

« UN SUJET DE DROIT 'EXISTENTIELLEMENT IMPUISSANT'? A PROPOS DE TORTURE AND DIGNITY. AN ESSAY ON MORAL INJURY DE JAY M. BERNSTEIN »¹

Géraldine AÏDAN²

Je voudrais vous remercier très sincèrement de votre invitation chère Géraldine Muhlmann, et vous remercier professeur Jay Bernstein pour votre livre extrêmement stimulant.

Votre livre donne à sentir et donne à penser les limites et les horizons de notre humanité, ce qui nous constitue en tant qu'humain et que l'on doit sans cesse continuer à penser, sur le plan moral et sur le plan juridique. Vous confrontez ainsi le juriste à la question du fondement moral du sujet de droit contemporain et des caractéristiques dont il se voit doter.

Vous construisez en effet, une philosophie morale - et certainement aussi les contours d'une philosophie du droit - à partir de notre expérience commune de la souffrance, de ce qui peut souffrir en nous et nous atteindre intimement.

Vous présentez la torture et le viol, comme paradigmes des blessures morales extrêmes, celles qui nous rappellent combien nous sommes vulnérables, fragiles, intrinsèquement dépendants, et dans une « impuissance existentielle » que seule notre confiance dans le monde (existential helpness) permet de supporter. Vous appréhendez le traumatisme – la dévastation – comme ce qui nous fait perdre cette fois dans le monde car, comme le montre le terrible récit de Jean Amery, lorsque l'on a été torturé on reste torturé.

C'est ainsi que, vous faites de la victime, de blessures morales, et du corps - celui duquel le soi (le self) ne peut s'arracher (« le self is its body ») - les éléments centraux de votre philosophie, et vous présentez le droit (the Rule of law : "l'Etat de droit"), comme le "nerf" de la vie morale moderne car il garantit l'interdiction de la torture et la protection de la dignité humaine.

En plaçant la blessure morale au cœur de votre philosophie (morale et peut être aussi "du droit") vous militez alors pour la reconnaissance juridique et politique d'un sujet non pas

¹ Texte légèrement remanié de l'intervention orale lors de *table ronde autour du livre* de Jay Bernstein, *Torture and Dignity. An Essay on Moral Injury*- 26 mai 2016, Université Panthéon-Assas

² Chargée de recherche au CNRS

souverain et autonome mais dépendant, fragile, "existentiellement impuissant". Tels seraient alors certains des contours de votre philosophie du droit.

Aussi, j'essaierai de montrer en quoi certains aspects de votre ouvrage me semblent s'inscrire dans un mouvement juridique contemporain, en quoi la philosophie morale que vous proposez semble résonner avec certains phénomènes du droit positif qui s'ouvrent aujourd'hui sur de nouveaux aspects de la vie morale du sujet.

Pour cela, j'identifierai, au-delà de la question de l'encadrement juridique de la torture et du viol³ ce qui, dans le droit, peut être repéré comme assurant *cette base morale minimale de la vie ordinaire du sujet*, protégée de la souffrance psychique et de certaines formes de dévastation que vous présentez comme le noyau négatif de l'expérience morale. Ainsi, dans quelle mesure ce nouveau sujet que vous appelez de vos vœux dans la sphère politique - et qui renouvelle le mouvement philosophique contemporain de contestation du sujet classique - est-il déjà présent dans le droit ? Un sujet non plus souverain et autonome mais dépendant, fragile, vulnérable, "existentiellement impuissant" et susceptible d'être dévasté.

J'articulerai à une analyse de certaines de vos propositions, certaines interrogations que je serai heureuse de vous poser. Je terminerai par une question/remarque d'ordre général.

1. Vous placez la souffrance au centre de votre pensée, de votre philosophie morale, comme étant ou devant être la base de notre vie morale contemporaine et de notre Etat de droit (*Rule of law*).

Il me semble que tout un ensemble de droit fondamentaux, que j'appellerais les "droits fondamentaux psychiques"⁴, visent aujourd'hui à protéger un espace psychique de la personne, c'est à dire d'une part, à la préserver d'une certaine souffrance psychique et, d'autre part, à permettre le développement de son identité psychique. On le constate, par exemple dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos précisément des différentes applications de l'article 3 (l'interdiction des tortures et des traitements inhumains et dégradants) dont la protection porte notamment sur des actes « *de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la*

³ En m'interrogeant notamment sur ce que vise exactement les concepts de torture et de viol appréhendés par les différentes normes juridiques, les contours des droits fondamentaux visant à les interdire...

