

L'affection qui fait souffrir : la montée d'une plainte jurisprudentielle au début du XX^e siècle

The Rise of Legal Cases Involving Affection and Suffering in the Early Twentieth Century

El afecto que hace sufrir : el aumento de una causal de jurisprudencia a principios del Siglo XX

Jean-François Laé

Les formes de l'informel
Numéro 32, automne 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/005135ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/005135ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Lien social et Politiques

ISSN

1204-3206 (imprimé)
1703-9665 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Laé, J.-F. (1994). L'affection qui fait souffrir : la montée d'une plainte
jurisprudentielle au début du XX^e siècle. *Lien social et Politiques*,(32), 131-138.
<https://doi.org/10.7202/005135ar>

Résumé de l'article

La souffrance n'existe qu'à travers des formes d'expression. L'une d'elles, la
jurisprudence, est analysée à partir d'un problème précis: comment, dès le
début du XX^e siècle, passe-t-on du dommage physique au dommage moral,
exprimant ainsi le sentiment d'affection lorsque celui-ci est blessé. Sont mises
en scène les douleurs éprouvées, préjudices portés par l'affection, pour
lesquelles sont créées des notions juridiques telles que manquer à un être cher,
une anomalie dans le mode de vie habituel, le spectacle de l'infirmité, la perte
d'une chance. Ainsi, on pourrait dire que les affects précèdent et pilotent les
notions juridiques.

L'affection qui fait souffrir. La montée d'une plainte jurisprudentielle au début du XX^e siècle

Jean-François Laé

Que l'affection soit un événement majeur dans le droit à la fin du XIX^e siècle est sans doute une proposition aisément vérifiable. En faire la généalogie, afin de retrouver comment le dommage moral va se séparer du dommage matériel, expliquer les éléments qui vont faire basculer l'un sur l'autre est une autre affaire. Je voudrais suggérer ici que le droit social, entre 1880 et 1910, peut être analysé comme une construction moderne de multiples plaintes, essentiellement chargées de produire de la *supportabilité* sociale, une sorte de contrepoids face à la prolifération de la souffrance ouvrière, qu'elle provienne de la sphère industrielle, du faubourg, de la maladie ou du

milieu scolaire. En somme, je voudrais proposer durant ces pages que la souffrance moderne est une interprétation laïque, sorte de *retournement* de la théodicée antérieure, dans un moment historique en danger, puisqu'il faut trouver les raisons de supporter la souffrance lorsqu'il n'est plus question d'en référer à une explication supérieure qui pouvait auparavant tenir dans l'idée du sacrifice, de la perte en vue d'un bien supérieur. Prenons un exemple. Vers la fin du XIX^e siècle, la perte d'un fils âgé de 11 ans est un simple préjudice matériel, puisque l'enfant rendait des services dont on tirait profit, et que son instruction pesait lourdement sur le budget familial. Cinquante ans plus tard, la perte d'un enfant devient un préjudice moral, par les souffrances endurées à l'avoir vu disparaître

sans raison, et fort éloigné d'un rapport coût-bénéfice. Tel est le *bas-culement* majeur qui s'opère dans l'algodicée moderne. Autrement dit, ma proposition consiste à penser que l'affection a perdu peu à peu les *supports* matériels qui justifiaient sa réparation, et qu'elle s'est transportée peu à peu dans l'amour blessé du regard d'un être souffrant¹.

Globalement, le droit social consacre l'idée moderne que la masse ouvrière n'a plus à souffrir infiniment au bénéfice d'un petit nombre, et que l'entrée des sujets dans de nouvelles façons de supporter la souffrance, où leur sont fournis des droits à réparation et des lieux pour l'exprimer, doit les faire devenir acteurs à temps plein de l'histoire. Fin du XIX^e siècle. Il y a là un moment historique fort, ce moment où la souffrance n'est plus

L'affection qui fait souffrir. La montée d'une plainte jurisprudentielle au début du XX^e siècle

132

punitive, où elle ne signifie plus l'accomplissement d'une justice divine avide de vengeance, et où elle devient un véritable *scandale*. Alors le droit social devient réparateur, et en ce sens, il donne sens à la vie souffrante.

L'affection dans le droit

Il nous reste maintenant à suivre comment l'affection prend sens dans la jurisprudence et dans le droit. Or, à mesure que l'on avance dans ces textes, l'on s'aperçoit que l'affection en est absente, que ni le corps, ni le sexe ni les sentiments n'existent, sauf lorsque l'affection a pour qualité particulière de pouvoir *détruire* une relation, ou d'être détruite par elle lors d'une situation singulière (Pousson et Pousson, 1990). Parce que l'affection peut être un trouble, un élément perturbateur des relations, « beaucoup d'actes juridiques sont conçus sous l'empire d'un sentiment qui en trouble la formation, au point d'en compromettre la validité » (Cornu, 1964: 195). Le code civil de 1804, par exemple, est fondé entièrement sur des relations d'autorité, une certaine conception des bonnes mœurs et de l'image du bon père de famille ; il ne s'appuie jamais sur l'affection, ou alors pour souligner avec force tous les manquements et les défauts d'affection qui se dispersent le long des relations filiales. Ce sera la jurisprudence qui soulèvera le voile des

abus de la puissance paternelle et qui, avec le droit social, pourra exprimer quantités de soucis de soi, à travers l'accident du travail, les prestations familiales, plus tard par l'assurance-maladie, mais aussi à l'égard des concubins, des enfants recueillis, des parents nourriciers, du gardien provisoire, dont l'idée de personne à charge traduit la dimension affective.

