

LA NORME DU CORPS : UN ESSAI DE FONDATION DE LA MORALE ET DU DROIT

Olivier JOUANJAN¹

« *One day toward the end of World War II, a few Dachau prisoners made a pact. Determined to show that there was an alternative to the usual strife between inmates, they would act like gentlemen; for a whole day, rough and selfish behaviour would give way to civility and compassion, as if they still lived regular lives outside. When the agreed day came, the men tried their hardest to stay true to the ideal of common decency, starting with the scramble to dress, wash, and eat in the morning. By evening, all of them failed, defeated by the harsh reality of the camp. 'The beast inside humans gains the upper hand', the Belgian resistance fighter and Dachau prisoner Arthur Haulot noted in his diary on January 19, 1945, after he heard about the experiment. 'One does not with impunity live so long outside the norm' ».*

Cette triste anecdote est rapportée par l'historien anglais Nikolaus Wachsmann². Le livre de Jay Bernstein donne des clés philosophiques permettant de comprendre ce qui s'est passé à Dachau au début de l'année 1945.

On ne sait pas quelles furent les expériences de ces hommes hors du camp ni dans le camp. On ne sait pas ce qu'ils ont déjà subi. On ne sait s'ils ont été torturés comme le fut Jean Améry ou s'ils furent violés, comme Susan Brison, dont Jay Bernstein rapporte les récits qui offrent une véritable phénoménologie, du point de vue de la victime, de la torture et du viol, une *Wesensbeschreibung*, dit Améry³ et l'on entend l'expression de Husserl, *Wesensschau*.

Le récit de Dachau est comme une simple anecdote qui ne nous dit pas l'essence de la vie dans le camp. Cette vie, dans un camp qui ne fut cependant pas un camp d'extermination, on sait que cependant ce fut une vie pour laquelle « *la liberté signifiait concrètement la mort*⁴ ». Une vie dans un monde qui n'est pas un monde, mais un chaos : « *Le chaos est ce quelque chose qu'on trouve dans le rien, car il n'y a pas de rien au sens le plus strict. Il n'y a qu'un digne de rien (Nichtswürdigkeit), une dévaluation de tout ce qui existe, qui le tient pour rien et le traite comme rien*⁵ ».

¹ Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Institut Michel Villey

² N. WACHSMANN, *KL. A History of the Nazi Concentration Camps*, Londres, Little, Brown, 2015, p. 497.

³ BERNSTEIN, p. 76.

⁴ H.G. ADLER, *Theresienstadt*, 2^e éd., 1960, p. 242.

⁵ *Ibid.*

La vie dans un camp de concentration, avec ou sans torture ou viol organisés, est une vie dans le « rien », ce que Bernstein appelle une expérience de la *dévastation*. C'est justement ce que dit Adler, un survivant de Theresienstadt, d'Auschwitz et Buchenwald : ce rien n'est pas un néant, car il est pire que le néant et le mot dévastation dit très exactement ce pire que le néant.

Etait-ce une vie « hors normes », en dehors des normes ? Oui et non. Car des textes ayant portée « normative », il y en avait dans les camps et même beaucoup. Ils réglaient jusqu'au moindre détail et reconnaissaient même, ironiquement, que le « droit commun » était applicable à défaut d'une réglementation spéciale du camp. Or, cette réglementation spéciale réglementait tout, jusqu'à la longueur des cheveux (3 mm pour les hommes à Theresienstadt) : l'enfer était réglementé⁶.

Il y avait un droit commun qui n'était pas pour le commun des mortels de ces camps. Pour les détenus, il n'y avait *de facto* qu'un *Sonderrecht*, un « droit spécial », pas un « droit d'exception », puisque ce droit spécial était leur droit normal. Mais, *de facto*, ce droit ne réglait rien puisque son application était laissée à l'arbitraire de l'autorité SS du camp. Aussi précis qu'il ait pu être, ce droit ne garantissait aucune « sécurité », aucune prévisibilité quant aux délits ou aux peines. Régulant tout, il ne disait rien, ne normait rien mais instituait le chaos, la dévastation.

