

GÉRALDINE AÏDAN

# LA VIE PSYCHIQUE, OBJET DU DROIT



CNRS EDITIONS



La vie psychique,  
objet du droit



Géraldine AÏDAN

# La vie psychique objet du droit

*Prix Solennel de la Chancellerie  
(Prix André Isorée)*

**CNRS ÉDITIONS**

15, rue Malebranche – 75005 Paris



# Sommaire

Introduction.....	11
-------------------	----

## Partie 1

### L'émergence d'un sujet psychique en droit

Chapitre 1. La nécessaire construction d'un concept de fait psychique en droit.....	33
Section 1. Définir le concept de fait psychique pour le droit .....	37
Section 2. Les qualités épistémologiques de la définition retenue....	41
Chapitre 2. L'essor des comportements psychiques normés : gouverner les psychismes.....	53
Section 1. Les « droits fondamentaux psychiques » et l'émergence d'un droit au respect de la vie psychique.....	57
Section 2. Le renforcement des normes d'interdiction et d'obligation portant sur le psychisme .....	93
Chapitre 3. L'évolution des faits conditionnels psychiques : de la volonté à la <i>psyché</i> .....	119
Section 1. Les faits psychiques conditionnels de la première génération : les volontés limitatives de droits.....	122
Section 2. Les faits psychiques de la seconde génération : souffrance psychique, dangerosité, nouvelles volontés psychiques et identité psychique.....	147

## Partie 2

### Enjeux juridiques et politiques

Chapitre 1. Repenser la personne en droit .....	191
Section 1. Le psychisme : nouveau paradigme du sujet de droit.....	192
Section 2. Vers un sujet psychique prééminent ?.....	204

Section 3. Les nouveaux usages du corps en droit : articulation et interaction entre fait psychique et fait corporel.....	233
Chapitre 2. Saisir l'insaisissable dans un État de droit .....	249
Section 1. Le mode d'existence spécifique du fait psychique dans le droit .....	250
Section 2. Les conditions de préservation de l'État de droit .....	282
Conclusion. L'avènement d'une <i>psyché</i> politique .....	303
Bibliographie indicative .....	317



À François,

À nos filles Clara et Anna



# Introduction

*« L'individu n'appartient jamais à une collectivité sociale – même à celle qui établit sur lui l'emprise la plus forte, l'État – par la totalité de son être, de ses fonctions et de sa vie psychique et physique<sup>1</sup>. »*

Hans Kelsen

Les normes juridiques contemporaines abondent de références à la vie psychique. Ainsi est-il question de « troubles psychiques ou neuropsychiques<sup>2</sup> », d'« intégrité psychique<sup>3</sup> », de « souffrance psychique<sup>4</sup> », de « handicap psychique<sup>5</sup> », de « déficience psychique<sup>6</sup> », de « santé psychique<sup>7</sup> », d'« identité psychique<sup>8</sup> », de « développement psychique<sup>9</sup> », de « situation psychique<sup>10</sup> », de « détresse psychique<sup>11</sup> », de « sexe psychique »... Le mot « psychique » s'impose dans les différentes branches du droit et les niveaux normatifs et, au-delà du mot, c'est un ensemble d'aspects liés à l'idée intuitive d'« une certaine intériorité » de la personne qui ressortent des expressions familières du droit, telles que « le for intérieur », « l'esprit », « la volonté », « l'intention », « l'intimité », « la conscience », « les troubles mentaux », les « sentiments », l'« intime

---

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

2. Article 122-1 du Code pénal.

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

4. Article L. 1110-10 du Code de la santé publique.

5. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, intégrée à l'article L. 114 du code de santé publique.

6. Article 222-10 du Code pénal.

7. Article L. 312-6 créé par Ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 – art. (V).

8. Voir par exemple Cour EDH, *Petrina c/Roumanie*, 14 octobre 2008, req. n° 78060/01.

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

10. Article L. 345-2 du Code de l'action sociale et des familles.

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

conviction », le « *pretium doloris* », les « facultés intellectuelles », l'« imagination », la « croyance », la « souffrance », l'« épanouissement personnel »... Ce sont encore les effets psychiques de la pandémie de Covid-19 et de l'état d'urgence sanitaire<sup>12</sup>, le stress post-traumatique vécu par les victimes des attentats qui ont récemment meurtri la France<sup>13</sup>, le syndrome d'épuisement professionnel dû à une surcharge de travail (le *burn out*) ou au manque d'activité (le *bore-out*), l'angoisse suscitée par l'exposition à l'amianté<sup>14</sup> ou le harcèlement moral au sein du couple qui forment autant de situations justifiant désormais la mise en œuvre de mécanismes juridiques.