C'est ainsi que la souffrance peut commencer à avoir un sens et un prix, à mesure que sont reconnus les liens de sympathie qui irradient la famille, les corporations et les cercles amicaux. Un accusé se dresse : la société, dont le fonctionnement et les rouages écrasent le vivant, le rendent incapable de justifier le malheur. Le dommage moral ne peut naître que lorsqu'un sentiment d'affection légitimé par l'ordre social est soit lésé, soit abîmé par des fonctionnements de la société. Ce que les sociologues de la famille appellent positivement « l'arrivée de l'amour et de l'affection dans le couple » (Singly, 1991), à mesure de l'éloignement de la dette alimentaire, est traversé par un prix, celui de la souffrance, telle qu'elle est évoquée dans la jurisprudence des années 1900-1950.

Il serait illusoire de vouloir à tout prix isoler la souffrance comme élément indépendant. L'histoire de la souffrance s'enchaîne d'abord sur la notion d'honneur, puis de réputation, pour se lier finalement à celle de pudeur. Le mouvement historique de ces notions part du plus loin de soi — l'honneur dans un large espace public — au plus près, telle la pudeur dans l'espace personnel. Ainsi, le couple honneur-réputation forme une série fort éloignée de la pudeur-souffrance, tel qu'on peut le suivre dans des jugements concernant le mari dont la femme a été victime d'un outrage public à l'honneur (1857), le père devant les enfants duquel un instituteur a tenu

rme
aticien

des propos antipatriotiques, antireligieux et obscènes (1908), ou encore les troubles causés dans une famille par des lettres anonymes (1930). L'honneur est une notion indo-européenne dans laquelle c'est le sang de l'ancêtre qui criait vengeance, car l'on pensait que l'atteinte portée à un seul membre était ressentie par tous les autres membres de la communauté, alors que la notion de pudeur est tout un intérieur de l'extérieur dont l'atteinte frappe une personne quelconque en dehors de toute communauté.

L'atteinte aux sentiments d'affection apparaît dans ce déplacement, à la fin du XIX^e siècle, lorsque le dommage frappe en dehors des communautés antérieures, loin de la considération sociale bafouée et déliée de la stricte perte de secours matériel ou d'assistance. Ce n'est plus seulement par le lien du sang ni pour ceux qui nous versent des subsides que nous éprouvons de l'affection. Les sentiments, les émotions et les affects débordent le cercle du sang pour s'insinuer dans les relations professionnelles, auprès des objets et des animaux et même jusqu'au regard porté sur la souffrance d'autrui.

Atteinte à l'affection

Le dommage matériel est une question ancienne. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par

la faute duquel il est arrivé à le réparer.» Laconique article 1382 du code civil centré sur une catastrophe matérielle, résultant d'un décès par exemple ou d'un accident du travail, et semant la souffrance chez ceux qui croyaient pouvoir compter pécuniairement sur le disparu. Cette lésion matérielle était péniblement réparée. Or, ce qui sera nouveau en 1930, c'est que cette lésion matérielle se dédouble et se détache d'une *atteinte dans l'affection* que l'on éprouve pour une personne, ne dépendant en rien d'une créance d'aliments à son encontre. La lésion d'un sentiment d'affection va déliter le rapport d'obligation de parenté, pour s'ouvrir à deux personnages énigmatiques : la concubine et l'enfant dit adultérin.

Puisqu'ils ne sont pas légitimes, peuvent-ils réellement être atteints dans leur affection ? Et quand bien même ils ressentiraient une souffrance, est-elle légitime puisqu'elle prend sa source dans une situation illégitime et contraire l'ordre des familles ? Jusqu'en 1920, la jurisprudence traitait l'intérêt d'affection uniquement dans le cadre de la famille. Pourtant, la jurisprudence vacille, et reconnaît que « lorsqu'une personne qui a élevé l'enfant naturelle de sa propre fille, s'est prise d'affection pour cette enfant et éprouve un chagrin sincère à la suite du décès accidentel de cette dernière, il est digne de lui accorder une protection juridique² ». L'effort de la jurisprudence est de contenir au maximum l'atteinte d'affection aux conjoints, descendants ou ascendants. Mais l'effort est vain devant la poussée des preuves de la « profonde affection » venant des personnes non protégées par la loi.

