Paul Auster, préfacier de l'ouvrage d'un funambule célèbre, observe l'exposition volontaire au vertige en ces termes :

jusqu'à l'aporie d'une cause première, à la cause n'ayant pas statut d'effet, il rejoint la représentation (...) l'Abîme auquel la société procure sa forme théâtrale par un *mythe adéquat* et par ses rites d'accompagnement. En somme, le « pas d'effet sans cause » débouche *nécessairement* sur la question (...) de fonder le fondement, sur *l'aporie d'un butoir causal* ». P. LEGENDRE, préc., note 33, p. 243.

57. Pierre LEGENDRE, *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images*, Paris, Fayard, 1994, p. 267-268.

Chaque fois que nous voyons un homme marcher sur un fil, une partie de nous le rejoint là-haut. À la différence de ce qui se passe dans les autres arts, l'expérience du funambule est directe, immédiate, simple, et ne nécessite aucune explication. L'art est la chose elle-même, une vie dans son tracé le plus nu. Et s'il y a de la beauté là-dedans, c'est à cause de la beauté que nous sentons en nous⁵⁸.

Pour Legendre, l'engouement contestataire postmoderne omet de distinguer entre les formes et la fixité d'une structure construite autour de l'imparable de l'Interdit⁵⁹. La dogmatique est un édifice d'interprétations, une mise à distance par la parole des risques d'écrasement duel. À l'instar de la décision de justice, l'interprétation juridique repose sur l'échafaudage vertigineux d'une parole débarrassée de sa gangue « communicationnelle », au sens où l'on infère l'omniscience du législateur dans l'interprétation des lois. L'expression selon laquelle le législateur est présumé « ne pas parler pour ne rien dire » et que toute répétition du libellé de différents textes de loi ne peut signifier une redondance mais plutôt l'exigence, dans le cours d'une argumentation, de déduire l'ajout d'une nuance, d'un principe. Pour lui,

l'interprétation est une affaire de meurtre et le lieu des affrontements sanglants, parce qu'il s'agit de guerre pour la vérité. Ces choses, apparemment fort oubliées, reviennent de temps à autre sur la table, chez les hauts gestionnaires du système, quand celui-ci se heurte à l'absolutisme des autres (par exemple, à l'Islam), mais nous avons horreur de penser que notre organisation gérée si scientifiquement puisse reposer sur une querelle

58. Philippe PETT, *Traité du funambulisme*, Paris, Actes Sud, 1997, p. 20.

59. Cet *imparable* n'a rien d'une mystique de l'indicible, mais rappelle plutôt que l'Interdit est sans « fondement scientifique, en ce sens que sa justification ne peut être qu'usage métaphorique du vide ». P. LEGENDRE, préc. 1, p. 85.

d'interprétation et de textes, et non seulement sur des rapports de domination économique⁶⁰.

Dans son souci pour la mise en scène de la parole juste, le droit réitère l'assujettissement des individus à la vérité comme fonction. Le travail d'analyse de Legendre ne passe pas par l'exemple,⁶¹ mais par la description des pièces du *mécano* juridique occidental et de ses emboîtements nécessairement limités. C'est alors toute la question du fonctionnement de la parole d'autorité en Occident, de l'autorité du droit en tant que forme distincte du pouvoir, qu'annonce l'enjeu de la ternarité et conséquemment, celui de la justification du punir moderne.

L'autorité est donc à différencier du pouvoir car elle s'exerce à partir de la reconnaissance symbolique de la différence des places alors que le pouvoir désigne davantage le registre imaginaire où c'est la puissance de l'un qui prédomine sur celle de l'autre. L'autorité reconnue symboliquement implique que cette reconnaissance ne dépende pas seulement de l'accord de l'autre, mais bien plutôt de l'adhésion à un pacte qui antécède et dépasse les interlocuteurs en présence et qui légitime celui ou celle qui occupe cette place différente⁶².

L'autorité du droit s'impose par étalement et s'augmente par refondation transgénérationnelle de l'institué. Elle passe davantage par l'institution que par les personnes, car elle n'entend pas tant être crue qu'obéie. Lorsqu'il s'agit des discours entourant le montage de l'interdit, la perte de confiance n'est pas du même ordre que la remise en cause des autorités politiques ou que la

60. P. LEGENDRE, préc., note 37, p. 48.

61. Encore qu'il n'hésite pas à citer une décision non édifiante du Tribunal de Jeunesse dans le *Recueil de jurisprudence du Québec*, 1988, pp. 1138-1214. P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, préc., note 4, p. 197.

62. Jean-Pierre LEBRUN, *Les désarrois nouveaux du sujet. Prolongements théorico-cliniques au monde sans limite*, coll. « Point Hors ligne », Paris, Editions Érès, 2001, p. 277.

défaillance symbolique dans le registre de la subjectivité. Étymologiquement, Droit et Tiers paraissent isomorphes de la notion d'autorité :

Pour les Romains, la *potestas* n'est pas l'*auctoritas*. Le mot *auctoritas* vient de la langue juridique romaine : il vaut dans plusieurs sphères - droit public et droit privé -, où il prend diverses significations. (...) Elle est la valeur qui s'attache à un acte juridique, une loi, une décision judiciaire⁶³.

L'institution juridique occidentale et son caractère « d'artifice vital » coïncident avec les dispositions d'une structure sociale qui ne conçoit l'idée de justice qu'à la condition expresse qu'un Tiers puisse intervenir depuis une position instituée et disposer de l'autorité requise ⁶⁴. La force du droit tient tout autant de la modalité de cette interaction que de l'extériorité formelle qu'elle consacre. La perception et l'existence du phénomène juridique ne tiennent donc pas d'abord à des contenus⁶⁵. Le postulat de l'intervention désintéressée du Tiers constitue en quelque sorte la condition transcendantale de l'existence de la réalité juridique.

63. Myriam REVAULT D'ALLONNES, *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*, Paris, Seuil, 2006, p. 25.

64. « Dire qu'une autorité est « reconnue » est une sorte de pléonasme : toute autorité est une autorité reconnue, c'est-à-dire tenue pour légitime. Il n'y a donc aucun sens à parler d'autorité « illégitime » ou « illégale » : c'est, souligne Kojève, une contradiction *in adjecto*. (...) La légitimité tient à une certaine « supériorité », à la « prééminence » du détenteur de l'autorité. (...) L'autorité n'a donc aucun besoin de s'affirmer sur le mode « autoritaire », sauf à se récuser elle-même ». *Id.*, p. 69.

65. « De même la notion d'autorité s'éclaire-t-elle; l'autorité ne procède pas d'un contenu, mais de la place de l'émission du message : cela est dit parce que cela doit être dit, qu'il faut entendre dit à la bonne place ». P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, préc. 2, p. 47.

La troisième dimension de la réalité juridique trouve un écho linguistique dans l'enveloppe pronominale la plus impersonnelle. L'embrayeur anonyme « il », troisième personne du singulier, annonce le plus souvent, sous une forme positive, l'absence au-delà du genre, dans la mesure où « elle » est compris comme la forme dérivée du « il » générique. Les mots anglais *Man* et *Wo-man* ou encore la forme hébraïque *Ish* et *Isha* dans les premiers récits de la Genèse font mieux apparaître ce télescopage de l'altérité. Le neutre (au sens étymologique : ni un ni l'autre) en latin⁶⁶ permet par exemple l'expression de la forme impersonnelle, un effet de mise à distance, l'empan requis par le *dés-inter-essement*. Il ne faut pas conclure trop rapidement que la forme logique du *dés-inter-essement* du tiers conduit nécessairement au contenu substantif ou procédural de l'impartialité en droit. Georges Simmel décrit des situations où le tiers a intérêt à ce que la confusion et le conflit persistent : « Simmel le dénomme *tertius gaudens*, c'est-à-dire le troisième larron. Le tiers n'est pas impliqué directement dans le conflit, mais il en tire profit pour lui-même »⁶⁷. Les formes pronominales ou les instances linguistiques qui président à l'établissement du champ intersubjectif contiennent tout à la fois et sans déchirement l'espace intercalaire de l'intervention et la troisième personne elle-même, l'ici et l'ailleurs, le lieu et l'horizon.