La dimension psychique des personnes semble constituer ainsi, et de plus en plus, un objet en tant que tel du droit positif.

Cet ouvrage<sup>15</sup> cherche à identifier et à décrypter ce phénomène juridique, social et politique contemporain : l'immixtion du droit dans la sphère intime des personnes. L'intérêt porté à l'intériorité des sujets en droit ne se limite plus seulement à la volonté, mais s'ouvre désormais à d'autres phénomènes psychiques : l'identité psychique, le libre épanouissement de la personne, le bien-être, le sexe psychique, la souffrance

---

12. Pour les conséquences de la pandémie sur la santé mentale, voir « De la souffrance psychique est née dans la population confinée et les besoins de soins ont globalement augmenté », *Le Monde*, 11 juillet 2020 ; <https://www.santepubliquefrance.fr/dossiers/coronavirus-covid-19/enjeux-de-sante-dans-le-contexte-de-la-covid-19/articles/sante-mentale-et-covid-19-et-OMS>, « Pandemic fatigue », nov. 2020 (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/335820/WHOEURO-2020-1160-40906-55390-eng.pdf>). Pour une analyse théorique de la question, voir « Histoire de la fatigue et conquête de l'intériorité », entretien avec Georges Vigarello, *Esprit*, juin 2021 ; G. Vigarello, *Histoire de la fatigue. Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « L'univers historique », 2020.

13. Voir notamment le projet de recherche transdisciplinaire 13-novembre porté par le neuroscientifique Francis Eustache et l'historien Denis Peschanski <https://presse.inserm.fr/stress-post-traumatique-nouvelles-pistes-pour-comprendre-la-resilience-au-trauma/38240/>

14. Voir Cass. ass. plén., 5 avr. 2019 n° 18-17442 et Cass. – Ch. sociale 11 septembre 2019 n° 17-24.879 reconnaissant un préjudice d'anxiété spécifique à l'amianté et Patrice Jourdain « Nouvelle extension du préjudice d'anxiété au profit de salariés exposés à un risque », *RTD civ.* 2019. 873.

15. Ce livre constitue une version très remaniée et actualisée de la thèse de doctorat soutenue à L'université Paris 1 Panthéon Sorbonne, le 12 décembre 2012, avec un jury composé des Prs Étienne Picard (Paris I, Directeur de thèse), Otto Pfersmann (EHESS, Président), Stéphanie Hennette-Vauchez (Paris X Nanterre, Rapporteur), Éric Desmons (Paris XIII, Rapporteur), Grégoire Loiseau (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et Carlos-Miguel Herrera (Cergy-Pontoise).

psychique, la filiation psychique, le rapport à soi... Notre ambition est d'analyser ce phénomène qui se développe depuis une trentaine d'années, institue la réalité psychique comme réalité du droit et fait advenir un sujet psychique sur la scène juridique.

Le droit intervient désormais dans la « destinée psychique »<sup>16</sup> des individus. Mais que faut-il entendre par « psychique » ? Si le terme est sujet à une indétermination sémantique dans le droit positif (aucune définition n'est en effet identifiable au sein des normes juridiques internes ou européennes), le concept théorique qui lui serait attaché mérite d'être déterminé. Or, les discours sur le droit sont silencieux sur ses significations possibles.

La doctrine juridique s'est longtemps désintéressée de la vie psychique, estimant, selon la traditionnelle expression des juristes, que le droit ne peut « sonder les consciences ». Le doyen Rivero soulignait que « l'on pourrait croire, à première vue, que le problème de l'esprit ne se pose pas sur le terrain juridique. La pensée relève du plus intime de la vie intérieure. Or, le droit ne se préoccupe que des comportements sociaux<sup>17</sup> ». Quant à Maurice Hauriou, il refusait de reconnaître l'existence d'un ordre moral que poursuivrait la police « dans les idées et les sentiments [...] car si elle l'essayait elle verserait immédiatement dans l'oppression des consciences<sup>18</sup> » ? De même, si Michel Villey considérait que le « juriste est un agent de la morale<sup>19</sup> », il estimait que « des mobiles intimes de l'action, qui seuls rendraient l'homme responsable au for de la conscience interne, sont beaucoup plus difficiles à déterminer, ne se prêtent qu'à des descriptions flottantes, approximatives [...] le juriste n'a que faire de ces incertitudes de la moralité subjective<sup>20</sup> ».

