

PIERRETTE PONCELA

Les experts sont formels

Sans doute parce qu'ils sont formels, les experts sont très sollicités. Quand un choix est difficile, quand une décision doit être prise et que le décideur hésite ou n'est pas assez informé ou ne veut pas assumer seul la responsabilité, un expert est nommé, voire une commission d'experts, selon les moyens, le contexte, le temps dont on dispose. Les experts, c'est-à-dire des techniciens présumés particulièrement compétents dans leur spécialité professionnelle, ont vocation à venir en aide à tel ou tel ministère ou organisme international en difficulté de décider ou de prendre parti. L'importance de la fonction d'expertise est une des caractéristiques des sociétés occidentales et participe largement des processus de rationalisation décrits par Max Weber.

Le droit n'échappe pas à ce phénomène et rares sont les projets de loi qui ne sont pas précédés d'un rapport de commission *ad hoc* ou de la consultation de quelques experts dans le domaine concerné. L'activité judiciaire fait aussi une large place aux experts. Mais si le rapport d'expertise n'a que le statut juridique d'un fait, parmi d'autres, laissé à la libre appréciation du juge pénal, il est pourtant devenu « la reine des preuves » du xx^e siècle. Aussi les critiques sont-elles nombreuses. En effet, les experts tendraient à se substituer au juge dans la fonction de juger, subvertiraient le pouvoir des magistrats¹.

Dans le seul domaine du droit pénal, les expertises sont nombreuses et variées : chimiques, graphiques, médicales, comptables, artistiques, etc. Certaines sont bien acceptées et insérées dans la

1. Voir notamment la revue *Actes*, 1974, n° 5/6, et 1983, n° 39.

pratique judiciaire ; elles ont pris leur place sans histoire dans le déroulement du procès pénal. Même si leurs techniques se sont profondément modifiées ou suscitent encore des controverses, ces discussions n'ont lieu que dans le cercle restreint des techniciens concernés. Ainsi en va-t-il de la balistique, de la dactyloscopie ou de l'expertise comptable.

Par contre, d'autres expertises ont suscité et suscitent encore des débats parfois passionnés, hors du cercle des techniciens pour toucher le public en général à l'occasion d'affaires retentissantes ; le spectre de l'erreur judiciaire plane alors sur les experts. Ainsi les expertises graphiques, la toxicologie et la psychiatrie sont-elles encore l'objet de grandes controverses.

Les pénalistes de l'Ancien Régime formulaient déjà des réserves à l'encontre des experts en écritures appelés Maîtres Ecrivains Jurés². L'affaire Dreyfus a été l'occasion tant commentée de jeter la suspicion sur ce genre d'expertise³ ; tout récemment, l'affaire dite « du petit Grégory » a relancé les critiques. La formation et la compétence même de ce type d'experts semblent très sujettes à caution⁴.

Au point de vue de la preuve, les expertises en écriture posent le même type de problèmes que les expertises en toxicologie, à savoir, établir un fait tendant à prouver l'infraction ou à identifier son auteur.

Par contre, les expertises psychiatriques sont d'un autre ordre : l'auteur étant présumé identifié, leur objet est de dire si son acte doit être jugé. Dans le cas contraire, l'auteur de l'infraction fait éventuellement⁵ l'objet d'un traitement psychiatrique.

La criminalistique est devenue un élément important, voire indispensable, de la procédure pénale ; la qualité et l'utilité de nombreuses expertises sont assez affirmées pour ne pas avoir à être discutées. Cette étude s'attachera donc à deux types d'expertises

2. Bigny, *Traité contenant la manière de procéder à toutes vérifications d'écritures contestées en justice*, Paris, 1698 ; P. F. Muyart de Vouglans, *Institutes de droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, p. 240.

3. Bernard Lazare, *Une erreur judiciaire : l'affaire Dreyfus* (2^e mémoire avec des expertises d'écriture), Paris, Stock, 1897 ; Edmond Locard, *L'affaire Dreyfus et l'expertise de documents écrits*, Lyon, Bibliothèque de la Revue internationale de Criminalistique, 1937.

4. T. Cretin, *Considérations et propositions à propos de l'expertise en écriture judiciaire*, *Revue de Science criminelle*, 1988, n° 3, 474-486.