Dès le début du XX^e siècle, l'affection brise le mur de la parenté. Comme cette femme et cette grand-mère « qu'une affection réciproque unissait. Et qui, en témoignage de cette affection avait

entouré la petite enfant d'une sollicitude de grand-mère par de petits cadeaux »³. Sans lien de parenté ou d'alliance, l'intérêt d'affection est reconnu de plus en plus largement, comme « ces deux femmes qui ont vécu ensemble pendant quarante-sept ans dans des liens d'une intimité si étroite que la défunte passait pour la véritable mère de l'autre »⁴. Ainsi, tout lien quelconque peut être l'occasion d'un intérêt d'affection — du filleul ou du tuteur, du prêtre et de sa gouvernante — justifiant une action en réparation. Cette extension du sentiment d'affection est intéressante à suivre puisqu'elle ira jusqu'à l'atteinte aux sentiments portés aux animaux.

En 1962, l'entraîneur d'un cheval de course obtiendra une indemnité au titre d'un « préjudice d'ordre subjectif et affectif ». L'animal est un « proche », un « être cher », sans être une personne, auquel on peut être attaché « comme un aveugle qui éprouve de la mort accidentelle de son chien qui le guide un chagrin considérable dont l'intensité peut dépasser celui qu'il aurait éprouvé s'il avait perdu son frère »⁵. Puisque le chien inspire un grand attachement à son maître dont il est le compagnon, et qu'il est considéré comme un animal d'intérieur, sa mort est une perte d'affection. Dans la même année, une indemnité est accordée pour la perte d'une chose, « objet auquel un collectionneur accorde une grande importance ou souvenir de famille auquel on attache un grand prix⁶ ». L'objet de famille entrant dans l'affection comme un objet digne d'affection, la perte d'un animal domestique comme souffrance morale, cela est considérable si l'on garde à l'esprit que cette reconnaissance porte à bout de bras une définition de la dignité des sentiments humains, ce que nous pouvons appeler des stades d'accession à la souffrance, et par là, l'un des attributs de la dignité.

L'affection indépendante de la vie matérielle

À ce titre, il est intéressant de suivre comment, à la moitié du XX^e siècle, se détachent vie matérielle et vie affective. Le 16 octobre 1902, un train de voyageurs est pris en écharpe par un autre train arrivant en sens inverse. Monsieur Paradis est grièvement blessé à la tête, aux deux jambes et au thorax. Plusieurs mois après, toutes les conséquences de l'accident ont disparu, si ce n'est des cicatrices parfaitement stabilisées. Médicalement la guérison est parfaite. Pourtant, Paradis se plaint à nouveau de douleurs qui l'immobilisent. Il est bel et bien guéri. Mais les douleurs persistent. Or, les experts déclarent ne pouvoir les vérifier, pour eux, il est guéri. Mais le tribunal va décider « qu'il y a lieu de tenir compte des souffrances cruelles, tant morales que physiques endurées par Paradis après l'accident [...] souffrance morale d'un malheureux qui se voit atteint si gravement dans sa vie et dans le juste souci qu'il a pu avoir de *manquer à sa femme et à sa famille* dont il est l'unique soutien [...] Il n'est pas téméraire de penser que des blessures aussi graves que celles éprouvées par Paradis, un *ébranlement* moral aussi grand que celui qu'il a certainement éprouvé de l'accident, n'ont pu passer sans laisser des conséquences ». Pour la première fois, et pour apprécier l'étendue du préjudice souffert, il sera tenu compte des souffrances, tant morales que physiques, endurées par la personne⁷. Et puisque médicalement on ne peut prouver sa souffrance — largement inexplicable —, on écartera cette valeur pour faire appel à une valeur supérieure, l'atteinte à l'affection de ses proches, dont la vie est perturbée. Toute anomalie dans le cours de la vie ou le *mode de vie habituel* des personnes devient une valeur identifiable et un élément sensible d'appréciation de la souffrance. La

L'affection qui fait souffrir. La montée d'une plainte jurisprudentielle au début du XX^e siècle



134

souffrance de manquer à sa femme forme une nouvelle *règle de spécification* extérieure au corps souffrant, entièrement détachée d'une preuve corporelle pour résonner dans l'affection pure.

Les traces de l'affection

Dès lors se posera la question des marques extérieures d'une désolation ou d'un chagrin, d'une souffrance ou d'une peine, d'une affliction ou d'un déchirement lorsqu'il n'y a plus nécessairement de traces matérielles. Comment prouver sa souffrance si ce n'est en la montrant? Mais l'affection déchirée peut-elle se montrer et recevoir une compensation financière? Pour ce faire, il faudrait la mesurer, apprécier un quantum de souffrance, évaluer un quantum d'apaisement. Or, peut-on remplacer par de l'argent des sentiments qui sont inappréciables, la perte de l'être cher? Non, répondent certains, «l'argent donné, chaque jouissance lui rappellerait la perte irréparable qu'il a souffert, et sa jouissance se transformerait en souffrance»⁸. Réparer une souffrance pourrait bien réveiller la souffrance même, en la rappelant à la mémoire. Réparer, c'est alors réveiller le mal. C'est la réparation même qui dramatise et actualise le mal. Il y a là une réalité du virtuel qui forme une règle de spécification, détermine l'agent double de la souffrance, un théâtre spécial où

s'incarne l'idée de souffrance en la faisant vivre, en la prolongeant par différenciation. Mais qui donc souffre? finit-on par se demander, quand et où? Comment et par équivalence à quoi?