⁴ Cf. G. AÏDAN, *L'invention du sujet psychique en droit*. De l'intime saisi par les normes juridiques CNRS Editions, en cours de publication (Issu de : « Le fait psychique, objet des normes juridiques », Thèse Paris I, déc. 2012)

*résistance physique et morale*⁵ », et de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme à travers les notions d'autonomie personnelle⁶, de développement personnel, d'épanouissement personnel⁷, de bien être visant tout à la fois un espace sans souffrance psychique et permettant le développements de différents aspects de l'identité : sexuelle, génétique, et même celle relative à l'environnement⁸.

On peut ainsi constater un resserrement du droit de la sphère privée sur la sphère psychique, intime de la personne de telle sorte que le droit au respect de la vie privée semble devenir un droit général au respect de la vie psychique.

Il me semble alors que se manifeste sur la scène juridique contemporaine, une transformation du sujet de droit souverain, gouverné par la volonté et la raison, au profit d'un sujet vulnérable, potentiellement souffrant et en quête d'une identité psychique que le droit tend à lui reconnaître. Il me semble en effet qu'émerge dans nos systèmes juridiques contemporains, un nouveau sujet de droit : « un sujet psychique⁹ ».

➤ J'aimerais alors vous interroger sur une conséquence qui en résulte :

Comment penser cet investissement nouveau du droit dans ce que l'on peut aussi qualifier comme étant l'intime de l'individu c'est-à-dire certains aspects de sa vie morale/ psychique ?

Jusqu'où, selon vous, est-ce possible et jusqu'où est ce souhaitable ?

Il me semble en effet que cette immixtion du droit dans l'intime de la personne, comporte certains risques (paradoxalement une « privation de l'intime », pour citer Mickael Foessel¹⁰) que le droit lui-même doit limiter pour garantir l'Etat de droit¹¹ et même si, Kelsen le rappelle, « *l'individu n'appartient jamais à une collectivité sociale – même à celle qui établit sur lui*

⁵ Cour EDH *Selmouni c/ France* du 28 juillet 1999, §103

⁶ Consacrée par l'arrêt *Pretty* (Cour EDH. *Pretty c/ Royaume uni*, 29 avril 2002) comme « principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 », la cour le définit comme « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (§ 66). Cette protection d'une sphère d'autonomie ne concerne en réalité pas seulement le corps. Elle vise également « l'intégrité morale » de la personne et plus spécifiquement la protection d'un espace sans souffrance psychique. Par exemple, concernant l'arrêt *Pretty*, les « effets dévastateurs d'une maladie dégénérative qui va entraîner une détérioration graduelle de son état et une augmentation de sa souffrance physique et mentale (*Pretty*, § 64), ainsi que « la perception aiguë [que la personne a] d'elle-même et de [son] identité personnelle.

⁷ Cf. G. AÏDAN, *L'invention du sujet psychique en droit*. De l'intime saisi par les normes juridiques CNRS Editions, en cours de publication (Issu de : « Le fait psychique, objet des normes juridiques », Thèse Paris I, déc. 2012)

⁸ À travers un droit à un environnement sain et calme (*Moreno Gomez c/ Espagne*, 16 novembre 2004)

⁹ G. AÏDAN, *Ibid.*

¹⁰ FOESSEL (Mickael), *La Privation de l'intime*, Seuil, 2008

¹¹ Par exemple, par l'exigence d'une preuve matérielle et rationnelle de l'existence de phénomènes psychiques que le droit tente de saisir, ou encore par l'exclusion de certains types de faits psychiques. Cf. Aidan G., *ibid.*

l'emprise la plus forte, l'État, - par la totalité de son être, de ses fonctions et de sa vie psychique et physique¹² ».

2. En vue de construire une philosophie morale à partir de l'expérience, de la souffrance morale extrême, et en prenant comme paradigme de ces souffrances morales extrêmes le viol et la torture, vous faites de la victime le centre de votre philosophie morale et juridique.