Le paradoxe est que, en ne normant rien, ces normes instituaient cependant une certaine réalité sociale : dans le camp, écrit encore Adler, « *toutes les normes juridiques habituellement valides dans une société et tous les principes éthiques tenus pour obligatoires étaient abrogés, les conditions de la vie étaient placées sous le signe d'une détresse sans limites, d'une terreur démesurée, d'une corruption sans bornes qui encourageaient la guerre de tous contre tous, de telle sorte que chaque camp de concentration de la SS devint un champ d'expérimentation du mal*⁷ ». On vivait l'envers du décor des normes, mais c'était encore un décor, celui du mal radical, *institué* par un « droit spécial » qui livrait les femmes et les hommes à la dévastation, pourvu qu'ils aient tous les cheveux bien courts.

Ce droit « spécial » (à tous les sens du terme) était en vérité destiné à devenir l'horizon même du droit applicable, à l'extérieur des camps tout autant, à tous les ennemis de la communauté, aux *Gemeinschaftsfremde*, littéralement les « étrangers à la communauté. Un projet de loi publié le 1^{er} janvier 1945 visait d'ailleurs à appliquer ce *Sonderrecht* à tous les

⁶ N. BERTRAND, *L'enfer réglementé*, Paris, Perrin, 2015.

⁷ H.G. ADLER, « Selbstverwaltung und Widerstand in den Konzentrationslagern der SS », dans : du même, *Nach der Befreiung*, Konstanz University Press, 2013, p. 57.

Gemeinschaftsfremde, c'est-à-dire aussi à ceux qui, bien que remplissant les critères raciaux d'appartenance présumptive à la communauté, démontraient « *par leur personnalité et leur style de vie* » qu'ils étaient « *incapables de satisfaire aux exigences minimales qu'impose la communauté populaire*⁸ ». Expressément, il s'agissait de soumettre tous les étrangers à la communauté à un pur *droit de police*. Un pur droit de police signifie un droit dans lequel les individus sont purement et simplement *objets* de la réglementation. Il fait disparaître le *sujet de droit* et n'accorde aux individus qu'un pur « statut passif », dans les termes de Georg Jellinek.

Ce pur droit de police était déjà celui des camps et on lit parfaitement, dans les réglementations des camps, que les individus ne sont que les destinataires passifs des règles. C'est un droit qui leur nie le droit d'avoir des droits, pour reprendre une formule célèbre d'Hannah Arendt, citée par Bernstein. C'est pourquoi il est pour le moins naïf, et véritablement obscène de considérer que quelque chose, dans les camps, pouvait encore relever, même de façon formelle, de ce que l'on peut appeler un « État de droit » : un « État de droit » est un gouvernement des hommes et non pas l'administration des choses (et des humains comme « choses », comme « vies nues »)⁹.

On peut avoir une analyse kantienne et déontologique de cette situation : est-ce encore une norme, celle qui traite l'individu seulement comme un objet ? Les nazis avaient une vision purement utilitariste (en un certain sens) de leur « droit » : l'utilité commune prime l'utilité individuelle. Mais le livre de Bernstein ouvre une voie plus profonde, plus féconde pour comprendre ce qu'il en est de ce droit et pourquoi il y a de bonnes raisons de dire qu'il ne peut pas être dit un droit.

Parce que ce qui est fascinant dans le livre de Bernstein, c'est qu'il fait émerger, à partir d'une analyse phénoménologique des deux préjudices radicaux que sont la torture et le viol le principe même de la normativité, dont la torture et le viol sont les négatifs absolus.

⁸ Texte dans : D. MAJER, *Grundlagen des national-sozialistischen Rechtssystems*, Kohlhammer, 1987, p. 183.