Pourtant, l'allocation d'une somme d'argent à titre de réparation n'a de sens que si cette somme est obtenue par la personne même qui a souffert, disent certains⁹. Or, peut-on souffrir de sa propre mort? s'interroge-t-on. Peut-on subir le préjudice de sa propre mort, si on n'a pas eu le temps de crier? Oui, répond le commentateur dans cette même chronique, «car, si rapide qu'ait été la mort, il s'est forcément écoulé entre elle et les coups portés au moins *un instant* de raison, pendant lequel s'est fixée sur la tête de la victime la créance d'indemnité. La souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès englobe donc la souffrance causée par le décès lui-même». Un instant de souffrance, un éclair de temps et voilà l'indemnité de celle-ci. Pour la première fois, le préjudice de sa propre mort oblige à inventer un *instant de raison* durant lequel on a souffert de sa propre mort. Entre les coups et la mort, la fulgurance du temps nécessaire à la souffrance, une raisonnable idée avance que l'on souffre de mourir, une formidable invention pour que la mort serve à quelque chose.

Et si l'héritier du défunt souffrait de la souffrance de celui-ci?

Non, réagissent certains, il souffre de sa propre souffrance de voir la souffrance. Dès lors, peut-il invoquer la souffrance du défunt pour demander une indemnité? Erreur, nous dit-on, la souffrance du défunt appartient au patrimoine, et par là, elle est transmissible aux héritiers. Et le débat s'ouvre à nouveau sur la retransmission de la souffrance, sous le mode de la perfusion, qui circule entre les peines des uns et les chagrins des autres, et qui s'écoule dans des cercles de plus en plus larges. Cependant, il faut malgré tout produire un sentiment appréciable, montrer une peine acceptable ou probable, un quantum de souffrance afin de pourvoir un calmant de remplacement.

Après les atteintes classique à l'honneur, à la réputation, à la pudeur très présentes au cours du XVIII^e et du XIX^e siècle, apparaît l'atteinte à l'affection d'un proche parent décédé. Jusqu'alors, il était courant d'indemniser le préjudice matériel après un décès accidentel, dont la cause est sociale; quant au préjudice moral, fallait-il encore que la victime ait survécu à ses blessures. «Au cas de mort immédiate, elle n'a pas souffert moralement, ou, tout au moins, cet instant de souffrance a été si court qu'il n'est pas pris en considération»¹⁰. Le préjudice moral est retenu lors de la mort d'un vieillard ou d'un enfant, lorsque le secours alimentaire n'est plus assuré ou lorsqu'il prive l'un des parents d'un secours moral. Alors que le degré de parenté était fortement respecté pour traduire la souffrance, l'on voit le trouble se disséminer parmi les amis, chez le filleul, le concubin, un parent éloigné. Ce qui importe, c'est comment se construit la ligne de partage entre ces souffrances publiques, réclamant réparation, et les peines privées, renvoyées dans le silence de la juste souffrance, le chaos informe de l'existence. Celui qui souffre

injustement dans son honneur, dans son affection, pécuniairement, plaidera la cause de son mal. Un mari dont la femme a été victime d'un outrage public à la pudeur, le père de l'enfant qui se fait insulter par un instituteur¹¹, telles sont les situations que l'on offre à la souffrance devant être réparée.

Mais que pouvons-nous dire concernant ces rationalités sur la souffrance ?

D'une part, l'idée de préjudice du fait de la *douleur éprouvée*, ce préjudice qui est *porté* par l'affection, cette atteinte aux sentiments d'affection témoigne que le vivant porte à bras nus l'exclamation d'une insupportabilité. C'est l'affection qui porte une partie des plaintes nouvelles, qui étend devant elle ce qui n'est pas là et qui devrait y être. L'affection supporte et tient, transporte et prolonge les indices de ce qui manque, par une violente indignation qui incarne la source d'une solution. Dans cette dramaturgie, c'est la vie sociale qui est *coupable*, puisqu'elle est accusée à toute heure, doit racheter à tout instant, jusqu'à l'intervalle entre le coup fatal et la mort. C'est la vie qui est l'accusée, c'est elle qu'il faut contredire et racheter, expliquer et théologiser. Pas de souffrance en dehors d'un espace public de délibération porté par l'émotion et qui se propose de la racheter.