16. Comme il le fait concernant leur « destinée biologique ». Voir D. Memmi « Le corps comme destin : un récit institutionnalisé » in *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, La Découverte, 2003, pp. 271-295. et D. Memmi, « Vers une confession laïque ? la nouvelle administration étatique des corps », *Revue française de sciences politique*, 2000, vol. 50, n° 1, p. 3.

17. J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, t. II, PUF, 2003, p. 26.

18. M. Hauriou, cité par R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Montchrétien, 2001, p. 705, § 910. L'hypothèse d'un ordre public moral, aujourd'hui qualifié aussi d'« immatériel », obtient difficilement l'adhésion des juristes. Cf. CAYLA (Olivier) (*et alii*), « loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1166.

19. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, (1937) 2002, p. 125.

20. *Ibid.*, p. 126.

L'intrusion du droit dans la dimension psychique de la personne serait ainsi impossible et impensable et ferait écho aux temps totalitaires<sup>21</sup>.

Le désintérêt contemporain de la doctrine juridique pour le phénomène psychique semble plus contextuel. La « révolution corporelle<sup>22</sup> » dans le droit, depuis une cinquantaine d'années, a semble-t-il capté l'essentiel des regards des chercheurs en droit<sup>23</sup> et en sciences sociales<sup>24</sup> – même si l'on voit poindre depuis peu, concernant ces dernières, un regain d'intérêt pour l'intériorité<sup>25</sup>. Le corps semble être devenu le fil d'Ariane des problématiques sociales contemporaines : la sexualité, la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée (PMA), l'euthanasie, le clonage, le statut de l'embryon humain, le genre et la transidentité, mais aussi le harcèlement sexuel, le harcèlement institutionnel, la souffrance au travail, la violence conjugale, l'hyperactivité des enfants, l'autonomie personnelle..., sont perçus comme « politique des corps<sup>26</sup> ».

Cette étude invite à déplacer le regard sur la dimension psychique de la personne. Le droit n'investit plus seulement les corps, les comportements physiques et les détails de l'identité biologique des

21. Le processus totalitaire vise ainsi l'emprise sur les corps et sur les psychismes, cherchant à dominer et à contrôler tous les aspects de la vie : « Tout dans l'État, rien en dehors de l'État », déclare Mussolini dans son discours de la Scala de Milan, 28 octobre 1925, Discorsi del 1925, Milan, 1926, p. 192. Cf. Partie II, chapitre 2.

22. St. Hennette-Vauchez, « *Corpus iuris, jus naturalisme* et réinvention du corps par le droit », in D. Memmi, D. Guillo, O. Martin, (dir.), *La tentation du corps*, Éditions de l'EHESS, 2009, p. 199 et 201.

23. Voir par exemple, Fl. Bellivier, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015 ; S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004 ; D. Borillo, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, 2019.

24. L'on songe, en France, aux travaux de Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Michel Serres, Marcel Mauss (« Les techniques du corps », dans *Sociologie et anthropologie*, Paris PUF, 1934) mais aussi de Georges Canguilhem ; et plus récemment aux travaux de Dominique Memmi voir par exemple D. Memmi, D. Fassin, *Le Gouvernement des corps*, Paris : Éditions de l'EHESS ; B. Andrieu, *Le dictionnaire du corps en sciences humaines et sociales*, Paris, CNRS Éditions, 2006, rééd. 2008 ; B. Andrieu, *Philosophie du corps*, Vrin, 2010. Voir toutefois A. Esquerre, *La manipulation mentale, sociologie des sectes en France*, Fayard, 2009.

25. Voir notamment, A. Corbin, J. Courtine, G. Vigarello, *Histoire des émotions* (vol. 1, 2, 3), 2016 et 2017, Seuil ; E. Illouz *Les marchandises émotionnelles : l'authenticité au temps du capitalisme* (trad. de l'anglais), Paris, Premier Parallèle, 2019 ; voir aussi la récente revue *Sensibilités, Histoire critique et sciences sociales* (dir. Q. Deluermoz, H. Mazurel et Cl. Vidal-Naquet).