5. Le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, discuté à l'Assemblée nationale en mai 1990, légalise la pratique des arrêtés de placement d'office intervenant en cas d'irresponsabilité pénale fondée sur l'article 64 CP (art. L 348 nouveau CSP).

controversées, au point de remettre en cause quelques institutions juridiques bien établies.

D'une part, un type d'expertise tendant à l'établissement de faits ; il s'agira de l'expertise toxicologique, car elle a été le moteur de l'histoire juridique de l'expertise, par le rôle qu'elle a joué dans des affaires retentissantes.

D'autre part, l'expertise psychiatrique portant sur la personne même de l'auteur de l'infraction ; d'une nature très différente des autres expertises, elle touche à certains droits fondamentaux, civiques et de la personnalité. Aussi son régime actuel et même son existence doivent-ils être sérieusement reconsidérés.

ARSENIC ET VIEILLES QUERELLES

L'ordonnance de Blois de 1579 règle pour la première fois d'une façon générale la matière des expertises : « Dorénavant, en toutes matières où il sera question d'informer et faire preuve par témoins de la valeur de quelque chose, seront tenues les parties d'une part et d'autre, convenir de gens experts à ce connaissant ; et, à faute d'en convenir, seront nommés d'office, par le juge pour examiner et évaluer les dites choses et en rendre raison. »

Il semble que le problème posé par cette ordonnance fût celui de la qualité des experts et non de l'accord des parties, le plus souvent suppléé par le juge. Très vite d'ailleurs, la pratique judiciaire laissa aux juges le choix des experts, ce que l'ordonnance de 1670 vint confirmer. Ensuite, l'édit de mars 1696 obligea les tribunaux à dresser des listes d'experts, les « experts-jurés ». Les experts devinrent des sortes d'officiers ministériels avant la lettre, puisque leur institution fut érigée en titre d'office et que leur charge devint vénale. Cette organisation disparut quand furent supprimées les jurandes, maîtrises et corporations. Mais avec elle disparurent aussi toutes dispositions organisant les expertises en matière pénale : absentes dans le code des délits et des peines de 1795 et surtout dans le code d'instruction criminelle de 1808⁶. On continua donc la pratique antérieure : experts librement nommés par le juge d'instruction ou la juridiction de jugement.

Il faut attendre 1958 pour que l'expertise en matière pénale fasse l'objet de dispositions précises insérées dans le code de procé-

6. A l'exception des articles 43 et 44 du code d'instruction criminelle relatifs au crime flagrant.

de Marie Lafarge à Marie Besnard, plus d'un siècle s'est écoulé, et pourtant... l'histoire semble la même.

Le 3 septembre 1840, devant la cour d'assises de Tulle, s'ouvre le procès de Marie Lafarge⁷, accusée d'avoir empoisonné son mari avec de l'arsenic, sur la foi d'un rapport d'experts. C'est la première affaire judiciaire marquée par une bataille d'experts en toxicologie. L'opposition est tout particulièrement violente entre Mathieu Orfila, le notable, doyen de la faculté de médecine de Paris, et François-Vincent Raspail, le républicain, savant humaniste⁸. Le premier affirme l'infailibilité de la toxicologie ; le deuxième est habité par le doute scientifique. Bataille d'experts mais aussi acharnement de l'accusation qui trouble les experts et les entraîne dans des positions extrêmes. Onze experts ont affirmé l'absence d'arsenic qui ont eu moins d'importance qu'un seul prétendant le contraire ! En face, une défense juridiquement démunie ; elle ne peut que faire citer des « conseillers techniques » comme témoins à l'audience de jugement.

Dans l'affaire Lafarge, la fiabilité des techniques d'analyse utilisées par les experts est sérieusement mise en cause. L'appareil de Marsh a été inventé en 1836 et la toxicologie n'est qu'à ses débuts ; l'affaire Lafarge va contribuer à son avancement. Le duel Orfila-Raspail se poursuit à l'Académie des Sciences, une commission est nommée pour se prononcer sur la fiabilité de l'appareil de Marsh. Elle conclut sur la prudence : « Mais ne vaut-il pas mieux laisser échapper cent coupables que de s'exposer à faire périr un innocent ? »⁹

Après l'affaire Lafarge, l'expert formel n'est plus ce qu'il était. De plus, est apparue l'utilité d'une expertise contradictoire, ou au moins d'une pluralité d'experts. Il faudra pourtant attendre vingt-cinq ans avant qu'un texte ne soit discuté s'attachant à combler les lacunes de la réglementation juridique de l'expertise.

