



HAL
open science

Le juge et l'émotion

Emmanuel Jeuland

► **To cite this version:**

| Emmanuel Jeuland. Le juge et l'émotion. 2019. hal-01790855v4

HAL Id: hal-01790855

<https://hal.science/hal-01790855v4>

Preprint submitted on 4 Feb 2019 (v4), last revised 13 Nov 2020 (v9)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le juge et l'émotion.

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Pierre Rodière parvenait à enseigner le droit social européen et le droit du travail en faisant passer des émotions. Comment peut-on concilier droit et émotion et comment peut-on réconcilier le juge et l'émotion ? Il semble acquis à la suite notamment des découvertes des neurosciences que Descartes s'est trompé en distinguant le corps et l'esprit, la raison et l'émotion¹. Une raison sans émotion conduit à de mauvaises décisions, des émotions mal contenues conduisent à de mauvaises intuitions. Un mouvement Droit et Émotion s'est développé aux États-Unis pour approfondir l'importance des émotions dans le raisonnement juridique et judiciaire. Il a d'ailleurs existé au XIX^e siècle, en Allemagne, une doctrine du sentiment du droit². Elle a cependant été sévèrement critiquée car elle est impuissante à fonder une règle de droit et risque de conduire à l'arbitraire³. Cependant, fonder une règle de droit sur la seule raison ne paraît pas non plus satisfaisant. Une certaine confusion entre l'intuition du juste et les émotions suscitées par une affaire donnée est également à noter dans cette doctrine du sentiment du droit⁴.

Comment penser la relation entre droit, juge et émotion dans le pays de Descartes, non seulement son pays d'origine, mais le pays qui a intégré sa pensée au point d'être dit cartésien. C'est aussi en France que s'est développée l'histoire des émotions avec l'école dite des Annales⁵. Sans entrer dans un débat philosophique sur la fameuse erreur de Descartes qui n'en est peut-être d'ailleurs pas une (voir plus loin), il importe d'articuler droit et émotion dans un raisonnement judiciaire de *civil law*. Il s'agit de ne pas succomber à l'« *emotional turn* » sans sauver la démarche rationnelle passant par l'application formelle d'une règle de droit. Cette recherche peut contribuer à mieux discerner la différence entre un juge et un médiateur⁶ et aussi à mieux saisir les limites d'une justice prédictive qui ne serait fondée que sur la raison.

Lors d'un séminaire à Nanterre, nous nous sommes posé collectivement plusieurs questions à cet égard⁷ : le juge reste-t-il juge dans sa vie privée, si bien que l'émotion de se retrouver face à une personne qu'il connaît ne modifie pas sa capacité de jugement et son impartialité ? Peut-on dire que la colère, l'irritation, la peur, le début d'un rire sont des éléments subjectifs tenant

¹ A. Damasio, *L'erreur de Descartes*, Marcel Blanc (Traduction), *La raison des émotions*, 1984, réédition en janvier 2010 Essai (poche), Odile Jacob.

² S. Schlossmann, *De Vertrag*, 1876 fondant le contrat et le rôle du juge en matière de contrat sur le sentiment du juste.

³ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1946) rééd. Dalloz, 2005, n°19, p. 165 s.

⁴ Même chez Paul Roubier (n°19, p. 177 s. parlant même « d'intuition émotionnelle » p. 179) qui passe du sentiment (et non de l'émotion) à l'intuition sans signaler leurs différences. Les intuitions sont sans doute influencées par les émotions mais elles paraissent relever, en elle-mêmes, d'une raison ultra-rapide ou synthétique (voir aussi J. van Meerbeck infra note n° 72).

⁵ École qui s'est d'abord appelée « histoire des émotions », revue *Les Annales*, 1941 v. M. L. Bailey et K.-J Knight, "Writing Histories of Law and Emotion", *The Journal of Legal History*, 38 :2, 117-129, 2017, ainsi sous l'antiquité le procès visait à calmer la colère du juge in *Histoire des émotions*, dir. Vigarello, T. 1, 2016.

⁶ Ceci dit, le médiateur ne doit certainement pas négliger le droit.

⁷ À l'instigation d'Éric Millard, j'ai été invité à Nanterre pour parler de la relation du juge à ses émotions le 2 février 2017. Étaient notamment présents, parmi beaucoup d'autres, X. Lagarde, J.-L. Halpérin, M. Nioche, V. Champeil-Desplats, etc. J'ai projeté les 6 premières minutes de « Toutes nos envies » de Philippe Lioret qui raconte l'histoire de deux juges d'instance qui parviennent à modifier la jurisprudence en matière d'office du juge en droit du surendettement. Dans ces six premières minutes un juge d'instance rencontre la mère de l'amie de sa fille à l'école puis, coïncidence, la retrouve face à elle comme défenderesse surendettée dans son tribunal. Émue, elle ne se déporte par et se met en colère contre l'avocat de la société de crédit.

à la personnalité du magistrat ? La personnalité renvoie à une subjectivité mais pas forcément à la relativité de la décision ; en effet, dans une situation singulière, on a besoin d'un juge qui s'exprime pas des émotions liées à sa personnalité. En cours de délibéré, le juge a-t-il vraiment oublié ses émotions d'audience pour faire un raisonnement à froid ? S'il n'y a pas de continuité, les émotions ne jouent pas réellement de rôle dans le jugement qui est essentiellement fondé sur la raison. Faut-il maintenir les jurés populaires réputés plus émotifs que les juges professionnels et attacher de l'importance à l'émotion dans le jugement ? Faut-il faire des émotions un élément prescriptif qui conduirait parfois à favoriser le justiciable qui émeut plus qu'un autre ? Dans un jugement, l'émotion est-elle seulement canalisée, ou bien est-elle utilisée pour aboutir au jugement le plus équilibré possible ? Le juge n'a-t-il pas des outils à sa disposition pour traduire ses émotions tels que le délai de grâce, le délai d'expulsion ou l'article 700 CPC en cas de recours abusif ? Cependant, un testament *ad irato* (rédigé sous le coup de la colère) n'a pas été annulé par la Cour de cassation qui n'a donc pas tenu compte de l'émotion d'une partie⁸. Un juge d'instance présent au séminaire de Nanterre a raconté qu'on ne dit rien sur les émotions à l'ENM, si ce n'est qu'il ne faut pas les nier mais prendre ses distances. Un numéro vert est distribué à tous les juges en cas de problème psychologique et il y a des groupes de parole dans les tribunaux. Or, n'est-il pas dangereux de mettre ses émotions à distance et de se couper des émotions pour parvenir au jugement ? L'intuition est-elle cognitive ou émotionnelle ? C'est la raison la plus rapide qui soit, qui va directement à la solution. Faut-il « gérer » ses émotions pour sortir d'une situation binaire, mettre de la nuance, notamment en méditant et parvenir à un meilleur jugement ? S'agit-il de gérer ses émotions ou de les utiliser au mieux, en les articulant avec la raison ? La procédure sert-elle à canaliser les émotions pour les mettre en mesure d'apporter le meilleur jugement ? Cela paraît être le cas lorsque le président du tribunal usant de son pouvoir de police de l'audience met fin à une intervention ou plaidoirie trop passionnée. De même, les règles d'impartialité permettent de s'assurer que le juge ressent des émotions sans parti-pris et sans conflit d'intérêt. Quant à la motivation, doit-elle prendre en compte les émotions qui sont à l'origine du jugement ? Cela pourrait être logique dans une version prescriptive⁹ du mouvement *Law and Emotions* ; d'ailleurs l'émotion du juge peut se traduire par des adjectifs et des adverbes (par exemple : « dangereusement » pour une conduite sur une route ayant conduit à une infraction) mais est-ce pour permettre au juge d'exprimer son émotion ou pour expliquer aux parties subtilement la solution du litige ?¹⁰ Est-ce que la motivation habille les émotions inavouables ou est-ce qu'elle laisse passer discrètement l'expression de telles émotions pour faire comprendre la solution aux parties ? Faut-il s'intéresser au rite judiciaire pour comprendre les émotions ?¹¹ Le fondateur américain de l'approche psychanalytique du droit estimait qu'en réalité les juges s'appuient essentiellement sur leurs préjugés et émotions pour rendre un jugement¹², ce qui serait le pendant des excès de la prise en compte des affects en politique¹³.

Pour répondre à ces questions nous formulerons une hypothèse. Si l'on considère que le droit est, avant tout, un ensemble de rapports de droit¹⁴, le dispositif du procès permet d'accueillir les émotions et, comme pour toute émotion, de laisser un temps de réponse. La relation de fait est un élément du rapport de droit, il s'agit d'une interaction émotionnelle. Le rapport de droit

⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2009, n° de pourvoi : 08-17919 Publié.