D'autre part, la retransmission de la souffrance, sous le mode de la perfusion, qui circule entre les cris des uns et les pleurs des autres, voilà comment la souffrance est devenue un *patrimoine*, un bien de famille. Ne craignez plus la souffrance, semble dire la jurisprudence, isolez donc ses traces, pour faire plaisir au disparu, comme manière de la prolonger et de *l'intérioriser*. Accuser la vie d'un côté, constituer un patrimoine de l'autre, telles sont les deux forces qui font vivre la souffrance, la propagent et la font craindre. Accuser le milieu

environnant, constituer un savoir spécifique le concernant, ces deux puissances permettront d'expliquer ce qui aurait pu se passer si nous avions su plus tôt.

Un basculement conceptuel se réalisera à nouveau en 1946, lorsque se confirmera que ce n'est plus la mort qui est douloureuse, mais *la vue* d'une simple blessure. À la suite d'un accident de chemin de fer, dans lequel une jeune fille mineure sera blessée, sera reconnu « un préjudice moral d'un caractère exceptionnel à raison du grand *chagrin ressenti* par le père et constamment renouvelé à la vue de sa fille unique, *seul objet* de son affection, atteinte désormais d'une infirmité définitive, susceptible de *compromettre* gravement les conditions de son existence »¹². Alors que seule la mort emportait un préjudice possible, voilà que la vue d'une infirmité compromet les conditions d'existence. Ce n'est plus la perte à la vue qu'il faut réparer, mais le maintien sous les yeux d'une infirmité. Pour les jugements des années soixante, l'on souffre à la vue de la souffrance d'autrui lorsque la défiguration complète de la victime rend sa vue insupportable, lorsqu'il y a aliénation de la victime, impuissance du mari ou stérilité de la femme.

L'infirmité surgit comme préjudice moral pour autrui. Et les commentateurs vont bon train. Le père vivait avec sa fille unique. C'était son seul objet d'affection. En appréciant ainsi la nature et l'intensité des sentiments éprouvés par le père, un chagrin incommensurable à la vue de son unique affection, un basculement s'opère. Et les juristes de s'opposer à cette extension des indemnités : lorsque la victime survit et agit elle-même, « c'est elle qui répare le trouble familial par l'indemnité qui lui est accordée. Sa propre souffrance *absorbe* la souffrance de ses proches ». Et d'autres de répondre : « La souffrance du

père ne vient pas de l'accident, mais du *spectacle* de l'infirmité de la fille, reflet de la souffrance de la victime ». Les débats s'enchaînent pour savoir si la souffrance du père est de même nature et de même intensité que celle de sa fille. Voir si la souffrance du père ne serait pas la plus forte, tant le spectacle est violent. Et de se demander s'il ne faudrait pas admettre que, parfois, les discordes familiales seraient telles qu'elles ne permettraient plus de ressentir la souffrance de la mort d'un proche. Si la preuve du malheur n'est jamais exigée, l'on se rapporte régulièrement à des considérations sur l'affection *habituelle* et courante entre un père et une fille. Ici, c'est la communauté d'habitation qui scelle définitivement la souffrance. Ailleurs, et à l'inverse, ce sera un ami touché sentimentalement, et dont l'âme est peut-être un peu trop sensible. D'où la question des victimes par ricochet et par rebond, qui se retransmettent l'affection blessée. Et si le père souffrait plus que sa fille devant le spectacle de l'infirmité ? C'est bien le *reflet* de la souffrance de la fille qui provoque une seconde souffrance, une chaîne d'affection, de dommage en dommage, qui établit que toute souffrance d'un individu peut, par sympathie, devenir celle d'un autre.

La dramatisation

La dramatisation contient toujours une étendue, le déploiement d'un spectacle, l'allongement d'une situation spatio-temporelle. Cette chaîne d'affections est tout récent. La fille souffre de son infirmité, le père souffre de voir souffrir sa fille, sa compagne souffre de voir le père souffrir, la sœur de la compagne souffre... ronde extensive de la sympathie par une succession d'actions sur des actions. Affection, amour, amitié, sympathie forment le socle de tous dommages qui se retransmettent de proche en proche

et secouent fortement la jurisprudence, bousculant l'ordre de préférence qui admettait la seule parenté. Peut-on admettre qu'un ami puisse souffrir de la mort d'un ami infiniment plus que certains parents du défunt ? Or, la jurisprudence grimace devant ce flux d'affections, craint d'être emportée par les flots d'affects, et tente un dernier barrage. Et si le père était fâché avec sa fille ? Et si la discorde familiale était telle qu'elle ne permettait plus de ressentir la souffrance ? Et si la victime n'a survécu que quelque temps à ses blessures ? Et en cas de mort immédiate, la personne a-t-elle souffert moralement, alors que l'instant de souffrance a été si court ? L'inquiétude de voir l'affection se manifester par tous les pores de la société et déborder des tribunaux devient forte. Ce qu'on éprouve, la sympathie, une conformité de sentiments, voilà qui était resté invisible jusqu'alors et qui se manifeste bruyamment devant les tribunaux.