En octobre 1878, le ministre de la justice Dufaure réunit une commission chargée d'élaborer un projet de réforme du code d'instruction criminelle. Le projet est déposé au Sénat le 27 novembre 1879.

Ce projet contient des dispositions novatrices en matière d'expertise, lesquelles donneront lieu à des discussions animées au Sénat. La qualité autant que l'impartialité des experts semblent exiger une

7. Mme Lafarge, *Heures de prison*, Paris, Calmann-Lévy, 1886 ; Jacques Herissay, *Le procès de Mme Lafarge (Dossier officiel)*, Paris, Emile-Paul, 1929 ; Laure Adler, *L'amour à l'arsenic*, Paris, Denoël, 1985.

8. Voir les Souvenirs de F.-V. Raspail, reconstitués dans Y. Lemoine et P. Lenoël, *Les avenues de la République*, Paris, Hachette, 1984, 276/290.

9. Cité in L. Adler, *op. cit.*, p. 182.

condition préalable : leur choix sur une liste d'experts, liste annuelle dressée par les cours d'appel, sur l'avis des facultés, corps savants, tribunaux et chambres de commerce. Pour la première fois apparaît le système de l'expertise contrôlée ; le juge nomme un ou plusieurs experts, mais l'inculpé peut désigner un expert qui assiste à toutes les opérations, requiert les experts nommés par le juge de faire les constatations qu'il juge nécessaires et consigne ses observations à la suite du rapport. Les mêmes droits reconnus, dans ce projet, au ministère public et à la partie civile seront supprimés par la commission de législation. Il s'agit donc d'une série de contre-expertises simultanées et parallèles à l'expertise principale et pouvant aboutir à des conclusions différentes. Et l'auteur du projet de conclure : « Les hommes de l'art agissent non pas *ut plures*, mais *ut singuli*. Le juge d'instruction et, après lui, les tribunaux de répression auront à apprécier de quel côté est la vérité. »¹⁰

Voté par les deux Assemblées avec beaucoup de modifications, ce texte devient cependant caduc avec la fin de la législature ; mais il fournira l'essentiel des dispositions de la loi du 8 décembre 1897 organisant les droits de la défense durant l'instruction préparatoire. Auparavant, la loi du 30 novembre 1892 relative à l'exercice de la médecine et le décret du 21 novembre 1893 pris pour son application contribuent à l'amélioration de la qualité des expertises de médecine légale : dans chaque ressort de cour d'appel, une liste annuelle de médecins-experts, spécialement assermentés, doit être établie. Pour autant les magistrats conservent le droit de choisir les experts en dehors de la liste ; ce point fera l'objet de discussions quelques années plus tard.

En effet, le 29 juin 1899, Jean Cruppi dépose une proposition de loi tendant à la réforme des expertises médico-légales. Cette proposition reprend le principe du choix des experts sur une liste dont la composition est améliorée. Il est demandé la création d'un institut médico-légal assurant une formation spécifique pour les experts auprès des tribunaux ; ce dernier point rallie la quasi-unanimité des députés. Cruppi propose aussi et surtout l'instauration d'une expertise contradictoire. Il constate en effet que les experts nommés par le juge sont en fait les experts de l'accusation ; le système de l'expertise contrôlée, prévu dans le projet de 1879, ne lui semble pas satisfaisant car il fait de l'expert de l'inculpé à la fois un subalterne et un espion. Il faut donc que l'inculpé puisse nommer un contre-expert qui rédigera, avec l'expert du juge, un rapport commun après

10. *Annales du Sénat*, séance du 27 novembre 1879.

une discussion contradictoire. A l'Assemblée, les opinions divergent sur le point de savoir qui départagera les experts en cas de désaccord. Cruppi propose le recours à un tiers arbitre désigné par les deux parties et, à défaut, par le président du tribunal. D'autres lui préfèrent le recours à un tribunal superarbitral composé d'autorités scientifiques, seules capables de voir les erreurs dans les affaires d'empoisonnement¹¹.

La proposition Cruppi n'aboutit pas. Il semble pourtant qu'elle ait inspiré l'article 12 de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes, lequel dispose : « Toutes les expertises nécessitées par l'application de la présente loi seront contradictoires... » ; le décret du 22 janvier 1919 précise que deux experts doivent être désignés, l'un par la juridiction et l'autre par l'intéressé. Des dispositions semblables figurent aussi dans la loi du 3 décembre 1926 concernant les spéculations illicites.