⁹ Voir cependant : N. BERTRAND, *op. cit.* Il faut le dire, cet ouvrage ne procède pas d'intentions inadmissibles, mais d'un aveuglement hyperpositiviste qui croit voir une norme là où il y a un texte réglementant la coupe des cheveux des détenus, leur correspondance ou encore les sanctions disciplinaires qui leur sont applicables. Que ces textes et les procédures qu'ils prévoyaient aient été respectés est à tout le moins douteux. Quelques exemples tirés de la littérature des rescapés ne font pas preuve de leur efficacité. Plus essentiellement, un État de droit suppose, comme sa condition minimale, que les destinataires du droit de cet État de droit soient institués principiellement comme de véritables *sujets* de droits revendicables contre l'autorité. Or, précisément, toutes les tentatives faites avant la guerre par les juges, les procureurs et le ministère de la justice pour placer la « rétention de protection » (*Schutzhaft*) – c'est-à-dire la décision policière d'internement en camp de concentration – sous un contrôle minimal de la justice ordinaire ont échoué et la possibilité d'obtenir l'assistance d'un avocat fut refusée aux détenus des camps. Ceux-ci étaient les objets de la puissance policière et non les sujets d'un droit, même « spécial ». Voir : L. GRUCHMANN, *Justiz im Dritten Reich*, 3^e éd., Oldenbourg, 2001, p. 545 et s.

Bernstein nous demande de rompre avec les morales traditionnelles, déontologiques ou conséquentialistes, comme avec la séparation entre le *Sein* et le *Sollen*, entre la norme et le fait ou, plus exactement encore, entre la *vie* et la *loi* : « *Ce sont les gens et pas les principes qui sont blessés, cassés, violés par un comportement immoral*¹⁰ ». Le *corps* est le support ultime de la réalité morale, tant le corps que je suis que le corps que j'ai. Prendre le point de vue de la victime, c'est donc essayer de comprendre ce que cela veut dire avoir et être un corps cassé.

Mais pas un corps cassé par la maladie, la malformation ou l'accident. Un corps cassé par autrui, par un agent « souverain » : Bernstein reprend à Améry cette idée que la torture est l'expérience de la « souveraineté absolue »¹¹. L'expérience d'une pure puissance d'autrui, et qui donc en tant que telle, pourrait aussi être la mienne dans une autre configuration de ma relation à autrui. C'est donc un corps cassé dans et par une *relation paradoxale* à autrui : la torture ou le viol sont des relations, mais une relation qui exclut l'une des parties comme hors de toute relation possible. On pourrait peut-être dire une relation humaine sans partenariat humain : dans cette relation, la victime n'est pas le *partenaire* du bourreau. La victime fait l'expérience de la souveraineté absolue, dans laquelle elle ne peut pas *désirer le désir de l'autre ni le connaître* : « *Knowing and desiring another's desire emerge together*¹² ». L'interprétation du moment de la Chute est particulièrement impressionnante dans le livre : en croquant dans la pomme, Eve fait naître en Adam le désir de son propre désir.

On ne peut pas ici résumer, même simplement, l'argument du chapitre 4 fondé sur l'affirmation si surprenante de Hegel, dans la *Phénoménologie de l'esprit* : la conscience de soi est le désir même. Mais ce désir n'est pas autarcique : il est relation, désir du désir de l'autre. Et dans cette dialectique naît ce que Bernstein, qui s'appuie sur Brandom, nomme l'autorité : le désir de l'autre autorise mon désir ce qui confère à l'autre autorité sur mon désir, mais appelle l'autorisation réciproque de mon désir par l'autre. Cette « autorité » paraît être véritablement l'antonyme de la « souveraineté ». De sorte que la conscience de soi, comme processus, non seulement vient de ma relation à l'autre, non seulement elle constitue ma relation à l'autre en même temps qu'elle est constituée par elle, non seulement cette dialectique s'enracine dans le désir, mais surtout elle émerge de la vie corporelle, le désir renvoyant ma conscience à mon corps. Et puisqu'il s'agit là d'une dialectique de la reconnaissance, la reconnaissance s'ancre

¹⁰ BERNSTEIN, p. 75.