26. Voir A. Sforzini, *Michel Foucault, Une pensée du corps*, PUF, 2014, p. 8.

personnes ; il se saisit désormais des psychismes, des comportements psychiques, de la matière volontaire, émotionnelle, affective, consciente et inconsciente, des angoisses, des troubles psychiques divers mais aussi du bien-être, de l'épanouissement...

Certes, l'on peut rencontrer des objets de recherche proches de celui étudié. Mais ils n'envisagent en réalité que partiellement le phénomène qui nous intéresse<sup>27</sup>. Ces travaux ont par ailleurs été menés il y a quelques années déjà et mêlent bien souvent à leur étude descriptive une approche morale ou politique<sup>28</sup>. Ainsi, aucune recherche contemporaine ne semble proposer d'analyse globale des phénomènes psychiques en droit. Avec la montée en puissance des neurosciences et de l'intelligence artificielle dans le droit<sup>29</sup>, de nouvelles questions se posent<sup>30</sup> mais elles nécessitent d'abord une pensée d'ensemble de ces phénomènes dans le droit. Même si l'on a pu relever que la « justice n'a peut-être jamais pénétré aussi profondément

---

27. En droit privé voir par exemple D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, Préface de Gérard Cornu, LGDJ, 1993, p. 1 ; D. Gutmann, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, p. 23 et 24. Voir aussi L. Le Rouge, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, 2004 ; V. Rachet-Darfeuille, *L'état mental de la personne : étude juridique*, C. Labrusse-Riou dir., Université Paris I, 2001 ; L. Bolleri-Schenique, F. Ghelfi, D. Lanzara, *Le droit et le sentiment*, L'Harmattan, 2015 ; C. Puigelier, Ch. Tijus, Fr. Jouen, *Conscience et Droit*, Mare et Martin, 2018. En droit public voir notamment O. Alcaraz, *Le droit à l'intimité devant le juge constitutionnel français et espagnol*, thèse dactylographiée, Aix/Marseille, 2003 et N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèse », 2003 ; *Le for intérieur* (Collectif), PUF, 1995.

28. Cf. l'œuvre considérable de P. Legendre notamment *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Le Seuil, 1974 ; *Leçons VI. Les Enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1992. ; voir aussi A. Soupiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005.

29. Voir notamment la nouvelle Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

30. Voir F. Fezzani, « Les neurosciences en tant que moyen de preuve ou les implications juridiques de l'utilisation judiciaire des neurosciences », thèse dactylographiée, Paris 2, 2019. E. Lantuejoul, « Neurosciences et droits fondamentaux », sous la dir. de X. Bioy, université Toulouse Capitole, en cours de préparation ; S. Desmoulin-Cancelier et alii (dir.), *La stimulation cérébrale profonde, de l'innovation au soin : Les neurosciences cliniques à la lumière des sciences humaines et sociales*, Hermann, 2019 ; A. Bensamoun et G. Loiseau, *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019 ; G. Aidan et P. Primavera de Filippi, « Le *lus artificiale* entre intériorité et boîte noire : Le droit de l'IA est-il soluble dans le droit ? », in *Droit et justice sociale*, 2022, à paraître.

qu'aujourd'hui dans le domaine de l'intime<sup>31</sup> », aucune pensée conceptuelle de cet intime ne semble identifiable dans la littérature juridique et, plus spécifiquement encore, dans la doctrine publiciste.

La vie psychique n'est pas pour autant abandonnée des juristes. Les théoriciens du droit s'en sont même, par le passé, vivement préoccupés. En 1929, déjà, l'on pouvait lire dans *La Démocratie* de Hans Kelsen : « l'individu n'appartient jamais à une collectivité sociale – même à celle qui établit sur lui l'emprise la plus forte, l'État – par la totalité de son être, de ses fonctions et de sa *vie psychique* et physique<sup>32</sup>. » La « vie psychique » est bien reconnue alors, *a contrario*, comme objet possible du droit.