En 1932, nous retrouvons seize parents et alliés à réclamer le prix de leur douleur¹³. Et les juristes de répliquer : il faut donc se demander si la douleur causée résulte d'une *réaction normale* qu'une personne éprouverait, et d'évoquer la sympathie et l'amitié qui pourraient faire souffrir, mais pas au point d'empêcher la vie de se dérouler normalement. Ainsi va éclore une série de revendications — bien loin du droit

à la pension alimentaire — venant de collatéraux, alliés, beaux-fils, belles-filles qui invoquent un lien d'affection dont le trouble mérite réparation¹⁴. Le préjudice moral est reconnu au conjoint. « Mais il ne saurait être question de *pretium doloris* lorsque les époux, vivant séparés depuis longtemps, sont en instance de divorce¹⁵. » Séparez les corps, ainsi les souffrances diminueront. Éloignez-les l'un de l'autre, de sorte que la transfusion sera stoppée. Ce que nous suivons ici, c'est justement une rationalité en acte de la distance-proximité ordinaire qui permet de penser une atteinte à l'affection. L'atteinte est avant tout matérielle, puis peu à peu elle se reporte sur l'alliance et la distance physique. Mais la consanguinité est là, qui veille au grain, cet ineffaçable lien de sang qui repousse toujours le lien d'alliance, alliance qui égratigne la famille et le mariage. Cette suprême consanguinité va reculer et laisser place à l'atteinte au sentiment hors d'elle, puis au préjudice esthétique, le fait de se sentir enlevé à l'affection des siens, l'inquiétude de l'avenir, la perte de ses espoirs, de ses raisons de vivre.

Dans cette série de l'affection troublée survient, dans les années soixante, le *préjudice d'agrément*, qui résulte d'une limitation des plaisirs d'ordre sportif, artistique, social ou mondain. Son invention est liée à la souffrance du « membre fantôme », cette souffrance très importante et durable que ressentent les amputés à la place même d'un bras ou de la jambe, et dont le récit est aussi ancien que l'invention du scalpel. Le préjudice d'agrément est une version du préjudice esthétique qui peut revêtir un aspect économique comme pour les actrices, les hôtesses de l'air où les top-modèles. L'atteinte à l'intégrité physique est une chose, mais le préjudice « résultant de la diminution des plaisirs de la vie causée par l'impos-

sibilité de se livrer à certaines activités normales d'agrément »¹⁶ en est une autre. Cette définition sera précisée dans une résolution du Conseil de l'Europe¹⁷ qui prévoit que la victime doit être indemnisée « des divers troubles et désagréments tels que des malaises, des insomnies, un sentiment d'infériorité, une diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité de se livrer à certaines activités d'agrément ».

Jusqu'au risque thérapeutique qui mènera à l'invention de la notion de *chance perdue*, lors d'une intervention chirurgicale ou d'un protocole médical qui aurait pu être autre que celui qui a été prescrit. Entre plusieurs thérapeutiques possibles, le préjudice porte dans la perte d'une chance que m'aurait procurée celle que l'on ne m'a pas administrée. La perte d'une chance est inhérente à un champ de possibles, à ce que l'on aurait pu faire de mieux pour le vivant¹⁸. Un droit à la guérison monte comme une plainte dans l'espace collectif des soins. L'on cherche à savoir quels sont les meilleurs soins que l'on pourrait choisir, par un consentement répété envers telle ou telle thérapeutique, en l'absence duquel la jurisprudence invente la notion de « défaut de consentement éclairé ». Plus les indemnisations pour mauvais soins s'accroissent, plus se creuse le défaut de consentement, comme pour indiquer que chaque patient doit devenir son propre médecin, afin d'éviter les situations où « le dommage aurait pu être évité », une autre thérapeutique aurait pu guérir, des examens auraient été mieux interprétés, une infection évitée. Ce n'est pas de maladie qu'il est question, mais bien plus d'un changement de régime de la plainte à travers un « sur-consentement » devant un accroissement de l'incertitude, comme un étage surajouté à la participation dans le déroulement d'un vivre illimité.

Dans l'avancée prévisible de la maladie, les affects réclament une anticipation supplémentaire aux alternatives de soins possibles, un surcroît de chance lorsque la malchance s'abat. Formidable changement de vitesse des affects qui inventent un événement sur l'événement, l'accident médical pour mauvais choix thérapeutique, un consentement qui n'a pas été épuisé, un affaiblissement qui aurait pu être évité, une meilleure méthode qui aurait dû être choisie. Vous m'avez retiré une chance de mieux vivre l'illimité. Le traitement compassionnel avancé pour le sida exprime un même régime de plainte, où l'accès à la vérité d'un traitement s'enroule autour d'une auto-évaluation de ses chances de vivre, par insertion de phases et de stades, de niveaux de lecture d'une chance qui s'évanouit.