⁹ Information fournie par E. Millard qui indique que le congrès de 2015 à Washington de l'association internationale de théorie du droit a justement porté sur les émotions et leur nécessaire utilisation.

¹⁰ Remarque de X. Lagarde.

¹¹ Remarque de F. Bellivier, à noter aussi un colloque à l'université Cardozo sur les émotions et les rituels judiciaires, 27-28 avril 2014.

¹² J. Frank, *Law and the Modern Mind*, (1930), réed. 2017, Routledge.

¹³ A.-C. Robert, *La stratégie de l'émotion*, Lux, 2018.

¹⁴ V. notre essai, *Théorie relationniste du droit*, LGDJ, 2016.

comporte un deuxième élément qui est la représentation symbolique de cette interaction par des symboles au sens strict, des mots, un tiers de référence et un espace virtuel entre les parties qui devient réel dans le tribunal. Si l'on considère le rapport de droit comme un dispositif symbolique, c'est-à-dire un espace entre deux personnes sous l'égide d'un tiers désintéressé, il y a, dès lors, une relation à faire entre émotion et symbole. Or, le symbolique est plus rapide que les mots car les symboles peuvent être vus comme des analogies émotionnelles. La motivation parviendrait ainsi à mettre en mots les émotions. On peut de cette manière intégrer l'émotion dans le rapport de droit de fond, mais aussi dans le rapport procédural. L'émotion du juge doit être conçue de telle sorte qu'elle maintient l'équilibre des rapports de droit entre les parties. Elle doit être intégrée dans le raisonnement judiciaire sans jamais favoriser en elle-même l'une des parties.

Pour démontrer cette position¹⁵, il convient tout d'abord d'étudier le mouvement *Law and Emotion* – il apparaîtra que le caractère prescriptif des émotions est assez dangereux, que le mouvement est assez factuel et qu'il ne tient pas compte des relations entre émotions et symbole (chap. 1) avant de l'envisager dans une approche relationniste¹⁶ du droit – qui n'est pas psychologique¹⁷ ou sociologique¹⁸ – qui pourrait convenir au juge français qui reste cartésien (chap. 2).

I- Le juge dans le mouvement *Law and Emotion*

Avant d'examiner le mouvement Droit et Émotion, il convient de s'interroger sur la notion philosophique d'émotion indépendamment du droit.

1. Le concept philosophique d'émotion

Deux philosophes, J. Deonna et F. Teroni, ont présenté une synthèse du concept philosophique d'émotion en retenant cinq éléments¹⁹ :

- Une émotion possède une certaine durée, de quelques secondes à quelques heures. Si elle dépasse quelques heures, elle se mue en sentiment et en trait de caractère, par exemple une personne en colère devient colérique.
- Une émotion est ressentie physiquement. Elle est consciente et se traduit physiquement par une rougeur, des palpitations, des douleurs dans le ventre ou une montée d'adrénaline. L'émotion implique donc des éléments physiques, chimiques et organiques. Une culpabilité qui ronge une personne de manière inconsciente n'est pas une émotion. Un désir, au contraire, peut être inconscient. Si une personne ne ressent pas consciemment une émotion qu'une autre ressentirait à sa place, on peut dire qu'elle réprime cette émotion.
- Une émotion a un objet. On est en colère contre quelqu'un ou quelque chose. On a peur de quelque chose, un chien par exemple. Une angoisse diffuse n'est pas une émotion car elle se définit justement par le manque, un manque de quelque chose que l'on ne peut définir.

¹⁵ Pour une version plus approfondie de cette recherche, voir Hal, *Le juge et l'émotion en théorie du droit*, 2018, document de recherche.

¹⁶ Le choix a été fait d'écrire « relationniste » avec un seul n pour éviter la confusion avec le relationniste qui est au Québec est spécialiste des relations publiques.

¹⁷ Il serait possible de mener une recherche empirique sur la psychologie des juges et leurs émotions mais ce n'est pas la méthode retenue ici, v. pour une expérience de juge note 67.

¹⁸ Il s'agit d'étudier les différentes théories du droit en relation avec les émotions. Une autre approche plus empirique pourrait par exemple consister à repérer l'usage des adverbes dans les arrêts de la Cour de cassation pour savoir s'il traduit des émotions de colère, notamment.

¹⁹ *Qu'est-ce qu'une émotion ?* Vrin, rééd. 2016, p. 13.

- Une émotion implique un élément de connaissance. L'émotion est un signal : la peur signale le danger, le dégoût d'un aliment peut signaler qu'il est avarié ou qu'il est dangereux pour une personne. Un animal, en ce sens, peut avoir des émotions. Ce n'est pas une simple perception.
- Une correction de l'émotion est possible, non pas forcément un contrôle *ab initio* car c'est un phénomène physique plutôt irrépressible mais un contrôle progressif. C'est le cas, par exemple, d'une personne qui a peur d'un chien, son propriétaire lui dit qu'il n'est pas dangereux et la peur cesse. L'émotion est liée à l'intention et donc aussi d'une manière complexe à la raison. Une émotion est une forme d'énergie qui transporte de l'information et nous met en mouvement, elle disparaît si on l'accueille. On passe d'un phénomène physique à une information mentale et à une action physique : fuir le danger ou ne plus en avoir peur, se mettre en colère ou se calmer, etc.

L'émotion est donc un processus. Pour autant, même s'il existe des éléments biologiques universels dans le processus émotionnel qui ont été mis à jour par les neurosciences (distincts des processus rationnels), les émotions varient grandement selon les cultures et l'histoire si bien qu'il faut les voir comme une réalité culturelle construite. Un débat persiste d'ailleurs concernant la classification des émotions qui justement peut varier d'une culture à l'autre. On peut dire qu'il existe quatre émotions primaires : la colère, la peur, la joie et la tristesse. Mais il existe de nombreuses nuances pour chacune d'elle. Certaines émotions sont admises par tous (la colère ou la peur) d'autres sont plus discutées (la joie, la satisfaction, etc.). Selon les auteurs, il est possible de distinguer entre 4 et 10 familles d'émotions de base. De l'Antiquité à nos jours, de nombreux philosophes et chercheurs se sont penchés sur les familles d'émotions. Aristote (384-324 av. J.-C.) cite la colère, la pitié, la peur et le désir ainsi que leurs opposés et précise qu'elles sont suivies de plaisir ou de douleur. Descartes (1596-1650) énumère six « passions primitives » (l'admiration, l'amour, la haine, le désir, la joie et la tristesse) et 34 autres passions, qui naissent des combinaisons des six premières ou qui en découlent. Darwin retenait 7 familles d'émotions qui selon lui partageaient une expression faciale universelle : le bonheur (ou la joie), la tristesse, la colère, le dégoût, la peur, la surprise et le mépris. Au Moyen Âge, l'émotion de vergogne mêlait la peur et la pudeur. En Chine, la rumination intérieure d'un souci est classée parmi les émotions.

Il existe plusieurs théories sur les émotions secondaires. Certains auteurs affirment que les émotions secondaires sont des mélanges de deux émotions primaires, d'autres se basent sur l'approche cognitiviste pour énoncer qu'une émotion secondaire est la combinaison d'une émotion de base et de représentations mentales. Pour Damasio, les émotions secondaires se mettent en place à l'âge adulte sur la base des émotions primaires que possède l'enfant et à partir des expériences de la vie.

Ce qui est discutée est la question de la relation entre les émotions et les valeurs. Par exemple, se met-on en colère car une personne a heurté nos valeurs d'honnêteté ? Est-on joyeux car un événement correspond à nos valeurs de vie ? Cette analyse ne peut fonctionner pour l'animal et on perd donc la naturalité de l'émotion en admettant la relation entre émotion et valeur. On perd aussi son universalisme car les valeurs varient. Par ailleurs, on peut s'interroger sur la valeur qui s'exprime lorsque l'on a peur d'une araignée, sauf peut-être une vague valeur de vie qui viendrait du fond des âges et d'un temps où les araignées pouvaient être dangereuses. La considération de l'émotion est restée plutôt négative jusque dans les années 1980 : elle était vue comme une limitation des actions raisonnables et de la plénitude de l'être. On retrouve pêle-mêle cette conception chez les philosophes de l'antiquité (notamment Platon qui considère l'émotion comme une « maladie de l'âme »), dans la plupart des religions (les

émotions poussent aux péchés chez les chrétiens ; les émotions parasitent l'accès au Nirvana chez les disciples de Bouddha), mais également chez les philosophes modernes tels que Descartes. Néanmoins, ce dernier introduit l'idée novatrice selon laquelle les émotions ne nous poussent pas à la faute, mais à nous satisfaire. Il appartient alors à l'âme de « gérer » ces émotions de manière à les rendre raisonnables et donc socialement acceptables. Cette conception cartésienne des émotions est celle que nous avons spontanément en tête en France.