¹¹ *Ibid.*, p. 106.

¹² *Ibid.*, p. 187.

essentiellement dans mon être corporel. Et la conscience de soi, comme le dit Hegel que cite Bernstein, n'existe que comme être reconnu¹³.

Bernstein revisite ainsi le thème fondamental de la conscience de soi tel qu'il a été investi après Kant par Hegel mais aussi Fichte. Ce n'est pas rien que Fichte insère dans sa philosophie du moi et de la conscience de soi la question du « corps propre » et intègre cet ensemble dans l'ordre de l'intersubjectivité. C'est évidemment le moment philosophique décisif du livre de Bernstein, son chapitre 4. Or, pour le dire d'une phrase, l'importance de ce chapitre est précisément de faire émerger de cette dialectique de la reconnaissance, assise sur la question de ce que cela signifie habiter un corps propre, le moment de la normativité à travers l'irruption du motif de l'autorité dans la relation des désirs entre eux. Ce chapitre assure le passage du moment phénoménologique aux questions de la morale et du droit.

Si l'on en revient à l'anecdote introductive, celle-ci pose la question suivante : pourquoi, bien que décidés, s'étant engagés, les prisonniers de Dachau ne peuvent pas même se traiter les uns les autres avec *common decency* ? Un résistant belge dit : parce que nous avons vécu trop longtemps en dehors des normes.

Bernstein cite un autre témoignage, celui de Martha Gelhorn qui décrit les survivants de Dachau¹⁴, et peut-être voit-elle certains de ceux qui ont passé ce pacte impossible quelques semaines plus tôt. Elle écrit : « Ils n'avaient pas de visages. » Ils n'étaient plus reconnaissables du fait de la dévastation des corps. L'explication par l'absence de normes n'est pas fautive mais elle est trop courte car il faut aller jusqu'à dire, plus en amont, que dans le chaos, la dévastation des corps qu'organise le camp où règne le pur souverain, la SS, aucune normativité morale ou légale ne peut émerger. La vie qu'on y vit et pour laquelle seule la mort peut signifier liberté n'est pas une vie, pas une vie humaine, accompagnée de conscience de soi, c'est-à-dire la vie « reconnue » et « reconnaissante ». Là où il n'y a plus de visage – on pense aussi, évidemment, à Lévinas – on ne peut plus se reconnaître mutuellement, ni s'y reconnaître personnellement. Il n'y a plus de « monde » parce qu'un monde suppose, de la part des hommes, la « confiance dans le monde », une expression que Bernstein reprend aussi à Améry, et cette confiance dans le monde ne peut naître que dans la dialectique de la reconnaissance.

Ce qui doit nous intéresser particulièrement dans cette démarche et dans l'explication qu'on peut grâce à elle donner de l'anecdote qui a ouvert ce propos, c'est qu'elle met en évidence les

¹³ *Ibid.*, p. 178.

¹⁴ *Ibid.*, p. 277.

conditions de possibilité, en tant que conditions corporelles et que conditions de vie, en passant par la dialectique de la reconnaissance, les conditions donc de la normativité en général et dès lors aussi de la normativité juridique. Jay Bernstein emploie souvent le mot grammaire pour signifier que l'on n'est ni dans un ordre de causalité, ni dans un ordre déontique.