Le tiers « quelconque » renvoie à l'interchangeabilité du *à la place de* ou encore *pour le compte de* dans la mesure où ce qui s'y tient, s'y tient comme articulation, représentant, *lieu-tenant* de la « connaissance d'office », comprise comme ce qui relève du sens commun, mais surtout permettant au plaideur de supposer la connaissance exhaustive de la loi par le juge, ce qui le dispense de devoir la plaider comme telle devant le tribunal. L'autorité du Tiers

66. On ne saurait évidemment attribuer à cette seule particularité linguistique l'invention du droit romain.

67. J. FREUND, préc., note 52, p. 289.

«quelconque» en droit n'est justement pas une personne⁶⁸ au sens propre et n'est peut-être pas même solidaire de la succession ordinale. Elle permet l'unité disjonctive,⁶⁹ en un mot : la différenciation, à la manière de la perspective qui permet de faire apparaître en trois dimensions ce qui se tient dans l'espace. Sous le qualificatif *quelconque* apparaît non pas tant l'indétermination que l'*a-détermination*. Le *a* privatif interdit ici la confusion entre *quelconque* et *quiconque*, *ceci*, et *n'importe quoi*. Le *quelconque* a plutôt valeur de singularité par *ex-celle*nce. Sans développer les jalons d'un discours apophasique pour situer la localisation formelle du Tiers, sa dimension d'extranéité ne doit pas être minimisée, surtout si l'on entend faire de son existence et de son intervention, comme c'est le cas autant chez Kojève que chez Legendre, la condition d'existence de la réalité juridique. Giorgio Agamben décrit ainsi l'étonnant mode d'appartenance à la totalité du terme *quelconque* applicable ici au Tiers dans son rapport à l'idée de Justice:

Quelconque est la figure de la singularité pure. La singularité quelconque n'a pas d'identité, n'est pas déterminée par rapport à un concept, mais elle n'est pas non plus simplement indéterminée; elle est plutôt déterminée uniquement à travers sa relation à une idée

68. « À la question : qui donc est le Sujet monumental du système institutionnel?, il peut être répondu avec l'assurance d'Ulysse s'adressant au Cyclope : *c'est Personne, mon nom*. (...) Ce que nous appelons savamment fondements du droit se présente d'abord comme un remplissage nécessaire, un discours de mise en scène destiné à authentifier une place vide ». P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Leçons VII, préc., note 2, p. 20.

69. « Les deux termes de la première dyade, « je » et « tu », se présentaient en un rapport *inclusif*, constitutif du champ de la présence; le troisième terme introduit une radicale hétérogénéité dans ce rapport inversible. Le « il » se manifeste dans un autre rapport, un rapport *disjonctif* qui évoque non plus la connexion, le *et* du rapport d'*apposition* entre « je » et « tu », mais la disjonction (...). Dany ROBERT-DUFOUR, *Les mystères de la trinité*, Paris, Gallimard, 1990, p. 95-96.

(...). Elle appartient à un tout, mais sans que cette appartenance puisse être représentée par une condition réelle (...) Quelconque est, en ce sens, l'événement d'un dehors⁷⁰.

Le Tiers n'intervient donc jamais en propre, mais *au nom de*, au nom du texte de la Loi. À l'instar de la fonction paternelle⁷¹ comprise comme de « l'institutionnel pur » par Legendre,⁷² le Tiers fait office de la même manière que le *il qui* vient dans la phrase *en lieu et place* du sujet; «il» est supposé, présupposé comme (à) la place de l'unicité singulière dans une structure⁷³. L'expression du droit implique que cet *à la place de* peut être tenu par un tiers *quelconque* (*quodlibet*) titulaire des titres requis par la fonction. Au risque de cultiver indûment la pulsion anagrammatique dans les effets de permutation du « qui » entre les mots *quiconque* et *n'importe qui*, on peut se demander si l'effort de concision de Kojève pour déterminer l'existence de la réalité juridique ne tient pas plutôt à l'articulation de quantificateurs universels, à la variation entre le pôle du « quiconque » indispensable dans l'énoncé de la loi et du « quelconque » relatif à celui qui l'interprète en tant que moment indifférent de la fiction d'un savoir supposé, ou même de la « connaissance d'office ». L'extériorité formelle de cette troisième personne *à la place de quelqu'un* inscrit l'a-détermination comme effet de perspective structurant. Cette a-

70. Giorgio AGAMBEN, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, Paris, Seuil, 1990, p. 68-69.

71. « Le père est institué comme celui qui lie et délie le fils dans le rapport au meurtre, à la fois pour son propre compte et pour le compte du fils : le père est en position d'être à la fois meurtrier de l'enfant et celui qui le gracie ». Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989, p. 31-32.

72. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 35.

73. « Le *quelque un* n'est pas le « sujet » dans sa position métaphysique. Cette position est en effet toujours celle d'une *supposition*, sous l'une ou l'autre de ces formes : support substantiel supposé aux déterminations et aux qualités, point de présence supposé au foyer des représentations (...). » Jean-Luc NANCY, *Le Sens du monde*, Paris, Galilée, 1993, p.112.

détermination apparente rend possible la singularité de la décision de justice. Tout se passe alors comme si le droit s'inscrivait en redondance au Tiers linguistique, découpait dans l'ourlet des « propriétés fondamentales du langage »⁷⁴ les instances identificatrices et performatives de l'intersubjectivité. Dany-Robert Dufour décrit l'ambivalence des propriétés déictiques, la vicariance d'un quantificateur universel comme « personne » (le couple *nobody-anybody*) compris à la fois comme quiconque, « n'importe qui », l'absent (comme dans « il n'y a personne ») ou même à l'inverse, quelqu'un :

Quelle est la différence entre (*je-tu*) et *il*? Alors que les deux premières personnes verbales impliquent nécessairement une personne physique, « il » ne la requiert pas absolument : la troisième personne verbale est la seule pour laquelle une chose peut être prédiquée (« il pleut »). (...) Cette forme [écrit Benvéniste] possède « comme marque l'absence de ce qui qualifie spécifiquement « je » et « tu ». En d'autres termes, il n'est ni « je », ni « tu ». (...) Benvéniste le définit comme « la forme non personnelle de la flexion verbale ». On pourrait dire, en somme, que « je » et « tu » sont des personnes, et

74. Dans un article décisif pour l'histoire des sciences humaines intitulé : « La subjectivité dans le langage », Émile Benvéniste observe l'inféodation subjective à l'inflexion linguistique qui, sans égard pour la primauté immédiate de la conscience, le fait apparaître. Il note que « la subjectivité dont nous traitons ici est la capacité du locuteur à se poser comme « sujet ». Elle se définit, non par le sentiment que chacun éprouve d'être lui-même (ce sentiment, dans la mesure où l'on peut en faire état, n'est qu'un reflet), mais comme l'unité psychique qui transcende la totalité des expériences vécues qu'elle assemble, et qui assure la permanence de la conscience. Or nous tenons que cette « subjectivité », qu'on la pose en phénoménologie ou en psychologie, comme on voudra, n'est que l'émergence dans l'être d'une propriété fondamentale du langage. Est « ego » qui dit « ego ». Nous trouvons là le fondement de la « subjectivité », qui se détermine par le statut linguistique de la personne ». Émile BENVENISTE, « De la subjectivité dans le langage » dans Émile BENVENISTE (dir.) *Problèmes de linguistique générale*, t. 1, Paris, Gallimard - Tel, 1966 [1958], p. 258, aux pages 259-260.

« il », la non-personne - mieux : « je » et « tu » sont des personnes, et « il », personne⁷⁵.

Dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit* ⁷⁶, Alexandre Kojève fait de l'intervention désintéressée, de la modélisation ternaire, la caractéristique déterminante et la condition de possibilité même du réel juridique. La référence au Tiers comme révélateur de l'existence de la réalité juridique relève chez Kojève du texte inspiré, sans qu'il soit possible de décrire complètement ce que peut signifier en droit, par rapport à un texte littéraire, l'expression « texte inspiré ». L'élégance stylistique d'un article de code ou d'une solution doctrinale relève de la dimension esthétique, au même titre que l'architecture d'un palais de justice ou l'enceinte d'une cour de justice. L'inspiration en droit ne signifie pas au premier chef nouveauté, car l'invention juridique doit, pour s'assurer d'une autorité, être dissimulée ou feindre les retrouvailles (la fausse ou vraie reconnaissance) avec des éléments plus anciens ou méconnus de la doctrine. De fait, elle ne peut apparaître qu'à la condition d'être appuyée sur d'autres textes, *c'est-à-dire* ailleurs et autrement que sur sa propre virtuosité. L'une des caractéristiques de l'inspiration juridique réside dans l'efficacité d'une description concise et dans la simplicité déconcertante avec laquelle un phénomène éminemment complexe est circonscrit ou inclus à l'intérieur de paramètres souples, quoique précis, de cette définition même. À cet égard, *l'Esquisse* de Kojève doit être rangée parmi les textes inspirés non seulement en raison de son articulation de la fonction tierce, mais aussi par la mise en abîme du rendre justice compris essentiellement à partir de la maxime *Fiat justitia, pereat mundus*. Kojève tient pour acquis que l'existence du droit se résume à la force d'une articulation entre un savoir abstrait et son application au cas particulier:

75. D. ROBERT-DUFOUR, préc., note 69, p. 95.

76. Paris, Gallimard, 1981.

Il suffit de remarquer qu'on peut constater la présence du Droit en se basant uniquement sur le fait de l'intervention d'un tiers. Et l'on peut ajouter qu'il suffit de savoir par ailleurs qu'on se trouve en présence d'une situation juridique, pour être forcé de postuler (ou de prévoir) une telle intervention (tout au moins en tant que possible). Il faut donc dire que le Droit ne peut se révéler à l'homme sans que celui-ci constate ou postule une intervention désintéressée d'un tiers⁷⁷.

L'entre-deux d'où procède l'intervention décisive du Tiers ne saurait se résumer à la médiation entre deux termes. Il tient davantage du registre de l'*ef-fraction* si on le comprend selon une représentation de l'inter-prétation, *inter-pretium*, s'inscrivant comme distance, marchandage, ajustement avec la réalité. Effraction d'abord, mais surtout ouverture de l'*inter* qui permet l'interprétation, le décollement d'avec l'obvie. Le Tiers n'est pas la déclinaison des deux premiers termes. Comment le peu de réalité d'une articulation linguistique peut-elle donner lieu, prendre la forme de la justice, sinon parce qu'elle est d'ores et déjà comprise ou incluse dans l'effet structurant de la négativité de l'interdit au fondement du social?

Dans un autre registre que celui des grands psychodrames trinitaires de la théologie chrétienne, il s'agit pour le droit d'un subordinationisme radical : le Tiers est à la fois l'*inter*, ce qui le rend possible et plus que lui; il n'y a pas d'égalité entre les termes de ce paradigme.

Le latin *interpretes* donne sur le sens de ce terme des précisions particulièrement intéressantes; l'*intermédiaire*, celui qui se charge d'une affaire *pour le compte de*. Relevons que le vocable signifie aussi, bien entendu, celui qui se charge d'expliquer, le commentateur (...). La fonction d'interprétation se situe au point précis où se produit ce que j'appellerai *l'écart de légitimité*, espace

77. *Id.*, p. 24.

frontalier entre les sujets (...). Le juriste est un spécialiste de la mise à distance (...). En tant qu'interprète, le juriste exerce une fonction structurale, en ce sens qu'il *notifie dans la société le principe généalogique de la dissymétrie*, grâce auquel le pouvoir comme tel devient repérable et la normativité socialement et subjectivement efficiente. (...) Cette fonction est une forme structurale, qui ne peut être confondue avec ses contenus successifs⁷⁸.

Lecteur de Kojève,⁷⁹ Legendre ressaisit le point d'ancrage que constitue le Tiers dans *L'esquisse d'une phénoménologie du droit*, alors qu'une grande partie des intellectuels français des années 1960⁸⁰ vont plutôt mettre à profit la dialectique du maître et de l'esclave dans *l'Introduction à la lecture de Hegel*⁸¹. Kojève et Legendre sont de prodigieux donneurs de *Leçons*⁸². L'enjeu théorique de ce moment hégélien et de cette réécriture marque une torsion épistémologique consécutive à la continuité « naturelle » suggérée par l'image de la bande de Moëbius (nous y reviendrons # 3.2).

78. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident, Leçons IV*, préc., note 2, p. 368-369.

79. La référence à Alexandre Kojève apparaît à diverses occasions dans les *Leçons* de Legendre sans toutefois qu'il lie la fonction ternaire, dimension originaire du droit, à ses propres développements sur l'incidence psychique de cette fonction.

80. À propos de la réception de l'œuvre d'Alexandre Kojève en France voir Judith BUTLER, *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, Paris, PUF, 2011.

81. Alexandre KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947. Il s'agit d'un cours donné de 1933 à 1939 et dont les leçons ont ensuite été réunies et publiées par Raymond Queneau.

82. Rappelons que Legendre intitule *Leçons* ses ouvrages et numérote la suite de ses développements dogmatiques quant à Kojève sa célèbre *Introduction à la lecture de Hegel* est un cours donné de 1933 à 1939 et dont les leçons ont ensuite été réunies et publiées par l'écrivain Raymond Queneau.

Pour comprendre l'axe ontologique du droit, l'inférence ou la déférence suivante doit être admise sans transition ni hiatus⁸³: des événements relevant de la réalité empirique sont réputés soumis ou conditionnés par d'autres qui relèvent quant à eux de la fiction institutionnelle. Cette soumission n'est pas causale, puisque l'effet se retrouve dans la cause elle-même. Autrement dit, l'expérience de l'institué paraît plus « naturelle » pour l'être humain que l'ingénuité d'un accès au sensible, à tel point que la désignation de ce seuil n'est plus guère pertinente pour certains et reste éminemment litigieuse pour d'autres. Le sensible ou l'immédiateté organique ne saurait être conçu autrement que comme point de départ imaginaire. Primauté de l'artefact sur le donné sensible⁸⁴; un fait culturel (le Droit) s'impose aux éléments spontanés du surgissement subjectif et subsume les conditions chronologiques objectives du développement humain dans une coïncidence a-temporelle. Réalité et subjectivité sont des constructions autant que des vues de l'esprit; leur statut ne s'en trouve pas de ce fait amoindri, bien au contraire. Le symbolique pèse plus lourd que la réalité qu'il surplombe et subordonne à ses règles. Slavoj Žižek rappelle la puissance de ce renversement de la perspective usuelle :

Hegel est tout émerveillé de cette faculté mortifiante de l'Entendement devant laquelle la substance vivante est sans ressource aucune, de cette puissance formidable qui arrache l'un à l'autre ce qui « naturellement » s'appartient, et se trouve ainsi à même de soumettre la réalité même du

83. Pour les sociétés occidentales, le sort de cette continuité entre le sensible et l'institué engage la question de la biologisation du sujet. Les montages interprétatifs qu'évoque Legendre sont les garde-fous des processus de subjectivation.

84. « Ce que nous oublions dans la vie quotidienne, c'est que notre univers humain n'est rien d'autre qu'une incarnation de la « négativité abstraite » radicalement in-humaine (...). Disons que l'homme est l'animal dont la vie est gouvernée par des fictions symboliques ». Slavoj ŽIŽEK, *L'intraitable Psychanalyse, politique et culture de masse*, Paris, Éditions Anthropos, 1993, p. 42.

processus vivant aux «fictions» symboliques. Pour lui, cette inversion où la fiction soumet la réalité démontre plutôt la *nullité ontologique inhérente à ce que nous appelons réalité*. (...) L'une des grandes leçons de la psychanalyse lacanienne - et le point où Lacan rejoint Hegel - consiste dans l'affirmation de la radicale discontinuité entre l'immédiateté organique de la « vie » et l'univers symbolique. La «symbolisation de la réalité» implique un passage par le point zéro de la « nuit du monde »⁸⁵.