Pour Descartes²⁰, l'âme est la chose qui veut et qui délibère, alors que les passions venant du corps, émeuvent l'âme. Pour lui, les passions appartiennent bien à l'âme, mais elles n'en dépendent pas. C'est pourquoi Descartes et ses successeurs cesseront de parler de passion pour préférer le terme d'« émotion » comme ce qui est causé par un mouvement du corps. Les émotions ne peuvent être intellectuelles, car elles proviennent du corps et agissent sans médiation sur la personne. Dans la philosophie cartésienne, il faut mettre à distance ses émotions pour porter les évaluations les plus objectives possibles. Descartes est dualiste en ce qu'il oppose le corps et l'âme, mais il n'oppose pas radicalement pensées rationnelles et émotions. Les émotions font, pour lui, partie du processus de connaissance. Il s'agit, cependant, d'une connaissance assez confuse qui prend son origine dans le corps et qui n'a pas une grande valeur. On peut se demander si l'erreur de Descartes n'a pas été quelque peu exagérée par Damasio. Descartes considère l'union de l'âme et du corps, des émotions et de la raison comme étant essentielle. Son dualisme a souvent été caricaturé alors qu'elle lui est nécessaire pour établir l'union du corps et de l'âme et l'influence du corps sur l'âme²¹. Or, les neurosciences confirment l'existence de deux processus distinct, émotionnel et rationnel, qui se combinent.

Le psychologue américain, William James (1842-1910), a opéré un renversement par rapport à Descartes : selon lui, le corps s'impose à l'esprit. L'émotion est liée à une réaction physiologique dans la situation perceptive. Elle est donc nécessairement assez brève. Si je vois un ours (perception), je me mets à courir (réaction physiologique), puis je prends peur en prenant conscience de mon corps (réaction émotionnelle).

On ne gère pas ses émotions comme son agenda ou une entreprise. On ne peut les soumettre aisément à la raison. La raison et les émotions fonctionnent de conserve quoiqu'ayant leur siège dans des zones différentes du cerveau. Damasio a montré qu'une personne ayant toute sa raison, mais incapable de ressentir une émotion finissait par prendre des décisions aberrantes. Descartes n'aurait, semble-t-il, pas dit autre chose.

2. Présentation du mouvement *Law and Emotion*

Le courant de pensée intitulé *Law and Emotion*²² est notamment issu des *Critical Legal studies* et des théories du droit féministe. Dès lors que le droit et le juge ne sont plus vus comme objectifs et neutres, il devenait nécessaire d'être plus réaliste et de prendre en compte les émotions du législateur et du juge. Ce mouvement a déjà connu trois périodes²³. Dans les

²⁰ *Le Traité des passions*, (1649), éd. de Poche 1996.

²¹ V. *Méditations métaphysique*, Garnier Flammarion, 2011, commentée par P. Gueneccia in France culture, *Les chemins de la philosophie*, 26 janvier 2017, podcast.

²² V. sur l'histoire du mouvement et pour une présentation synthétique : R. Grossi, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, 2015 January 55-60, en ligne ; S.-A. Bandes and J.-A. Blumenthal, « Emotion and the Law », *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, 8 :161-181 depuis notamment M. Nussbaum, « Emotion in the Language of Judging », *St John's Law Review*, 1996, 70, 23-30.

²³ R. Grossi, précit. ; S. A. Bandes, « What Roles do Emotions Play in the Law ? » *emotionsresearchers.com*, consulté en octobre 2017.

années 1990, les auteurs ont montré qu'il ne fallait plus opposer raison et émotion en droit et les considérer comme complémentaires (Goodrich, Nussbaum, etc.)²⁴. Dans les années 2000, des études diverses ont été menées soit sur chaque émotion en droit (peur, dégoût, colère, joie, espoir), soit sur différents domaines du droit (contrat, famille, pénal), soit sur chaque participant ou profession judiciaire (jury, témoin, juge, avocat, procureur, etc.). Depuis le début des années 2010, le mouvement est devenu normatif ou prescriptif en incitant les juristes et donc le juge, non plus à gérer ses émotions, mais à les utiliser dans le raisonnement juridique et judiciaire. Le juge ne doit pas seulement se mettre à distance de ses émotions et juger à froid (le discours traditionnellement tenu à l'ENM aux jeunes magistrats) : il faut estimer aujourd'hui que la raison n'est pas détachée de l'émotion, qu'elles vont ensemble et que l'émotion est un élément contribuant à trouver la bonne solution face à une difficulté juridique.

Quelques grands articles jalonnent le mouvement *Law and Emotion*. Éric Posner, le fils du juge Richard Posner, cofondateur de l'analyse économique du droit, approche en 2000²⁵ la question des émotions en droit selon une grille d'analyse économique. Il note que, traditionnellement en droit, il n'y a guère de réflexion sur l'émotion en raison des approches normatives qui ne sy prêtent guère. Or, une analyse philosophico-morale et constitutionnelle repose sur des méthodologies qui ne sont pas adaptées à l'analyse des émotions. Il propose de considérer l'émotion comme un élément de distorsion de l'analyse rationnelle du choix, qui est une analyse à froid. Il réintroduit les émotions en droit, mais pour mieux les contrôler.

J. Blumenthal²⁶ réagit en notant que l'approche par le marché implique de considérer les émotions comme prédictibles et contrôlables. Il n'y aurait donc pas, par exemple, en cas de forte émotion, de changement de circonstance irrésistible conduisant à modifier un contrat. Cependant, il y a, selon lui, un biais car les émotions sont imprédictibles tant dans leur survenance que dans leur intensité. Ainsi, dans le contrat de mère porteuse qui est légal aux États-Unis, une future mère ne peut prévoir la force des émotions qu'elle ressentira quand l'embryon grandira. Une approche classiquement économique considère qu'une forte émotion envers l'enfant à la naissance n'est pas un événement imprévisible. Il n'y a donc pas d'excuse à la non-exécution du contrat de mère porteuse. Cette mère pourrait, au mieux, obtenir une révision du prix à la hausse. Cela explique que certains États américains limitent la légalité de ce contrat aux mères qui ont déjà eu un enfant ; d'autres procèdent à une évaluation de la mère au moment de la signature du contrat. Selon Blumenthal, l'émotion ressentie par la mère est un événement imprévisible qui peut justifier que les obligations soient remises en question, même s'il n'y a qu'une mère sur cent qui refuse de laisser son enfant à ses nouveaux parents. Il est ici question en effet de lien émotionnel avec l'enfant, de lien incassable.

K. Abrams and H. Keren²⁷ s'inscrivent également dans la lignée de ceux qui critiquent la hiérarchie entre raison et émotion. L'émotion n'est pas irrationnelle, mais un mode positif de réponse à une difficulté juridique. L'émotion doit donc être intégrée dans la préparation des lois et des jugements. Ces auteurs sont pragmatiques et s'opposent à l'analyse économique du droit de la question des émotions.

Le mouvement *Law and Emotion* se comprend dans une tradition anglo-américaine fondée sur l'empirisme et le sensualisme de Hume. Toute la difficulté en France est de réfléchir à la relation entre droit et émotion dans une tradition cartésienne qui implique de douter de toute vérité en procédant à des expériences.

²⁴ V. les références en note 18, 24 et 60.

²⁵ Éric Posner, "Law and the Emotions", 89 *Georgetown Law Journal* 1977 (2001).

²⁶ "Law and the emotions the problems of affective forecasting", *Indiana Law journal*, 2005.

²⁷ "Who's afraid of Law and the Emotion?" 94 *Minnesota Law Review*, 1997, 2009-2010.