Deux projets de réforme de l'ensemble du code d'instruction criminelle n'eurent pas de suite. L'un en 1938 (projet Matter), l'autre en 1949 (projet Donnedieu de Vabres), ce dernier très radical puisqu'il confiait l'instruction au procureur de la République. Si l'expertise est enfin réglementée en 1958, ce n'est pas sans rebondissements.

Le 21 février 1952, devant la cour d'assises de Poitiers, s'ouvre le procès de Marie Besnard¹², accusée de treize empoisonnements par l'arsenic dont celui de son mari, sur la foi d'un rapport d'experts. Elle est acquittée lors de son troisième procès en cour d'assises, après quatorze ans de procédure. Ici aussi on constate un acharnement de l'accusation, mais, après un recours en suspicion légitime, l'affaire est renvoyée à Bordeaux.

Dans l'affaire Besnard, il y a aussi bataille d'experts, la certitude de l'un contre le doute de l'autre, mais il y a plus : les avocats de la défense confient à des techniciens la critique interne du rapport officiel. Ces derniers contestent la technique employée et la certitude des résultats, mais aussi la conscience professionnelle de l'expert. C'est le tournant de l'affaire de Poitiers : les « conseillers techniques » de la défense établissent que le rapport officiel contient des erreurs énormes incompatibles avec la compétence normale d'un expert. Devant l'absence de texte, la cour d'assises de Bordeaux innove : elle

11. A cette occasion est rappelée l'affaire Moreau, un herboriste de Saint-Denis accusé d'avoir empoisonné sa femme avec du sulfate de cuivre ; il fut condamné à mort, mais après son exécution on démontra qu'il était impossible d'empoisonner avec la dose utilisée par Moreau (séance du 30 juin 1899).

12. René Héricotte, *Marie Besnard ou la justice empoisonnée*, Paris, Ed. J. A., 1980.

confie à un « expert au sommet » l'examen de tous les autres rapports officiels ou officieux. « Il y a dans cette affaire beaucoup d'arsenic, trop d'arsenic... », dit celui-ci, embarrassé, quand il doit déposer. Puis il conclut : « La médecine légale ne peut fournir que des indications générales, non des certitudes. » Les magistrats ne sont pas satisfaits ; d'autres experts suivront, ainsi que des « conseillers techniques » de la défense, tous impossibles à départager... jusqu'en novembre 1961 ! Pendant ce temps, on discutait le nouveau code de procédure pénale...

En 1953, une commission, présidée par Besson, est chargée de préparer un projet de réforme du code d'instruction criminelle ; elle est composée en majorité de magistrats, 17, contre 7 avocats et seulement 2 professeurs de droit. Le projet est déposé au Conseil de la République le 5 octobre 1955. Le monde judiciaire est divisé sur l'affaire Besnard ; les articles relatifs à l'expertise sont réservés et ne sont réintroduits que plus tard. De même pour les discussions à l'Assemblée : elles ont lieu en juillet 1957 sur l'ensemble du projet de CPP, sauf celles sur l'expertise reportées en novembre.

Le projet de la Commission d'études pénales législatives prévoyait qu'au minimum deux experts seraient désignés par le juge. Mais, lors des discussions, Jacques Isorni, au nom de la Commission de la justice, propose l'expertise contradictoire. Le principe en est adopté mais sa mise en œuvre la rend facultative ; elle doit en effet être ordonnée par le juge d'instruction, sur requête de l'inculpé. La loi du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale comporte une section intitulée « De l'expertise » (art. 156 à 169). Ces dispositions ne recevront jamais application. Par voie d'ordonnances (23 décembre 1958 et 4 juin 1960), elles sont remplacées par un autre système : deux experts, quand la question soumise à l'expertise porte sur le fond de l'affaire, sont nommés par le juge et procèdent à leur mission sous son contrôle (art. 156 à 169 CPP). L'unanimité s'est cependant faite sur les listes d'experts, nationale et locale.