L'affirmation de la radicale discontinuité entre l'immédiateté organique de la vie et l'univers symbolique renvoie à la place centrale qu'occupe la fiction en droit⁸⁶ depuis l'empire exercé par des entités linguistiques sur le réel. L'immédiateté organique constitue l'inconnaissable de la réalité, l'impossibilité d'une connaissance en soi du monde; elle est tremplin du travail du négatif plutôt que terre inconnue en tant que telle. Cette discontinuité, à la fois *prima* et *summa divisio*, procède de la fracture provoquée par le fonctionnement de l'esprit humain qui n'opère que depuis l'arbitraire qu'instaure le langage lui-même, divisé à son tour par le caractère immotivé du signifiant. Arbitraire qui est le « fondement abyssal » de la raison humaine; rupture et renvoi infini à l'Interdit infondable. Discontinuité, vide, hiatus soutiennent un fondement infondable, celui de la Loi. Ce vide n'est pas rien, et nous verrons plus loin que l'« insoutenable légèreté » du vide est cela même qui autorise le transport de sens opéré par la métaphore, la force qui permet de désigner le principe au fondement de la causalité, de l'Interdit et finalement, celui sur

85. *Id.*, p. 41-42.

86. « Le Droit ne peut se passer de créer et d'agencer de pareils êtres de langage. C'est une « toile d'araignée » mettant en rapport des purs noms, et il constitue par là une entreprise à beaucoup d'égards plus complexe et plus risquée que la botanique qui, elle, peut compter sur les caractéristiques individuelles des corps qu'elle étudie et qu'elle classe ». Christian LAVAL, *Jeremy Bentham. Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF, 1994, p. 51.

lequel repose la décision de justice. À la suite de Montaigne et de Pascal, Jacques Derrida désigne ce vertige comme le «fondement mystique de l'autorité »⁸⁷.

Ce renversement de perspective est l'une des conséquences inéluctables du caractère non naturel du désir humain,⁸⁸ de la même manière que pour Ferdinand de Saussure, cité par Legendre, « l'exercice de la parole ne constitue pas une fonction naturelle »⁸⁹. Les héritiers des *Leçons* de Kojève tirent toutes les

87. Jacques DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 33.

88. On reconnaît ici les formulations « canoniques » d'Alexandre Kojève pour qui, reprenant Hegel, *le désir est toujours le désir du désir de l'Autre* et non celui d'un objet naturel pour lui-même. Le besoin se trouve inféodé au désir et non l'inverse. Dans *L'esquisse d'une phénoménologie du droit*, il rappelle la vérité anthropologique indépassable selon laquelle « le Désir humain doit porter sur un autre Désir. Pour qu'il y ait Désir humain, il faut donc qu'il y ait tout d'abord une pluralité de Désirs (animaux). Autrement dit, pour que la Conscience de soi puisse naître du Sentiment de soi, pour que la réalité humaine puisse se constituer à l'intérieur de la réalité animale, il faut que cette réalité soit essentiellement multiple. L'homme ne peut donc apparaître sur terre qu'à l'intérieur d'un troupeau. C'est pourquoi la réalité humaine ne peut être que sociale. Mais pour que le troupeau devienne une société, la seule multiplicité des Désirs ne suffit pas; il faut encore que les Désirs de chacun des membres du troupeau portent – ou puissent porter – sur les Désirs des autres membres. (...) De même, le Désir qui porte sur un objet naturel n'est humain que dans la mesure où il est « médiatisé » par le Désir d'un autre portant sur le même objet: il est humain de désirer ce que désirent les autres, parce qu'ils le désirent. Ainsi, un objet parfaitement inutile au point de vue biologique (tel qu'une décoration, ou le drapeau de l'ennemi) peut être désiré parce qu'il fait l'objet d'autres désirs. Un tel Désir ne peut être qu'un Désir humain, et la réalité humaine en tant que différente de la réalité animale ne se crée que par l'action qui satisfait de tels Désirs: l'histoire humaine est l'histoire des Désirs désirés. A. KOJÈVE, préc., note 81, p. 11-13.

89. « Le parler de l'homme n'est pas l'équivalent d'une fonction dont l'homme, comparé aux autres espèces, se trouverait pourvu *en plus*, se surajoutant aux autres fonctions (se déplacer, se nourrir, etc.). (...) La parole définit le phénomène spécifiquement humain, en tant que celui-ci n'existe et n'est pensable que *porté par la fonction symbolique*. Le corps

implications logiques de cette destitution du sens biologique de la réalité humaine: la parole elle-même n'entre en jeu que depuis la primauté de la fonction symbolique. La morphologie et même l'évolution des organes phonateurs ne sont alors plus comprises comme des conditions suffisantes pour accéder au langage humain. Depuis cette puissance d'abstraction, le déterminisme linguistique supplante tout déterminisme biologique. La loi du langage qui préside aux constructions sociales commande à la totalité du champ de l'expérience humaine. L'ordre symbolique et la lutte pour la reconnaissance deviennent pour le sujet humain ce qu'est la force de gravité dans le contexte de la physique des corps solides. Appliquée à la qualification des comportements individuels, cette perspective récuse tout horizon qui prétend tirer sa validité de la capacité adaptative des sujets ou même se comprendre depuis un horizon a-théorique. La finalité des conduites humaines ne peut être appréciée ailleurs et autrement qu'à travers le désir de chacun de faire reconnaître sa réalité, non de se soumettre à sa condition, ou encore de s'adapter à son environnement.

2 - Soi-même comme un Tiers

Institutionnellement, le narcissisme doit subir un forçage, qui le rende apte à servir la cause de la vie⁹⁰.

Originnaire au contenu substantif de l'idée de justice, l'intervention du Tiers tient en état la réalité juridique. Ici, la forme précède le fond et le rend possible si l'on considère l'interdit de

lui-même n'est pas le corps, en ce sens que cette entité où siège la vie que nous appelons corps n'entre comme élément du montage humain qu'arrimé aussi au travail de la symbolisation (...) ». « *La coupure psychosomatique n'en est pas une, c'est une affaire intérieure au langage* ». P. LEGENDRE, préc., note 33, p. 121 et 153.

90. P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Leçons VI, préc., note 2, p. 216.

l'inceste⁹¹ et la triangulation oedipienne comme des invariants⁹² des sociétés humaines. Elle s'impose également comme structure au plan psychique et corollaire de l'accession à la subjectivité dès que s'acquiert, au cours du développement de l'être humain, la capacité d'auto-présentation, opération de déhiscence par rapport à l'envahissement du monde extérieur des images et des sensations. S'auto-présenter ⁹³ implique, dès les premiers balbutiements, l'articulation linguistique entre soi et non-soi. S'auto-présenter consacre la possibilité de se *pro-jeter*, de faire retour à soi et sur soi, de s'imaginer dans ces mouvements mêmes

-
91. « Telle est la fonction de représentation qui s'applique d'abord à soi, pour s'étendre à l'ensemble du monde. Ainsi seulement l'homme et le monde deviennent-ils pensables par l'homme, à travers le phénomène du dédoublement et de (re)présentation, de mise sous les yeux, par le truchement d'un support externe, avant d'être ensuite intériorisés. Ce dédoublement résulte de l'intervention, transmise et imposée à l'enfant, du pouvoir séparateur dont le paradigme le plus connu est l'interdit de l'inceste. Inceste est synonyme de confusion, refus ou déni de la séparation entre les êtres et à l'intérieur d'eux-mêmes, rejet de la différenciation, de l'attribution à chaque humain d'une place à la fois limitée, unique et inaliénable selon l'universelle structuration généalogique (la fameuse « juste place ») qui lui interdit de les occuper toutes. Nous comprenons à présent que sujet et objet renvoient l'un à l'autre sans se confondre. Qu'en conclure, lorsque les significations conscientes partagées tendent à abolir leur différenciation structurelle? ». Christina GAUTHERON-BOUTCHATSKY, « Assujettissement », (2003) 1-23 *Le Télémaque* 21, 27.
92. « L'instauration du *ne pas*, de l'écart signifié par la prohibition de l'inceste, irradie le système de la culture, parce qu'il y a là le foyer des représentations instituées de la causalité, à partir du *pourquoi des lois?* ». P. LEGENDRE, préc., note 1, p. 84.
93. L'expression s'auto-présenter vient ici à la place de s'apparaître. Le verbe apparaître ne souffre pas en français l'usage de la forme auto-réflexive que pourrait prendre le terme « s'apparaître ». Toutefois, dans le travail d'émergence du sujet et grâce à l'expérience du stade du miroir, on peut affirmer, au sens strict, que le sujet s'apparaît comme image détachée de son corps, que ce soit dans une anticipation de lui-même ou dans une perspective spéculaire.