Martha Nussbaum a réfléchi, dans toute son œuvre, à l'articulation entre droit et émotion. Dans un de ses livres traduit en français en 2015²⁸, elle écrit que « *Les émotions décrivent la vie humaine comme une chose incomplète et fragile, un jouet de la fortune. Les liens avec des enfants, des parents, des êtres chers, des concitoyens, son pays, son propre corps et sa santé : voilà le matériau des émotions ; et ces liens, qui prêtent le flanc au hasard, font de la vie humaine une affaire vulnérable, où le contrôle total est impossible, et n'est même pas désirable, étant donné la valeur de ces attachements pour la personne qui les cultive* »²⁹. Les matériaux des émotions sont les liens humains, ou plus précisément le lien humain est le matériau au travers duquel circule l'émotion. On peut cependant lui reprocher, comme on le verra plus loin, de ne considérer le lien humain que comme un fait et non comme une construction juridico-symbolique³⁰, ce qui a pour effet de ne voir les émotions et les liens que comme des éléments naturels. Comme Goodrich, elle considère qu'il faut se référer à la littérature et au cinéma pour accéder à ce particularisme qu'est la vie des émotions et qui n'est pas un relativisme³¹. Elle repense la relation entre émotion et raison, en notant qu'il y a deux approches possibles : « *D'après la première perspective, les émotions sont instables en raison de leur structure interne étrangère à la pensée ; d'après la seconde, parce qu'il s'agit de pensées qui attachent de l'importance à des choses extérieures instables* », des personnages et des intrigues, elles sont subversives « *pour la philosophie qui s'efforce d'enseigner l'autosuffisance de la raison* »³². Le tournant émotionnel marque la fin de la philosophie fondée sur le seul *logos*. Elle se rattache à la seconde perspective : les émotions sont des pensées attachées à des choses instables et à des relations avec d'autres êtres. Cette approche gêne car elle signifie qu'il y a des émotions rationnelles. Dire que toutes les émotions sont irrationnelles, c'est faire d'une raison détachée des émotions une norme, par exemple les conseils donnés aux jurés en Californie de se couper de leurs émotions et de ne pas avoir de « sympathie » pour l'une des parties³³. Pour atteindre ce particularisme, il faut passer par le roman : « *Toute vie humaine consiste à aller au-delà des faits, à accepter des fantaisies généreuses, à projeter nos propres sentiments et activités intérieures dans les formes que nous percevons autour de nous (et à recevoir, par l'intermédiaire de cette activité, des images de nous-mêmes et de notre monde intérieur)* »³⁴ ; « *le roman affirme et démontre que c'est aussi faire l'économie d'une capacité morale essentielle, sans laquelle les relations aussi bien sociales que personnelles se trouvent appauvries* ». Il faut venir à la « *Raison à travers la douce lumière de l'Imagination* »³⁵ « *les émotions du lecteur sont implicitement évaluatives* »³⁶, il y a un lien profond entre « *fantaisie* » et « *égalité démocratique* »³⁷. L'imagination littéraire « *nous demande de nous intéresser au bien de personnes étrangères* », et implique donc une attitude morale³⁸.

Cette approche pose le problème, qu'elle n'évoque pas, de la relation entre l'imaginaire et le symbolique. Si le lien de droit se construit symboliquement et que l'imagination aide à comprendre la particularité du lien, alors le symbole est saisi par l'imagination, par exemple la référence à l'herbe dans le roman de Dickens que Nussbaum cite : « *Il raconte à l'enfant*

²⁸ *L'art d'être juste*, Climat, 2015 trad. par S. Chavel de « *Poetic justice, the literary imagination and public life* ».

²⁹ *Op. cit.*, p. 129.

³⁰ V. notre ouvrage, *Théorie relationniste du droit*, Lextenso, 2016.

³¹ *Op. cit.*, p. 108.

³² *Op. cit.*, p. 131, pour Platon la littérature et la poésie doivent être bannies.

³³ *Op. cit.*, p. 126.

³⁴ *Op. cit.*, p. 95.

³⁵ *Op. cit.*, p. 91.

³⁶ *Op. cit.*, p. 47.

³⁷ *Op. cit.*, p. 33.

³⁸ *Op. cit.*, p. 18.

que l'herbe est semblable à lui, une jeune pousse de végétation, il demande à l'enfant de la voir à son image. Il montre ensuite à l'enfant que l'herbe peut aussi revêtir une signification sociale : on peut voir en elle la vitalité égale et la dignité de tous les Américains »³⁹. On passe ainsi de l'imagination au symbolique. Avec les images, on crée un nouveau monde qui ramène à son propre monde. La symbolisation est le passage du monde imaginé au monde réel symbolisé. Si le lien juridico-symbolique (le lien de droit tel que le lien de filiation, de nationalité ou d'obligation) est le canal de l'émotion, cela veut dire que l'émotion ne circule que parce qu'il existe une construction symbolique. L'agencement symbolique ne canalise pas des émotions instables, elle rend au contraire possible les émotions. S'il s'agit de pensées, elles ont besoin d'être installées dans un espace symbolique. Le fait que ces pensées émotionnelles portent sur des éléments instables rend d'autant plus nécessaire ce socle de matériaux. Dès lors, le droit procédural ne canalise pas seulement les émotions, il les rend possible. Sans cela, les émotions ne s'expriment pas et sont réprimées. Il ne s'agit pas d'empêcher que les émotions débordent dans la procédure, il s'agit de s'en servir pour mieux parvenir à la vérité du litige.

Le risque de l'approche de Martha Nussbaum est d'imposer la prise en compte des émotions et de contester une approche rationnelle plus classique. Il faut aussi noter que cette approche du roman comme moyen d'éducation du futur juge est un peu trop idyllique. Le roman n'est pas toujours moral et peut aussi servir à remettre en cause les situations acquises et à montrer les impasses d'une société.

En somme, le mouvement *Law and Emotion* n'envisage pas les liens humains comme des liens proprement juridiques, il s'agit de liens factuels. Il ne permet guère d'articuler les théories formelles et positivistes avec les émotions. Ce mouvement se situe également dans une perspective anglo-américaine impliquant un juge créateur de droit ayant une forte autorité qu'il tient de son élection. Pour réfléchir à la relation entre juge et émotion dans une perspective française, il faut pouvoir faire un pont entre les deux traditions.

II- Relationisme juridique et émotion

Fonder le droit sur la relation juridique n'implique pas d'en avoir une approche purement émotionnelle. La conception traditionnelle du rapport de droit depuis Savigny est plutôt sèche en ce qu'elle vise l'union de deux parties ayant une volonté libre pour une raison donnée (la cause) en visant un certain objet (légal). L'approche relationiste du droit tient compte de la place de l'émotion dans le raisonnement et particulièrement dans le raisonnement judiciaire tout en maintenant la nécessité de la rigueur analytique dans l'application des textes. Il y a donc eu une évolution de la conception du rapport de droit (1) qui implique la prise en compte des émotions (2).

1. Le relationisme juridique

Le relationiste envisage le droit à partir de la relation juridique et non de la norme ou de l'institution. La norme ne préexiste pas au rapport de droit, elle est seconde en logique. Ainsi, l'aire du tribunal est délimitée avant de trouver une solution à un litige. Le rapport procédural est mis en place avant que le jugement ne soit rendu. Il s'agit d'une situation symbolique supposant un tiers de référence (le juge, l'arbitre, le médiateur), un espace-temps particulier et souvent un quatrième participant (témoin, greffier, expert). La norme est interprétée dans ce cadre par le débat entre les parties devant un juge non lié aux parties et donc impartial. Le juge n'est pas sans émotion, mais il doit être sans conflit d'intérêt. Il existe des normes

³⁹ Dans l'ouvrage précité.

permettant de créer les rapports de droit, des normes en procédure, mais il convient de raisonner à partir du rapport et non de la norme. La situation procédurale n'est pas factuelle mais juridique, il s'agit de rapports procéduraux et non de rapports de fait ou de force (qui sont néanmoins sous-jacents). L'espace juridique du procès est un espace symbolique qui permet de faire retomber les émotions trop fortes. Dès lors, le juge peut diriger le raisonnement judiciaire. Les émotions qui ne sont pas neutres et impartiales sont mises à l'écart en application des règles de procédure (par exemple par la récusation du juge). Il ne faut pas tomber dans la tyrannie des émotions selon une approche prescriptive existant dans le mouvement *Law and Emotions*.

Jennifer Nedelsky⁴⁰ s'inspire des théories féministes du droit et a une conception anti kantienne de l'autonomie. Elle critique l'individualisme libéral et considère qu'un droit subjectif s'inscrit dans une relation. Elle critique Rawls qui retient une égalité abstraite. Pour elle, la raison et l'affect ne sont pas séparés et le corps est concerné par la relation, d'où l'importance du *care* dans sa pensée et une prise en compte de la raison émotionnelle.

Les notions d'émotion et de relation s'inscrivent dans une construction symbolique. Les spécialistes des neurosciences considèrent aujourd'hui à l'instar de sociologues et des historiens que les émotions sont construites : «*Les émotions nous permettent d'interpréter l'activité mentale inconsciente en élargissant la notion d'inconscient freudien, lieu du refoulement, à un inconscient non refoulé, préverbal, présymbolique qui s'associerait en particulier aux premières expériences de la vie*»⁴¹. Si l'auteur paraît confondre le présymbolique avec le préverbal alors que la symbolisation commence dès le début de la vie, l'idée de construction des émotions est, en revanche, intéressante. Avec les neurones-miroir nous partageons, dans notre corps, la douleur d'autrui. L'autre devient un autre soi-même comme dans le stade du miroir. On ne peut concevoir un je sans un nous : «*La relation s'exprime par le non-verbal, l'analogique et l'émotionnel*»⁴²... «*en outre la compassion dépend d'autres facteurs liés à la reconnaissance de la douleur, comme par exemple de qui est l'autre et de quelles relations nous avons avec lui ; elle est influencée par notre éventuelle capacité à nous mettre à sa place, de notre motivation à prendre en charge ses vécus émotionnels ses souhaits et ses attentes envers l'autre*»⁴³.