Après tant de débats, de propositions, de projets, une réforme de 1985 est passée presque inaperçue. La loi du 30 décembre 1985 a substitué à la pluralité d'experts la désignation d'un expert unique par le juge d'instruction, éventuellement plusieurs si les circonstances le justifient (art. 159 CPP). Cette modification, justifiée par un souci de simplification des procédures, est adoptée, sans beaucoup de débats. Il est vrai qu'elle est insérée dans un projet dit « fourre-tout » comme le fait remarquer le député E. Aubert, c'est-à-dire « permettant de faire voter des mesures sans que soit vraiment abordé le

fond du débat ». Seul un député (P. Clément) propose l'expertise contradictoire ou, au moins, le droit pour la défense de la demander ; mais le débat tourne court. Faudra-t-il une autre affaire d'arsenic ?

L'histoire juridique de l'expertise pénale se tisse à partir de grandes affaires judiciaires : Marie Lafarge, Dreyfus, Marie Besnard et bien d'autres encore. Les années 1820-1830 sont marquées par des crimes horribles : anthropophagie, mutilation, décapitation, meurtres d'enfants. Les accusés, Léger, Papavoine, Henriette Cornier, sont condamnés à mort. Devant l'horreur, magistrats et jurés rejettent l'article 64. Les psychiatres ripostent par les monomanies. L'histoire de cet affrontement est connue, comme celle de la commisération pour le fou, fût-il criminel¹³.

ILS L'AIMENT A LA FOLIE

Aimer c'est comprendre, notamment. Comprendre que l'on ne peut pas condamner l'auteur d'un crime s'il a agi en état de démence (art. 64 du code pénal) ; ce serait inhumain, injuste, pernicieux, bref tout ce qui fut dit dès le milieu du XVIII^e siècle, quand fous et criminels se trouvèrent mêlés. L'histoire est connue aussi de la rencontre entre psychiatrie et justice pénale : l'hostilité, l'affrontement, puis les fiançailles autorisées par la loi du 28 avril 1832 généralisant l'usage des circonstances atténuantes par le jury, enfin le mariage rendu possible par la loi de 1838 permettant l'internement administratif dans un but de sauvegarde de l'ordre public. Depuis justice pénale et psychiatrie marchent main dans la main, pour le meilleur et pour le pire. Mais magistrats et psychiatres sont « humains » : les premiers ne les condamnent plus, les seconds les soignent.

L'expertise psychiatrique, à différents égards, occupe une place à part. Son objet n'est ni l'établissement des faits, ni la détermination de l'auteur de l'infraction, mais, ce dernier étant supposé connu, il est de dire s'il a agi avec une volonté libre et consciente.

Les conditions mêmes dans lesquelles l'expertise a lieu sont particulières. Alors que les autres expertises — chimiques, balistiques, graphiques — s'effectuent dans les lieux et avec les techniques propres à la pratique de l'expert, l'expertise psychiatrique, au contraire, s'effectue dans des conditions atypiques : en milieu pénitentiaire, dans un temps limité, avec un dossier préconstitué et dans un

13. Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972 ; Robert Castel, *L'ordre psychiatrique*, Paris, Ed. de Minuit, 1976.

esprit de suspicion. D'où cette remarque, fréquente de la part des experts : « On ne sait pas si vous dites vrai, cela n'est pas au dossier, cela n'est pas prouvé... » Et ce commentaire : « Alors de quoi est-il tenu compte pour analyser et expertiser ? Uniquement du dossier, on y revient toujours, le dossier ; l'individu fait acte de présence pour la forme, en plus c'est la loi, mais qu'il soit présent ou non c'est pareil. »¹⁴

Enfin, les conséquences de l'expertise psychiatrique sont à la fois absurdes (il n'y a ni crime, ni délit), aléatoires (la liberté ou l'internement pendant dix jours ou vingt ans ou à perpétuité), privatives de droit (droit d'être jugé) et néfastes au « bénéficiaire » lui-même (individu dépossédé de ses actes).

Cette incohérence est renforcée par l'affirmation simultanée de la responsabilité civile, c'est-à-dire de la capacité à réparer les dommages causés (art. 489-2 C. civ.)¹⁵.

Mais, plus encore, l'expert psychiatre doit être distingué des autres experts car, souligne Pierre Legendre, il « manie le discours fondateur du sujet ». L'accusé répond, à travers la médiation du juge, devant la Référence fondatrice ; « il demande qu'on lui parle de la limite »¹⁶, c'est-à-dire de ce qui est fondateur de son être. Les experts s'adressent de droit au juge, mais *de facto* à l'accusé ; leur rôle devrait être de restituer à l'accusé l'image fondatrice. L'actuelle organisation de l'irresponsabilité pénale pour démence ne le permet pas.