en regard du tiers⁹⁴. Là où l'*infans* était, le sujet apparaît dans un bruissement inaugural⁹⁵. Tout a lieu pour le sujet depuis l'assignation linguistique; *apparaître* signifie avant tout être nommé, dénommé, et pouvoir dire. Legendre décrit ainsi cette opération de discrimination où s'esquissent les premiers traits de la subjectivation dans un *se poser* :

Se désigner sur le mode de l'objet, c'est résonner du langage, ce n'est pas encore l'habiter. Dire « *Ça, c'est X* » n'équivaut pas à « *Je m'appelle X* », bien qu'il s'en approche. L'*infans* est emporté par le langage, plus précisément par l'institutionnel du langage, il réside d'abord en son lieu. Je veux dire : l'*infans* d'emblée se loge dans la fiction du Lieu absolu du pouvoir de séparer les mots et les choses, et c'est pourquoi en en se désignant sur le mode de l'objet l'enfant sépare et classe, se

94. Le philosophe Robert Redeker insiste sur la dimension proprement épiphanique de l'être au monde en ces termes: « Être humain n'est pas seulement être une apparence, c'est être une apparition : à soi et aux autres. Souvent moqués par les esprits forts, les apparitions d'entités plus ou moins divines, attestées toujours et partout, dans toutes sortes de civilisations, expriment par le détour de l'imagination quelque chose d'essentiel : l'homme est un être d'apparition. Sans doute est-ce la spécificité même de l'homme - l'apparition -, qui différencie aussi nettement qu'irréductiblement l'homme de tous les autres animaux, qui se manifeste, à sa façon, dans les phénomènes dont on a tort de se gausser ». Robert REDEKER, *Dépression et philosophie*, Paris, Éditions Pleins Feux, 2007, p. 16-17.

95. « La présence de l'humain s'élabore, se construit, à partir d'une sorte de défaite des choses, d'une dé-réalisation, au sens de s'éloigner du réel du monde - ce que la phénoménologie éclairait à sa façon en évoquant la fonction irréalisante de la conscience. » « Cette mise en ordre, nous devons la comprendre comme mise en scène de *ce qui est autre* au regard du sujet, c'est-à-dire mise en scène d'un *non-soi* qui n'est pas donné par avance, mais construit, spéculairement construit. (...) le sujet, d'abord immergé dans l'opacité, ne se différencie pas du monde, n'accède au temps second du retour vers le monde, que s'il a reconnu sa propre image et, de ce pas, s'est reconnu comme *n'étant pas* le monde, avec lequel il noue un lien ». P. LEGENDRE, préc., note 33, p. 66-67.

découvrant lui-même comme pouvoir de séparer, faisant corps avec ce pouvoir. (...) Ce dont il s'agit, dans cette *primauté*, c'est que se crée le *vis-à-vis de l'apparition*; il s'agit fondamentalement de rendre possible que le monde apparaisse comme objet projeté devant soi, selon l'ordre d'une vérité aussi irréfragable que sa propre image, l'autre de soi découvert dans le miroir⁹⁶.

La double nature du droit, réalité à la fois institutionnelle et psychique, ne peut être comprise qu'à la condition de cet entrelacs. À ce carrefour, l'activité juridique dépasse son horizon instrumental. Le droit n'est pas la poursuite du management par d'autres moyens. L'intervention du tiers au plan institutionnel fait écho à une structure ternaire intrapsychique tenue en continuité jusqu'à aujourd'hui par les sociétés occidentales comme sur une bande de Moebius⁹⁷ : dedans psychique et dehors institutionnel forment un même plan anthropologique. L'ontologisation du droit opérée par Pierre Legendre relève d'une entreprise d'une grande originalité si l'on considère l'épaisseur des déterminations techniciennes dont est désormais recouverte la discipline. Faire du droit romain et de ses continuateurs médiévaux la clé de voûte de la vérité anthropologique du sujet et en faire dépendre tout l'horizon destinal de la subjectivité relève d'une singulière audace. Justinien aurait-il donc une importance civilisatrice égale dans l'histoire occidentale à celle des philosophes de l'antiquité?

96. *Id.*, p. 117.

97. « Cette surface présente la propriété étrange d'avoir un seul bord et une seule face, de sorte que ce qui est « dessous » peut être considéré comme le « dessus » en effectuant une simple translation à la surface. On peut imaginer une fourmi occupée à la parcourir sans discontinuer : à chaque instant, celle-ci a la preuve concrète qu'il y a bien un envers, un autre côté que celui sur lequel elle pose ses pattes. Et cependant poursuivant son chemin et faisant un tour complet, elle ne manquera pas de se retrouver de l'autre côté sans avoir pourtant franchi le moindre bord. À cet instant, ce qui était précédemment l'endroit est devenu envers». Franck CHAUMON, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Paris, Michalon, 2004, p. 15.

Ce qu'on appelle « philosophie du droit » à notre époque désigne davantage le florilège académique des discours qui tendent à distinguer l'activité juridique des autres champs des sciences humaines ou même de la morale (Kelsen)⁹⁸. L'action de classer des discours ou de s'émerveiller devant les espaces de non-droit qui échappent à l'ordre juridique ne revêt pas le caractère polémique ou subversif que peuvent prendre, par exemple, des méditations institutionnelles sur l'involution de l'espèce humaine, la « conception bouchère » de la filiation, ou encore sur la possibilité de suicide des États de droit. Les enjeux ne sont pas du même niveau de profondeur. Une certaine philosophie du droit moderne, d'ailleurs peu fréquentée dans l'itinéraire de formation des juristes, n'informe le droit que sous l'angle des mesures statistiques obtenues par sondages ou par observations décalées. Poser le Droit comme philosophie première à laquelle s'indexent des questions de vie ou de mort pour l'espèce parlante contraint les juristes aux exigences d'un questionnement d'une tout autre rigueur. À cet égard, l'articulation entre subjectivité et institution dans l'architecture des *Leçons* de Legendre est l'extension démultipliée et érudite de l'histoire du droit au champ social de

98. Legendre affiche un enthousiasme modéré à l'égard de l'œuvre de Hans Kelsen, tout comme il le fait à l'endroit de l'incontournable *Théorie de la justice* de John Rawls à propos duquel il écrit que « l'analyse de la fonction de juriste ne peut aller au-delà des descriptifs hérités de Weber ou des ressassements protocolaires où s'enlise la philosophie du droit d'aujourd'hui, par exemple chez Rawls. (...) Malgré son importante érudition, la *Théorie de la Justice* est un livre très réducteur. Voyez ce que devient l'œuvre de Freud pp. 500 et 582. (...) ». Quant au philosophe autrichien, il note que « si par exemple Kelsen, auteur d'un vigoureux traité sur la *théorie pure du droit*, dont les écoles ont fait un point de mire, s'est élevé contre la dissolution juridique, (...) ses explications manifestent à la fois un sens aigu de la structure et, si j'ose dire, une rigueur extrême dans l'impasse. (...) Kelsen n'étant pas encore en mesure de saisir le lien du droit aux procédures de la représentation et, plus généralement, au statut anthropologique du langage et de la parole ». Pierre LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu Étude sur les montages de l'État et du Droit*, *Leçons VII*, préc., note 2, p. 300 et p. 144.

l'expérience lacanienne du *Stade du miroir*⁹⁹. L'institution comme miroir. Séparé de la mère qui tient l'enfant (le sujet) et lui dit : Tu es cela, le soi n'apparaît qu'à la condition de cette « séparation structurante » de l'ordre des choses que confère l'accès à la parole. Le passage à l'ordre symbolique constitutif du *je* est institué par ce rapport dialectique d'identité et de différence : il met un terme à l'image fragmentée de soi et permet la recollection du regard et de la parole¹⁰⁰.