Ce que ces souffrances révèlent de notre individualité, de notre humanité - notre dépendance, notre fragilité, notre vulnérabilité, notre détresse existentielle (*existantial helpness*) qui nous rend susceptible d'être dévasté - nous oblige-t-il à décrypter notre vie morale et juridique contemporaine à partir de la notion de victime (je rejoins en cela les remarques de Géraldine Muhlmann) ?

Il y a bien tout un développement en effet de nouveaux préjudices psychiques dans le droit révélant la prise en compte nouvelle d'un sujet sensible et vulnérable : l'anxiété vécue à la suite d'une opération résultant d'une erreur médicale, le sentiment d'angoisse vécue suite à la pause d'une sonde cardiaque défectueuse, l'angoisse ou l'humiliation de la personne transsexuelle lorsque l'Etat n'a pas procédé à la mise en conformité de son identité sexuelle et psychique, la reconnaissance systématique de troubles post-traumatiques suite à un accident collectif (le traumatisme dont Richard Rechtman et Didier Fassin ont montré qu'il devient une ressource grâce à laquelle on peut faire valoir un droit¹³), etc.

Pour autant, bien d'autres domaines du droit positif montrent cette ouverture à cette sphère morale de la personne, sans pour autant la placer dans une situation de victime. Par exemple, comme évoqué précédemment, la prise en compte, par la Cour européenne de l'épanouissement personnel, du développement psychique, de la stabilité mentale, de l'identité psychique ...

Est-ce donc bien la qualité de victime qui est à placer au centre de notre système juridique contemporain ou la reconnaissance de certains aspects de notre vie psychique, de notre vie morale au-delà de notre qualité de victime potentielle ?

¹² « (...) toujours, nécessairement une part plus ou moins grande échappe à cet ordre ; toujours et nécessairement, il subsiste une certaine sphère où l'individu est libre de l'État », KELSEN (Hans), *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2004, p 15.

¹³ RECHTMANN (Richard), FASSIN (Didier), *L'empire du traumatisme, enquête sur la condition de victime*, Flammarion, 2007

Par ailleurs, la notion de *moral injury* que vous utilisez, comprend-elle une dimension inconsciente, qui permettrait de saisir un champ plus large de préjudices juridiquement reconnus aujourd'hui ?

3. Je m'interroge également sur votre conception de la personne et la place centrale que vous conférez au corps.

Vous expliquez en effet que notre vie morale contemporaine commence avec un changement fondamental dans notre conception du corps, ce corps attaché au soi, dont on n'accepte plus qu'il puisse subir l'intolérable. Le corps que vous appréhendez à partir de ces expériences extrêmes de blessures morale, est celui qui ne peut être séparé du soi, le soi est le corps (il me semble d'ailleurs que le droit positif porte parfois cette intrication très forte entre corps et psychisme¹⁴).

Je me demande, par conséquent, quelle conception avez-vous du corps dans le contexte biopolitique contemporain :

- C'est aussi le corps, mais cette fois-ci le corps biologique, la vie nue qui constitue le paradigme de la modernité selon Giorgio Agemben pour qui « *la vie biologique et ses besoins sont devenus partout le fait politiquement décisif*¹⁵ ».
- Levinas avait montré en 1934, que la philosophie de l'hitlérisme consistait en une réduction du Moi de la personne, à son corps, à sa simple vie biologique. A travers l'atteinte au corps c'était toute la personne qui était atteinte, y compris et peut être surtout sa vie psychique. Ainsi explique-t-il que « *le corps n'est pas seulement un accident malheureux ou heureux nous mettant en rapport avec le monde implacable de la matière – son adhérence au Moi vaut par elle-même*¹⁶ ». Levinas insiste sur cette emprise sur le psychisme que façonne le régime totalitaire, à travers celle sur le corps et donne peut être la mesure pour relativiser ou contextualiser le rôle central attribué au corps dans l'analyse de la biopolitique moderne. Ainsi, le régime totalitaire fait de la vie et y compris de « *la*