Rizzolatti et Sinigaglia⁴⁴, les découvreurs italiens des neurones-miroir écrivent : «*La narration d'histoire à laquelle nous sommes confrontés depuis la naissance, joue vraisemblablement un rôle important dans ce processus d'acquisition du long processus d'apprentissage qui nous conduit à devenir compétent dans l'utilisation d'attitudes positives envers l'autre*».

A. Somek, un auteur autrichien défendant une position relationniste, se rattache à Kelsen et à l'interprétation authentique des normes par le juge. Selon lui, le droit et la morale ne sont pas séparés dans le sens de Hart. Le droit génère un rapport juridique qui permet d'opposer des positions morales irréconciliables. L'essence même du droit est donc de construire ce rapport pour permettre de sortir de la recherche impossible d'un consensus en matière morale. Le droit n'est donc pas en dehors de la morale, il intègre au contraire les positions morales pour pouvoir parvenir à rendre viable un rapport de droit. Il faut faire de la place aux autres pour avoir de la place soi-même : «*Make room for other to have room*». Au lieu de conduire à une ironie désespérée du faible qui subit une solution (se disant «*c'est toujours le plus riche qui l'emporte*») face aux solutions juridiques, cette approche conduit à ce qu'il appelle une ironie sereine. Il critique les approches autoritaires dans lesquelles un juge choisit la position morale

⁴⁰ *Law's Relations*, Oxford University Press, 2011.

⁴¹ Onnis (dir.), *Psychothérapie et neurosciences : une nouvelle alliance*, éd. Fabert, 2015.

⁴² *Op. cit.*, p. 160.

⁴³ *Op. cit.*, p. 161.

⁴⁴ 2006 181, cité p. 169 par Onnis, ouvrage préc.

qu'il préfère. Si une autorité décide de la manière dont on doit construire le bon citoyen, on est dans une position autoritaire. Au contraire, « *The authority of law that emerges from the legal relation is an authority of right* »⁴⁵. Elle garantit une approche pluraliste prenant en compte les positions de Ego et d'Alter. La raison est selon lui intersubjective et garantit l'universalité en passant par les particularités de chacun. Il y a un différend (au sens de Lyotard qu'il cite) raisonnable. Les deux personnes en rapport vont « pouvoir se mettre « dans les chaussures de l'autre » (« *Shoes of the other* ») pour pouvoir penser sans émotion la raison de l'autre. Il peut écrire : « *Legal relation emerges from moral relation. It emerges by necessity on moral grounds* »⁴⁶. Les raisons de choisir telle ou telle solution sont souvent impossibles à connaître, il y a une sorte de transcendance de soi-même. Il faut donc organiser un débat pour parvenir à la meilleure solution : « *The transcendence vis-à-vis morality is symbolized in the abstractness with which legal persons encounter one another on the level of legal relation* »⁴⁷. Ces personnes sont alors plus libres dans la relation juridique que dans la relation morale, puisque chacun peut garder sa position morale « *Freer than in moral relation* ». Il développe ensuite une conception de l'égalité comme étant l'interdit des discriminations dans les rapports de droit car elles conduisent à dénier la présence au monde des personnes discriminées. Il termine en disant qu'il faut une articulation entre les rapports de droit : « *The structure of the legal relation has to be expanded into a web of relations of social freedom* »⁴⁸. Il faut donc défendre les droits de l'homme pour empêcher les situations de dépendance. Il se situe ainsi comme il le dit lui-même davantage du côté des droits et obligations que du côté des normes et des règles⁴⁹. Le rapport est plus central en droit que la norme. Il veut aboutir à : « *Changing the conception of Law from viewing it as a system of norms to a specific relation among people* »⁵⁰. Il écrit aussi « *The legal relation is a relation among choosers who choose within limited sphere* » (la propriété privée)⁵¹. Il ne traite guère des émotions, mais l'on peut s'inspirer de sa pensée pour approfondir l'articulation entre relation juridique et émotion. Le rapport de droit en tant qu'agencement symbolique conduit à comprendre la position de l'autre fondée sur des émotions que l'on n'avait peut-être pas saisies auparavant (les neurones-miroir d'Ego lui permettent de se mettre à la place d'Alter pour mieux évaluer sa position). Les époux dans un divorce peuvent ainsi comprendre, sans y adhérer, les positions de l'autre à l'aide d'une prise en compte des émotions.

Chez Nedelsky, l'émotion prend de l'importance parce que l'approche relationniste est contraire à l'approche libérale de l'agent rationnel, indépendant, libre et égal. Cette approche libérale conduit à une conception individualiste et séparée de l'individu. L'approche relationnelle qui fonde le *self* sur la relation implique la prise en compte de l'émotion tout autant que de la raison. Cependant, il manque encore le maillon symbolique.

Thurman Arnold (1891-1969) a eu une approche symbolique du droit⁵². Il critiquait le droit formel qui se prétendait rationnel alors qu'il employait des symboles irrationnels. Ainsi, le jury qui est symbole de justice et de démocratie était, selon lui, imprévisible et sujet aux

⁴⁵ *Legal relations*, Cambridge University Press, 2016, p. 125 « l'autorité du droit qui émerge de la relation juridique est une autorité de droit subjectif ».

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 121 « La relation juridique émerge de la relation morale. Elle émerge par nécessité sur un fondement moral ».

⁴⁷ *ibid.* « La transcendance vis-à-vis de la moralité est symbolisée dans l'abstraction avec laquelle les personnes juridiques se rencontrent les unes les autres au niveau de la relation juridique ».

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 157 « la structure de la relation juridique doit être étendue dans tout un réseau de relations de liberté sociale ».

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 182.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 22 « Changer la conception du droit d'une vision qui l'assimile à un système de normes à une approche qui en fait une relation spécifique entre les personnes ».

⁵¹ *Op. cit.*, p. 158 « La relation juridique est une relation parmi des personnes qui font des choix dans des sphères déterminées » (la propriété privée).

⁵² *The Symbols of Governance*, Yale University Press, 1935.

émotions. Ce qui compte, pour lui, est la cérémonie judiciaire davantage que la vérité du verdict. Il considèrerait que le procès de Jeanne d'Arc qui avait eu lieu dans le château de Rouen devant des professeurs de la Sorbonne comportait tous les symboles et les atours de la bonne justice, alors que le but était, dès le départ, de condamner la jeune femme. Le droit utilise, par conséquent, la forme symbolique pour faire prédominer la volonté du gouvernant (Bourdieu exprime la même idée). Cependant, Arnold ne définissait pas clairement la notion de symbole qu'il paraissait entendre comme un masque ou une personnification de la politique (ainsi Roosevelt était, pour lui, le symbole du New Deal). Il ne proposait rien pour améliorer le procès pénal. Il paraissait même avoir des tendances non démocratiques et privilégier une approche en termes de management technocratique qui serait efficace sans se cacher derrière des symboles. Il est intéressant de constater que Thurman Arnold a articulé le symbolique et le rituel à travers la cérémonie judiciaire. Il pensait, autrement dit, les symboles au sein d'une conception du droit comme rituel et comme action. Il débouchait sur une conception managériale de la normativité, ne recherchant que l'efficacité, donc l'action, et excluant les symboles et, par conséquent, le droit.

Or, le rapport de droit est un agencement symbolique⁵³, qui autrefois impliquait des symboles au sens traditionnel du terme (par ex. : une motte de terre symbolisait un contrat de vente de terrain sous l'Ancien Régime), mais qui est devenu abstrait (par exemples : le contrat de vente en deux exemplaires, l'architecture judiciaire contemporaine) tout en restant symbolique grâce au tiers de référence et à une quatrième personne plus mouvante contribuant à former un quadrilatère symbolique autour des deux parties (par exemple : le lien contractuel qui est construit sous l'égide d'un notaire, du gouvernement avec la monnaie et l'impôt et du juge). Dans ce cadre, les émotions sont conscientes, informent, permettent d'agir et peuvent être rectifiées. L'agencement symbolique permet aussi de les cantonner et de les canaliser (ex. de la colère dans la procédure). Le temps procédural permet de calmer les esprits.