Le fondateur autrichien de la théorie moderne du droit est l'un des rares théoriciens du droit ayant abordé, explicitement, la présence du fait psychique comme objet des normes juridiques<sup>33</sup>. La théorie kelsenienne s'inscrit dans un *moment*<sup>34</sup> scientifique et épistémologique inédit, celui de la naissance de la psychanalyse. Kelsen fréquenta, pendant la Première Guerre mondiale, le séminaire privé de Sigmund Freud puis noua avec lui des relations plus personnelles, dès 1921<sup>35</sup>. Il prononça le 30 novembre de cette année-là une conférence devant la *Wiener Psychoanalytische Gesellschaft* discutant notamment de la théorie freudienne des foules et d'où fut issu, par la suite, « le concept d'État et la psychologie sociale » publié par Freud dans sa revue *Imago*<sup>36</sup>.

31. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologique », *RTDC*, 2002, p. 64, note 68. Voir aussi, dans une approche militante, M. Iacub, *Le crime était presque sexuel*, Flammarion, 2002 et récemment A. Garapon, « Enjeux d'une justice de l'intime », *Revue Esprit*, 2021.

32. H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur, op. cit.*, p. 15, nous soulignons.

33. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Scientia Verlag Aalen, 1984 (1923). Ainsi, dès les *Hauptprobleme* en 1911, Kelsen parle de « moment psychique » (« *Psychisches moment* », p. 77), de « fait psychique à l'intérieur de la personne » (« *Psychische Tatbestand innerhalb des Menschené* », p. 137), de « événements psychiques » (« *Psychische Vorgänge* », p. 156) ou encore « d'acte psychique », au sujet de la volonté. Mais en incluant la « volonté » parmi d'autre « faits psychiques » (p. 157).

34. En reprenant le concept de moment développé dans Fr. Worms, *Philosophie du xx<sup>e</sup>*, Gallimard, coll. « Folio essais », 2009.

35. Cf. R.A. Metall, *Hans Kelsen, vie et œuvre*, reproduit partiellement in « Le surmoi, genèse politique, autour de Freud et Kelsen » (sous la dir. de E. Balibar, C. Herrera et B. Ogilvie), *Revue Incidence*, n° 3, 2007, p. 216.

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



D'ailleurs, les deux Autrichiens ont une ambition commune : sortir leur objet d'une approche métaphysique, l'appréhender autant que possible scientifiquement. Pour l'un, le psychisme et la métapsychologie, pour l'autre, les normes juridiques et la théorie pure du droit<sup>37</sup>. Si l'affirmation d'un « Kelsen, disciple de Freud<sup>38</sup> » concernait surtout sa philosophie politique, l'analyse des usages du fait psychique dans son œuvre offre un nouvel éclairage de l'héritage freudien sur sa théorie juridique<sup>39</sup>. Kelsen apparaît alors comme un des premiers penseurs du fait psychique en théorie du droit ouvrant de précieuses voies à l'analyse des faits psychiques comme objet des normes juridiques<sup>40</sup>.

---

37. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, (1934) 1960. L'ambition du chef de file du Cercle de Vienne est de construire une « science pure du droit », « une science normative de la société », une épistémologie spécifiquement juridique, propre au *sollen*, au devoir-être juridique, contre le jusnaturalisme de l'époque et dégagée de toute idéologie mais aussi de toute influence d'autres sciences empiriques et en particulier de la sociologie et de la psychologie. Sur l'analyse possible des limites d'une entreprise scientifique en matière juridique, voir notamment P. Amssele, « La part de la science dans les activités des juristes », *Dalloz*, 1997, chroniques, p. 337 et s. 38. C.-M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, éd. Kimé, 1997. *Ibid.*, p. 253 ; Le légataire de ses œuvres, Rudolf A. Metall, explique, en effet, que « le travail de Kelsen sur la psychanalyse a aussi eu des échos dans son œuvre », R.A. Metall, *Hans Kelsen, vie et œuvre*, reproduit partiellement in « Le surmoi, genèse politique, autour de Freud et Kelsen », (sous la dir. de E. Balibar, C. Herrera et B. Ogilvie), *Revue Incidence*, n° 3, 2007, p. 215.