3 - Clinique juridique

La foule des suicidés d'aujourd'hui témoigne d'abord d'un vice de construction [de la fonction de sauvegarde du sujet] ie. de nos propres défaillances pour penser le rapport *institution/sujet*¹⁰¹.

Le droit noue la subjectivité à l'institution¹⁰². Il désigne la place du sujet. Les spécialistes des droits modernes de l'enfant, de

99. Sans entrer dans des querelles d'écoles, le passage de la relation duelle à la ternarité est l'un des ajouts majeurs de Pierre Legendre aux inventions lacanienne. Selon le psychanalyste Jean Allouch, «certes, il y eut chez Lacan une doctrine du lien social (...). Mais là encore, le lien en question paraît bien conserver quelque chose du partenariat duel dont nous relevions la prégnance. (...) Une des grandes finesses indissociablement clinique et théorique que l'on peut reconnaître chez Lacan est d'avoir su avancer une ternarité qui ne cesse d'être hantée par le deux (jusqu'à tenter, avec le borroméen, de produire le deux à partir du trois) ». Jean ALLOUCH, *Le sexe du maître. L'érotisme d'après Lacan*, Paris, Exils, 2001, p. 185. Au risque de renouer avec le mystère amical des nombres pythagoriciens, Legendre, lui, produit du ternaire avec du binaire.

100. Sur la question du *stade du miroir* voir Jacques LACAN, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966, p. 93-100.

101. P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, préc., note 4, p. 212.

102. « (...) la problématique subjective et la problématique institutionnelle ne sont pas de nature différente. Le plus privé, le plus intime, ce qui est au coeur du concept même de *sujet*, à savoir le *fantasme*, est *déjà* marqué du sceau institutionnel généalogique. Tout sujet emporte avec lui, si je

la famille, de la personne, travaillant dans l'un ou l'autre des champs complexes de leur discipline ne peuvent guère soupçonner la portée anthropologique de leurs bons offices. Dans la perspective inédite¹⁰³ ouverte par Legendre, la discipline juridique n'est rien de moins qu'une clinique du sujet. Elle engage, certes, la fonction structurante de la parole humaine et les effets de vérité sous un autre registre que celui de la psychanalyse; mais elle atteste en revanche de la primauté pour l'être humain d'un rapport de vérité à la parole¹⁰⁴. La notion de clinique du sujet de droit renvoie pour l'auteur des *Leçons* à la notion de « justice généalogique » comprise comme l'« art du bon et de l'égal entre les générations »¹⁰⁵. Elle met en scène l'ensemble des procédés juridiques (lois, règles, interprétations) qui, depuis le foyer que constitue l'Interdit majeur, notifie à chacun l'existence de la limite. Les fonctions étatiques, parentales et juridiques obéissent quant à elles à une même logique de séparation et font obstacle à l'emprise mortifère du principe de plaisir. L'argument du travail civilisateur des institutions, en particulier celui de l'institution juridique, repose sur la prémisse psychanalytique selon laquelle le début de la vie psychique des individus est constitué non seulement par la

puis m'exprimer ainsi, l'institutionnel sous la forme d'abord de l'institution familiale ». *Id.*, p. 56.

103. Inédite dans la mesure où l'auteur fait servir son érudition d'historien du droit à autre chose qu'à une application strictement historienne. Il inverse ou retourne sur elle-même l'analyse anthropologique occidentale traditionnellement fascinée par les autres cultures. Cette « conversion » du regard coïncide selon lui avec l'occasion offerte par l'apparition de la précarité des liens sociaux qui tiennent encore en place le sujet occidental. « Nous vivons donc un moment privilégié, où nous avons quelque chance d'apercevoir la structure, sa fragilité de principe; je dirai même, reprenant le vocabulaire des naïfs glossateurs médiévaux, que les *ficelles (funicula)* des institutions sont en train de devenir apparentes ». P. LEGENDRE, préc., note 1, p. 140.
104. « Le langage est traversé de part en part par la question de la vérité », Moustapha SAFOUAN, *La parole ou la Mort. Comment une société humaine est-elle possible?*, Paris, Seuil, 1993, p. 38.
105. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 143.

longue histoire de renoncements pulsionnels, mais surtout par l'adaptation, l'ajustement traumatique de l'appareil psychique conduit par le principe de plaisir vers le principe de réalité.

Chacun à leur manière, droit et psychanalyse s'adressent aux enjeux intemporels des désirs inconscients. L'affaîssement de la subjectivité et la montée de l'individualisme grégaire, traits déterminants de la modernité précédemment décrite à travers les élaborations cliniques entourant le « néo-sujet », sont l'occasion d'un appel en garantie du discours juridique. Pénélope ou Cassandre, Legendre soutient que le discours juridique s'inscrit au revers de la trame des enseignements de la psychanalyse, elle-même mise à mal par l'idéologie pharmacologique par les temps qui courent. Il impute à l'institution juridique bien comprise des vertus thaumaturgiques jusque-là insoupçonnées. Le psychanalyste Franck Chaumon décrit ainsi le théâtre de ces opérations :

Dans sa théorie, le droit n'est pas seulement ce qui témoigne de l'identité et de la différence, il est ce qui l'organise voire ce qui l'engendre. Il est ce qui réinstitue, ce qui répare, ce qui restaure. Le droit n'est pas seulement architecte, il est médecin. Et si un vice de construction se manifeste comme une défaillance de l'ordre symbolique qui affecte l'élément atomique et crucial qu'est le sujet, seule une « médecine du sujet » (ou une « clinique du droit ») pourra renouer les fils rompus¹⁰⁶.

Legendre conçoit les affections sociales contemporaines chez les jeunes générations (drogue, suicide des jeunes, violence dans les banlieues) comme autant de retombées tributaires de ces paroles qui n'ont pas été prononcées au bon moment par l'une ou l'autre des instances évoquées. Le droit est le rappel d'un impératif

106. F. CHAUMON, préc., note 97, p. 91.

de différenciation¹⁰⁷ pour le vivant humain. Cet impératif repose sur le fait qu'il y a des places assignées et que l'autorité procède de la reconnaissance d'une dissymétrie quant au rôle de chacun. La confusion sur l'identité des rôles et des sexes porte à conséquence¹⁰⁸. Legendre note à ce propos :

Nos sociétés ne cherchent pas à éliminer le père, social et concret, mais à se débarrasser de la question du père, en ruinant le statut du tiers œdipien. La dernière version de l'annulation du père, c'est la promotion, sous prétexte d'égalité des sexes, de la paternité sur le mode de la maternité, comme une qualité de la « parentalité », concept qui frise l'absurdité. Autant dire : faire du père et de la mère des pions interchangeable, ce qui signifie, dans la représentation, l'inassimilable pour les enfants¹⁰⁹.

L'insistance doit être mise sur le concept de « fonction » comme instance dans une structure qui indique la limite, et non sur la réalité du père concret ou du paternalisme dont l'histoire a déjà été faite et refaite. Toute atteinte à la *fonction*¹¹⁰ paternelle

107. « L'Interdit est la construction normative, qui consiste à *lier* et *délier* le sujet; le lier par ligature généalogique au système normatif, pour le délier de l'inceste et du meurtre, c'est-à-dire l'inscrire à sa place instituée parmi ses semblables. Faire surgir l'autre comme semblable, et le sujet comme différencié, par la problématisation institutionnelle des images, telle est la visée du discours de l'Interdit. Cet impératif universel met la société, partout dans l'humanité, en position d'être une fonction pour le sujet ». P. LEGENDRE, préc., note 57, p. 39.

108. « Sous cet éclairage, on aperçoit combien dangereuse pour les générations neuves et à venir est l'image du Père fraternel, construite par le discours social d'aujourd'hui : le jeu de l'image fondatrice se trouve faussé, chaque fois que pour la nouvelle génération le père n'a pas renoncé à sa position d'enfant ». P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 67.