Éprouver, c'est augmenter

Le dommage moral naissant à la fin du XIX^e siècle découle d'une nouvelle perception de l'imperfection de la société et des façons d'être affecté. Si ce dommage n'est que l'aboutissement d'un long processus d'émancipation sociale, il présuppose le heurt d'un sentiment d'affection nouveau et d'une importance telle que sans lui, la vie serait perçue comme une limitation des possibles satisfactions de soi-même. Ce heurt ou cette rupture s'effectue sur un socle d'affects, rendu possible par la cohésion d'une zone qui crée des personnes indépendantes et autonomes, sujets de plaisirs et de souffrances, participant aux liens de sympathie qui irriguent un milieu et le définissant comme tel.

Plus les sujets sont autonomes et indépendants, plus, paradoxalement, ils rendent saisissables des affects brisés ou limités, rendent accessible un supposé intérieur appelé l'intimité. Toutes les situations sociales que nous avons évo-

quées ne valent qu'à partir du moment où des paquets d'affects sont reconnus par un milieu, restituant l'individu à lui-même, puis déployés dans une sphère de sens, découverte par témoignage et enquête, participation ou aveux afin de démontrer sa possible indépendance et anticipation d'un futur.

Comment l'homme souffre-t-il et quelle est sa plainte ? Cette question s'élabore solidement à partir d'un stade d'indépendance sur lequel une action transformatrice peut se développer. Sur des paquets d'affects, les situations se différencient et se déploient vers une égalité de traitement ou d'accès, soulignant les points durs de ce qui fait empêchement ou restriction. De sorte que les stades d'accession à la souffrance supposent un intolérable, non pas comme une idée d'injustice, mais comme une situation *éprouvée*, accablante, excessive et insoutenable : l'outrage, l'insulte grave, la correction, manquer à sa femme, le spectacle de l'infirmité, la perte d'un animal, l'objet souvenir détruit, la maladie invalidante, un agrément affaibli, une hanche limitant le mouvement amoureux. Si le préjudice s'invente du fait de la souffrance éprouvée, une seconde condition exprime veut que celle-ci soit portée par l'affection jusqu'à l'attention publique, une sphère publique d'attention, qui enclenchera, ou non, émotion et sympathie, une collection d'affects partagés, puis éventuellement un soulagement et une réparation.

Anticipation des devenirs

Ainsi s'organisent les stades d'accès à la souffrance. L'anticipation consiste à penser que le tout intérieur du vivant — accident, conflit, correction, atteinte à l'intégrité, à l'honneur et à la dignité — mérite d'être conduit précisément bien au-delà de l'individu en chair et en os. La protection du vivant est

portée bien au-delà de l'individu qui en forme l'entrave, entièrement tendue vers l'expression de la souffrance qu'il faut libérer de l'homme. Ce n'est pas de la souffrance singulière et individuelle qu'il est alors question, bien qu'elle en soit le socle, mais bien plus d'un bonheur collectif ou d'une réparation qui dépasse l'individu-entrave. Une biopolitique de la souffrance transfigure ses corpuscules en autant de groupuscules de normes énonçant la juste interprétation et la fixation des plaisirs réduits. Ainsi, l'ensemble complexe du droit social a inventé une façon de supporter les souffrances, en proposant des raisons de les supporter, une interprétation dans laquelle chacun peut trouver un repos provisoire, mais qui suffit à apaiser le scandale, une réparation égalitaire au fondement d'une commune humanité. En ce sens, une politique de la souffrance se définit nécessairement par une politique du soi, une façon d'exhiber des affects, ceux-là mêmes qui procurent une extension du vivant ou une limitation intolérable, puisqu'elle aurait pu être évitée, et à condition que puisse s'opérer une scène de la division, de la dissemblance.

Comment peut-on parler d'une politique de la souffrance ? Parce que chaque individu est concerné par l'ensemble des petites réparations avancées çà et là par le droit, s'insinuant tout le long des existences, bordant toujours mieux le vivant en divisant les relations et décomposant les enjeux.

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Cette formulation géniale vise à faire parler sur les moindres causalités, injecter de petites perfusions là où il y a des ratées. Tout fait quelconque qui cause un dommage, tel est l'objet d'une bio-politique qui se nourrit de l'immanence des règles dans la vie quotidienne, qui

pousse à se plaindre d'un dommage, une limitation des plaisirs, une chance perdue, mon avant-dernière chance, à partir d'une collection d'affects qui varie et ne cesse de varier au fil des secousses existentielles : le besoin de caresses ou une chance perdue, une intimité froissée ou une mauvaise perfusion d'affection.

À tel point que la formulation s'est retournée, c'est le dommage qui court après tout fait quelconque, le traque, l'explore, le perd et le retrouve. Renversement de l'actif et du passif où le fait quelconque ne cause plus du dommage mais où ce dernier s'active à reconstruire des faits. Tout dommage doit être à l'origine d'un fait quelconque. La moindre anomalie dans le cours de la vie ou le mode de vie habituel peut devenir une valeur identifiable et un élément sensible d'appréciation de la souffrance. Soit le récent préjudice d'agrément, qui n'existe que parce qu'on nous dit que la vie est agréable, pleine de loisirs et de sports, et fait apparaître en négatif un désagrément qui secoue le vivant.