39. Ainsi, à côté de sa dénonciation de la « fonction idéologique de l'élément psychique » (H. Kelsen, *Hauptproblem...*, *ibid.*, p. 157, p. 73.) dans les discours sur le droit, ou de son usage du fait psychique comme élément normatif, Hans Kelsen analyse le fait psychique comme objet du droit, c'est ce point qui nous intéressera spécifiquement ici. Pour une analyse précise des usages de l'expression « fait psychique » par Kelsen en distinguant notamment son usage métathéorique, théorique et doctrinal, nous nous permettons de renvoyer à G. Aïdan, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, Thèse Paris 1, Titre préliminaire, chapitre 1, section 2, « L'usage de l'expression "fait psychique" dans les théories du droit distinguant le fait du droit ». Voir aussi G. Aïdan, « Les sciences du psychisme, la science du droit et le droit constitutionnel », in M. Stefanini et L. Gay (dir.), *La perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences*, Les cahiers de l'institut Louis Favoreu, PUAM, numéro 7, 2017, p. 103-131.

40. Pistes que nous suivrons et discuterons tout au long de ce livre. Premièrement, Kelsen appréhende les faits psychiques dans leur diversité : le fait psychique ne se réduit pas à la volonté (H. Kelsen, *Hauptproblem...*, *ibid.*, p. 157). Kelsen décline la volonté au rang de simple fait et non de concept explicatif de l'ensemble de l'ordre normatif. La volonté est présentée comme un « fait psychique parmi d'autres », ouvrant ainsi la voie, à la conceptualisation de tous ces nouveaux faits psychiques dans le droit (Partie 1). Deuxièmement, il appréhende ces faits psychiques dans leur spécificité, en s'intéressant aux modalités de leur identification concrète. En effet,

D'une manière générale, les théoriciens du droit se sont très tôt intéressés à cet aspect de la personne à travers le concept de volonté – qualifié, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, de « fait psychique<sup>41</sup> » –, ou encore d'« âme », que Kelsen, lui-même, n'hésite pas à utiliser pour mettre en lumière les capacités cognitives, les « facultés mentales », inhérentes à la qualité de destinataires ou d'auteurs des normes juridiques<sup>42</sup> ; ce qu'un énoncé normatif signifie nécessite, selon Paul Amssek, « une opération mentale spécifique : une opération d'interprétation et de compréhension<sup>43</sup> ». Quel sens aurait un ordre juridique dans lequel la capacité de représentation et le libre arbitre de ses destinataires seraient absents ? De même, les « comportements intérieurs » ne sont pas l'objet privilégié des normes morales et se retrouvent dans les normes juridiques<sup>44</sup>. L'intention n'est-elle pas interdite par certaines<sup>45</sup> ? Ne visent-elles pas aussi à « aboutir à un état de choses différent de celui qui résulterait du fait que chacun suivrait *ses inclinations* ou chercherait à réaliser ses intérêts égoïstes<sup>46</sup> » ? Plus généralement, le droit lui-même n'a-t-il pas été qualifié « d'instrument psychique<sup>47</sup> », d'« ordre symbolique<sup>48</sup> », de « représentation mentale<sup>49</sup> » ou encore de révélateur « en négatif des pulsions et désirs [qu'il a] pour mission de réprimer<sup>50</sup> » ?

---

Kelsen affirme, dans ses *Hauptprobleme*, que « ce qui se passe vraiment dans l'âme n'est pas accessible » (KELSEN (Hans), *Hauptprobleme*, *op. cit.* p. 156) – Kelsen semble employer indifféremment le mot âme (*Seele*) et l'expression « fait psychique » (*psychische Tatsachen*) – et, par conséquent que, « l'application du droit ne peut jamais établir de manière certaine des faits psychiques, mais ne peut que considérer des moments externes qui permettent d'induire des événements internes » (*Ibid.*, p. 138.). Ce point sera discuté dans la partie 2, Chapitre 2.

41. Cf. B. Windscheid, « Will und Willenserklärung », Conférence de Leipzig, juin 1878, cité par St. L. Paulson, « Introduction » à H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, p. 15.

42. Cf. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 56, et *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 40 et p. 92.

43. P. Amssek, « Zōon poiêtikon ou le myosotis de l'univers », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1997, p. 503.

44. Cf. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 199 et s.

45. Cf. G. Vecchio, *Philosophie du droit*, 1936, rééd. Dalloz, 2004, p. 259 et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 67.

46. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 67. Nous soulignons.

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

48. Voir notamment P. Legendre et A. Papageorgiou-Legendre, *Leçon IV, suite 2, Fondement, filiation, fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990.