Selon J. Nedelsky, il faut quatre étapes dans une approche relationiste : repérer les rapports de droit, évaluer les intérêts de chacun, chercher ensuite les valeurs en cause, et essayer de trouver la solution la meilleure pour tout le réseau de rapports de droit considérés afin d'assurer l'autonomie des individus ou, s'ils sont dépendants, viser leur retour à l'autonomie. Toute personne est toujours un peu dépendante. De même, le philosophe danois Logstrup développe un concept d'interdépendance proche de la théorie du *care* de Nedelsky (qui n'est pas infantilisante ou paternaliste). On peut aussi citer la théorie tridimensionnelle du droit qui, avec son fondateur Miguel Reale, un brésilien philosophe du droit, prend en compte les faits, les valeurs et les normes. Une philosophe du droit espagnole a d'ailleurs développé cette théorie en distinguant trois perspectives de théorie du droit⁵⁴ : la théorie de la norme, la théorie de l'ordre juridique et la théorie de la relation juridique (qui reste brève et sèche). Il conviendrait sans doute d'ajouter une quatrième dimension (comme le propose M. Novak, v. plus loin), pour parvenir à quatre notions : le fait, la valeur, la norme et la relation (permettant, par un processus de symbolisation, de construire les émotions).

Les institutions telles que l'État ne sont pas premiers au regard des rapports de droit. Il s'agit plutôt d'ensembles organisés et organisateurs de rapports de droit, des ensembles qui peuvent être fragiles et parfois mortifères⁵⁵. Les institutions doivent sans cesse se parfaire pour assurer l'objectif d'autonomie des individus sans qu'ils soient séparés les uns des autres. Ce pourrait être la difficulté avec les droits subjectifs, même sociaux, susceptibles d'isoler leurs titulaires.

⁵³ V. sur ce point notre ouvrage, *Théorie relationiste du droit*, précit.

⁵⁴ M.-J. Falcon y Tella, *Three-Dimensional Theory of Law* (2010), sur l'approche tridimensionnelle du droit on peut lire aussi F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Faculté Saint Louis Bruxelles, 2002.

⁵⁵ V. R. Kaës, « Les dépressions conjointes dans les espaces psychiques communs et partagés », in *Figures de la dépression*, Dunod, 2005, pp. 159-230 qui tente d'ailleurs de faire une théorie du lien (p. 223).

Si l'on perd de vue l'approche relationniste du droit, on peut être confronté à de nombreux problèmes. Ainsi, dans la procédure de tutelle, la personne incapable n'est généralement pas considérée comme un véritable sujet de droit. La personne incapable n'est pas entendue en application du principe du contradictoire, un peu comme le patient en médecine dont on n'écoute pas toujours le point de vue. Or, si le but d'une procédure de tutelle est le retour à l'autonomie, même précaire, tous les droits fondamentaux doivent être respectés. C'est la même chose dans les rapports avec les institutions sociales qui fonctionnent avec une logique d'efficacité (ex. de la sécurité sociale des indépendants si décriée car elle est devenue harcelante pour les petites entreprises). Le *care* à l'américaine et parfois à la française, quand il est mal compris, a quelque chose de maternant, même si J. Nedelsky et d'autres auteurs critiquent cette tendance. Dans une approche scandinave, le *care* est basée sur l'interdépendance entre aidant et aidé, l'aidé permettant aussi à l'aidant d'être plus autonome. Armé de ces analyses sur le relationnisme et l'autonomie dans l'interdépendance, il est possible d'envisager conjointement le relationnisme et les émotions.

2. Émotion et relationnisme

Une émotion peut conduire à créer ou détruire un rapport de droit : le dégoût d'un aliment empêche sa consommation et son achat ; le mépris peut empêcher la construction d'une relation ; la tristesse peut conduire à une rupture, pas forcément à un rapport de droit. Les actes juridiques peuvent être des réactions à une émotion et conduire à un rapport de droit. L'émotion est rationnelle : elle donne une information sur ce qui conduit à une réaction, mais peut parfois conduire à des réactions irrationnelles. Le juge est le tiers impartial qui doit pouvoir ressentir des émotions sans conflit d'intérêts, se mettre en colère contre le comportement d'une partie, se sentir dégoûté, avoir peur ou être surpris dans un bon ou un mauvais sens sans préjugé. Cette émotion rationnelle encadrée par des normes procédurales pour permettre de se diriger va conduire au jugement transformant un rapport litigieux en rapport viable.

Dans l'agencement du lien de droit, entre l'émotion du juge et des parties, un processus de symbolisation permet de maintenir à distance les émotions, évite les fusions mortifères et fournit des garde-fous contre la colère et la peur. L'émotion paraît en effet construite en relation avec la symbolisation primaire (avant l'acquisition du langage) et secondaire (avec le langage) dans l'espace-temps du procès. Ces émotions sont construites de telle sorte que le juge reste impartial et que les parties soient canalisées dans leur expression. La prise de conscience d'une raison émotionnelle oblige à repenser la construction du procès en permettant au juge de mieux repérer et connaître ses émotions pour l'aider dans son jugement sans en être prisonnier. Il ne s'agit en aucun cas de placer la raison après les émotions, mais de mieux prendre en compte la manière dont la raison et l'émotion s'articulent pour parvenir à s'approcher de la vérité et donc du jugement.

Il existe une proximité entre l'émotion et le symbole. L'échange des anneaux dans le mariage déclenche la joie ; les pleureuses dans certaines cultures déclenchent la tristesse ; la prison fait peur avec ses portes et ses barreaux. La symbolisation du rapport de droit ne sert pas qu'à mettre à distance des parties qui se reconnaissent ainsi différentes sous l'égide d'un tiers de référence et d'un quatrième participant ayant un rôle de témoin. Elle ne fait pas que canaliser ou donner une forme aux émotions, elle paraît aussi produire des émotions. Il faut peut-être un symbole ou plutôt un agencement symbolique pour prendre conscience des émotions et générer le processus qui conduit à la réaction.

Le rapport entre émotion et symbole est complexe. Le symbole est une représentation d'une émotion éprouvée ; le symbole est généré par l'émotion ; le symbole est donc l'analogue d'une émotion. L'émotion est un phénomène d'interaction entre agents au sein d'un groupe

ou d'une institution. La symbolisation est une conséquence de l'émotion qui est elle-même une mise en mouvement. Cependant, si les émotions sont construites avec la symbolisation, elles ne sont pas construites de n'importe quelle manière⁵⁶. C'est pourquoi les constructions émotionnelles peuvent évoluer avec le temps mais lentement. La symbolisation elle-même est construite en se fondant sur une relation naturelle entre l'élément symbolisant et l'élément symbolisé.

Ainsi, par exemple, le pédo-psychiatre, Bernard Golse, a raconté, dans un colloque, qu'un enfant orphelin de quelques mois, pris dans les bras d'une infirmière, a fait un geste du doigt pour entourer l'œil de sa protectrice, en traçant ainsi une sorte de cercle. Puis, quelques minutes plus tard, quand elle est partie, il a fait le même geste autour d'une coupelle à café. L'émotion de joie ressentie s'est traduite par un mouvement circulaire, puis s'est transformée, au départ sans doute angoissant de l'infirmière, en symbole avec la coupelle. Il y a une relation naturelle de forme entre le contour de l'œil de l'infirmière et la coupelle. La construction de l'émotion et de la symbolisation repose donc sur des analogies naturelles. De même, les émotions du juge et des parties sont « construites » dans l'aire judiciaire à l'aide d'un processus de symbolisation qui n'est pas arbitraire car se produisant dans des rapports procéduraux.

La théorie relationiste conduit à intégrer les émotions en droit. On peut, cependant, se demander, pourquoi il faudrait être indépendant⁵⁷ dans le rapport de droit ? Ne vaut-il pas mieux être inséré dans les relations et être dépendant ? On peut noter, en réponse à cette question, qu'une émotion négative produit une atteinte à l'indépendance des personnes unies dans le rapport de droit. Par exemple, la colère attache celui qui l'a ressent à celui qui l'a produit. Dans le rapport statutaire avec le juge, celui-ci ne doit pas ressentir d'émotion personnelle provenant d'un autre rapport. Si c'était le cas, il devrait se déporter ou être récusé⁵⁸. Il se peut donc que l'émotion en tant qu'évènement conscient ne soit possible que dans un agencement symbolique. Il faut être indépendant pour être en relation. L'indépendance suppose de ne pas être sous l'emprise de ses émotions. Le rapport de droit permet de construire et de transformer ses émotions pour tendre le plus possible à l'indépendance dans l'interdépendance. On devrait d'ailleurs parler d'inter-indépendance, d'indépendance de personnes reliées entre elles par de justes distances. Une personne désaffiliée (sans domicile fixe par exemple) n'est pas, en ce sens, indépendante.