109. P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, préc., note 2, p. 430.

110. « Le père d'aujourd'hui ne se sent plus reconnu à cette place de poseur de limite, car cette dernière est précisément ce dont le social de la modernité croit s'être émancipé. Abandonné par un discours social qui

n'augure rien de bon pour la consistance du sujet qui vient, car elle implique un «détressage» du social par démétaphorisation, destitution subjective. Les tribulations actuelles de la plupart des figures d'autorité sont peut-être directement tributaires de ce fléchissement et cela, sans même que soit impliquée l'infinie variété des discours égalitaires ou féministes. L'enseignement de Legendre conduit à ne pas concevoir les fonctions institutionnelles depuis l'agitation des idéologies en surface. N'en déplaise aux porte-voix du relativisme, un père n'est pas une mère et relève encore moins de l'évidence. Legendre conçoit l'émergence psychique du sujet depuis le travail d'identification et de désintringement de ce dernier à des places fixes. Il ne saurait y avoir de travestissement par rapport à ces passages obligés. L'addition de deux mères pas plus que de deux pères n'est à même de remplacer les imagos au soutien de l'identité sexuelle des enfants. Faisons l'économie, à ce stade, des arguments relativistes selon lesquels tous les agencements familiaux se valent et que rien n'empêche que deux mères ou deux pères élèvent leurs enfants et que tout cela puisse être bien meilleur pour ces derniers. À vrai dire, cet arrangement produit tous les émerveillements de la rectitude politique aujourd'hui. Incertain, fragile au plan symbolique comme le sont les institutions, le père surgit à travers une permutation décisive qui lui permet d'accéder à sa fonction. Suprême précarité : il raffermirait l'intégrité de l'institution familiale tout en s'appuyant sur elle. Legendre décrit la dynamique de cet échange et la dimension psycho-sociale de cette investiture en ces termes :

lui assurait sa légitimité et donc son autorité, il quête auprès de son propre enfant l'appui qui lui a été retiré. Le résultat est évidemment en conséquence : l'enfant se voit protégé par le père de l'épreuve de confrontation à la limite, ce qui n'a d'autre effet que de rendre plus difficile l'inscription de cette dernière dans l'appareil psychique de l'enfant (...) Nul besoin d'être prophète pour prédire qu'il aura beaucoup de difficultés à être remis à sa place (...) ». J.-P. LEBRUN, préc., note 62, p. 22.

Lorsqu'un humain devient père, il n'est pas *subjectivement* en place automatique de père vis-à-vis du nouveau venu, il doit conquérir cette place en renonçant à son propre statut d'enfant. (...) Il doit mourir à sa condition d'enfant pour le céder à son enfant. Contrairement aux apparences, cela ne va pas de soi; une telle bascule ne peut s'accomplir que si déjà son père lui avait cédé sa propre place, et ainsi de suite. Or cela ne peut se faire et la place du père ne peut être opérante que si le Tiers social, en tant que garant de toutes les paroles échangées, se déclare, ie. énonce ce qu'est la vérité de cette place en mettant en scène précisément l'image institutionnelle du Père¹¹¹.

L'opération n'est pas innocente; il s'agit d'un décollage, d'une chorégraphie dramatique qui carbure au meurtre symbolique à l'occasion de cette permutation. Chacun doit trouver sa *place de droit*. Ce qui circule entre les générations met en scène le savoir-faire inconscient des ascendants, leur capacité à changer de statut, à régler leur compte avec des attachements aux premières figures de l'amour et de la souffrance, en un mot à la jouissance. Legendre conçoit la généalogie selon la temporalité inconsciente. En droit, le discours généalogique équivaut à l'extériorisation d'une temporalité inconsciente, au destin de la transmission. Le sujet normal apparaît à la croisée de trois générations comme si, dans cette commutation générationnelle, trois boucles successives devaient s'aligner dans une dramaturgie silencieuse qui n'a pas les pourpres éclats de l'accouchement, mais n'en est pas moins déterminante pour le sort du sujet; au contraire, elle l'est davantage. Certes, l'enfant peut parvenir à se libérer du ventre maternel et à collaborer au marathon douloureux de sa propre naissance. Il n'en demeure pas moins captif de la matière symbolique de l'arbre généalogique au bout ou au milieu de la branche duquel il voit le jour. Pour Legendre, les être humains naissent d'un arbre généalogique plutôt que de la gésine

111. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 67.

et des glaires de l'enfantement; ils ne sont ni l'arbre tout entier, ni la branche elle-même, mais surgeon, sève en transit. Naître à soi-même veut dire descendre d'un autre. La difficulté, on l'aura deviné, réside dans la synchronicité intergénérationnelle requise par cet alignement de rendez-vous pour que puisse arriver l'enfant à point nommé, pour ainsi dire.

L'efficacité de la structure, du tiers social constitue le futur antérieur des conditions subjectives, les fils rompus ou tressés du destin¹¹² où s'arrime le sujet. Legendre nomme *effets de casse*¹¹³ la désintrication du maillage intergénérationnel dans la transmission des interdits. Son pronostic repose sur la primauté du déterminisme symbolique des êtres parlants et s'annonce à travers les conséquences du désassemblage massif des institutions.¹¹⁴ Symptôme ambiant extérieur au symptôme que Legendre décrit, le discours social n'est plus à l'utopie ou à la réinvention des formes de la solidarité; il est tout absorbé par les injonctions répétées sur l'imminence d'un cataclysme économique appréhendé. Cette attention pour l'avenir trahit davantage la pauvreté du débat et des idées politiques actuelles (L'État de la dette) qu'elle ne manifeste un intérêt véritable pour l'équité intergénérationnelle.

Au plan individuel, *l'effet de casse* implique que le sujet paye l'indû sans toutefois pouvoir obtenir restitution. Le sujet de la « casse » paye donc une dette qui n'est pas la sienne, paye à travers le lien généalogique sous les espèces du malaise, de l'addiction ou même éventuellement du suicide, comme s'il était placé sous l'emprise d'une subrogation inversée. À vrai dire, si l'on suit la logique de Legendre, il ne paye pas: il est lui-même monnaie d'échange d'une transaction intergénérationnelle dont il

112. Fileuses dans la mythologie grecque et romaine, les Moires ou les Parques, au nombre de trois, sont filles de Thémis.

113. P. LEGENDRE et A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, préc., note 4, p. 195.

114. Entendons ici, pour revenir à la théorie des nœuds, qu'il faut un nombre minimal de croisements de fils pour obtenir une forme nodale qui ne soit pas triviale. Or l'époque n'est pas au pli complexe.

fait les frais. Les ratés généalogiques modernes sont l'équivalent sacrificiel de « l'exposition » de l'enfant dans l'antiquité.

Les sociétés d'aujourd'hui ne pratiquent plus l'exposition et l'abandon légal de l'enfant, procédés juridiques auxquels avaient recours les sociétés antiques ou préindustrielles pour régler certains comptes (...). La psychose est un équivalent du sacrifice d'enfant, sous la forme de la mise à mort non sanglante du sujet; elle est en passe d'être intégrée, de différentes manières, comme institution dans le système administratif et juridique; elle devient progressivement incluse dans la problématique sociale des filiations¹¹⁵.

Dans les *Leçons* de Legendre, l'argumentaire du vice de construction institutionnelle renvoie aux conséquences tragiques d'une échéance de parole reportée, d'un solde impayé entre les individus d'une même famille. « Le fou est alors quelqu'un qui paye les dettes inconscientes impayées, et cela nous reporte à l'espace justificatif, à l'enclos sacré du *pourquoi*, auquel le discours familial a lui aussi affaire »¹¹⁶. Dernier nœud d'une lignée, d'un règlement de compte qui n'a pas eu lieu entre les parties intéressées, il paye de sa personne comme *monnaie vivante*¹¹⁷. Tout se passe comme si, dans la transmission d'inconscient à inconscient entre parents et enfants, il existait une telle chose que des arrérages psychiques, des dettes ancestrales en souffrance selon l'adage classique : « *Nomina ossibus inhaerent*, mot à mot *dettes et créances sont collés aux os* » (*nomen* signifie à la fois nom et créance)¹¹⁸. Dès lors, il n'est pas étonnant que la

115. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, *Leçons IV*, préc., note 2, p. 325.