Pour le dire très vite : si la vie humaine incarnée dans un corps est un fondement de la normativité, c'est que dans le rapport à autrui, en tant que rapport de reconnaissance, se joue ce que Jay Bernstein appelle un « more than », « *more than a living being, a being who stands in some particular relation to its life*¹⁵ ». C'est en cela que le principe spinoziste d'auto-conservation, « self preservation » est dépassé dans et par la dialectique de la reconnaissance : il ne s'agit pas seulement de préserver sa « vie nue », mais de préserver sa vie humaine, consciente de soi, de se conserver en tant qu'être « reconnaissable », ce qui signifie une *forme* de vie qui dit ce « plus que » et qui engage l'individu en société. C'est pourquoi « *recognition is a normatively contoured social practice*¹⁶ ».

Un mot, à partir de là, sur la question de savoir si le « droit » nazi peut-être dit du « droit » ? Ce qui en fait équivalent à : l'« Etat » nazi peut-il être dit un « Etat » ? Ou encore : la « Gemeinschaft » nazie peut-elle être dite une « société » ? Il est trop facile et trop discutable, et surtout, cela n'apporte aucune compréhension effective de ce qui est en jeu, de dire simplement du « droit » nazi qu'il n'était pas du droit parce qu'il n'était pas « conforme » aux valeurs supérieures. Le livre de Jay Bernstein permet de statuer sur la question d'un point de vue qui abandonne la philosophie des valeurs pour adopter un point de départ phénoménologique qui conduit à celui, si on le comprend bien, d'une anthropologie fondamentale.

On peut dire que, de même que la torture et le viol sont les maux moraux paradigmatiques, le « droit » nazi (et plus spécialement le « Sonderrecht » des camps) est l'exemple paradigmatique du mal juridique. On est au point où droit et non-droit s'indiffèrent. Et il y a une raison interne au discours « juridiques » nazies, aux représentations nazies du droit. Le droit est dit « ordre de vie de la communauté ». Droit et non-droit s'indiffèrent précisément parce que vie et droit s'indiffèrent. Mais cette vie, n'est précisément pas ce « plus que » qui se déploie dans la dialectique de la reconnaissance. La « forme de vie » nazie, codifiée par le droit, n'est pas dans l'ordre de l'intersubjectivité ; elle est un « ordre » purement objectif, déterminé par la loi

¹⁵ *Ibid.*, p. 176.

¹⁶ *Ibid.*, p. 178.

naturelle du sang, et seul cet ordre « reconnaît », juridiquement les siens. Le nous n'est pas un nous, mais le « Moi » du « nous ».

C'est le paradoxe apparent de la communauté nazie que met si bien en évidence Ödon von Horvath dans son roman *Un fils de notre temps* : le soldat de la communauté, si bien intégré dans le « nous » (dans la figure du chef incarnant l'ordre objectif du nous) se répète sans cesse : « Je suis seul ». Parce que la reconnaissance par l'ordre objectif et « concret » (Carl Schmitt), n'est pas une reconnaissance dans ce monde, elle vient comme d'ailleurs, et ne saurait instituer le minimum indérogable de « confiance dans le monde » nécessaire à la vie sociale, à la vie juridique. La vie du « membre de la communauté », qu'on n'appelle plus « personne », c'est la vie sans « plus », absorbée dans la concrétude dépossédante de la « communauté ». Et c'est pourquoi l'on peut dire que le droit nazi n'est pas du droit.

Pour conclure, on ne formulera pas une critique mais un questionnement, le questionnement d'un simple juriste.

Jay Bernstein remonte de l'expérience absolument négative de la dévastation par le viol ou la torture jusqu'au droit par le chemin que l'on a essayé de retracer ici à grands traits. Il en arrive à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Non seulement elle fait fond sur la dignité dans son article 1^{er} (« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ») ce qui est évidemment important pour le propos du livre, dès lors que la dignité est attachée indéfectiblement aux droits. Mais Bernstein insiste spécialement sur l'article 6 et on le comprend puisque l'on y trouve ce mot capital celui de « reconnaissance » : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». La boucle est logique : si la reconnaissance est le moment fondamental d'émergence de la normativité et du droit, alors le droit « fait bien » en garantissant un « droit à la reconnaissance », en reconnaissant la reconnaissance en quelque sorte. C'est pour Bernstein l'article clé de la Déclaration.