49. K. Olivecrona (Karl), *De la loi et de l'État*, [*Law as fact*, 1971], Dalloz, 2010, p. 120. Voir à ce propos P. Brunet, « Le droit est-il dans la tête ? », *Jus Politicum*, n° 8.

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

Georgio del Vecchio concède en 1936 que le droit positif « n'a jamais ignoré l'activité psychique, de quelque manière qu'elle ait été appréciée<sup>51</sup> » et les juristes songent alors souvent aux troubles mentaux justifiant les soins sans consentement, l'irresponsabilité pénale ou la dangerosité, aux troubles de consciences<sup>52</sup>, aux préjudices moraux (la douleur, le sentiment de tristesse...), aux handicaps mental ou psychique<sup>53</sup>, au harcèlement sexuel ou moral (conjugal, de rue, institutionnel) ou encore à la souffrance au travail et à la « liberté de pensée et de conscience »... Ces racines « psychiques » traversent tous les secteurs du droit de la bioéthique à l'environnement.

Ainsi, au-delà des mots, le droit semble inondé d'un ensemble de phénomènes<sup>54</sup> spécifiques, non identifiés encore de manière synthétique par la doctrine et que nous proposons d'appeler « fait psychique » dans le prolongement de cette littérature théorique qui fit, par le passé, résonner le lien de celui-ci au droit. Hérité de la philosophie et de la psychanalyse<sup>55</sup>, « ce concept nomade<sup>56</sup> » traverse les disciplines extra- et intrajuridiques et s'avère un outil précieux pour repérer une classe d'objets évolutifs dans le droit positif. Comment les identifier ?

La définition retenue s'inspire d'une définition psychanalytique mais visera exclusivement une finalité heuristique *en droit*. Le fait psychique sera défini, selon les besoins de la recherche, comme « l'ensemble des faits immatériels vécus par une personne humaine » ou comme « l'ensemble des faits non directement observables par les sens »<sup>57</sup>. Ce livre a

51. G. Del Vecchio (Georges), *Philosophie du droit*, op. cit., p. 259.

52. R. Chapus (René), *Droit administratif général*, op. cit., § 910, p. 707.

53. Loi n° 2005-102, publiée au JO le 12 février 2005.

54. Les termes de « fait » et de « phénomène » sont ici considérés comme synonymes.

55. Le fait psychique est l'objet d'étude de nombreuses disciplines au premier rang desquelles se situent la psychanalyse et les sciences du psychisme. Ainsi, la réalité psychique est « le premier concept de "fondement" de la [psychanalyse], celui sans lequel l'ensemble de l'édifice théorique n'a aucun sens », R. Roussillon, *Manuel de psychologie et de psychopathologie clinique générale*, Elsevier Masson, 2007, p. 5. Mais c'est aussi celui de la philosophie, « l'un des objets fondamentaux revendiqués par la philosophie [est] : l'homme en tant que psyché », P. L. Assoun, *Freud, la philosophie, les philosophes*, PUF, Paris, 1<sup>re</sup> éd., 1976, p. 33. La réalité psychique est aussi l'objet de la poésie, de la littérature et d'une manière générale, « l'art a pour objet la réalité psychique comme la science la réalité physique. », A. Green, *La lettre et la mort*, Denoël, 2004, p. 27.

56. Cf. O. Christin (dir.), *Dictionnaire des concepts nomades en Sciences Humaines*, Métailié, 2010.

57. Voir Partie 1, chapitre 1.

pour ambition de vérifier l'hypothèse de recherche qu'il y a une réalité psychique<sup>58</sup> prise en compte par le droit<sup>59</sup>, à sa manière<sup>60</sup>, à côté de la réalité matérielle, et qu'un sujet psychique tend à émerger dans la sphère juridique. L'objectif n'est pas de « coloniser<sup>61</sup> » ou de « capter<sup>62</sup> » une lecture scientifique du droit en imposant l'exigence d'une autre science à la nôtre, mais d'éclairer l'existence de certains phénomènes juridiques à l'aide d'autres disciplines. D'une manière générale, l'importation d'instruments théoriques et conceptuels y compris d'autres systèmes juridiques contribue à décrypter le droit positif en renouvelant les enjeux d'une description juridique. Ces autres disciplines pourront être utilisées doublement : afin de déterminer la part qui échappe à une signification exclusivement juridique du fait psychique dans le droit ; et comme référence, c'est-à-dire comme modèle théorique permettant de révéler, d'identifier et de mieux décrire l'existence et l'évolution de certains phénomènes, en partie inédits dans la sphère juridique et peu familiers *a priori* des juristes. Tel est le cas de la psychanalyse<sup>63</sup> qui offre au droit de nouveaux objets (la souffrance psychique, l'angoisse, l'anxiété, le sentiment d'identité, le développement psychique, les pulsions...) et,