116. P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, *Leçons II*, Paris, Fayard, 2001, p. 70.

117. C'est le titre de l'ouvrage de Pierre Klossowski, *La monnaie vivante*, Paris, Joelle Losfeld, 1994.

118. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, *Leçons IV*, préc., note 2, p. 337.

psychanalyse s'ouvre sur la malédiction des Labacides, malheurs dont Œdipe échoit. Comme Françoise Dolto avait l'habitude de dire, « il faut donc trois générations pour qu'apparaisse une psychose : deux générations de grand-parents et parents névrosés dans la génétique du sujet, pour qu'il soit psychosé »¹¹⁹.

Davantage que la clinique individuelle, Legendre vise celle des institutions, la capacité intrinsèque des États à fabriquer des fous, des individus sans culpabilité, comme ce fut le cas pour beaucoup d'Allemands ordinaires sous le régime nazi¹²⁰. La chaîne générationnelle tient la succession d'État : elle lie les représentants actuels par rapport aux actions passées de l'entité juridique. À la différence des États toutefois, le défaut de paiement de ces derniers n'est pas métabolisé par les individus, bien que puissent s'imposer pour eux d'importants réaménagements sociaux. Ici, le *ne pas rembourser* intergénérationnel, la fin de non-recevoir doit être appréhendée comme substrat de la condition humaine, le lieu dont le sujet doit s'arracher par tous les moyens institutionnels déjà fournis par une culture. L'État est maître du droit en ce qui a trait au *grand procès mythologique* qui met en scène le sujet.

Le travail d'arrachement du sujet humain pour entrer dans la condition mythique de son désir consiste à entrer dans l'espace de la Loi, en temps voulu, dans les temps, comme disent les sportifs. Forclusion signifie que les délais, dans la perspective du temps pour l'inconscient, n'ont pas été tenus, le Grand Procès mythologique du sujet n'a pas été noué; autrement dit, l'instance de la Loi n'a pas fonctionné et le Temps du Nom-du-Père s'en trouve destitué¹²¹.

119. Françoise DOLTO, *Le cas Dominique*, Paris, Seuil, 1974, p. 242.

120. Voir Daniel GOLDHAGEN, *Les bourreaux volontaires de Hitler. Les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, coll. Point, Paris, Seuil, 1997.

121. P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, préc., note 2, p. 29.

La démonstration de Legendre met en évidence qu'à la différence des déficits de la fonction parentale des individus, les États ont une obligation de résultat, celle de faire en sorte que les sujets n'aient pas à s'auto-fonder à la manière du baron Von Münchhausen qui, en se tirant lui-même au-dessus d'un gouffre par les cheveux, échappa à la noyade. Au plan collectif, les États ont la capacité de fabriquer des lendemains qui déchantent. Legendre est enclin à penser que toute atteinte à la structure du droit peut ouvrir un abîme sous les pas de ceux qui viennent.

Les concepts d'obligation, de dette, de paiement, de faute, tout comme les notions d'innocence ou de culpabilité recèlent une résonnance inconsciente à laquelle le sujet ne peut se soustraire¹²². À travers l'exercice - un bien-dire - de qualification juste, le droit décline tous les modes d'assujettissement, de sujétion par rapport à la vérité des effets de la parole¹²³. L'enjeu de la clinique conçu depuis l'anthropologie juridique tient à un *rendre* qui accorde un statut, modifie un état ou le restitue. La provenance des exigences de justice n'est pas la simple manifestation d'une instance surmoïque se résumant à l'exigence unilatérale ou à la contrainte. Le sujet n'est pas uniquement tributaire; il a droit à son dû, à la justice comme créancier de cette place inventée¹²⁴. Rendre justice a fonctionnellement le sens d'un

122. « Probablement dans l'inconscient des hommes, existe déjà l'idée de droit ». François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 1.

123. Selon l'expression juridique célèbre: « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Cette maxime de Jérôme Loysel, juriste français du XVII^e siècle, nous instruit de l'importance du fait langagier caractéristique de l'humain ». Jacques CABASSUT, « Clinique et éthique des écrits institutionnels : en dire quelque chose... », (2008) 1-97 *Vie sociale et traitements*, 106, 106. Cité dans Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Paris, Mille et une nuits (« Les Quarante Piliers »), 2004, p. 67.

124. « En termes juridiques, l'art du bon et de l'égal doit faire son œuvre, il faut rendre à chacun son dû. Mais lorsque dans l'économie symbolique arrimée à l'inconscient l'obligation et son lien de droit (le *juris vinculum* en jargon romain) ne sont pas reconnus, il n'y a plus de lignée, plus de

rendu comme dans l'expression « chose promise chose due » et selon la même nécessité impérieuse qu'un père, quoique sous un autre registre, doit la limite à son enfant¹²⁵. Rendre¹²⁶ justice signifie également différencier : tantôt mettre un terme à une confusion des patrimoines, tantôt déterminer un degré de responsabilité. Il s'agit d'un exercice de délimitation, d'un effort pour départager¹²⁷. Ce *rendre* doit être compris à son terme précisément comme un *rendu* : à la fois acte de parole et remise. L'exigence de justice a une portée inconsciente : la justice est due à la manière d'une créance de vérité. Ce rapport n'est jamais mieux illustré qu'à l'occasion de procès dont les victimes n'escomptent pas tant obtenir réparation monétaire d'un tribunal pour un préjudice subi, que voir une instance tierce reconnaître et dénoncer publiquement une condition inique subie.

Tout autant que Legendre, Melman et Lebrun articulent *néo-sujet* et *casse subjective* depuis l'éclipse du patriarcat et en

justice; c'est la confusion et la charpie ». P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, préc., note 2, p. 135.

125. « *Croyance, créance*, ces mots sont significatifs, ils balisent le champ auquel, par l'interrogation sur l'incroyable, nous sommes introduits : le fils est à la fois celui qui met sa foi en un père et le créancier qui attend de ce père un paiement ». P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, préc., note 2, p. 127.

126. « Un texte romain classique décrit la fonction du juge comme opération du *rendre (reddere)* : on dit qu'il rend le droit, même lorsqu'il décide injustement, car on ne considère pas ce qu'il a fait, mais ce qu'il a fait *en tant qu'il doit le faire*. Dans ce commerce de paroles, le juge doit *en retour ce qu'il doit*, sous les espèces d'exercer la fonction en tant que telle; ce n'est pas le fait d'une décision qui fait la décision, mais son inscription dans les formes, prenant en quelque sorte le statut d'oracle. Il faut entendre que la fonction dépasse celui qui l'exerce et que, par conséquent, le discours dans la fonction est discours *de* la fonction (...) ». P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, préc., note 2, p. 401-402.

127. La définition du droit la plus commune : rendre à chacun son dû ou selon son dû, *suum quique tribuere*, selon la formule du *Digeste* de Justinien (533); c'est-à-dire départager le tien du mien.

rendant évidente l'atteinte au principe d'autorité. Les accusations portent sur la dissipation des figures d'autorité consécutives aux nombreux affaissements institutionnels. Leurs observations ont tantôt une portée clinique, tantôt une portée générale. Malgré la finesse de cette acuité théorique quant au constat, on ne peut adhérer à ces raisonnements sans conclure au caractère irréversible de ce marasme. Ces trois lectures accentuent de manière hyperréaliste la toile anémique des descriptions durkheimiennes. Jusqu'où une machine détraquée, emballée par la fuite en avant, peut-elle produire en série des effets désubjectivants? La dépression en est-elle le symptôme général et la psychose la manifestation aiguë? Pour aussi précieuses que puissent être ces analyses, le sens inverse de cette déroute n'est pas indiqué, ni non plus quelque esquisse d'un mode d'emploi pour remonter correctement la machine symbolique. Comment concevoir un point de non-retour dans l'involution symbolique? Leur conception de la santé mentale ne réside-t-elle désormais que dans le simple fait d'avoir échappé à la dépression nerveuse, ou encore de n'être point devenu fou? À moins que pour Legendre, la structure Tierce du droit serve essentiellement de re-père, de dernier rempart contre les dérives sociales : un garde-fou?