On admet volontiers tout ce propos. Mais le droit ne fonctionne pas, même lorsqu'il reconnaît un « droit », comme une instance de reconnaissance qui serait comme autrui lorsqu'il me reconnaît et que je le reconnais. Autrement dit : le droit ne fonctionne pas à l'intersubjectivité. Il a besoin de se présenter *comme* une instance objective. Le moyen qu'il a utilisé jusqu'à présent et depuis sa fondation romaine pour ce faire, c'est le concept. Le concept est précisément ce qui sépare le droit de la concrétude de la vie telle qu'elle est, tout en se la réappropriant sous une forme abstraite, conceptuelle. Avec le droit, même si nous rencontrons aujourd'hui – est-ce moderne ou post-moderne ? – des difficultés nouvelles, on ne peut notamment pas s'en tenir au point de vue de la victime, parce que précisément, pour des raisons

qui peuvent être tirées de la démarche même de Bernstein, la dialectique même oblige la victime à « reconnaître » le bourreau aussi comme personne. Cette dialectique agrège toutes les parties à la relation juridique. Et pour cela, il n'y a guère d'autre moyen ou d'autre méthode que le concept et son objectivité.

D'où la question qui paraît devoir être posée : n'y a-t-il pas nécessairement un moment où le droit doit s'arracher à la logique de la reconnaissance et de l'intersubjectivité pour s'instituer comme abstraction, objectivité, c'est-à-dire conceptualité ? Et alors en quoi la démarche de Bernstein peut-elle encore « fonder », « justifier » la Rule of Law même substantielle ? Ce moment de l'arrachement serait celui où il ne s'agit plus de reconnaître des valeurs par des mots totémiques comme égalité, liberté ou dignité, mais bien de les appliquer, ce qui présuppose de les conceptualiser suffisamment à défaut de quoi l'on tombe dans l'arbitraire, la pure subjectivité – on pourrait même dire la « souveraineté » – de l'instance d'application du droit (le juge ou autre).

Et l'on ne peut s'en tenir au « ressenti » de la victime car ce serait aussi faire tomber le coupable (avéré ou prétendu) sous le joug de la souveraineté de la victime présumée ou effective. Autrement dit, il ne suffit pas de se satisfaire de l'insertion dans un texte des mots de dignité, d'égalité et de liberté car ces mots ne sont que les prémisses assez indéterminées de ce dont il y va dans le droit : comment définir suffisamment dignité, égalité et liberté, comment mettre en œuvre ces définitions, car le droit c'est aussi tout cela, pas seulement un *Law in Books* mais aussi un *Law in Action*.

La preuve en est que tous ces mots, les plus fondamentaux, dignité, égalité ou liberté posent les problèmes les plus difficiles. Que fait-on avec la « dignité », lorsqu'il ne s'agit pas de ces expériences moralement paradigmatiques que sont la torture ou le viol ou les « traitements inhumains et dégradants », mais de la question de l'avortement, de savoir si la force militaire peut abattre un avion civil détourné par des terroristes pour en faire une arme contre les populations au sol, de savoir ce qu'il faut faire du policier qui a seulement menacer de torturer un criminel présumé afin de sauver un enfant, de savoir si les spectacles de peep-show ou de lancer de nain, ou si un laserdrome sont contraires à la dignité, etc.

Ces questions intéressent-elles la philosophie de la blessure morale de Bernstein ou lui sont-elles indifférentes de ce point de vue ? Dans quelle mesure ou dans quelles limites, cette refondation de la philosophie morale entreprise par ce livre et qui est si impressionnante, peut-elle conduire à une refondation de la réflexion juridique ? Ce sont les questions du juriste qui ne sont peut-être pas complètement déplacées dans ce débat avec un livre fort et beau.