¹⁴ Par exemple un dommage corporel peut entraîner la reconnaissance d'un préjudice psychique ou bien, en matière de filiation, le droit à la connaissance de l'identité de ses géniteurs peut avoir pour finalité le stabilité mentale et l'épanouissement de l'enfant (cf. par ex. l'arrêt Cour EDH *Odièvre c/ France* du 13 février 2003) ou encore, le corps peut servir à l'identification de certains phénomènes psychiques (concernant le sexe psychique de la personne transsexuelle par exemple, cf. Cour EDH, *Goodwin c/ RU*, 11 juillet 2002)

¹⁵ AGEMBEN (Giorgio), *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, 1997, Seuil, p 134

¹⁶ LEVINAS (Émmanuel), *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme*, 1^{er} éd.1934, Payot, 1997, p. 18

*vie spirituelle dans son ensemble*¹⁷ » l'objet de sa politique de destruction. Tel est le principe même de l'Etat totalitaire, comme l'a montré Hanna Arendt, le contrôle de la totalité des activités humaines, une indistinction entre sphère publique et sphère intime¹⁸. Ainsi, « [l]e versant psychique du totalitarisme, son intériorisation par les sujets un par un¹⁹ », se manifestait jusque dans la langue²⁰ et dans les rêves²¹.

Aussi, quelle place réservez-vous au psychisme dans votre appréhension du corps ? Foucault avait pointé le déplacement de l'emprise de l'Etat sur le corps, vers l'âme du criminel²². Ne pourrait-on pas concevoir alors à certains égards, que tout commence - c'est-à-dire « *la vie morale moderne* » - non pas avec le corps mais avec l'entrée de « l'âme » sur la scène juridique ?

- Par ailleurs, comment intégrez-vous les neurosciences dans l'objectivation possible des blessures morales ? Et au-delà comment saisir et jusqu'où saisir ces blessures morales ?

4. Enfin, je vous poserai une question finale, qui est d'ordre général :

Vous présentez le droit comme « le nerf de la vie morale contemporaine ».

Le droit c'est aussi ce qui « *révèle en négatif les pulsions et désirs qu'il [a] pour mission de réprimer*²³ ». L'enseignement de Freud montre en ce sens que la connaissance des dispositifs normatifs dévoile précisément les penchants (pulsions, désirs), contre lesquels la société entend dresser des barrières²⁴.

Quelle place accordez-vous alors à la psychanalyse dans votre travail ?

¹⁷ LOWITH (Karl), *Der Okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt*, in *Schriften*, Stuttgart 1984, vol. VIII, p. 33. Cité in AGEMBEN (Giorgio), *Homo sacer*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸ C'est l'avertissement d'Hitler aux juristes en 1933 : « l'État total doit ignorer toute différence entre la loi et l'éthique », cité in ARENDT (Hanna), *Les origines du totalitarisme. Le Système totalitaire*, rééd., Editions du Seuil, coll. « Essais », 2005, p. 173.

¹⁹ LEIBOVICI (Martine), « Préface » à BERADT (Charlotte), *Rêver sous le IIIe Reich*, 1981, rééd., 2009, Petite bibliothèque payot, p. 19.

²⁰ KLEMPERER (Victor), *LTI, la langue du IIIe Reich*, Albin Michel, 1996.

²¹ BERADT (Charlotte), *Rêver sous le IIIe Reich*, (1981), rééd., Petite bibliothèque payot, 2009. Le rêve constitue « l'atelier du régime totalitaire où était fabriqué le mécanisme de son fonctionnement ». Il est le lieu de manifestation de cette emprise du totalitarisme sur le psychisme en même temps que celui de la résistance à cette emprise. Cf. LEIBOVICI (Martine), *ibid.*, p. 22 et s.

²² FOUCAULT (Michel), *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 24 et s.

²³ BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*

²⁴ Cf Freud, *Totem et Tabou* ou encore « Considérations actuelles sur la guerre et la mort », in *Essai de psychanalyse*

La psychanalyse pense la souffrance comme fondement de connaissance du phénomène humain. On connaît la place du trauma dans la construction et dans l'histoire de la psychanalyse. D'une manière générale, dans quelle mesure les concepts que vous utilisez (détresse existentielle, vulnérabilité de soi, dévastation...) peuvent-ils croiser ceux de la psychanalyse ?

5. Enfin, et pour une conclusion, vous présentez la torture comme un interdit fondamental. Ne pourrait-on pas le présenter aussi comme étant au confluent des trois tabous : l'inceste, le meurtre et l'anthropophagie ?