L'émotion est consciente, donc l'agencement symbolique est capable d'accueillir et de fonctionner grâce aux émotions. Par exemple, le juge qui est à juste distance et impartial n'a pas d'émotion particulière *a priori* à l'égard de l'une des parties. Le rapport de droit en tant qu'agencement symbolique peut agir sur les émotions. Ainsi, avec l'obligation de réserve et la police processuelle, la procédure organise la gestion des passions et notamment de la colère. Parce qu'elle est consciente, on peut avoir une action sur elle.

De même que le rapport de droit construit le rapport humain qui ne lui préexiste pas, il construit les émotions en permettant de rendre conscientes des peines et des joies tout en comprenant celles d'autrui. Cela voudrait aussi dire que le juge construit ses émotions ou plutôt que ses émotions sont construites par les rapports judiciaires dans lesquels il est inséré.

Si l'on songe aux émotions d'un juge, on s'aperçoit que leur rapport aux émotions est construit à l'école nationale de la magistrature. Les enseignants leur disaient généralement de canaliser leurs émotions et de juger à froid. L'ENM a recruté des psychologues pour enseigner aux magistrats à mieux connaître et réagir à leurs émotions. Cela peut se traduire par une formation à l'ENM, mais il conviendrait qu'elle soit plurielle et non prescriptive

⁵⁶ R. Keucheyan, *Le constructivisme, des origines à nos jours*, Hermann, 2007 et C. Sintez, *Le constructivisme en droit*, Mare et Martin, 2014.

⁵⁷ Question posée par J.-P. Laborde lors d'un séminaire Comptrasec à Bordeaux en février 2018.

⁵⁸ Voir le film « Toutes nos envies » de Ph. Lioret, 2010.

assurée par un psychologue, spécialiste des neurosciences, aussi bien que par des juges à la retraite⁵⁹, etc. Il ne serait sans doute pas bon pour autant de « psychologiser les rapports de droit ».

On peut ainsi voir que le processus de l'émotion qui implique évidemment une part biologique est construit dans le rapport de droit (ici au sein du métier de magistrat). Il se peut, dès lors, que dans tous les métiers, on apprenne à « gérer » ses émotions sans s'en apercevoir. Ainsi, le musicien doit sans doute apprendre à exprimer ses émotions, ce n'est pas inné. Il se peut que les leçons blanches que l'on passe avant le concours d'agrégation de droit servent à transmettre un certain comportement face aux étudiants et dès lors une certaine maîtrise des émotions. Les émotions ressenties et exprimées hors des rapports de droit se caractériseraient justement par leur manque de retenue, de prise en compte des codes et donc leur aspect explosif (pouvant conduire à la violence).

Il resterait alors à comprendre comment l'agencement symbolique du rapport de droit fonctionne vis-à-vis des émotions. On voit bien que le tiers de référence peut faire en quelque sorte la police des comportements en particulier au cours d'un procès. Il forme à la bonne manière d'exprimer ses émotions. La structure symbolique mettant à juste distance les parties peut aussi conduire chacun à se mettre à la place de l'autre pour entendre sa position. Par exemple, la colère pourra être exprimée sous la forme d'un acte introductif d'instance ou d'une plainte au pénal. On songe, cependant, aux lois émotionnelles qui sont prises sous le coup de l'émoi suscité par un fait divers, comme celle par exemple qui devait mettre fin au juge d'instruction⁶⁰. Dans ce cas, l'émotion est biologisée et déjuridicisée. Elle est vue comme un phénomène collectif naturel auquel il faut répondre par le droit. Cependant, il n'est pas impossible que cette fameuse émotion collective ait été elle-même construite par le jeu complexe des rapports de droit entre justice, médias et politique. La fabrication du droit pourrait bien obéir à des émotions mêlées à des raisons elles-mêmes déjà construites juridiquement.

Un lien d'instance est ainsi, sauf à conserver une approche formaliste et positiviste du droit, un agencement qui prend en compte les émotions. Cela conduit alors à une conception du raisonnement judiciaire qui n'est pas formelle. Ce n'est pas seulement une argumentation (Aristote associait déjà les émotions à la rhétorique), mais une démarche qui prend en compte une raison émotionnelle à travers l'appréciation des preuves et la qualification des faits⁶¹. Il convient ainsi d'intégrer dans le syllogisme judiciaire des étapes d'appréciation, de qualification et d'évaluation qui impliquent une intelligence émotionnelle.

Le rapport de droit n'a pas une structure purement ternaire mais quaternaire. Il y a un tiers de référence (par exemple le juge dans le lien d'instance) et toujours un quatrième participant mais dans une place mobile et ouverte : le notaire dans le divorce par consentement mutuel, l'expert et le témoin dans de nombreux procès ou encore le greffier. La question de l'émotion en droit doit être envisagée dans un espace virtuellement cubique. Il n'existe pas d'universel des émotions, elles ne sont pas objectives. Il y a une construction culturelle des émotions. Il importe de reconnaître ces émotions (car elles sont en principe conscientes) pour mieux les mettre à distance et les employer pour rédiger le jugement. L'espace du rapport de droit structure ainsi l'émotion. Ainsi, la mère apprend à l'enfant à contrôler ses émotions en lui faisant des signes rassurants. Le cadre symbolique met les émotions à distance par lui-même.

. On reste dans le domaine du droit, l'émotion y est construite, notamment celle du juge qui doit ressentir des émotions de manière égale à l'égard des deux parties pour ne pas être dans une situation de partialité ; celles des parties qui sont en position de comprendre les émotions

⁵⁹ Tels que Mme de Maximy, v. ci-dessous.

⁶⁰ Loi du 5 mars 2007.

⁶¹ N. Paulo, « Law, Reason and Emotion ? The Challenge from Empirical Ethics », *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* 103, 2017/2, 239-258.

de l'autre – au moins d'accepter qu'elles existent – à l'aide, probablement, des neurones-miroirs. On peut avancer d'ailleurs que les émotions risquent d'être réprimées dans le futur tribunal criminel composé de juges professionnels (voir le projet de loi du gouvernement du 18 avril 2018) qui remplacerait partiellement la cour d'assises⁶².

Cette approche permet de critiquer aussi bien les dérives du management judiciaire, l'obsession gouvernementale pour la médiation et la justice prédictive. Le management par objectifs confine souvent au sophisme, c'est-à-dire une pensée unique qui prétend dire le vrai et qui est bien souvent fautive (une mesure en apparence efficace et économique peut s'avérer à long terme fort coûteuse. Par exemple, qui peut dire ce que sera le coût humain et social de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel ?), fondée sur une raison sans émotion et sans symbole, sans analogie et sans association⁶³. Le management par objectif tend à gouverner les émotions sans tiers pour les contenir. Un management relationnel et coordonné (impliquant des réunions, des échanges d'information, les retours des arrêts d'appel au juge qui les ont rendu en première instance, etc.) en revanche est possible en prenant en compte les émotions et en permettant aux gens de justice d'affronter les situations émotionnellement difficiles⁶⁴. Dans la médiation, une approche en termes de négociation et une autre en termes d'émotion sont dans une certaine concurrence. Le risque est de se retrouver dans une situation émotionnelle sans cadre symbolique. Cela peut expliquer, par exemple, qu'en Seine-Saint-Denis la médiation pénale qui avait été localisée dans une maison de justice a été relocalisée dans le tribunal de Bobigny. Enfin, la justice prédictive fondée sur des algorithmes peut certes prévoir des fourchettes de résultats chiffrés pouvant être utiles, mais ne peut guère intégrer les émotions dans le processus judiciaire.

En conclusion, il reste difficile de prendre en compte les émotions dans le travail du juge. On ne peut guère mesurer leurs effets et leurs intensités. On ne peut pas dire qu'il y ait des normes applicables directement à l'émotion. Les affects ne peuvent être abordés qu'obliquement en droit. Les règles de procédure servent à canaliser et à utiliser les émotions, mais de manière implicite. Goodrich et Nussbaum conseillent de lire des romans⁶⁵ et de visionner des films pour connaître le jeu des émotions dans les procès. Goodrich va jusqu'à dire que les fictions sont des sources du droit en ce qu'elles peuvent faire réfléchir et même servir de modèle ou de contre-modèle au juge et aux participants du procès⁶⁶. Le film « Tête haute » d'Emmanuelle Bercot (2014) peut ainsi être considéré comme une source de droit pour la procédure suivie devant le juge des enfants. Une magistrate, jouée par Catherine Deneuve, suit le parcours chaotique d'un adolescent, Malony, qui devient délinquant et qui finalement s'en sort. Le thème de l'émotion est abordé explicitement à deux reprises. Une première fois l'adolescent, après un séjour en centre de rééducation, comparaît devant la magistrate qui lui demande s'il parvient « mieux à gérer ses émotions ». Une seconde fois, l'éducateur joué par Benoît Magimel qui a porté la main sur Malony avoue, devant la juge, qu'il « n'a pas contrôlé ses émotions ». Plus implicitement, l'espace du bureau de la juge est filmé comme un dispositif symbolique avec l'avocat à côté de son client, portant une robe, et la survenue de loin en loin, au coin de la table, du procureur. Cependant, la décision de mettre en prison est prise dans la salle d'audience solennelle. L'adolescent très instable remercie

⁶² V. aussi B. Frydman, vidéo, indiquant à propos de l'éventuelle suppression de la cour d'assises en Belgique qu'il n'est pas bon de se couper de ses émotions.