Le procès de l'article 64 a été fait et refait ; peu de psychiatres y restent favorables¹⁷. Pourtant, la commission chargée de préparer un « nouveau » code pénal a repris le principe de l'irresponsabilité pénale, élargissant même la notion de démence. Nous avons eu nous-même l'occasion de souligner que différentes règles du régime actuel de l'expertise sont contraires aux droits de la défense¹⁸. Il faut encore y insister.

La législation française n'est pas en conformité avec l'article 6

14. Serge Ferraton, *Ferraton, le fou, l'assassin*, Paris, Solin, 1978, p. 65.

15. « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. »

16. Pierre Legendre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Paris, Fayard, 1989, p. 157.

17. Voir notamment : Jonas, Ni crime ni délit... psychiatrie et justice, *Actes*, 1983, n° 39 ; Franck Chaumon, Abrogation des législations spéciales et crise du sujet de droit, *Perspectives psychiatriques*, 1984, n° 97, 187/196 ; P. Bertaux, C. Monnat, *L'expertise psychiatrique au pénal, ou la gestion du crime*, Paris, INSERM, 1984, 144 p.

18. P. Poncela, Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité, *Revue de science criminelle*, 1986, n° 1, 61-68.

de la Convention européenne des Droits de l'Homme¹⁹. En effet, le droit pénal français accorde au juge d'instruction un pouvoir exorbitant. Ce magistrat peut décider seul, sans débat public et contradictoire, qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur le bien-fondé d'une accusation. Contre cette décision, aucun droit d'appel, l'inculpé ne pouvant pas faire appel d'une ordonnance de non-lieu, quand bien même elle serait motivée par son prétendu état de démence au moment des faits (Cass. crim., 15 juillet 1965, *BC* n° 176, Ch. accus. Rouen, 26 janvier 1982, *D*, 1983, *IR*, 240).

Si le législateur français n'est pas encore prêt à supprimer l'article 64 CP, au moins pourrait-il rendre le régime juridique de l'expertise compatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme et respectueux des droits de la défense. C'est-à-dire réserver les expertises psychiatriques pour l'audience de jugement, donc soumise à un débat contradictoire. Encore faudrait-il avoir obtenu préalablement l'accord de l'accusé ou du prévenu. S'il existe un droit à l'expertise, bien que limité par le pouvoir du juge d'instruction, il est nécessaire que soit reconnu aussi un droit à la non-expertise de soi. Des infracteurs politiques ont souvent refusé de se soumettre à une expertise psychiatrique, mais d'autres aussi, dont les conflits, pour être plus intimes, n'en sont pas pour autant indignes d'être assumés dans leurs conséquences choisies ou subies²⁰.

Chaque citoyen doit se voir reconnaître le droit à un procès équitable. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs a introduit une séparation entre la prise en charge psychiatrique d'un individu et le régime juridique d'incapacité. Le droit pénal doit introduire une distinction du même ordre entre une peine qui pourrait inclure un traitement psychiatrique et la responsabilité juridique de l'auteur de l'infraction. Le droit n'a pas pour fonction de connaître le fou, il doit simplement lui faire place.

Il faut lire le poignant ouvrage de Philippe Bernardet livrant, au sein du Groupe Information Asile, un combat courageux pour le respect des droits des malades mentaux. De nombreuses années de rencontres et une bonne connaissance du fonctionnement des

19. « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » (art. 6-1 CEDH).

20. S. Ferraton, *op. cit.*, *supra* ; T. Szasz, *La loi, la liberté et la psychiatrie*, 1936, Paris, Payot, trad. franç., 1977 ; Philippe Bernardet, *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, Paris, Fayard, 1989, notamment p. 207-245.

institutions juridiques et médicales lui permettent d'écrire : « Le corps usé par les neuroleptiques, l'esprit fatigué par les désillusions successives, l'individu, censé avoir été dément au moment de son acte, à qui toute responsabilité est, en apparence, ôtée, tandis que chaque jour lui rappelle qu'il doit expier sa faute par un temps de détention indéterminé, à qui tout moyen de défense est désormais interdit et dont au fil des ans on ne sait plus que faire, succombe de lui-même, ou se donne la mort. Dans l'intervalle, cette temporisation — cette mort lente — aura coûté quelques millions de centimes à la Sécurité sociale... »²¹

Si l'abrogation de l'article 64 CP nous semble la solution la plus souhaitable, par contre il ne s'agit pas de faire disparaître psychiatres et psychologues du procès pénal. Il faut maintenir à la fois l'enquête de personnalité et l'expertise médico-psychologique prévues à l'article 86, al. 6 et 8 CPP, mais en reconsidérant autant leur régime juridique que leur signification au regard du procès pénal et du jugement.