---

58. Entendue comme l'ensemble des faits psychiques. Les termes de « réalité » ou de « fait » utilisés ici, visent à souligner l'existence d'une objectivité désormais prise en compte par le droit, comme elle l'est en psychanalyse notamment et autrement. Cf. R. Roussillon, *Manuel de psychologie et de psychopathologie clinique générale*, Elsevier Masson, 2007, p. 5 et 8.

59. À côté de la réalité plus spécifiquement matérielle (et au-delà de la question de savoir, pour le moment, si la réalité psychique est matérielle ou non) et de la réalité juridique elle-même.

60. « À sa manière » car le psychisme du juriste n'est pas le psychisme du psychanalyste : mais il peut s'en rapprocher comme nous le verrons (notamment lorsque l'expert psychanalyste mobilise dans un temps suffisamment long la technique psychanalytique pour identifier un fait psychique, ou, autrement, par le réservoir métathéorique que constitue la psychanalyse pour penser certains objets du droit).

61. Cf. G. Pragier, S. Pragier-Faure, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, PUF, 2007, p. 16.

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

63. C'est ici comme « métapsychologie », comme « psychologie des profondeurs », que la psychanalyse est entendue, c'est-à-dire comme fond théorique et comme procédé d'investigation issu de la pratique thérapeutique. Voir les trois sens de la psychanalyse selon Freud, « Psychanalyse et théorie de la libido », in *Résultats, idées, problèmes*, Paris, PUF, p. 31-77. Voir aussi R. Roussillon, *Manuel de psychologie et de psychopathologie clinique générale*, Elsevier Masson, 2007, p. 5.



# Remerciements

Dans ce livre, jalon inaugural d'un cheminement en cours, je tiens à remercier en premier ceux qui ont accepté de lire et de discuter publiquement ce travail : Étienne Picard, Otto Pfersmann, Stéphanie Hennette-Vauchez, Éric Desmons, Grégoire Loiseau, Carlos Miguel Herrera. Je remercie en particulier mon directeur de thèse Étienne Picard qui agrandit et accueillit mon regard sur le droit et sut accompagner avec tant de générosité et d'exigence ces longues années de recherche.

Je remercie Otto Pfersmann et Denys de Béchillon de leur travaux fondateurs et de me faire l'amitié d'échanges réguliers dans les chemins de mes recherches.

Merci à Dominique Memmi pour toutes nos discussions passionnées et ses présences multiples. Merci de m'avoir initiée au champ de recherche sur le corps en sciences sociales.

Je remercie aussi mes collègues et amis qui ont bien voulu relire et discuter ce travail à différents moments de son écriture : Daniel Borillo, Pierre Cassou-Noguez, Thomas Hochmann, Geneviève Koubi et Isabelle Moine-Dupuis.

Merci à mon amie Hélène pour son soutien aimant.

Merci à ceux qui font de la question leur lieu d'arrimage au monde et qui cherchent la vie partout où elle se trouve. Merci à Béatrice Ithier.

Je remercie mon père Hector qui m'apprit le courage d'aller où l'on doit aller ; ma mère Marlène qui sait, souvent, l'importance de la vie psychique ; mon frère et ma sœur d'avoir ouvert certaines portes.

Je remercie mes grands-parents, qui ont su ancrer leur exil sans oublier ce qu'est être étranger et en particulier mon grand-père Albert et ma grand-mère Marie qui m'ouvrit tant d'horizons.

CNRS Éditions a accueilli ce travail et l'a patiemment accompagné dans les différentes versions successives et corrigées. J'aimerais remercier Maurice Poulet et Marie Bellosta d'avoir concrétisé la fabrication de ce livre.

Enfin, merci surtout à toi, François, de rendre possible ces mots, ces livres et de toutes nos vies ensemble, et à nos filles, Clara et Anna, d'être et d'être qui elles sont.