⁶³ Lire par exemple B. Cassin, *Derrière les grilles, sortons du tout-évaluation*, Mille et une Nuit, 2014.

⁶⁴ E. Jeuland et C. Boillot, *La qualité dans la mesure de la performance judiciaire, une approche relationnelle*, IRJS 2016.

⁶⁵ Pour des romans juridiques v. Philibert Ledoux, *Introduction au droit martien : le premier roman juridique*, Litec, 2005, textes choisis et présentés par H. Croze ; Léo Manougier, *Cabazor, le roman d'une action de groupe environnementale*, coll. Oudropo,, 2019 avec une préface d'E. Jeuland (en vente sur le site Curiosités juridiques).

⁶⁶ *Law in the Courts of love : Literature and other minor jurisprudence*, London, Routledge, 1996.

d'ailleurs la juge lorsqu'il apprend qu'il va aller en prison, comme s'il demandait à être puni. Ainsi, l'apprentissage lent du contrôle des émotions passe par un processus de symbolisation. Malony, en centre de rééducation, va demander à l'éducateur de faire parvenir un galet à sa juge. L'éducateur réagit en lui disant qu'il espère que ce n'est pas pour le lancer à la figure de la magistrate. La dénégation et le calme de Malony montrent au contraire qu'il symbolise ainsi ses rapports avec la juge et les distances qu'il prend avec la violence. Plus tard dans le film, on aperçoit sur le bureau du juge le galet devenu presse-papier et l'on saisit la joie sur le visage de Malony. En revanche, il vole un foulard appartenant à la juge et il s'agit alors plutôt de fétichisme que de symbolisation. On notera un moment très émouvant où la juge lui demande au dessus de son bureau de lui donner la main. Il finit par la lui donner et la juge lui dit : il faut accepter « les mains que l'on te tend ». Elle a symbolisé ainsi les possibilités offertes à Malony, tout en étant peut-être à la limite du cadre procédural⁶⁷. Ce film permet donc non seulement d'illustrer notre hypothèse selon laquelle l'émotion est construite (ou disons modelée) dans le cadre du lien procédural, mais de démontrer, par l'image, que l'émotion est formée dans un cadre symbolique.

La prise en compte de l'émotion en droit doit être maîtrisée et prise au sérieux ; elle conduit à enrichir la théorie du droit en lui donnant une quatrième dimension. En s'inspirant d'un auteur slovène, Marko Novak, on peut classer les juristes et les théories du droit selon les types de caractère (lui-même s'inspirant de Jung)⁶⁸. Certaines personnalités privilégient la raison en ne prenant en compte leurs émotions que secondairement. La théorie du droit qui leur correspond est sans doute le normativisme qui permet de déduire une solution juridique à partir de faits déterminés. La personnalité qui privilégie l'intuition avant de construire un raisonnement dans un jugement prend en compte des valeurs et s'intéresse un peu moins aux qualifications juridiques strictes. La théorie du droit correspondante est le jusnaturalisme devenu le « droit de l'homme ». La personnalité privilégiant la sensation des faits avant le raisonnement, l'intuition et l'émotion a une approche réaliste et pragmatique du droit. Celle qui part de ses émotions et prend ensuite en compte les faits, les intuitions et les raisons est sans doute proche de la théorie relationniste du droit (mais Marko Novak ne fait pas clairement référence à une théorie relationniste du droit). Il s'agit évidemment de catégories-type et la conception théorique du droit d'un juge peut être différente de son approche pratique du droit. Cela ne veut pas dire qu'il faut catégoriser les juges en leur faisant passer un test de personnalité (s'inspirant de Jung), d'autant que chaque personne évolue. Il n'empêche que cela permet d'indiquer que chaque juge peut avoir une approche différente de sa relation aux émotions dans la construction de ses jugements. Bien sûr, aucune de ces théories du droit n'est fautive en soi, il s'agit d'approches complémentaires. Ces remarques justifient, par ailleurs, un peu plus la collégialité dans les procédures judiciaires alors que ne cesse de se développer la procédure à juge unique. Elles contribuent peut-être aussi à considérer que la justice prédictive ne pourra conserver qu'une place d'aide au jugement et ne pourra jamais remplacer le magistrat.

L'émotion est nécessaire et bénéfique au juge tant qu'il ne sort pas du « cadre »⁶⁹, qui est un concept cher au psychanalyste⁷⁰, c'est-à-dire, en matière de justice, du dispositif symbolique

⁶⁷ Sur ce terme v. plus bas.

⁶⁸ *Type Theory of Law, An Essay in Psychoanalytic Jurisprudence*, Springer, Switzerland, 2016.

⁶⁹ Rapprochement que je dois à Mme de Maximy, ancienne magistrate devenue psychologue qui intervient à l'ENM dans un module qui traite des émotions du juge.

mis en place par les règles de procédure et soutenu par l'architecture et le décor du tribunal (voir l'exemple pris ci-dessus de la magistrate dans le film « Tête haute » qui prend le risque de prendre la main du délinquant). Deux juges des enfants français considèrent que le cadre est d'abord formé par la loi « Afin de ne pas se laisser submerger par l'émotion, il est essentiel pour les juges des enfants de toujours garder comme colonne vertébrale ce qui fonde leur légitimité à intervenir à savoir la loi et les différents textes de loi. Si le juge des enfants est amené à entrer dans l'intimité des familles, à séparer parents et enfants, c'est sur le fondement d'articles du Code civil et au nom de l'ordre public. Étudier en profondeur l'évolution des familles, rechercher s'il existe bien une situation de danger, notamment par le biais d'évaluations pluridisciplinaires, respecter les principes directeurs régissant la procédure d'assistance éducative, être attentifs à répondre aux besoins de l'enfant en travaillant sur son environnement, vont permettre de prendre une juste distance face à ses ressentis et émotions pour regarder avec un œil objectif la situation qui nous est soumise. Nous trouvons alors une posture adaptée, en accord avec notre cadre d'intervention »⁷¹.

M. Van Meerbeeck, un auteur et juge belge, note aussi l'importance, au regard des émotions, du principe du contradictoire (qui permet de douter et de ne pas adhérer sans sens critique à l'une des parties), de la collégialité, du délibéré et de la motivation dans ce dispositif⁷². Il note aussi que ce sont les relations humaines mises en présence qui empêchent les émotions de s'écarter de la raison. D'un point de vue procédural, on peut donc dire que le lien d'instance (en cas de litige ou le lien de protection dans la matière gracieuse) contribue à constituer ces liens humains qui fournissent le « cadre » du processus pouvant conduire le juge à émettre un jugement accepté par les parties. Il faut en tous les cas éviter de prendre le tournant émotionnel qui, aux Etats-Unis, conduit à produire de petits films (nommés « sentencing mitigation video », ou « victim impact video »)⁷³ montrés au cours de l'audience pour convaincre les jurés des remords de l'accusé ou du drame vécu par la victime.

⁷⁰ A. de Mijolla, V° « Cadre de la cure psychanalytique », in Dictionnaire international de la psychanalyse, Pluriel, 2013. Selon cet auteur, la discussion concernant ce cadre oscille entre une situation de rappel de l'interdit paternel de l'inceste et la reconstitution d'un utérus protecteur.

⁷¹ O. Barral et S. Lesineau, « Des juges et des émotions », [Les Cahiers Dynamiques 2017/1 \(N° 71\)](#), pages 90 à 96 (ces auteures proposent de créer des groupes de parole pour les juges des enfants, elles limitent sans doute trop la cadre à la loi qui en matière d'assistance éducative se réfère à un standard de dangerosité qui laisse beaucoup de marge de manoeuvre au juge).

⁷² J. Van Meerbeek, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », *Mélanges Fr. Ost*, pp. 385-416 (cet auteur aborde les émotions comme éléments déterminants de l'intuition du juge).

⁷³ L'auteur remercie Mme Valentine Faure, journaliste, pour lui avoir fait connaître cette tendance. Voir Regina Austin, "Not Just a Common Criminal": The Case for Sentencing Mitigation Videos, Penn Law: Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship, 4-2014, <https://pdfs.semanticscholar.org/60d5/edb1a9599d14866a5c7dbbbab299e131a65b.pdf>, consulté le 23 janvier 19.