Dans une remarquable étude de cas, récemment publiée, Pierre Legendre insiste sur la fonction clinique du droit, méconnue à la fois par la plupart des juristes et des psychiatres. Ainsi un acquittement pour folie quand l'auteur revendique sa responsabilité peut avoir « valeur de mise à mort subjective et signifier purement et simplement condamnation à la folie »²².

On ne peut ici que reprendre les termes mêmes de Pierre Legendre, pour exprimer ce qu'il faut entendre par fonction clinique du droit, et par là même souligner à nouveau le caractère absurde de l'article 64 : « Le droit inscrit le meurtre dans le discours de la Référence en lui donnant statut d'acte illégal notifié à son auteur comme tel, il inscrit aussi le meurtrier dans le discours généalogique de la dette en imposant à l'auteur du crime paiement symbolique, sous les espèces d'une peine, à la Référence, c'est-à-dire au véritable créancier de cette dette infligée. En d'autres termes, le juge vient séparer l'assassin de son crime. »²³

A ce moment de notre histoire, le droit, comme bien d'autres champs de régulation sociale et politique, fait une large place aux expertises. Dans le domaine judiciaire l'expertise particularise un système de preuves²⁴. Doit-on y voir un enjeu de pouvoir, un affaiblissement du juridique, une médicalisation du droit, l'un des symp-

21. Ph. Bernardet, *op. cit.*, p. 224.

22. P. Legendre, *op. cit.*, p. 160.

23. P. Legendre, *op. cit.*, p. 161.

24. Voir P. Poncela, *La vérité est de ce monde, Actes*, 1986, n° 54.

tômes d'une société de contrôle ? Questions formulées à partir de réponses, qu'il fut intéressant d'entendre mais que l'on se lasse de relire.

Il faut être plus précis. En matière d'expertise, la question, pour le juriste, c'est d'abord l'instruction. Un système d'expertise respectueux des droits de la défense n'est pas possible dans le cadre de l'instruction. Le juge d'instruction est plus un enquêteur qu'un arbitre, ce tiers impartial et désintéressé, idéal du juge. En juin 1985, en réponse à une dernière tentative pour introduire l'expertise contradictoire, R. Badinter, ministre de la justice, répond : « Donner un caractère contradictoire à l'expertise en matière pénale serait changer radicalement la nature de l'instruction. »²⁵

La conclusion s'impose : l'instruction empoisonne notre système de procédure pénale, et l'article 64 rend fou. Les solutions sont diverses : réformer, voire supprimer l'instruction, s'impose ; rendre l'expertise totalement contradictoire à l'audience donc abandonner la « demi-mesure » de l'article 169 CPP²⁶ ; enfin, abroger l'article 64 CP dans sa partie relative à la démence. Ce que la commission de réforme du code pénal n'a pas su faire ni même penser pourra-t-il être réalisé par la commission de révision du code de procédure pénale ?

25. Assemblée nationale, 25 juin 1985.

26. « Si, à l'audience d'une juridiction de jugement, une personne entendue comme témoin ou à titre de renseignement contredit les conclusions d'une expertise ou apporte au point de vue technique des indications nouvelles, le président demande aux experts, au ministère public, à la défense et, s'il y a lieu, à la partie civile, de présenter leurs observations. Cette juridiction, par décision motivée, déclare, soit qu'il sera passé outre aux débats, soit que l'affaire sera renvoyée à une date ultérieure. Dans ce dernier cas, cette juridiction peut prescrire quant à l'expertise toute mesure qu'elle jugera utile. »

RÉSUMÉ. — *A partir de deux types d'expertise — toxicologique et psychiatrique —, cette étude retrace l'histoire juridique et souligne les défauts de la réglementation actuelle de l'expertise pénale. Le rôle du juge d'instruction, le principe de l'irresponsabilité pénale du dément, le respect des droits de la défense, la fonction clinique du droit sont mis en question.*