Ainsi, chaque paquet d'affects forme une nouvelle *règle de spécification* de plus en plus extérieure au corps souffrant, entièrement détachée d'une preuve corporelle, pour résonner dans l'affection pure, à l'image du « membre fantôme » de l'amputé, fantôme qui fait mal, mais dont la souffrance est invis-

ble, puisqu'il ne peut plus se montrer comme preuve ultime. Tout fait quelconque est devenu dans notre modernité un membre fantôme, tout autant que le dommage, cette chose invisible que l'on peut appeler la satisfaction des soi-mêmes, revêtu d'un caractère sacré et dont la grandeur ne fait qu'augmenter. Comme si le dommage n'était plus une propriété du réel pour devenir une virtualité dont les pointes lumineuses sont tendues vers un futur multiple fonctionnant par inhérence mutuelle. L'augmentation des soi-mêmes est issue du principe de la souveraineté de l'individu, qui place la liberté au centre de l'action et de la pensée, aux abords des membres fantômes dont la plainte forme un pouvoir d'arraisonnement de la souffrance, remplissant par là une fonction religieuse, comme modèle de traitement de l'homme dans une société laïque. Cette métabolisation de la fonction religieuse consiste à donner prise au fait quelconque sur le membre fantôme, lorsque l'*existence atteinte* prend valeur de connaissance, lorsque éprouver appelle la connaissance. Dans cette structure juridico-politique contemporaine, la fonction religieuse participe à la fois de la découverte des affects et de la connaissance de ceux-ci, en faisant de l'accidentel un essentiel, de l'inconnu un maîtrisable, en tirant à la lumière de la connaissance les affections et les passions secrètes.

Jean-François Laé
Professeur de sociologie
Université de Paris VIII
GRASS-CNRS

Notes

- 1 Ce texte est issu d'un travail en cours de publication, *Légitime souffrance. Une histoire sociale du malheur*.
- 2 Chronique, « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un

préjudice moral à la suite d'un décès accidentel ? » (Daloz, 1932, p. 81).

- 3 Daloz, 1931, p. 38, Req. 2 février 1931.
- 4 Daloz, 1931, *op. cit.*, p. 39.
- 5 Mohamed Naguy Yacout, 1969, « L'atteinte aux sentiments d'affection dans la responsabilité civile en droit français et égyptien », thèse de droit, Aix-en-Provence, p. 277.
- 6 Chronique, « Le *pretium affectionis* : un piège pour le juge administratif » (Daloz, 1979, p. 177).
- 7 Tribunal civil de Périgueux, 26 novembre 1903.
- 8 Maurice Dubois, 1935, « *Pretium doloris* », thèse de droit, p. 60 (citant Reiffel).
- 9 « La commercialisation du dommage moral », Daloz, année 1954.
- 10 Chronique, « Le prix de la douleur » (Daloz, 1948, p. 1).
- 11 Chronique, « La commercialisation du dommage moral » (Daloz, 1954).
- 12 Civil, 22 octobre 1946, dans Daloz, 1947.
- 13 Amiens, 17 nov. 1931, Rec. Sirey, 1932, 2. 118.
- 14 Ce qui est nouveau, c'est l'apparition d'un tiers qui traduit ces revendications pécuniaires, la Sécurité sociale, au nom déjà de la personne blessée : pertes de salaires pendant la durée de l'incapacité temporaire, indemnisation de l'incapacité permanente partielle, préjudice esthétique, préjudice moral, préjudice d'agrément, entendez la gêne subie et l'effort qu'il faut fournir pour s'en remettre. Le barème d'invalidité (décret 24 mai 1939) propose un calcul mathématique et un calcul par points afin de coter les préjudices.
- 15 Jugement tribunal civil de Lille du 25 avril 1932.
- 16 Gaz. Pal. 13 janv. 1978, note M. L. R.
- 17 (Résolution 75-7) « L'évaluation du préjudice corporel », annexe VII, p. 255.
- 18 Ewald-Margeat, 1991, « Le risque thérapeutique », *Revue Risques*, 6.

Bibliographie

- CORNU, G. 1964. *Du sentiment en droit civil*. Annales Faculté de droit de Liège.
- LAÉ, J.-F., et N. Murard. 1985. *L'Argent des pauvres*. Paris, Seuil.
- LAÉ, J.-F. 1989. *Travailler au noir*. Paris, Métailié.
- LAÉ, J.-F. 1994. *Légitime souffrance. Une histoire sociale du malheur*. En préparation.
- POUSSON, J., et A. POUSSON. 1990. *L'Affectation et le droit*. Paris, CNRS, 1990.
- SINGLY, F. de (sous la direction de). 1991. *La Famille, l'état des savoirs*. Paris, La Découverte.